HAL open science

Contrat ou acte juridique ?

Benjamin Moron-Puech

To cite this version:

Benjamin Moron-Puech. Contrat ou acte juridique ? : Étude à partir de la relation médicale. Droit. Université Panthéon-Assas (Paris II) - Laboratoire de droit civil, 2016. Français. NNT : . tel-01384293v5

HAL Id: tel-01384293

https://hal.science/tel-01384293v5

Submitted on 13 Nov 2018

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

Université Panthéon-Assas

Université Panthéon-Assas

École doctorale de droit privé

Contrat ou acte juridique ?

Étude à partir de la relation médicale

(Version éditée le 13 novembre 2018)

Thèse pour le Doctorat en droit (Arrêté du 7 août 2006)
présentée et soutenue publiquement le 4 avril 2016 par

Benjamin Moron–Puech

Sous la direction de : **Dominique Fenouillet**
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Membres du jury : **Frédérique Dreifuss–Netter**
Agrégée des facultés de droit et Conseiller à la Cour de cassation
Thomas Genicon
Professeur à l'Université Rennes–I
Rémy Libchaber
Professeur à l'Université Panthéon–Sorbonne (Paris I), rapporteur
Guillaume Tusseau
Professeur à Sciences Po, rapporteur
Maud Vialettes
Maître des requêtes et Rapporteur public au Conseil d'État

Avertissement

1° La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

2° Le texte ci-après reproduit diffère substantiellement de la version de soutenance sur les points suivants, tenant pour une large part aux remarques des membres du jury de soutenance :

— Les développements consacrés à la valeur et à la portée de l'arrêt *Hôpital de Pradès* (n°s 98-99), suite aux remarques de Maud Vialettes ;

— Les développements relatifs à la nature de la responsabilité civile médicale après la loi du 4 mars 2002 (note n° 309), suite aux remarques de Frédérique Dreifuss-Netter ;

— Les développements sur l'un des éléments constitutifs de la norme, le modèle de conduite (n° 273), afin que soit bien distinguée la temporalité de ce modèle de la temporalité de l'existence de la norme ou celle de sa vigueur ;

— Les développements relatifs à la possibilité de supprimer l'ambivalence du contrat (n° 395), même si, pour conserver les hésitations qui étaient encore les nôtres au moment de la soutenance, nous n'avons pas fait figurer ici la proposition de restreindre le contrat au seul « contracté ». Le lecteur pourra néanmoins trouver cette proposition — que suite aux encouragements de Guillaume Tusseau nous défendons désormais — dans l'article paru, postérieurement à la soutenance, à la revue *Droits*[1] ;

— Certains développements relatifs au caractère excusable de l'erreur (n°s 533, 534 et 573).

3° La version de soutenance de ce travail, qui n'est pas librement accessible pour des raisons de confidentialité de certains entretiens retranscrits, est disponible en format papier au laboratoire de sociologie juridique. Elle peut également être communiquée sur simple demande envoyée à l'adresse suivante : benjamin . puech (à) gmail . com.

4° Afin de ne pas donner davantage de poids à une distinction des droits public et privé d'une part et afin de bien signifier l'adhésion de l'auteur à un pluralisme social au sein duquel la structure étatique n'est pas nécessairement plus légitime qu'une autre et notamment qu'une entreprise dont le nom commun s'écrit sans majuscule, le nom commun « État » sera ici écrit sans majuscule, suivant en cela une recommandation de Bérénice K. Schramm. La majuscule sera néanmoins conservée lorsque le terme est utilisé dans une citation écrite par d'autres ou lorsqu'il est utilisé au sein d'une fonction (conseiller d'État) ou d'une institution (Conseil d'État).

1. B. Moron-Puech, « De quelques faiblesses de la définition traditionnelle du contrat », *Droits,* 2017, p. 115-130. L'idée s'étant semble-t-il par la suite diffusée : S. Lequette, « La notion de contrat : Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD Civ.,* 2018, p. 541-566.

Remerciements

Que Dominique Fenouillet trouve ici l'expression de ma gratitude pour m'avoir transmis sa passion du droit dès la première année de licence et l'avoir maintenue intacte jusqu'à présent. Qu'elle soit également remerciée pour son temps généreusement offert, son profond humanisme, ses relectures minutieuses, son souci de la discussion et ses incitations à la clarification et à la modération. Qu'elle soit enfin remerciée pour la confiance et le soutien sans faille qu'elle m'a témoignés, tant dans la préparation de ce travail que dans d'autres actions qui m'étaient chères.

Que ma famille et ma belle famille soient ici remerciées pour leur soutien humain et matériel sans lesquels cette thèse n'aurait pas pu être menée dans de si bonnes conditions et dans les délais impartis. Merci en particulier à Ivan pour son aide dans les dernières heures. Merci également à Mila, Anna et Lara pour leur compréhension dans les jours difficiles de ce travail.

Que mes relecteurs — Nicolas Balat, Jean-Sébastien Borghetti, Jérôme Chacornac, Clément Cousin, Guillaume Drouot, Jérémy Jourdan-Marquès, Stéphane Gerry-Vernières, Jean-Michel Lemoyne de Forges, Bernard Moron, Mila Petkova, Ivan Petkov, Benjamin Pitcho, Fabienne Puech, Adrien Tehrani, Ada Teller et Françoise Thomas — soient ici remerciés pour leur temps et leurs précieux conseils qui ont permis d'améliorer ce travail.

Que soient ici remerciées toutes les personnes ayant accepté de me consacrer de leur temps pour m'exposer des informations sur leur perception de la relation médicale, du contrat ou de l'acte juridique : Paul Amselek, Christian Von Bar, Rémi Decout-Paolini, Dorothée Dibbie, Frédérique Dreifuss-Netter, Louis Dutheillet de Lamothe, Xavier Pin, Denis Piveteau, Rodolfo Sacco, Didier Tabuteau et l'ensemble des étudiants ayant répondu au sondage sur le contrat.

Qu'Ada Teller soit ici remerciée pour son aide précieuse en épistémologie et les nombreuses lectures qu'elle a pu nous conseiller.

Qu'Élisa Darriet, rencontrée grâce à l'Association des Doctorants et Docteurs d'Assas, soit ici remerciée pour son aide précieuse sur les méthodes d'étude des représentations sociales. Sans Élisa Darriet une partie importante de ce travail n'aurait pas pu exister.

Que soient également remerciés, pour leur expertise juridique nationale ou étrangère qu'ils ont bien voulu partager : Ivano Alogna, Patrick Barban, Marc-Olivier Barbaud, Emmanuel Bourdoncle, Philippe Cocatre-Zilgien, Clément Cousin, Olympe Dexant – de Baillencourt, Wouter Den Hollander, Olivier Descamps, Victor Deschamps, Paul Giraud, Pierre-Yves Gautier, Ruben de Graaf, Bernard Haftel, Egbert Koops, Yves Lequette, Patrick Morvan, Dimitri Nemtchenko, Hetti ten Oever, Franck Roumy, Michel Séjean, Marina Sonni, Suzanne Vergnolle, Gitta Veldt et Anne-Marie Ho Dinh, laquelle m'a également conseillé sur les différentes manières de réaliser des entretiens.

Que soient aussi remerciés pour leur aide dans l'accès à des archives inédites du Conseil d'État, de l'Ordre des médecins, de l'Assemblée nationale ou du Ministère de la Santé : Jean-Pierre Brière, Renaud Denoix de Saint Marc, Rémi Decout-Paolini, Louis Dutheillet de La-

mothe, Corinne Joannes, Denis Piveteau et Maud Vialettes.

Que soient de même remerciés pour leur expertise sur le secteur médical ou les règles régissant sa comptabilité : Pierre Andlauer, Céline Benos, Lucie Berkovitch, François Fournier, François Lemoyne de Forges, Corinne Miniza, René Puech, Jacques Rolland, Pierre Sabatier et Alain Salierno.

Que soient aussi remerciés pour leur assistance informatique sur LaTeX : Vivien Maisonneuve, Clément Moron et Yves et Laure de Saint-Pern.

Que soient également remerciés pour leur aide dans la formalisation mathématique du concept d'acte juridique : Abdelhamid Abidi, Vivien Maisonneuve et Ivan Petkov.

Que soient de plus remerciés pour la qualité de leur accueil dans les lieux où nous avons travaillé ces dernières années : Nathalie Ceriani, Marie-Christine Clément, Samuel Effa, Hussein Khalife, Marcos Povoa et le personnel, malheureusement anonymisé, de la bibliothèque Cujas.

Que soient également ici remerciés nos camarades de thèse Julien Arnoult et Antoine Faye, non cités jusqu'à présent, et dont le soutien moral nous a permis de mener à bien ce travail.

Enfin, que Clément Cousin soit remercié pour sa présence et ses échanges au quotidien lors de ces trois dernières années.

À mes enseignants

Résumé / Abstract

Partant du constat de la récente consécration de la notion d'acte juridique par le code civil, cette thèse s'interroge sur les conséquences de cet avènement par rapport à la notion de contrat. L'auteur commence par montrer que cette adjonction de l'acte juridique au contrat est nécessaire. En effet, comme le montre nettement l'étude de la relation médicale que l'auteur prend comme point de départ, le contrat rencontre des faiblesses techniques et psychosociales, rendant impossible son application dans certaines situations. D'où l'importance, au-delà du contrat, de disposer d'un autre outil : l'acte juridique. Pour que ce dernier soit efficace, il est nécessaire d'approfondir sa définition et de le doter d'un régime propre, distinct du contrat. D'après cette étude, l'acte juridique se définit désormais comme un *acte volontaire reconnu dans un ordre juridique comme créant une ou plusieurs normes*. Plusieurs propriétés de l'acte juridique ont été mises à jour, notamment l'existence de conditions de validité propres aux normes créées par un tel acte et tenant à l'exigence d'une volonté non viciée de l'auteur de l'acte et à la licéité des motifs. Bien que ces propriétés aient été dégagées à partir du droit des contrats, nous avons pu éprouver avec succès son application à l'ensemble des actes juridiques, en passant du consentement de la victime en droit pénal, au mariage, au jugement ou à la loi.

Mots-clefs : acte juridique, contrat, droit médical, droit civil, théorie du droit Given the recent inclusion of notion of the 'legal act' in the French civil code, this thesis examines the implications of this development on the notion of 'contract'. The thesis opens by demonstrating that the addition of the legal act to the contract is necessary. Indeed, a close study of the medical relationship shows that the contract has technical and psychosocial weaknesses which make it impossible to use in some cases. It is thus necessary to have another tool at one's disposal besides the contract : the legal act. In order to enable the legal act to be effective to this end, it is necessary to reinforce this concept analytically by defining it more precisely and by identifying those properties it holds without reference to the properties of the contract. In this work, a 'legal act' is eventually defined as an *act acknowledged in a legal system as creating norms*. Several properties of this concept have been updated mises à jour ? ; in particular it is shown that norms created by a legal act have independent conditions of validity. This can be seen firstly by the requirement of a flawless will on the part of the author of the act, and secondly by the requirement of the lawfulness of their motives. Although these properties were taken from contract law, it is shown that they could apply to all legal acts, from victim's consent in criminal law, to marriage, court decisions, administrative acts and parliamentary law.

Table des abbréviations

AJ Famille Actualité Juridique Famille.
al. alinéa.
AN Assemblée nationale.
AP Assemblée plénière.
arg. argument.
art. article.
Ass. Assemblée.

Bull. Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles).
Bull. crim. Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle).

c. civ. code civil.
c. com. code de commerce.
c. pén. code pénal.
c. urb. code de l'urbanisme.
CA cour d'appel.
Cah. Cahiers.
Cass. Cour de cassation.
CC Conseil Constitutionnel.
CE Conseil d'État.
CEDH Cour européenne des droits de l'homme.
cf. *confer*.
Ch. réun. Chambres réunies.
chap. chapitre.
comm. commentaire.
concl. conclusions.
CPC code de procédure civile.
CPI code de propriété intellectuelle.
CRPA code des relations entre le public et l'administration.
CSP code de la santé publique.

D. Recueil Dalloz.
Defrénois Répertoire Defrénois.
Dr. et patr. Droit et Patrimoine.

et al. et autres.

Fasc. Fascicule.

GAJC. Grands Arrêts Jurisprudence civile.
gaz. trib. La Gazette des tribunaux.
GP Gazette du Palais.

ibid. ibidem.
infra ci-dessous.

J. Jurisprudence (partie).
JCP G. La semaine juridique, Générale.
JCP N La semaine juridique, Notariale.
JCP S La semaine juridique, Social.
JO Journal Officiel.

LPA Les Petites Affiches.

nouv. nouveau.

obs. observations.

préc. précité.

PUF Presses universitaires de France.

rapp. rapporteur.

rappr. rapprochez.

Rec. Gaz. trib. Recueil de la Gazette des tribunaux.

Rev. crit. Revue critique de législation et de jurisprudence.

Rev. crit. DIP Revue critique de droit international privé.

Rev. sté Revue des sociétés.

Rev. trav. Revue de droit du travail.

RGDIP Revue générale de droit international public.

RIDC Revue internationale de droit comparé.

RSC Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé.

RTD civ. Revue trimestrielle de droit civil.

s. et suivants.

somm. sommaire.

supra ci-dessus.

T. tome.

vol. volume.

Sommaire

Avertissement iii
Remerciements v
Résumé / Abstract ix
Table des abbréviations xi
Sommaire xiii

Introduction 1
Chapitre préliminaire Les faiblesses du contrat révélées par l'analyse des discours sur la relation médicale 45

Partie I La définition de l'acte juridique 121

Titre I La définition positive : les éléments de qualification 125
Chapitre 1 Les limites des éléments actuels de qualification 129
Chapitre 2 La reformulation des éléments de qualification 209

Titre II La définition négative : l'individuation 273
Chapitre 1 L'acte juridique par rapport à l'acte non juridique et au fait juridique 279
Chapitre 2 L'acte juridique par rapport aux espèces d'actes juridiques 307

Partie II Les propriétés de l'acte juridique 411

Titre I Identification des propriétés 415
Chapitre 1 Recherche des propriétés 419
Chapitre 2 Approfondissement des conditions de validité propres aux actes juridiques 431

Titre II Vérification des propriétés 491
Chapitre 1 Vérification théorique des cas d'annulation propres à l'acte juridique 495
Chapitre 2 Vérification empirique des propriétés identifiées 505

Conclusion générale 555

Annexes 561

Bibliographie 581
Index des mots-clefs 619
Index des auteurs 627
Table des matières 637

Introduction

1. L'acte juridique, une consécration récente en demi-teinte. Le 10 février 2016, la notion d'acte juridique est entrée dans le code civil par la grande porte. Jusqu'à présent cette notion, apparue en 1980 dans le code civil [2], était dans l'« ombre du contrat » [3]. Ainsi n'était-elle évoquée directement que dans quatre textes du code civil relatifs à la forme des actes. La réforme du droit des contrats aurait dû laisser les choses en l'état puisque le projet d'ordonnance, soumis par le ministère de la Justice à consultation publique, se contentait de reprendre les textes anciens sur ce point [4], suivant par là l'« avant-projet Terré » [5] plutôt que l'« avant-projet Catala » [6]. Pourtant, *in extremis*, sur les invitations pressantes d'une doctrine influente [7] qui ne risquait guère d'être contredite au Conseil d'État lors de l'examen du projet d'ordonnance [8], de nouvelles dispositions ont été introduites dans le code civil, avant même les dispositions sur le

2. Loi n° 80-525 relative à la preuve des actes juridiques : https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000000339465. Sur cette loi cf. G. Rouhette, « La doctrine de l'acte juridique : sur quelques matériaux récents », *Droits,* 1988, vol. 7.

3. Expression empruntée à M. Poumarède, « La place de l'acte juridique dans les projets de réforme du droit des obligations » *in Métamorphoses de l'Acte Juridique*, sous la dir. de M. Nicod, Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitole et LGDJ, 2011, n° 1.

4. Art. 1174, 1360, 1364 et 1367 du projet.

5. *Pour une réforme du droit des contrats*, sous la dir. de F. Terré, Dalloz, 2009.

6. *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, sous la dir. P. Catala, 2005, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf.

7. Plaidant pour cet ajout, cf. R. Libchaber, « Regrets liés à l'avant-projet de réforme du droit des contrats – Le sort des engagements non bilatéraux », *RDC,* 2015 et N. Molfessis, « Droit des contrats : l'heure de la réforme », *JCP E,* 16 fév. 2015, vol. 7, 199, n° 10. *Adde* les propos — reproduits en Annexe 1 — de Guillaume Meunier, magistrat chargé à la Chancellerie de la rédaction de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats. Alors que nous l'interrogions sur les travaux préparatoires ayant conduit à l'introduction de la notion d'acte juridique, celui-ci nous écrivait, le 1er décembre 2016, que « les dispositions sur l'acte juridique ont été introduites suite à la consultation publique en juin 2015 en réponse aux observations de plusieurs universitaires qui regrettaient que ne soient pas évoquées les différentes sources des obligations, et notamment l'acte juridique unilatéral, pourtant évoqué dans le projet à plusieurs reprises. / Initialement, le projet ne contenait en effet aucune disposition énonçant les différentes sources d'obligations autres que celles visées dans les différents sous-titres. Une telle absence conduisait à écarter l'acte juridique unilatéral, pourtant évoqué à plusieurs reprises dans le projet, ce que de nombreux auteurs ont déploré. »

8. Les membres du Conseil d'État ont en effet généralement un aperçu très positif sur l'acte juridique. Cf. déjà *mutatis mutandis*, les interventions des conseillers d'État, Marcel Oudinot et Roger Latournerie, qui, lors des travaux de la Commission de réforme du code civil, pressèrent leurs collègues d'adopter des dispositions sur l'acte juridique, sans s'en tenir à une seule réforme du droit des contrats. Sur le caractère déterminant de ces interventions sur le choix de la Commission d'introduire ces dispositions, cf. *Avant-projet de code civil, Première partie*, LGDJ, 1955, p. 27. Plus récemment, cf. le code des relations entre le public et l'administration (CRPA), qui a consacré de nombre textes à l'« acte administratif unilatéral » (art. L. 200-1 s. CRPA).

contrat. Est-ce pour autant un changement de paradigme ? Une révolution au sens de Thomas Kuhn [9] ?

Au premier abord, oui. En effet, le contrat n'est plus premier dans le Titre III du Livre III du code civil. Il n'apparaît désormais qu'après l'acte juridique auquel sont consacrés les premiers articles du Titre III, intitulé *Des sources d'obligations* et que l'ordonnance vient notamment réformer. Mieux encore, l'on comprend, par le rapprochement des articles 1100-1 et 1101 nouveaux du code civil, que le contrat serait une espèce d'acte juridique [10].

Cependant, la lecture du deuxième alinéa du deuxième article de ce titre III (art. 1100-1) révèle immédiatement la portée limitée de ce changement et permet de douter que le paradigme ait été modifié. L'on apprend en effet dans ce texte que « [les actes juridiques] obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets aux règles qui gouvernent les contrats ». Or, disant cela, les auteurs de l'ordonnance contredisent le discours qu'ils tiennent dans l'alinéa 1er : alors que, dans l'alinéa 1er, il est suggéré que le contrat est secondaire par rapport à l'acte juridique, dont il ne constitue qu'une espèce, l'alinéa 2 donne à penser que le contrat est en réalité premier car ce sont les règles de ce dernier qui sont applicables, « en tant que de raison », à l'acte juridique. Par une telle formulation, les rédacteurs de l'ordonnance ont adopté « la méthode qui fait de la réglementation des contrats le droit commun des actes juridiques » [11], comme le disait Jean Carbonnier.

Cette contradiction révèle l'indécision des rédacteurs de l'ordonnance qui n'ont pas osé trancher entre une approche scientifique et une approche pratique des rapports entre le contrat et l'acte juridique [12]. D'un côté, les rédacteurs pressentaient sans doute l'importance scientifique d'une consécration plus large de la notion d'acte juridique dans le code civil, de manière à remplir les espaces non occupés par le contrat. De l'autre, ils n'ont pas su préciser son régime juridique — à supposer que la loi d'habilitation leur aient donné ce pouvoir, ce dont on peut sérieusement douter — et ont donc préféré définir le régime de l'acte juridique par renvoi à celui du contrat. D'où, finalement, cet entre-deux : la notion est consacrée, mais le régime n'est pas précisé, le soin en étant laissé aux interprètes du texte, encouragés pour cela à prendre pour guide leur « raison ».

2. La portée de cette consécration. Assurément, cette consécration de l'acte juridique constitue un progrès, tant il paraît souhaitable de disposer d'une notion d'acte juridique, afin d'appréhender toutes les situations dans lesquelles les individus créent du droit, sans que l'on puisse pour autant apercevoir un contrat. Cependant, un bref survol historique et comparatiste

9. Th. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 1983.

10. Les textes ne le disent pas expressément, mais c'est bien l'idée qui paraît se dégager de l'article 1100-1 nouv. c. civ., lorsque celui-ci énonce que les actes juridiques peuvent être « conventionnels ou unilatéraux ». Derrière l'expression d'« acte juridique conventionnel », c'est bien le contrat qui paraît visé. L'on regrettera néanmoins **1°** le caractère allusif des textes et **2°** la variation de vocabulaire puisque les rédacteurs passent subrepticement de la « convention » au « contrat ».

11. J. Carbonnier, *Droit civil*, PUF, 2004, T. 2, n° 933, p. 1948.

12. Est ici reprise une idée esquissée dans *ibid.*, T. 2, n° 933, p. 1948.

permet de révéler l'indigence de ce changement.

Historiquement, tout d'abord, le changement opéré par les articles 1100 et 1100-1 apparaît minime par rapport aux changements qu'avaient pu un temps proposer les membres de la Commission de réforme du code civil, à rebours d'une doctrine civiliste qui reconnaissait l'utilité de l'acte juridique, mais refusait d'abandonner son système d'alors, système reposant tout entier sur le contrat [13]. En effet, le premier volume d'un projet de réforme du code civil que cette Commission avait remis au Garde des sceaux comprenait, en annexe, pas moins de soixante-douze articles consacrés à l'acte juridique [14], ce qui contraste avec les six articles actuellement contenus dans le code civil [15].

Au regard du droit comparé, ensuite, l'introduction de ces nouveaux textes sur l'acte juridique peut paraître indigente. Prenons par exemple nos proches voisins hollandais : ceux-ci ont réformé leur code civil dans les années 1990 et, bien que restreignant l'acte juridique à la sphère patrimoniale, ils ont pris au sérieux cette notion en lui consacrant vingt-sept articles [16].

3. Les raisons de l'indigence des textes sur l'acte juridique. Pourquoi, dès lors, une telle indigence des nouveaux textes ? La première raison tient dans le fait que les acteurs de la science juridique française [17], plus précisément les civilistes, ont renoncé, après l'échec de la Commission de réforme du code civil, à remettre l'ouvrage sur le métier. Or, sans matériaux doctrinaux préalables il est bien difficile pour les réformateurs d'entreprendre de toute pièce une réforme.

Certes, tous les acteurs de la science du droit ne sont pas à mettre dans le même sac. D'importants efforts ont par exemple été fournis en droit public interne et en droit international public pour conceptualiser les notions d'acte administratif et d'acte juridique. Ils ont d'ailleurs permis à l'acte administratif de faire une entrée remarquée dans le dernier-né de la famille

13. F. Gény, « Les bases fondamentales du droit privé en face des théories de L. Duguit », *RTD Civ.*, 1922, n°s 18-23. Tout en louant par certains aspects les efforts de conceptualisation entrepris par Léon Duguit, François Gény refuse d'abandonner la théorie du contrat au motif qu'on« risquerait [...] de dissoudre la notion, péniblement construite en une longue évolution, du contrat, type fondamental de l'acte juridique, et de se voir en présence d'une poussière d'actes de volonté, échappant à toute synthèse et postulant, chacun, sa réglementation propre et distincte. Ce serait, en tout cas, une régression certaine de la technique juridique ». Puis d'ajouter, que ceci n'aurait aucune utilité car « tout le système moderne des actes juridiques repose sur la théorie du contrat ».

14. *Avant-projet de code civil, Première partie*, LGDJ, 1955, p. 375-381. Sur les raisons de leur place en annexe, cf. le rapport introductif de Louis Julliot de la Morandière *ibid.*, p. 27.

15. Art. 1100, 1100-1, 1301, 1359, 1364 et 1367 nouv. c. civ.

16. Art. 3:32 à 3:59, disponibles en anglais ici : http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook033.htm.

17. La pertinence de l'expression « science juridique » pourrait être contestée. Pour notre part, après avoir longtemps pensé qu'il était possible de distinguer la science des autres discours, notamment en s'appuyant sur l'épistémologie (pour une excellente approche de cette question par un juriste, cf. l'ouvrage trop méconnu G. Canselier, *Les données acquises de la science : Les connaissances scientifiques et la faute médicale en droit privé*, sous la dir. de C. Labrusse-Riou, thèse de doct., Université Paris 1, 2010, Les Éditions Hospitalières), nous sommes à présent moins convaincu d'une telle possibilité. Cependant, constatant que certaines personnes disent faire de la science et se perçoivent comme des scientifiques, ceci nous paraît suffisant pour parler de science du droit. Sur cette question, cf. les propos lumineux consignés dans A.-M. Ho Dinh, *Les frontières de la science du droit : Essai sur la dynamique juridique*, sous la dir. de N. Molfessis, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2015, n°s 9-11.

des codes français : le code des relations entre le public et l'administration [18]. Toutefois, cette réglementation nouvelle ne concerne que l'acte administratif et non l'acte juridique en général.

Quoi qu'il en soit, ces efforts des publicistes contrastent avec le peu d'intérêt généralement manifesté par les juristes de droit privé pour le concept d'acte juridique. Alors que cette notion d'acte juridique avait pu exercer une forte attraction sur la génération des juristes privatistes ayant vu le code civil allemand advenir [19], cet attrait a rapidement décru, sous l'influence du rejet des idées allemandes consécutivement aux deux guerres mondiales [20]. C'est ainsi que, lors des travaux de la Commission de réforme du code civil, les privatistes membres de celle-ci se sont en grande partie opposés à la création de dispositions nouvelles sur l'acte juridique [21]. Si certains d'entre eux, tels Roger Houin, étaient moins hostiles que d'autres à cette proposition, ils ont généralement fait valoir qu'en l'absence de travaux doctrinaux d'envergure sur cette question, il était prématuré de légiférer [22]. Malheureusement, la doctrine de droit privé n'a depuis lors guère répondu à cet appel de Roger Houin. À l'exception des thèses de Jean Hauser [23] et Guillaume Wicker [24], ou du fascicule de Claude Brenner [25] consacré à l'acte juridique qui ont tenté d'appréhender l'acte juridique (de droit privé seulement [26]) dans sa globalité, les civilistes se sont, en règle générale, désintéressés du concept d'acte juridique. Certes, d'importants travaux ont été consacrés à des espèces particulières d'acte juridique telles que l'acte juridique

18. Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration.

19. Principalement Claude Bufnoir, Raymond Saleilles, Léon Duguit et Julien Bonnecase. Sur ceux-ci, cf. P. Ancel, « Acte juridique et déclaration de volonté : la greffe allemande sur le droit français des obligations » *in Traditions savantes et codifications*, sous la dir. de C. Ophèle et P. Rémy, Université de Poitiers, 2007, n°s 6-9. Comp. cependant F. Gény, « Les bases fondamentales du droit privé en face des théories de L. Duguit », *RTD Civ.,* 1922, se montrant très critique sur le recours au concept d'acte juridique tel que développé par L. Duguit.

20. En ce sens, P. Ancel, « Acte juridique et déclaration de volonté : la greffe allemande sur le droit français des obligations » *in Traditions savantes et codifications*, sous la dir. de C. Ophèle et P. Rémy, Université de Poitiers, 2007, n° 2.

21. Sur cet échec, cf. J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, sous la dir. de P. Raynaud, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ, n° 27. Plus généralement, sur l'échec de cette Commission, cf D. Nemtchenko, *La commission de réforme du Code civil de 1945 à 1962*, sous la dir. de N. Hakim, mém.de mast., Université Bordeaux IV, 2011.

22. Cf. l'intervention éclairante de Roger Houin dans *Travaux de la Commission de réforme du code civil. 1945-1946*, Sirey, 1947, p. 214-215.

23. J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, sous la dir. de P. Raynaud, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ.

24. G. Wicker, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, sous la dir. de J. Amiel-Donat, thèse de doct., Université de Perpignan, 1997, LGDJ.

25. C. Brenner, « Acte juridique » *in Répertoire civil*, janv. 2013, Dalloz.

26. Rappr. B. Maumont, *L'acte juridique en droit des personnes et de la famille*, sous la dir. de J. Hauser, thèse de doct., Université de Bordeaux, 2015, n° 13 dénonçant cette tendance en ce qu'elle contribue à cloisonner les droits public et privé

collectif[27], l'acte juridique conjonctif[28], l'acte juridique abdicatif[29] l'acte juridique extinctif[30], l'acte unilatéral ou l'engagement unilatéral[31] ou encore la décision[32].

Cependant, de tels travaux, spécifiques à un seul type d'acte juridique, n'ont pas permis l'avènement d'une notion extrêmement nette d'acte juridique. Ces travaux ont en revanche incontestablement contribué à renforcer la place de ce concept dans l'esprit du juriste. C'est sans doute cela qui explique que, ces dernières années, plusieurs auteurs de thèse de doctorat aient, dans des matières très diverses (procédure civile[33], droit des contrats[34], droit des marchés financiers[35], droit des personnes et de la famille[36], etc.), eu recours à ce concept pour résoudre les difficultés auxquelles leurs auteurs étaient confrontés, en tentant parfois même d'améliorer la théorie de l'acte juridique[37]. Pourtant, en l'absence d'une théorie générale de l'acte juridique[38], ces utilisations demeurent peu fréquentes, de crainte sans doute pour les auteurs de n'être accusés d'utiliser un concept aux contours incertains. Ceci transparaît par exemple dans les propos d'un auteur qui, pour justifier que son étude de la condition ne soit pas étendue du contrat vers l'acte juridique, indique qu'il ne serait « pas sérieux » de tenter une étude de la

27. G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, sous la dir. de G. Marty, thèse de doct., Université de Toulouse, 1961, LGDJ ; A.-L. Pastré-Boyer, *L'acte juridique collectif en droit privé français*, sous la dir. de D. Ferrier, thèse de doct., Université de Montpellier I, 2006, LGDJ.

28. R. Cabrillac, *L'acte juridique conjonctif*, sous la dir. de P. Catala, thèse de doct., Université Montpellier I, 1990, LGDJ.

29. F. Dreifuss-Netter, *Les manifestations de volonté abdicatives*, thèse de doct., 1985, LGDJ. L'autrice s'intéresse plus généralement aux manifestations de volontés abdicatives et non aux seuls actes juridiques abdicatifs.

30. C. Sévely-Fournié, *Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé : Contribution à l'étude de l'acte juridique*, sous la dir. de L. Rozès, thèse de doct., Université Toulous 1, 2010, Dalloz.

31. M.-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, sous la dir. de J. Mestre, thèse de doct., 1995, PUAM ; L. Todorova, *L'engagement en droit*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2003, ANRT ; C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois.

32. P. Lokiec, *Contrat et pouvoir : Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, sous la dir. de A. Lyon-Caen, thèse de doct., Université Paris X, 2004, LGDJ.

33. L. Mayer, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, sous la dir. de L. Cadiet, thèse de doct., 2009, IRJS.

34. M. Jaouen, *La sanction prononcée par les parties au contrat : Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, sous la dir. de D. Mazeaud, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2013, Économica. Rappr. C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois.

35. A. Tehrani, *Les investisseurs protégés en droit financier*, sous la dir. de T. Bonneau, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2013.

36. B. Maumont, *L'acte juridique en droit des personnes et de la famille*, sous la dir. de J. Hauser, thèse de doct., Université de Bordeaux, 2015 ; A. Molière, « Et si le concubinage était un acte juridique ? », *RTD Civ.,* 2018.

37. B. Maumont, *L'acte juridique en droit des personnes et de la famille*, sous la dir. de J. Hauser, thèse de doct., Université de Bordeaux, 2015, n° 1.

38. Relevant l'absence d'une telle théorie générale, cf. É. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, sous la dir. de J.-L. Aubert, thèse de doct., Paris I, 1997, LGDJ, p. 17 ; X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, sous la dir. de P. Maistre du Chambon, thèse de doct., Université de Grenoble, 2002, LGDJ, n° 2, p. 17. Comp., plus mesuré P. Ancel, « Acte juridique et déclaration de volonté : la greffe allemande sur le droit français des obligations » *in Traditions savantes et codifications*, sous la dir. de C. Ophèle et P. Rémy, Université de Poitiers, 2007, n°s 6 et 12.

condition dans l'ensemble des actes juridiques [39].

Pour se convaincre de cette faible place accordée en doctrine au concept d'acte juridique, il suffit d'ouvrir les différents ouvrages de droit des obligations : sur la vingtaine d'ouvrages parus ces trente dernières années, seuls trois sont structurés autour de l'acte juridique [40] et aucun de ces ouvrages ne consacre à ce concept les développements qu'imposerait sa généralité [41]. L'ouvrage de Jean Carbonnier illustre très nettement cette réticence de la doctrine de droit des obligations envers le concept d'acte juridique. En effet, dans ses éditions successives (1957 à 2000), Jean Carbonnier a construit son cours autour d'un Titre I, intitulé : « Le contrat (l'acte juridique) ». Dans cet intitulé, l'acte juridique n'est mis qu'entre parenthèses, comme pour mieux montrer que ce concept n'est pas véritablement pertinent et qu'il se situe dans l'ombre (la parenthèse) du contrat. Ce détachement de Jean Carbonnier à l'égard de l'acte juridique est d'autant plus remarquable que son directeur de thèse, Julien Bonnecase, était très attaché au concept d'acte juridique, auquel il avait consacré d'importants travaux [42].

Finalement, il paraît possible de dire, pour reprendre les mots de Pascal Ancel [43], que la « greffe allemande » du concept d'acte juridique n'a toujours pas pris en France de sorte que, malgré les apparences [44], le concept d'acte juridique reste pour l'instant « à la périphérie de la

39. M. Latina, *Essai sur la condition en droit des contrats*, sous la dir. de D. Mazeaud, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2009, LGDJ, n° 2.

40. G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations, Tome 1 : Les sources*, 2e éd., 1988 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribeau-Terneyre, *Les obligations*, 13e éd., Sirey, 2012 et J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, 15e éd., Dalloz, 2012. Rappr. P. Ancel, « Acte juridique et déclaration de volonté : la greffe allemande sur le droit français des obligations » *in Traditions savantes et codifications*, sous la dir. de C. Ophèle et P. Rémy, Université de Poitiers, 2007, nos 9-10.

41. Rappr. *ibid.*, n° 15. Si le concept d'acte juridique devait en effet être adopté, il faudrait alors ordonner l'ensemble du cours de droit des obligations autour de ce concept. Ceci impliquerait tout d'abord, en l'état de la conception actuelle de l'acte jurididique, que celui-ci soit utilisé dans la *summa divisio* structurant cette matière. Ensuite, il faudrait que soient développés de substantiels développements propres à chacun des actes juridiques. Or, s'il existe bien de rares manuels recourant à l'acte juridique comme *summa divisio* de leurs cours (cf. les ouvrages cités à la note précédente), aucun d'entre eux ne subdivise la rubrique dédiée à l'acte juridique en une sous-rubrique générale et une sous-rubrique spéciale. Tous s'intéressent immédiatement aux différentes espèces d'actes juridiques, mais jamais au genre lui-même.

42. Not. J. Bonnecase, *Traité théorique et pratique de doit civil. Supplément*, Sirey, 1924–1925.

43. P. Ancel, « Acte juridique et déclaration de volonté : la greffe allemande sur le droit français des obligations » *in Traditions savantes et codifications*, sous la dir. de C. Ophèle et P. Rémy, Université de Poitiers, 2007.

44. Rappr. *ibid.*, n° 8.

doctrine juridique française » [45], dans « l'ombre du contrat » [46].

Compte tenu de cette faiblesse de la réflexion doctrinale sur l'acte juridique, il n'est guère surprenant que les rédacteurs du projet d'ordonnance n'aient, dans un premier temps, nullement envisagé de consacrer ce concept dans le code civil. Même lorsque, finalisant la dernière mouture du projet, ils ont voulu donner un tour théorique — et scientifique ? — à leur texte, en soulignant l'appartenance du contrat à la catégorie des espèces d'actes juridiques, ils n'ont guère pu faire mieux que constater l'existence de la notion d'acte juridique.

4. Les raisons de l'indigence des écrits doctrinaux sur l'acte juridique. Pourquoi, cependant, un tel rejet de l'acte juridique par la majorité de la doctrine privatiste contemporaine ? Lisons pour le comprendre Gérard Cornu, dans l'exposé des motifs des articles 1101 à 1103 de l'« avant-projet Catala », lequel a inspiré les rédacteurs des articles 1100 et suivants nouveaux du code civil, puisque, sur cette question des rapports entre contrat et acte juridique, ces rédacteurs ont repris les idées de cet avant-projet. Cherchant à expliquer au Garde des sceaux pourquoi l'avant-projet a introduit l'acte juridique, tout en ne lui réservant presqu'aucune place dans le code, G. Cornu écrit ceci : « *L'objet primordial [de l'article 1101 du projet], porté en tête du Titre "Des obligations" est d'ajouter aux faits juridiques les actes juridiques, au premier rang desquels le contrat, instauration d'ensemble. / Cette introduction aux sources principales d'obligations est* ***une mise en perspective****. Il est en effet essentiel de mettre au contact les unes des autres des* ***notions fondamentales qui sont coordonnées*** ». Puis il ajoute (nous soulignons) : « *[cette introduction] manifeste le* ***parti législatif*** *qui déclare sa fidélité à la conception traditionnelle française. Le contrat est bien une espèce d'acte juridique, mais, dans la conception régnante, ici confirmée,* ***le contrat est et demeure la figure centrale*** » [47]. De ces propos, où l'on retrouve la justification scientifique du recours

45. G. Dannemann, « Contracts and other juridical acts in the DCFR » *in The Draft Common Frame of Reference : national and comparative perspectives*, sous la dir. de V. Sagaert, M. Storme et E. Terryn, Intersentia, 2012, p. 12 (« the French acte juridique is found on the periphery of French legal doctrine »). Rappr. J.-M. Bahans, *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*, sous la dir. de J. Hauser, thèse de doct., Bordeaux IV, 1998, n° 5, p. 5 ; Ph. Rémy, « Ouverture » *in Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, sous la dir. de P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, 2003, note 22 ; H. J. Sonnenberger, « Le code civil, 1804-2004, Livre du bicentenaire » *in Code civil et* bürgerliches gesetzbuch *: leur fonction de pilier dans la construction de la société civile européenne*, Dalloz, 2004, n° 12 ; P. Ancel, « Une régression du modèle légal » *in Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations : Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, sous la dir. de G. Pignarre, Thèmes & commentaires, Dalloz, 2005, n° 26 ; P. Ancel, « Acte juridique et déclaration de volonté : la greffe allemande sur le droit français des obligations » *in Traditions savantes et codifications*, sous la dir. de C. Ophèle et P. Rémy, Université de Poitiers, 2007, n° 12 ; P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012, p. 335 et F. Juredieu, *Ratification et acte juridique*, sous la dir. de C. Ophèle, thèse de doct., Université François-Rabelais de Tours, 2013, Institut universitaire Varenne, n° 12.

46. M. Poumarède, « La place de l'acte juridique dans les projets de réforme du droit des obligations » *in Métamorphoses de l'Acte Juridique*, sous la dir. de M. Nicod, Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitole et LGDJ, 2011, p. 1.

47. G. Cornu, « Exposé des motifs », *in Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, sous la dir. P. Catala, 2005, p. 14 (http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf). Rappr. les critiques de Fr. Gény, quatre-vingt-trois ans plus tôt, évoquées

à l'acte juridique — en permettant la coordination des notions de contrat et d'acte juridique —, l'on comprend que la principale raison de la faible place accordé dans le projet à l'acte juridique est la « fidélité à la conception traditionnelle française ». Disant cela, G. Cornu place sa justification dans un registre moral, celui de la fidélité, et nationaliste, soulignant que la solution retenue relève de la tradition française et non, en creux, d'une conception étrangère, venue d'Allemagne.

5. Plan de l'introduction. Cette justification de Gérard Cornu est extrêmement éclairante sur les raisons pour lesquelles l'acte juridique n'a guère prospéré en France : ce concept n'est pas implanté dans la tradition civiliste française qui tient déjà son roi, le contrat — G. Cornu dit du contrat qu'il est la « conception régnante » [48]. Le contrat ne saurait être détrôné, encore moins par cet étranger que serait l'acte juridique. Autrement dit, si l'acte juridique est finalement minoré par les auteurs de l'« avant-projet Catala », c'est **1°** parce que le contrat serait la conception régnante et **2°** parce que l'acte juridique ne présenterait pas les qualités suffisantes pour détrôner le contrat.

L'examen de ces raisons va conduire à les mettre de côté, ouvrant ainsi la voie à une réorganisation des rapports entre le contrat et l'acte juridique (**Section I**). Il restera alors, avant de s'engager dans cette voie, à préciser les instruments méthodologiques que nous utiliserons (**Section II**) ainsi que l'objectif que nous poursuivrons (**Section III**).

Section I Le contrat et l'acte juridique, des concepts à repenser

6. Plan. Que penser de l'idée suivant laquelle le contrat régnerait en maître sur le royaume du Droit ou de celle suivant laquelle l'acte juridique ne présenterait pas les qualités suffisantes pour remplacer le contrat ? À l'examen, aucune de ces idées ne semble pertinente, la première parce que le contrat traverse depuis fort longtemps une grave crise [49], dont il peine

supra à la note n° 13.

48. Rappr. C. Brenner, « Sources des obligations dans le Code civil rénové : passage à l'acte ou acte manqué ? », *JCP G,* 2 mai 2016, 524, écrivant que « le modèle français repose sur une mise en vedette du contrat ».

49. Sur cette crise, cf. not. H. Batiffol, « La crise du contrat et sa portée », *APD,* 1968, vol. XIII ; *La nouvelle crise du Contrat*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003. La prise de conscience de cette crise est antérieure toutefois à l'article de 1968. Ainsi, en 1938, Jean Percerou, dans sa revue de bibliographie, écrivait-il déjà à propos de l'ouvrage de Joseph Zaksas, préfacé par Jacques Maury et intitulé *Les transformations du Contrat et leurs lois* : « Nombreux sont les livres et les articles qui, à l'époque moderne, et spécialement depuis la guerre 1914-1918, ont constaté et déploré "la crise du contrat" » (*in Annales de droit commercial*, 1938, p. 253). De même, ce thème de la crise du contrat se trouve au cœur de deux ouvrages parus dans les années trente : É. de Gaudin de Lagrange, *La crise du contrat et le rôle du juge*, avec une préf. de G. Marty, Sirey, 1935 ; A. Barreyre, *L'évolution et la crise du contrat : Étude synthétique et critique*, sous la dir. de M. Laborde-Lacoste, thèse de doct., Université de Bordeaux, 1937, Bière.

Plusieurs auteurs considèrent cependant à juste titre que cette crise, dénoncée par les auteurs, ne porterait pas sur le contrat lui-même. Cf., not., P.-Y. Gautier, « Crise du contrat... ou crise du juge et de la doctrine ? »,

à sortir[50] (**§ 1.**) ; la secondes parce que les reproches adressés à l'acte juridique paraissent largement infondés (**§ 2.**).

§ 1. L'emprise déclinante du contrat civiliste en droit français

7. Le contrat, un roi rejeté par ses sujets provinciaux ? En filant la métaphore monarchique, il est permis de se demander, après un rapide survol du droit français, si le contrat n'est pas un roi rejeté par ses sujets provinciaux. Assurément, les civilistes font encore souvent allégeance au contrat, malgré l'intérêt qu'ils peuvent parfois porter aux droits étrangers[51]. Mais, force est de constater qu'il en va différemment dans les disciplines spéciales où les auteurs semblent manifester la volonté de se dégager de cette allégeance contractuelle. Or, face à l'ampleur de cette révolte, ancienne et qui ne cesse de gagner de nouveaux territoires juridiques, le contrat, paraît bien désarmé.

La révolte est, semble-t-il, apparue pour la première fois chez les auteurs de droit public, à la fin du XIXe siècle[52], à une époque où le droit administratif gagnait en autonomie, comme en témoigne notamment la réorganisation du concours d'agrégation en droit qui, progressivement, se scinde en plusieurs concours dont un pour les spécialistes de droit administratif et constitutionnel[53]. Les auteurs de droit public, s'appuyant sur le concept d'acte juridique en

RDC, 2003, 1, spé. n° 23 et J.-P. Chazal, « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », *RDC,* 2003, 1, estimant qu'il s'agirait plutôt, pour le premier auteur, d'une crise des « *méthodes* utilisées » pour parvenir au contrat et, pour le second, d'une crise « d'une conception déclinante du contrat ». Rappr. Ch. Jamin, « Quelle nouvelle crise du contrat ? : Quelques mots en guise d'introduction » *in La nouvelle crise du contrat*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 21, pour qui la « nouvelle crise du contrat » procèderait de « *la remise en cause plus ou moins violente de la théorie sociale du contrat née au début du XXe siècle.* » Cette précision nous paraît juste car la plupart du temps c'est moins la crise du *concept* même de contrat qui est soulignée par les auteurs que la crise du *régime* du contrat et plus précisément la crise d'une certaine vision de l'art. 1134 ancien du code civil, où ce texte serait perçu comme imposant toujours la force obligatoire du contrat. Ceci apparaît très nettement dans A. Barreyre, *L'évolution et la crise du contrat : Étude synthétique et critique*, sous la dir. de M. Laborde-Lacoste, thèse de doct., Université de Bordeaux, 1937, Bière, p. 1, où l'auteur commence sa thèse par une oraison funèbre de l'ancien article 1134 : « L'article 1134 du Code civil se meurt, l'article 1134 est mort ». L'auteur poursuit en peu plus loin en indiquant que la crise du contrat provient du « trouble apporté dans l'exécution intégrale des contrats » par un législateur qui se décide « à *suspendre*, à *modifier* ou à *résoudre* des conventions librement consenties » (*idem*, p. 82).

La crise que nous entendons ici mettre en évidence et à laquelle nous tenterons d'apporter une solution concerne en revanche bien quant à elle le concept même de contrat, aujourd'hui rejeté par nombre de juristes et concurrencés par d'autres concepts juridiques.

50. Comp. l'optimisme de certains auteurs du siècle dernier : *Ibid.*, p. 130, estimant que « La crise du contrat disparaître, parce qu'elle obéit à la passion et non à la raison ». Pour cet auteur, dès que le législateur cessera de faire des lois permettant aux « esprits retors et malhonnêtes [de] contracter impunément sans tenir leurs engagements [alors] la confiance renaîtra. [...] La crise du contrat ne sera plus qu'un triste souvenir ».

51. Cf. not. C. Witz, « Contrat ou acte juridique ? » *in Pour une réforme du droit des contrats*, sous la dir. de F. Terré, Dalloz, 2009 qui, présentant le contrat et l'acte juridique comme des concepts concurrents, termine par un plaidoyer pour l'instrument contractuel. Comp. P. Ancel, « Une régression du modèle légal » *in Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations : Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, sous la dir. de G. Pignarre, Thèmes & commentaires, Dalloz, 2005, n° 28.

52. Cf. les références citées *infra* n° 88.

53. Sur cette évolution http://rhe.ish-lyon.cnrs.fr/?q=agregdroit.

cours d'introduction en Allemagne, ont en effet entendu restreindre le contrat en excluant notamment les contrats d'adhésion [54] et plus généralement toutes les situations où les individus se contentaient d'adhérer à un statut, hypothèse que Léon Duguit a désignée par le vocable d'« acte-condition ». S'appuyant sur cette conception restrictive du contrat, certains publicistes vont par exemple nier la qualification contractuelle des liens entre le fonctionnaire et l'administration ou encore entre les gestionnaires d'un service public administratif et ses usagers. Bien que les privatistes aient parfois tenté de réagir à ces attaques [55], leurs réactions n'ont nullement empêché la révolte de s'amplifier, puisque les publicistes semblent aujourd'hui avoir globalement adopté une conception du contrat plus restreinte que celle retenue par leurs collègues privatistes. En revanche, cette défense du contrat a permis de maintenir, chez les privatistes, la qualification contractuelle du contrat d'adhésion que certains avaient pu un temps critiquer [56].

Parallèlement à cette crise rencontrée par le contrat en droit public, la révolte a progressivement gagné le droit de la famille, avec la question de la qualification du mariage. Cette fois, il n'y a guère eu de résistance des civilistes qui, au contraire, ont généralement eu tendance à soutenir cette mise à distance du contrat [57].

La critique du contrat va également apparaître en droit ouvrier — on ne parlait pas encore pleinement de droit social ou de droit du travail —, dans les années 1930, une fois formé un corps de juristes spécialisés dans cette matière [58]. Elle conduira alors à une véritable crise du contrat car, cette fois, ce n'est plus une matière lointaine qui prétend s'émanciper du contrat, mais un des contrats mêmes du code civil, le contrat de louage d'ouvrage. Les civilistes vont cependant réagir fortement et parvenir ainsi à maintenir l'emprise du contrat sur cette matière [59].

Vingt ans plus tard, dans les années 1950, la révolte reprend, cette fois en droit de la concurrence — alors dénommé droit des ententes. Ainsi, cherchant à analyser la nature des ententes condamnées par l'article 65 du Traité instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier [60], ancêtre des traités européens à venir, plusieurs spécialistes de la matière formés au droit et à l'économie, vont dénier à ces ententes, plus ou moins nettement, la qualification

54. Cf. not. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel : La règle de droit — Le problème de l'État*, 3e éd., Boccard, 1927, § 37 et 38.

55. Not. F. Gény, « Les bases fondamentales du droit privé en face des théories de L. Duguit », *RTD Civ.,* 1922, nos 18-23 ; H. Capitant, *Droit civil approfondi et comparé : les principes fondamentaux du droit des contrats*, Cours de droit, 1932–1933, p. 30.

56. Sur ce débat, cf. les références citées dans A. Engel-Créach, *Les contrats judiciairement formés*, sous la dir. de A. Bénabent, thèse de doct., 2002, Économica, no 101.

57. Sur ce mouvement de disqualification progressive, cf. B. Basdevant-Gaudemet, « Un contrat entre l'homme et la femme ? Quelques points à travers l'histoire en Occident » *in La contractualisation de la famille*, sous la dir. de D. Fenouillet et P. de Vareille-Sommières, Économica, 2001, p. 36-38. *Adde infra* no 117.

58. Cf. not. G. Morin, « La désagrégation de la théorie contractuelle du code », *APD,* 1940.

59. Cf. not. G. Lyon-Caen, « Défense et illustration du contrat de travail », *APD. Sur les notions de contrat,* 1968, vol. 13.

60. L'alinéa premier de ce texte, à présent abrogé, disposait : « Sont interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui tendraient, sur le marché commun, directement ou indirectement, à empêcher, restreindre ou fausser le jeu normal de la concurrence [...] ».

contractuelle [61], à rebours de la doctrine antérieure [62]. Depuis lors, ce rejet du contrat, qui a pu séduire la Cour de justice des communautés européennes [63], n'a pas cessé en doctrine [64]. Il s'est même propagé, quinze ans plus tard, au dernier né du droit des affaires : le droit des marchés financiers [65].

Face à ces critiques, les civilistes ne semblent guère avoir réagi. Même lorsque certains spécialistes du droit commercial suggéraient la voie d'une réconciliation, en proposant quelques réaménagements, tel l'abandon du « schéma consensualiste de l'accord des volontés » [66], les civilistes n'ont pas voulu emprunter ce chemin. Ils ont préféré ne pas intervenir dans ce champ disciplinaire et ont ainsi laissé échapper à l'emprise du contrat une discipline supplémentaire.

Au même moment, dans les années 1950 donc, la doctrine pénaliste commence à s'interroger elle aussi sur la pertinence du concept civiliste de contrat pour rendre compte des infractions prenant place dans un contrat. Michel Vasseur soutient alors que la notion de contrat utilisée en droit pénal n'est pas celle retenue en droit civil ; le droit pénal ne se contenterait selon lui que d'une apparence de contrat [67]. Par la suite, la doctrine pénaliste va amplifier la critique, en développant des armes contre le contrat non plus seulement en amont [68], mais aussi en aval de l'infraction, lors de la répression [69]. Ainsi sera niée la qualification contractuelle des « accords »

61. G. Pasqualaggi, « Les ententes en France. Leur principaux aspects. Les problèmes que pose leur contrôle », *Revue économique,* 1952, vol. 3, 1, URL : http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/reco_0035-2764_1952_num_3_1_406885, p. 64 ; P. Reuter, « À propos des ententes industrielles et commerciales (1re partie) », *Droit social,* 1952, p. 442 ; P. Reuter, *La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, LGDJ, 1953, notes sous l'art. 65.

62. I. Tchernoff, *Ententes économiques et financières*, avec une préf. d'A. Buisson, Sirey, 1923, nos 23, 25 et 294 ; L. Mazeaud, *Le régime juridique des ententes industrielles et commerciales*, avec une préf. de R. Garraud et R. Isay, Sirey, 1928, p. 24 et 212 s. G. Ripert, « Rapport sur la discussion d'un projet de loi sur le statut des Ententes économiques », *Bulletin de la Société d'études législatives,* 1932–1933, Question no 88, p. 256-258 (1932) et p. 181-182 (1933) ; O. de Puiffe de Magondeaux, *Les ententes industrielles obligatoires et le corporatisme en France*, thèse de doct., Université de Paris, 1937, LGDJ, p. 11.

63. CJCE, *Imperial Chemical Industries*, 14 juil. 1972, no 48-69, URL : http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:61969CJ0048, no 64-65.

64. En dernier lieu Y. Guenzoui, *La notion d'accord en droit privé*, sous la dir. de C. Hannoun, thèse de doct., Université de Cergy-Pontoise, 2009, LGDJ, no 54.

65. F. Castres Saint-Martin - Drummond, « Le contrat comme instrument financier » *in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Éditions du JurisClasseur, 1999, p. 668 ; A.-C. Muller, *Droit des marchés financiers et droit des contrats*, sous la dir. de H. Synvet, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2007, Économica, not. no 545 ; Y. Guenzoui, *La notion d'accord en droit privé*, sous la dir. de C. Hannoun, thèse de doct., Université de Cergy-Pontoise, 2009, LGDJ, no 64 ; O. Dexant - de Bailliencourt, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, sous la dir. de H. Synvet, thèse de doct., 2012, Dalloz, nos 306 s.

66. B. Oppetit, « Le consentement sans l'échange : le concours des consentements », *RJ. com.,* nov. 1995, 11, p. 73 ; rappr. M.-A. Frison-Roche, « Le droit financier entre volontés et informations » *in Prospectives du droit économique, Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1991.

67. M. Vasseur, « Des effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après d'autres disciplines », *RSC,* 1951.

68. Pour une recension des critiques adressées au contrat en amont de l'infraction, cf. E. Palvadeau, *Le contrat en droit pénal*, sous la dir. de V. Malabat, thèse de doct., Bordeaux IV, 2011, no 32 s.

69. « La notion de contrat, bien que celui-ci ait été qualifiée de "pillier" du droit, est fondamentalement inconciliable avec le droit pénal » : X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, sous la dir. de P. Maistre du Chambon, thèse de doct., Université de Grenoble, 2002, LGDJ, nos 691. *Adde* E. Palvadeau, *Le contrat en droit pénal*, sous la dir. de V. Malabat, thèse de doct., Bordeaux IV, 2011, no 5 ; M. Danti-Juan, « Le consen-

pouvant intervenir entre l'auteur de l'infraction et la victime [70], ou entre l'auteur de l'infraction et le juge imposant une sanction à laquelle le condamné doit consentir, tel le travail d'intérêt général [71]. Là encore, les civilistes ne se sont guère employés à ramener l'ordre [72] et ont laissé, une fois de plus, une autre discipline échapper à l'emprise du contrat.

Enfin, à partir de la fin des années 1980, ce sont les terres du droit médical qui s'embrasent. S'appuyant sur l'absence d'une telle qualification dans diverses lois touchant au corps humain, Dominique Thouvenin, bientôt rejointe par d'autres auteurs, initie une critique du contrat comme instrument de régulation de la relation médicale [73] affirmant même en 1988 que, jusqu'à ce jour (celui où elle écrit), « aucune décision ne s'est explicitement prononcée sur la nature des rapports du médecin avec le patient » [74]. Depuis lors, et en partie sous l'influence de la loi du 4 mars 2002, laquelle a pu être comprise comme un rejet de la qualification contractuelle, la critique s'est considérablement amplifiée et se trouve ainsi présente dans un très grand nombre de thèses soutenues ces dernières années [75].

tement et la sanction » *in Mélanges offerts à P. Couvrat : la sanction du droit*, PUF, 2001, p. 377 ; M. van de Kerchove, « Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle ? » *in La contractualisation de la production normative*, sous la dir. de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, Dalloz, 2008, p. 192.

70. Pour la transaction pénale, cf. J.-B. Perrier, *La transaction en matière pénale*, sous la dir. de S. Cimamonti, thèse de doct., Université d'Aix-Marseille, 2014, LGDJ et Lextenso éditions, n° 538 et 661 ; pour la médiation V. Wester-Ouisse, *Convention judiciaire et juridiction pénale*, sous la dir. de L. Cadiet, thèse de doct., Université de Nantes, 1999, n° 473 ; E. Palvadeau, *Le contrat en droit pénal*, sous la dir. de V. Malabat, thèse de doct., Bordeaux IV, 2011, n° 5.

71. M. Danti-Juan, « Le consentement et la sanction » *in Mélanges offerts à P. Couvrat : la sanction du droit*, PUF, 2001, p. 377 ; X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, sous la dir. de P. Maistre du Chambon, thèse de doct., Université de Grenoble, 2002, LGDJ, n° 793. Rappr., à propos de l'acceptation des peines de substitution par le condamné, X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, sous la dir. de P. Maistre du Chambon, thèse de doct., Université de Grenoble, 2002, LGDJ, n° 695.

72. Comp. P. Ancel, *L'indisponibilité des droits de la personnalité*, sous la dir. de G. Couturier, thèse de doct., Université de Dijon, 1978, URL : http://orbilu.uni.lu/request-copy/10993/16812/24419/Th%C3%83%C2%A8se%20de%20doctorat.pdf, n°s 47 s. L'auteur y soutient que le consentement de la victime ne serait pas un acte juridique, mais il paraît admettre que celui-ci pourrait parfois prendre place dans un contrat.

73. D. Thouvenin, « La disponibilité du corps humain : corps sujet ou corps objet ? », *Actes,* 1985, 49/50.

74. D. Thouvenin, « La référence au contrat de soins dans les expérimentations sur l'Homme » *in Éthique médicale et droit de l'Homme*, Actes Sud et Inserm, 1988, n° 130.

75. Not. S. Porchy, *Volonté du malade et responsabilité du médecin*, sous la dir. de Y. Lambert-Faivre, thèse de doct., Lyon III, 1994 ; M. Morlaas-Courties, *L'indemnisation des victimes d'accident thérapeutiques*, sous la dir. de J. Calais-Auloy, thèse de doct., Montpellier I, 1999 ; B. Mansart, *La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient*, sous la dir. de P. Jourdain, thèse de doct., 1999 ; J. Bellissent, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat : À propos de l'évolution des ordres de responsabilité civile*, sous la dir. de R. Cabrillac, thèse de doct., 2001, LGDJ ; M. Girer, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : Essai de remise en cause du contrat médical*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., 2008, LEH ; H. Pronost, *Volonté et acte médical*, sous la dir. de B. Beignier, thèse de doct., Université Toulouse I, 2009 ; A. Catherine, *Pouvoir du médecin et droits du patient : L'évolution de la relation médicale*, sous la dir. de M.-J. Redor-Fichot, thèse de doct., Université de Caen Basse-Normandie, 2011 ; I. Alquier, *Le statut du patient en établissement de santé privé*, sous la dir. de L. Dubouis, thèse de doct., Université Paul Cézanne-Aix-Marseille III, 2011 ; A. Issa, *La responsabilité médicale en droit public libanais et français*, sous la dir. de M.-R. Tercinet et F. Farhat, thèse de doct., 2012 ; E. Raschel, *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, sous la dir. de M. Danti-Juan et R.-N. Schütz, thèse de doct., Université de Poitiers, 2013, n°s 21-29 ; P. Véron, *La décision médicale*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., Université de Montpellier, 2015. *Contra* B. Pitcho, *Le statut juridique du patient*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., 2004, LEH ; S. Dumas-Lavenac, *L'acte sur le corps dans l'intérêt médical d'autrui*, sous la dir. de B. Feuillet, thèse de doct., Université de Rennes 1,

On le voit, la contestation du contrat est de grande ampleur et il est permis de penser qu'elle continuera si rien n'est fait. On peut se demander, ainsi, s'il ne gagnera pas, demain, les terres de la protection des données personnelles car elles présentent certaines caractéristiques communes avec les disciplines précitées. L'extension de la critique est d'autant plus facilitée que les juristes hostiles au contrat partagent entre eux leurs arguments, renforçant ainsi la puissance de leurs critiques [76].

8. Le contrat, un roi attaqué par maintes armes. Les critiques adressées au contrat ne sont pas seulement redoutables par leur nombre, elles le sont également par leur diversité. En effet, pour tenter de s'émanciper du contrat, les auteurs ne se contentent pas de montrer que les éléments constitutifs du contrat ne se retrouveraient pas dans leur discipline, ils prétendent également que, même à supposer que l'on puisse appliquer la qualification contractuelle, celle-ci serait prise en défaut et ne pourrait nullement déployer ses effets, qu'il s'agisse des effets que cette qualification implique sur la formation des relations qualifiées de contractuelles, ou sur leur exécution. Donnons-en ici un bref aperçu.

9. *Les armes dirigées contre la qualification du contrat.* Concernant tout d'abord les critiques dirigées contre la qualification contractuelle, les révoltés ont fourbi leurs armes contre l'ensemble des éléments constitutifs du contrat. Pour empêcher que le contrat n'affirme son emprise, les spécialistes ont ainsi soutenu, par exemple, qu'il n'y avait aucune réelle rencontre des volontés à l'origine de cette situation. Certes, il y avait bien des volontés, mais elles ne s'étaient pas rencontrées, en raison de l'anonymat conservé par les parties [77], de l'absence de rencontre physique entre elles [78], de la présence d'une machine [79] ou d'une tierce personne s'interposant entre ces parties [80], ou encore du trop grand éloignement institutionnel entre les parties à cette relation [81]. Parfois, plutôt que de s'attaquer à l'idée même de « rencontre » des

2012, n° 320.

76. Cf. E. Raschel, *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, sous la dir. de M. Danti-Juan et R.-N. Schütz, thèse de doct., Université de Poitiers, 2013, n°s 12-29 qui s'appuie sur des travaux du droit médical et du droit des marchés financiers.

77. Not. *ibid.*, n° 18.

78. Pour les opérations sur les marchés financiers, cf. F. Castres Saint-Martin - Drummond, « Le contrat comme instrument financier » *in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Éditions du JurisClasseur, 1999, n° 10, p. 668 ; pour l'acceptation d'une libéralité après la mort, cf. B. Haftel, *La notion de matière contractuelle en droit international privé : Étude dans le domaine du conflit de lois*, sous la dir. de D. Bureau, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2008, n° 148.

79. G. Rouhette, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat » *in Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, n° 17, p. 262.

80. E. Palvadeau, *Le contrat en droit pénal*, sous la dir. de V. Malabat, thèse de doct., Bordeaux IV, 2011, n° 4 ; rappr., pour l'analyse du procès en général au travers du contrat, M.-A. Frison-Roche, « La philosophie du procès, propos introductifs », *APD. Le procès,* 1995, p. 20-21.

81. Pour les relations entre les agents publics et l'état, cf. not. M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 4e éd., Larose, 1900, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k105506c, p. 589-590 ; pour les relations entre le condamné et le juge le condamnant, cf. M. van de Kerchove, « Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle ? » *in La contractualisation de la production normative*, sous la dir. de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, Dalloz, 2008, p. 191 ; J.-B. Perrier, *La transaction en matière pénale*, sous la dir. de S. Cimamonti, thèse de doct., Université d'Aix-Marseille, 2014, LGDJ et Lextenso éditions, n° 667.

volontés, les opposants au contrat ont nié le consentement d'une partie à cette relation, compte tenu de ce qu'elle pouvait *rétracter* ce consentement [82].

Les opposants au contrat arguent aussi parfois que l'une des volontés à l'origine de cette relation n'aurait créé aucun effet de droit, ce qui empêcherait d'y voir un contrat. Pour cela, ils avancent tantôt que les effets de droit seraient créés uniquement par l'autre partie à la relation [83], tantôt que ces effets de droit n'existeraient pas compte tenu de leur nullité [84], tantôt qu'il n'y aurait pas d'effets de droit car les parties n'en auraient pas recherché [85]. D'autres fois, tout en reconnaissant l'existence d'effets de droit, ils relèvent que ceux-ci ne concernent pas les parties à la relation, ce qui empêcherait de placer cette relation sous l'emprise du contrat [86].

10. ***Les armes dirigées contre le régime du contrat.*** Certains spécialistes s'efforcent aussi de montrer que tout ou partie des règles imposées par la qualification contractuelle sont inapplicables dans leur discipline, ce qui montre à leurs yeux l'absence de légitimité du contrat à régir leurs terrains disciplinaires.

S'agissant en premier lieu du régime de la formation du contrat, tantôt les auteurs nient l'application même des conditions de validité du contrat [87], notamment en raison de l'existence

82. Ceci a notamment été soutenu en droit des marchés financiers, pour nier la qualification contractuelle de l'action de concert. Sur cette critique, cf. A.-C. Muller, *Droit des marchés financiers et droit des contrats*, sous la dir. de H. Synvet, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2007, Économica, n° 545 ; Y. Guenzoui, *La notion d'accord en droit privé*, sous la dir. de C. Hannoun, thèse de doct., Université de Cergy-Pontoise, 2009, LGDJ, n° 64. La critique se retrouve aussi pour les droits de la personnalité lorsque se pose la question de la nature juridique des opérations les concernant ; cf. les auteurs cités dans Th. Gisclard, *La personnalité humaine comme élément du patrimoine*, sous la dir. de G. Loiseau, thèse de doct., Université Panthéon-Sorbonne, 2012, n°s 342-346.

83. X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, sous la dir. de P. Maistre du Chambon, thèse de doct., Université de Grenoble, 2002, LGDJ, n° 792.

84. X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, sous la dir. de P. Maistre du Chambon, thèse de doct., Université de Grenoble, 2002, LGDJ, n° 362 ; A.-C. Muller, *Droit des marchés financiers et droit des contrats*, sous la dir. de H. Synvet, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2007, Économica, n° 511 ; O. Dexant - de Bailliencourt, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, sous la dir. de H. Synvet, thèse de doct., 2012, Dalloz, n° 310.

85. E. Palvadeau, *Le contrat en droit pénal*, sous la dir. de V. Malabat, thèse de doct., Bordeaux IV, 2011, n° 5 ; O. Dexant - de Bailliencourt, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, sous la dir. de H. Synvet, thèse de doct., 2012, Dalloz, n° 311.

86. X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, sous la dir. de P. Maistre du Chambon, thèse de doct., Université de Grenoble, 2002, LGDJ, n° 694 ; E. Palvadeau, *Le contrat en droit pénal*, sous la dir. de V. Malabat, thèse de doct., Bordeaux IV, 2011, n° 4 ; E. Raschel, *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, sous la dir. de M. Danti-Juan et R.-N. Schütz, thèse de doct., Université de Poitiers, 2013, n° 19.

87. Pour la violence, cf. M. Danti-Juan, « Le consentement et la sanction » *in Mélanges offerts à P. Couvrat : la sanction du droit*, PUF, 2001, p. 377 ; pour l'objet et la cause, cf. P. Ancel, *L'indisponibilité des droits de la personnalité*, sous la dir. de G. Couturier, thèse de doct., Université de Dijon, 1978, URL : http://orbilu.uni.lu/request-copy/10993/16812/24419/Th%C3%83%C2%A8se%20de%20doctorat.pdf, n° 62 ; pour l'article 1128 c. civ. en particulier, cf. J.-B. Perrier, *La transaction en matière pénale*, sous la dir. de S. Cimamonti, thèse de doct., Université d'Aix-Marseille, 2014, LGDJ et Lextenso éditions, n° 649 ; rappr. X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, sous la dir. de P. Maistre du Chambon, thèse de doct., Université de Grenoble, 2002, LGDJ, n° 694 ; pour l'interdiction des clauses abusives ou la prohibition des engagement perpétuels, cf. P. Barban, *Les entreprises de marché : Contribution à l'étude d'un modèle d'infrastructure de marché*, sous la dir. de F. Drummond, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2014, n° 143 et n° 144.

de règles spéciales qui empêcheraient l'application des règles relatives au contrat [88] ; tantôt ils s'attaquent aux mécanismes sanctionnant ces conditions, dénonçant par exemple l'inutilité du recours à la nullité [89] ou encore l'absence des caractères usuels de celle-ci, telle l'absence de rétroactivité [90] ou de distinction entre les nullités relative et absolue [91].

S'attaquant en second lieu au régime de l'exécution du contrat, les auteurs contestent encore la qualification contractuelle, au motif que les relations auxquelles ils s'intéressent ne seraient pas dotées de la force obligatoire posée par l'ancien article 1134 du code civil (article 1103 nouveau) [92], qu'elles produiraient des effets à l'égard des tiers, en violation de l'ancien article 1165 du code civil (article 1199 nouveau) [93] ou encore que les sanctions de l'inexécution ne s'appliqueraient pas [94]. D'autres fois, les auteurs se contentent de relever des anomalies, tel le fait que la présence de cette relation engagerait toujours la responsabilité des parties à celles-ci, ce qui serait étranger au droit des contrats [95].

Cet inventaire des armes dirigées contre le contrat révèle combien sont rares les attributs du contrat qui ne sont pas contestés. La crise du contrat, naguère évoquée, est donc bien présente et ne fait que s'aggraver. Pourquoi, dès lors, ne pas renverser ce souverain et le remplacer par un autre, l'acte juridique, ou à tout le moins envisager une diarchie ? N'y aurait-il pas là un moyen de restaurer l'unité du droit et de permettre ainsi aux civilistes de défendre le droit commun [96] ? Autrement dit, **l'acte juridique ne serait-il pas la réponse à cette crise du contrat que nous venons de décrire** ? À supposer qu'une réponse positive soit possible, elle

88. Pour le dol, cf. E. Raschel, *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, sous la dir. de M. Danti-Juan et R.-N. Schütz, thèse de doct., Université de Poitiers, 2013, n° 17 ; A. Dadoun, *La nullité du contrat et le droit pénal*, sous la dir. de Y.-M. Sérinet, thèse de doct., Université de Cergy-Pontoise, 2011, LGDJ et Lextenso éditions, n°s 159-160 ; pour la capacité, cf. P. Ancel, *L'indisponibilité des droits de la personnalité*, sous la dir. de G. Couturier, thèse de doct., Université de Dijon, 1978, URL : http://orbilu.uni.lu/request-copy/10993/16812/24419/Th%C3%83%C2%A8se%20de%20doctorat.pdf, n° 61 ; J.-B. Perrier, *La transaction en matière pénale*, sous la dir. de S. Cimamonti, thèse de doct., Université d'Aix-Marseille, 2014, LGDJ et Lextenso éditions, n° 458.

89. A. Dadoun, *La nullité du contrat et le droit pénal*, sous la dir. de Y.-M. Sérinet, thèse de doct., Université de Cergy-Pontoise, 2011, LGDJ et Lextenso éditions, n° 162 ; Y. Guenzoui, *La notion d'accord en droit privé*, sous la dir. de C. Hannoun, thèse de doct., Université de Cergy-Pontoise, 2009, LGDJ, n° 329.

90. *Ibid.*, n° 339.

91. P. Ancel, *L'indisponibilité des droits de la personnalité*, sous la dir. de G. Couturier, thèse de doct., Université de Dijon, 1978, URL : http://orbilu.uni.lu/request-copy/10993/16812/24419/Th%C3%83%C2%A8se%20de%20doctorat.pdf, n° 55.

92. A. Viandier, *OPA, OPE, Garantie de cours, Retrait, OPV : Droit des offres publiques*, 2e éd., Litec, 1993, n° 838 ; C. Filippone, *La contractualisation des droits de la personnalité*, sous la dir. de P. Delebecque, thèse de doct., Université Panthéon-Sorbonne, 2001, n° 359 ; P. Ancel, *L'indisponibilité des droits de la personnalité*, sous la dir. de G. Couturier, thèse de doct., Université de Dijon, 1978, URL : http://orbilu.uni.lu/request-copy/10993/16812/24419/Th%C3%83%C2%A8se%20de%20doctorat.pdf, n° 47.

93. P. Barban, *Les entreprises de marché : Contribution à l'étude d'un modèle d'infrastructure de marché*, sous la dir. de F. Drummond, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2014, n° 146-151.

94. X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, sous la dir. de P. Maistre du Chambon, thèse de doct., Université de Grenoble, 2002, LGDJ, n° 793.

95. Y. Guenzoui, *La notion d'accord en droit privé*, sous la dir. de C. Hannoun, thèse de doct., Université de Cergy-Pontoise, 2009, LGDJ, n° 342.

96. Car assurément, l'un des objectifs de ce travail est de renforcer un droit commun insuffisamment mobilisé selon nous. Rappr. S. Lequette, « La notion de contrat : Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD Civ.*, 2018, p. 541-566, n° 4.

suppose préalablement d'écarter d'abord les reproches souvent adressés à l'acte juridique.

§ 2. La fausseté des reproches adressés à l'acte juridique

11. Nombre de civilistes ont écarté l'hypothèse d'un remplacement du contrat par l'acte juridique, ce dernier présentant à leurs yeux trop de défauts. L'origine allemande du concept, son individualisme et son abstraction sont ainsi souvent avancés. L'examen de ces critiques permet néanmoins de douter de leur pertinence, tant pour le reproche extrinsèque tenant à son origine étrangère (**A.**), que pour les reproches intrinsèques tenant à son individualisme et à son abstraction (**B.**).

A. Réfutation de la critique extrinsèque relative aux origines du concept d'acte juridique

12. L'acte juridique, un concept prétendument allemand. Il est courant aujourd'hui d'attribuer la paternité du concept d'acte juridique au juriste allemand Daniel Nettelbladt, qui l'aurait développé dans la première édition de son *Système élémentaire de jurisprudence universelle positive* paru en 1749 [97]. Ce serait ce concept qui, repris par les pandectistes allemands, aurait plus tard été introduit dans la doctrine française, notamment grâce aux travaux de Claude Bufnoir, Raymond Saleilles, Léon Duguit ou encore Julien Bonnecase [98].

13. Rejet de cette origine. Il est cependant permis de douter que D. Nettelbladt doive retirer tous les lauriers de l'élaboration de ce concept juridique. En effet, outre que l'attribution de cette paternité est le fait d'un juriste de même nationalité que D. Nettelbladt [99], au demeu-

97. Ph. Didier, *De la réprésentation en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2004, LGDJ, n° 148 ; É. Besson, *La dimension juridique des sacrements*, sous la dir. de J. Conn, thèse de doct., Université Pontificale Grégorienne, 2004, Pontificia università gregoriana, p. 300 ; R. Sacco, « Acte juridique et *Rechtsgeschäft* deux voisins qui s'ignorent » *in Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Société de législation comparée, 2005, p. 647 ; C. Witz, « Contrat ou acte juridique ? » *in Pour une réforme du droit des contrats*, sous la dir. de F. Terré, Dalloz, 2009, note 2 ; C. Witz, « Georges Rouhette et l'acte juridique » *in Hommage à Georges Rouhette*, Dalloz, 2014, p. 51. Comp. F. H. Lawson, *A common lawyer looks at the civil law*, avec une préf. de H. E. Yntema, University of Michigan Law School, 1955, p. 165 ; G. Rouhette, « La doctrine de l'acte juridique : sur quelques matériaux récents », *Droits,* 1988, vol. 7.

98. Sur cette généalogie de l'acte juridique, cf. F. H. Lawson, *A common lawyer looks at the civil law*, avec une préf. de H. E. Yntema, University of Michigan Law School, 1955, p. 165-167 ; A. Rieg, « Le contrat dans les doctrines allemandes du XIXe siècle », *APD,* 1968, n° 2 ; F. Limbach, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales des contrats. De l'utilité du concept de la déclaration de volonté*, sous la dir. de C. Witz et S. Peruzetto, thèse de doct., Université Toulouse 1 et Université de la Sarre, 2004, LGDJ ; Ph. Didier, *De la réprésentation en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2004, LGDJ, nos 8 s. P. Ancel, « Acte juridique et déclaration de volonté : la greffe allemande sur le droit français des obligations » *in Traditions savantes et codifications*, sous la dir. de C. Ophèle et P. Rémy, Université de Poitiers, 2007, nos 6-9 ; M. Poumarède, « La place de l'acte juridique dans les projets de réforme du droit des obligations » *in Métamorphoses de l'Acte Juridique*, sous la dir. de M. Nicod, Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitole et LGDJ, 2011, n° 3.

99. Cette attribution est souvent rattachée à Siegmund Schlossmann, un juriste allemand du début du XXe siècle (V. Lasserre-Kiesow, *La technique législative : Étude sur les codes civils français et allemand*, sous la

rant connu pour l'excès de ses propos [100], la densité des lignes consacrées par D. Nettelbladt à l'acte juridique conduit à se demander si cet auteur en est bien l'unique inventeur [101].

Cette intuition paraît confortée par le fait que le « droit musulman » connaît depuis assez longtemps un concept d'*'aqd*, très proche du concept d'acte juridique [102] et perçu comme une variété des *shar'i* ou actes humains [103].

Or, pour peu que l'on refuse de voir dans ces fortes ressemblances une simple coïncidence, ceci signifierait que les deux concepts auraient une origine commune, laquelle serait très probablement antérieure à 1453. En effet, l'histoire des échanges entre l'Orient et l'Occident révèle que d'importants transferts de connaissances entre ces deux parties du globe ont eu lieu en 1453, lorsque, suite à la prise de Constantinople, l'Empire Ottoman s'est approprié les savoirs conservés dans les bibliothèques de l'ancien Empire Byzantin, en créant pour l'occasion de nombreuses écoles de traduction. Il n'est pas interdit de supposer que, parmi les ouvrages traduits et conservés, aient figuré des ouvrages de science juridique traitant du concept d'acte juridique, ce qui aurait conduit au transfert de ce concept en droit ottoman, puis en droit musulman. Tout ceci donne à penser que le concept d'acte juridique pourrait être antérieur à 1453 et donc bien antérieur à l'œuvre de Nettelbladt publiée trois siècles plus tard.

Cette intuition se trouve également confortée par l'étude des occurrences de l'expression « *actus juridicus* » [104] dans les sources antérieures au XVIIIe siècle. Une telle recherche révèle ainsi que ces termes sont utilisés bien avant les écrits de D. Nettelbladt, en particulier en droit canonique [105]. Certes, il n'est pas certain que l'expression corresponde dans ces écrits à un véritable concept juridique, d'autant moins que la doctrine canoniste actuelle paraît considérer que ce n'est qu'au XXe siècle, avec la promulgation des codes de droit canonique de 1917 et 1983, que ce concept aurait pénétré le droit canon [106]. Pour autant, il y a là un nouvel indice.

dir. de M. Pédamon, thèse de doct., 2002, LGDJ, p. 129, note 48 ou Ph. Didier, *De la réprésentation en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2004, LGDJ, n° 148, note 4). Elle se situe dans un article consacré à l'histoire des concepts de déclaration de volonté et d'acte juridique : S. Schlossmann, « Willenserklärung und Rechtsgeschäft » *in Festgabe Dr. Albert Hänel*, Lipsius & Tischer, 1907, URL : http://dibiki.ub.uni-kiel.de/viewer/image/PPN734593252/11/LOG_0005/, p. 55.

100. Cf. A. Rieg, « Le contrat dans les doctrines allemandes du XIXe siècle », *APD,* 1968, n° 21, soulignant le caractère peu convaincant de la démonstration de S. Schlossmann tendant à prouver que le recours au contrat ne présente aucun intérêt.

101. Rappr. F. H. Lawson, *A common lawyer looks at the civil law*, avec une préf. de H. E. Yntema, University of Michigan Law School, 1955, p. 165-167 ou G. Rouhette, « La doctrine de l'acte juridique : sur quelques matériaux récents », *Droits,* 1988, vol. 7, évoquant d'éventuels prédécesseurs de D. Nettelbladt, respectivement Richard Zouche ou Jean Bodin.

102. Y. Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé. 1 - Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton & Co, 1965, n°s 67-68, où l'auteur évoque les débats de la doctrine musulmane sur le contenu de l'*'aqd*, équivalent de l'acte juridique, ainsi que son régime juridique.

103. L. Milliot et F.-P. Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001, n° 221.

104. Le latin est en effet à l'époque la langue commune des juristes.

105. Voyez les résultats que renvoie *Google Books* avec l'expression *actus juridicus* pour une recherche d'ouvrages antérieurs à 1749.

106. É. Besson, *La dimension juridique des sacrements*, sous la dir. de J. Conn, thèse de doct., Université Pontificale Grégorienne, 2004, Pontificia università gregoriana, p. 300 s. et les références citées, en particulier V. De Paolis, « L'atto giuridico », *Periodica de re canonica,* 2001, vol. XC, URL : http://books.google.fr/books?id=k-PGhNXITYoC&lpg=PA208&ots=or9W6tMlXe&dq=de%20paolis%20%22actus%20juridicus%22%

Enfin, un dernier indice déterminant nous semble fourni par le droit international privé. En effet, plusieurs auteurs ont pu souligner ces dernières années qu'il existait déjà dans l'Ancien Droit les linéaments d'une théorie de l'acte juridique, ce dont attesterait la présence de l'adage *locus regit actum* [107]. Dès lors, les origines de l'acte juridique seraient à rechercher bien avant 1749

L'ensemble de ces indices conduit à penser que le concept d'acte juridique est bien antérieur au juriste allemand D. Nettelbladt. Mais alors d'où vient-il ?

14. Recherche d'autres origines. Plusieurs recherches, déjà entreprises dans le passé par des auteurs soucieux d'identifier des théoriciens susceptibles d'avoir contribué à la genèse du concept d'acte juridique [108], permettent d'écarter les jurisconsultes romains. Ni le droit romain, ni la doctrine de cette époque n'ont échafaudé un tel concept, contrairement à ce que peuvent parfois laisser croire les romanistes lorsqu'ils usent de l'expression « acte juridique » [109]. Ce silence du droit et des jurisconsultes romains ne surprendra pas les férus d'histoire du droit des contrats qui savent qu'il n'existait pas de théorie aboutie du contrat à Rome [110], de sorte que, *a fortiori*, on imagine mal qu'il ait pu y exister une théorie de l'acte juridique.

Les écrits des canonistes sont en revanche susceptibles de nous conduire sur la voie, en particulier ceux de Thomas d'Aquin, dont il a pu être écrit que sa réflexion sur l'acte était de nos jours d'une grande actualité [111].

20periodica&hl=fr&pg=PA185#v=onepage&q&f=false. *Adde*, G. Fransen, « Le dol dans la conclusion des actes juridiques selon le droit canonique du Moyen-Âge », *Ephemerides theologicae Lovanienses,* 1945, vol. 21, p. 61.

107. B. Haftel, *La notion de matière contractuelle en droit international privé : Étude dans le domaine du conflit de lois*, sous la dir. de D. Bureau, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2008, n° 129 et les références citées.

108. Y. Thomas, « Une invention de la romanistique allemande : l'acte de transfert abstrait », *Droits,* 1988, p. 37 ; M. Poumarède, « La place de l'acte juridique dans les projets de réforme du droit des obligations » *in Métamorphoses de l'Acte Juridique*, sous la dir. de M. Nicod, Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitole et LGDJ, 2011, n° 3.

109. Cf. not. A. Magdelain, « L'acte juridique au cours de l'ancien droit romain » *in Jus imperium auctoritas. Études de droit romain*, Publications de l'École française de Rome, 1990, URL : https://www-persee-fr.bibliopam-evry.univ-evry.fr/web/ouvrages/home/prescript/article/efr_0000-0000_1990_ant_133_1_3984, où l'auteur retrace l'évolution de différents contrats, sans nullement présenter une pensée romaine sur l'acte juridique lui-même.

110. Le caractère longtemps édictal du droit romain n'a guère contribué à l'élaboration d'un droit commun des conventions — la convention ayant seule à Rome la généralité que l'on donne aujourd'hui à la notion de contrat, il est préférable de parler à Rome de théorie générale de la convention plutôt que de théorie générale du contrat — ; le droit romain a longtemps été avant tout une liste d'actions. Quand bien même la présentation de ces actions dans l'édit du préteur n'était pas dépourvue de tout esprit de système (cf. G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, sous la dir. de R. Rodière, thèse de doct., Paris, 1965, n°s 48 s.), ce système n'était pas suffisamment abouti pour former un droit commun des contrats. Si les jurisconsultes de l'époque ont tenté de rassembler ces différentes actions en forgeant des éléments d'une théorie générale du contrat, cette théorie n'était nullement une « théorie d'ensemble » (J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit privé*, 2e éd., Dalloz, 2010, p. 841 ; J. Gaudemet et E. Chevreau, *Droit privé romain*, Montchrestien, 2011, p. 262) et, ayant été formé tardivement, elle n'a en outre guère eu le temps de pénétrer le droit romain pour former un droit commun des contrats.

111. P. Fontan, « Référence philosophique à St Thomas d'Aquin », *RRJ,* 1986 : « S'il faut parler de l'actualité de St Thomas d'Aquin, le plus net de cette actualité revient peut-être, en profondeur, à sa réflexion sur l'acte... ».

15. Or, justement, Thomas d'Aquin a développé dès le XIIIe siècle une théorie des *actes humains*[112] — où l'on retrouve le *shar'i* du droit musulman évoqué tout à l'heure[113] — qui, par son caractère général, englobe également les actes juridiques. Alors même que la contribution de Thomas d'Aquin à l'élaboration du concept d'acte juridique n'est, semble-t-il, jamais évoquée par les canonistes actuels lorsqu'il est question de la généalogie de ce concept[114], ces derniers s'appuient cependant sur cet auteur lorsqu'il s'agit d'expliciter certaines notions de droit canonique rattachées à l'acte juridique, telles l'erreur ou la violence[115]. Ces allusions à l'œuvre de Thomas d'Aquin sont pleinement justifiées dans la mesure où la *Somme Théologique* comprend nombre de passages qui rappellent les exposés actuels des juristes sur l'acte juridique. Tel est le cas en particulier de la *Question 6*, située dans la deuxième partie de la *Somme théologique* (Ia IIæ), où Thomas d'Aquin s'interroge tant sur l'extériorisation de la volonté, que sur l'influence de la violence et de l'ignorance sur la volonté, et ce en des termes très proches de ceux qu'emploiera par exemple Léon Duguit, plus d'un demi millénaire plus tard[116].

Compte tenu de l'influence de Thomas d'Aquin sur la pensée juridique occidentale[117], il y aurait quelques raisons pour voir en Thomas d'Aquin le fondateur de l'acte juridique. Cette origine de l'acte juridique serait en outre en adéquation avec l'intuition précédente selon laquelle ce concept serait antérieur à 1453 — la *Somme Théologique* datant du XIIIe siècle. Enfin, cette opinion, qui gagnerait à être étayée par une véritable étude historique, nous paraît pouvoir être confirmée par la lecture d'un ouvrage de Richard Zouche auquel la paternité de l'acte juridique est parfois attribuée[118]. En effet, dans *Les définitions des éléments de jurisprudence*[119], d'un siècle antérieur à l'œuvre de D. Nettelbladt, R. Zouche mène d'abord une réflexion sur l'acte humain en général[120] avant d'en venir aux actes proprement juridiques[121]. Le rapprochement de ces deux types d'actes (l'acte humain puis l'acte juridique) nous paraît suffisant pour conclure à l'influence déterminante de l'œuvre de Thomas d'Aquin dans la construction du concept d'acte juridique.

112. Th. D'Aquin, *Somme théologique*, 1266–1273, URL : http://docteurangelique.free.fr/bibliotheque/sommes/2sommetheologique1a2a.htm, Ia IIæ pars, Questions 6 et s.
113. L. Milliot et F.-P. Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001, no 221.
114. Cf. toutefois G. Lesage, « La genèse de l'acte juridique », *Revue de l'Université d'Ottawa,* 1951, Suppl.
115. Cf. not. R. Naz, « Chapitre III - Les vices des actes juridiques : la violence, la crainte, le dol et l'erreur (can. 103-104) » *in Traité de droit canonique*, sous la dir. de R. Naz, Letouzey et Ané, 1946.
116. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel : La règle de droit — Le problème de l'État*, 3e éd., Boccard, 1927, §30.
117. Un auteur estime par exemple que la philosophie thomiste « a régné jusqu'à la Renaissance sans contestation » : J.-L. A. Chartier, « Jean Foyer In Memoriam » *in Le Droit et l'État chez Saint Thomas d'Aquin*, Litec, 2010, p. 87.
118. F. H. Lawson, *A common lawyer looks at the civil law*, avec une préf. de H. E. Yntema, University of Michigan Law School, 1955, p. 165.
119. R. Zouche, *Elementa jurisprudentiae, definitionibus : Regulis et sententiis selectionoribus juris civilis, illustrata*, Elsevier, 1652, URL : http://books.google.fr/books?id=-WtEAAAAcAAJ&dq=richard%20zouche%20elementa%20jurisprudentiae&hl=fr&pg=PP11#v=onepage&q&f=false.
120. *Ibid.*, Partie 1, Sect. 8.
121. *Ibid.*, Partie 2, Sect. 8 à 10 et Partie 3, Sect. 8.

Or, quelle était la « nationalité » de Thomas d'Aquin ? Italienne [122]. Où a-t-il rédigé une partie importante de la somme théologique ? En France, à Paris, en Sorbonne [123]. Dès lors, même à supposer que l'origine étrangère du concept d'acte juridique puisse être un argument en soi recevable, cette origine n'est nullement établie. À s'en tenir à la seule personne de son fondateur, l'acte juridique peut tout aussi bien être considéré comme français, par application du « droit du sol », que comme italien, par application du « droit du sang ». Si, pour établir cette nationalité, l'on tient compte de l'ensemble des juristes lui ayant donné chair — Richard Zouche, Daniel Nettelbldat et tant d'autres —, alors il faut sans doute dire que ce concept est européen [124]. On le voit donc, cette première critique d'ordre extrinsèque adressée à l'acte juridique n'est nullement convaincante.

Pour autant, l'existence de cette critique nous montre que sur cette question du choix entre le contrat et l'acte juridique, les arguments de droit comparé ne sont sans doute pas les plus pertinents pour convaincre l'auditoire. D'où le parti pris de ne guère recourir à ces travaux étrangers [125] afin de ne pas raviver cette critique adressée au concept d'acte juridique. Telle n'est pas cependant la seule précaution à prendre avant d'étudier ce concept. Il faut en outre préalablement réfuter les autres critiques, d'ordre intrinsèque cette fois, qui lui ont été adressées.

B. Réfutation des critiques intrinsèques

16. Plan. Ces dernières années, d'importants auteurs ont mis en doute la pertinence du concept d'acte juridique [126], en estimant qu'il ne devait pas avoir sa place dans le droit positif

122. Si tant est que le concept de nationalité italienne ait pu exister au XIIIe siècle.

123. Thomas d'Aquin avait été en effet envoyé à Paris de 1268 à 1272 par le Pape Clément IV pour apaiser les querelles scolastiques en Sorbonne. Or, c'est entre 1266 et 1273 qu'il rédige la somme théologique.

124. Rappr. G. Dannemann, « Contracts and other juridical acts in the DCFR » *in The Draft Common Frame of Reference : national and comparative perspectives*, sous la dir. de V. Sagaert, M. Storme et E. Terryn, Intersentia, 2012, p. 13, écrivant après une étude des différents pays retenant aujourd'hui le concept d'acte juridique : « Par conséquent, le concept d'acte juridique est aussi européen que ne l'est lui-même le Projet pour un cadre commun de référence » (« *So the "juridical act" is about as European as the DCFR itself* »).

Adde J.-S. Bergé, « Remarques sur l'acte juridique en droit européen », *Revue des contrats,* 2016, p. 342, où l'auteur constate que la CJUE serait en train de « conférer à la notion [d'acte juridique] la portée d'une catégorie juridique de droit européen », en dépassant la distinction entre les actes publics et privés.

125. Ceci aurait en outre nécessité de notre part d'importants investissements, compte tenu à la fois de notre absence de maîtrise de la langue allemande dans laquelle se trouvent les travaux étrangers les plus importants — or, une étude sérieuse de droit comparé ne peut se faire qu'en ayant un accès direct aux sources (V. Lasserre-Kiesow et D. Luzeaux, « Le droit civil allemand dans la science juridique française. Plaidoyer pour une meilleure connaissance » *in Une science juridique franco-allemande. Bilan critique et perspectives d'un dialogue culturel*, sous la dir. de O. Beaud et E. V. Heyen, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999) — et de la grande complexité des théories allemandes sur l'acte juridique. Comme l'indique une autrice, « [e]n soi les termes "Rechtsgeschäft" et "Willenserklärung" ne sont pas plus abstraits que les concepts du droit français : acte juridique, contrat et consentement. En revanche, la dogmatique qui entoure l'acte juridique et la déclaration de volonté dans le BGB, par la technicité même de sa construction juridique, peut poser de graves difficultés à un esprit non avisé » (V. Lasserre-Kiesow, *La technique législative : Étude sur les codes civils français et allemand*, sous la dir. de M. Pédamon, thèse de doct., 2002, LGDJ, p. 130).

126. J. Carbonnier, *Les obligations*, 22e éd., PUF, 2000, n° 18, p. 56 ; Ph. Rémy, « Réviser le titre III du livre troisième du Code civil », *RDC,* 2004 ; C. Witz, « Le code civil, 1804-2004, Livre du bicentenaire » *in L'influence des codifications nouvelles sur le code civil de demain*, Dalloz et JurisClasseur, 2004 ; C. Witz,

et qu'il devait demeurer une idée doctrinale que les auteurs seraient libres ou non d'adopter [127]. L'on rencontre principalement deux critiques. L'une, d'ordre moral, vise à dénoncer l'individualisme dont le concept d'acte juridique serait porteur (**1.**). L'autre, d'ordre technique — plus précisément de technique législative —, reproche au concept de ne pas répondre aux besoins de la pratique (**2.**).

1. Un concept individualiste ?

17. Énoncé de la critique. D'un point de vue philosophique, Philippe Rémy a reproché au concept d'acte juridique d'être par trop marqué de la philosophie kantienne de l'autonomie de la volonté. Pour lui, contrairement à l'acte juridique, la convention « n'est pas un instrument de la *Privatautonomie*, mais *le premier et principal type de lien social dans l'ordre naturel* » [128].

Ailleurs, le même auteur reproche à la distinction de l'acte et du fait juridique de placer en premier « la volonté autonome, non le pacte ; le vouloir, non le vouloir ensemble », alors que la distinction classique des engagements conventionnels et ceux se formant sans convention exalte « l'accord, le pacte, l'alliance » [129].

Une telle critique pourrait aujourd'hui être corroborée par la lecture du *Projet de cadre commun de référence* (DCFR) qui consacre, dans des articles qui se suivent, l'acte juridique puis la théorie de l'autonomie de la volonté [130]. Cette critique pourrait également s'appuyer sur les propos de quelques auteurs soutenant que l'acte juridique serait plus adapté que le contrat au motif qu'il serait le « reflet de l'individualisme ambiant » [131].

18. Réfutation de la critique. La critique nous paraît toutefois excessive. D'une part, il n'est pas certain que structurer le droit des obligations autour du contrat ou de l'acte juridique préserve des excès de l'individualisme. La doctrine de l'autonomie de la volonté ne s'est-elle pas épanouie en France à une époque où le concept d'acte juridique n'y avait pas encore été importé [132] ?

« Contrat ou acte juridique ? » *in Pour une réforme du droit des contrats*, sous la dir. de F. Terré, Dalloz, 2009 ; Ph. Rémy, « Plans d'exposition et catégories du droit des obligations » *in Pour une réforme du droit des contrats*, sous la dir. de F. Terré, Dalloz, 2009, n° 18, note 30 ; J. Ghestin, « Observations sur le projet de réforme des contrats », *LPA,* 12 fév. 2009, 31 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : Le contrat — Le consentement*, 2013, n° 3.

127. Not. Ph. Rémy, « Commentaire de l'article 1er » *in Pour une réforme du droit des contrats*, sous la dir. de F. Terré, Dalloz, 2004.

128. Ph. Rémy, « Plans d'exposition et catégories du droit des obligations » *in Pour une réforme du droit des contrats*, sous la dir. de F. Terré, Dalloz, 2009, n° 18, note 30.

129. Ph. Rémy, « Réviser le titre III du livre troisième du Code civil », *RDC,* 2004, p. 1175.

130. Ainsi la définition de l'acte juridique retenue par le DCFR (art. II.–1:101) précède l'article II.–1:102 intitulé « Party autonomy ».

131. X. Lagarde, « L'acte d'investissement. Du contrat à l'acte juridique » *in Les concepts émergents en droit des affaires*, sous la dir. de É. Le Dolley, avec une préf. d'É. Le Dolley et G. Farjat, concl. J.-L. Bergel et T. Bonneau, LGDJ et Lextenso éditions, 2010, n° 11. L'auteur dira néanmoins plus loin que le concept d'acte juridique, utilisé pour appréhender l'acte d'investissement en lieu et place du contrat, permet tout de même de soumettre son auteur « aux contraintes de type solidariste qu'impose le régime contractuel ».

132. Rappr. J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, sous la dir. de P. Raynaud, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ, n° 28, se demandant si « le règne du vieux concept contractuel à

D'autre part, l'individualisme n'est relié à l'acte juridique que si l'on retient une conception restrictive de ce dernier concept, à savoir un concept utilisé pour décrire la production de droit par les individus dans leurs « rapports privés ». Or, si l'on veut bien voir dans la constitution, la loi, le décret ou encore le jugement, des actes juridiques [133], il semble difficile d'apercevoir en l'acte juridique l'étendard de l'individualisme ? En outre, comment pourrait-on voir dans l'acte juridique un symbole de l'individualisme, alors qu'aucun acte juridique ne se suffit à lui-même, mais nécessite au contraire le soutien de très nombreux autres actes juridiques [134] ? Ajoutons que les auteurs allemands eux-mêmes, bien qu'ils soient *a priori* les plus susceptibles d'avoir été influencés par les idées d'Emmanuel Kant, n'ont nullement associé unanimement l'acte juridique à la *Privatautonomie* fustigée par Ph. Rémy. Comme l'a bien montré Alfred Rieg, ces auteurs étaient très partagés sur ce point, en atteste le débat entre les partisans de la *Willenstheorie* (volonté interne) et ceux de l'*Erklärungstheorie* (volonté déclarée) [135]. Où l'on voit qu'utiliser le concept d'acte juridique n'implique pas nécessairement de partager une philosophie autonomiste. L'acte juridique peut être fondé tant sur l'idée d'autonomie, que sur les idées de confiance légitime des tiers (ou *reliance* [136]) et de justice sociale [137].

Pour toutes ces raisons, cette première critique reposant sur le prétendu individualisme du concept d'acte juridique doit être rejetée. Il en est de même pour la seconde critique, parfois adressée à ce concept, à savoir sa trop grande abstraction.

2. Un concept trop abstrait ?

19. Plan. Après avoir présenté un rapide exposé de la critique dénonçant l'abstraction du concept (**a.**), il conviendra de la réfuter (**b.**).

base d'autonomie de la volonté doit voir sa décadence confirmée dans un Code au profit d'une structure plus large [l'acte juridique] moins marquée par le pouvoir de la volonté et le caractère personnel de l'obligation et susceptible de "rattraper" des actes échappant à l'emprise du droit civil, conçu comme le droit de la volonté souveraine, et que le droit moderne a multipliés ».

133. Pour une défense de cette approche, cf. *infra* note n° 245.

134. Le contrat lui-même, pour pouvoir être exécuté ou sanctionné, nécessitera souvent le recours à un jugement ou à une loi précisant les conséquences de sa violation.

135. A. Rieg, « Le contrat dans les doctrines allemandes du XIXe siècle », *APD,* 1968, nos 7-11.

136. Le concept de *reliance* doit sa consécration en droit des contrats à l'article suivant : L. L. Fuller et W. R. Perdue, « The Reliance Interest in Contract Damages », *Yale Law Journal,* URL : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fuller.html ; le concept a ensuite été repris en France par une doctrine s'intéressant au droit comparé, not. H. Muir Watt, « *Reliance* et définition du contrat » *in Prospectives du droit économique : Dialogues avec Michel* Jeantin, Dalloz, 1991.

137. Rappr., à propos du contrat, C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois, nos 1119 s. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : Le contrat — Le consentement*, 2013, p. 147 s. La bibliographie sur ces questions est considérable et l'on se contentera ici de renvoyer aux ouvrages mentionnés par les auteurs précités.

a. Exposé de la critique

20. Se plaçant sur le terrain de la technique législative, des auteurs ont pu souligner que l'acte juridique serait un concept trop abstrait pour appréhender correctement les rapports humains [138]. Les actes juridiques seraient trop divers pour qu'on puisse élaborer à partir d'eux une réglementation générale [139].

Pour éclairer ce que recouvre cette critique, il n'est pas inutile de la rapprocher de celle fréquemment adressée au code civil allemand, le *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), et en particulier à sa partie générale relative à la déclaration de volonté, notion voisine de l'acte juridique [140]. Il est en effet souvent reproché à cette partie générale d'être trop abstraite, en ce sens qu'elle ne contiendrait pas de dispositions ayant une application pratique directe [141], ce qui la rendrait en somme inutile pour les juristes. Or, une critique semblable est parfois adressée à ceux qui voudraient réglementer l'acte juridique : cette réglementation serait trop générale pour pouvoir présenter un quelconque intérêt [142].

21. De plus, le rejet de l'acte juridique se trouve justifié par les inconvénients qu'il y aurait à combiner les règles de l'acte juridique avec celles du contrat. D'une part, il est soutenu que l'existence d'une dualité de corps de règles risquerait d'induire des contradictions et poserait des problèmes d'interprétation ou encore de lacunes [143]. D'autre part, l'on avance que la très grande majorité des actes juridiques étant des contrats, il serait plus simple pour les praticiens de disposer de toutes les dispositions dans une seule rubrique du code plutôt que de devoir consulter les règles sur l'acte juridique et celles sur le contrat [144]. Dès lors, nombre d'auteurs

138. C. Witz, « Le code civil, 1804-2004, Livre du bicentenaire » *in L'influence des codifications nouvelles sur le code civil de demain*, Dalloz et JurisClasseur, 2004, p. 704 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : Le contrat — Le consentement*, 2013, n° 3.

139. Cf. G. Wicker, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, sous la dir. de J. Amiel-Donat, thèse de doct., Université de Perpignan, 1997, LGDJ, p. 17, pour qui « les actes juridiques non contractuels produisent des effets juridiques tellement différents entre eux, que tout effort de généralisation semble vain ». Rappr. J. Carbonnier, *Les obligations*, 22e éd., PUF, 2000, n° 18, p. 56, relevant que « les actes juridiques non contractuels sont tellement différents entre eux, que leurs règles propres ne se prêtent pas à la généralisation ».

140. Ainsi, lors des travaux de la Commission de réforme du code civil créée en 1945, plusieurs auteurs se sont opposés pour cette raison à l'idée d'introduire dans le code civil une partie générale comprenant l'acte juridique (*Travaux de la Commission de réforme du code civil. 1945-1946*, Sirey, 1947, p. 98 s.).

141. Sur ces critiques du BGB, voyez V. Lasserre-Kiesow, *La technique législative : Étude sur les codes civils français et allemand*, sous la dir. de M. Pédamon, thèse de doct., 2002, LGDJ, p. 24-25 et 82.

142. Not. *Travaux de la Commission de réforme du code civil. 1945-1946*, Sirey, 1947, p. 153 où, pour s'opposer à la proposition du Conseiller d'État Marcel Oudinot de rédiger des textes généraux sur l'acte juridique, Henri Mazeaud indique : « Si l'on reste dans le général, on fait quelque chose d'inutile ».

143. C. Witz, « Contrat ou acte juridique ? » *in Pour une réforme du droit des contrats*, sous la dir. de F. Terré, Dalloz, 2009, p. 60, 62-63. Rappr. J. Ghestin, « Observations sur le projet de réforme des contrats », *LPA,* 12 fév. 2009, 31. Voir déjà les propos de Joseph-Émile Labbé lors des travaux de la Commission de réforme du code civil où il dit : « Quand on a vu le Code allemand, — je l'ai acheté en 1898, la première année où il a été vendu à Paris, traduit, — cela vous a fait une certaine impression, c'est indiscutable. Ma première impression, — si vous voulez un souvenir de jeunesse, — a été : "C'est volumineux, on dit un certain nombre de choses au début et on retrouve ces mêmes choses par la suite ; on les dit deux fois" »

144. C. Witz, « Contrat ou acte juridique ? » *in Pour une réforme du droit des contrats*, sous la dir. de F. Terré, Dalloz, 2009, p. 57 et J. Ghestin, « Observations sur le projet de réforme des contrats », *LPA,* 12 fév.

préfèrent structurer le droit des obligations autour du seul contrat, quitte à prévoir l'extension de ces règles aux autres actes juridiques [145].

b. Réfutation de la critique

22. Plan. Ces critiques nous paraissent peu pertinentes, qu'elles tendent à dénoncer l'abstraction même du concept (**i.**) ou ses difficultés d'application (**ii.**).

i. Réfutation de la critique dénonçant l'abstraction même du concept

23. Une perception erronée de l'influence des degrés d'abstraction sur les concepts. L'abstraction du concept d'acte juridique est indéniable. Est-il vrai pour autant que cette abstraction soit un inconvénient pour le concept, notamment au motif qu'elle en empêcherait toute application directe ? Non. L'affirmer, c'est en premier lieu avoir une perception erronée des conséquences du degré d'abstraction sur un concept. Si les auteurs critiquent l'abstraction du concept d'acte juridique, c'est en partie parce qu'ils estiment que son haut degré d'abstraction impliquerait que celui-ci ne serait pas en prise avec la réalité. Bien que cette idée soit, d'une manière générale, ancrée dans la tradition juridique française [146], elle n'en est pas moins contestable. En effet, l'abstraction d'un concept, c'est-à-dire sa capacité à englober un grand nombre de situations [147], n'est nullement problématique, quel que soit le degré d'abstraction. Ce qui peut être en revanche problématique, dans un concept utilisé comme un outil d'appréhension d'avec celle-ci, c'est sa déconnexion de la réalité. Or, le haut degré d'abstraction d'un concept n'implique pas nécessairement une telle déconnexion. Certes, il y a bien un lien entre les deux, en ce sens que plus le nombre de situations dont un concept est censé rendre compte est grand, plus il y a de risques que ce concept soit incapable de rendre compte correctement d'une situation rentrant dans son extension [148]. Autrement dit, plus l'on gagne en degré d'abs-

2009, 31.

145. J. Carbonnier, *Les obligations*, 22e éd., PUF, 2000, n° 18, p. 57 ; C. Witz, « Contrat ou acte juridique ? » *in Pour une réforme du droit des contrats*, sous la dir. de F. Terré, Dalloz, 2009, p. 57 ; Ph. Rémy, « Plans d'exposition et catégories du droit des obligations » *in Pour une réforme du droit des contrats*, sous la dir. de F. Terré, Dalloz, 2009, n° 19 ; D. Galbois, *La notion de contrat : Esquisse d'une notion*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2018. C'est au demeurant ce que proposent certains projets savants d'harmonisation du droit des contrats : les *Principes du droit européen des contrats* (art. 1.107) ou le *Code européen des contrats*, sous la dir. de G. Gandolfi, Milano et A. Giuffrè, 2004, art. 4. Cette méthode est également pratiquée par Jacques Ghestin qui, après avoir écarté le concept d'acte juridique (J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : Le contrat — Le consentement*, 2013, n° 3), n'en étend pas moins, sous certaines réserves, les règles du droit des contrats relatives aux vices du consentement à tous les actes juridiques (*Ibid.*, nos 1103 s.).

146. « En France, l'idée était admise que la généralisation devait avoir des limites, qu'il y avait "une juste mesure après laquelle la généralisation devient une véritable gêne" » : V. Lasserre-Kiesow, *La technique législative : Étude sur les codes civils français et allemand*, sous la dir. de M. Pédamon, thèse de doct., 2002, LGDJ, p. 83 citant L. Thézard, *De l'influence des travaux de Pothier et du chancelier D'Aguesseau sur le droit civil moderne*, Auguste Durand, 1866, p. 333.

147. D'après le *Trésor de la langue informatisée*, l'adjectif abstrait renvoie à ce qui « a un haut degré de généralité » (sens II., A. 2.).

148. Sur l'extension du concept, cf. *infra* n° 44.

traction, plus il devient difficile de tester ce concept et donc plus le risque d'erreur est grand. Cependant, il n'y a là qu'une corrélation et non une implication, de sorte qu'on ne saurait affirmer qu'un concept ayant un haut degré d'abstraction est, nécessairement, déconnecté de la réalité. Seul le risque de cette déconnection s'accroit.

24. Un oubli des avantages de l'abstraction. En second lieu, les critiques dénonçant l'abstraction du concept d'acte juridique reposent sur l'idée que l'abstraction serait en soi un problème. Or, il est permis de montrer que l'abstraction peut au contraire être perçue comme étant une qualité, ce qui se vérifie au demeurant pour l'acte juridique.

D'une part, un concept ou une notion ayant un haut degré d'abstraction peut rendre compte d'un plus grand nombre de phénomènes qu'un concept ayant un moindre degré d'abstraction. Ainsi, disposer d'un concept d'acte juridique opératoire rend possible la régulation des actes juridiques unilatéraux, comme le reconnaissent parfois les auteurs hostiles au concept d'acte juridique [149]. Ceci apparaît d'autant plus utile que, contrairement aux apparences, ces actes unilatéraux ne sont pas si rares. Que l'on songe à toutes les décisions par lesquelles les individus usent d'un droit potestatif : clause de dédit, droit de rétractation, résiliation, droit de vote, actes de procédure, etc. Le contrat devient même une figure minoritaire si l'on en vient à considérer l'offre et l'acceptation comme des actes unilatéraux.

Soulignons bien que pour tous les objets rentrant dans l'extension de la catégorie d'acte juridique, ce dernier est *directement* applicable ; d'où des enjeux pratiques importants à disposer du concept d'acte juridique. Le législateur l'a bien compris, lui qui utilise parfois le concept d'acte juridique pour poser des dispositions très générales, notamment en matière de preuve [150]. Quant aux praticiens du droit que sont les juges et les avocats, la notion d'acte juridique présente assurément une utilité à leurs yeux puisqu'ils l'utilisent abondamment. Ainsi, une recherche sur la base de données des décisions du juge judiciaire recensées par légifrance laissait apparaître, au 26 février 2016, que la notion d'acte juridique était utilisée dans pas moins de 1 454 arrêts, tant dans les arguments des parties que dans les motifs des juridictions. Relevons en particulier que la Cour de cassation utilise cette notion pour qualifier des objets mal appréhendés par le droit positif [151] ou encore pour poser des règles générales où elle met à profit la généralité de la notion d'acte juridique. C'est ainsi par exemple que cette Cour a pu affirmer que « la loi nouvelle ne s'applique pas, sauf rétroactivité expressément décidée par le législateur, aux *actes*

149. C. Witz, « Contrat ou acte juridique ? » *in Pour une réforme du droit des contrats*, sous la dir. de F. Terré, Dalloz, 2009, p. 57.

150. Not. art. 1326 et 1348 ancien c. civ. ou art. 1359, 1364 et 1367 nouv. c. civ. *Adde, loi portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques*, n° 71-1130, 31 décembre 1971, art. 10, où l'on peut lire « Les honoraires de [...] rédaction d'actes juridiques [...] sont fixés en accord avec le client ».

151. Not. Cass., soc., 1er fév. 2011, n° 10-20.953, *Bull.,* V, n° 43, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000023550321, où l'on peut lire : « attendu qu'en application de l'article 2007 du code civil, la démission d'un dirigeant de société qui constitue un acte juridique unilatéral produit tous ses effets dès lors qu'elle a été portée à la connaissance de la société ». Rappr. Cass., 2e civ., 5 juin 2008, n° 07-13.766, *Bull.,* II, n° 128, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000018947553, pour un contrat d'assurance à propos duquel se posait une difficulté de qualification relevant du droit pénal spécial.

juridiques conclus antérieurement à son entrée en vigueur » [152] ou que « l'exception de nullité ne peut être invoquée que pour faire échec à la demande d'exécution d'un *acte juridique* qui n'a pas encore été exécuté » [153] ou encore « que la fraude affectant un *acte juridique* justifie son annulation » [154] (mis en italique par nous) . De même, c'est en raison de son caractère directement applicable que plusieurs acteurs de la science du droit ont récemment utilisé le concept d'acte juridique pour mieux rendre compte d'actes auxquels ils étaient confrontés en procédure civile [155], en droit des contrats [156] ou encore en droit des personnes et de la famille [157]. Il est donc permis de penser que le concept d'acte juridique présente une utilité pratique et théorique incontestable, ce qui en fait donc un concept d'application *directe* malgré son grand degré de généralité.

D'autre part, l'abstraction d'un concept est utile car elle permet de procéder à des rapprochements jusqu'alors insoupçonnés et ainsi de voir le commun sous le distinct. S'agissant en particulier du concept d'acte juridique, il est souvent utilisé lors de conflits doctrinaux, comme plus grand dénominateur commun susceptible de recueillir l'accord de l'ensemble des parties au débat [158]. Il a également été proposé d'utiliser ce concept au niveau européen afin de contribuer au rapprochement des législations [159]. En effet, le haut degré de généralité du concept d'acte juridique en fait un concept *transsystémique* [160], pertinent au-delà d'un ordre juridique

152. Cass., 1re civ., 9 déc. 2009, n° 08-20.570, *Bull.,* I, n° 242, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000021471290 ; Cass., 1re civ., 12 juin 2013, n° 12-15.688, *Bull.,* I, n° 125, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027550992.

153. Cf. not. 1re civ., com., 15 mai 2012, n° 11-13.240, *Bull.,* IV, n° 102, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000025896882 ; Cass., 1re civ., 15 jan. 2015, n° 13-25.512, *Bull.,* URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030114340.

154. Cass., 3e civ., 5 mar. 2008, n° 06-20.831, *Bull.,* III, n° 38, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000018233865.

155. L. Mayer, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, sous la dir. de L. Cadiet, thèse de doct., 2009, IRJS.

156. M. Jaouen, *La sanction prononcée par les parties au contrat : Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, sous la dir. de D. Mazeaud, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2013, Économica.

157. B. Maumont, *L'acte juridique en droit des personnes et de la famille*, sous la dir. de J. Hauser, thèse de doct., Université de Bordeaux, 2015.

158. Pour une illustration en droit médical, cf. S. Dumas-Lavenac, *L'acte sur le corps dans l'intérêt médical d'autrui*, sous la dir. de B. Feuillet, thèse de doct., Université de Rennes 1, 2012, nos 323 s. L'autrice utilise la qualification d'acte juridique afin d'englober les qualifications contractuelles de droit privé et statutaires de droit public. Pour une illustration en droit des marchés financiers, cf. A. Tehrani, *Les investisseurs protégés en droit financier*, sous la dir. de T. Bonneau, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2013, n° 357, où l'auteur utilise cette qualification pour tenter de réconcilier les approches voyant dans l'acte d'investissement un contrat et celles y voyant un acte unilatéral.

159. Sur l'utilisation de ce projet par les différents projets européens d'harmonisation du droit des contrats C. Witz, « Contrat ou acte juridique ? » *in Pour une réforme du droit des contrats*, sous la dir. de F. Terré, Dalloz, 2009, p. 57-61.

160. L'adjectif est de R. Sacco qui parle d'un « moule conceptuel transsystémique » (R. Sacco, « Acte juridique et *Rechtsgeschäft* deux voisins qui s'ignorent » *in Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Société de législation comparée, 2005, p. 661).

donné [161].

ii. Réfutation de la critique dénonçant des difficultés d'application

25. L'on ne saurait enfin rejeter ce concept au nom de ses difficultés d'application. S'agissant, tout d'abord, de la complexité liée à l'existence d'une dualité de corps de règles (des règles relatives au contrat et des règles relatives à l'acte juridique), l'argument nous paraît faible. D'une part, il convient de noter que le problème existe d'ores et déjà en droit français où, face à un contrat donné, il convient de consulter tant les règles communes que celles propres à ce contrat. D'autre part, il existe des techniques légistiques pour limiter les difficultés inhérentes à la dualité des corps de règles. Par exemple, pour éviter en présence d'un contrat que les justiciables, mais surtout leur conseil, n'oublient de se référer aux dispositions relatives aux actes juridiques, il suffit de débuter la rubrique du code civil consacrée au contrat par un article rappelant que ce contrat est un acte juridique, obéissant par conséquent aux règles applicables à cette notion [162]. C'est, au demeurant, une semblable démarche qu'emprunte le droit français à propos de l'articulation des règles générales et des règles spéciales au contrat [163].

Quant à l'argument selon lequel il faudrait se passer d'un droit commun des actes juridiques, au motif que le contrat serait l'acte juridique le plus fréquent, il n'est guère plus convaincant. Outre le fait que l'on peut douter de l'importance quantitative du contrat, y compris en se limitant au seul droit privé [164], cette proposition montre très vite ses limites si on la transpose aux rapports entre la vente et le contrat. La vente étant le contrat le plus fréquent, il faudrait également dire que des règles générales au contrat sont inutiles, seules suffisent des règles relatives à la vente qu'on étendra, « en tant que de raison » [165], aux autres contrats. Une telle proposition ne serait pas acceptable pour tous les autres contrats qui, bien que moins fréquents que la vente, gagnent à être régis par des règles précises et connues d'avance, chose impossible avec une règle prévoyant un renvoi « en tant que de raison » aux règles du contrat de vente.

161. Rappr. A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, sous la dir. de J. Combacau, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2013, URL : https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/41976650-f1d7-4923-878a-0ab698df207b, n° 19, p. 24 : « la notion d'acte juridique soulève et offre des méthodes de résolution de questions qui transcendent les particularités d'un ordre juridique donné ». *Contra* C. Witz, « Contrat ou acte juridique ? » *in Pour une réforme du droit des contrats*, sous la dir. de F. Terré, Dalloz, 2009, p. 64-65, qui souligne que le concept serait inconnu de certains pays. L'objection doit cependant être relativisée car ce concept est connu de très nombreux pays et, même lorsqu'il est absent du discours des acteurs du droit, notamment dans les pays de *Common law*, il est généralement en usage dans la doctrine. En ce sens R. Sacco, « Acte juridique et *Rechtsgeschäft* deux voisins qui s'ignorent » *in Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Société de législation comparée, 2005, p. 652-654 ; rappr. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, sous la dir. de C. von Bar, E. Clive et H. Schulte-Nölke, Sellier, 2009, URL : http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf, p. 173.

162. Cf. en ce sens l'article 6:213 du code civil néerlandais ou l'article 1101-1 de l'« avant-projet Catala » qui précisent que le contrat est un acte juridique.

163. Art. 1105 nouv. c. civ.

164. Cf. *supra* n° 24.

165. L'expression est reprise de l'« avant-projet Catala » qui l'emploie à l'article 1101-1 pour régir le mécanisme par lequel les règles du contrat pourront être appliquées à l'acte unilatéral ou l'acte collectif.

Bilan de la Section 1

26. L'examen des différentes critiques adressées au concept d'acte juridique permet de voir que celles-ci ne sont nullement convaincantes. L'acte juridique ne saurait donc être disqualifié pour ces seules raisons. Certes, à l'heure actuelle, il n'existe pas à proprement parler de théorie générale de l'acte juridique, de sorte que l'on peut comprendre les réticences du Gouvernement à édicter une ordonnance qui reposerait avant tout sur cette notion. Pour autant, du point de vue d'un acteur de la science du droit et non plus d'un acteur du droit, est-ce une raison pertinente pour refuser de réaliser ce remplacement ? Non, tout au contraire : l'absence d'étude à portée générale sur un tel sujet est une invitation faite aux chercheurs d'investir ce champ de la recherche, invitation d'autant plus pressante que le législateur, énonçant le régime de l'acte juridique, fait appel à la « raison ». Reste alors à préciser les instruments méthodologiques nécessaires pour mener cette recherche.

Section II Méthodes de l'étude

27. Plan. À supposer qu'il soit possible et souhaitable de distinguer la science des activités humaines non scientifiques, l'existence d'une méthode serait assurément l'un des critères pertinents. D'où la nécessité pour ce travail, censé permettre à son auteur de s'intégrer à une communauté se percevant comme scientifique, de préciser les méthodes qui y seront appliquées. Certaines méthodes étant communes à toute étude scientifique et d'autres étant spéciales au type d'étude réalisée, l'on évoquera successivement les méthodes communes (**§ 1.**) puis les méthodes propres à la présente étude (**§ 2.**).

§ 1. Les règles méthodologiques communes à toute étude « scientifique »

28. Plan. « L'avancement de la science est une affaire collective ; ce que les chercheurs élaborent, souvent dans la solitude de leurs laboratoires ou bibliothèques, doit pouvoir être intersubjectivement partagé » [166]. Afin, de rendre possible cette intersubjectivité, les trois méthodes suivantes doivent être respectées par toute personne désireuse de « rigueur scientifique » :

— Le principe de rationalité, destiné à faciliter la communication entre le chercheur et les autres (la raison étant partagée par tous) (**A.**),
— Le principe de vérifiabilité, destiné à permettre aux tiers de reproduire le raisonnement ayant permis au scientifique d'aller des faits à la conclusion théorique (**B.**),
— Le principe de transparence, destiné à éviter des problèmes de communication entre le chercheur et les tiers (**C.**).

166. Les propos sont d'Ada Teller qui les écrivait dans une correspondance privée.

A. Le principe de rationalité

29. Plan. Une étude souhaitant s'inscrire dans un horizon scientifique doit reposer sur une construction rationnelle. Ceci signifie deux choses : d'abord que cette théorie doit obéir aux *lois de la logique* (**1.**), ensuite que les résultats de cette étude doivent être *articulés* à d'autres (**2.**).

1. La soumission de l'étude aux lois de la logique

30. Le principe de rationalité implique en premier lieu de soumettre sa recherche aux principes élémentaires de la logique [167], tels que le principe de non-contradiction [168], ou le principe du tiers exclu, selon lequel, en présence d'une catégorie binaire, un objet est soit inclus dans cette catégorie, soit hors de cette catégorie ; il n'y a pas de troisième possibilité [169].

31. Le respect du principe de non-contradiction est particulièrement important dans la mesure où d'un système incohérent peut dériver n'importe quel énoncé. À l'inverse, dans un système respectant le principe de non-contradiction, l'ensemble des énoncés possibles est divisé en deux groupes « ceux avec lesquels il est en contradiction et ceux avec lesquels il est compatible » [170].

L'application du principe de non-contradiction a pour conséquence que, en droit comme ailleurs [171], lorsqu'un modèle théorique est contredit par un contre-exemple, il doit être abandonné dans toutes les hypothèses où il a été invalidé. Il ne saurait en particulier être question de le « sauver » en lui adjoignant des « hypothèses auxiliaires » — pour reprendre la terminologie poppérienne [172] — lesquelles se contentent de limiter le champ d'application de cette théorie sans nullement expliquer ce qui fonde cette restriction. Expliquons-nous un instant car le phénomène se rencontre fréquemment en droit et constitue l'un des principaux obstacles épistémologiques au progrès de cette discipline [173].

167. Comp. C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois, n° 75, où l'auteur paraît douter de l'application de la logique au droit.
168. Pour une illustration de l'évocation de ce principe, cf. F. Gény, *Science et technique en droit positif : Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. 3, Sirey, 1921, URL : https://archive.org/stream/scienceettechniq03geny, n° 223. *Adde*, plus récemment F. Rouvière, « Karl Popper chez les juristes : peut-on falsifier un concept juridique ? », *RRJ. Cahiers de méthodologie juridique,* 2015, *L'évolution et la révision des concepts juridiques*, 28 (2014-5), n° 8.
169. Sur la logique juridique en général, cf. M.-L. Mathieu, *Logique et raisonnement juridique*, 2e éd., Thémis, 2015.
170. K. R. Popper, *La logique de la découverte scientifique*, Payot, 1973, p. 90 ; *adde* Ch. Atias, *Épistémologie juridique*, Dalloz, 2002, nos 330 s.
171. Comp. F. Rouvière, « Karl Popper chez les juristes : peut-on falsifier un concept juridique ? », *RRJ. Cahiers de méthodologie juridique,* 2015, *L'évolution et la révision des concepts juridiques*, 28 (2014-5), n° 9, où l'auteur nie la possibilité de réfuter des concepts juridiques.
172. K. R. Popper, *La logique de la découverte scientifique*, Payot, 1973, p. 78.
173. Pour un exemple bien retranscrit du recours à de telles hypothèses auxiliaires à propos du critère de distinction de l'acte administratif et de l'acte juridictionnel, cf. M. Lavaine, *L'acte juridictionnel en droit administratif français*, sous la dir. de M. Doat, thèse de doct., Université de Bretagne Occidentale, 2015, p. 187-191.

32. Lorsqu'une donnée de l'expérience vient contredire une théorie, on observe fréquemment que, pour préserver cette théorie, ses défenseurs rétrécissent son domaine de validité et son champ d'application — par l'ajout d'une hypothèse auxiliaire — ou tentent de disqualifier cette donnée expérimentale en disant d'elle qu'elle est moins un contre-exemple, qu'une « exception qui confirme la règle ». Cependant, dans un cas comme dans l'autre, il faut bien examiner si les défenseurs d'une théorie n'essayent pas en réalité de masquer les insuffisances de celle-ci pour lui permettre de ne pas être réfutée. Il arrive en science — en particulier dans la science du droit —, qu'une théorie devienne une fin en soi pour ceux qui la défendent. C'est pourquoi, un examen semble nécessaire pour déterminer la réelle valeur explicative de cette théorie et, ainsi, « faire la part entre, d'une part l'exception, qui peut en effet coexister avec la théorie, et d'autre part, la contre-épreuve qui l'invalide, le contre-exemple qui limite seulement son domaine de validité ou encore les cas d'école — appelés par les épistémologues cas pathologiques — qui, étant purement idéaux, posent parfois de réels problèmes à la théorie. Ainsi, lorsque des insuffisances sont repérées, il y a lieu de déterminer si c'est la valeur explicative d'une théorie dans sa totalité qui est mise à mal [hypothèse de la contre-épreuve] ou si des remaniements sont possibles [hypothèse du contre-exemple], tout en faisant bien la différence entre le remaniement et l'échappatoire verbale ou rhétorique, entre la précision et le subterfuge, pour employer un terme poppérien » [174].

Les dangers des hypothèses auxiliaires sont bien sûr théoriques. Abuser d'une hypothèse auxiliaire ruine la valeur explicative d'une théorie. À partir du moment où cette théorie a été mise à mal dans un cas particulier et où, au lieu de chercher à remodeler cette théorie l'on se contente de dire que cette théorie marche tout le temps sauf dans ce cas, on affaiblit en réalité considérablement la confiance que l'on peut avoir en elle. Plus rien ne permet en effet d'être sûr que les prochains cas qui se présenteront pourront eux aussi être pris en charge par cette théorie.

Les hypothèses auxiliaires ne sont pas seulement dangereuses pour les théoriciens, elles le sont aussi pour les praticiens. En effet, l'avocat qui use d'une théorie jurisprudentielle T_1 qui lui est favorable, tout en mettant de côté des arrêts en sens contraire risquent, dans une affaire, de pas l'emporter. Il aura beau indiquer que ces quelques arrêts ont été mal jugés, il est douteux qu'il l'emporte face à un adversaire qui aurait pour sa part développé une autre théorie, T_2, capable d'expliquer l'ensemble des décisions passées. En effet, le juge amené à départager ces avocats préfèrera très certainement donner raison au second, qui lui propose une vision cohérente de la jurisprudence, plutôt qu'au premier, incapable d'indiquer pourquoi est-ce

174. Les présents développements sont de la plume d'Ada Teller qui nous les écrivait dans une correspondance privée. De semblables propos sont tenus dans A. Teller, « Esquisse pour une épistémologie de cas » 2014, URL : http://www.vigdor.com/EpisCas.pdf, p. 3, qui s'appuie notamment sur I. Lakatos, *Preuves et réfutations : Essai sur la logique de la découverte mathématique*, Hermann, 1988. Pour plus de précisions sur la pensée de cette autrice, cf. not. A. Teller-Naigeboren, *Dédoublements et impasses dans l'épistémologie de Karl Popper*, sous la dir. de R. Boudon, thèse de doct., Université Paris-Sorbonne (Paris 4), 1992.

que les décisions mises de côté n'entraînent pas réfutation de la théorie invoquée. Où l'on voit qu'user d'hyptohèses auxiliaires n'est pas non plus sans danger pour un praticien en ce qu'elle affaiblira son argumentation.

2. L'articulation des énoncés

33. En second lieu, le principe de rationalité a également une influence sur l'agencement des énoncés. En effet, la science ne doit pas consister en une accumulation chaotique de théories scientifiques. La science doit tendre [175] à agencer ces énoncés de façon harmonieuse et cohérente, au moyen de distinctions reposant sur des critères aussi clairs que possible [176]. Ainsi, toute nouvelle théorie ou tout changement de celle-ci doit être articulé avec les propositions existantes. L'idée paraît partagée chez les juristes [177], lorsque ceux-ci soulignent l'importance de ne pas seulement étudier un concept en lui-même et de réfléchir aussi à son interaction avec des « concepts voisins » [178].

Concrètement, dans la présente étude, l'application de cette règle nous conduira non seulement à préciser nos concepts, mais à tenir compte de leur articulation avec ceux auxquels ils sont liés.

B. Le principe de vérifiabilité

34. Le deuxième principe auquel doit obéir une étude scientifique est le principe de vérifiabilité. Celui-ci doit permettre à tout autre scientifique de vérifier le raisonnement exposé en étant pour cela mis en mesure de reproduire le processus complet qui mène des données aux conclusions [179]. Alors que les sciences formelles se contentent de la logique pour démontrer rigoureusement leurs énoncés, les sciences factuelles font intervenir l'expérimentation ; c'est

175. Nous disons « tendre à », afin de tenir compte de la critique qui a été adressée à certaines conceptions utopiques de la science du droit, dans lesquelles cette dernière était conçue comme un ensemble d'énoncés parfaitement agencés et définis. Sur cette critique cf. V. Villa, *La science du droit*, trad. par O. Nerhot et P. Nerhot, LGDJ et Story Scientia, 1990, p. 167.

176. M. Bunge, *La science, sa méthode et sa philosophie*, Vigdor, 2001, URL : http://www.vigdor.com/titres/bungeLaScienceMetPhil.htm, p. 7 ; J.-C. Pariente, « Bachelard » *in Le vocabulaire des philosophes*, t. IV, Ellipses, 2002, p. 365.

177. Not. Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD,* 1966, n° 7, p. 29-30 ; G. Timsit, *Thèmes et systèmes de droit*, PUF, 1986, p. 7-8. Rappr. Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, sous la dir. de B. Oppetit, thèse de doct., 1987, LGDJ, n°s 469 s., où l'auteur s'intéresse aux familles de notions.

178. L'expression de « concept voisin » se retrouve chez d'autres auteurs, cf. not. N. Rontchevsky, *De l'effet de l'obligation*, sous la dir. de A. Ghozi, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 1998, Économica, p. 334, note n° 2.

179. Cf. I. Vasilachis de Gialdino, « L'interprétation dans la recherche qualitative : problèmes et exigences », *Recherches qualitatives,* 2012, vol. 31/3, p. 160 et les références citées. Pour désigner ce principe, les épistémologues parlent parfois de l'objectivité de la science, ou de son intersubjectivité. Nous avons préféré ici le terme de vérifiabilité, lequel permet de montrer, pratiquement, comment cette objectivité ou intersubjectivité est atteinte. Nous sommes néanmoins conscient des limites de ce terme qui peut laisser à penser que ce qui a été vérifié existerait vraiment. Or, assurément, cela n'est pas possible : l'on aura beau faire autant de vérification d'une théorie, celle-ci n'en restera pas moins qu'une proposition, certes crédible, pour expliquer la réalité (K. R. Popper, *La logique de la découverte scientifique*, Payot, 1973th@canselier).

de la preuve expérimentale en effet que dépendent la solidité et la recevabilité d'une théorie dans ces dernières sciences [180]. Ces expériences peuvent être de deux ordres, empiriques ou imaginaires [181]. D'où une distinction entre la vérifiabilité de fait (expérience empirique) et la vérifiabilité de principe (expérience imaginaire) [182] : dans la première, doivent être consignées les informations permettant aux autres scientifiques d'observer le fait dans les conditions identiques à celles dans lesquelles l'a observé l'auteur de la théorie [183] ; dans la seconde, doivent être énoncées les conditions sous lesquelles un fait, que l'on n'a pas pu observer, conforterait une affirmation théorique [184].

35. Ce principe de vérifiabilité s'applique bien en droit où des preuves factuelles peuvent être réunies [185], ou à tout le moins conçues, lorsqu'il n'en existe pas encore. En effet, outre les expériences imaginaires consistant en l'invention de cas d'école permettant d'éprouver une théorie, il est possible de recourir à des expériences empiriques reposant sur les normes produites par les acteurs du droit et dont la teneur est consignée dans les textes juridiques.

L'application du principe de vérifiabilité impose d'asseoir toute théorie juridique sur un minimum de données tirées de l'esprit, mais surtout du droit positif (jurisprudence, lois, pratique judiciaire, etc.). Ces données ne doivent pas seulement être au fondement de la théorie, elles doivent surtout être rendues accessibles, de manière à permettre aux tiers de reproduire le processus complet qui mène des données aux conclusions.

180. Rappr. C. Bernard, *Introduction à la médecine expérimentale*, Baillière, 1865, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/btv1b86120273, p. 35 s.

181. L'expression d'expérience imaginaire est utilisée par Karl Popper pour désigner les expérience faite uniquement par l'esprit (K. R. Popper, *La logique de la découverte scientifique*, Payot, 1973, Appendice XI).

182. Sur cette distinction, cf. A. J. Ayer, *Language, Truth, and Logic*, Victor Gollancz, 1936, URL : http://s-f-walker.org.uk/pubsebooks/pdfs/ayerLTL.pdf, p. 6.

183. Si ce fait a été provoqué, alors cette preuve de fait doit consigner l'ensemble des manipulations qui la rendent reproductible ; si ce fait est spontané, alors il doit être consigné dans un support permettant aux autres scientifiques d'y avoir accès et ainsi de reproduire le schéma permettant d'aller de ce fait aux conclusions. Cf. K. R. Popper, *La logique de la découverte scientifique*, Payot, 1973, p. 41 ; K. R. Popper, « La logique des sciences sociales » *in De Vienne à Francfort : La querelle allemande des sciences sociales*, Éditions complexes, 1979, p. 77 ; M. Bunge, *La science, sa méthode et sa philosophie*, Vigdor, 2001, URL : http://www.vigdor.com/titres/bungeLaScienceMetPhil.htm, p. 8.

184. Un exemple récent d'une telle preuve concevable consiste dans les ondes gravitationnelles dont Albert Einstein avait indiqué qu'elles permettraient de vérifier sa théorie. En 1918, une telle preuve était concevable mais n'était pas réalisable, en l'absence d'instrument adéquats. Cependant, en octobre 2015, l'avancée des sciences a permis de réaliser une telle observation. Ce qui n'était jusque-là qu'une preuve de principe est devenu une preuve de fait.

185. *Contra*, É. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, sous la dir. de J.-L. Aubert, thèse de doct., Paris I, 1997, LGDJ, n° 515, note n° 583 ; C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois, n° 82 ; rappr. F. Rouvière, « Karl Popper chez les juristes : peut-on falsifier un concept juridique ? », *RRJ. Cahiers de méthodologie juridique*, 2015, *L'évolution et la révision des concepts juridiques*, 28 (2014-5), n° 6. Pour ces auteurs, la science du droit n'est pas expérimentale, ce qui les conduit à penser que la solution d'un juge ne peut ni vérifier ni falsifier une affirmation théorique.

C. Le principe de transparence

36. Enfin, le dernier principe qui nous semble devoir être suivi, est le principe de transparence, mot galvaudé sans doute, mais bien utile ici pour rendre compte des deux règles suivantes, lesquelles concourent, comme la vérifiabilité, à permettre l'intersubjectivité de l'action scientifique.

37. D'abord, le chercheur doit être transparent sur les postulats et valeurs qui sous-tendent son étude d'un objet donné [186], de manière à faciliter la compréhension de sa démarche par les tiers.

En application de ce principe, il convient par exemple d'indiquer ici qu'au regard de la formation que nous avons reçue, nous sommes « naturellement » portés à défendre les outils du droit commun, surtout lorsqu'ils ont été forgés par les privatistes. En outre, si nous devions nous positionner dans la querelle des écoles, nous dirions que dans notre approche de description des discours juridiques (tant ceux des acteurs du droit que des acteurs de la science du droit), nous privilégions une approche sociologique, au plus près des réalités des acteurs du terrain et de leurs éventuelles contradictions. En revanche, dans notre approche de théorisation du droit, destinée à contribuer à la simplification et à la mise en cohérence du droit, notre approche se rapproche davantage de celle d'un normativiste kelsénien, en ce sens que notre théorie du droit est construite en grande partie sur le concept de norme [187]. Enfin, dans notre approche critique de ces discours, nous serions bien davantage jusnaturalistes, en ce sens qu'il nous paraît normal de recourir aux valeurs pour critiquer ces discours et tenter de les infléchir. D'où par exemple notre souci de cantonner l'autonomie de la volonté à sa juste place, sans que l'individualisme sur lequel cette thèse repose ne l'emporte sur d'autres valeurs.

38. Ensuite, le chercheur doit être transparent sur la démarche qui est la sienne. En particulier, est-il en train d'essayer de décrire fidèlement son objet d'étude ou est-il en train d'essayer de le reconstruire en proposant des outils alternatifs à ceux existant ? Ce dernier corolaire du principe de transparence est particulièrement important en droit où les acteurs de la science du droit ont souvent tendance à mélanger les deux démarches, en particulier en prétendant que leur reconstruction du droit serait le droit lui-même, autrement dit en prétendant que le discours sur le droit (ou discours des acteurs de la science du droit) serait le discours du droit

186. Rappr. G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, sous la dir. de M. Troper, thèse de doct., Université Paris X-Nanterre, 2006, Dalloz, n°s 74 s, où l'auteur expose les « choix ontologiques » de son étude. Dans le même sens, cf. M. Lavaine, *L'acte juridictionnel en droit administratif français*, sous la dir. de M. Doat, thèse de doct., Université de Bretagne Occidentale, 2015, n° 33.

187. Nous n'adhérons pas en revanche à l'idée, semble-t-il commune chez les normativistes (en ce sens *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, sous la dir. de A.-J. Arnaud, 2e éd., LGDJ, 1993, *V° Normativisme*, sens 2.), suivant laquelle le droit serait un système de norme. Si nous acceptons que notre approche soit qualifiée de normativiste c'est uniquement pour signifier qu'elle reposerait sur le concept de norme. Ainsi, ce qualificatif « normativiste » n'implique nullement une adhésion *a priori* aux autres opinions de Hans Kelsen. Rappr. S. Lequette, « La notion de contrat : Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD Civ.,* 2018, p. 541-566, n° 23 qui, tout en usant du concept de norme entend prendre ses distances avec le normativisme.

(ou discours des acteurs du droit) [188]. Pourtant, il est important de distinguer les deux discours afin d'éviter de prendre pour le discours des acteurs du droit ce qui n'est que le discours des acteurs de la science du droit.

Pour éviter une telle confusion, deux précautions seront prises dans cette étude. D'une part, lorsque seront cités des discours produits par des acteurs du droit, ces discours ne seront pas mélangés avec d'autres références relatives au discours des acteurs de la science du droit ; d'où, par exemple, l'absence d'indication des écrits doctrinaux commentant une décision de justice, lorsque c'est la décision elle-même qui est au centre de l'étude et non la perception de cette décision par les acteurs de la science du droit. Ensuite, il conviendra de préciser, chaque fois qu'un objet juridique est étudié, si l'on entend désigner cet objet en tant qu'objet du discours du droit, ou en tant qu'objet d'un discours sur le droit. Pour cela, le nom de cet objet sera précédé du terme « notion », lorsqu'il sera question d'un objet du discours du droit, et du terme « concept » lorsqu'il sera question d'un objet de la science du droit [189]. Lorsque l'on voudra désigner cet objet sans préciser auquel de ces deux types de discours il se rattache, l'on utilisera simplement le nom de cet objet, éventuellement précédé d'un terme relativement neutre, tels que « objet », « outil », « catégorie » ou « instrument ».

Cette proposition, bien que pure convention de langage, refusée au demeurant par plusieurs acteurs de la science du droit [190], paraît correspondre assez largement à l'utilisation « instinctive » des termes de « notion » et de « concept » par les acteurs de la science du droit. Ceci transparaît dans les propos des chercheurs qui assignent à la notion un contenu plus matériel, plus « en prise avec la réalité », que celui dévolu au concept [191]. Cette séparation des rôles

188. Cette confusion s'explique en partie par les influences étroites entre ces deux discours et le fait que ces discours sont souvent composés d'objets juridiques au contenu similaire et portant le même nom. Sur cette confusion, cf. V. Villa, *La science du droit*, trad. par O. Nerhot et P. Nerhot, LGDJ et Story Scientia, 1990, p. 118 s.

189. Rappr. M. Troper, *Le droit et la nécessité*, PUF, 2011, p. 258 et 264, où l'auteur emploie également des mots distincts pour désigner les objets de ces deux discours. L'auteur préfère cependant distinguer le concept juridique d'un côté et le concept « de la science ou de la théorie du droit » de l'autre — il appelle aussi ce dernier, concept du « métalangage juridique ». La distinction retenue par cet auteur nous semble cependant moins économe en mots que celle ici proposée. En outre, comme le mot de concept est commun à ces deux types de discours, il n'est pas certain que la terminologie retenue puisse combattre le plus efficacement possible le travers que cet auteur entend dénoncer.

190. Assimilant le concept et la notion : P. Morvan, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 1999, p. 64 ; R. Savatier, « Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui, structures matérielles et structures juridiques », *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, p. 91 ; Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, B. Oppetit (préf.), LGDJ, 1987, n° 454 ; J. Ferstenbert, *Recherche sur la notion juridique de spécialité des personnes publiques*, sous la dir. de R. Chapus, 1976, p. 686, note n° 3 ; C. Sévely-Fournié, *Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, L. Rozès (préf.), Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 100, 2010, n° 25, note 193. Rappr. F. Rouvière, « Autour de la distinction entre règles et concepts », *RRJ. Cahiers de méthodologie juridique,* 2014, *La pensée de Paul Amselek*, 26 (2013-5), url : https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01141831/document, qui place sur le même terrain les règles et les concepts.

191. X. Bioy, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction... » *in Les notions juridiques*, sous la dir. de G. Tusseau, Économica, 2010, p. 23. *Adde* G. Quintane, « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit » 2010, sous la dir. de G. Tusseau. Ce dernier auteur écrit (p. 11) que, à la différence du concept, il y a derrière la notion « l'idée d'un objet préexistant, presque sous une forme matérielle, à la description que l'on pourrait chercher à en faire ». Or, cela correspond bien à l'idée selon

sémantiques peut en outre s'appuyer, dans une certaine mesure, sur le *Vocabulaire juridique*, lequel utilise le mot de concept et non celui de notion lorsqu'il s'agit de définir la *science du droit*[192]. Enfin, une semblable distinction du concept et de la notion se retrouve explicitement chez plusieurs acteurs de la science du droit[193].

§ 2. Les règles méthodologiques spéciales à cette étude

39. Plan. Cette étude ayant pour but principal d'améliorer quelques-uns des *concepts* utilisés par les acteurs de la science du droit — et à terme, éventuellement, les notions —, il apparaît nécessaire de présenter brièvement ici ce qu'est un concept et notamment quels sont les éléments qui le composent[194]. Une fois présentés ces différents éléments que comprend l'idée de concept (**A.**), il conviendra d'indiquer de quelle manière les concepts — en particulier celui d'acte juridique — doivent être construits par les acteurs de la science du droit (**B.**).

A. Présentation générale du concept

40. Plan. Après une présentation générale de quelques idées philosophiques sur le concept (**1.**), il conviendra d'appliquer ces idées aux concepts utilisés par les acteurs de la science du droit (**2.**).

laquelle la notion serait en prise directe avec le droit positif. Quant au concept, l'auteur dit qu'« on semble, dans une première approche, admettre fréquemment être en présence d'une construction de l'esprit utilisée pour faire éclore le savoir » (*ibidem*). Où l'on aperçoit la distinction proposée plus haut.

192. « [E]nsemble cohérent de concepts, de méthodes et de procédés techniques ».

193. « Le concept se distinguerait fondamentalement de la notion en ce qu'il ne se confond pas avec l'empirique (ce qui peut expliquer sa rareté en sciences humaines et sociales). Tous deux résultent d'un acte de pensée mais la notion synthétise un aspect du réel et appartient à ce réel. Le concept opère en outre un effort de détachement et d'abstraction supplémentaire et d'une autre nature que la notion : il construit davantage en fonction d'une théorie d'ensemble, d'une sorte de "biotope" qui le place à distance du réel comme élément plus explicatif que compréhensif » (X. Bioy, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction... » *in Les notions juridiques*, sous la dir. de G. Tusseau, Économica, 2010, p. 32). La distinction s'observe également parfois chez des auteurs davantage tournés vers des problèmes pratiques et n'ayant pas spécialement réfléchi à la distinction. Cf. not. S. Wyszogrodzka, *Étude comparative de l'erreur-obstacle en droit français et du dissentiment en droit polonais*, sous la dir. de D. Legeais, thèse de doct., Université Paris Descartes, 2011, p. 9, nous soulignons : « Les droits positifs français et polonais ne définissent pas la notion d'"erreur-obstacle" ou de "dissentiment" ; ce sont des concepts purement doctrinaux » (souligné par nous).

194. Cette présentation est rendue nécessaire par la rareté des propos sur cette question. Rappr. M. Troper, *Le droit et la nécessité*, PUF, 2011, p. 255 : « s'il existe de nombreux travaux de juristes ou de théoriciens du droit sur tel ou tel concept juridique [...] ou sur le concept de droit lui-même et si tous ceux qui se livrent à l'analyse d'un concept juridique quelconque doivent naturellement présupposer un concept de concept, rares sont ceux qui explicitent ces présupposés et il existe très peu de travaux généraux portant sur le statut, la nature ou la fonction des concepts juridiques ».

1. Le concept en philosophie

41. Le concept comme mode de connaissance. S'intéressant aux modes de connaissance de la réalité, les philosophes opposent traditionnellement l'intuition et le concept. Alors que la première « porte directement sur le concret, saisi dans sa singularité » [195], le second « n'atteint le réel qu'à travers des déterminations de caractère abstrait » [196]. Par où l'on voit que le concept désigne un type particulier de représentation mentale : une représentation abstraite, détachée de la singularité de l'objet.

42. Construction du concept. Cherchant à approfondir le processus intellectuel par lequel le concept se construit, les philosophes, parfois repris par les juristes [197], ont mis en évidence que le concept supposait au moins deux opérations [198] :

— Une opération d'abstraction consistant à partir des objets (réels ou idéels [199]), pour identifier chez eux, après observation et comparaison, un ou des traits spécifiques ;

— Une opération de généralisation par laquelle le ou les traits identifiés sont étendus à l'ensemble des objets auxquels ces caractères peuvent être identifiés.

43. Définition du concept. De ces deux opérations, découlent les deux attributs qui permettent de définir le concept :

— Le concept est une idée **abstraite**, c'est-à-dire qu'il est séparé « des individus concrets en lesquels [il] peu[t] éventuellement se trouver réalis[é] » [200] ;

— Le concept est une idée **générale** (universelle, lit-on encore), c'est-à-dire que « par lui-même, [il] ne pose aucune limite à son champ d'application ; étant de la nature d'une forme, il est de soi disponible pour être mis en œuvre en toute circonstance où il rencontrera les dispositions adéquates » [201].

Ces deux attributs du concept permettent de retenir la définition suivante du concept [202] : l'**idée en tant qu'abstraite et générale**.

195. J. Ladrière, « Concept » *in Dictionnaire de la philosophie*, Encyclopædia universalis et Albin Michel, 2000, p. 228.
196. *Ibid.*, p. 228.
197. M. Troper, *Le droit et la nécessité*, PUF, 2011, p. 266.
198. I. Weiss, « Concept » *in Dictionnaire de la philosophie*, Ellipses, 2007. Comp. *Grand dictionnaire de la philosophie*, Larousse, 2003, p. 170, pour qui « l'opération intellectuelle à partir de laquelle s'engendre le concept s'analyse en comparaison, réflexion et abstraction. La comparaison consiste dans la confrontation des représentations entre elles, en relation avec l'unité de la conscience. La réflexion est la prise en considération de la manière dont diverses représentations peuvent être saisies en une conscience. Enfin, l'abstraction consiste à mettre de côté ce par quoi les représentations se distinguent ».
199. Les philosophes avaient pu un temps douter de la possibilité d'ériger des concepts à partir d'objets n'existant pas dans le monde sensible. Cependant, ayant constaté en mathématiques l'existence de concepts eux-mêmes formés sur des entités abstraites, les philosophes ont finalement admis qu'un concept puisse être forgé à partir d'objet idéels. Cf. J. Ladrière, « Concept » *in Dictionnaire de la philosophie*, Encyclopædia universalis et Albin Michel, 2000, p. 233.
200. Cf. *ibid.*, p. 233.
201. *Ibid.*, p. 233.
202. Pour des définitions similaires : A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Quadrige ; I. Weiss, « Concept » *in Dictionnaire de la philosophie*, Ellipses, 2007.

44. Composantes du concept. Lorsqu'ils évoquent le concept, les philosophes et logicien ne manquent généralement pas d'évoquer que celui-ci comprend deux dimensions [203] :

— Son *intension* — aussi appelée compréhension —, laquelle désigne l'ensemble des éléments concourant à la définition du concept. L'intension peut être unique (tel le concept blanc qui se rapporte à un seul type de couleur) ou multiple (tel le concept de chaise qui suppose quatre pieds et un dossier).

— Son *extension* — aussi appelée dénotation —, laquelle désigne l'ensemble des objets (y compris les personnes) comprises dans le concept. Le préfixe *ex* marque bien que ces objets se situent hors du concept. En lui-même, le concept ne les contient pas, il ne contient que leur idée. Par où l'on aperçoit bien que le concept se situe *hors du* niveau de réalité des objets qu'il représente [204].

2. Le concept dans la science du droit

45. Plan. Cette approche philosophique du concept peut être utilement reprise en droit et y être même doublement enrichie grâce à l'approfondissement de la distinction entre la nature et le régime des concepts juridiques d'une part, et grâce aux travaux réalisés par les juristes sur l'opération de qualification, d'autre part.

46. L'enrichissement de l'intension grâce à la distinction de la « nature » et du « régime ». Le premier enrichissement de l'intension du concept provient de la distinction que font traditionnellement les juristes entre la nature d'un objet et son régime [205]. Les objets du discours du droit sont régis par un certain nombre de normes que les juristes qualifient de régime juridique. Ainsi, à tout objet juridique se trouve attribuée une *nature*, correspondant à ses éléments constitutifs, laquelle implique — et il s'agit véritablement d'une implication [206] — certaines *propriétés*, que les juristes désignent par le terme de *régime* [207]. Ainsi, l'intension de tout concept juridique se dédouble : elle comprend, d'un côté le ou les éléments constitutifs de ce concept, et de l'autre, ses propriétés [208].

203. J. Ladrière, « Concept » *in Dictionnaire de la philosophie*, Encyclopædia universalis et Albin Michel, 2000, p. 234 ; Ch. Godin, *Dictionnaire de philosophie*, Fayard, 2004, p. 228 ; G. Hottois, *Penser la logique : Une introduction technique et théorique à la philosophie de la logique et du langage*, 2e éd., De Boeck, 2002, p. 23.

204. Rappr. *supra* n° 38.

205. Sur laquelle, cf. J.-L. Bergel, « Différence de nature = différence de régime », *RTD Civ.*, 1984 ; F. Rouvière, « Le revers du principe *différence de nature (égale) différence de régime* » *in Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, URL : https://hal.archives-ouvertes.fr/halshs-01141833/document.

206. F. Rouvière, « Le revers du principe *différence de nature (égale) différence de régime* » *in Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, URL : https://hal.archives-ouvertes.fr/halshs-01141833/document, n° 3.

207. Nous verrons cependant plus bas (n° 447) que les concepts de régime et de propriété gagneraient à être distingués.

208. Les termes d'éléments constitutifs et de propriété ont été ici préférés à ceux de nature et de régime qui paraissent désigner moins nettement que les précédents ce dont il est question. En outre, le terme de nature renvoie à l'idée d'objet naturel, ce que ne sont évidemment pas les objets juridiques qui procèdent d'une certaine

Indiquons ici que ce dédoublement de l'intension, qu'on retrouve également en philosophie des sciences [209], doit être combiné avec le principe méthodologique précité de rationalité, lequel impose d'établir des relations entre les concepts. Ceci implique que l'identification des éléments constitutifs d'un concept ne suffit pas à le définir ; il faut encore distinguer ce concept d'autres concepts voisins. Cette précision est d'importance car elle ne se retrouve pas pour la notion (qui connaît pour autant la distinction de la nature et du régime). La notion n'a pas — sous la réserve des objectifs constitutionnels d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi — à être articulée avec l'ensemble des notions existantes. Certes, une telle articulation est souhaitable mais son absence ne fait pas obstacle à l'utilisation de la notion par les acteurs de l'ordre juridique. En revanche, un concept isolé paraît condamné à ne pas être adopté par la communauté scientifique. Voilà pourquoi, lorsque nous étudierons plus loin le concept d'acte juridique, nous nous efforcerons de le relier à d'autres concepts, tels ceux de contrat, d'acte unilatéral, d'acte collectif, etc.

47. L'enrichissement de l'intension par l'étude de la qualification. Ensuite, les travaux réalisés par les juristes sur l'opération de qualification, c'est-à-dire l'opération par laquelle il est recherché si un objet donné relève ou non d'un concept, montrent que l'intension d'un concept peut être plus complexe que ne le voudrait la philosophie. En effet, les concepts juridiques sont souvent des *concepts composés* qui combinent plusieurs *concepts élémentaires*. Il en est ainsi du concept de contrat, composé de ceux d'offre, d'acceptation et d'effets de droits. Ces concepts élémentaires sont en outre articulés entre eux au moyen de liens particuliers : la *rencontre des volontés*, pour le lien entre l'offre et l'« acceptation », et la *création*, pour le lien entre l'offre et l'acceptation d'un côté et l'effet de droit de l'autre.

Cette précision permet donc de mettre en lumière que la plupart des concepts juridiques sont des concepts composés, dont l'intension comprend donc deux types d'éléments constitutifs — aussi appelés éléments de qualification en ce qu'ils permettent de qualifier les objets relevant de l'extension du concept — : d'un côté, les *critères de qualification* ; de l'autre, le *lien* entre ces critères [210].

48. Bilan. Si l'on combine à présent ces résultats, il apparaît que l'**intension de tout concept juridique intègre les éléments suivants :**

- **Sa définition comprenant :**
  - **Ses éléments constitutifs, lesquels, pour les concepts composés de plusieurs concepts, comprennent à la fois les critères de qualification et le lien entre ces critères ;**

culture.

209. J. Ladrière, « Concept » *in Dictionnaire de la philosophie*, Encyclopædia universalis et Albin Michel, 2000, p. 234 ; J.-C. Pariente, « Bachelard » *in Le vocabulaire des philosophes*, t. IV, Ellipses, 2002, p. 365.

210. Dans le même sens, F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, sous la dir. de R. Le Balle, thèse de doct., 1957, LGDJ, n°s 8-11 ; Ch. Vautrot-Schwarz, *La qualification juridique en droit administratif*, sous la dir. de D. Truchet, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2009, LGDJ et Lextenso éditions, n° 86.

— **Sa distinction par rapport à d'autres concepts ;**
— **Ses propriétés**[211]**.**

B. La construction d'un concept

49. Plan. Bien que les juristes soient souvent confrontés à la nécessité de forger des concepts nouveaux, la démarche qu'ils suivent alors n'est que rarement explicitée. Dès lors, il nous a paru intéressant d'exposer ici succinctement le cheminement en trois étapes que nous avons suivi pour élaborer le concept d'*acte juridique*[212] : **(1)** la démonstration de sa nécessité, **(2)** sa formation à partir d'une situation donnée et **(3)** sa vérification dans des situations complexes et différentes. Précisons tour à tour ces différentes règles méthodologiques.

50. La nécessité du nouveau concept. La création d'un nouveau concept n'est légitime que si on a pu démontrer que les outils existants sont insuffisants et qu'un vide conceptuel est avéré à l'égard d'une problématique. Dans une collectivité scientifique, les redondances et les superpositions conceptuelles, sources à terme de conflits doctrinaux, doivent être évitées. Comme l'avait souligné par exemple Georges Ripert, l'on ne change pas d'un concept au seul motif qu'il serait ancien ou démodé[213].

Dans le cas précis qui nous occupe, le respect de cette règle nous conduira à consacrer un chapitre préliminaire à la question de la relation médicale, afin de démontrer les limites irréductibles que rencontre le contrat pour appréhender cet objet. Ce chapitre prépare en conséquence l'établissement d'un nouveau concept, à savoir l'acte juridique, auquel il faudra ensuite donner peau neuve.

51. L'élaboration d'une ébauche de concept. Une fois démontrée la nécessité d'un nouveau concept ou de refonte d'un concept existant, il convient de rechercher la meilleure situation à partir de laquelle une première ébauche pourra être tracée. Le concept étant, avons-nous dit, l'idée abstraite d'une réalité concrète, il faut choisir comme point de départ la meilleure réalité

211. Il serait également concevable de distinguer d'un côté la définition *stricto sensus*, englobant seulement l'énoncé des éléments constitutifs du concept et de l'autre l'articulation de ce concept avec d'autres concepts. En effet, il paraît possible de considérer que les propriétés d'un concept décrivent la manière dont ce concept interagit avec d'autres. Ainsi, lorsqu'on dit que les êtres humains ont la propriété d'être mortels, on rend finalement compte de l'interaction entre le concept d'être humain et le concept de temps et, plus précisément, on rend compte de l'association de ces deux concepts. Cette rubrique consacrée à l'interaction des concepts ne comprendrait pas seulement des éléments sur l'association du concept étudié avec d'autres concepts, mais également des développements sur la dissociation de ce concept d'autres concepts, ce que l'on a appelé plus haut la distinction du concept étudié par rapport à d'autres concepts. Même si cette dernière manière de présenter l'intension d'un concept — d'abord la définition *stricto sensu* puis l'interaction — nous paraît plus satisfaisante théoriquement, nous ne l'avons pas utilisé dans le présent travail. Cela s'explique tant par le souci de respecter formellement la tradition civiliste, laquelle distingue classiquement la nature du régime, que par celui d'équilibrer la taille des développements situés dans chacune des deux parties de ce travail.

212. Précisons que ces règles n'ont pas été forgées *a priori* car la tâche nous avait alors paru impossible, mais *a posteriori*, une fois en mesure de comprendre les règles suivies intuitivement lors de la construction d'un concept renouvelé d'acte juridique.

213. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, 2e éd., LGDJ, 1955, n° 2, p. 4-5.

concrète possible pour mener à bien ce travail de construction conceptuelle. Plusieurs critères interviennent dans le choix de cette réalité concrète, tant subjectifs qu'objectifs. Outre la nécessité évidente de la bonne connaissance de ce matériau de départ par le chercheur, il convient que cette situation de départ soit relativement simple, pour pouvoir faciliter l'abstraction mais aussi la compréhension de l'abstraction par les tiers. Il faut encore que cette situation de départ dispose d'une assise solide dans la réalité, de manière à ce qu'il en reste quelque chose après le processus d'abstraction. Il faut enfin que cette situation de départ soit recevable intersubjectivement, c'est-à-dire qu'elle ne constitue pas une situation polémique dans la collectivité scientifique.

En l'espèce, c'est le droit français [214] qui sera notre substrat car c'est un droit que nous croyons bien connaître, qui constitue une base commune dans la formation juridique et qui est relativement simple, consolidé [215] et consensuel.

52. La vérification de l'ébauche. Une fois cette ébauche réalisée, celle-ci doit être soumise à ce que d'aucuns pourraient appeler des *stress test*, autrement dit ce qu'on pourrait appeler des vérifications [216] du concept des cas « difficiles », c'est-à-dire des situations complexes et éloignées de la situation de départ. L'idée sous-tendant cette méthode est que si l'ébauche construite parvient à s'appliquer dans de telles situations, elle s'appliquera à plus forte raison dans des situations plus simples et plus proches de la situation de départ. Où l'on comprend que les situations où seront menées ces vérifications doivent être choisies pour permettre au nouveau concept de montrer ses capacités de résistance et lui éviter ainsi d'être mis trop rapidement en échec.

En l'espèce, par exemple, cette règle méthodologique nous conduira à procéder à une quadruple vérification empirique des propriétés du concept d'acte juridique que nous aurons proposées à titre d'ébauche.

Par ces précisions sur l'élaboration d'un concept, nous en terminons avec l'examen des règles méthodologiques qui seront ici utilisées. Reste à présent à préciser les objectifs de cette recherche.

214. Le choix du droit français plutôt qu'étranger se justifie aussi par la dimension culturelle de ce sujet ; partir du droit comparé pour un tel sujet aurait sans doute susciter des réticences chez certains lecteurs soucieux de maintenir une « culture juridique française » (pour une critique de ce concept, cf. J.-L. Halperin, « L'idée de culture juridique française est-elle utile au droit comparé ? » *in Le droit comparé au XXIe siècle*, sous la dir. de B. Fauvarque-Cosson, Société de législation comparée, 2015).

215. Certes, il vient d'être récemment refondu par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Cependant les modifications apportées au droit des contrats ne sont pas d'une ampleur telle qu'elles viennent perturber ce caractère consolidé.

216. La terminologie ici retenue, celle de « vérification », pourrait être critiquée par le motif qu'elle induit chez le lecteur l'idée que le concept existerait *vraiment*. Loin de nous cette idée. Par cette expression il s'agit seulement d'indiquer par une formule brève que le concept proposé a été mis à l'épreuve.

Section III Les objectifs de la recherche

53. Le renforcement du droit commun. Dans un souci d'accessibilité et de simplicité du droit, la présente recherche entend renforcer le droit commun [217], en proposant aux juristes de rendre compte et de régir, au moyen d'un instrument unique qu'est l'acte juridique, tout processus de création de normes par des personnes juridiques. Pendant longtemps, ce rôle a été rempli par le contrat ; mais, de plus en plus, le contrat se trouve dépassé et s'en suit le développement d'une profusion de concepts aux contours assez incertains, tels ceux de « décision », d'« institution », d'« acte-condition », d'« actes-règles », etc. Voilà pourquoi il ne nous semble plus opportun de faire de l'acte juridique une catégorie vide de tout contenu et à visée principalement pédagogique [218]. Il convient plutôt de le raffermir en le dotant notamment d'une fonction pratique, lui permettant d'être utilisé directement dans les prétoires.

54. Le maintien du contrat. Ce renforcement de l'acte juridique n'implique nullement une suppression du contrat, contrairement à ce que pourraient penser nombre de juristes ayant tendance à s'opposer à ces concepts, qu'ils soient hostiles [219] ou favorables [220] à l'acte juridique. Ce serait là un rêve illusoire d'une jeunesse toujours prompte à faire table rase du passé et qui discréditerait assurément l'ensemble de la présente recherche [221]. En outre, conscient que le contrat est un objet dont tout un chacun se fait une vague idée, il n'apparaît pas souhaitable, du point de vue de l'accessibilité du droit, d'abandonner ce concept et de le remplacer en totalité par le concept d'acte juridique, plus abstrait et presqu'inconnu du grand public. Dès lors, bien que nous soyons convaincu que le concept de contrat présente des limites qui seront exposées plus loin, il ne nous paraît pas souhaitable, pratiquement, d'abandonner cet outil. Même en présence d'un concept d'acte juridique renforcé, le contrat doit demeurer.

D'une manière générale, ce n'est pas parce qu'un outil ne donne pas satisfaction dans certaines situations qu'il doit nécessairement être abandonné. On ne jette pas un marteau au motif qu'il ne permet pas d'enlever une vis clouée au mur. À chaque outil ses points forts et ses points faibles. Il en va de même dans les « sciences dures ». Ainsi, alors même que la théorie de la rela-

217. Sur les bienfaits qu'un ordre juridique peut attendre d'un droit commun renforcé, cf. N. Balat, *Essai sur le droit commun*, sous la dir. de M. Grimaldi, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2014, n°s 10-13.

218. P. Ancel, « Acte juridique et déclaration de volonté : la greffe allemande sur le droit français des obligations » *in Traditions savantes et codifications*, sous la dir. de C. Ophèle et P. Rémy, Université de Poitiers, 2007.

219. Not. C. Witz, « Contrat ou acte juridique ? » *in Pour une réforme du droit des contrats*, sous la dir. de F. Terré, Dalloz, 2009.

220. Cf. le titre de cet article : X. Lagarde, « L'acte d'investissement. Du contrat à l'acte juridique » *in Les concepts émergents en droit des affaires*, sous la dir. de É. Le Dolley, avec une préf. d'É. Le Dolley et G. Farjat, concl. J.-L. Bergel et T. Bonneau, LGDJ et Lextenso éditions, 2010.

221. Pour des exemples de telles tentatives de négation du contrat, souvent moquées aujourd'hui par les juristes, cf. S. Schlossmann, *Der Wertrag*, thèse de doct., 1876, Breitkopf u. Härtel, URL : http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/wrapbooks/%22198077%22 ; R. Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*, thèse de doct., Université de Paris, 1891, Girard.

tivité d'Albert Einstein — ayant parfois laissé songeur les juristes [222] — a invalidé la théorie de la « loi universelle de la gravitation », développée par Isaac Newton, cette dernière théorie n'en est pas moins encore enseignée de nos jours, en particulier car elle est beaucoup plus simple à mettre en œuvre et à comprendre que celle de la relativité [223]. Ce n'est que lorsque les ingénieurs se situent dans les hypothèses où la théorie newtonienne ne fonctionne pas, qu'ils utilisent la théorie d'Albert Einstein. En revanche, les « hommes de science », comme les appelle Thomas Kuhn, n'utilisent plus la théorie newtonienne lorsqu'ils élaborent de nouvelles théories, car les paradigmes de cette théorie ne correspondent plus à ceux auxquels ils adhèrent en application de la théorie de la relativité [224].

55. Plan de la recherche. Souhaitant tout à la fois renforcer l'acte juridique et conserver le contrat, la présente étude doit travailler dans deux directions. D'abord, bien mettre en évidence les limites du contrat, c'est-à-dire les hypothèses dans lesquelles celui-ci dysfonctionne, ce qui permettra, par contre-coup, de faire nettement apparaître les hypothèses où l'acte juridique présenterait une utilité. Ensuite, une fois ces situations identifiées, préciser les contours du concept d'acte juridique, pour lui permettre de s'y appliquer correctement.

Ces deux tâches ne peuvent pas être accomplies l'une sans l'autre. En effet, si nous nous contentions de la première, l'on nous reprocherait une démarche non constructive, se contentant de pointer du doigt des limites, sans proposer d'alternative. De même, si nous nous contentions d'affermir le concept d'acte juridique, l'on pourrait nous reprocher de perdre notre temps, dans la mesure où existerait déjà un concept fonctionnel, le contrat. En effet, bien qu'il ait été brièvement montré plus haut que le contrat était fortement contesté, il n'a nullement été prouvé que le contrat ne disposerait pas, en lui-même, de ressources pour résister à ces attaques et ainsi raffermir son emprise. D'où la nécessité de traiter en même temps ces deux questions.

56. L'accomplissement de la première tâche — établir les faiblesses du contrat — ne nécessite cependant pas des développements de la même importance que ceux de la seconde tâche — raffermir l'acte juridique — ; un chapitre préliminaire suffira pour celle-là. En effet, il n'apparaît pas nécessaire d'exposer ici de manière détaillée l'ensemble des arguments opposés au contrat ni de tenter d'y répondre en montrant, ce dont nous sommes convaincus, que la qualification contractuelle demeure pertinente dans les disciplines où elle est contestée. Si un tel travail préparatoire est certes indispensable, son exposé ne l'est pas. Tout ce qu'il convient d'établir ici ce sont que certaines des critiques opposées à la qualification contractuelle témoignent d'insuffisances structurelles du contrat et que ces insuffisances ne peuvent pas être dépassées en

222. Cf. F. Gény, « Les bases fondamentales du droit privé en face des théories de L. Duguit », *RTD Civ.,* 1922, p. 797 : « nous sommes, encore, à l'heure actuelle, assourdis des clameurs, qui, en des champs d'étude différents du nôtre, proclament audacieusement une rénovation complète des sciences mathématiques et physiques, sous l'influence de ce simple mot : "relativité" ».
223. Sur ces points cf. Th. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 1983, p. 141 s.
224. *Ibid.*, p. 147.

modifiant le concept de contrat comme cela a pu être encore récemment proposé [225]. Dès lors, il sera justifié de recourir à un autre outil, l'acte juridique, pour pallier les limites du contrat.

Cet autre outil pourra alors être approfondi et, classiquement, l'on approfondira d'abord la définition du concept (**Partie 1**) puis ses propriétés (**Partie 2**) [226].

225. D. Galbois, *La notion de contrat : Esquisse d'une notion*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2018.

226. Sur le choix des termes « définition » et « propriétés » plutôt que ceux de « nature » et de « régime », cf. *supra* n° 46. Pour une proposition de plan concurrente, cf. *supra* note n° 211.

Chapitre préliminaire

Les faiblesses du contrat révélées par l'analyse des discours sur la relation médicale

57. Méthodologie. ***Le choix d'une recherche limitée à une relation particulière.*** En suivant les conseils prodigués naguère par Georges Rouhette [227], il apparaît de bonne méthode, pour identifier les faiblesses du contrat, de comprendre une matière où le rejet du contrat serait particulièrement prégnant et, s'y attardant, de rechercher les causes de ce rejet et d'en examiner la pertinence. Cette méthode paraît préférable à celle consistant à rechercher, d'une manière générale, les différentes critiques faites au contrat. En effet, cette dernière solution, outre le travail démesuré qu'elle aurait nécessité, nous aurait fait prendre le risque de n'avoir qu'une vision superficielle des arguments opposés au contrat et, ainsi, de ne pas comprendre réellement l'origine de la crise du contrat.

58. ***Le choix de la relation médicale.*** Pour mener à bien cette recherche, c'est la relation médicale qui a été choisie. Celle-ci est entendue comme la relation entre un patient et son soignant ; ce dernier ne se limitant pas aux médecins mais regroupant plus largement tous les professionnels de santé, y compris la personne morale au sein de laquelle ces soins sont réalisés. Un tel choix s'explique par plusieurs raisons.

D'un point de vue quantitatif, les travaux critiquant la qualification contractuelle sont très importants et la quantité des développements consacrés dans ces travaux à cette question de qualification est rarement négligeable.

D'un point de vue qualitatif, cette matière combine plusieurs caractéristiques qui font que les critiques de la qualification contractuelle sont d'une grande qualité et d'une impressionnante diversité. D'abord, cette matière est partagée entre le droit privé et le droit public. Or, le droit

227. G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, sous la dir. de R. Rodière, thèse de doct., Paris, 1965, n° 183, p. 159.

public est, ou du moins a été[228], relativement hostile au contrat, de sorte qu'il est normal que, par un effet de contagion, ces critiques se diffusent aussi en droit de la santé. Ensuite, le droit de la santé est une matière dont l'importance dans notre société s'est considérablement renforcée, compte tenu des importants enjeux économiques qui lui sont associés. Ainsi, en une vingtaine d'années, s'est formé un corps de spécialistes avec des laboratoires spécialisés et même une école dédiée : l'EHESP (École de Hautes Études en Santé Publique). Or, constitués en un corps relativement récent, ces spécialistes sont naturellement conduits à invoquer l'autonomie de leur spécialité et, par conséquent, à rejeter l'emprise du droit commun et notamment du droit des contrats. En outre, cette matière concerne une catégorie de la population influente, les professionnels de santé, ayant développé par le passé des stratégies d'évitement du droit commun[229] et notamment du droit des contrats. Enfin, cette matière a connu d'importants changements ces dernières années du fait de l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des patients et à la qualité du système de santé. Or, cette loi a été comprise par beaucoup comme une condamnation de la qualification contractuelle[230] et une reconnaissance du caractère statutaire de cette relation[231], ce qui a, par un effet de boule de neige, incité davantage d'auteurs spécialisés à se pencher sur la question de la qualification de la relation médicale et à rechercher de nouveaux arguments destinés à faire obstacle à sa qualification contractuelle.

59. Plan. L'examen préparatoire — non ici reproduit — de l'ensemble des critiques adressées à la qualification contractuelle de la relation médicale a permis de mettre à jour un

228. Il faut en effet relever l'essor considérable du droit des contrats publics ces dernières années, même s'il ne semble pas que ceci ait pour l'instant rejailli sur le reste du droit public où le contrat demeure perçu avec une certaine méfiance, surtout lorsqu'il est envisagé dans les relations entre un particulier et une personne publique en charge d'une mission d'intérêt général.

229. En atteste par exemple les premiers procès en responsabilité médicale, au début du XIXe siècle, où les médecins, avec le soutien de l'Académie de Médecine, plaidèrent pour leur irresponsabilité. Cf. les arguments présentés dans *Archives de l'académie de médecine - Procès verbaux*, 29 sept. 1829, à propos de l'affaire du docteur Hélie, arguments notamment évoqués dans C. Bergoignan-Esper et P. Sargos, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Dalloz, 2010, p. 188-190.

230. Ph. Malaurie, « La responsabilité civile médicale », *Defr.,* 2002, 37632, n° 17 qui, après une étude des mots de la loi du 4 mars 2002, conclut que « le contrat médical » a « disparu ». *Adde*, cf. H. Pronost, *Volonté et acte médical*, sous la dir. de B. Beignier, thèse de doct., Université Toulouse I, 2009, n° 644, pour qui les travaux parlementaires marquent la volonté d'opter plutôt pour un « véritable statut de l'usager ». Comp., un peu plus nuancé, M. Girer, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : Essai de remise en cause du contrat médical*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., 2008, LEH, n° 106, pour qui le silence du législateur est révélateur « non pas certes du rejet définitif du modèle contractuel hors de la relation de soins, mais de la volonté de dépasser ce moule juridique ». Comp. E. Raschel, *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, sous la dir. de M. Danti-Juan et R.-N. Schütz, thèse de doct., Université de Poitiers, 2013, n° 20, pour qui « le législateur paraît avoir soigneusement évité de prendre parti dans ce débat ».

231. F. Dreifuss-Netter, « Feue la responsabilité civile contractuelle du médecin ? », *RCA,* oct. 2002, chron., 17, p. 6. Comp. P. Lokiec, « La décision médicale », *RTD civ.,* 2004, pour qui la loi du 4 mars 2002 inviterait à abandonner l'analyse contractuelle pour lui préférer une analyse fondée sur la « décision », le « pouvoir ». Dans le même sens, A. Laude, B. Mathieu et D. Tabuteau, *Droit de la santé*, 3e éd., PUF, 2012, n° 383, p. 435-436, qui évoquent en outre l'idée que la formulation de la loi suggère que le patient serait « moins contractant que titulaire de droits subjectifs » ou qui soulignent qu'il s'agirait peut-être plutôt d'un « contrat réglementaire ».

certain nombre de problèmes structurels de l'instrument contractuel. Par problème structurel nous entendons des problèmes ne pouvant pas être résolus autrement qu'en ayant recours à un autre instrument que le contrat. Ces problèmes sont de deux ordres. Les uns tiennent à la définition juridique du contrat en droit français, laquelle révèle les limites techniques du contrat (**Section I**), les autres à la représentation sociale du contrat par les juristes, autrement dit, à l'image commune que les juristes retiennent de cet objet [232]. Cette fois, la faiblesse du contrat n'est plus d'ordre technique, elle est d'ordre psychosocial [233] (**Section II**).

Section I Les faiblesses techniques du contrat

60. Rappel de la notion de contrat. Les limites techniques du contrat résultent de plusieurs problèmes liés à la définition même du contrat. Pour bien comprendre ces problèmes, indiquons tout d'abord brièvement quelle est la définition de la *notion* [234] de contrat et comment sont structurées les principales règles de son *régime*.

61. *La définition du contrat.* Pour cerner la définition du contrat, il convient de partir de l'article 1101 ancien du code civil, selon lequel « [l]e 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 » [235]. Ce texte, qui n'est pas à proprement parler une définition rigoureuse du contrat, fournit néanmoins d'utiles informations sur cette définition. En « retravaillant » ce texte, il apparaît que celui-ci suggère la présence de deux critères de définition d'une part et d'un lien entre ces critères d'autre part.

Concernant les critères de définition, ce texte affirme d'abord que le contrat est une « convention ». Ensuite, il est indiqué que, par cette convention, des personnes s'obligent, ce qui suggère un deuxième élément constitutif : la présence d'obligations voire, plus largement, d'effets de droit. Si le deuxième élément de définition est suffisamment précis, tel n'est pas le cas du premier. Qu'est-ce en effet qu'une convention ? La lecture de quelques arrêts se fondant sur l'article

232. Sur le concept de représentation sociale cf. *infra* n° 385.

233. L'adjectif « psychologique » ne permet pas de rendre pleinement compte de la nature de ces limites car ces représentations dépassent très largement l'individu et donc sa psychologie propre. D'où l'emploi de l'adjectif « psychosocial ».

234. Le mot est ici entendu tel que défini en introduction (*supra* n° 38), à savoir comme un objet du discours du droit et non un objet du discours des acteurs sur le droit.

235. La formulation a été quelque peu changée par l'ordonnance du 16 février 2016, puisque l'art. 1101 nouveau dispose désormais : « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». La nouvelle définition supprime la distinction entre le contrat et la convention qui n'avait de raison d'être qu'en droit romain où le régime du contrat et de la convention différait (comp. art. 1100-1 interprété par des auteurs comme impliquant un maintien de la distinction : C. Witz, « La définition du contrat dans le Code civil français réformé : Retour sur la distinction entre le contrat et la convention » *in Der Bürge Einst und Jetzt : Festschrift für Alfons Bürge*, sous la dir. de U. Babusiaux et P. N. J. Platschek, Schulthess ; S. Lequette, « La notion de contrat : Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD Civ.*, 2018, p. 541-566). En outre, cette nouvelle définition accentue l'aspect volontariste, puisqu'il est bien souligné que la volonté des parties doit être « destinée » à créer des obligations.

1101 du code civil [236], ainsi que celle d'arrêts employant le terme de « convention » [237], permet de répondre à cette question. Aux yeux des juges, le mot « convention » est assimilé à un « accord de volontés ». La rédaction de l'article 1101 nouveau du code civil confirme cela puisque le mot de convention, présent dans l'article 1101 ancien, a été remplacé par celui d'« accord de volontés ».

À ces critères de définition du contrat, il faut ajouter le lien existant entre eux, point sur lequel l'on n'insiste peut-être pas assez souvent [238]. L'article 1101 du code civil, en indiquant que le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, suggère qu'il ne peut y avoir de contrat qu'autant que les obligations proviennent de l'accord de volontés des parties. Autrement dit, pour être complète, la définition du contrat doit mentionner la nature du *lien* entre l'accord de volonté et les obligations. Dans la version ancienne de l'article 1101, ce lien paraît être simplement un lien d'imputation : les effets sont créés par les parties. La version nouvelle de ce texte le confirme, mais vient également ajouter une dimension subjective : il importe que les parties aient véritablement voulu ces obligations, puisque leur accord de volonté doit être *destiné* à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. Cette précision vient alors rapprocher la notion nouvelle de contrat du concept dominant de contrat. En effet, les auteurs insistent souvent sur l'idée que la volonté des parties est *destinée* à créer des obligations. Ce faisant, l'on peut dire que ce lien d'imputation est subjectivé, en ce sens qu'il appartient aux sujets, les parties au contrat, de décider s'il existe. À l'inverse, il pourrait être qualifié d'objectif s'il appartenait à l'ordre juridique de décider de l'existence d'un tel lien d'imputation.

En bref, pour les acteurs du droit, et semble-t-il aussi pour la majeure partie des acteurs de la science du droit, le **contrat est un outil *composé*[239], comprenant deux critères de définition — rencontre des volontés d'un côté, et obligation de l'autre —, liés entre eux par un lien d'imputation subjectif**[240].

Soulignons que bien que cette définition résulte avant tout de sources relevant, dans le sens commun des juristes, du droit privé, il est permis de penser que cette définition est également

236. Notamment Cass., 3e civ., 11 mai 2011, n° 10-12.875, *Bull.,* III, n° 77, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000024171948 et Cass., 3e civ., 20 mai 2009, n° 08-13.230, *Bull.,* III, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000020656565 à propos de la rencontre de l'offre et de l'acceptation.

237. Notamment Cass., com., 26 mai 2010, n° 09-65.812, *Bull.*, IV, n° 98 énonçant (nous soulignons) qu'une clause de « substitution conventionnelle » résulte « d'un accord de volontés des parties ».

238. V. toutefois M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations : 1 - Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., PUF, 2012, p. 159 ou E. Palvadeau, *Le contrat en droit pénal*, sous la dir. de V. Malabat, thèse de doct., Bordeaux IV, 2011, n° 73.

239. Au sens que nous avons donné plus haut (n° 47) à cet adjectif pour distinguer le concept composé du concept élémentaire.

240. Comp. D. Galbois, *La notion de contrat : Esquisse d'une notion*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2018, qui, en s'inscrivant dans les pages de Georges Rouhette, propose de recourir au critère de l'intérêt pour lier ces deux pôles de la définition du contrat. La même idée est par la suite reprise dans S. Lequette, « La notion de contrat : Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD Civ.,* 2018, p. 541-566.

applicable en droit public. En effet, le Conseil d'État, en plusieurs occasions [241], a eu l'occasion de faire application de l'ancien article 1101 du code civil en droit des contrats publics, voire parfois de l'interprétation que la Cour de cassation retenait de ce texte [242], ce qui montre bien que, aux yeux du Conseil d'État, ce texte — et la définition du contrat qu'il énonce — est également applicable en droit public [243].

62. ***Le régime du contrat.*** L'examen des règles posées par le code civil à propos du contrat permet de révéler que la notion de contrat n'est pas simplement un instrument permettant de décrire comment des obligations, et plus généralement des normes, sont créées. Cette notion est aussi un moyen d'encadrer ces normes. Ainsi, les textes anciens et nouveaux du code civil contiennent des précisions tant sur les conditions de validité du contrat, que sur les conséquences de l'inexécution du contrat par l'autre partie. Où l'on retrouve les deux aspects du contrat, relevés par de très nombreux auteurs, à la fois le contrat comme procédure et le contrat comme effet [244].

63. Plan. Ces précisions rappelées, il devient à présent possible d'étudier les limites que cette notion de contrat rencontre lorsqu'elle est mise à l'épreuve de la relation médicale. L'étude des différents discours juridiques portant sur la relation médicale permet de prendre conscience de deux problèmes techniques structurels. Les uns tiennent à l'imprécision de la définition du contrat (**§ 1.**), les autres au caractère limité de cette notion (**§ 2.**)

§ 1. Le contrat, un outil imprécis

Les imprécisions de la définition du contrat tiennent tant aux critères de qualification (**A.**) qu'au lien entre ces critères (**B.**).

A. L'imprécision du critère de la rencontre des volontés

64. Délimitation de l'étude - Plan. L'imprécision des critères de qualification concerne tant le premier critère — la rencontre des volontés —, que le second — la notion d'obligation. Pour autant, seul le premier nous arrêtera, car il semble que l'imprécision résultant du terme

241. CE, *Syndicat des médecins d'Aix et région*, 30 nov. 2005, n° 278291, *Rec. Lebon,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008223663 et CE, 2 avr. 2015, n° 364539, *Rec. Lebon,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000030459160.

242. *Ibid.* : « Considérant qu'il résulte de la combinaison des articles 1101, 1134 et 1589 du code civil que, ainsi que le juge la Cour de cassation, la rétractation par le promettant d'une promesse unilatérale de vente, lorsqu'elle intervient avant que le bénéficiaire ait levé l'option dans le délai stipulé dans le contrat, se résout, conformément aux dispositions de l'article 1142 du code civil, en dommages et intérêts, à moins que les parties aient contractuellement décidé d'écarter l'application des dispositions de cet article ».

243. Comp. L. Marcus, *L'unité des contrats publics*, sous la dir. de P. Delvolvé, thèse de doct., 2010, Dalloz qui paraît restreindre les points communs entre les définitions du contrat en droit privé et en droit public au seul critère de la rencontre des volontés, suggérant par là qu'il y aurait des différences quant aux effets de ces contrats.

244. Sur cette dualité et sa critique, cf. *infra* n° 190.

d'obligation peut aisément être résolue en le remplaçant par celui de norme [245]. En revanche, pour l'expression de « rencontre des volontés », il n'y a semble-t-il pas de solution acceptable par la communauté juridique. Après avoir donné quelques illustrations de discours juridiques niant la qualification contractuelle de la relation médicale en s'appuyant sur ce critère (**1.**), l'on montrera en quoi ces critiques révèlent une imprécision problématique du critère de la rencontre des volontés (**2.**).

1. L'imprécision du critère de la rencontre des volontés, une source de critiques contre la qualification contractuelle

65. Pour nier la qualification contractuelle de la relation médicale, il a parfois été avancé qu'aucune rencontre des volontés n'existerait entre le patient et le médecin. L'argument s'observe très nettement en droit spécial de la relation médicale, à propos des dons de produits et éléments du corps humain. Ainsi Dominique Thouvenin a-t-elle pu soutenir que l'« on n'a jamais affaire à une relation interindividuelle créée par voie d'échange des consentements, ni entre le donneur et le receveur, puisque c'est précisément ce modèle qui a été écarté, ni entre le donneur et le médecin, en effet, ce dernier ne passe pas d'accord avec le donneur mais a l'obligation de vérifier l'existence de son consentement pour pouvoir effectuer le prélèvement » [246]. Autrement dit, pour se concentrer sur la seule relation médicale — en écartant donc la relation entre le donneur et le receveur [247] —, D. Thouvenin suggère qu'il n'y aurait pas de rencontre des volontés, dans la mesure où l'action du médecin serait tournée vers d'autres objectifs que ceux du patient : alors que le patient *consent* à l'acte médical, le médecin *vérifie* ce consentement. Quelques années auparavant, cette autrice avait affirmé une idée similaire, en disant cette fois

245. Par exemple, aujourd'hui, la qualification contractuelle est parfois niée au motif que le patient pourrait retirer son consentement. Or, la possibilité même de retirer son consentement est en opposition avec l'idée sous-tendue par le terme d'obligation *ob-ligare*, à savoir l'idée d'un lien. Si le patient peut se rétracter, c'est qu'il n'est pas lié et que donc il n'y a pas d'obligation. En revanche, avec le mot norme, il devient plus facile d'apercevoir que le patient, en consentant à un acte médical, crée une norme par laquelle le médecin est autorisé à porter atteinte à son intégrité physique. Cependant, cette norme peut être abrogée par le patient. La possibilité d'abroger une norme n'empêche en rien sa qualification de norme ; sans quoi il faudrait refuser cette qualification à pratiquement toutes les normes, puisque rares sont les normes ne pouvant pas être abrogées.

246. D. Thouvenin, « La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique », *LPA,* 14 déc. 1994, 149, p. 27-28.

247. L'argument tiré du caractère anonyme de la relation donneur / receveur n'est toutefois pas inintéressant en soi pour qui s'intéresse au contrat en général. On retrouve en effet un semblable argument en droit des marchés financiers où, pour nier l'existence d'un rapport contractuel, les auteurs invoquent parfois l'existence de l'anonymat d'une chambre de compensation chargée de l'appariement des ordres (A.-C. Muller, *Droit des marchés financiers et droit des contrats*, sous la dir. de H. Synvet, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2007, Économica, n°s 48 s. F. Castres Saint-Martin - Drummond, « Le contrat comme instrument financier » *in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Éditions du JurisClasseur, 1999, n° 10, p. 668 ; E. Raschel, *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, sous la dir. de M. Danti-Juan et R.-N. Schütz, thèse de doct., Université de Poitiers, 2013, n° 18). Cependant, malgré le caractère répandu de cet argument, l'on peine à voir ce qui, dans la définition juridique contrat, ferait obstacle à l'existence d'un contrat entre des personnes anonymes. En réalité, c'est bien davantage ici la représentation sociale du contrat qui est à l'œuvre et en particulier l'idée de contrat de gré à gré, comme l'est la vente, premier contrat spécial à figurer dans les éléments de la représentation sociale du contrat (*supra* n° 138).

que le médecin se contentait d'*attester* la volonté du malade [248].

66. De manière un peu différente, d'autres auteurs ont estimé que les malades étaient toujours dans une situation d'infériorité face aux médecins [249] ou au service public hospitalier [250], de sorte qu'ils ne pourraient pas librement consentir et se contenteraient en quelque sorte de suivre les avis des professionnels de santé [251]. Bien que le raisonnement ne soit pas toujours placé sur le terrain de la *rencontre* des volontés, il semble bien que ce soit cela qui pose problème aux auteurs. S'il n'y a pas de contrat, à leurs yeux, c'est parce que le consentement du patient ne *rencontre* pas celui du médecin, le patient se contente de suivre ce que lui dit le médecin.

67. Plus récemment, à la suite de la loi du 4 mars 2002, plusieurs auteurs, d'horizons différents, ont pu indiquer que l'action du médecin et celle du patient ne pouvaient plus constituer des contrats car elles étaient trop unilatérales et distinctes l'une de l'autre compte tenu de la différence des rôles de chacun [252].

68. Enfin, dernière variante de l'argument, moins clairement exprimé cette fois, le refus de voir dans l'usager d'un service public un contractant paraît résulter de la trop grande distance entre l'usager et l'établissement public de santé qui, suggère-t-on parfois, déciderait de tout. Comme l'écrit par exemple Jean-Michel Lemoyne de Forges, « l'adhésion de l'usager [...] est seulement un acte de soumission au statut, un acte-condition. Le statut n'a besoin que d'une "personne", le service, ou si l'on veut, l'"institution" pour exister ; mais il ne peut s'appliquer

248. D. Thouvenin, « La référence au contrat de soins dans les expérimentations sur l'Homme » *in Éthique médicale et droit de l'Homme*, Actes Sud et Inserm, 1988, p. 138 : « il est clair qu'il n'existe pas d'échange de volontés entre le médecin et le patient ; bien au contraire le médecin est chargé d'attester, donc de garantir et de certifier la qualité de ce consentement ».

249. J. Bellissent, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat : À propos de l'évolution des ordres de responsabilité civile*, sous la dir. de R. Cabrillac, thèse de doct., 2001, LGDJ, n° 852 ; A. Catherine, *Pouvoir du médecin et droits du patient : L'évolution de la relation médicale*, sous la dir. de M.-J. Redor-Fichot, thèse de doct., Université de Caen Basse-Normandie, 2011, p. 130.

250. J.-M. Lemoyne de Forges, *Le statut de l'hospitalisé en France*, sous la dir. de R. Drago, thèse de doct., Université de Paris, 1972, p. XIII, qui n'hésite pas à parler de « soumission » du patient au service public de la santé.

251. Comp. J. Pradel, *La condition civile du malade*, sous la dir. de G. Cornu, thèse de doct., 1963, LGDJ, n° 55 qui, tout en relevant la présence d'un « fort » et d'un « initié », n'en admet pas moins la pertinence de la qualification contractuelle.

252. É. Gigon et L. Sponchiado, « Recherches sur les actes juridiques unilatéraux à plusieurs auteurs », *Jurisdoctoria,* 2011, vol. 7, qui après avoir opté pour la qualification d'acte juridique unilatéral du fait du vocabulaire utilisé par les textes — décision — (p. 36-37), affirment que cet acte juridique unilatéral n'est pas une codécision, autrement dit, ce que ces auteurs appellent un acte juridique à plusieurs auteurs. En effet, à leurs yeux « le degré et la nature de cette participation ne permettent pas de considérer le médecin comme un coauteur de la décision médicale au même titre que le patient, comme l'a affirmé la doctrine » (p. 39) et de terminer (p. 40) en résumant cette différence de rôle par les mots d'une autrice : « la loi confère clairement un pouvoir de proposition au médecin et un pouvoir de décision au malade » (M. Deguergue, « Droits des malades et qualité du système de santé », *AJDA,* 2002). Dans le même sens M. Girer, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : Essai de remise en cause du contrat médical*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., 2008, LEH, n° 368 s. affirmant que « [l]a volonté du médecin et celle du patient n'ont pas la même nature ; la première est une volonté de proposition et de conviction, alors que la seconde est une volonté de décision ».

que si un acte particulier conditionne cette application à l'individu ». Où l'on semble comprendre que, pour cet auteur, la situation de chacune des parties à la relation médicale est si différente qu'on ne saurait les rapprocher et donc admettre l'existence d'un « accord » ou d'une « rencontre ».

L'idée s'observait également chez Léon Duguit qui, lorsqu'il expliquait pourquoi l'usager n'est pas dans une situation contractuelle, prenait soin de masquer la qualification d'acte juridique du règlement du service, qu'il qualifiait de « loi », comme pour mieux montrer en quoi celui-ci s'éloignait de l'acte unilatéral d'adhésion de l'usager.

Une même idée paraît être également exprimée par Denis Piveteau, président de sous-section au Conseil d'État, lorsqu'en entretien, alors que nous lui demandions pourquoi l'usager du service public hospitalier ne pouvait pas être dans une situation contractuelle, nous répondait : « [v]otre question est une question philosophique. Pour qu'il y ait un usager, il faut qu'il y ait un intérêt général qui dépasse l'usager » [253]. Or, disant cela, il suggérait que l'usager serait dépassé par l'intérêt général ; il serait dans une situation trop différente par rapport à l'administration, de sorte qu'il ne serait pas concevable d'imaginer dans une telle situation un rapport contractuel.

69. Tous ces arguments, d'une manière ou d'une autre, jouent sur l'imprécision du critère de la rencontre des volontés. Dans tous ces exemples, si la qualification contractuelle est niée, c'est semble-t-il parce que le patient d'un côté, et le soignant ou l'institution le soignant de l'autre, semblent si différents aux auteurs qu'ils éprouvent des difficultés à les rapprocher. La difficulté provient soit de la différence des rôles de chaque personne (premier et troisième exemple ci-dessus), soit de la différence hiérarchique entre elles (deuxième et quatrième exemple). Face à de telles critiques, la notion de contrat paraît bien démunie.

2. L'imprécision du critère de la rencontre des volontés, un problème difficilement soluble

70. Le code civil, même dans sa nouvelle mouture, ne précise nullement ce qu'il faut entendre par l'expression « rencontre » des volontés. Or, comme n'ont pas manqué de le relever depuis longtemps les auteurs [254], ce critère est particulièrement imprécis.

Pour tenter de régler ce problème, il a pu être suggéré par Bruno Oppetit de se débarrasser d'un « schéma consensualiste de l'accord des volontés » [255]. Cependant, une telle proposition visait moins à se débarrasser de l'accord de volontés lui-même que de son approche consensua-

253. Cf. *infra* Annexe 4.

254. Ch. Demolombe, *Cours de code Napoléon : Traité des contrats - 1*, 1868, URL : https://books.google.fr/books?id=zghHAAAAcAAJ&hl=fr&pg=PP9#v=onepage&q&f=false, n° 72 ; G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, sous la dir. de R. Rodière, thèse de doct., Paris, 1965, n° 99 ; R. Libchaber, « Réflexions sur les effets du contrat » *in Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, n° 6 ; G. Mouy, *Les effets différés de l'acte juridique*, sous la dir. de G. Viney, thèse de doct., Université Paris 1, 2007, n°s 10-11. *Adde infra* n° 352.

255. B. Oppetit, « Le consentement sans l'échange : le concours des consentements », *RJ. com.,* nov. 1995, 11, p. 73.

liste. D'ailleurs, il ne semble pas que l'on pourrait se débarrasser purement et simplement de cette idée d'accord de volonté, tant celle-ci occupe une place importante dans la représentation sociale du contrat [256]. D'autant qu'un tel abandon rendrait fort délicate la distinction du contrat et de l'acte unilatéral ou celle du contrat et de la délibération.

Ne pourrait-on pas cependant tenter de préciser quelque peu ce qu'est cette « rencontre », autrement dit préciser quelle est la distance nécessaire entre les deux volontés pour que l'on puisse affirmer que celles-ci se sont bien rencontrées ? L'objectif apparaît cependant rapidement illusoire, tant il a pu être montré comment, en droit, le concept de distance laissait une grande place à la subjectivité et ne permettait guère une détermination objective [257]. Telle distance entre les individus sera considérée par l'un comme trop importante pour qu'il puisse y avoir une « rencontre », tandis que tel autre considérera la distance comme suffisamment faible pour permettre cette rencontre. Dès lors, il ne paraît pas possible de préciser ce qu'est cette rencontre. L'on remarquera d'ailleurs, pour finir, qu'aucun des auteurs n'ayant par le passé mis en évidence l'imprécision du critère de la rencontre des volontés ne s'est risqué à tenter de le préciser. Où l'on pourrait voir un signe supplémentaire de l'impossibilité à surmonter cette insuffisance du critère de la rencontre des volontés.

Pour toutes ces raisons, l'imprécision du critère de la rencontre des volontés nous paraît constituer la première fragilité structurelle du concept de contrat. Ce critère laisse place à une trop grande subjectivité de l'interprète qui, selon son appréciation de la proximité des parties à la relation examinée, peut être amené, ou non, à conclure à la qualification contractuelle. Là n'est pas la seule fragilité du contrat. Une autre fragilité résulte également de l'imprécision du lien entre les critères de qualification de cet objet.

B. L'imprécision du lien entre les critères de qualification

71. Une deuxième source de fragilité du contrat provient de l'imprécision du lien entre ses critères de qualification. Plus précisément, l'exigence d'une volonté *destinée* à créer des effets de droit implique que la qualification contractuelle ne puisse être retenue que lorsque les parties ont l'*intention* de créer de tels effets. Si, évidemment, aucun spécialiste de droit des contrats ne semble exiger que les parties au contrat aient l'intention de créer *tous* les effets de droit régissant cette relation, un certain « degré d'intention » est néanmoins exigé. Cependant, faute de préciser ce degré, se manifeste une nouvelle imprécision dans la définition du contrat.

Les auteurs critiquant la qualification contractuelle de la relation médicale n'ont pas manqué de s'emparer de cette faiblesse du contrat pour l'utiliser à leur avantage. En effet, certains acteurs de la science du droit ont prétendu que les professionnels de santé n'auraient aucune intention juridique de contracter [258], de sorte que « la relation professionnelle s'établi[rait] sur un

256. Sur la place de ce mot dans les représentations sociales des juristes, cf. le tableau reproduit *infra* au n° 138.
257. M.-L. Mathieu-Izorche, « Outils mathématiques pour l'étude du droit : l'exemple de la notion de distance », *Cahiers des Écoles doctorales de la Faculté de Montpellier,* 2003, vol. 3, n°s 94-95.
258. L. Bloch, « Objectivisme et subjectivisme dans l'acte médical » *in Mélanges en l'honneur du Professeur*

plan extra-juridique » parce que, dans l'esprit des professionnels, les obligations qu'ils prennent « sont davantage des obligations de conscience que des obligations juridiques » [259]. Certes, ces auteurs reconnaissent le plus souvent qu'il existerait bien alors des obligations, mais ces obligations trouveraient leur source ailleurs que dans le contrat [260]. Par conséquent, ces auteurs en déduisent qu'il n'y aurait pas de contrat, faute de lien entre les obligations juridiques encadrant cette relation et l'accord de volontés.

72. La critique ne manque pas de pertinence compte tenu de la définition retenue tant par l'« ancien », que par le « nouveau » code civil. Si, en effet, il appartient aux parties de décider si elles veulent ou non créer des effets de droit, il est cohérent de nier la qualification contractuelle lorsque les parties n'ont pas voulu créer d'obligations. Il paraît donc difficile de contourner cet argument, car cela impliquerait d'abandonner cette conception « spiritualiste » du contrat [261], pourtant majoritairement partagée dans la doctrine civiliste.

Où l'on voit donc que l'approche subjective du lien entre l'accord de volontés et les normes créées est une autre des faiblesses du contrat. Celle-ci n'est cependant pas la dernière. Il en existe d'autres, encore plus radicales semble-t-il, et qui tiennent au caractère non plus imprécis de la notion, mais aux limites de son champ d'application.

§ 2. Le contrat, un outil limité

73. Plan. Le caractère limité du contrat tient à deux éléments. D'abord, le contrat est limité en ce qu'il ne permet d'appréhender que les relations où se manifestent deux volontés (**A.**). En outre, le caractère limité du contrat provient de ce qu'il confond des éléments qui gagneraient à être dissociés : la procédure de création des effets et les effets eux-mêmes. En

Jean Hauser, Lexisnexis et Dalloz, 2012, p. 752. Rappr. J. Bellissent, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat : À propos de l'évolution des ordres de responsabilité civile*, sous la dir. de R. Cabrillac, thèse de doct., 2001, LGDJ, n° 831. Comp É. Arrighi de Casanova, *La responsabilité médicale et le droit commun de la responsabilité civile*, thèse de doct., 1946, Éditions provençales, n° 133 qui évoque la possibilité d'une absence d'*animus contrahendi* pour le seul cas d'un acte de soin à titre gratuit.

259. J. Savatier, *Étude juridique de la profession libérale*, thèse de doct., 1947, LGDJ, p. 217, qui pose ce constat pour les professions libérales en général, tout en relevant que cette conception est « au moins exact[e] pour les médecins ». La critique n'est pas sans rappeler celle naguère formulée par Ch. Aubry et Ch.-Fr. Rau, pour qui les professionnels libéraux, dont les médecins et les avocats qu'ils étaient, n'accomplissaient que des actes d'obligeance et non des actes les engageant. Cf. Ch. Aubry et Ch.-F. Rau, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C.-S.* Zachariae, 3e éd., Cosse, 1856, p. 214.

260. M. Morlaas-Courties, *L'indemnisation des victimes d'accident thérapeutiques*, sous la dir. de J. Calais-Auloy, thèse de doct., Montpellier I, 1999, nos 64 s. ; L. Bloch, « Objectivisme et subjectivisme dans l'acte médical » *in Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Lexisnexis et Dalloz, 2012, p. 746-748.

261. On entend par là une conception du contrat où il est accordé une grande importance à l'état d'esprit des parties : ont-elles ou non voulues créer du droit ? Pour un autre exemple de l'emploi de cet adjectif à propos du contrat, cf. J. Carbonnier, « Sociologie de la vente », *Travaux et conférences de l'Université Libre de Bruxelles,* 1960, vol. VIII, (reproduit dans *Écrits de Jean Carbonnier*, PUF, 2008, p. 521-525), p. 153 ; F. Viaud, *La relation contractuelle de fait*, sous la dir. de G. Pignarre, thèse de doct., Université de Grenoble, 2010, n° 16.

somme, cette seconde limite correspond au dicton populaire « qui trop embrasse, mal étreint » (**B.**).

A. Le contrat, un outil limité par la présence de deux volontés

74. Comme l'indique l'idée d'accord ou de rencontre des volontés, le contrat ne peut pas se faire seul. Or, c'est là une difficulté en droit médical où certaines relations interviennent en présence du seul consentement du médecin. D'où des difficultés pour adopter une analyse contractuelle unitaire de cette relation (**1.**). En outre, et quoi que puisse laisser à penser l'article 1101 du code civil dans ses versions ancienne ou nouvelle [262], il est difficile de concevoir un contrat lorsque s'expriment plus de deux volontés. D'où, à nouveau, une limite de l'instrument contractuel (**2.**).

1. Le contrat, un outil inapte à régir un consentement isolé

75. Si la relation médicale est le plus souvent le fruit d'un consentement exprimé de part et d'autre, il arrive néanmoins que le médecin soit le seul à décider de créer une relation médicale entre le patient et lui [263]. En présence d'une telle hypothèse, quelques auteurs n'ont pas manqué de dénoncer l'insuffisance de la qualification contractuelle de la relation médicale, puisque celle-ci ne permettait pas d'appréhender une telle relation.

76. Cette difficulté paraît bien avoir été perçue par les rédacteurs de la loi du 4 mars 2002. Ceux-ci ont en effet préféré se doter d'un outil capable d'appréhender le consentement du patient et du médecin, indépendamment de l'existence ou non d'un contrat. Ainsi, en entretien, Didier Tabuteau nous indiquait que l'avant-projet de loi qu'il avait été chargé de rédiger « s'est délibérément écarté de la qualification contractuelle » [264]. En remplacement du contrat, cet

262. « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres [...] ». Et dans la version nouvelle : « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes [...] ».

263. Ceci survient dans deux hypothèses : soit lorsque le patient est inconscient (art. L. 1111-4 CSP), soit lorsque le patient est conscient mais est soumis à un régime d'hospitalisation complète pour se voir donner des soins psychiatriques sans son consentement (L. 3211-2-1, I, 1° CSP). Précisons ici que nous distinguons très nettement ces hypothèses de celles des prétendus « soins obligatoires », catégorie au sein de laquelle les auteurs placent l'injonction thérapeutique, les vaccinations obligatoires, les soins psychiatriques « ordonnés » en application d'un programme de soin et les actes médicaux réalisés dans le cadre d'une relation de travail (médecine de travail et médecin militaire). Si ces soins sont obligatoires, en ce sens que l'individu qui ne s'y soumet pas encourt une sanction, ils n'en sont pas moins volontaires puisque la personne n'est pas forcée — physiquement — à les recevoir. *Contra* J. Savatier, *Étude juridique de la profession libérale*, thèse de doct., 1947, LGDJ, p. 201-219 ; J. Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, sous la dir. de A. Tunc, thèse de doct., Université Paris I, 1972, n° 25 ; M. Girer, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : Essai de remise en cause du contrat médical*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., 2008, LEH, n° 232 ; H. Pronost, *Volonté et acte médical*, sous la dir. de B. Beignier, thèse de doct., Université Toulouse I, 2009, n° 574 ; A. Catherine, *Pouvoir du médecin et droits du patient : L'évolution de la relation médicale*, sous la dir. de M.-J. Redor-Fichot, thèse de doct., Université de Caen Basse-Normandie, 2011, p. 152 s. A.-Ch. Berthet, *L'acte médical imposé*, sous la dir. de D. Viriot-Barrial, thèse de doct., Université d'Aix-Marseille, 2012, n°s 163 et 630.

264. Cf. Annexe 2.

auteur a utilisé la notion de « décision », sans être par la suite contredit par le législateur dont l'étude des travaux parlementaires permet de dire qu'il ne s'est pas véritablement interrogé sur la qualification de la relation médicale.

Cette notion de « décision » présente un intérêt considérable par rapport à celle de contrat. En effet, elle est en mesure de désigner à la fois la décision d'une seule personne et celle d'une pluralité de personnes [265]. Ce concept, auquel d'importants travaux ont été consacrés tant en droit public qu'en droit privé [266], permet en effet de rattacher la production de normes à un ou plusieurs auteurs. Il est à cet égard le décalque de l'acte juridique administratif — qui ne pouvait cependant pas être appliqué ici, puisque le patient n'est pas une personne publique —, lequel permet aussi d'attribuer la création de normes à un ou plusieurs auteurs [267]. Appliquée à la relation médicale, cette notion de « décision » s'avère très intéressante [268] car elle permet une approche unifiée de cette relation, que le patient ait ou non pu consentir, ou que la formation de cette relation ait nécessité ou non plus de deux consentements, telle par exemple l'hypothèse d'une décision prise collégialement tant du côté du soigné, assisté par ses représentants ou ses conseils, que du côté des soignants, délibérant parfois entre eux de la décision à prendre [269]. Ce qui nous amène alors à une deuxième limite du contrat : sa difficulté à régir les relations où interviennent plus de deux consentements.

2. Le contrat, un outil inapte à régir une relation où interviennent plus de deux consentements

77. Même si la définition du contrat pourrait théoriquement permettre d'appréhender les processus décisionnels combinant plus de deux volontés, force est de constater que les acteurs du droit y sont souvent réticents, ce qui explique en partie le développement de concepts concurrents au contrat, tel que celui d'acte collectif [270]. Le phénomène s'observe également lorsque les consentements étudiés sont trop différents pour que les auteurs acceptent de les

265. Ceci est manifeste à la lecture de l'article L. 1114-1 CSP, dont l'alinéa 1er paraît se référer à une décision mutuelle du patient et du médecin, alors que l'alinéa 2 paraît désigner une décision individuelle.

266. Pour le droit public D. Truchet, « La décision médicale et le droit », *AJDA,* 1995 ; « La décision », Jurisdoctoria, 2011, 7, sous la dir. de N. Foulquier ; B. Defoort, *La décision administrative*, sous la dir. de B. Seiller, thèse de doct., 2015, LGDJ et Lextenso éditions ; pour le droit privé P. Lokiec, « La décision médicale », *RTD civ.,* 2004 ; P. Véron, *La décision médicale*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., Université de Montpellier, 2015.

267. Sur l'acte juridique administratif à plusieurs auteurs, cf. not. Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983 ; É. Gigon et L. Sponchiado, « Recherches sur les actes juridiques unilatéraux à plusieurs auteurs », *Jurisdoctoria,* 2011, vol. 7.

268. Cette affirmation n'implique pas cependant que nous nous rallions aux auteurs soutenant que la décision serait le meilleur moyen de qualifier la relation médicale (not. D. Truchet, « La décision médicale et le droit », *AJDA,* 1995 ; P. Lokiec, « La décision médicale », *RTD civ.,* 2004 ; P. Véron, *La décision médicale*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., Université de Montpellier, 2015). Tout comme celle de contrat, la notion de décision présente cet inconvénient de fusionner deux choses qui gagneraient à être distinguées : la procédure de création d'une norme et la norme elle-même. Sur cette fusion critiquable, cf. *infra* nos 83 s. et 190 s.

269. Sur ces différentes modalités de la décision médicale, cf. art. L. 11114 CSP.

270. G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, sous la dir. de G. Marty, thèse de doct., Université de Toulouse, 1961, LGDJ.

rassembler dans un seul et même contrat. Dans une telle situation, les auteurs sont alors souvent conduits à se concentrer sur deux de ces consentements, lesquels sont réputés former un contrat, et à écarter les autres qui ne peuvent dès lors plus être appréhendés au moyen du contrat. En droit médical, cette limite du contrat se manifeste de deux façons. D'abord, dans la critique que les auteurs adressent au contrat médical, lorsqu'ils lui reprochent d'effacer l'« assentiment » que le malade doit donner à chaque acte médical qui lui est proposé (**a.**). Ensuite, dans le refus du juge judiciaire d'apercevoir un contrat dans les relations entre le patient et le médecin salarié qui le soigne (**b.**).

a. Les difficultés d'appréhension suscitées par la pluralité des consentements du soigné

78. À partir des années 1950, les acteurs de la science du droit s'intéressant à la relation médicale vont avancer une distinction, à présent devenue classique, entre le consentement et l'assentiment [271].

Par la suite, lorsque la critique de la qualification contractuelle va commencer à se développer, des auteurs vont soutenir que la présence de cet assentiment révèlerait la faiblesse de la qualification contractuelle de la relation médicale. En effet, à leurs yeux, le contrat étant formé par la rencontre des deux volontés, le professionnel de santé devrait être en mesure de soigner le patient sans qu'un nouveau consentement (l'assentiment) ne soit nécessaire. L'exigence supplémentaire d'un tel consentement témoignerait dès lors de la faillite du modèle contractuel [272].

79. L'argument n'est pas dépourvu de pertinence tant le concept de contrat paraît en difficulté pour appréhender les consentements qui y prennent place. Quelques solutions ont néanmoins été développées par la doctrine ces dernières années pour tenter de régler cette difficulté, tels que le contrat-cadre [273], consacré par le code civil à venir [274], ou encore les

271. L'idée est pour la première fois avancée par Roger Nerson, dans son commentaire d'une décision de la Cour de cassation qui, pour éviter semble-t-il une répétition peu esthétique, avait employé tantôt le mot de consentement, tantôt celui d'assentiment (Cass., Civ., 29 mai 1951, *S.*, 1953, 1, p. 41 : *S.,* 1953, 1, p. 41, note R. Nerson). Cette variation stylistique, érigée par Roger Nerson en véritable distinction conceptuelle, sera reprise par la suite par cet auteur (R. Nerson, « Le respect par le médecin de la volonté du malade » *in Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 878) et de nombreux autres (not. S. Prieur, *La disposition par l'individu de son corps*, sous la dir. de É. Loquin, thèse de doct., Université de Dijon, 1999, LEH, n° 246 ; M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat : Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, sous la dir. de J. Ghestin, thèse de doct., 2004, LGDJ, n° 499).

On peut néanmoins émettre quelques doutes sur la pertinence de cette distinction. Cherchant à préciser la notion de consentement, B. Oppetit écrivait par exemple : « on entend par consentement non pas un concours, au sens du système consensualiste, mais une adhésion ou un **assentiment**, ce qui n'est pas pareil » (B. Oppetit, « Le consentement sans l'échange : le concours des consentements », *RJ. com.,* nov. 1995, 11, p. 73).

272. Not. L. Guignard, « Les ambiguïtés du consentement à l'acte médical en droit civil », *RRJ,* 2000 ; M. Girer, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : Essai de remise en cause du contrat médical*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., 2008, LEH, n°s 294 s.

273. Not. J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, sous la dir. de M. Béhar-Touchais, thèse de doct., 1996, LGDJ.

274. Art. 1111 nouv. c. civ. : « 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 ».

prérogatives contractuelles [275], non consacrées quant à elles par la réforme. Il n'est pas certain cependant que ces outils permettent de conserver raisonnablement le prisme du contrat pour appréhender la relation médicale.

Concernant tout d'abord le contrat-cadre, qu'au moins une autrice a pu envisager d'appliquer à la relation médicale [276], il semble qu'il y aurait quelqu'artifice à recourir en l'espèce à cet instrument. S'il y aurait bien en effet plusieurs consentements du patient, un général (en amont de la relation) et un spécial (en amont de chaque acte médical), le médecin paraît bien ne consentir qu'une seule et unique fois, au début de la relation médicale [277]. Dès lors que le professionnel de santé a accepté de soigner le malade, il n'a plus à exprimer à nouveau son consentement. Par conséquent, même si parfois les professionnels de santé ont l'impression, eux aussi, de consentir à nouveau et de conclure des « mini-contrats » à l'intérieur de grands contrats ou des « contrats adjuvants » s'ajoutant à un « contrat de base » [278], ce consentement n'ajoute rien de plus aux obligations du médecin et il paraît difficile d'y voir un véritable consentement contractuel [279].

Quant au recours aux prérogatives contractuelles, dont l'exercice a été analysé en dernier lieu comme procédant d'un acte juridique unilatéral [280], il n'est guère compatible avec l'analyse contractuelle car une telle proposition implique alors de recourir au concept d'acte juridique. D'ailleurs, il doit être remarqué que les quelques auteurs qui ont proposé ces dernières années d'analyser l'assentiment en dehors du contrat, à l'image de ce qu'aurait fait un civiliste *via* le concept de prérogative contractuelle, ont recouru au concept d'acte juridique [281]. Où l'on aperçoit alors nettement la faiblesse du contrat, incapable d'appréhender correctement les nombreux actes juridiques qui le composent [282].

275. Not. S. Valory, *La potestativité dans les relations contractuelles*, sous la dir. de J. Mestre, thèse de doct., Université d'Aix-Marseille, 1999, PUAM ; J. Rochfeld, « Les droits potestatifs accordés par le contrat : Le contrat au début du XXIe siècle » *in Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001.

276. S. Dumas-Lavenac, *L'acte sur le corps dans l'intérêt médical d'autrui*, sous la dir. de B. Feuillet, thèse de doct., Université de Rennes 1, 2012, n° 312.

277. Rappr. M. Girer, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : Essai de remise en cause du contrat médical*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., 2008, LEH, nos 299 ; I. Alquier, *Le statut du patient en établissement de santé privé*, sous la dir. de L. Dubouis, thèse de doct., Université Paul Cézanne-Aix-Marseille III, 2011, p. 259.

278. D. Launat, « Alcoolisme : le contrat et la cure » *in Le contrat en sciences humaines dans les pratiques sociales et de santé*, Annales des cliniques psychologiques, Presses universitaires de Rennes 2, 1988, p. 94.

279. Rappr., à propos du consentement du bénéficiaire d'une promesse unilatérale ou d'un cautionnement, *infra* n° 410.

280. M. Jaouen, *La sanction prononcée par les parties au contrat : Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, sous la dir. de D. Mazeaud, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2013, Économica, n° 11.

281. A. Batteur, « Le consentement sur le corps en matière médicale » *in La libre disposition de son corps*, sous la dir. de J.-M. Larralde, t. 88, Bruylant et Nemesis, 2009, nos 13-15 ; A. Issa, *La responsabilité médicale en droit public libanais et français*, sous la dir. de M.-R. Tercinet et F. Farhat, thèse de doct., 2012, p. 159 ; rappr. A. Fahmy Abdou, *Le consentement de la victime*, sous la dir. de R. Vouin, thèse de doct., Université de Dijon, 1971, LGDJ, nos 41 et 43 ; S. Prieur, *La disposition par l'individu de son corps*, sous la dir. de É. Loquin, thèse de doct., Université de Dijon, 1999, LEH, n° 246.

282. Rappr., plus généralement R. Encinas de Muñagorri, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, sous la dir. de A. Lyon-Caen, thèse de doct., Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 1995, LGDJ.

b. Les difficultés d'appréhension suscitées par la pluralité des consentements du soignant

80. Exposé des difficultés. *Les données du problème*. Compte tenu de la complexité de la maladie, il est fréquent que la relation médicale nécessite, du côté du soignant, l'intervention de plusieurs personnes, telles que la structure dotée de la personnalité morale dans laquelle l'acte est réalisé, le professionnel de santé prenant la responsabilité de l'acte, le professionnel de santé réalisant l'acte médical, les auxiliaires médicaux l'y aidant, l'anesthésiste endormant le patient, etc. En présence d'une telle pluralité d'acteurs de la relation médicale, la question s'est posée en jurisprudence de déterminer quelles étaient les parties à la relation médicale. Faut-il reconnaître l'existence d'un contrat entre le patient et chacun de ces professionnels de santé ou bien faut-il choisir, mais alors comment ? Derrière cette question théorique, c'est la question de la responsabilité que se posaient les juges. Aux yeux de ces derniers, désigner le contractant c'était désigner le responsable [283].

Face à ce problème, la jurisprudence a semble-t-il eu tendance à raisonner à partir de l'alternative suivante [284] :

— Soit considérer qu'il y a autant de contrats que de professionnels intervenant et alors, *a priori*, chaque professionnel ne doit être responsable que des obligations découlant de son propre contrat et non de celles découlant d'un autre contrat [285]. Par conséquent, dans ce schéma, le patient doit prouver la pluralité des fautes et surtout être en mesure d'identifier leur auteur, ce qui ne n'est pas aisé au regard de la complexité de la technique médicale. À défaut d'une telle preuve, le patient ne pourra pas être pleinement indemnisé.

— Soit considérer qu'il n'y a qu'un seul contrat entre le patient et l'un des professionnels de santé, lequel répond pour tous les autres des fautes qui pourraient advenir. Dans ce schéma, pour être pleinement indemnisé, le patient n'aura qu'à apporter la preuve d'une faute, sans avoir en outre à l'imputer à un membre de l'équipe médicale en particulier.

283. L'analyse pourrait être critiquée, en montant que la désignation du responsable n'est pas une question relevant du contrat, mais une question relevant du droit de la responsabilité, lequel peut y répondre au moyen du concept d'imputation. Sur ce concept, cf. F. Leduc, « Causalité civile et imputation », *RLDC,* 2007, vol. 40 - Supplément, n° 7 ; V. Wester-Ouisse, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : fusion des régimes à l'heure internationale », *RTD Civ.,* 2010, n° 27 ; J.-S. Borghetti, « La perte de chance : rapport introductif », *LPA,* 31 oct. 2013, 218 ; J.-S. Borghetti, « Peut-on se passer de la causalité en droit de la responsabilité » *in Quel avenir pour la responsabilité civile*, Dalloz, 2015.

284. En ce sens M. Girer, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : Essai de remise en cause du contrat médical*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., 2008, LEH, p. 227-229. Outre ces deux hypothèses auxquelles les juges ont songé, l'on aurait aussi pu proposer d'apercevoir, du côté des professionnels de santé, une partie plurale au contrat de soin et ainsi appréhender ces derniers au moyen du concept d'acte conjonctif (sur lequel cf. R. Cabrillac, *L'acte juridique conjonctif*, sous la dir. de P. Catala, thèse de doct., Université Montpellier I, 1990, LGDJ, spé. p. 52 s.). Ceci aurait alors permis d'engager la responsabilité solidaire des personnes comprises dans cette partie plurale.

285. On pourrait néanmoins concevoir des règles d'imputation de la responsabilité qui conduiraient à ouvrir au patient un recours contre les autres médecins. Sur l'imputation, cf. *supra* note n° 283.

81. ***Les solutions jurisprudentielles.*** Sans entrer dans le détail des solutions jurisprudentielles — complexes et évolutives — apportées à ces questions et largement étudiées en doctrine [286], il y a lieu simplement de retenir que la Cour de cassation a eu tendance à opter ces dernières années pour la seconde solution, de manière à simplifier l'indemnisation des victimes [287]. Ce faisant, les juges ont nié la qualification contractuelle des relations nouées entre le patient et certains des professionnels de santé le soignant.

Ainsi, pour les médecins exerçant dans des établissements privés, si la jurisprudence a pendant un temps admis la pluralité des contrats [288] — un contrat de soin avec le médecin et un contrat d'hospitalisation avec l'établissement de santé —, elle a néanmoins abandonné cette solution pour les médecins salariés. En effet, en 1991 [289], la Cour de cassation a considéré que le médecin salarié n'était lié à son patient par aucun contrat, de sorte qu'il n'était pas le débiteur de l'obligation de soins. Seul son commettant l'était.

De même, pour les équipes médicales, la jurisprudence a également eu tendance à considérer que seul l'un des professionnels de santé était lié au malade par un contrat : le chef d'équipe [290]. Les autres professionnels de santé sont considérés comme intervenant à la demande de ce professionnel de santé et aucunement liés au malade par un contrat [291]. Cette qualification de tiers emporte évidemment des conséquences quant à la nature de la responsabilité du professionnel de santé non lié au patient par un contrat [292]. Elle implique également que ces professionnels de santé, tiers à la relation médicale, ne pourront pas exiger du patient un quelconque paiement [293].

82. Analyse de ces difficultés. Ce rejet de l'analyse contractuelle est intéressant lorsqu'on prend conscience que, en l'espèce, la qualification contractuelle aurait pu être retenue et que, si elle ne l'a pas été, c'est, semble-t-il, parce que les magistrats ont été gênés par la pluralité des professionnels de santé intervenant sur le malade. Reprenons chacun de ces deux éléments : la possibilité de retenir ici la qualification contractuelle d'une part et la gêne ressentie par les

286. M. Girer, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : Essai de remise en cause du contrat médical*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., 2008, LEH, n°s 217-230 ; B. Michel-Xiste, *Les relations juridiques entre les praticiens de santé, les cliniques privées et les patients*, sous la dir. de G. Mémeteau, thèse de doct., 2001, LEH, p. 305-355.

287. Comp. Ch. Maugüé et J.-Ph. Thiellay, *La responsabilité du service public hospitalier*, LGDJ et Lextenso éd., 2010, p. 34-35, évoquant les techniques mises en œuvre par le juge administratif pour faciliter l'indemnisation des victimes en cas de pluralité de professionnels de santé.

288. Cass., 1re civ., 14 avr. 1973, *GP*, 1973, vol. 1, somm., p. 120, rejetant une action dirigée contre une clinique au motif que le patient n'avait prouvé que la faute du praticien.

289. Cass., 1re civ., 4 juin 1991, n° 89-10.446, *Bull.*, I, n° 185, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007026816.

290. La pratique a néanmoins tendance, d'après ce qui nous en a été rapporté, à établir de plus en plus souvent également un contrat entre le patient et l'anesthésiste.

291. Cass., 1re civ., 18 oct. 1960, *Bull.*, I, n° 442, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006955888 et Cass., 1re civ., *Designolle*, 20 fév. 1979, *Bull.*, I, n° 68, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007002695.

292. Les arrêts cités à la note précédente soulignent que la responsabilité du médecin, membre d'une équipe médicale, ne peut être engagée que sur le terrain délictuel.

293. CA Montpellier, 26 mar. 1900, *D.*, 1902, 2, p. 94, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6281919d/f680.item.

magistrats en présence d'une pluralité d'intervenants d'autre part.

L'examen des situations dans lesquelles les juges judiciaires ont refusé d'apercevoir un contrat laisse apparaître que ce refus est techniquement critiquable car les critères de qualification du contrat paraissaient bien présents. En effet, dans les hypothèses où cette qualification a été rejetée, il y avait bien un accord de volontés. Tant le patient que le soignant (personne préposée ou placée sous la responsabilité d'un chef d'équipe) avaient consenti à la réalisation de l'acte médical ayant donné lieu au litige. En outre, compte tenu du contact humain qui semblait avoir eu lieu entre le patient et le médecin, il était difficile de nier qu'il y ait bien eu une *rencontre* des volontés [294]. Enfin, cet accord de volontés avait bien produit des effets de droit puisque, sans lui, le médecin n'aurait pas pu licitement soigner le malade [295]. Dès lors, rigoureusement, il aurait fallu reconnaître ici l'existence d'un contrat, indépendamment du lien existant entre le médecin soignant et d'autres professionnels de santé prenant la responsabilité de l'acte de soin [296].

Ce rejet du contrat révèle les difficultés qu'ont eu les magistrats à appréhender l'ensemble des consentements des professionnels de santé. Dans un souci de simplicité, afin d'éviter d'avoir à multiplier à nouveau les contrats existants — il existe en effet déjà en droit positif, avec sans doute quelqu'artifices [297], le contrat de soin et le contrat d'hospitalisation [298] — et d'avoir à gérer leur articulation, la jurisprudence a préféré nier la qualification contractuelle.

Si la solution retenue par les magistrats français est certes différente de celle qu'ont pu retenir certains droits étrangers, où la pluralité de contrat a été admise [299], cette solution

294. Rappr. J. Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, sous la dir. de A. Tunc, thèse de doct., Université Paris I, 1972, n° 28. Rappr., également P. Girolami, « Le contrat de soin », *RGDM,* 2003, vol. 10, p. 87-89. L'auteur y explique comment la Cour de cassation italienne, consciente du caractère artificiel de la négation du contrat dans cette hypothèse, est venue créer de toutes pièces, sur les propositions d'universitaires, une responsabilité par *contact social* qui, bien qu'étant de nature délictuelle, a été soumise au même régime que la responsabilité contractuelle.

295. C'est là un point souvent oublié par la doctrine spécialisée en droit médical, laquelle ne voit pas que le consentement du patient constitue un fait justificatif volontaire, permettant au médecin de ne pas engager sa responsabilité, malgré l'atteinte à l'intégrité du corps humain qu'il réalise.

296. Certes, l'on pourrait tenter de nier l'existence de cet accord, en s'appuyant sur l'existence d'une interdiction de contracter avec les patients pesant sur le médecin préposé. Cependant, force est de constater que, en droit privé, il n'existe aucune disposition de l'ordre juridique interdisant au patient de conclure un contrat avec chacun des professionnels de santé le soignant, y compris lorsqu'ils sont salariés. Comp. avec le patient soigné dans un établissement public de santé où l'existence d'un contrat médical entre médecin et patient paraît avoir été interdite par le Conseil d'État : CE, *Société anonyme "Les armateurs français"*, 21 fév. 1936, *Rec. Lebon*, p. 226.

297. L'artifice provient de ce que, souvent, le patient admis dans un établissement privé de santé n'exprimera qu'une seule volonté par laquelle il entendra à la fois être soigné et hospitalisé. Or, écrire, comme le font les juges, qu'il y a deux contrats, c'est suggérer que le patient a dû consentir deux fois, alors qu'en réalité il n'aura souvent consenti qu'une seule fois. Sur ce problème de la multiplication artificielle du nombre de volontés, cf. *infra* n° 195.

298. G. Mémeteau, « Contrat médical, d'hospitalisation et de soins », *RGDM,* 2007, numéro spécial ; *adde*, pour une affirmation récente en jurisprudence, TC, 7 juil. 2014, *Bull.,* Tribunal des conflits, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000029877710.

299. Ainsi, en droit néerlandais, le professionnel de santé intervenant sur le malade avec l'accord de ce dernier

paraît néanmoins cohérente avec le droit français où il n'est généralement pas considéré que le préposé soit lié avec les clients de son entreprise par un contrat. Le contrat lie le commettant et le client. Il y a là, semble-t-il, une conséquence de la difficulté à concevoir qu'un contrat puisse se nouer entre le préposé et le client, alors que ce contrat ne produit aucun effet entre eux. Où l'on aperçoit alors une autre limite du contrat : tenant à la tension qui existe parfois entre les deux aspects du contrat, son aspect procédural — la rencontre des volontés — et son aspect normatif — les effets voulus par les parties. En effet, dans l'hypothèse précitée, s'il y a bien contrat au sens procédural — le préposé et le client ont tous deux consenti —, il est plus difficile d'apercevoir le deuxième aspect du contrat, puisque les effets résultant de cette procédure ne se produisent pas entre les parties à cette procédure.

B. Le contrat, un outil limité par la confusion de sa formation et de ses effets

83. Une confusion problématique – Plan. Comme l'a si clairement montré Hans Kelsen, il faut, dans la convention, « distinguer soigneusement : 1° l'acte ou la procédure de la convention ; 2° la norme ou l'ordre conventionnel, créés par la convention en tant qu'acte ou procédure » [300].

Si cette dualité n'est pas, généralement, perçue comme problématique, l'exemple de la relation médicale permet cependant de montrer le contraire. En effet, confronté à une situation régie en très grande partie par des normes extra-contractuelles, mais qui se forme le plus souvent à la suite d'une procédure contractuelle (accord des volontés), l'opération de qualification pose problème aux juristes. Cette tension entre les deux pôles s'observe notamment dans la doctrine de droit privé, qui après avoir pendant un temps semblé favorable à la qualification contractuelle, compte tenu de la procédure de formation de cette relation, semble maintenant s'en écarter compte tenu de la nature des normes la régissant (**1.**). Le même problème se rencontre également chez les juges administratifs, en particuliers les membres du Conseil d'État, qui ne semblent pas en mesure d'appréhender simplement et de manière satisfaisante la relation médicale (**2.**).

1. Les difficultés manifestées par la qualification de la relation médicale en droit privé

84. Depuis quelques années, une partie de la doctrine de droit privé conteste la qualification contractuelle de la relation médicale et défend la thèse que cette relation serait une

est toujours lié au patient par un contrat. Si le patient souhaite initier une action en responsabilité contractuelle, lui est alors ouverte la possibilité d'agir tant contre le médecin l'ayant soigné que contre l'hôpital où ces actes médicaux ont eu lieu I. Giesen et E. Engelhard, « Medical Liability in the Netherlands » *in Medical Liability in Europe : A Comparison of Selected Jurisdictions*, sous la dir. de B. A. Koch, Walter de Gruyrer, 2011, n° 61.

300. H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique,* 1940, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k888152j/f327.image, p. 36.

« institution » [301], un « statut » [302], un « acte-condition » [303], un « fait juridique consenti » [304], voire un simple « fait » [305].

Pour ce faire, ces auteurs s'appuient notamment sur l'idée que les normes encadrant la relation de soin [306] ne seraient pas de nature contractuelle, elles seraient fondamentales (constitutionnelles ou conventionnelles), législatives, réglementaires ou encore déontologiques. Marion Girer écrit par exemple que « la manifestation de volonté [du patient] se contente de déclencher un dispositif entièrement prévu par le législateur » [307].

Ces auteurs ne manquent pas non plus de conforter leurs propos par des arrêts récents de la Cour de cassation où celle-ci, de manière au demeurant critiquable [308], a abandonné la nature contractuelle de la responsabilité médicale découlant de l'accomplissement d'un acte médical

301. H. Pronost, *Volonté et acte médical*, sous la dir. de B. Beignier, thèse de doct., Université Toulouse I, 2009, n°s 459 s.

302. M. Girer, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : Essai de remise en cause du contrat médical*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., 2008, LEH, n° 736.

303. I. Alquier, *Le statut du patient en établissement de santé privé*, sous la dir. de L. Dubouis, thèse de doct., Université Paul Cézanne-Aix-Marseille III, 2011, p. 413.

304. L. Bloch, « Objectivisme et subjectivisme dans l'acte médical » *in Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Lexisnexis et Dalloz, 2012 ; rappr. M. Girer, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : Essai de remise en cause du contrat médical*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., 2008, LEH, n° 775 ; L. Guignard, « Les ambiguïtés du consentement à l'acte médical en droit civil », *RRJ,* 2000.

305. « La décision dont il s'agit n'a rien d'un acte juridique. Elle relève bien plutôt de l'univers des faits » (P. Véron, *La décision médicale*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., Université de Montpellier, 2015, n° 40) et l'auteur d'ajouter que ce fait n'est pas juridique car, contrairement aux faits juridiques, la décision médicale n'entraîne aucun effet de droit (*ibid.* n° 41).

306. Certains auteurs consentent à conserver une légère place au contrat en le restreignant à l'organisation matérielle des soins. Cf. not. F. Dreifuss-Netter, « Feue la responsabilité civile contractuelle du médecin ? », *RCA,* oct. 2002, chron., 17 ; M. Girer, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : Essai de remise en cause du contrat médical*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., 2008, LEH, n°s 753 s.

307. M. Girer, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : Essai de remise en cause du contrat médical*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., 2008, LEH, n° 775.

308. Cette nature semble-t-il délictuelle de la responsabilité ou à tout le moins « légale » — pour reprendre l'expression employée par Fr. Dreifuss-Netter — est doublement critiquable.

En premier lieu, le but qui la motive n'est guère en adéquation avec les moyens mis en œuvre. En effet, comme l'indiquait en entretien Fr. Dreifuss-Netter, ce changement de visa résulte d'une volonté de simplification de la Cour de cassation, laquelle reprendrait la volonté de simplification du législateur qui a voulu uniformiser les règles du droit de la responsabilité. En effet, en considérant que le visa de l'article L. 1142-1 se rattache au droit de la responsabilité délictuelle, la Cour de cassation s'écarte de la qualification de la responsabilité qu'elle retient en dehors des cas d'application de l'article L. 1142-1 et pour lesquels la responsabilité est encore contractuelle. En effet, ce texte ne s'applique pas et se trouve, à l'heure actuelle du moins, remplacé par l'article 1147 dans quatre cas : 1° pour les actes médicaux accomplis avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 ; 2° pour les actes du professionnel de santé qui ne relèvent pas des actes mentionnés par ce texte, à savoir notamment le contentieux relatif aux produits de santé ou aux certificats médicaux ; 3° pour les actes médicaux réalisés par des professionnels de santé autres que ceux du livre IV, lesquels sont seuls mentionnés par l'art. L. 1142-1 et 4° pour les actes qui ne poursuivent pas une des finalités mentionnées par ce texte, en particulier les actes à finalité esthétique.

En second lieu, cette qualification délictuelle est critiquable compte tenu de son incohérence. En effet, l'on ne comprend pas pourquoi dans les quatre cas précités l'obligation de soin est de nature contractuelle — puisque sanctionnée par une responsabilité du même nom. L'on peine à voir comment la date d'entrée en vigueur d'une loi, la nature de l'acte réalisé, la nature du professionnel de santé le réalisant ou encore la finalité de cet acte, ont une conséquence sur le rattachement de l'obligation de soin au contrat ou à la loi. En quoi ces quatre critères ont-ils une influence sur l'origine contractuel, et donc volontaire, de l'obligation de soin ? C'est un mystère.

fautif, pour lui préférer, semble-t-il, celle de responsabilité délictuelle[309].

Indépendamment du caractère très discutable de cette critique doctrinale de la nature de la responsabilité médicale[310], ces propos sont révélateurs de la difficulté de ces auteurs à admettre qu'une rencontre des volontés puisse recevoir cette qualification, dès lors que les effets qu'elle produit sont, avant tout, réglés par des normes ne provenant pas du contrat. Envisageant au moyen d'un concept unique (le contrat ou le statut) à la fois la procédure de formation de ces effets et ces effets eux-mêmes, ces auteurs éprouvent d'importantes difficultés à maintenir la

309. Cass., 1re civ., 28 juin 2012, n° 11-19.265, *Bull,* I, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000026094260, où sont visés côte à côté les articles L. 1142-1 CSP et 1382 c. civ. Jusqu'à cet arrêt le doute était permis quant à la nature de l'article L. 1142-1 : texte spécial relevant de la responsabilité contractuelle ou texte spécial relevant de la responsabilité délictuelle. En visant côte à côte ce premier texte et l'article 1382, la Cour de cassation semble dissiper cette ambiguïté. Le titrage de l'arrêt, établi à partir des informations données par le rapporteur Fr. Dreifuss-Netter, paraît confirmer ce point puisqu'il mentionne l'expression « responsabilité délictuelle », alors qu'auparavant les titreurs indiquaient parfois l'expression « responsabilité contractuelle », même pour des arrêts concernant des faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 (cf. Cass., 1re civ., 28 jan. 2010, n° 09-10.992, *Bull.*, I, n° 20, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000021768493 ; Cass., 1re civ., 11 mar. 2010, n° 09-11.270, *Bull.*, I, n° 63, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000021967605 ; Cass., 1re civ., 14 oct. 2010, n° 09-69.195, *Bull.,* I, n° 200, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000022921702 ; Cass., 1re civ., 7 juil. 2011, n° 10-19.766, *Bull.*, I, n° 146, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000024331507). Bien que ce titrage soit longtemps resté isolé, il a été reproduit en 2015, dans un arrêt (Cass., 1re civ., 15 jan. 2015, n° 13-21.180, *Bull.,* I, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030114056) titré quelques mois après notre entretien avec Dorothée Dibie responsable du titrage des arrêts relatifs à la responsabilité médicale, — entretien au cours duquel nous l'avions alertée sur la présence étonnante du mot-clef « responsabilité contractuelle » dans le titrage de quelques arrêts où s'appliquait l'article L. 1142-1 du CSP. En effet, dans cet arrêt de 2015, où seul l'article L. 1142-1 CSP est visé, le titrage comporte l'indication « responsabilité délictuelle ». D'où l'impression que la Cour de cassation aurait désormais adopter une qualification extra-contractuelle.

Lors de la soutenance Fr. Dreifuss-Netter a contesté cette analyse en soulignant que (nous citons ici le rapport de soutenance) « d'une part, le visa de l'article 1382 est celui auquel la Première chambre civile recourt chaque fois qu'il est question de préjudice (ce qui était le cas dans les deux arrêts cités), et que, d'autre part, le titrage des arrêts est le fait du Service de documentation et n'a donc aucune portée ».

310. L'analyse est discutable car elle conduit à attribuer à l'obligation de soin un caractère non contractuel. Or, il est difficile de nier, surtout depuis la loi du 4 mars 2002, que le patient a bien son mot à dire dans la création même de l'obligation de soin qui n'est pas entièrement réglementée par les textes, comme cela est souvent soutenu. Il peut en effet se nouer une négociation entre le patient et le professionnel de santé sur le type de traitement, sa durée, son intensité, etc. Cette négociation est même semble-t-il une garantie de la réussite des soins donnés (L. Villerbu, *Le contrat en sciences humaines dans les pratiques sociales et de santé*, Annales des cliniques psychologiques, Presses universitaires de Rennes 2, 1988, p. 198). En effet, la relation médicale est avant tout une relation de type coopérative, où « médecins et patients communiquent, échangent des informations et délibèrent ensemble sur les conduites thérapeutiques à tenir » (A. Jaunait, *Comment pense l'institution médicale ? : Une analyse des codes francais de déontologie médicale*, sous la dir. de M. Sadoun, thèse de doct., Institut d'étude politique de Paris, 2005, Dalloz, p. 293). En outre, même lorsqu'il existe des normes encadrant le type de soins à soutenir, celles-ci ne sont pas toujours reconnues comme telles par l'ordre juridique ou, quand elles le sont, peuvent n'être que supplétives et non impératives. Ainsi, il n'est pas rigoureusement interdit à un médecin de prescrire un médicament pour indication non prévue par l'autorisation de mise sur le marché (cf. CE, *Société Sanofi Pharma Bristol-Myers Squibb*, 31 déc. 2008, n° 286279, *Rec. Lebon,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000020868239 ; A.-C. Maillols-Perroy, « 10.2 Responsabilité et prescription hors AMM » *in Le grandes décisions du droit médical*, sous la dir. de F. Vialla, 2e éd., LGDJ, 2014). La plupart des traitements en néo-natologie sont par exemple faits hors autorisation de mise sur le marché, compte tenu, outre les problèmes éthiques de consentement personnel aux soins, de la difficulté de mener des études sur des cohortes significatives de patients si jeunes.

qualification contractuelle lorsque la qualification des effets est assez largement opposée à la qualification de la procédure.

85. À leur décharge, cependant, ces auteurs peuvent difficilement agir différemment au regard de l'ambivalence du contrat. En effet, dire qu'il y a dans la relation médicale un contrat donnant naissance à un statut aurait été sans doute perçu comme une aberration juridique, compte tenu de l'opposition traditionnelle du contrat et du statut. En outre, cela aurait impliqué de séparer les deux aspects du contrat — la procédure et l'effet —, à rebours d'une opinion majoritaire. Dès lors, ces auteurs ont préféré tout simplement abandonner la qualification contractuelle, en gommant pour cela l'accord des volontés à la relation de soin, tout en plaçant dans un contrat à part les rares effets indiscutablement contractuels (organisation matérielle de la prestation de soin : tarif, lieux, etc.). [311].

Si cette proposition doctrinale permet de mettre un terme à la tension qui résultait de l'affirmation du caractère contractuel d'une relation qui paraissait totalement régie par des normes extra-contractuelles, elle entraîne toutefois une autre source d'insatisfaction théorique. En effet, cette analyse conduit à créer deux relations, une relation statutaire et une relation contractuelle, alors que, manifestement, il n'y en a qu'une seule. Cette dissociation est problématique en ce qu'elle supprime le lien qu'il peut y avoir entre les normes présentes dans chacune de ces relations. Par exemple, cette analyse tend à masquer l'interdépendance entre l'obligation de soin, rattachée à la relation statutaire, et l'obligation de paiement des actes, rattachée à la relation contractuelle. Où l'on voit finalement que dans une conception ambivalente du contrat il ne semble pas y avoir d'approche théoriquement satisfaisante de la relation médicale.

Pour l'instant cette proposition doctrinale n'a eu qu'un écho limité à la Cour de cassation [312]. En effet, bien que cette juridiction considère, en droit commun de la relation médicale, que la responsabilité médicale est de nature extra-contractuelle, elle n'en continue pas moins, dans ses arrêts, à appréhender la relation médicale au moyen d'un contrat [313]. Frédérique Dreifuss-Netter, conseillère à la Cour de cassation et, jusqu'à il y a peu, principale rapporteure à la première chambre civile pour les arrêts de droit de la responsabilité médicale, reconnaissait

311. M. Girer, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : Essai de remise en cause du contrat médical*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., 2008, LEH, not. n°s 753-755.

312. Comp. l'analyse retenue par le Conseil d'État évoquée *infra* n° 97.

313. Les arrêts rendus postérieurement à la loi du 4 mars 2002 et rappelant la qualification contractuelle de la relation médicale pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de cette loi sont légion. Ils sont en revanche plus rares à le faire pour des faits postérieurs : Cass., 1re civ., 13 nov. 2008, n° 07-15.049, *Bull.,* I, n° 255, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000019772269, Cf. néanmoins. *Adde* CA Poitiers, 3e chambre civile, 30 août 2011, n° 10/00409 ; CA Versailles, 3e chambre, 19 jan. 2012, n° 10/05701 ; CA Douai, 3e chambre, 8 mar. 2012, n° 10/05520 ; CA Toulouse, 3e chambre, 26 mar. 2012, n° 10/06861 ; CA Orléans, 10 avr. 2012, n° 11/00688 ; CA Riom, 11/02370, 29 août 2012, n° 11/02370 ; CA Montpellier, 1re chambre, 15 jan. 2013, n° 11/05006 et CA Nîmes, 1re civ., 21 mar. 2013, n° 11/04749, arrêts tous disponibles sur Lamyline.

Peuvent également être mentionnés des arrêts de la Cour de cassation retenant la qualification contractuelle pour des contrats de séjour dans des établissements privés médico-sociaux : Cass., 2e civ., *Association Clair-Soleil*, 12 mai 2005, n° 03-17.994, *Bull.*, II, n° 121 ; Cass., 1re civ., 15 déc. 2011, n° 10-25.740, *Bull.,* I, n° 220, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000024987618.

également en entretien qu'« [i]l y a un aspect contractuel dans la relation médicale » [314]. Où l'on voit que pour l'instant la Cour privilégie l'aspect procédural du contrat — l'accord des volontés — et refuse d'entendre les auteurs l'incitant à faire dépendre sa qualification des normes régissant cette relation. À cet égard, la position de la Cour de cassation diffère de celle du Conseil d'État qui, depuis plusieurs décennies, rejette la qualification contractuelle, ce qui n'est pas sans créer de difficultés, comme nous allons le voir.

2. Les difficultés manifestées par la qualification de la relation médicale en droit public

86. Plan. L'appréhension de la qualification de la relation médicale par le Conseil d'État, au demeurant tardive [315], est particulièrement intéressante car elle révèle une certaine évolution de celui-ci, évolution liée en grande partie aux difficultés posées par l'ambivalence du contrat. Examinons tour à tour les trois moments de cette évolution.

314. *Infra* Annexe 3. Cette magistrate n'en reconnaissait pas moins que la responsabilité médicale n'était pas de nature contractuelle.

315. Ce n'est qu'à partir de la fin du XXe siècle, à partir de ce qu'on a pu appeler la « municipalisation » du service public (S. Garceries, *L'élaboration juridique d'une notion juridique de service public industriel et commercial : Retour sur un instrument de la mise en œuvre d'une séparation du « politique »et de l'« éconoique »en droit administratif français*, sous la dir. de P. Chrétien, thèse de doct., Université de Cergy-Pontoise, 2010, p. 312 s.), que le Conseil d'État a commencé à s'intéresser au contentieux en responsabilité susceptible de prendre place au sein des personnes publiques autres que l'état et donc notamment au contentieux lié aux hôpitaux et hospices. Dans un premier temps, il a commencé par affirmer sa compétence pour le contentieux des malades payants (CE, *Société l'Abeille*, 17 mar. 1905, *Rec. Lebon*, p. 272 ; CE, *Hospices de Fontenay-le-Comte*, 7 août 1909, *Rec. Lebon*, p. 829 ; comp. antérieurement CE, *Hospice de Valence*, 17 avr. 1822, *Rec. Lebon*, p. 325 ; CE, *Hospice de Paris*, 22 juin 1854, *Rec. Lebon*, p. 593, qui eux-mêmes reviraient sur des décisions des consuls de la République ou du Conseil d'État (arrêté des consuls de la République, 9 ventôse an X : *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du Conseil-d'État*, tome 13, p. 291 ; CE, 27 messidor an XI, *Trémont* : *Rec. Roche et Lebon*, 1, p. 23 ; CE, décret, 22 janv. 1808, *Holley de Ronville*, *S.* 1808, III, 332 et CE, ord., 8 janv. 1817, *S*, 1817, III, p. 224.). Pour retenir sa compétence, le Conseil d'État s'est alors appuyé sur la distinction — largement oubliée depuis par la doctrine publiciste contemporaine — entre les services publics obligatoires pour les communes et ceux seulement facultatifs (sur cette distinction cf. TC, 28 jan. 1899, *S.*, 1901, 3, p. 83 ; TC, *Casadevant*, 11 mai 1901, *S.*,1901, 3, p. 113 ; M. Hauriou, *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits publiées au recueil Sirey de 1892 à 1928*, Librairie du Recueil Sirey, 1929, p. 463). Cependant, modifiant par la suite le critère de sa compétence et s'intéressant non plus au caractère obligatoire ou facultatif du service de santé pour la commune, mais au but du service (CE, *Thérond*, 4 mar. 1910, *Rec. Lebon*, p. 193 et, proposant déjà cela, concl. J. Romieu sous CE, *Terrier*, 6 fév. 1903, *Rec. Lebon*, p. 94), le Conseil d'État va militer, au sein du tribunal des conflits, pour un réaménagement des critères, ce qui conduira aux arrêts TC, *Colonie de la Côte d'Ivoire c/ Société commerciale de l'Ouest africain*, 22 jan. 1921, *Rec. Lebon,* (seul l'un des arrêts est publié). À partir de là, le Conseil d'État sera compétent pour l'ensemble des relations médicales en secteur public, puisque celles-ci seront qualifiées comme relevant d'un service public administratif : CE, *Sieur Deveaux*, 8 jan. 1931, *Rec. Lebon*, p. 5 ; CE, *Sieur Véra*, 5 nov. 1931, *Rec. Lebon*, p. 953. Sur cette question de la compétence, *adde* M. Langlais, *Médecine de secteur public et compétence juridictionnelle : Étude des problèmes de compétence contentieuse en matière de responsabilité des services publics médicaux à l'égard de leurs usagers*, sous la dir. de F.-P. Bénoit, thèse de doct., Rennes, 1966.

a. 1905-1936 : Une jurisprudence favorable à la qualification contractuelle

87. Des décisions recourant à un vocabulaire contractuel. Au début de son appréhension de la relation médicale, le Conseil d'État paraît reprendre la qualification de son homologue judiciaire qu'il est en train de priver d'une partie de sa compétence. Les premières décisions rendues par les juridictions administratives au début du XXe siècle ne révèlent pas une hostilité à l'analyse contractuelle de la relation médicale. En effet, le Conseil d'État mentionne à plusieurs reprises l'existence d'une « convention » [316] ou d'un « engagement » [317]. De même, une décision d'un Conseil de préfecture, ancêtre des tribunaux administratifs, souligne en 1936 que les « administrations publiques, et notamment l'administration hospitalière, doivent être considérées comment contractant vis-à-vis des administrés, une véritable obligation d'assurer la marche normale de leurs services, à raison des risques redoutables que comporte le traitement médical dans les hôpitaux » [318].

88. L'interprétation de ces décisions. Dans les deux premiers arrêts cependant, ces qualifications sont retenues pour désigner les rapports entre l'établissement de santé (qui s'appelait alors hôpital ou hospice) et les personnes s'étant engagées à prendre en charge les frais liés aux soins du patient, de sorte qu'il n'est pas certain que le Conseil d'État aurait retenu la même qualification pour des relations directement nouées entre le patient et l'hôpital ou hospice. En outre, dans ces arrêts, il doit être observé que le Conseil d'État fait preuve d'une certaine distance avec les objets qualifiés de convention ou d'engagement. En effet, soit il se refuse à les examiner [319], soit il ne tire aucune conséquence juridique de cette qualification [320]. Quant à la troisième décision rendue, si elle utilise bien un vocabulaire contractuel (« contractant », « obligation »), le rattachement de la relation médicale au contrat n'est cependant pas particulièrement net.

Malgré ces éléments invitant à la prudence, il est permis de penser que les membres du Conseil d'État, et plus largement des juridictions administratives, n'éprouvaient pas à l'époque de difficultés à recourir à la qualification contractuelle pour appréhender la relation médicale, dans la mesure où ils utilisaient alors fréquemment la qualification contractuelle à propos des

316. CE, *Société l'Abeille*, 17 mar. 1905, *Rec. Lebon*, p. 272 et CE, *Commune de Fargniers*, 10 fév. 1913, *Rec. Lebon*, p. 13.
317. CE, *Commune de Montlevon*, 12 juil. 1932, *Rec. Lebon*, p. 702. Le terme engagement est néanmoins plus ambigüe que celui de convention, puisque l'engagement peut être bilatéral ou unilatéral.
318. C. préf. Marseille, 18 déc. 1936, *GP*, 1937, 1, p. 395.
319. Dans les deux arrêts de 1905 et 1913, si le Conseil d'État évoque bien l'existence d'une convention entre l'hôpital et des personnes s'étant engagées à payer les soins du patient, il indique aussitôt qu'il n'est pas compétent pour faire application de cette convention qui relève de la compétence des « tribunaux civils ».
320. Dans l'arrêt de 1932, une commune contestait la décision de la commission cantonale d'assistance prononçant l'admission d'une malade à l'assistance médicale gratuite. Au soutien de son argumentation, la commune se prévalait de l'existence d'un document, signé par un proche du malade, dans lequel le signataire s'engageait à s'acquitter envers l'hôpital des frais de séjour. Selon la commune, cet engagement de payer prouvait que la malade n'était pas indigente et qu'elle n'avait donc pas à prendre en charge ses frais en application de la loi de 1893. Le Conseil d'État rejette cet argument en relevant notamment que cet engagement était indifférent à l'état d'indigence de la malade.

relations entre les usagers et le gestionnaire d'un service public, tant comme acteurs du droit [321], que comme acteurs de la science du droit [322]. Certes, de tels propos étaient alors fortement condamnés par la doctrine de droit public qui, depuis la fin du XIXe siècle — en particulier sous l'influence de Maurice Hauriou et Léon Duguit —, militait pour une approche plus restrictive du contrat, y compris dans les relations entre les usagers et les personnes gestionnaires d'un service public [323]. Cependant, jusqu'aux années 1930, ces critiques n'ont pas eu d'influence sur les décisions des juges administratifs relativement à la relation médicale.

b. 1936-2013 : Le rejet de la qualification contractuelle

89. Un rejet tout d'abord implicite. À partir de la fin des années 1930, va progressivement apparaître un mouvement de rejet à l'égard de la qualification contractuelle. Saisi en 1936 d'un contentieux relatif à des malades payants (c'est-à-dire des malades que les hôpitaux n'étaient pas obligés d'admettre en application de la loi du 15 juillet 1893 sur l'assistance médicale gratuite), autrement dit, d'un contentieux où il s'était auparavant montré favorable à la qualification contractuelle [324], le Conseil d'État ne va nullement rappeler cette qualification. Il va plutôt affirmer que « les médecins attachés [aux] établissements hospitaliers ne peuvent pas réclamer directement des honoraires aux malades usagers de ce service public » [325]. Dix ans plus tard, dans une affaire similaire, il ajoute que « les malades payants sont admis à l'hôpital non en tant que clients personnels du médecin ou du chirurgien de l'hôpital, mais comme usagers d'un service public, dans l'intérêt de la santé publique » [326].

Si, dans ces deux arrêts, le Conseil d'État ne rejette pas expressément la qualification contractuelle des relations entre le patient et le médecin, son silence sur cette qualification est révélateur d'une prise de distance avec l'instrument contractuel ; ce d'autant plus que la qualité de client — semble-t-il associée à l'idée de contrat — se trouve rejetée. Cette prise de distance se révèle également au travers du régime dont cette relation se trouve dotée par le Conseil d'État :

321. CE, *Rosier et Winkel*, 7 août 1909, *DP*, 1911, 3, p. 7, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k4260291/f921.item, Cf. not. *Adde* les conclusions du commissaire du gouvernement Jean ROMIEU sous CE, *Syndicat Croix de Seguey-Tivoli*, 21 déc. 1906, *Rec. Lebon* et *S.*, 1907, 3, p. 37 où celui-ci écrit (nous mettons en gras) : « Le premier moyen juridique dont l'usager **ou le consommateur** puisse user est le recours contre l'exploitant devant l'autorité judiciaire pour inexécution du **contrat individuel** qui se forme à l'occasion de chaque prestation demandée et non fournie ».

322. É. LAFFERIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2e éd., Berger-Levrault, 1896, p. 616. L'auteur de ce traité était en effet vice-président du Conseil d'État.

323. Cf. not. L. DUGUIT, « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », *RDP,* 1907, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k111157c/f410.item, p. 428 ; *S.,* 1907, 3, note M. HAURIOU ; L. ROLLAND, « La situation juridique des engagés dans la Légion étrangère », *RDP,* 1908, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k111158r/f696.item ; L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, A. Colin, 1913, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k67925q, p. 139 s. G. JÈZE, « Nature juridique de l'engagement militaire », *RDP,* 1917, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k111167q/f110.item, p. 111.

324. CE, *Société l'Abeille*, 17 mar. 1905, *Rec. Lebon*, p. 272 et CE, *Commune de Fargniers*, 10 fév. 1913, *Rec. Lebon*, p. 13.

325. CE, *Société anonyme "Les armateurs français"*, 21 fév. 1936, *Rec. Lebon*, p. 226.

326. CE, *Sieur Odilon-Platon*, 15 mar. 1946, *Rec. Lebon*, p. 79.

interdiction d'un paiement direct par le malade au médecin hospitalier l'ayant soigné. Or, là encore, l'idée d'un paiement d'une prestation paraît liée au contrat. Pour autant, la rupture avec l'analyse contractuelle n'est pas encore réalisée.

90. Un rejet ensuite explicité. La rupture intervient au grand jour en 1984 [327], lorsque le Conseil d'État, reprenant des idées déjà exprimées dans les conclusions de certains de ses commissaires du gouvernement [328], affirme que « les personnes admises dans les services des hôpitaux et hospices publics ne sont pas placées dans une situation contractuelle vis-à-vis de ces établissements » [329]. Pourquoi une telle solution, qui sera par la suite maintes fois réaffirmée par le Conseil d'État [330] et les autres juridictions administratives [331], malgré une résistance

327. CE, *Hôpital-hospice de Mayenne*, 30 mar. 1984, n° 24621, *Rec. Lebon*, p. 141. *Contra* D. Truchet, *Droit de la santé publique*, 7e éd., Dalloz, 2009, p. 227, qui fait remonter cela à l'arrêt CE, *Mlle Doukakis*, 4 oct. 1968, *Rec. Lebon*, p. 903. Cependant, cet arrêt, pas plus que les conclusions du commissaire du gouvernement (*D.,* 1968, J, concl. M. Morisot), n'affirme que l'usager serait dans une situation statutaire ou non contractuelle. Il se contente d'indiquer, très implicitement, que le malade est usager d'un service public. En réalité, l'affirmation du caractère statutaire de cette relation n'est mentionnée que dans une seule des notes de jurisprudence sous cet arrêt (*AJDA,* 1969, note J. Moreau, p. 372). L'affirmation n'est donc à cette époque que purement doctrinale ; elle ne fait pas partie des discours des auteurs de l'ordre juridique.

Ceci est tellement vrai que R. Savatier, fin connaisseur de la matière, parle de « contrat hospitalier » lorsqu'il commente cet arrêt et va même jusqu'à préciser qu'il s'agit d'un contrat « administratif » (*JCP,* 1968, II, 15668, note R. Savatier). Quelques années auparavant, il écrivait encore plus clairement : « Nous pensons [...] que le *contrat médical*, dans les devoirs qu'il implique envers le malade ; n'est pas spécial à la médecine libre. Les services hospitaliers eux-mêmes passent d'ordinaire un contrat. Sans doute celui-ci implique-t-il, de la part des malades, la soumission au règlement de l'hôpital. C'est un contrat d'adhésion. Un tel contrat n'en existe pas moins, entre l'hôpital d'une part, et, d'autre part, le malade lui-même qui recourt à ses soins [...]. Dans ce contrat administratif, les règles d'humanisme nous paraissent imposer les mêmes garanties que dans les contrats de médecine libre, du moment que c'est toujours la santé d'un homme qui est en jeu » (*JCP,* 1959, II, 11342, note R. Savatier). Or, si le Conseil d'État avait à cette époque exclut la qualification contractuelle, ne serait-ce qu'implicitement, on peut penser que René Savatier n'aurait pas écrit de tels propos.

Cette contrariété des propos doctrinaux, qui plus est tenu par des auteurs à la réputation sérieuse (J. Moreau pour le droit public et R. Savatier pour le droit privé), suggère que le droit positif n'est pas à l'époque encore fixé.

328. En ce sens P. Gulphe, « À propos d'une nouvelle lecture de l'Article 708 du CSP », *JCP G,* 1988, 1, 3329, qui évoque les conclusions des commissaires du gouvernement Michel Rougevin-Baville et Alain Bacquet sous des arrêts de 1971 et 1979. L'accès que nous avons eu aux conclusions inédites de Renaud Denoix de Saint-Marc sous l'arrêt de 1984 précité confirme ce point. Sur ces dernières conclusions, cf. *infra* Annexe 5.

329. CE, *Hôpital-hospice de Mayenne*, 30 mar. 1984, n° 24621, *Rec. Lebon*, p. 141.

330. CE, *Gramain*, 3 juil. 1987, n° 55868, *Rec. Lebon (Tables)* , p. 568, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007722921 ; CE, Section, *Biancale*, 11 jan. 1991, n° 93348, *Rec. Lebon*, p. 12, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007788200 ; CE, *Petit*, 6 avr. 1992, n° 94371, *Rec. Lebon*, p. 854, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007818531 ; CE, Section, avis, *Kilou*, 28 juil. 1995, n° 168438, *Rec. Lebon*, p. 315, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007877579 ; CE, *M. Lacourt*, 13 juin 2001, n° 211613, *Rec. Lebon*, p. 1182. Rappr. CE, *Société Viamédis*, 13 nov. 2013, n° 350428, *Rec. Lebon (Tables),* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000028195241 où le Conseil d'État parle de rapport de droit public liant l'usager à l'établissement public de santé.

331. Not. TA Lyon, 3 déc. 1996, n° 9501909 ; CAA Paris, 3e chambre, 17 juin 1999, n° 98PA02349 ; CAA Nantes, 28 juin 2002, n° 99NT00480 ; CAA Nantes, 2 août 2002, n° 99NT00231 ; CAA Paris, 3e chambre, 20 déc. 2002, n° 98PA01842 ; CAA Paris, 3e chambre, 20 sept. 2006, n° 03PA04728, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007451651 ; CAA Marseille, 3e chambre, 4 sept. 2008, n° 06MA02919 ; CAA Paris, 8e chambre, 27 mai 2013, n° 12PA01842, *inédit,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000027481848 ; CAA Paris, 8e chambre, 21 déc. 2012, n° 11PA04238.

temporaire de la cour administrative d'appel de Paris [332] ?

91. Les raisons d'un rejet. Le rejet de la qualification contractuelle résulte de l'important travail de redéfinition du contrat opéré par les auteurs de droit public à la fin du XIXe siècle. Ceux-ci, entendant restreindre le champ du contrat, dans lequel ils perçoivent un instrument de droit privé, inadapté aux réalités du droit public et susceptible en outre de faire échec à la compétence du juge administratif [333], décident de privilégier le deuxième aspect du contrat, ses effets, et de n'accepter de qualifier un objet de contrat que si, et seulement si, ses effets sont produits par les parties. À défaut, il ne s'agit plus d'un contrat mais d'un statut, pour reprendre les mots popularisés par Maurice Hauriou dans son étude de l'institution, ou d'un acte-condition, pour reprendre les mots de Léon Duguit. Ces propositions doctrinales vont être par la suite reprises par les auteurs de droit public, en particulier dans le champ de la santé, et c'est ainsi que plusieurs auteurs vont défendre l'idée que l'usager d'un hôpital ou hospice n'est pas dans une situation contractuelle, mais dans une situation statutaire. À leurs yeux, l'usager étant tout entier soumis à la loi du service, dans lequel il entre par un « acte-condition », sa situation ne saurait être contractuelle, même à admettre qu'il y ait un accord des volontés [334].

Or, c'est exactement cette théorie doctrinale qu'on retrouve sous la plume du commissaire

332. CAA Paris, *CH François Quesnay*, 21 déc. 1993, *Rec. Lebon*, p. 489. L'arrêt ne dit pas explicitement que la relation médicale est contractuelle, à l'inverse de la décision de première instance qui était très explicite (TA Versaille, 10 déc. 1991, non publié). Cependant, l'arrêt de la cour d'appel fonde le droit de créance de l'établissement public de santé sur l'engagement de payer du patient. Or, c'est là un raisonnement qui implique semble-t-il de reconnaître à cet engagement une nature contractuelle. D'ailleurs, plus tard, lorsque le Conseil d'État réaffirmera la nature statutaire de la situation du patient, il en tirera comme conséquence que le droit de créance de l'établissement n'est pas fondé sur l'engagement, mais sur la seule délivrance des frais par l'hôpital (cf. CE, Section, avis, *Kilou*, 28 juil. 1995, n° 168438, *Rec. Lebon*, p. 315, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007877579 et, très nettement, *RFDA,* 1996, concl. C. Maugüé). Par ailleurs, cette décision de la cour d'appel de Paris, ne se contente pas de suggérer la qualification contractuelle en donnant quelque force à l'engagement du patient, elle paraît même appliquer le régime du contrat et, plus précisément, l'exigence d'un consentement non vicié. En effet, cette juridiction subordonne la validité de l'engagement de payer, à la preuve que son signataire « a été, préalablement à la souscription, mis en mesure d'en apprécier la portée, d'une part en étant averti que cet engagement ne peut concerner que les frais qui ne sont pas susceptibles d'être pris en charge soit par les services de l'aide médicale, soit par un organisme quelconque de sécurité sociale, soit par le ministère chargé des Anciens combattants et Victimes de guerre ou par tout autre organisme public, d'autre part en étant informé du tarif journalier d'hospitalisation dans le service où doit être admis le malade, enfin en étant prévenu, le cas échéant, que la souscription de l'engagement n'est pas la condition de l'admission des malades dont l'état de santé appelle l'administration de soins en urgence ». Cette solution audacieuse, à une époque où le Conseil d'État a déjà affirmé solennellement la nature statutaire de la situation du patient, sera abandonnée trois ans plus tard, dans l'arrêt CAA Paris, 3e chambre, 17 juin 1999, n° 98PA02349.

333. L'on se situe en effet avant les arrêts *Société des granits porphyroïde des Vosges* ou *Bac d'Éloka*, permettant de maintenir la qualification contractuelle sans mettre en péril la compétence du juge administratif. Pendant longtemps, la doctrine de droit public va voir dans la qualification contractuelle une source potentielle de remise en question de la compétence du juge administratif. Cf. not. L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*, Félix Alcan, 1912, p. 125 ; rappr. L. Rolland, « La situation juridique des engagés dans la Légion étrangère », *RDP,* 1908, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k111158r/f696.item, p. 698.

334. J.-M. Lemoyne de Forges, *Le statut de l'hospitalisé en France*, sous la dir. de R. Drago, thèse de doct., Université de Paris, 1972, p. 40 s. *contra* J. Georgel, « Fasc. 500 : L'hôpital » *in JCl. Administratif*, 1972.

du gouvernement, Alain Bacquet, dans ses conclusions [335] sous un arrêt *Tolub* de 1979 [336], qui préparent l'arrêt de principe de 1984 [337]. En effet, pour justifier la mise à l'écart de la qualification contractuelle, Alain Bacquet souligne notamment qu'il ne saurait être question de contrat si les conditions d'utilisation du service « sont totalement déterminées par une réglementation aussi abondante que minutieuse » [338]. Où l'on voit bien qu'alors même qu'Alain Bacquet constate l'existence d'un accord de volontés créateur d'effets de droit (puisqu'il n'est pas nié que l'usager entre dans un statut), celui-ci va nier la qualification contractuelle compte tenu de ce que la plupart des effets de ce contrat échappent aux parties. La même idée se retrouve en filigrane dans les conclusions inédites du commissaire du gouvernement Renaud Denoix de Saint Marc, sous l'important arrêt précité de 1984 [339]. L'argument paraît encore aujourd'hui partagé par les conseillers d'État puisqu'en entretien, Denis Piveteau, président de la sous-section s'occupant principalement du contentieux de la relation médicale, nous indiquait : « Franchement, introduire une relation contractuelle dans la relation médicale, ce serait artificiel car, compte tenu des nombreux textes encadrant cette relation [...] ceci reviendrait à réintroduire le contrat pour l'altérer aussitôt ».

Soulignons, pour finir, que la motivation même des arrêts du Conseil d'État atteste que les membres de cette juridiction ont privilégié le deuxième aspect du contrat pour nier cette qualification. En effet, la formule utilisée dans les arrêts n'est pas « l'usager n'est lié à l'hôpital par aucun contrat », mais, nous mettons en gras, « l'usager n'est pas dans une **situation** contractuelle ». En insistant sur la « situation », le Conseil d'État met donc l'accent sur la conséquence de la procédure par laquelle cette relation s'est formée.

92. Les difficultés soulevées par ce rejet. Ce rejet du Conseil d'État est problématique car, après un examen minutieux, il est possible de discerner tous les éléments d'un contrat, c'est-à-dire, non seulement l'aspect procédural — la rencontre des volontés —, que le Conseil d'État ne semble pas nier, mais encore les conséquences de cette procédure — la création d'obligations ou, plus largement, d'effets de droit.

En effet, affirmer, comme le fait le Conseil d'État, que l'usager n'est pas dans une situation contractuelle, c'est suggérer que l'usager ne décide de rien. Or, l'usager conserve tout de même la décision d'accéder ou non au service et cette décision crée bien une obligation entre lui et le service : l'obligation pour le patient [340]) de rémunérer le service (soit directement,

335. *AJDA,* déc. 1979, concl. A. Bacquet.
336. CE, Section, *Tolub*, 23 fév. 1979, *Rec. Lebon*, p. 80
337. CE, *Hôpital-hospice de Mayenne*, 30 mar. 1984, n° 24621, *Rec. Lebon*, p. 141.
338. *AJDA,* déc. 1979, concl. A. Bacquet, p. 33. Dans l'espèce qui est soumise au Conseil d'État dans l'arrêt *Tolub* — quelle est la qualification de la relation entre l'hôpital et le médecin libéral sollicitant son aide technique —, ce critère va plutôt orienter A. Bacquet vers la qualification contractuelle, puisqu'il constate que fort peu de textes encadrent cette relation (*ibid.*, p. 34). En revanche pour l'usager normal qu'est le patient, A. Bacquet exclut très nettement la qualification contractuelle (*ibid.*, p. 33).
339. Dans ces conclusions, reproduites *infra* Annexe 5, l'on lit en effet : « Il s'ensuit qu'il est avec l'hôpital dans la situation unilatérale habituelle entre un service public administratif et un usager. C'est à dire dans des rapports de droit public ».
340. Quand bien même le tiers payant serait généralisé et « obligatoire », cette obligation ne pèse que sur

soit par l'intermédiaire des assureurs auxquels il a délégué cette tâche [341] et l'obligation pour l'établissement de santé de soigner le malade.

Il a néanmoins été soutenu il y a quelques années par Christine Maugüé, dans ses conclusions sous l'avis *Kilou*, rendu par le Conseil d'État en 1995 [342], que « le fait générateur de l'obligation de payer est la fourniture des prestations par l'hôpital, sans qu'il soit nécessaire qu'il y ait manifestation ou signature d'un accord pour que naisse l'obligation de payer » [343]. Si le Conseil d'État n'a pas explicitement repris cette affirmation, il semble bien l'avoir fait sienne lorsqu'il a refusé de considérer que l'engagement de payer, que signe parfois le patient ou un tiers au moment de l'admission [344], puisse donner naissance à une situation contractuelle [345]. Qu'est-ce qui fonde techniquement cette affirmation ? C'est l'idée suivant laquelle l'obligation de paiement ne résulte jamais de la volonté du malade mais uniquement du statut. Or, si l'obligation résulte du seul statut, il n'y a pas d'autre moyen que de considérer que son fait générateur est la réalisation de la prestation de soin par l'établissement de santé.

Cette affirmation, réaffirmée par la suite [346], paraît inacceptable, surtout depuis la loi du 4 mars 2002 ayant entendu restaurer la place du patient. En effet, dire que l'obligation de paiement des soins découle non de la volonté du malade ou des tiers, mais de la seule réalisation de soins, c'est permettre aux établissements de santé d'obtenir le paiement de soins qui n'auraient pas été consentis, alors pourtant que le principe, réaffirmé avec force par la loi du 4 mars 2002, est le consentement aux soins. Cette solution n'est pas seulement inacceptable pour le patient, elle l'est également pour l'établissement public de santé qui ne pourra pas recouvrer les créances

le professionnel ; le patient n'en bénéficie que s'il décide de « [p]résenter au professionnel de santé la carte électronique mentionnée à l'article L. 161-31 » [la carte Vitale] (art. L. 161-36-4 CSS).

341. Il s'agit plus précisément d'une délégation imparfaite au sens de l'article 1175 du c. civ. (*contra* L. Ruet, « La nature juridique de la convention dite de tiers payant », *JCP G,* 1993, vol. I, 3642), en ce sens que l'hôpital conserve son recours contre le patient, ce qui peut présenter une utilité, par exemple dans l'hypothèse d'un assureur complémentaire insolvable.

342. CE, Section, avis, *Kilou*, 28 juil. 1995, n° 168438, *Rec. Lebon*, p. 315, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007877579.

343. *RFDA,* 1996, concl. C. Maugüé.

344. Depuis 1959 (*Décret relatif aux dispositions financières et comptables à adopter à l'égard des hôpitaux et hospices publics*, n° 59-1510, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000486530&dateTexte=19801206, art. 22), il est prévu dans la réglementation hospitalière que, sauf les cas d'urgence, lorsque les « frais de consultations ou d'actes ou d'hospitalisation des malades ne sont pas susceptibles d'être pris en charge [par un organisme public] les intéressés ou, à défaut, leurs débiteurs [...] souscrivent un engagement d'acquitter les frais de toute nature afférents au régime choisi ». Cette disposition, devenue aujourd'hui avec quelques modifications l'article R. 6145-4 du code de la santé publique était destinée, dans l'intention de ses auteurs, à faciliter le recouvrement des créances des hôpitaux lorsque les malades n'étaient pas des assurés sociaux. Depuis 1959, ces engagements se sont multipliés, cf. art. R. 1111-22 et L. 6321-2 et -3 CSP.

345. On lit ainsi, dans l'avis *Kilou* précité : « Les dispositions précitées de l'article R. 716-9-1 du code de la santé publique, n'ont pas pour objet et ne pourraient avoir légalement pour effet de permettre à l'établissement public de santé de déroger à ces dispositions législatives en plaçant l'hospitalisé dans une situation contractuelle ou en mettant les frais d'hospitalisation à la charge d'autres personnes que celles qui sont désignées par le premier alinéa de l'article L. 714-38 du même code ».

346. CE, *M. Lacourt*, 13 juin 2001, n° 211613, *Rec. Lebon*, p. 1182 qui indique l'hôpital n'a pas besoin de rapporter la preuve d'un engagement de payer pour pouvoir recouvrer sa créance ; solution qui revient à nouveau à priver cet engagement de tout effet.

envers les personnes signataires de l'engagement, ce qui s'avère problématique toutes les fois que ce signataire n'est pas un débiteur du patient [347].

Le Conseil d'État pouvait-il pour autant faire autrement ? Difficilement. En effet, s'il a été conduit à adopter une telle solution, c'est en raison des limites mêmes du concept de contrat. Admettre que l'obligation au paiement des soins était de nature contractuelle aurait semble-t-il nécessairement impliqué que le Conseil reconnaisse que la situation de l'usager était finalement contractuelle. Or, une telle solution aurait empêché — du moins le Conseil a-t-il pu le penser — les établissements publics de santé de modifier la situation de cet usager, ce qui est une des caractéristiques de la situation statutaire [348]. Il est donc permis de penser que si les conseillers d'État ont emprunté ce chemin de la négation du contrat, c'est en partie en raison de l'impossibilité qu'ils avaient de penser qu'un consentement du patient puisse être à la fois contractuel et statutaire. L'unité de ce consentement, de cette procédure donc, impliquait dans leur esprit l'unité des effets causés par cette procédure. C'est pour éviter cette contradiction intellectuelle de la qualification mixte, que les conseillers d'État ont préféré effacer cet aspect contractuel. Ceci transparaît assez nettement de l'entretien réalisé avec le président Denis Piveteau puisque celui-ci indique être hostile à un « métissage » du contrat et du statut au sein d'une « notion hybride ». Ce conseiller d'État, percevant sans doute l'unité de la procédure par laquelle est formée la relation médicale, se refuse à admettre une dualité des effets de cette procédure.

De récents développements dans la jurisprudence Conseil d'État donnent cependant à penser que cet obstacle intellectuel, lié à l'ambivalence du contrat, à la fois procédure et effet, aurait disparu. En effet, depuis 2014, le Conseil d'État a eu à plusieurs reprises l'occasion d'utiliser ou d'évoquer le terme de contrat pour désigner la relation médicale. Nous allons voir cependant que cette nouvelle évolution ne permet pas de dépasser de manière satisfaisante les effets néfastes de l'ambivalence du contrat.

c. 2014-2016 : Un retour du contrat ?

93. Plan. Par plusieurs arrêts rendus entre 2014 et 2016, le Conseil d'État a semblé indiquer qu'il ne défendait plus aussi fermement que par le passé le rejet de l'instrument contractuel comme outil d'appréhension de la relation médicale. Cette tendance s'observe tant pour la relation médicale de droit commun (**i.**), que pour celle de droit spécial, intervenant en secteur médico-social (**ii.**). Dans les deux cas, cependant, ce retour est très timide car les membres du Conseil d'État sont limités dans leurs réflexions par l'ambivalence du contrat, à la fois procédure et effet. Ainsi, en droit commun, le recours au contrat n'est que partiel et implicite, tandis que dans le droit spécial médico-social ce retour n'est qu'apparent.

347. L'article L. 6145-11 CSP ne permet en effet à l'établissement public d'émettre des titres exécutoires qu'à l'encontre de débiteur du patient, lesquels sont principalement les débiteurs d'aliments.

348. Cf. l'entretien réalisé avec le président Denis Piveteau et reproduit *infra* Annexe 4, où celui-ci indique que la situation contractuelle n'est pas en adéquation avec les textes permettant à l'administration de modifier la situation de l'usager.

i. En droit commun de la relation médicale : un retour partiel et implicite

94. L'arrêt *CGEE*, son sens. Par un arrêt *CGEE* (Centre de gestion pour expatriés et entreprises), rendu en 2014 [349], le Conseil d'État est partiellement revenu sur son avis *Kilou* précité [350]. Si, dans cet arrêt de 2014, le Conseil d'État n'abandonne pas la qualification statutaire de l'usager, il n'en reconnaît pas moins, implicitement mais nécessairement, la qualification contractuelle de la relation entre l'établissement public de santé et l'assureur de l'usager. Explicitons quelque peu cela.

Quelle était la question posée par cet arrêt ? Il s'agissait de savoir si, sur le fondement de l'article L. 6145-11 du code de la santé publique, un établissement public de santé pouvait émettre un titre exécutoire à l'encontre d'une personne privée, ayant servi d'intermédiaire entre l'assureur et l'assuré et qui avait signé un engagement de payer au moment de l'admission de l'assuré dans l'établissement de santé. La cour administrative d'appel avait répondu par la négative à cette question en reprenant l'idée posée par le Conseil dans l'avis *Kilou*, à savoir que l'engagement de payer ne saurait jamais entraîner une situation contractuelle, ce qui revient à priver cet engagement de tout effet, comme l'avait bien souligné le commissaire du gouvernement Christine Maugüé [351].

Le Conseil d'État, cependant, encouragé en ce sens par son rapporteur public, Maud Vialettes, ne va pas s'engager dans cette voie. En effet, au vu notamment des importants enjeux financiers en cause [352], il va accepter de reconnaître que l'engagement de payer de l'intermédiaire a fait naître une obligation de payer dont il est débiteur et que, en conséquence, l'hôpital est fondé à émettre à son encontre un titre exécutoire, puisqu'il est bien un débiteur du patient, au sens de l'article L. 6145-11 précité. Si le Conseil d'État a pu parvenir à cette solution, c'est uniquement car il a accepté de faire produire quelqu'effets à l'engagement de payer. Il n'y avait en effet aucun autre moyen pour permettre à l'établissement de santé d'agir contre la CGEE [353]. Reste alors à apprécier la portée de ce revirement.

349. CE, *Centre de gestion pour expatriés et entreprises*, 12 nov. 2014, n° 368876, *Rec. Lebon (Tables),* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000029751388.

350. Le rapporteur public, Maud Vialettes, que nous remercions de nous avoir transmis ses conclusions reproduites *infra* Annexe 6, paraît cependant nier — à des fins argumentatives ? — cette évolution. Celle-ci prétend en effet, dans ses écritures, se fonder sur l'avis *Kilou*. Or l'évolution est bien réelle puisque l'arrêt *Kilou* privait de tout effet l'engagement de payer alors que cet arrêt lui en donne un au contraire. *Contra*, *JCP A,* nov. 2014, vol. 47, act., 931, note L. Erstein.

351. « Nous sommes, certes, consciente qu'une telle interprétation revient à vider ces dispositions de l'essentiel de leur portée » (*RFDA,* 1996, concl. C. Maugüé). Celle-ci va néanmoins tenter par la suite de montrer que ces dispositions, même privées d'effets juridiques, présentent quelqu'intérêts.

352. Rappr. CE, *Société Viamédis*, 13 nov. 2013, n° 350428, *Rec. Lebon (Tables),* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000028195241 où le rapporteur public, qui était également Maud Vialettes, a pu prendre conscience des enjeux financiers extrêmement importants attachés à la nature de l'engagement de payer. Comp. les conclusions du commissaire du gouvernement C. Maugüé, où celle-ci met en balance les enjeux financiers pour l'hôpital avec la protection des signataires de l'engagement, pas toujours au courant, d'après elle, de la portée de leurs engagements. L'argument est cependant critiquable car c'est oublier l'application des vices du consentements.

353. Pour que l'établissement public de santé puisse agir contre un « débiteur du patient », au sens de l'article L. 6145-11 CSP, il faut qu'il prouve cette qualité de débiteur. Or, il ne suffit pas de prouver qu'il existe un contrat

95. L'arrêt *CGEE*, sa portée. Dans l'avis *Kilou* précité, si l'engagement de payer s'était vu priver de tout effet c'est en premier lieu[354] dans un souci de cohérence. Le Conseil d'État et son rapporteur n'avaient à l'époque pas voulu mettre en péril la jurisprudence antérieure qui refusait la qualification contractuelle. En effet, il a pu sembler aux membres du Conseil d'État que faire produire effet à l'engagement de payer signé par un tiers c'était nécessairement reconnaître la nature contractuelle de cet engagement. Or, ceci aurait introduit une incohérence avec la jurisprudence antérieure refusant cette nature contractuelle dans les rapports entre le patient et l'usager. Où l'on voit donc que c'est dans un souci de cohérence que la nature contractuelle avait à l'époque été niée.

Dans ces conditions, ne pourrait-on pas soutenir qu'en acceptant, dans l'arrêt *CGEE*, de faire produire effet à l'engagement de payer, le Conseil d'État a nécessairement reconnu la qualification contractuelle de la relation entre le tiers et l'établissement de santé et, aussi, par cohérence, entre l'usager et l'établissement de santé ? Le raisonnement est tentant. Cependant, parce qu'il n'a pas lieu dans le même sens que le précédent — il s'agit cette fois de renforcer l'emprise de l'analyse contractuelle, à rebours des solutions traditionnelles en la matière — et parce qu'il n'est pas certain que le lien entre tous ces éléments soit une équivalence et non une simple implication, il importe de vérifier méticuleusement les différentes inférences entre les éléments de ce raisonnement.

D'abord, reconnaître que l'engagement de payer produit des effets de droit équivaut-il à dire qu'il y a un contrat entre le tiers signataire de l'engagement et l'établissement de santé ? Non, pas forcément. L'engagement n'est pas seulement contractuel, il peut aussi être unilatéral. Pour trancher entre ces deux qualifications — contrat ou acte unilatéral —, partons de leur régime[355]. Si cet engagement de payer est contractuel, alors cela veut dire qu'il doit avoir pour contrepartie l'accomplissement des soins, sinon c'est qu'il est bel et bien unilatéral. La lecture de la jurisprudence administrative conduit à affirmer que cet engagement est contractuel. En effet, les créances de l'établissement de santé sont bien subordonnées à la réalisation de la prestation de soin. Ainsi, la jurisprudence a pu juger que l'absence de preuve par l'établissement de santé de la réalisation des soins l'empêchait de recouvrer sa créance[356]. À l'inverse, la jurisprudence

entre le patient et ce tiers, encore faut-il prouver que ce contrat produise des effets à l'égard de l'établissement. Or, par application du principe de l'effet relatif du contrat, également applicable en droit public (CE, *Perreau*, 20 oct. 2000, n° 192851, *Rec. Lebon,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008082669 ; L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 9e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2014, nos 435 s.), le seul moyen pour l'établissement de santé d'agir contre le débiteur du contractant c'est soit lorsque le patient l'a mandaté pour cela, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, soit lorsque ce tiers s'est lui-même engagé auprès de l'établissement de santé à régler à la place du patient, ce qui opère alors délégation simple de créance. Permettre à l'établissement de santé d'agir contre l'assureur ce serait permettre à un tiers à un contrat d'assurance (ou d'intermédiation) de réclamer l'exécution de ce contrat.

354. C'est le premier argument évoqué par C. Maugüé.

355. Le Conseil ne les qualifiant pas, seul le régime de ces engagements nous est accessible. Sur la possibilité de partir du régime pour identifier la nature d'un objet, cf. F. Rouvière, « Le revers du principe *différence de nature (égale) différence de régime* » *in Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, URL : https://hal.archives-ouvertes.fr/halshs-01141833/document.

356. CE, *Société Viamédis*, 9 mar. 2015, n° 13PA04319, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/

a pu affirmer que l'absence de paiement du prix permettait à l'hôpital de refuser de prêter ses soins [357]. Par conséquent, l'une et l'autre obligation sont bien interdépendantes et il est permis de conclure — au moins dans un discours sur le droit positif — que l'existence d'un engagement de payer est bien équivalente, dans l'arrêt *CGEE*, à la reconnaissance d'un contrat entre le signataire de l'engagement et l'établissement de santé.

Une telle qualification contractuelle doit-elle pour autant nécessairement être étendue à la relation entre l'usager et l'établissement public de santé ? Nullement. D'une part, car les engagements de payer ne sont pas systématiques : ils ne sont exigés que pour les patients dont les frais ne sont pas pris en charge par un organisme public [358]. Dès lors, même à supposer que la situation puisse être étendue aux patients signant un engagement, rien n'impose qu'elle le soit aussi aux patients ne signant aucun engagement. D'autre part, et surtout, il est possible d'opérer une distinction entre les engagements, selon qu'ils sont signés par des tiers ou par le patient lui-même. Telle est d'ailleurs l'interprétation de cet arrêt *CGEE* qu'exprimait, à titre personnel, le président Denis Piveteau lorsque nous l'interrogions sur la portée de cet arrêt [359]. Ajoutons d'ailleurs que Maud Vialettes, dans ses conclusions sous cet arrêt [360], rappelle dès sa première note de bas de page le rejet traditionnel de la qualification contractuelle de la relation médicale. Il paraît dès lors déraisonnable de penser que cette dernière ait pu vouloir, dans cet arrêt *CGEE*, abandonner la qualification statutaire de la relation médicale en plaidant pour la reconnaissance des effets produits par l'engagement de payer signé par un tiers.

96. L'arrêt *CGEE*, sa valeur. Que penser d'une telle solution ? Il nous semble qu'elle est source d'une incohérence qu'aurait désapprouvée Christine Maugüé. En effet, en 1995, pour défendre le refus de la qualification contractuelle de l'engagement de payer signé par un tiers, cette commissaire du gouvernement écrivait : « nous ne voyons pas comment la personne qui [...] souscrit l'engagement d'acquitter les frais d'hospitalisation se trouverait dans une situation contractuelle vis-à-vis de l'hôpital alors que l'hospitalisé, qui peut être amené à signer lui-même l'engagement, est pour sa part dans une situation légale et réglementaire » [361]. Or, en prenant cette fois comme point de départ du raisonnement l'arrêt *CGEE* et non plus l'arrêt *Hôpital-Hospice de Mayenne* de 1984, ne devrait-on pas dire, en reprenant les mots de Christine Maugüé, « nous ne voyons pas comment l'hospitalisé qui [...] souscrit l'engagement d'acquitter les frais

`affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000030539639`. Rappr. art. L. 1111-3-4 nouveau : « Les professionnels de santé liés par l'une des conventions mentionnés à l'article L. 162-14-1 dudit code et les services de santé liés par une convention avec un organisme national ou local assurant la gestion des prestations maladie et maternité des régimes obligatoires de base de sécurité sociale ne peuvent facturer que les frais correspondant à la prestation de soins assurée et ne peuvent exiger le paiement d'une prestation qui ne correspond pas directement à une prestation de soins ».

357. Not. CAA Paris, *CH François Quesnay*, 21 déc. 1993, *Rec. Lebon*, p. 489.

358. Sur ces engagements de payer, cf. *supra* n° 344.

359. « On ne dote cet engagement d'effet que parce qu'on pense que cela laisse totalement intact la nature de l'usager. Je ne crois donc pas que l'arrêt que vous citez soit d'un quelconque effet sur la nature de la relation médicale entre le soignant et le soigné » (Annexe 4).

360. Ces conclusions sont reproduites *infra* Annexe 6.

361. *RFDA,* 1996, concl. C. Maugüé.

d'hospitalisation se trouverait dans une situation statutaire vis-à-vis de l'hôpital alors que le débiteur de l'hospitalisé, qui peut être amené à signer lui-même l'engagement, est pour sa part dans une situation contractuelle » ?

Reconnaissons tout de même, en faveur de la solution retenue par le Conseil d'État, qu'abandonner la qualification statutaire reconnue à la relation entre l'usager et l'établissement public aurait pu apparaître comme un changement de régime considérable, empêchant par exemple l'établissement public de modifier unilatéralement le régime de son usager placé dans une situation statutaire[362], changement qui plus est contraire à une longue tradition hostile à ce qu'un usager d'un service public administratif soit placé dans une situation contractuelle[363]. L'on

362. Encore que la même possibilité existe dans un contrat administratif, puisqu'en vertu d'un droit potestatif conféré aux personnes publiques sur le fondement d'un principe général du droit (le Conseil d'État parle de « règle générale »), celles-ci se trouvent en droit de modifier unilatéralement le contrat, à condition de respecter certaines conditions.

363. C'est en effet le premier argument invoqué par A. Bacquet, dans ses conclusions précitées de 1979, pour refuser la qualification contractuelle : « [l]'un des enseignements les plus constants du droit public est en effet celui selon lequel l'usager d'un service public administratif est dans une situation non contractuelle, même s'il ne s'agit pas d'un service exerçant une fonction d'autorité » (*AJDA,* déc. 1979, concl. A. Bacquet, p. 33). Le même raisonnement apparaît dans les conclusions inédites de Renaud Denoix de Saint Marc dans l'arrêt *Hôpital-Hospice de Mayenne* où celui-ci écrit : « [l]e malade est, même "payant", dans la situation d'un usager du service. Il n'y a donc pas de contrat entre l'hôpital et lui-même dans la situation d'un usager du service ». On retrouve le raisonnement dans l'avis *Kilou* de 1995 précité où les juges écrivent (nous mettons en gras) « l'hospitalisé dans un établissement public de santé est l'usager d'un service public administratif et qu'il n'est pas, **dès lors**, placé dans une situation contractuelle vis-à-vis de ce service ». Le raisonnement se retrouve aussi dans les propos que nous ont tenus les conseillers d'État interrogés et dont les entretiens sont reproduits en annexe. Ainsi Didier Tabuteau indique-t-il que le texte de la loi du 4 mars 2002 s'est « délibérément écarté de la qualification de relation contractuelle. On en retrouve un écho dans la qualification d'usager du système de santé qui revient de temps à autre dans le texte ». De même, Denis Piveteau indique-t-il, nous mettons en gras, que « le patient est usager d'un service public administratif et n'est **par conséquent** pas un contractant ».

L'argument n'est cependant nullement convaincant et se trouve contredit par de très nombreux arrêts du Conseil d'État (rappr. G. Clamour, « Les chausses-trapes du contrat », *AJDA,* 2017). Citons d'abord quelques arrêts où la qualification contractuelle est explicitement retenue en présence d'un usager d'un service public administratif. Cf., pour le service public administratif d'aide au logement CE, *OPHLM de la communauté urbaine de Strasbourg*, 30 oct. 1995, n° 105251, *Rec. Lebon (Tables),* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007899764 ; pour celui d'aide à l'accès aux crédits CE, *Rieux*, 13 juin 1979, n° 6861, *Rec. Lebon,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007663706 ; TC, *Caisse de crédit municipal de Toulon*, 15 jan. 1979, n° 2090, *Rec. Lebon (Tables),* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007607046, *a contrario* ; pour celui d'aide aux entreprises agricoles ou industrielles TC, *Société d'approvisionnements alimentaires*, 24 juin 1968, n° 1917, *Rec. Lebon,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007606798 ; TC, *Préfet des bouches du Rhône*, 23 oct. 2000, n° 3208, *Rec. Lebon,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007609359 ; pour celui des postes et télécommunications avant qu'il ne soit considéré que ce service avait un caractère industriel et commercial TC, *Ursot*, 24 juin 1968, n° 1915, *Rec. Lebon,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007607020 ; pour celui d'aide aux rapatriés CE, Section, *Culard*, 18 juin 1976, n° 96762, *Rec. Lebon,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007654303 ; CAA Paris, *ANIFOM*, 30 avr. 1992, n° 89PA02366, *Rec. Lebon (Tables),* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007427508 ; pour celui de formation continue TC, *L'Ecole nationale d'ingénieurs de Brest*, 29 déc. 2004, n° 3437, *Rec. Lebon,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007609613 ; pour celui d'aide technique aux médecins TC, *SCP Reichheld et Sturtzer*, 24 avr. 2006, n° 06-03.480, *Rec. Lebon,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007051493 ; *contra* CE, Section, *Tolub*, 23 fév. 1979, *Rec. Lebon*, p. 80.

Certes, il arrive parfois que, pour établir une barrière étanche entre le contrat et l'usager, les juges nient

peut dès lors comprendre que le Conseil d'État ait eu quelques hésitations à s'engager dans cette voie.

Reste que les membres du Conseil d'État auraient pu envisager une solution intermédiaire, en optant pour une solution hybride combinant le contrat et le statut. En 2014, néanmoins, ceux-ci s'y sont semble-t-il refusés et telle était encore l'opinion du président de sous-section, Denis Piveteau, lorsqu'il nous indiquait en entretien qu'il se refusait à admettre un « métissage » du contrat et du statut, au motif que cela ne contribuerait pas à la « clarté » et d'ajouter : « [a]u Conseil d'État, on rend mieux service en conservant des concepts un peu nets. Les notions hybrides, si elles peuvent rendre service à court terme, sont des faux amis à long terme. Je pense qu'on s'efforcera assez durablement, tant que cela restera compatible avec la réalité, de maintenir une distinction entre la situation du contractant et celle de l'usager ». Où l'on aperçoit que le Conseil d'État, appréhendant au moyen d'un même concept (le contrat ou le statut) à la fois la formation et les effets de la relation médicale, se refuse à une hybridation de ces concepts, d'où le fait que le retour du contrat opéré par l'arrêt *CGEE* ne soit qu'implicite — le Conseil ne qualifie pas cet engagement — et partiel — il ne concerne que les rapports entre l'établissement et le tiers signataire d'un engagement de payer. Cependant, dans un arrêt récent, rendu moins d'un mois après cet entretien avec le président Piveteau, le Conseil d'État

artificiellement cette réalité contractuelle. Cela fut notamment le cas pour les relations entre les concessionnaires d'autoroute et leurs usagers où les juridictions, malgré la présence d'un contrat d'abonnement, n'ont pas hésité à réfuter l'idée que l'usager serait placé dans une situation contractuelle, de manière à permettre au concessionnaire de modifier librement les clauses tarifaires du contrat d'abonnement (TC, *SA EGTL c. la Société des autoroutes Esterel Côte d'Azur Provence Alpes*, 20 nov. 2006, n° C3567, *Rec. Lebon,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000018314059, reprenant CE, *Société de l'autoroute Estérel-Côte d'Azur*, 28 juil. 1995, n° 126484, *inédit,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007899282 et Cass., 1re civ., 3 juin 2003, n° 01-12074, *Bull.,* I, n° 137, p. 107, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007047552). Ceci arrive néanmoins relativement rarement. Le plus souvent, lorsque les juges cherchent à maintenir l'opposition entre contrat et usager, ils se contentent de taire la qualité d'usager du cocontractant de l'administration. Ainsi, dans tous les autres arrêts précédemment cités, la qualité d'usager du service public a été passée sous silence. La méthode est cependant critiquable car, dans d'autres décisions relatives au même service public, mais où la question de la nature de la relation n'était pas posée, les juges n'hésitent pas à attribuer la qualité d'usager au cocontractant de l'administration. Pour des exemples de décision mentionnant la qualité d'usager mais taisant cette fois celle de contractant, cf. pour le service public administratif d'aide au logement CE, *OPHLM Nantes-Habitat*, 30 juin 2004, n° 261472, *Rec. Lebon (Tables),* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008197835 ; CE, *OPHLM de la Rochelle*, 17 juin 1987, n° 67365, *inédit,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007742063 ; pour celui d'aide à l'accès aux crédits CE, *Crédit municipal d'Avignon*, 13 jan. 1995, n° 147235, *Rec. Lebon,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007870195 ; pour celui des postes et télécommunications CE, *Secrétaire d'État aux postes et télécommunications*, 1er juin 1979, n° 07494, *Rec. Lebon,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007688500 ; pour celui de la formation continue cf. L. 811-1 c. éduc. ; pour celui de l'aide technique aux médecins CE, Section, *Tolub*, 23 fév. 1979, *Rec. Lebon*, p. 80.

Cette absence de lien logique entre la qualification d'usager d'un service public administratif et l'absence de contrat paraît avoir été perçue par plusieurs conseillers d'État ces dernières années. En effet, parfois, au lieu de dire que la qualification d'usager d'un service public administratif empêche la qualification contractuelle, ceux-ci se contentent d'indiquer que cette première qualification implique un « rapport de droit public » (CE, *Société Viamédis*, 13 nov. 2013, n° 350428, *Rec. Lebon (Tables),* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000028195241, cons. n° 2). Disant cela, ils ne ferment plus aussi nettement qu'auparavant la porte de la qualification contractuelle.

a affirmé, à propos d'une relation médicale relevant du droit spécial médico-social, qu'un usager ayant signé un contrat de séjour n'était pas dans une situation contractuelle [364]. N'est-ce pas là justement ce métissage que l'on pensait craint par les membres du Conseil d'État ? C'est ce qu'il convient à présent d'examiner.

ii. En droit spécial médico-social : le retour apparent du contrat

97. L'arrêt *Hôpital de Prades*, son sens. Dans un arrêt *Hôpital de Prades*, du 3 février 2016, le Conseil d'État a affirmé qu'un usager qui « avait conclu un contrat d'hébergement en application de l'article L. 342-1 du code de l'action sociale et des familles », « n'était pas dans une situation contractuelle » [365]. À première vue, cette affirmation semble procéder d'un métissage : d'un côté le Conseil admettrait que la procédure de formation de cette relation serait contractuelle, mais de l'autre il affirmerait que ses effets seraient statutaires.

L'impression est toutefois trompeuse : lorsque le Conseil mentionne l'existence d'un contrat de séjour, il ne fait, semble-t-il, que reprendre les termes posés par la loi, sans nullement faire sienne cette qualification. Plusieurs éléments vont en ce sens. Premièrement, le Conseil d'État reprend les mots de la loi en citant même le texte où cette qualification est utilisée, ce qui suggère un souci de mettre à distance cette qualification législative. Le même phénomène s'observe dans les conclusions de Rémi Decout-Paolini, rapporteur public sous cet affaire [366], puisque celui-ci met systématiquement entre guillemets l'expression « contrat de séjour » lorsqu'il l'emploie. Certes, le Conseil d'État n'utilise pas lui-même de guillemets, mais c'est moins parce qu'il adhèrerait à cette qualification que parce que, d'une manière générale, il n'utilise pas ce procédé pour mettre à distance un objet qu'il mentionne [367]. Deuxièmement, par le passé, le Conseil d'État n'a pas hésité à dénoncer les usages abusifs du vocable de contrat par les diverses autorités publiques [368], de sorte qu'il ne serait nullement surprenant que telle soit la démarche ici reproduite. Relevons de même que R. Decout-Paolini, dans ses conclusions sous un arrêt rendu quelques mois avant l'arrêt *Hôpital de Pradès*, avait pu écrire que le contrat d'insertion, prévu par l'article L. 262-35 du code de l'action sociale et des familles, « ne revêt pas véritablement

364. CE, *Hôpital de Prades*, 2 mar. 2016, n° 388643, *Rec. Lebon (Tables),* URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000031978236.
365. *Ibid.*
366. R. Decout-Paolini, « L'irrecevabilité d'un hôpital détenant une créance sur un usager à demander au juge des référés le versement d'une provision », *RDSS,* 2016. Il est intéressant de relever au demeurant que la version publiée de ces conclusions comprend de nouveaux arguments par rapport à la version originale qui nous avait été adressée, semble-t-il pour prendre en compte les critiques que nous avions formulée au principal intéressé. Tout un paragraphe a ainsi été ajouté (« Il convient de s'attacher non à l'apparence et au formalisme d'actes se présentant comme des conventions, mais à leur portée réelle [...]. Et sauf à vouloir ébranler quelques colonnes du temple, la responsabilité du service public hospitalier à l'égard des personnes accueillies dans ses établissements n'est pas regardée comme une responsabilité contractuelle », *idem*).
367. En ce sens, implicitement, les propos tenus en entretien par le président Denis Piveteau et reproduits en Annexe 4.
368. cf. not. *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La documentation française, 2008, p. 252

un caractère contractuel » [369]. Voilà pourquoi, malgré les apparences, il ne nous semble pas que la présente décision procède véritablement à un métissage du contrat. Elle réaffirme la solution antérieurement posée par le Conseil d'État, à savoir le rejet de la qualification contractuelle de la relation médicale, même au sein du secteur médico-social. Quelle est alors la portée de cette solution ?

98. L'arrêt *Hôpital de Prades*, sa portée. Par cette décision, le Conseil d'État vient nettement prendre position sur une question discutée parmi les juridictions administratives : celle de la nature des relations entre l'établissement médico-social et le patient usager. Alors que certaines juridictions retenaient la qualification contractuelle [370], les autres lui préféraient celle de situation statutaire [371]. Jusqu'à l'arrêt *Hôpital de Pradès*, le Conseil d'État n'avait pas encore permis aux juridictions du fond d'accorder leurs violons. Certes, dans deux arrêts de 2013 et de 2014, le Conseil avait utilisé l'expression « contrat de séjour », mais sans cependant révéler son intention de prendre parti sur cette question. D'ailleurs, l'entretien que nous avions pu réaliser avec le Président Denis Piveteau, quelques jours avant l'arrêt *Hôpital de Pradès*, révélait également qu'aux yeux de ce président de sous-section, cette question demeurait ouverte [372].

La solution dégagée dans l'arrêt *Hôpital de Pradès* paraît devoir s'imposer à l'avenir car plusieurs indices révèlent que cet arrêt constitue un arrêt de principe : **(1)** il a été rendu par deux sous-sections réunies, **(2)** il sera publié au recueil *Lebon*, **(3)** les conclusions de son rapporteur public sont également publiées à la *Revue de droit sanitaire et social* et manifestent clairement la volonté d'exclure la qualification contractuelle [373] et **(4)** cet arrêt prend position

369. *RDSS*, 2016, p. 182, conclusions sous CE, *Allilaire*, 15 déc. 2015, n° 377138, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000031640715.

370. CAA Nantes, 3e ch., 18 mai 2007, n° 06NT00419, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000018313576 ; CAA Marseille, 6 oct. 2008, n° 07MA03208, *inédit,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000020252623 ; CAA Bordeaux, 9 mar. 2010, n° 09BX01402, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000021995826 ; CAA Lyon, 8 avr. 2010, n° 08LY00765, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000022154657 ; TA Lyon, 31 mai 2012, *Petites affiches,* 5 sept. 2012, n° 178, p. 15 ; CAA Paris, 5 juil. 2012, n° 10PA05469, *inédit,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000026163159. Ces arrêts ne se contentent pas de retenir la qualification de contrat, ils en appliquent parfois le régime, même si les dispositions du code civil ne sont pas citées. Ainsi sont appliquées les règles sur la preuve (1er arrêt), celles sur la résiliation (3e, 4e et 5e arrêts), ou celles sur la force obligatoire (dernier arrêt).

371. CAA Bordeaux, 18 mar. 2010, n° 09BX00732, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000022057141 ; CAA Nancy, 30 mai 2011, n° 10NC01016, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000024115112.

372. À la question de savoir si l'utilisation de la qualification « contrat de séjour » par le Conseil d'État pouvait être comprise comme une consécration de la qualification contractuelle, D. Piveteau nous indiquait, à la fin de sa réponse : « La qualification contractuelle ne me semble donc pas très nettement affirmée ».

373. On y lit ainsi que le document remis à l'occasion de la conclusion du contrat d'hébergement et de soin, « qui améliore sensiblement l'information de l'usager sur les objectifs et la nature de sa prise en charge, ne saurait faire obstacle, dans le cadre juridique actuel, au rapport de droit public entre la personne accueillie et l'hôpital public et donner ainsi un caractère contractuel à la créance de l'établissement. On relève d'ailleurs que le "contrat de séjour" ne précise que le "coût prévisionnel" des prestations offertes » (R. Decout-Paolini, « L'irrecevabilité d'un hôpital détenant une créance sur un usager à demander au juge des référés le versement d'une provision », *RDSS,* 2016, p. 335).

sur une question controversée. Il est donc permis de penser qu'il s'agit là d'un arrêt de principe, dont les propos ont été mûrement réfléchis par les membres du Conseil d'État, analyse qu'un arrêt ultérieur[374] paraît avoir confirmé[375]. Pour autant, cette décision est-elle satisfaisante ? Autrement dit, que penser de sa valeur ?

99. L'arrêt *Hôpital de Prades*, sa valeur. Ce métissage apparent du contrat et du statut auquel procède l'arrêt *Hôpital de Prades* est critiquable, non pas tant parce qu'il mêlerait deux notions prétendument opposées, mais plutôt parce qu'il ne les mêle pas assez et aboutit ainsi à une solution peu satisfaisante d'un point de vue tant théorique que pratique. Expliquons-nous.

D'un point de vue théorique, lorsque le Conseil d'État affirme qu'une personne qui signe un contrat avec un établissement de santé n'est pas dans une situation contractuelle, le Conseil d'État pose une affirmation peu compréhensible pour le justiciable *lambda* : comment, se dit ce justiciable qui ne perçoit pas la subtilité du discours du juge administratif, peut-on reconnaître qu'un contrat a été formé et qu'il n'y a pas de « situation contractuelle » ? Quelle est donc cette théorie contradictoire que me propose ce juge ? Quant à l'initié, cette décision peut également lui apparaître peu satisfaisante car elle fait apparaître au grand jour une contradiction entre les discours des acteurs du droit : cette relation médicale particulière que le législateur, depuis les années 1990[376], et la Cour de cassation, depuis 2005[377] rattachent explicitement au contrat, se trouve appréhendée distinctement par le Conseil d'État qui y voit un statut. D'où l'idée, qui pourrait naître chez ces juristes spécialisés, que la solution retenue en 2016 par le Conseil d'État est théoriquement problématique car reposant sur une analyse distincte de celle retenue jusqu'à alors par les autres acteurs du droit.

La faiblesse de la solution retenue par le Conseil d'État est également d'ordre pratique.

374. CE, 5 juill. 2017, n° 399977

375. En ce sens G. Clamour, « Les chausses-trapes du contrat », *AJDA,* 2017.

376. *Loi relative aux conditions de fixation des prix des prestations fournies par certains établissements assurant l'hébergement des personnes âgées* 6 juil. 1990, n° 90-600, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000350692, art. 1er. L'objectif de ce contrat était, d'après les mots du rapporteur de ce texte à l'Assemblée nationale, de « définir un cadre juridique dans lequel les relations entre les résidents et les gestionnaires des établissements concernés seront mieux organisées » (Séance du 18 avr. 1990, *JOAN*, p. 427). Cette qualification sera reprise dans des lois ultérieures ; cf. *Loi tendant, dans l'attente du vote de la loi instituant une prestation d'autonomie pour les personnes âgées dépendantes, à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique de dépendance* 24 jan. 1997, n° 97-60, URL : http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000747703, art. 26 ; *Loi rénovant l'action sociale et médico-sociale* 2 jan. 2002, n° 2002-2, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000215460, art. 8 et 77 ; *Loi relative à l'adaptation de la société au vieillissement* 28 déc. 2015, n° 2015-1776, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000031700731, art. 27 et figure désormais à l'article L. 311-4 CSP. L'article L. 342-1 CASF, utilisé dans l'arrêt *Hôpital de Pradès*, n'est qu'une application du texte de droit commun que constitue l'article L. 311-4 CASF

377. Cass., 2e civ., *Association Clair-Soleil*, 12 mai 2005, n° 03-17.994, *Bull.*, II, n° 121, qui va même jusqu'à considérer qu'un contrat peut être formé, malgré l'absence de signature d'un tel document, dès lors que toutes les parties acceptent cette relation médico-sociale. *Adde* Cass., 1re civ., 15 déc. 2011, n° 10-25.740, *Bull.,* I, n° 220, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000024987618, qui approuve une cour d'appel d'avoir engagé la responsabilité contractuelle d'un établissement médico-social et non sa responsabilité délictuelle. En l'espèce, est donc rejeté le pourvoi des plaideurs qui recherchaient la responsabilité de l'établissement sur le fondement de l'art. 1384 al. 1er.

Quel est en effet le résultat auquel conduit l'arrêt *Hôpital de Pradès* ? Le rejet de la requête de l'hôpital, faute d'intérêt à agir [378]. Certes, l'hôpital ne sera pas dépourvu de tout moyen de recouvrer sa créance (tout de même plus de 45 000 € en l'espèce), mais il devra pour cela initier une autre procédure de recouvrement, unilatérale cette fois, laquelle sera très probablement contestée *in fine* par le requérant. Aussi, pratiquement, la décision du Conseil d'État n'apparaît pas très satisfaisante en ce sens qu'elle empêchera l'hôpital de Pradès de percevoir promptement, grâce à la procédure du référé-provision, les sommes qu'il estime lui être dues et le contraindra à passer par une procédure unilatérale où toute contestation sera traitée dans des délais de jugement probablement plus longs que ceux d'un référé provision.

Outre ce premier inconvénient, qui concerne l'établissement médico-social, cette décision paraît aussi défavorable au patient. En effet, en niant l'existence d'une situation contractuelle, l'arrêt vient réduire la portée du consentement que donne le patient et suggèrer par là que le prix des soins dus par ce dernier le seraient même s'il n'avait pas signé de contrat d'hébergement (alors pourtant qu'un tel contrat est imposé par la loi : article L. 342-1 précité). Toute autre aurait été la solution pour le patient et l'établissement de santé si le Conseil d'État avait reconnu ici la qualification contractuelle du contrat de séjour, d'autant que cette reconnaissance aurait été sans incidence sur la compétence du juge administratif pour connaître de ce contentieux [379], Où l'on voit, à nouveau [380], que les faiblesses théoriques, inhérentes au rejet de la qualification

378. Ceci découle de la jurisprudence *Préfet de l'Eure* (CE, 13 mai 1913, *S.*, 1915, p. 39, note M. Hauriou), suivant laquelle une personne publique ne peut pas demander au juge administratif une mesure qu'elle peut prendre par elle-même. En application de cette jurisprudence, il n'est pas permis à une personne publique de demander au juge administratif un titre exécutoire pour recouvrer sa créance si cette personne peut d'elle-même la recouvrer. Cette règle connaît toutefois une exception lorsque la personne publique agit sur le fondement d'un contrat. Dans ce dernier cas, la personne publique peut soit recourir au privilège du préalable, en fixant elle-même le montant de sa créance, soit demander au juge de fixer ce montant (cf., en dernier lieu, CE, *Département de l'Eure*, 24 fév. 2016, n° 395194, *Rec. Lebon,* URL : http://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2016-02-24/395194). Or, en l'espèce, le Conseil d'État ayant écarté la qualification contractuelle de la relation entre le patient et l'établissement médico-social, il n'était plus possible pour ce dernier d'échapper à la jurisprudence *Préfet de l'Eure*. D'où l'irrecevabilité de son action.

379. Ce point est souvent contesté. Ainsi, dans les conclusions du commissaire du gouvernement Alain Bacquet, sous l'arrêt *Tolub* précité (*AJDA,* déc. 1979, concl. A. Bacquet), il est soutenu que le Conseil d'État ne pourrait pas être compétent si l'existence d'un contrat était reconnue. De même, l'idée paraît présente dans les conclusions du rapporteur R. Decout-Paolini sous cet arrêt, lequel laisse entendre qu'admettre la qualification contractuelle ferait obstacle au maintien d'un rapport de droit public (« Mais ce document ["le contrat d'hospitalisation et de soin"], qui améliore sensiblement l'information de l'usager sur les objectifs et la nature de sa prise en charge, ne saurait faire obstacle, dans le cadre juridique actuel, au rapport de droit public », concl. préc., p. 335). Cette analyse est cependant erronée (rappr. B. Moron-Puech, « L'usager du service public hospitalier : un contractant ! », *RDSS,* 2017, p. 512-524). En effet, un tel contrat relèverait assurément du droit public, par application du critère du service public. Le Tribunal des conflits ou le Conseil d'État ont ainsi jugé à plusieurs reprises que le contrat conclu entre une personne publique et une personne privée, en vue de l'exécution même du service public, était un contrat administratif (cf. les nombreux arrêts cités par R. Chapus, *Droit administratif général*, 14e éd., 2000, n° 736 et notamment CE, Section, *Cons. Grimouard*, 20 avr. 1956, n° 33961, *Rec. Lebon,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007637338 ; TC, *Société d'approvisionnements alimentaires*, 24 juin 1968, n° 1917, *Rec. Lebon,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007606798). Or, tel est bien le cas du contrat conclu entre les usagers et l'établissement public de santé ou médico-social, puisque c'est par ce contrat qu'un tel établissement peut exécuter la mission de service public qui lui est confiée par les pouvoirs publics.

380. Cf., déjà, *supra* n° 92.

contractuelle de la relation médicale, ont de réelles incidences pratiques négatives pour les parties en présence.

Le Conseil d'État n'aurait-il pas toutefois pu éviter ces difficultés en procédant véritablement à un métissage du contrat ? N'aurait-on pas pu imaginer, par exemple, de transposer ici la solution dégagée à propos des concessions de service public, dont il est admis qu'elles contiennent des clauses réglementaires et des clauses statutaires [381] ? Concrètement, le Conseil n'aurait-il pas pu ici reconnaître que le contrat médical entre le patient et l'établissement de santé créait à la fois des effets statutaires (donner des soins conformes aux données acquises de la science, respecter l'obligation d'information, etc) et des effets contractuels (respecter les choix médicaux faits par le patients et payer le prix de la prestation promise) ?

Une réponse négative s'impose et cela pour les mêmes raisons que celles exposées à propos de l'arrêt *CGEE* [382] : reconnaître en l'espèce la dualité de la situation du malade — à la fois contractuelle et statutaire — n'était théoriquement pas pensable pour les conseillers d'État car, utilisant un seul et même outil pour désigner tout à la fois la procédure et les effets (soit le contrat soit le statut), il leur fallait des raisons très sérieuses pour admettre qu'une procédure unique puisse créer tant des effets contractuels que statutaires. Or, de telles raisons n'existaient pas ici, comme nous allons le voir en comparant la relation médicale en secteur médico-social et la concession.

Si, à propos des concessions, le Conseil a pu dépasser cette contrainte intellectuelle que constitue l'ambivalence du contrat, c'est parce la pluralité d'effets était trop évidente pour pouvoir être masquée et ramenée à l'unité. En effet, les deux types d'effets produits par une concession (effets réglementaires et effets statutaire) ont la même importance et sont en outre mentionnés de manière ferme dans des clauses distinctes. Il n'est donc pas possible de masquer l'un de ses effets au profit de l'autre.

De telles circonstances ne se retrouvent pas dans l'hypothèse de la relation médicale en secteur médico-social, où tout pousse au contraire les membres du Conseil d'État à masquer les effets contractuels derrière les effets statutaires : les différents effets n'ont pas la même importance quantitative — ces effets statutaires sont plus nombreux que les effets contractuels — et qualitative — les uns sont le fruit de la volonté du législateur et du gouvernement, les autres de la volonté des parties — et en outre les effets contractuels ne sont que timidement mentionnés puisque, comme le relève d'ailleurs le rapporteur public R. Decout-Paolini dans ses conclusions sous cet arrêt, le prix mentionné dans le contrat de séjour n'est qu'indicatif. Aucun élément tangible ne permet donc au Conseil d'État de lutter contre cette contrainte intellectuelle que constitue pour lui l'ambivalence du contrat, ce d'autant moins qu'une telle solution irait à l'encontre de sa jurisprudence antérieure refusant la qualification contractuelle aux usagers du service public de santé.

381. Sur cette distinction, cf. not. L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 9e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2014, nos 94 s.
382. *Supra* no 96.

Dans ces conditions, il n'était effectivement guère possible aux conseillers d'État, compte tenu de l'armature notionnelle qui est actuellement la leur [383], de procéder dans l'arrêt *Hôpital de Pradès* à un métissage du contrat et d'adopter par là une solution plus satisfaisante. Où l'on aperçoit bien que pour les acteurs du droit, aussi, l'ambivalence du contrat est problématique et que cette fois les difficultés induites ne sont pas seulement théoriques, comme elles pouvaient l'être en droit privé [384], elles sont également pratiques.

Si ces difficultés techniques tenant à la notion de contrat expliquent assurément la réticence du Conseil d'État à recourir à l'instrument contractuel pour analyser la relation médicale, elles ne sont pas les seules responsables. Ce rejet du contrat paraît également pouvoir s'expliquer par le fait que la relation entre l'usager et l'établissement public de santé, si elle peut effectivement correspondre à certains égards égards à la définition juridique du contrat, s'éloigne en revanche par trop de l'idée commune de contrat, autrement dit de sa représentation sociale. C'est là le second type de limite de l'instrument contractuel.

Section II Les faiblesses psychosociales du contrat

100. Le deuxième obstacle important à la qualification contractuelle résulte de la perception commune du contrat par les juristes, autrement dit ce que les spécialistes de la psychologie sociale appellent les représentations sociales [385]. L'étude de la relation médicale permet en effet de faire apparaître que si la qualification contractuelle soulève la réticence des acteurs du droit et de la science du droit, c'est également parce que la relation médicale s'éloigne assez largement de la représentation sociale du contrat telle que construite tant par l'enseignement du droit que par la pratique quotidienne du contrat par les juristes. Or, comme cette représentation sociale est, d'une manière générale, le premier savoir que les individus utilisent lorsqu'ils sont confrontés à des problèmes pratiques [386], il n'est guère surprenant que les juristes eux-mêmes y aient recours avant même de se référer à la définition d'un objet [387]. Appliqué à la relation médicale,

383. Comp. B. Moron-Puech, « L'usager du service public hospitalier : un contractant ! », *RDSS,* 2017, p. 512-524, usant des concepts mis en avant dans le présent travail pour proposer une solution satisfaisante à ce problème.

384. *Supra* n° 85.

385. Celles-ci peuvent être définies comme « le produit et le processus d'une activité mentale par laquelle les individus reconstituent le réel auquel ils sont confrontés et lui attribue une signification spécifique » (J.-C. Abric, « Méthodologie de recueil des représentations sociales » *in Pratiques sociales et représentations*, 2e éd., PUF, 1997). Sur ces représentations et leur étude, cf. not. S. Moscovici, *Psychologie sociale*, 3e éd., PUF, 2014 ; M.-L. Rouquette et P. Rateau, *Introduction à l'étude des représentations sociales*, PUG, 1998 ; P. Moliner et Ch. Guimelli, *Les représentations sociales*, PUG, 2015.

386. Sur le rôle des représentations sociales comme connaissance pratique, cf. D. Jodelet, « 13. Représentation sociale : phénomènes, concept et théorie » *in Psychologie sociale*, 3e éd., PUF, 2014, p. 366-367. Comme le dit cet auteur (*ibid.*), « [l]es représentations sociales sont des modalités de pensée pratique orientées vers la communication, la compréhension et la maîtrise de l'environnement social, matériel et idéel ».

387. Jusqu'à présent, il semble que les juristes n'aient eu recours aux représentations sociales que pour rendre compte de l'opinion commune des non juristes. C'est ainsi qu'Henri Batiffol pouvait développer plusieurs pages aux « représentations collectives » des Français pour tenter d'expliquer en quoi celles-ci avaient parfois pu exercer

ce mécanisme conduit les juristes à rejeter la qualification contractuelle. En effet, comme l'avait relevé François Terré il y a quelques années, les juristes sont généralement réticents à user du contrat dans des hypothèses « où la personne humaine est assez directement concernée », quand bien même cette qualification paraîtrait s'imposer au regard du code civil [388]. Dans l'hypothèse mentionnée par François Terré, cette réticence paraît résulter de l'association que font les juristes entre le contrat et l'argent. C'est, semble-t-il, cette association d'idées qui les fait hésiter à employer le terme de contrat lorsque la personne humaine est en jeu, car les juristes peuvent avoir l'impression qu'user du contrat c'est placer la personne humaine dans le commerce, ce qu'ils réprouvent. La perception du contrat comme instrument économique n'est pas cependant le seul élément de la représentation sociale du contrat qui pose problème. Il faut également y ajouter trois autres éléments tenant au fait que l'idée de contrat est souvent associée aux idées de liberté, de formalisme et de force obligatoire, idées qui paraissent peu présentes dans la relation médicale. Après avoir *exposé* ce phénomène de négation de la qualification contractuelle de la relation médicale à partir de la représentation sociale du contrat (**§ 1.**), il conviendra d'analyser la *portée* de ce phénomène, ce qui permettra alors de montrer que celui-ci ne peut pas être contrecarré par une définition juridique plus rigoureuse du contrat. Quels que soient les efforts de définition des juristes, ceux-ci ne pourront guère aller à l'encontre de la représentation sociale du contrat partagée par leurs semblables (**§ 2.**). D'où cette conclusion que les éléments de la représentation sociale du contrat, en ce qu'ils sont parfois en décalage avec la définition du contrat, constituent la seconde limite structurelle du contrat.

§ 1. Exposé des limites tirées de la représentation sociale du contrat

101. Une représentation sociale nourrie par des expériences différentes du contrat - Plan. Pour nier la qualification contractuelle de la relation médicale, les juristes s'appuient fréquemment [389] sur des éléments qui, tout en étant étrangers à la définition juridique du

quelqu'influence sur les solutions du droit international privé français (H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Bibliothèque Dalloz, Y. Lequette (préf.), réimpression, 2002 (1956), Dalloz, 1956, p. 174-180). *Adde*, plus récemment, N. Molfessis, « La perception commune du droit » *in Regards sur le droit*, sous la dir. de F. Terré, Dalloz, 2010.

388. F. Terré, « Sur la sociologie juridique du contrat », *APD,* 1968, p. 73.

389. La démonstration n'est toutefois pas toujours explicite, en particulier chez les acteurs du droit, qui se contentent parfois simplement de manifester leur gêne à l'égard de la qualification contractuelle sans en exposer les raisons. Ceci transparaît notamment dans les qualifications donnés à la relation médicale par certains parlementaires lors de l'examen de la loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades et la qualité du système de santé. L'on trouve ainsi les expressions de « contrat social implicite » (Fr. Giraud, séance au Sénat du 30 janvier 2002), de « sorte de contrat » (J. Blanc, séance au Sénat du 30 janvier 2002), de « contrat moral » (B. Murat, séance au Sénat du 30 janvier 2002). Le ministère de la santé de l'époque était d'ailleurs lui-même conscient de cette gêne que pouvait provoquer cette qualification contractuelle qu'il défendait pour sa part. Ainsi, devant les sénateurs, il indique : « [l]e recours au contrat, même si l'emploi de ce terme peut heurter les juristes, n'en demeure pas moins indispensable » (B. Kouchner, séance au Sénat du 30 janv. 2002).

contrat rappelée plus haut[390], n'en sont pas moins fondés au regard des idées communément partagées par les juristes sur cette notion[391]. Comme nous l'avons indiqué en introduction de cette section, les éléments de la représentation sociale du contrat autour desquels s'articule cette critique sont au nombre de quatre[392] : l'idée d'argent et plus largement celle d'échange économique, l'idée de liberté, l'idée de forme et l'idée de force obligatoire. Ces divers éléments, dont nous montrerons lors de leur étude respective qu'ils ne correspondent pas à la définition du contrat dont ils viennent indûment restreindre l'extension[393], ne procèdent pas exactement des mêmes approches du contrat. En reprenant les catégories suggérées par Jean Carbonnier et François Terré, lors de leur étude sociologique du contrat[394], il est permis d'opérer une distinction entre les éléments se rattachant aux « petits contrats » et ceux se rattachant aux « grands contrats ».

Dans la première catégorie, nous plaçons les contrats que nous concluons tous les jours et auxquels, pris isolément, ne sont pas attachés des enjeux considérables. Le premier de ces

La même gêne s'observe également chez certains juges aux XIXe et XXe siècle, à une époque où la qualification contractuelle n'a pas encore été consacrée avec force par la Cour de cassation (Cass., Civ., 3 mar. 1926, *DP.*, 1927, 1, p. 93, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k426047z/f99.item ; Cass., Civ., 8 fév. 1932, *GP*, 1932, 1, p. 733 ; Cass., Civ., *Mercier*, 20 mai 1936, URL : http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/cour-de-cassation-civ-20-mai-1936-mercier/). En effet, il est assez rare que les juridictions emploient expressément le terme de contrat ou de convention — ce qui a pu d'ailleurs conduire quelques auteurs à douter de l'existence de cette qualification avant l'arrêt *Mercier*. Ainsi, bien souvent, les juges préfèrent-ils user de périphrase plutôt que de parler de contrat.. L'on peut lire par exemple dans certains arrêts que le médecin a été « chargé de donner des soins » (T. civ. Gray, 29 juil. 1873, *D.*, 1874, 5, p. 436 ; CA Douai, 15 avr. 1897, *D.*, 1898, 2, p. 78), que son intervention procède d'un « acte volontaire et rémunéré de sa profession » (T. civ. Lille, 19 avr. 1905, *GT*, 1905, vol. 1, 2, 44) ou encore que le « demandeur s'était obligé de payer les honoraires du médecin » alors que le pourvoi retenait explicitement la qualification contractuelle de la relation médicale (Cass., Req., 4 déc. 1872, *S.*, 1872, 1, p. 430). C'est sans doute ce même malaise qui permet de comprendre pourquoi, même lorsque la qualification contractuelle aura été nettement affirmée par la Cour de cassation, les juges du fond, amenés à qualifier plus précisément ce contrat, opteront souvent alors pour la qualification de contrat *sui generis* (CA Douai, 21 juin 1932, *Rec. Douai*, p. 293 ; T. civ. Belfort, 19 déc. 1934, *GP*, 1935, 1, p. 919).

390. *Supra* n° 60.

391. Rappr. M. Bacache, « Longue vie à l'arrêt *Mercier* », *RDC,* 2011, 1, n° 12, où l'autrice explique l'absence prétendue du recours au contrat avant l'arrêt *Mercier* par « [l]'aspect moral et psychologique des rapports qu'entretient un médecin avec son patient ainsi que la nature de l'objet de la prestation médicale, le corps humain ».

392. Le fait que nous ayons ici dissocié ces éléments pour pouvoir les étudier de manière analytique n'implique nullement que ceux-ci n'aient aucun lien entre eux. Par exemple, à s'en tenir aux idées de liberté et d'économie, il est permis de penser que l'idée de liberté implique en grande partie celle d'économie : liberté, renvoie à libéralisme, qui renvoie lui-même avant tout aux échanges économiques. Sur ces liens existant entre des éléments présents au sein d'une représentation sociale, cf. M.-L. Rouquette et P. Rateau, *Introduction à l'étude des représentations sociales*, PUG, 1998, p. 40-43.

393. Sur l'extension des concepts et notions cf. *infra* n° 44.

394. Not. F. Terré, « Sur la sociologie juridique du contrat », *APD,* 1968, p. 80 ; J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 2001, p. 339. Précisons néanmoins que, derrière l'unité des mots, les réalités diffèrent puisque par « petits contrats » ces auteurs entendent désigner d'autres objets que ceux ci-après évoqués. Si l'on devait rapprocher la distinction ci-après évoquée d'une distinction faite par l'un des auteurs précités, ce serait plutôt de la distinction proposée par J. Carbonnier entre les contrats relevant d'un « courant archaïque » (les « grands contrats ») et ceux relevant d'un « courant moderniste » (J. Carbonnier, « Sociologie de la vente », *Travaux et conférences de l'Université Libre de Bruxelles,* 1960, vol. VIII, (reproduit dans *Écrits de Jean Carbonnier*, PUF, 2008, p. 521-525), p. 150-153).

contrats est assurément la vente des biens dont nous usons quotidiennement. De tels contrats ont donc un aspect économique très marqué puisque l'une des prestations est monétaire. En outre, la liberté des individus y est grande. Pour raisonner sur l'exemple usuel de l'achat d'un pain, les individus sont libres d'acheter ou non du pain, ils sont libres de choisir la boulangerie où ils souhaitent faire cet achat et ils sont libres de choisir le pain qui les intéresse ainsi que, à partir d'un certain montant, le mode de paiement. Dans ces « petits contrats », l'on retrouve donc les deux premiers éléments évoqués plus haut de la représentation sociale du contrat : la liberté et le caractère économique du contrat (**A.**).

À côté de ces « petits contrats », avant tout, instruments d'échanges économiques libres figurent les « grands contrats », avant tout instruments de prévision. Dans cette deuxième catégorie, figurent les contrats engageant fortement les individus et qui, de ce fait, sont pratiquement tout le temps encadrés par un certain formalisme de manière à permettre aux parties de prendre conscience de la portée de leurs actes. Dans cette catégorie peuvent être mentionnés le contrat de bail, la vente d'immeuble, le contrat de crédit ou encore, dans une moindre mesure, le contrat de travail. De tels contrats exacerbent l'idée de force obligatoire — les engagements des parties sont considérables et il ne leur est généralement pas permis de revenir dessus — et de formalisme (**B.**).

A. La restriction de l'extension du contrat sous l'influence des « petits contrats »

102. Plan. Les « petits contrats », ceux que les juristes concluent au quotidien, forgent en eux l'idée que le contrat serait avant tout un instrument adapté aux échanges économiques libres de toute contrainte étatique, ce qui va pourtant à l'encontre de la définition du contrat. Après avoir pris conscience de cette tendance restrictive à partir de l'exemple de la relation médicale (**1.**), il conviendra de critiquer ce phénomène en montrant en quoi les idées de liberté et d'échange économique, partie intégrante de la représentation du contrat, n'en sont pas moins étrangères à la définition du contrat, de sorte qu'elles réduisent indûment l'extension de cet outil (**2.**).

1. La manifestation de cette restriction dans la relation médicale

103. Plan. L'étude des discours juridiques relatifs la relation médicale permet de mettre nettement en lumière l'influence des « petits contrats » sur la représentation que les juristes se font du contrat. Il arrive en effet fréquemment que les acteurs du droit ou de la science du droit refusent de qualifier la relation médicale de contractuelle au motif que celle-ci ne laisserait pas suffisamment de place à la liberté des individus (**a.**) ou encore qu'elle n'aurait pas un aspect économique assez marqué (**b.**).

a. Une qualification contractuelle refusée au motif d'une liberté insuffisante

104. Plan. Parmi les critiques reposant sur la représentation sociale du contrat, la critique reposant sur l'idée de liberté est de loin la plus fréquente, sans doute compte tenu de la place qu'a occupée et qu'occupe encore aujourd'hui, en droit des contrats, la théorie de l'autonomie de la volonté [395].

Tout imprégnés de cette théorie, sans en être toujours conscients [396], les auteurs estiment que la relation médicale ne saurait relever du contrat car on ne retrouve pas les principales manifestations de la liberté contractuelle, récemment codifiées [397], à savoir la liberté de contracter, la liberté de choisir son cocontractant et la liberté de choisir le contenu de son contrat [398].

105. L'absence de liberté de contracter. Pour s'opposer à la qualification contractuelle de la relation médicale, les auteurs font parfois valoir que ni le professionnel de santé, ni le patient n'auraient la liberté de contracter.

Du côté du professionnel de santé, quatre arguments sont invoqués pour nier la liberté de contracter. Tous ces arguments ont pour point commun de reposer sur l'idée que le professionnel de santé serait tenu de prêter des soins aux patients s'adressant à lui. La seule différence entre ces arguments tient au fondement de cette obligation. Selon les auteurs, il provient :

— De la déontologie : le serment d'Hippocrate [399] ;
— Du droit pénal : le délit de non-assistance à personne en danger [400] ;
— Du droit de la consommation : le refus de vente appliqué au secteur médical [401] ;
— Du statut des professionnels de santé travaillant dans les établissements publics de

395. Sur laquelle cf. V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, t. 16, PUF, 1980.
396. Parmi les auteurs critiquant la qualification contractuelle, rares sont ceux qui s'y réfèrent expressément. Cf. toutefois, D. Thouvenin, « La référence au contrat de soins dans les expérimentations sur l'Homme » *in Éthique médicale et droit de l'Homme*, Actes Sud et Inserm, 1988, p. 126.
397. Art. 1102 nouv. c. civ. : « 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 ».
398. L'argument tiré de la liberté des formes de contracter, généralement évoqué par les auteurs comme corollaire du principe de liberté contractuelle (not. L. Dikoff, « L'évolution de la notion de contrat » *in Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 207), ne se retrouve pas en revanche dans les discours sur la relation médicale.
399. J. Bellissent, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat : À propos de l'évolution des ordres de responsabilité civile*, sous la dir. de R. Cabrillac, thèse de doct., 2001, LGDJ, n° 850 ; M. Girer, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : Essai de remise en cause du contrat médical*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., 2008, LEH, p. 47 ; I. Alquier, *Le statut du patient en établissement de santé privé*, sous la dir. de L. Dubouis, thèse de doct., Université Paul Cézanne-Aix-Marseille III, 2011, p. 240 ; L. Bloch, « Objectivisme et subjectivisme dans l'acte médical » *in Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Lexisnexis et Dalloz, 2012, p. 749.
400. B. Mansart, *La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient*, sous la dir. de P. Jourdain, thèse de doct., 1999, n° 531 ; J. Bellissent, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat : À propos de l'évolution des ordres de responsabilité civile*, sous la dir. de R. Cabrillac, thèse de doct., 2001, LGDJ, n° 850.
401. M. Girer, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : Essai de remise en cause du contrat médical*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., 2008, LEH, n° 379, p. 343.

santé [402] ou, si l'on se place au niveau de la structure d'accueil, de l'obligation pesant sur ces mêmes établissements de recevoir les patients [403].

Quant au patient, il est avancé que celui-ci ne serait pas libre de contracter car il serait contraint par sa maladie [404]. Cette fois, la contrainte serait non pas juridique, comme pour le professionnel de santé, mais factuelle.

106. L'absence de liberté de choisir son cocontractant. Se plaçant également sur le terrain de la liberté de choisir son cocontractant, les auteurs critiquant la qualification contractuelle, usent de plusieurs arguments.

Tout d'abord, sur un plan factuel, il est parfois relevé que le patient est dans un tel état de fragilité psychologique qu'il n'est pas en mesure de choisir la personne le soignant [405].

Ensuite, au plan de la technique juridique, des auteurs prétendent écarter la qualification contractuelle en s'appuyant sur les contraintes directes et indirectes à la liberté de choix du patient. Cela a été soutenu :

— Pour le soin en secteur public, où les textes empêcheraient le patient de choisir son médecin [406] ;
— Pour le soin en secteur libéral, du fait de l'instauration du médecin traitant [407] ;
— Pour le médecin du travail, que le patient ne serait pas libre de choisir en l'état actuel des textes [408].

107. L'absence de liberté de négocier le contenu du contrat. Enfin, et cette fois l'argument se retrouve tant chez les acteurs de la science du droit que chez les acteurs du droit, la qualification contractuelle se trouve niée au motif que les parties à la relation médicale ne seraient pas libres de fixer le contenu de leur contrat.

Cette absence de liberté s'appuie parfois sur le constat suivant lequel le malade ne chercherait nullement à négocier le contenu du contrat médical [409]. En effet, certains auteurs estiment

402. *GP,* 1937, vol. 2, note anonyme sous CA Colmar, 24 déc. 1936.
403. M. Girer, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : Essai de remise en cause du contrat médical*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., 2008, LEH, n° 175.
404. L. Bloch, « Objectivisme et subjectivisme dans l'acte médical » *in Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Lexisnexis et Dalloz, 2012, p. 749 ; B. Mansart, *La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient*, sous la dir. de P. Jourdain, thèse de doct., 1999, n° 531.
405. B. Mansart, *La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient*, sous la dir. de P. Jourdain, thèse de doct., 1999, n° 531.
406. *GP,* 1937, vol. 2 ; M. Mignon, « Le fondement juridique de la responsabilité civile des médecins et chirurgiens », *D.,* 1950, chron., 27, p. 124, col. 2. Cela n'est aujourd'hui guère plus soutenu, même chez les auteurs particulièrement critiques envers la qualification contractuelle (not. L. Bloch, « Objectivisme et subjectivisme dans l'acte médical » *in Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Lexisnexis et Dalloz, 2012, p. 750). En effet, la législation actuelle permet au patient de conserver un certain choix de l'établissement public de santé, voire du service lorsqu'il existe plusieurs services au sein de cet établissement.
407. M. Girer, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : Essai de remise en cause du contrat médical*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., 2008, LEH, n° 41-42.
408. *Ibid.*, n° 232.
409. M. Morlaas-Courties, *L'indemnisation des victimes d'accident thérapeutiques*, sous la dir. de J. Calais-

que le malade étant incompétent, il ne serait pas en mesure de négocier le contenu du contrat, d'où ils en déduisent que la qualification contractuelle serait impossible [410].

Surtout, des auteurs nient la qualification contractuelle au motif que les parties au contrat médical ne pourraient que rarement aménager le contenu de ce contrat, compte tenu de l'accroissement de la régulation de cette relation par des normes extra-contractuelles [411].

Ces arguments, maniés depuis longtemps par les publicistes [412], ont emporté l'adhésion des juridictions administratives, puisque c'est notamment au vu de l'argument tenant à l'absence de liberté de détermination du contenu que ces juridictions ont rejeté la qualification contractuelle. En effet, dans ses conclusions sous l'arrêt *Tolub* précité de 1979 [413], le second argument invoqué par le commissaire du gouvernement Alain Bacquet pour nier la qualification contractuelle résulte de l'absence de possibilité pour les parties de négocier le contenu de leur relation. Les conditions de cette relation sont, dit Alain Bacquet « totalement déterminées par une réglementation aussi abondante que minutieuse » [414]. Le même argument est encore aujourd'hui retenu par les membres du Conseil d'État pour justifier leur solution. Ainsi, en entretien, Denis Piveteau justifiait-il la « situation unilatérale » de l'usager par le fait que ce dernier se voit

Auloy, thèse de doct., Montpellier I, 1999, n° 66.

410. M. Mignon, « Le fondement juridique de la responsabilité civile des médecins et chirurgiens », *D.,* 1950, chron., 27, p. 124 ; B. Mansart, *La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient*, sous la dir. de P. Jourdain, thèse de doct., 1999, n° 532 ; M. Morlaas-Courties, *L'indemnisation des victimes d'accident thérapeutiques*, sous la dir. de J. Calais-Auloy, thèse de doct., Montpellier I, 1999, n° 66.

411. B. Mansart, *La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient*, sous la dir. de P. Jourdain, thèse de doct., 1999, n° 541 ; M. Morlaas-Courties, *L'indemnisation des victimes d'accident thérapeutiques*, sous la dir. de J. Calais-Auloy, thèse de doct., Montpellier I, 1999, n° 66 ; A. Issa, *La responsabilité médicale en droit public libanais et français*, sous la dir. de M.-R. Tercinet et F. Farhat, thèse de doct., 2012, p. 88 ; A. Catherine, *Pouvoir du médecin et droits du patient : L'évolution de la relation médicale*, sous la dir. de M.-J. Redor-Fichot, thèse de doct., Université de Caen Basse-Normandie, 2011, p. 168. Rappr. D. Thouvenin, « Le rôle du consentement dans la pratique médicale », *Médecine & Droit,* 1994, 6, p. 58 qui, pour nier l'existence d'un consentement du patient lorsqu'il autorise le médecin à porter atteinte à son intégrité corporelle, estime que « le consentement ne saurait jouer aucun rôle, car cela reviendrait à autoriser les citoyens à modifier le contenu même de la loi pénale en fonction de leurs intérêts privés ».

412. L'argument fut d'abord développé pour les services publics en général. Cf. not. cet article fondateur : L. Duguit, « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », *RDP,* 1907, url : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k111157c/f410.item, spé. p. 428, où l'auteur écrit : « Dans la conception juridique venue du droit romain et passée dans le Code civil par l'intermédiaire de Dumoulin et de Pothier, le contrat implique un acte volontaire libre et conscient de la part de chaque contractant. On veut dire non seulement que les deux contractants doivent vouloir en pleine liberté, mais encore que chaque partie doit être entièrement libre de faire ou non le contrat, que si elle le fait c'est parce qu'elle le veut bien, et qu'elle pourrait parfaitement ne pas le faire. La liberté des parties est le principe essentiel du régime contractuel. Ce principe s'applique-t-il dans les rapports des particuliers et du concessionnaire ? Non ».

Puis, il fut étendu au service public de la santé en particulier. Cf. en premier lieu R. Savatier et al., *Traité de droit médical*, Libraires techniques, 1956, n° 502 ; J.-M. Lemoyne de Forges, *Le statut de l'hospitalisé en France*, sous la dir. de R. Drago, thèse de doct., Université de Paris, 1972, p. 44 s.

413. CE, Section, *Tolub*, 23 fév. 1979, *Rec. Lebon*, p. 80.

414. *AJDA,* déc. 1979, concl. A. Bacquet, p. 33. *Adde*, plus récemment, ces propos d'un rapporteur public devant le tribunal administratif de Lyon : « loin d'avoir été négociées par les parties, [les stipulations du "contrat de séjour"] ne sont que la reproduction (parfois infidèle et donc illégale, nous y reviendrons) de la loi et du règlement de service. L'utilisation du terme "contrat" ne change donc rien à la situation légale et règlementaire » : *LPA,* 5 sept. 2012, 178, rapp. F. Béroujon.

« propose[r] une offre qu'il ne peut pas négocier ». Où l'on retrouve en filigrane l'idée de l'absence de liberté pour l'usager de choisir le contenu de son contrat.

108. Tous ces différents arguments révèlent bien la prégnance de l'idée suivant laquelle la qualification contractuelle ne peut être retenue que pour les actes qui, à l'image de ces « petits contrats » que les juristes concluent quotidiennement, révèlent la liberté des contractants. L'influence de ces « petits contrats » sur la représentation sociale que les juristes retiennent du contrat se manifeste également dans leur exigence d'un aspect économique du contrat.

b. Une qualification contractuelle refusée au motif d'un caractère économique insuffisamment marqué

109. Depuis qu'ils savent, à l'issue le plus souvent de leur deuxième année de droit, que nombre des échanges humains qu'ils nouent avec autrui sont des contrats, les juristes regardent d'un autre œil leur quotidien. Désormais, ils savent que, chaque fois qu'ils achètent du pain, ils concluent un véritable contrat. Or, comme ces contrats conclus quotidiennement sont le plus souvent des contrats comprenant une contrepartie monétaire, les juristes peuvent avoir tendance à associer le contrat à l'idée d'argent. Au demeurant, l'idée est partagée chez les profanes qui ont souvent aussi du contrat une image liée à l'argent puisque les objets auxquels les profanes donnent ce nom (contrat de travail, contrat de vente [immobilière]) ont eux aussi un caractère économique marqué.

Or, l'association du contrat avec l'idée d'un échange économique apparaît problématique pour l'analyse de la relation médicale. En effet, si l'on conçoit le contrat comme un objet relevant du monde marchand et non comme un simple instrument créant des normes [415], alors il devient difficile d'appliquer cet outil à la relation médicale dont les médecins [416] et les juristes soulignent volontairement le caractère non marchand, ne serait-ce que pour éviter de laisser à penser que les médecins feraient du commerce sur le corps des individus, ce qui apparaîtrait comme une affirmation contraire à la morale ou à l'éthique. En s'intéressant aux seuls discours des juristes, une telle tendance à disqualifier l'analyse contractuelle, compte tenu du caractère

415. L. Dikoff, « L'évolution de la notion de contrat » *in Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 207 ; J. Ghestin, « La notion de contrat », *D.,* 1990, p. 154-156.

416. Le code de déontologie médicale des médecins comprend par exemple un très grand nombre de dispositions tendant — du moins en apparence — à empêcher les médecins de pratiquer la médecine comme un commerce. Ce principe est posé par l'article R. 4127-19 CSP : « La médecine ne doit pas être pratiquée comme un commerce. / Sont interdits tous procédés directs ou indirects de publicité et notamment tout aménagement ou signalisation donnant aux locaux une apparence commerciale. ». Il est décliné ensuite dans au moins 25 articles sur les 112 que comprend ce code (art. R. 4127-13, -20 à -27, -52, -55, -57, -62, -67, -74, -78, -79 à -82, -86, -90 et -97 à -99).

L'affirmation se retrouve aussi dans les écrits académiques des médecins. Cf. not. A. Grimaldi et O. Lyon-Caen, « Pour une réforme du système de santé », *Le Débat,* 1er nov. 2011, vol. n° 167, doi : 10.3917/deba.167.0100, url : http://www.cairn.info/article.php?ID_ARTICLE=DEBA_167_0100, n° 25, affirmant que « le marché ne permet pas de répondre aux besoins de santé » et que « la santé ne saurait être soumise aux lois du marché ».

non marchand de la santé et donc de la relation médicale, s'observe tant dans le discours des acteurs du droit que dans celui des acteurs de la science du droit.

110. Si l'on étudie tout d'abord le discours des parlementaires, l'on trouve de temps à autre des propos condamnant l'analyse contractuelle de la relation médicale au motif que celle-ci impliquerait par elle-même une marchandisation inacceptable du corps humain [417].

Le propos se retrouve également occasionnellement dans les propos de certains juges administratifs [418] ou judiciaires [419].

417. Cf. les propos des députés Michel Vaxès affirmant lors des débats parlementaires sur la future loi relative à la bioéthique du 7 juin 2011 (nous mettons en gras) : « En réponse aux objections de nos collègues auteurs de cet amendement, je dirais qu'**il n'y a pas marchandisation, pas contrat**. En effet, **pour qu'il y ait contrat, il doit y avoir deux personnes** : une qui offre et l'autre qui reçoit ; **une qui vend et l'autre qui achète** ». *Adde* les propos du même député dans AN, 2e séance du 10 févr. 2011, *JOAN*, p. 1022. Dans le même sens, lors de l'examen du même texte, cf. les propos de Jean-Pierre Brad : AN, 1re séance, 9 févr. 2011, *JOAN*, p. 901.

418. *LPA,* 5 sept. 2012, 178, rapp. F. Béroujon, où le rapporteur public, évoquant l'expression « contrat de séjour » utilisé par le législateur pour désigner la relation médico-sociale, critique notamment « l'utilisation d'un vocabulaire plutôt réservé à la sphère marchande ». Ce rapporteur public n'est cependant pas suivi par la juridiction dans cette affaire, puisque celle-ci retient bien finalement l'analyse contractuelle.

419. F. Dreifuss-Netter, « Le droit médical, laboratoire de la responsabilité civile ? *(table ronde)* » *in Quel avenir pour la responsabilité civile ?*, sous la dir. de Y. Lequette et N. Molfessis, Dalloz, 2014, p. 63 où l'autrice justifie ainsi le refus de la Cour de cassation d'appliquer la responsabilité du fait des produits défectueux aux établissements de santé (nous mettons en gras) : « nous avons considéré que cet arrêt [de la CJUE] excluait du champ de la directive tous les professionnels de santé, tous les prestataires de service de santé. Nous n'étions pas obligés de choisir cette interprétation, et nous aurions sans doute pu en retenir une plus restrictive. . .Mais ce que nous avons considéré, c'est que le soin est quelque chose qui sort du circuit économique de distribution des produits. [. . .] Nous avons pris comme postulat que la préoccupation principale de tous les professionnels de santé, qu'ils soient médecins ou établissements, c'était le soin, et non le fait de participer à une chaîne économique de distribution de produits de santé ».

L'argument est d'autant plus intéressant qu'il n'était semble-t-il nullement indispensable pour parvenir à ce résultat, ce qui montre l'importance de cet argument, dont Fr. Dreifuss-Netter indique en entretien qu'il constituait « un peu un vœu pieux » (cf. *infra* Annexe 3). En effet, il aurait été possible de parvenir à un même résultat en recourant à une interprétation téléologique de la directive. En s'appuyant sur le premier considérant de la directive, où il est indiqué que celle-ci cherche à protéger les consommateurs, il pourrait être soutenu que celle-ci ne doit pas s'appliquer au marché de la santé dans la mesure où celle-ci lèserait les consommateurs. En effet, comme l'ont souligné plusieurs économistes de la santé (cf. not. R. Pellet, « 37. L'Europe et la concurrence en matière de santé », *Hors collection,* 1er juin 2009, URL : http://www.cairn.info/article.php?ID_ARTICLE=SCPO_BRAS_2009_01_353), il est nécessaire, si l'on souhaite protéger au mieux le consommateur, de ne pas laisser le principe de liberté s'appliquer au marché de la santé. Une telle interprétation restrictive de la directive pourrait d'autant plus être retenue que, s'agissant d'une harmonisation partielle par voie de directive (*Directive relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux*, 25 juill. 1985, n° 85/374/CEE, cons. 1), les états membres seraient tout à fait en droit d'invoquer des raisons de santé publique pour déroger aux règles de liberté du marché. La CJUE l'a d'ailleurs admis, cf. not. CJCE, *Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne*, 11 août 2008, n° C-141/07, URL : http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62007CJ0141&lang1=fr&type=TXT&ancre=, cons. 45 s.

Ajoutons que cette interprétation éviterait la critique technique qui a été adressée à l'arrêt de la Cour de cassation, à savoir le fait qu'il est artificiel de considérer l'établissement de santé comme un utilisateur du produit, dans la mesure où les établissements et, plus généralement, les professionnels de santé contribuent à la production du produit de santé dont il était question dans l'arrêt — une prothèse dentaire — en l'adaptant à la morphologie du client (*RTD Civ.,* 2012, note P. Jourdain, p. 740 et *D.,* 2013, note M. Bacache, p. 2440, n° 9). À cela l'ont pourrait également ajouter qu'il arrive parfois que des produits de santé soient produits sur commande des professionnels de santé de sorte que, là encore, il paraît artificiel de leur nier cette qualité. Mieux vaut, dès lors, leur reconnaître cette qualité, tout en les excluant du champ d'application de la directive, au

Le propos est surtout très présent chez les acteurs de la science du droit qui éprouvent des réticences à parler de contrat pour la relation médicale, compte tenu de la marchandisation que cela impliquerait selon eux [420].

2. Une restriction indue de l'extension du contrat

111. Plan. Bien que récurrents dans les discours juridiques, ces arguments tirés de la faible place laissée à la liberté des parties à la relation médicale ou encore de l'absence du caractère économique de ce contrat sont dépourvus de pertinence. Sans s'attarder ici sur les nombreux arguments qui pourraient être mis en avant pour contester ce caractère prétendument non libre ou non économique de la relation médicale, il y a simplement lieu de relever, aux fins de la démonstration ici entreprise, que ces deux éléments, bien que manifestement présents dans la représentation sociale des juristes, ne sont nullement pertinents au regard de la définition du contrat. En effet, il peut être montré que le droit français n'érige nullement en élément constitutif du contrat l'existence d'une importante liberté laissée aux parties (**a.**) ou encore le caractère économique de leur relation (**b.**).

a. Une définition du contrat n'imposant pas la liberté totale des parties

112. Lorsque les auteurs refusent la qualification contractuelle à la relation médicale pour le motif qu'elle ne laisserait pas assez de place à la liberté, ils érigent nécessairement la liberté en élément constitutif du contrat. Si tel n'était pas le cas, alors ils ne pourraient pas argüer de cet argument pour nier la qualification contractuelle. Pourtant, malgré certains propos ambigus de quelques auteurs [421], une telle affirmation ne repose sur aucun fondement sérieux. Nulle part dans le discours du droit relatif au contrat ou dans celui de la doctrine spécialisée [422], l'on ne peut trouver de sources subordonnant la définition du contrat à une telle condition.

moyen d'une application téléologique de celle-ci.

420. J. Bellissent, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat : À propos de l'évolution des ordres de responsabilité civile*, sous la dir. de R. Cabrillac, thèse de doct., 2001, LGDJ, n° 901 ; M. Girer, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : Essai de remise en cause du contrat médical*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., 2008, LEH, n° 86 ; rappr. F. Dreifuss-Netter, « Feue la responsabilité civile contractuelle du médecin ? », *RCA,* oct. 2002, chron., 17 ; J. Bourdoiseau, *L'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des obligations*, sous la dir. de F. Leduc, thèse de doct., Université François Rabelais, 2010, LGDJ, n° 35.

421. F. Collart-Dutilleul, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique ? » *in La nouvelle crise du contrat*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 226, pour qui les divergences dans la définition du contrat « tiennent aussi à la conception personnelle que chaque auteur se fait de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté ». Rappr. S. Wyszogrodzka, *Étude comparative de l'erreur-obstacle en droit français et du dissentiment en droit polonais*, sous la dir. de D. Legeais, thèse de doct., Université Paris Descartes, 2011, n° 362, qui suggère que la définition française du contrat comme accord des volontés laisse apercevoir la théorie sous-jacente de l'autonome de la volonté, là où la définition polonaise du contrat, comme accord des déclarations de volonté, fait transparaître la théorie de la confiance légitime.

422. L'argument se retrouve en revanche chez des auteurs spécialisés dans des matières autres que le droit des contrats. Pour un exemple venant d'un « travailliste », cf. G. Morin, « Les tendances actuelles de la théorie des contrats et les relations du réel et des concepts. À propos des articles de M. Josserand », *RTD civ.,* p. 12 et 22-24.

113. S'agissant tout d'abord des textes du droit positif, si, depuis la réforme du droit des contrats, le principe de liberté contractuelle a bien désormais une assise textuelle [423], ce principe n'en est pas pour autant un élément de définition du contrat. Cette définition figure à l'article 1101 du code civil et ne mentionne nullement l'exigence de liberté.

Le seul élément de définition du contrat qui se rapporte un tant soit peu à l'exigence de liberté est l'exigence d'un consentement qui ne soit entaché d'aucun vice. Cependant cette exigence suffit ; point n'est besoin que ne pèse sur ce consentement aucune contrainte juridique ou factuelle. Preuve en est par exemple que la violence n'entraîne la nullité du contrat que si elle est injuste, ce que n'est pas par exemple en soi la menace d'exercice d'une voie de droit [424]. Or, une telle exigence d'un consentement non vicié se retrouve incontestablement pour la relation médicale. L'article L. 1111-4 du code de la santé publique dispose en effet que le consentement du patient doit être « libre et éclairé ».

114. Même à se placer dans le discours des acteurs de la science du droit spécialisés en droit des contrats, l'on n'y trouve nullement une affirmation claire de ce que la liberté contractuelle serait un élément de définition du contrat. Certes, les auteurs spécialisés en droit des contrats ont pu, par le passé, exacerber le rôle de la liberté contractuelle, sous l'influence du dogme de l'autonomie de la volonté. Pour autant, ce dogme n'a jamais eu une fonction définitoire dans le discours des acteurs de la science du droit. Sa première fonction était explicative et c'est encore sous cette fonction que la plupart des auteurs y font aujourd'hui référence, même lorsqu'ils le critiquent [425]. L'on comprend d'ailleurs pourquoi le Conseil constitutionnel s'est refusé, après certes quelques hésitations [426], à consacrer une quelconque valeur juridique au

423. Art. 1102 nouv. c. civ. : « 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 ».

424. Art. 1141 nouv. c. civ.

425. Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 12e éd., LexisNexis, 2012, n° 79, soulignant que « Le principe de l'autonomie de la volonté ne permet plus aujourd'hui d'*expliquer* le droit des contrats ». *Adde* M.-S. Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, sous la dir. de M.-A. Frison-Roche, thèse de doct., Paris IX, 2001, Dalloz, n° 184 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations : 1 - Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., PUF, 2012, p. 65 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : Le contrat — Le consentement*, 2013, n° 180 ; F. Chénédé, « Contrat » *in Hommage à Georges Rouhette*, Dalloz, 2014, n° 8. Voir déjà P. Durand, « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », *RTD Civ.*, 1944, n° 4.

426. CC, *Loi créant les plans d'épargne retraite*, 20 mar. 1997, n° 97-388 DC, *JORF*, URL : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1997/97388dc.htm, où le Conseil indique qu'il « ne résulte ni de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen ni d'aucune autre norme de valeur constitutionnelle un principe constitutionnel dit de l'"autonomie de la volonté" ». Comp. antérieurement, à une époque où la théorie de l'autonomie de la volonté occupait une place doctrinale de premier rang : CC, *Proposition de loi déposée par MM. Bajeux et Boulanger, sénateurs, tendant à la stabilisation des fermages (et à abroger le décret n° 59-175 du 7 janvier 1959 relatif au prix des baux à ferme)*, 27 nov. 1959, n° 59-1 FNR, *JORF*, URL : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1959/591fnr.htm ; CC, *Proposition de loi déposée par M. Blondelle, sénateur, et tendant à déterminer les conditions suivant lesquelles seront fixés par décret les prix d'objectif de certains produits agricoles*, 8 sept. 1961, n° 61-3 FNR, *JORF*, URL : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1961/613fnr.htm et encore CC, *Nature juridique de certaines dispositions du Code rural, de la loi du 5 août 1960 d'orientation agricole, de la loi du 8 août 1962 relative aux groupements agricoles d'exploitation en commun et de la loi du 17 décembre 1963 relative au bail à ferme dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion*, 28 nov. 1973, n° 73-80 L, *JORF*, URL : www.conseil-constitutionnel.fr/

principe d'autonomie de la volonté. Si, parfois, les auteurs ont quelque peu modifié la fonction de ce principe, notamment pour en faire un instrument de défense d'une législation libérale du contrat par opposition à une législation interventionnaiste et solidariste [427], ils ne l'ont pas utilisé comme élément de définition. Par conséquent, quel que soit le discours étudié (discours du droit ou discours des spécialistes du droit des contrats), il ne paraît pas possible de dire que la liberté contractuelle — dans toutes ses composantes — serait un élément de définition du contrat. Pour qu'il y ait contrat il suffit que la personne consente [428].

115. Il pourrait cependant nous être objecté que si la liberté contractuelle n'est pas un élément de définition, elle n'en est pas moins le fondement même du contrat, de sorte qu'en l'absence d'une telle liberté, le fondement du contrat devrait faire défaut [429]. Cependant, même ainsi formulé, l'argument n'est pas pleinement convaincant. En effet, d'importants auteurs ont, depuis les années 1960 [430], entrepris de critiquer l'idée suivant laquelle la liberté contractuelle, et plus généralement le dogme de l'autonomie de la volonté qui la sous-tend, n'était nullement le fondement exclusif du contrat [431], au point que, aujourd'hui, la quasi unanimité des auteurs civilistes la considèrent comme un élément insusceptible de fonder à lui seul le droit des contrats [432].

`decision/1973/73801.htm`. Seule la liberté contractuelle se voit reconnaître une valeur juridique, mais non la théorie de l'autonomie de la volonté qui lui servirait de fondement.

427. Not. L. Josserand, « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le *contrat forcé* et le *contrat légal* (contrat dit *de salaire différé*) », *DH,* 1940, chron., II, p. 5.

428. Rappr. H. Batiffol, « La crise du contrat et sa portée », *APD,* 1968, vol. XIII[p. 22] : « Pour prendre l'exemple peut-être le plus caractéristique, l'usager d'un service public concédé n'a le choix ni du concessionnaire ni des conditions du contrat, lesquelles sont fixées réglementairement. En déduire que la concession d'un service public supprime la liberté peut tenter, mais est manifestement fallacieux. Si en effet ce procédé permet seul d'offrir au public un service satisfaisant à des conditions avantageuses, il procure un moyen d'action car il leur permet des entreprises nouvelles qui dépendront de leur initiative [...]. On peut donc encore parler de liberté quand les conditions du contrat sont dictées par les lois et règlements ou même la volonté d'un contractant plus fort ».

429. Rappr. D. Thouvenin, « La référence au contrat de soins dans les expérimentations sur l'Homme » *in Éthique médicale et droit de l'Homme*, Actes Sud et Inserm, 1988, p. 126.

430. G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, sous la dir. de R. Rodière, thèse de doct., Paris, 1965. Voir déjà, E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse de doct., Faculté de Paris, 1912, Rousseau. Cependant, ainsi que le relève une autrice (V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, t. 16, PUF, 1980, p. 132), la critique d'E. Gounot, sans doute un peu caricaturale (en ce sens F. Chénédé, « Contrat » *in Hommage à Georges Rouhette*, Dalloz, 2014, n° 8), n'avait pas convaincu les grands auteurs du début du XXe siècle qu'étaient Planiol, Capitant et Baudry-Lacantinerie, dont on rappellera, pour ce dernier, que son premier Précis de droit civil constituait alors la « bible des étudiants » (Ch. Jamin, « Pour en finir avec la formation du contrat ! », *LPA,* 6 mai 1998). Ce maintien de l'importance en doctrine de la théorie de l'autonomie de la volonté avant la thèse de G. Rouhette est attestée par les témoignages d'étudiants au début des années 1960. Cf. Ph. Le Tourneau, « Rapport introductif » *in Loi et contrat, Colloque tenu à Toulouse le 11 mars 2002*, Université de Toulouse, 2002, url : http://philippe-le-tourneau.pagesperso-orange.fr/LeTPublications.html#cinqC. Seule la thèse de G. Rouhette a entraîné un « changement de paradigme » (J. Ghestin, « Georges Rouhette : un savant » *in Hommage à Georges Rouhette*, Dalloz, 2014, n° 3).

431. Pour une analyse synthétique de ces critiques, cf. G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations, Tome 1 : Les sources*, 2e éd., 1988, n°s 34-39.

432. J. Carbonnier, *Droit civil*, PUF, 2004, n° 931 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations, Tome 1 : Les sources*, 2e éd., 1988, n°s 34-43 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Les obligations : Le contrat*, 6e éd.,

Le principe de liberté contractuelle n'étant par conséquent pas le fondement exclusif du contrat, il est erroné de prétendre que l'absence de liberté dans la relation médicale, même à la supposer établie, puisse faire obstacle à la qualification contractuelle. Une démonstration similaire peut être faite à propos du caractère économique que devrait avoir le contrat.

b. Une définition du contrat n'imposant pas un caractère économique marqué

116. L'assimilation doctrinale du contrat à un instrument économique. Qualifier la relation médicale au moyen du contrat heurte parfois les auteurs qui estiment que cette relation ne devrait pas être analysée au moyen d'un concept marchand comme le contrat. Si une telle analyse pourrait être contestée par la preuve de l'importance des ressorts économiques de la relation médicale [433], voire de la nécessité d'une telle analyse d'un point de vue éthique [434], c'est surtout ici la prémisse du raisonnement qui doit être contestée, à savoir le fait que la définition du contrat impliquerait un tel caractère.

Certes, la très grande majorité des ouvrages ou articles consacrés au contrat relèvent que le contrat est un instrument permettant de réaliser des opérations économiques [435], d'où, sans

Litec, 1998, n° 23 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations : 1 - Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., PUF, 2012, p. 64 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations : 3. Le rapport d'obligation*, 15e éd., Dalloz, 2012, n° 110 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : Le contrat — Le consentement*, 2013, nos 181-220. *Contra* Y. Buffelan-Lanore et V. Larribeau-Terneyre, *Les obligations*, 13e éd., Sirey, 2012, n° 638 ; mais la position de ces auteurs semble s'expliquer par l'assimilation critiquable de cette théorie au principe prescriptif de la liberté contractuelle. Comp. Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 12e éd., LexisNexis, 2012, n° 79 qui, tout en niant la pertinence de la théorie de l'autonomie de la volonté, continuent à voir dans la volonté le fondement du contrat.

433. Ces ressorts font l'objet depuis quelques années d'une attention accrue des économistes, qui ont pu montrer que les préoccupations des patients, des médecins ou encore du régulateur, n'étaient nullement insensibles aux aspects financiers de la relation médicale. Cf. not. Th. Barnay et S. Béjean, « Le marché de la santé : efficience, équité et gouvernance », *Revue économique,* 30 mar. 2009, vol. 60, 2, doi : 10.3917/reco.602.0233, url : http://www.cairn.info/article.php?ID_ARTICLE=RECO_602_0233 ; *Traité d'économie et de gestion de la santé*, sous la dir. de P.-L. Bras, G. de Pouvourville et D. Tabuteau, Presses de Sciences Po, 2009, url : https://www.cairn.info/traite-d-economie-et-de-gestion-de-la-sante--9782724611144.htm.

434. Cf. not. C. Le Pen, « 6. Calcul économique et décision en santé » 1er juin 2009, url : http://www.cairn.info/article.php?ID_ARTICLE=SCPO_BRAS_2009_01_063, n° 62 où, en réaction à l'idée suivant laquelle la santé et donc la relation médicale devrait éviter toute approche économique, l'auteur écrit : « il n'y a pas de comportement plus anti-éthique que de disposer des ressources de la collectivité sans s'interroger en conscience, ne serait-ce qu'un moment, sur les usages alternatifs qu'on pourrait en faire... ».

435. Not. N. M. K. Gomaa, *Théorie des sources de l'obligation*, sous la dir. de J. Carbonnier, thèse de doct., Paris, 1968, LGDJ, nos 4, 13 et 15 ; J. Ghestin, « Introduction », *RJ. com.,* nov. 1995, 11, nos 10, 25 et 26 ; Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision, vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, 1994, n° 28 ; F. Chabas, *Leçons de droit civil. Obligations. Une théorie générale*, 9e éd., Montchrestien, 1998, n° 56 ; G. Alpa, « Les nouvelles frontières du contrat : Le contrat au début du XXIe siècle » *in Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 17 ; Ph. Coppens, « Sur l'intention et la volonté dans les contrats » *in Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles : Larcier, 2003, p. 101 ; Ch. Larroumet, *Les obligations. Le contrat. 1re partie : conditions de formation*, Économica, 2007, n° 110 ; Y. Guenzoui, *La notion d'accord en droit privé*, sous la dir. de C. Hannoun, thèse de doct., Université de Cergy-Pontoise, 2009, LGDJ, nos 92 ou 251 ; S. Lequette, *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, sous la dir. de C. Brenner, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2012, Économica, n° 5 ; Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 12e éd., LexisNexis, 2012, n° 61 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribeau-Terneyre, *Les obligations*, 13e éd., Sirey, 2012, n° 611 ; B. Fages, *Droit des obligations*, 4e éd., Lextenso éditions, 2013, n° 16. V. cependant G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion*

doute, l'hésitation de certains auteurs à admettre la qualification contractuelle en présence d'une opération gratuite [436]. Si cette affirmation peut s'expliquer par des considérations tenant à l'histoire du droit des contrats [437] et au rattachement du contrat au droit des obligations [438], elle n'en semble pas moins erronée au regard des sources du droit positif, lesquelles confèrent une telle qualification à des objets semble-t-il étrangers à toute idée d'échange économique. De telles sources sont présentes tant dans le code civil, que hors de celui-ci.

117. Une conception du contrat sans rapport avec celle retenue dans le code civil. Sans doute, les dispositions sur le contrat sont-elles situées dans la partie III du code civil intitulée « Des différentes manières dont on acquiert la propriété ». Pour autant, la définition du contrat donnée par l'ancien ou le nouvel article 1101 du code civil ne comporte aucune allusion au caractère nécessairement économique du contrat et contraste par exemple avec celle retenue par le droit anglais [439]. Sans doute, les deux premières opérations juridiques envisagées

de contrat, sous la dir. de R. Rodière, thèse de doct., Paris, 1965, p. 28 ; J. Ghestin, « La notion de contrat », *D.,* 1990, p. 154-156 ; *Code européen des contrats*, sous la dir. de G. Gandolfi, Milano et A. Giuffrè, 2004, p. 95 ; H. Lécuyer, « Mariage et contrat » *in La contractualisation de la famille*, sous la dir. de D. Fenouillet et P. de Vareille-Sommières, Économica, 2001, p. 58 ; M. Mekki, « Le discours du contrat. Quand dire, ce n'est pas toujours faire », *RDC,* 2006, p. 299 ; J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2012, p. 447-452 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : Le contrat — Le consentement*, 2013, n° 44 ; S. Benisty, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, thèse de doct., Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, 2014, Institut universitaire Varennes, n° 272 ; S. Lequette, « La notion de contrat : Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD Civ.,* 2018, p. 541-566, n° 16. Rappr. J.-F. Hamelin, *Le contrat alliance*, sous la dir. de N. Molfessis, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2012, Économica, n° 242 ; D. Galbois, *La notion de contrat : Esquisse d'une notion*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2018, n°s 317 s.

436. F. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9e éd., Dalloz, 2011, n° 22.

437. La notion de contrat a en effet été construite d'abord par le juriste Labéon en référence à la notion grecque de *synallagma*. Or, cette dernière englobait uniquement des opérations économiques : la vente, l'achat, le prêt, la caution, le prêt à usage, la location (C. Despotopoulos, « La notion de synallagma chez Aristote », *APD,* 1968, p. 118). Labéon lui-même, lorsqu'il a théorisé la notion de contrat, ne l'a fait qu'à partir d'opérations économiques appréhendées par le droit : vente, louage, société (*D.*, 50, 16, 19). Tout ceci montre que la notion de contrat a été construite afin d'appréhender juridiquement des opérations économiques (rappr. G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, sous la dir. de R. Rodière, thèse de doct., Paris, 1965, n° 21, p. 145) et plus précisément l'une d'entre elles : l'échange. Pourtant, déjà en droit romain, le contrat remplissait déjà une fonction organisationnelle (notamment avec le contrat de société), même si les juristes n'en ont pris que tardivement conscience lors de l'évolution des modes de production de biens au XIXe siècle et de l'essor corrélatif du droit des sociétés (cf. J.-F. Hamelin, *Le contrat alliance*, sous la dir. de N. Molfessis, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2012, Économica, n°s 22-39).

Pourtant, l'histoire du droit n'est pas faite que du droit romain. La reconstruction dont il a fait l'objet à partir de sa redécouverte au XIIe siècle joue un rôle essentiel dans la fixation des notions que nous utilisons aujourd'hui. Ainsi, s'agissant du contrat, c'est en mettant l'accent sur l'échange des consentements que les romanistes, puis les canonistes du XIIe siècle, ont progressivement appréhendé les relations de couples *via* le contrat, sortant par là cette notion de sa gangue matérialiste. Sur cette appréhension du contrat par les canonistes, cf. J. Gaudemet, « Le mariage, un contrat », *Revue des sciences morales et politiques,* 1995 et B. Basdevant-Gaudemet, « Un contrat entre l'homme et la femme ? Quelques points à travers l'histoire en Occident » *in La contractualisation de la famille*, sous la dir. de D. Fenouillet et P. de Vareille-Sommières, Économica, 2001, p. 23.

438. L'obligation est en effet souvent perçue comme ayant un aspect uniquement patrimonial. Cf. *infra* note n° 441. Comp. toutefois. N. Hage-Chahine, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2014, p. 289 s. admettant l'existence d'obligations ayant un objet extra-patrimonial.

439. Comme le relève un auteur, « le droit anglais témoigne de sa conception du contrat comme un *bargain* », c'est-à-dire un marché. Le contrat y est défini « comme l'opération d'échange qui se caractérise, indépendamment

par l'ancien article 1101 — donner et faire — paraissent correspondre avant tout à des activités économiques. Cependant la troisième — ne pas faire — peut pleinement englober le respect de normes juridiques, parfaitement détachées de considérations économiques.

Ce caractère économique s'efface en outre davantage dans la nouvelle définition du contrat qui ne reprend plus la distinction des obligations et se contente d'une approche beaucoup plus abstraite. L'article 1101 nouveau indique seulement que le contrat peut « créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». Certes, le mot d'obligation apparaît plus nettement dans cette définition [440]. Cependant, l'obligation ne se résume nullement à l'obligation patrimoniale [441], y compris pour certains des auteurs l'entendant dans un sens strict, distinct du devoir [442]. Par conséquent, la lecture du texte définissant le contrat paraît exclure une telle approche restrictive. Il convient néanmoins à ce stade de ne pas être trop catégorique. En effet, le terme obligation (ou le verbe « s'obliger »), utilisé dans cette définition pourrait ici être entendu dans un sens très restreint, ne se référant qu'aux normes de nature patrimoniales. L'étude cependant d'autres textes du code civil permet de montrer qu'une telle interprétation restrictive ne saurait être retenue.

---

du consentement, simple modalité, par le déplacement d'un bien d'un patrimoine à un autre, si bien que le droit anglais ne reconnaît pas de manière générale les promesses gratuites » (G. Busseuil, *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, sous la dir. de M.-J. Campana, thèse de doct., 2009, Fondation Varenne et LGDJ, n° 90). En ce sens également O. Deshayes, « Gratuité et contrat : l'acte à titre gratuit est-il un contrat ? » *in La gratuité un concept aux frontières de l'économie et du droit*, sous la dir. de N. Martial-Braz et C. Zolynski, LGDJ, 2013, p. 137 ; S. Whittaker et K. Riesenhuber, « Conceptions of Contract » *in The common european sales law in context*, sous la dir. de G. Dannemann et S. Vogenauer, Oxford University Press, 2013, p. 123.

440. Comp. le texte ancien où il était seulement écrit que les parties « s'obligent ».

441. Nombre d'auteurs enseignant le droit des obligations, entendent le mot « obligation » dans un sens étroit en le restreignant aux échanges économiques (not. F. Chabas, *Leçons de droit civil. Obligations. Une théorie générale*, 9e éd., Montchrestien, 1998, n° 56 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, 13e éd., Montchrestien, 2012, n° 13 ; B. Fages, *Droit des obligations*, 4e éd., Lextenso éditions, 2013, n° 2 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations : 3. Le rapport d'obligation*, 15e éd., Dalloz, 2012, n° 79 ; C. Aubry de Maromont, *Essai critique sur la théorie des obligations en droit privé*, sous la dir. de P. Briand, thèse de doct., Université de Nantes, 2015, nos 57-59 et 72 ou B. Freleteau, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, sous la dir. de L. Sautonie-Laguionie, thèse de doct., Université de Bordeaux, 2017, LGDJ et Lextenso éditions, nos 33-46). Muni d'une telle définition, il devient très difficile d'évoquer le contrat autrement que comme un instrument uniquement économique. Une telle définition ne s'impose cependant nullement en droit où le terme d'obligation peut avoir un sens beaucoup plus large, entendu comme synonyme de devoir. C'est d'ailleurs le premier sens que donne de ce mot le *Vocabulaire juridique*. Certes, il est possible théoriquement, comme l'ont fait certains auteurs, de restreindre l'obligation à un sens purement patrimonial et en lui adjoignant alors un autre concept : le droit. Pour autant, il est permis de penser que cette distinction s'avèrera parfois d'un maniement fort difficile tant, aux yeux de certains, tout peut être évalué en argent. En outre, cette distinction repose semble-t-il sur une autre distinction entre l'éthique et de l'économique (*Ibid.*, n° 49), dont il est permis de douter de la pertinence (l'économie serait-elle donc anti-éthique ? y compris celle visant à la meilleure allocation possible des richesses ?). Enfin, cette prétendue différence de nature ne débouche semble-t-il sur aucune différence sensible de régime (*Ibid.*, n° 413), de sorte qu'il est permis là encore de s'interroger sur sa pertinence.

442. Cf. N. Hage-Chahine, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2014, p. 289 s. évoquant notamment dans la catégorie des obligations ayant un objet extra-patrimonial les obligations découlant du lien matrimonial, du lien de filiation ou encore, de manière plus intéressante pour notre propos, « les obligations contractuelles extrapatrimoniales » (comp. toutefois B. Freleteau, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, sous la dir. de L. Sautonie-Laguionie, thèse de doct., Université de Bordeaux, 2017, LGDJ et Lextenso éditions, n° 44).

118. Concernant tout d'abord le mariage, la lecture des travaux préparatoires du code civil sur cette question [443], ainsi que du discours préliminaire [444], révèle que, dans le droit fil des idées de l'Assemblée nationale constituante [445], les rédacteurs du code civil ont nettement entendu utiliser le contrat pour appréhender le mariage, le terme se retrouve d'ailleurs dans plusieurs textes du code civil utilisant l'expression « contracter mariage » [446], ainsi que dans l'intitulé même du Titre V du Livre I de ce code [447].

Cette utilisation large de l'outil contractuel dans les relations de couple — bien que contestée à partir du moment où s'affirme le dogme de l'autonomie de la volonté [448] — s'est trouvée

443. Cf. les références citées par B. Basdevant-Gaudemet, « Un contrat entre l'homme et la femme ? Quelques points à travers l'histoire en Occident » *in La contractualisation de la famille*, sous la dir. de D. Fenouillet et P. de Vareille-Sommières, Économica, 2001, p. 33-34.

444. Pour une analyse des passages du Discours préliminaire relatif au mariage, cf. I. Théry et Ch. Biet, « Portalis ou l'esprit des siècles. La rhétorique du mariage dans le Discours préliminaire au projet de Code civil » *in La famille, la loi, l'État*, Centre Georges Pompidou et Imprimerie Nationale, 1989.

445. Tant le décret du 2 août 1791 que la constitution des 3-14 septembre 1791 (Titre 2, article 7) disposent que « la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil ». D'aucuns pourraient d'ailleurs prétendre que cette qualification contractuelle est affirmée en réaction contre l'ancien régime : les révolutionnaires ayant affirmé le caractère civil et contractuel du mariage par opposition à un mariage conçu comme un sacrement (« Les idées de Portalis sur le mariage » *in Le discours et le code*, Litec, 2004). L'analyse serait néanmoins réductrice car elle occulterait que les canonistes et les anti-révolutionnaires accueillaient eux aussi la qualification contractuelle et se contentaient de lui adjoindre celle de sacrement. Comme l'écrit par exemple un auteur, le mariage est chez les canonistes de l'époque classique un « contrat-sacrement » (G. Le Bras, « Le mariage dans la théologie et le droit de l'Église du XIe au XIIIe siècle », *Cahiers de civilisation médiévale,* 1968, vol. 42, URL : http://www.persee.fr/docAsPDF/ccmed_0007-9731_1968_num_11_42_1444.pdf, p. 193). En effet, à partir du décret de Gratien (1140-1150), qui emploie l'expression « contracter mariage » et fait des rapprochements entre le mariage et la vente, les canonistes vont commencer à analyser le mariage au moyen du concept romain de contrat remis au goût du jour à la suite de la redécouverte du Digeste. Sur ce recours progressif au contrat par les canonistes, cf. J. Werckmeister, « L'apparition de la doctrine mariage contrat dans la doctrine canonique du XIIe siècle », *Revue de droit canonique,* 2003, vol. 53/1.

446. Not. art. 144, 147, 148, 151, 156, 160, 180, 182, 185, 186, 188, 191, 203 du code civil. On trouve également utilisée l'expression « parties contractantes » aux articles 172 et 192.

447. « Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage ».

448. Le lien entre la disqualification du mariage comme contrat et le développement de la théorie de l'autonomie de la volonté n'est, semble-t-il, pas toujours fait en doctrine. Voyez par exemple B. Basdevant-Gaudemet, « Un contrat entre l'homme et la femme ? Quelques points à travers l'histoire en Occident » *in La contractualisation de la famille*, sous la dir. de D. Fenouillet et P. de Vareille-Sommières, Économica, 2001, p. 36-38 qui, après avoir relevé que la critique de la qualification contractuelle et son remplacement par celle de l'institution n'apparaît qu'à l'extrême fin du XIXe siècle, en donne plusieurs explications, sans qu'aucune ne se rattache au développement concomitant de la théorie de l'institution par M. Hauriou, en réaction à la toute puissance de la volonté en vogue chez les privatistes. La coïncidence des dates est trop forte pour qu'on n'y attache pas une certaine attention. Or, à y réfléchir — mais cela nécessiterait une réelle vérification — il n'est pas illogique de lier les deux. En effet, à vouloir trop insister sur le rôle de la volonté dans le contrat, il devient de plus en plus délicat de maintenir la qualification contractuelle pour des opérations juridiques fortement encadrées par l'état (comp. H. Lécuyer, « Mariage et contrat » *in La contractualisation de la famille*, sous la dir. de D. Fenouillet et P. de Vareille-Sommières, Économica, 2001, p. 60 et D. Fenouillet, « Couple hors mariage et contrat » *in La contractualisation de la famille*, sous la dir. de D. Fenouillet et P. de Vareille-Sommières, Économica, 2001, p. 105 mettant en rapport les deux notions, sans pour autant en tirer nettement cette conclusion). La lecture du cours de doctorat d'Henri Capitant confirme cette analyse. En effet, cet auteur, après avoir approuvé les critiques des publicistes envers une conception extensive du contrat, écrit qu'il faut « exclure de la classe des contrats, les accords de volonté qui ont pour effet de placer les individus sous un statut légal dont ils ne peuvent pas modifier l'organisation » et écarte à ce titre le mariage (H. Capitant, *Droit civil approfondi et comparé : les principes fondamentaux du droit des contrats*, Cours de droit, 1932–1933, p. 12-14). L'influence des publicistes apparaît ici manifeste. Elle se confirme quelques pages plus loin, dans une longue note consacrée

confirmée en 1999, à l'occasion de la loi sur le pacte civil de solidarité, ce dernier ayant été défini comme un **contrat** conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour **organiser leur vie commune** (art. 515-1 c. civ.) [449].

Pour finir, ajoutons que le contrat apparaît également dans le code civil comme un instrument permettant aux parents d'organiser l'exercice de l'autorité parentale. Certes, le mot de contrat n'est pas expressément utilisé, mais c'est bien à cette réalité juridique que le législateur a semble-t-il voulu renvoyer en parlant d'« accord » [450], de « convention » [451] ou encore de « cession » [452].

119. Une conception du contrat sans rapport avec celle retenue hors du code civil. Cette acception large du contrat paraît pouvoir être confirmée par l'étude des relations qualifiées de contractuelles en dehors du code civil. En effet, la lecture de textes situés hors du code civil et usant « à bon escient » [453] du mot « contrat » révèle que ce dernier — ou ses clauses

par H. Capitant à la définition de la notion d'Institution chez M. Hauriou : H. Capitant, *Droit civil approfondi et comparé : les principes fondamentaux du droit des contrats*, Cours de droit, 1932–1933, p. 30-31, note n° 1.

449. Récemment, cette qualification contractuelle — ou à tout le moins d'acte juridique — a même été défendue pour le concubinage : A. Molière, « Et si le concubinage était un acte juridique ? », *RTD Civ.,* 2018, n° 14.

450. Art. 373-2-11 c. civ. permettant aux juges, se prononçant sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, de prendre en considération les « **accords** qu'ils [les parents] avaient pu **conclure** ».

451. Art. 373-2-7 et 373-2-13 c. civ.

452. Art. 376 c. civ. Certes la cession peut être forcée, ce qui exclut son caractère contractuel. Cependant, il s'agit bien, dans l'article 376, d'une cession volontaire.

453. Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La documentation française, 2008, url : http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000313.pdf. Sans préjudice de ce qui sera par la suite indiqué, le contrat nous paraît être utilisé à bon escient lorsqu'il désigne les actes juridiques dans lesquels le consentement des destinataires est véritablement requis. Dans tous les autres cas où le mot contrat est utilisé, c'est d'une autre notion de contrat dont il s'agit. Par exemple, lorsque le mot contrat est utilisé pour souligner les efforts mis en œuvre par l'auteur d'un acte juridique pour tenir compte des attentes de ses destinataires, cela ne nous semble pas être une utilisation correcte de ce terme. En effet, la décision appartiendra toujours en dernier ressort à ce seul auteur de l'acte juridique qui pourra imposer sa décisions aux destinataires de l'acte. Pour des exemples de cette utilisation de la notion de contrat pour désigner un droit négocié dans les rapports entre l'état et les autorités publiques déconcentrées sans personnalité morale, cf. F. Julien-Laferrière, « Contractualisation *versus* institutionnalisation de l'action publique » *in Contrat ou Institution : un enjeu de société*, sous la dir. de B. Basdevant-Gaudemet, LGDJ, 2004, p. 56-57. Rappr. des contrats de performance signés par certaines directions ministérielles avec le ministre du budget, dans l'espoir d'un accueil favorable de leurs programmes d'action par ledit ministère (Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, précité, p. 35-36) ou encore les contrats d'objectifs et de moyens signés par la juridiction administrative afin que soient mieux acceptées les mesures destinées à améliorer la gestion du flux contentieux par les cours administratives d'appel (*idem*, p. 35-36).

Par ailleurs, on constate que le contrat est utilisé pour désigner les actes par lesquels des informations juridiques sont portées à la connaissance de leurs destinataires ; une autrice a pu parler de « contrat pédagogique » (not. J. Rochfeld, « La contractualisation des obligations légales : La figure du "contrat pédagogique" » *in Repenser le contrat*, sous la dir. de G. Lewkowics et M. Xifaras, Dalloz, 2009). Tel est le cas par exemple de la promesse unilatérale de vente — du moins celle ne faisant peser aucune obligation, telle l'indemnité d'immobilisation, sur son bénéficiaire — du plan d'aide de retour à l'emploi (*Arrêté portant agrément de la convention du 1er janvier 2001 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage et du règlement annexé à cette convention*, *JORF,* 4 déc. 2000, url : http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000219946), du contrat de responsabilité parentale (*Loi pour l'égalité des chances*, *JORF,* 31 mar. 2006, n° 2006-396, art. 48 s.), du contrat d'accueil et d'intégration (*Loi relative à l'immigration et à l'intégration*, *JORF,* 24 juil. 2006, n° 2006-911, url : http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000266495, article 5) ou encore de la charte des thèses (*Arrêté relatif à la charte des thèses* 3 sept.

— n'est nullement limité à la sphère patrimoniale. À plusieurs égards, le contrat apparaît comme un « nouveau modèle de régulation sociale » [454] permettant d'organiser les rapports entre les individus. Ceci vaut certes pour les relations où l'aspect économique est mis au premier plan, comme le contrat de société [455], mais aussi pour celles où ce caractère est moins marqué. Ainsi, les notions de contrat et de convention se retrouvent en droit des associations, où elles servent à désigner l'acte par lequel des personnes s'organisent en une association [456]. *Idem* en procédure civile où la notion de contrat est utilisée pour qualifier la clause compromissoire, c'est-à-dire l'accord par lequel des parties s'entendent pour saisir un arbitre et non un juge [457]. Dans ces hypothèses, il n'est nullement question de rapports patrimoniaux. Seule la fonction normative — organisationnelle aurait peut-être dit Paul Didier — du contrat semble justifier cette qualification.

Quant à la pratique juridique, celle-ci révèle également que le contrat peut remplir des fonctions autres que l'échange de biens et de services, telles que la promotion des droits de l'homme [458], l'organisation des rapports de couple en concubinage [459], l'encadrement de l'interprétation judiciaire du contrat [460], etc.

120. Bilan. L'ensemble de ces éléments permet de réfuter l'interprétation restrictive que certains pourraient avoir du terme obligation désormais mentionné dans l'article 1101 du code civil. Où l'on voit bien que, comme l'expriment en de rares occasions les spécialistes du droit médical, « le contrat ne se résume pas aux échanges *économiques* » [461]. Il est donc erroné, au

1998, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000557891). Là encore, une telle utilisation ne nous semble pas être à bon escient.

454. M. Mekki, « Le discours du contrat. Quand dire, ce n'est pas toujours faire », *RDC,* 2006, p. 299. Rappr. J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2012, p. 450-453.

455. P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation » *in Mélanges en l'honneur de François Terré : L'avenir du droit*, Dalloz, PUF et Éditions du JurisClasseur, 1999. *Adde* R. Libchaber, « La société, contrat spécial » *in Dialogues avec Michel Jeantin : Prospectives du droit économique*, Dalloz, 1999.

456. *Loi relative au contrat d'association*, *JORF,* 1er juil. 1901, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006069570&dateTexte=20090506, art. 1 où le « contrat d'association » est défini comme la « convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices ».

457. Art. 1442 s. CPC.

458. L. Hennebel et G. Lewkowicz, « La contractualisation des droits de l'homme » *in Repenser le contrat*, sous la dir. de G. Lewkowicz et M. Xifaras, Dalloz, 2009, p. 225-232.

459. La Cour de cassation parle régulièrement de convention de concubinage (par exemple Cass., Civ. 1re, 20 juin 2006, n° 05-17.475, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007055488) et, même si dans la plupart des affaires dont la Cour a eu à connaître étaient en question les aspects patrimoniaux de l'union des concubins, l'étude de la pratique montre que de telles conventions comportent aussi des stipulations d'ordre extrapatrimonial. En ce sens Ch. Bridge, « L'engagement des concubins sur les conséquences de leur rupture à l'épreuve du droit des obligations », *RLDC,* 2007, 41, n° 5, évoquant le règlement des conséquences « morales » de la séparation des concubins ou D. Fenouillet, « Couple hors mariage et contrat » *in La contractualisation de la famille*, sous la dir. de D. Fenouillet et P. de Vareille-Sommières, Économica, 2001, p. 86, indiquant que ces conventions traitent d'aspects personnels mais aussi des questions parentales. *Adde* A. Molière, « Et si le concubinage était un acte juridique ? », *RTD Civ.,* 2018.

460. G. Helleringer, « Quand les parties font leur loi : Réflexions sur la contractualisation du pouvoir judiciaire d'interprétation » *in Repenser le contrat*, sous la dir. de G. Lewkowics et M. Xifaras, Dalloz, 2009.

461. S. Dumas-Lavenac, *L'acte sur le corps dans l'intérêt médical d'autrui*, sous la dir. de B. Feuillet, thèse de doct., Université de Rennes 1, 2012, n° 284.

regard de la définition du contrat retenue par le code civil, de s'appuyer sur ce caractère pour nier la qualification contractuelle de la relation médicale.

Reste cependant que cette analyse restrictive de l'extension du contrat est en adéquation avec le discours doctrinal majoritaire, lequel continue à affirmer ce caractère économique du contrat [462]. Comment, cependant, comprendre ce discours doctrinal qui, malgré les nombreuses manifestations du caractère, non exclusivement patrimonial du contrat, soutient le contraire ? Sans doute ceci tient-il à la prégnance des « petits contrats ». Concluant quotidiennement nombre de « petits contrats » où cet aspect patrimonial est manifeste, les juristes se convainquent chaque jour un peu plus de ce caractère économique, quand bien même cela ne correspondrait pas à l'état du droit. Ceci les conduit alors, non pas, à proprement parler, à redéfinir le contrat, car ils conservent la définition de l'article 1101, mais à restreindre l'extension de cette notion en en écartant, à partir de sa seule représentation sociale, les objets qui ne s'inscrivent pas dans cette représentation. Un même phénomène peut être observé à propos des « grands contrats » dont la prégnance dans la représentation sociale de cet objet paraît également être à l'origine d'autres hypothèses de négation de la qualification contractuelle de la relation médicale.

B. La restriction de l'extension du contrat sous l'influence des « grands contrats »

121. Plan. En reprenant un plan identique à celui de la rubrique précédente montrons dans un premier temps, à partir de la relation médicale, de quelle manière la représentation sociale du contrat, induite par les « grands contrats », vient restreindre l'extension du contrat (**1.**), puis établissons, dans un second temps, le caractère indû de cette restriction au regard de la définition juridique du contrat (**2.**)

1. La manifestation de cette restriction dans la relation médicale

122. Plan. Comme pour les « petits contrats », les traits saillants des « grands contrats » marquent durablement la représentation sociale de cet objet chez les juristes. En effet, il peut être montré, à partir de l'étude de la relation médicale, que sa qualification contractuelle se trouve parfois niée au motif qu'elle ne serait pas suffisamment formalisée (**a.**) ou encore qu'elle ne lierait pas suffisamment fermement ses protagonistes (**b.**), autant de traits caractéristiques des « grands contrats ».

462. Outre les références citées *supra* n° 441, *adde* les définitions du contrat suggérées par certains projets de réforme. Cf. en particulier l'article 1102 de l'« avant-projet Catala » définissant le contrat comme « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à accomplir une **prestation** », terme qui réduit le contrat à une fonction économique et ce de manière contestable (cf. G. Rouhette, « Nouvelles réflexions sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », *RDC,* 2007, n° 27 p. 1388 et art. 1.101 p. 1420). Comp. l'article 7 de l'avant-projet « Terré » qui, sans doute formulé suite aux remarques de Georges Rouhette, définit le contrat comme un « accord de volontés par lequel deux ou plusieurs personnes établissent, modifient ou suppriment entre elles un rapport de droit ».

a. Une qualification contractuelle refusée au motif d'une formalisation insuffisante

123. L'examen des discours sur la relation médicale révèle en quelques occasions la présence d'arguments associant le contrat à l'idée de formalisme et niant de ce fait la contractualisation de la relation médicale. Si l'argument est peu présent dans le discours des acteurs de la science du droit, qui sont sans doute conscients de sa faible pertinence au regard du principe du consensualisme enseigné en droit des obligations, on le trouve en revanche plus nettement dans le discours des acteurs du droit qui n'ont pas tous reçu une formation en droit des obligations.

124. Le phénomène se manifeste tout d'abord dans le discours du législateur. Ainsi, lors de la loi du 4 mars 2002, le député de l'opposition Jean-François Mattéi manifestait sa réticence à l'égard de la « contractualisation » recherchée par la loi du 4 mars 2002. Pour lui, le médecin, désormais « soucieux de prouver "par tous les moyens" qu'il a transmis toutes les informations nécessaires à l'"usager", consacrera désormais une bonne partie de son temps à faire remplir des papiers, quand il devrait avant tout être soucieux de la qualité du dialogue singulier. Je ne vois guère en quoi cette démarche contractualisée de façon formelle contribue à la démocratie en matière sanitaire » [463]. Relevons que l'argument était déjà présent dans l'avis n° 58 du Comité Consultatif National d'Éthique qui, saisi par Bernard Kouchner en vue de la préparation de la loi du 4 mars 2002, affirmait que la contractualisation de la relation de soin « poussée à son terme », impliquerait de « [f]aire "signer" un formulaire de consentement pour des actes de soin » [464].

Depuis 2002, l'argument a été réitéré. Il apparaît ainsi dans la discussion parlementaire ayant conduit à l'adoption de la loi du 7 août 2011 relative à la bioéthique. Ainsi, lors de la discussion d'un amendement relatif à la procédure d'autorisation de prélèvements de cellules hématopoïétiques, la sénatrice Raymonde Le Texier déclarait (nous mettons en gras) : « [a]u fond, cet article pose la question suivante : quelle médecine voulons-nous ? **Une médecine contractuelle, réduite au respect de règles bureaucratiques de procédure**, (...) ou bien une médecine responsable et audacieuse, fondée sur des obligations avant tout morales ? ».

125. L'argument se retrouve aussi dans les discours des juges. Concernant tout d'abord le discours judiciaire, il doit être observé que dans nombre des cas où cette qualification contractuelle a été reconnue au XIXe et au début du XXe siècle [465], la relation médicale avait été

463. *JOAN*, 1re séance du 3 octobre 2001, p. 5407 (http://archives.assemblee-nationale.fr/11/cri/2001-2002-ordinaire1/005.pdf).

464. CCNE, *Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche*, avis n° 58, URL : http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis058.pdf, p. 13 et 15.

465. Il faut attendre 1926 pour que la Cour de cassation reconnaisse explicitement cette qualification en l'absence de relation médicale formalisée (Cass., Req., 14 déc. 1926, *D.*, 1927, 1, p. 105, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k426047z/f110.item). En revanche, l'on trouve plusieurs décisions antérieures des juges du fond l'admettant. Cf. T. civ. Seine, 6 juil. 1885, *GP*, 1886, 1, suppl., p. 12, parlant de « contrat tacite » ; *adde*, relevant l'absence de conventions, CA Amiens, 31 juil. 1889, *DP*, 1890, 5, *Vo Art de guérir*, col. 31, n° 3 ; T. civ. Seine, 10 fév. 1894, *Presse médicale*, 1895, p. 476 ; CA Montpellier, 26 mar. 1900, *D.*, 1902, 2, p. 94, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6281919d/f680.item.

formalisée [466].

Un semblable argument se retrouve aussi dans le discours du juge administratif. Ainsi, dans ses conclusions sous l'arrêt *Tolub* [467] précité, le commissaire du gouvernement Alain Bacquet [468], après avoir rappelé le principe du consensualisme, a néanmoins indiqué que la qualification contractuelle peut être rejetée lorsque le contrat n'est pas suffisamment formalisé. En effet, pour lui, si en présence d'un service public administratif il faut présumer que l'usager est placé dans une situation réglementaire « et donc de droit public, parce que la nature du service permet de le supposer *a priori* », cette présomption (nous mettons en gras) « doit s'effacer en présence d'une **relation formellement ou manifestement contractuelle** » [469]. La même idée est reprise à la fin de ses conclusions où il indique : « [i]l ne serait sans doute pas impossible de voir une situation contractuelle dans les rapports entre l'hôpital public et les praticiens qui ont recours à son aide technique, **mais cette analyse ne s'impose pas avec assez de force, ni même de vraisemblance**, pour qu'il y ait lieu de créer cet îlot de droit privé dans les rapports du service public hospitalier avec ses usagers » [470]. Si, aux yeux de ce commissaire du gouvernement, la qualification contractuelle « ne s'impose pas avec assez de force, ni même de vraisemblance », c'est bien semble-t-il parce que la relation médicale s'éloigne par trop de la représentation que cet acteur du droit se fait du contrat, à savoir un objet formalisé. Voilà pourquoi, alors même que, comme semble le reconnaître Alain Bacquet, les éléments constitutifs du contrat sont réunis — « [i]l ne serait sans doute pas impossible de voir une situation contractuelle », dit-il —, cet acteur du droit estime que la relation médicale doit être exclue de l'extension du contrat. Là n'est pas la seule influence des « grands contrats » sur la représentation sociale du contrat retenue par les juristes. Ces « grands contrats » induisent également dans l'esprit des juristes l'idée d'une force obligatoire du contrat à laquelle les parties au contrat ne pourraient pas se soustraire.

466. Not. Cass., Req., 21 août 1839, *S.*, 1839, 1, p. 663, à propos d'une convention entre un médecin et une personne concluant un contrat pour soigner elle-même et les gens de sa maison. Plus tard, avec le développement industriel, de telles conventions seront également signées entre un médecin et un chef d'entreprise contractant pour ses salariés. Cf. not. CA Pau, 1er mai 1900, *S.*, 1900, 2, p. 301 ; Cass., civ., 2 fév. 1915, *D.*, 1917, 1, p. 23, 33e espèce, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k4260367/f30.item. Des conventions écrites ponctuelles sont également attestées pour des actes chirurgicaux lourds effectués sur autrui (T. corr. Alger, 4 nov. 1893, *D.*, 1895, 2, p. 69, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5502230n/f69.item ; CA Lyon, 27 juin 1936, *D.*, 1914, 2, p. 73, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k426032q/f403.item) ou des actes médicaux ayant un coût important (T. civ. Seine, 23 fév. 1907, *GP*, 1907, 1, 38 ; *Rev. crit.*, 1907, p. 193 ; *Rec. Gaz. trib.*, vol. 1, 1, p. 287. Existaient également déjà les engagements de payer, signés par des proches d'un malade inconscient ou insolvable admis dans les hôpitaux ou hospices. Cf. not. CA Amiens, 20 mai 1896, *D.*, 1897, 2, p. 475, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5475996f/f1099.item.

467. CE, Section, *Tolub*, 23 fév. 1979, *Rec. Lebon*, p. 80.

468. *AJDA,* déc. 1979, concl. A. Bacquet, p. 34.

469. *Ibid.*, p. 35.

470. *Ibid.*, p. 35.

b. Une qualification contractuelle refusée au motif d'une absence de force obligatoire

126. L'influence des « grands contrats » sur la représentation sociale des juristes s'aperçoit également au travers de l'idée suivant laquelle le contrat aurait nécessairement une force obligatoire ou, plus précisément, que ce qui aurait été décidé serait intangible. Ainsi, à propos de la relation médicale, il arrive fréquemment que les acteurs du droit ou de la science du droit refusent à celle-ci la qualification contractuelle au motif que cette relation ne serait pas obligatoire pour le patient ou le médecin qui pourrait librement s'en dégager.

127. S'agissant en premier lieu du patient, les acteurs de la science du droit ont pu soutenir que la qualification contractuelle serait inadaptée compte tenu du droit de rétractation dont dispose le patient. L'argument, qu'on retrouve dans pratiquement tous les discours doctrinaux critiquant la qualification contractuelle [471], est le suivant. Comment, écrit-on, pourrait-il y avoir de consentement juridique si le patient est toujours libre de le révoquer ? Le consentement n'est-il pas la volonté extériorisée qui engage [472] ? Sans doute, certains auteurs notent que la rétractation peut être compatible avec l'analyse contractuelle, mais aussitôt ils ajoutent qu'elle ne l'est que si les deux parties au contrat se rétractent ou si l'une d'entre elles a commis une faute grave [473]. Or, tel ne serait pas le cas dans la rétractation de son consentement par le patient, laquelle montrerait bien que la relation médicale n'a pas force obligatoire à l'égard du patient.

128. S'agissant en second lieu du professionnel de santé, des arguments différents sont mobilisés. D'abord, quelques auteurs soutiennent que le professionnel de santé ne serait nullement tenu par la volonté du patient, puisque, dans certaines hypothèses, lorsque la vie du patient

471. Cf. not. D. Thouvenin, « Le rôle du consentement dans la pratique médicale », *Médecine & Droit,* 1994, 6, p. 58, note n° 9 ; S. Prieur, *La disposition par l'individu de son corps*, sous la dir. de É. Loquin, thèse de doct., Université de Dijon, 1999, LEH, n° 244, p. 172 ; F. Dreifuss-Netter, « Feue la responsabilité civile contractuelle du médecin ? », *RCA,* oct. 2002, chron., 17 ; M. Girer, « Le consentement contractuel : mythe et réalité. Pour une autre façon de penser les rapports patients-professionnels », *RGDM,* 2004, 13, p. 47-48 ; M. Girer, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : Essai de remise en cause du contrat médical*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., 2008, LEH, n°s 404 s. ; I. Alquier, *Le statut du patient en établissement de santé privé*, sous la dir. de L. Dubouis, thèse de doct., Université Paul Cézanne-Aix-Marseille III, 2011, p. 241 ; A. Catherine, *Pouvoir du médecin et droits du patient : L'évolution de la relation médicale*, sous la dir. de M.-J. Redor-Fichot, thèse de doct., Université de Caen Basse-Normandie, 2011, p. 135 ; L. Bloch, « Objectivisme et subjectivisme dans l'acte médical » *in Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Lexisnexis et Dalloz, 2012, p. 750 ; A. Issa, *La responsabilité médicale en droit public libanais et français*, sous la dir. de M.-R. Tercinet et F. Farhat, thèse de doct., 2012, p. 157 ; E. Raschel, *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, sous la dir. de M. Danti-Juan et R.-N. Schütz, thèse de doct., Université de Poitiers, 2013, n° 25, p. 41 ; P. Véron, *La décision médicale*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., Université de Montpellier, 2015, n° 4.

472. Rappr. M.-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD Civ.,* 1995.

473. A. Catherine, *Pouvoir du médecin et droits du patient : L'évolution de la relation médicale*, sous la dir. de M.-J. Redor-Fichot, thèse de doct., Université de Caen Basse-Normandie, 2011, p. 135.

est en jeu, le médecin pourrait passer outre cette volonté [474]. Or, ce faisant, ces auteurs nient nécessairement le caractère obligatoire de la volonté du patient pour le médecin.

Ensuite, en droit public, les acteurs du droit et de la science du droit nient fréquemment la qualification contractuelle en prétendant que l'établissement gestionnaire du service serait en droit de modifier unilatéralement la situation de l'usager, ce qui heurterait le principe de la force obligatoire du contrat. D'abord exprimé par les auteurs de droit public pour rejeter d'une manière générale l'emprise du contrat dans les rapports entre l'usager et la personne gestionnaire du service [475], l'argument a été par la suite repris par une doctrine spécialisée [476] et ensuite utilisé par les juges administratifs pour rejeter la qualification contractuelle de la relation médicale. En effet, les arrêts dans lesquels le Conseil d'État a affirmé pour la première fois que la relation médicale n'était pas contractuelle concernaient des hypothèses où des patients contestaient la modification unilatérale de leur situation, en se prévalant de l'existence d'un contrat entre eux et l'hôpital [477]. L'argument se retrouve encore aujourd'hui. En effet, en entretien, Denis Piveteau, président de sous-section au Conseil d'État, nous indiquait : « Franchement, introduire une relation contractuelle dans la relation médicale, ce serait artificiel car, compte tenu (...) du pouvoir de l'administration de modifier cette relation, ceci reviendrait à réintroduire le contrat pour l'altérer aussitôt ». Il est permis de penser que, derrière cette idée d'« artifice », ce que Denis Piveteau entend dénoncer c'est l'inadéquation de la relation médicale avec la représentation sociale du contrat. Or, une telle restriction de l'extension du contrat apparaît contestable lorsqu'on la confronte avec la définition du contrat retenue dans le code civil.

2. Une restriction indue de l'extension du contrat

129. Plan. La prégnance des « grands contrats » dans la représentation sociale que les juristes se font de cet objet les conduit à refuser la qualification contractuelle aux objets qui s'éloigneraient trop de cette représentation. Sans s'attarder sur la pertinence même de l'idée suivant laquelle la relation médicale ne serait pas formalisée ou pas obligatoire, il peut être établi

474. M. Girer, « Le consentement contractuel : mythe et réalité. Pour une autre façon de penser les rapports patients-professionnels », *RGDM,* 2004, 13, p. 50 ; M. Girer, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : Essai de remise en cause du contrat médical*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., 2008, LEH, n° 388 ; I. Alquier, *Le statut du patient en établissement de santé privé*, sous la dir. de L. Dubouis, thèse de doct., Université Paul Cézanne-Aix-Marseille III, 2011, p. 242-243.

475. Not. L. Duguit, *Les transformations du droit public*, A. Colin, 1913, url : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k67925q, p. 141.

476. J.-M. Lemoyne de Forges, *Le statut de l'hospitalisé en France*, sous la dir. de R. Drago, thèse de doct., Université de Paris, 1972, p. 44.

477. CE, *Hôpital-hospice de Mayenne*, 30 mar. 1984, n° 24621, *Rec. Lebon*, p. 141 ; CE, *Gramain*, 3 juil. 1987, n° 55868, *Rec. Lebon (Tables)* , p. 568, url : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007722921 ; CE, Section, *Biancale*, 11 jan. 1991, n° 93348, *Rec. Lebon*, p. 12, url : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007788200 ; CE, *Petit*, 6 avr. 1992, n° 94371, *Rec. Lebon*, p. 854, url : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007818531.

que ces idées ne correspondent nullement à la définition du contrat et qu'elles constituent par conséquent une restriction indue de l'extension de cette notion.

130. Le formalisme, un élément étranger à la définition du contrat. S'agissant tout d'abord de l'idée de formalisme, elle ne peut être fondée sur aucun texte du code civil. À aucun moment ce code ne pose d'une manière générale l'exigence d'une forme à respecter. Au contraire, il paraît plutôt se dégager des textes un principe du consensualisme. Ce principe a d'ailleurs été formellement reconnu par l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, laquelle a modifié l'article 1102 du code civil pour affirmer le principe de liberté des formes [478].

131. La force obligatoire, un élément étranger à la définition du contrat. Quant à l'idée de force obligatoire, elle ne figure pas non plus dans la définition du contrat énoncée par le code civil. Pour qu'un contrat existe, il faut simplement que les parties se soient obligées (article 1101 ancien), autrement dit qu'elle aient créé, modifié, transféré ou éteint des obligations (article 1101 nouveau).

L'on pourrait néanmoins objecter que le principe de la force obligatoire — remonté à l'article 1103 nouveau du code civil par l'ordonnance du 16 février 2016 [479] — est une des propriétés du contrat, de sorte que l'absence de force obligatoire impliquerait l'absence de contrat. En effet, une étude minutieuse du régime du contrat, révèle que la force obligatoire des contrats n'est nullement absolue et qu'elle connaît d'importantes limites qui n'apparaissent guère dans la représentation sociale du contrat. Or, il peut être montré que l'ensemble des hypothèses mises en avant par les auteurs, pour souligner l'absence de force obligatoire de la relation médicale, rentre dans les limites légales de la force obligatoire. D'où, finalement, l'absence de dérogation au régime de la relation médicale et donc la pertinence de la qualification contractuelle de cette relation. En reprenant l'ordre utilisé plus haut, nous le montrerons d'abord pour l'argument niant le caractère obligatoire de cette relation pour le patient, ensuite, pour les arguments le niant pour le professionnel de santé.

132. *Du côté du patient.* Concernant tout d'abord l'argument tiré de la rétractation du patient, il peut être montré que celle-ci ne déroge nullement à l'article 1134, alinéa 3, ancien du code civil (article 1193 nouveau) [480]. En effet, aucun des alinéas de ce texte ne dispose que la rétractation unilatérale est interdite et ceci ne paraît pas non plus pouvoir être déduit de ces alinéas. Dire, comme le fait l'alinéa 1er de ce texte, que les conventions tiennent lieu de loi, n'impliquent nullement qu'elles ne peuvent pas être révoquées, même unilatéralement. Pour preuve, la loi, au sens formel (« texte voté par le Parlement » [481]), peut elle-même être abrogée par le Parlement, sans l'aval des citoyens, et pour autant nul ne songe à contester sa

478. Voir. déjà arg. art. 1108-1 c. civ., introduit par la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.
479. « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».
480. Pour une critique plus philosophique du lien entre obligation et irrévocabilité, cf. A. Reinach, *Les fondements* a priori *du droit civil*, Vrin, 2004, p. 86.
481. *Vocabulaire juridique*, sous la dir. de G. Cornu, 8e éd., PUF, 2007, *Vo* loi, sens I, 1.

qualification de loi ; seule la qualité de la loi se trouve atteinte, non sa qualification. Quant à la loi au sens matériel (« règles de droit écrit » [482]), exiger qu'elle ne puisse pas être rétractée repose sur une conception illusoire de la règle de droit, en ce sens qu'une règle n'est pas règle parce qu'elle dure pour l'éternité, elle est règle parce qu'à un moment donné elle a servi de guide à l'action des individus [483]. Voilà pourquoi il nous paraît délicat d'interpréter l'alinéa 1 de l'article 1134 — et l'argument demeure pertinent au regard de l'article 1103 nouveau du code civil — comme impliquant nécessairement l'interdiction de la rétractation unilatérale, quand bien même cela coïnciderait avec la représentation sociale du contrat [484].

Quant à l'alinéa 2 de l'article 1134, reproduit dans l'article 1193 nouveau du code civil, il ne pourrait impliquer une telle interdiction que si le texte s'arrêtait après l'adjectif mutuel (« Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel »). En effet, si le texte avait été ainsi rédigé il aurait pu être soutenu, au moyen d'une interprétation *a contrario* [485], qu'en affirmant que la révocation mutuelle est admise, cet alinéa implique que la révocation unilatérale n'est pas admise. Telle n'est cependant pas la rédaction de l'alinéa 2, lequel envisage la révocation dans deux hypothèses, une spéciale (le « consentement mutuel ») et une générale (« les causes que la loi autorise »). Or, parmi les causes que la loi pourrait autoriser, il y a justement la révocation du contrat par l'une des parties. Le meilleur exemple de ce mécanisme, en 1804, figure à l'article 1096 du code civil, dont on peut légitimement penser — compte tenu de la proximité matérielle de ces deux textes — que les rédacteurs du code l'avaient encore en tête lorsqu'ils ont rédigé l'article 1134 [486]. En effet, l'article 1096 du code civil disposait, dans la première version entrée en vigueur, que « toutes donations faites entre époux, pendant le mariage, quoique qualifiées entre-vifs, seront toujours révocables ». Or, la donation était bien pour les rédacteurs du code civil un contrat [487]. Où l'on voit donc que l'une des hypothèses, visée

482. *Vocabulaire juridique*, sous la dir. de G. Cornu, 8e éd., PUF, 2007, *V°* loi, sens I, 4.
483. Sur la définition de la norme, cf. *infra* nos 270 s.
484. « La loi ou le contrat peuvent 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 ».
485. L'interprétation *a contrario* ne conduit à un résultat certain que lorsque la proposition dont on cherche la contraposée est simple, c'est-à-dire constituée d'un seul élément. En effet, le contraire d'une proposition simple, c'est la contraposée de son élément. En revanche, en présence d'une proposition complexe, c'est-à-dire composée de plusieurs éléments, l'interprétation *a contrario* est très aléatoire car il n'est pas possible de dire, à partir de la seule proposition que l'on veut renverser, sur quels éléments portera l'inversion : l'inversion concernera-t-elle tous les éléments ? seulement certains d'entre eux ? mais alors lesquels ?
486. Les articles ont été examinés dans l'ordre chronologique.
487. L'article 1105 du code civil distingue ainsi les contrats de bienfaisance des contrats à titre onéreux. Or, pour R.-J. Pothier, qui a largement inspiré les rédacteurs du code civil (cf. not. l'exposé des motifs par Bigot de Préameneu devant le Conseil d'État : *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, sous la dir. de P.-A. Fenet, Videcoq, 1836, p. 217, p. 223), le contrat de donation est le premier des contrats de bienfaisance (*Œuvres complètes de Pothier : Traités des contrats de bienfaisance*, t. 8, Thomine et Fortic, 1821, p. 1). Certes, lors des travaux préparatoires du code civil, le mot de contrat a disparu de l'article 894 initial, à la suite d'une remarque de Napoléon Bonaparte. Cependant, il est permis de penser que cette remarque n'a nullement convaincu les autres rédacteurs du code civil d'abandonner ce mot et qu'ils ont préféré ne pas s'opposer au premier consul sur cette question de détail, ce d'autant plus que ce changement de l'article 894 n'a modifié en rien l'analyse

par l'expression « l'une des causes que la loi autorise », est justement la révocation **unilatérale** des donations, y compris, à l'époque [488], pour les donations de bien présents dont on ne saurait dire qu'elles n'engageaient pas, qu'elles n'étaient pas de véritables contrats. Ajoutons pour finir que l'ordonnance du 16 février 2016 portant réforme du droit des contrats vient très nettement conforter cette analyse. En effet, l'article 1122 nouveau prévoit explicitement qu'un contrat peut être assorti d'un droit de rétractation légal ou conventionnel [489]. Où l'on voit une fois de plus la compatibilité de l'analyse contractuelle et du droit de rétractation.

Pour toutes ces raisons, il est permis de penser que le droit de rétractation reconnu au patient correspond pleinement au régime du contrat. La même démonstration peut être apportée lorsqu'on étudie la force obligatoire de cette relation du côté des professionnels de santé et non plus du patient.

133. ***Du côté du professionnel de santé.*** Si l'on examine les arguments précités prenant appui sur l'absence de force obligatoire à l'égard du médecin, le second de ces arguments — à savoir celui fondé sur la liberté de l'établissement public de modifier les conditions d'hospitalisation — peut être écarté de la même façon que l'argument mis en avant par les auteurs pour nier la force obligatoire du côté du patient. En effet, l'ancien article 1134, alinéa 2, n'interdit pas aux parties au contrat de modifier unilatéralement leur contrat. Ce texte — et cela reste inchangé dans l'article 1193 nouveau — indique seulement que ces modifications ne sont autorisées que lorsqu'elles sont mutuelles ou lorsque la loi les autorise. Or, il est permis de penser que la loi doit être entendue ici au sens matériel et non formel, de sorte que le pouvoir de modification de l'administration, qui constitue, dit le Conseil d'État [490], une « règle générale des contrats administratifs », s'intègre pleinement dans ce cadre.

Quant au premier argument invoqué par les opposants au contrat — à savoir celui tiré de la possibilité des professionnels de santé de méconnaître la volonté du malade en cas d'urgence vitale — celui-ci ne paraît guère davantage fondé. En effet, dire que les professionnels de santé pourraient méconnaître la volonté du malade et, ce faisant, méconnaître la force obligatoire du contrat les liant à celui-ci, c'est oublier que, d'après l'article 1134 ancien (ou 1103 nouveau) du code civil, un contrat n'a force obligatoire qu'autant qu'il a été « légalement formé ». Or, lorsque le juge décide d'autoriser un médecin à méconnaître le refus de soin d'un malade, cette autorisation peut aussi être comprise comme la reconnaissance de l'absence de force obligatoire

développée par la suite sur le fondement de ce texte. Sur cette question cf. B. Haftel, *La notion de matière contractuelle en droit international privé : Étude dans le domaine du conflit de lois*, sous la dir. de D. Bureau, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2008, n° 151, qui s'appuie néanmoins sur cette remarque du premier consul pour nier la qualification contractuelle.

488. Ceci ne changera qu'avec la *Loi relative au divorce* 26 mai 2004, n° 2004-439, URL : http://legifrance.gouv.fr/eli/loi/2004/5/26/JUSX0300062L/jo/texte qui, s'agissant de la révocation des donations de biens présents entre époux, alignera leur régime sur le régime de droit commun des donations entre vifs, à savoir un principe d'irrévocabilité, sauf exceptions prévues aux articles 953 et suivants du code civil.

489. « La loi ou le contrat peuvent prévoir [...] un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement ».

490. CE, *Union des transports publics urbains et régionaux*, 2 fév. 1983, n° 34027, *Rec. Lebon*, p. 33, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007660386.

de ce contrat : l'on ne saurait s'engager, compte tenu de l'exigence de licéité de l'objet, à ne pas porter secours à une personne en danger de mort. Ainsi comprises, les rares décisions permettant aux médecins de passer outre le refus du patient n'apparaissent nullement dérogatoires au principe de la force obligatoire. Dès lors, la seule raison pour laquelle cet argument semble avoir quelque pertinence tient au fait que cet argument correspond à l'idée commune du contrat, idée véhiculée par l'image des « grands contrats » dont la force obligatoire est saisissante. Cette idée commune du contrat ne s'embarrasse pas des nuances de l'ancien article 1134 : un contrat a force obligatoire, point. Où l'on perçoit à nouveau les limites du contrat. Alors même que sa définition permet de qualifier un objet de contrat, sa représentation sociale chez les juristes fait obstacle à cette qualification et vient ainsi limiter l'extension de cette notion.

Cette limite peut-elle être dépassée, ou bien, comme nombre des limites techniques examinées plus haut, est-elle indépassable ? Pour le déterminer, il faut examiner plus en détail la représentation sociale du contrat, afin de rechercher la portée de ces limites.

§ 2. Portée des limites tirées de la représentation sociale du contrat

134. Pour déterminer quelle est la portée des limites tirées de la représentation sociale du contrat, autrement dit, déterminer si ces limites sont ou non dépassables, il convient de procéder à deux analyses en utilisant pour cela les méthodes développées depuis une cinquantaine d'années par les spécialistes des représentations sociales [491].

D'abord, doit être réalisée une analyse statique, visant à déterminer quelle est la place des quatre idées examinées plus haut — liberté, argent, formes, force obligatoire — dans la représentation sociale du contrat. L'idée étant que plus une idée est centrale, plus il est difficile d'en changer (**A.**). Ensuite, il y a lieu de procéder à une analyse dynamique de cette représentation sociale du contrat, en recherchant si celle-ci peut ou non évoluer (**B.**). La réalisation de ces deux analyses dans le cas d'espèce nous permettra de montrer que ces limites ne paraissent pas pouvoir être dépassées.

491. Bien que l'idée d'une étude des représentations sociales soit assez ancienne, puisqu'on la retrouve chez Émile Durkheim dès 1895 (É. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, F. Alcan, 1895, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1055050, not. p. 8, 25 et 26 ; *adde*, encore plus nettement, la préface à la seconde édition, p. XI), les instruments pour étudier ces représentations n'ont été développés que tardivement. Il faut en effet attendre l'importante thèse de Serge Moscovici (*La Psychanalyse, son image et son public*, PUF, 1961), pour que tels travaux commencent à apparaître. Sur l'histoire de cette discipline, cf. D. Jodelet, « 13. Représentation sociale : phénomènes, concept et théorie » *in Psychologie sociale*, 3e éd., PUF, 2014, p. 363.

A. Des éléments profondément inscrits dans cette représentation sociale

135. Plan. Ces dernières années, les spécialistes de la psychologie sociale ont mis sur pied des méthodes pour comprendre la structure d'une représentation sociale à un instant donné. Ces méthodes sont d'après eux applicables à l'ensemble des sciences sociales [492], de sorte qu'il apparaît justifié d'en faire application dans le champ du droit, quand bien même la psychologie sociale ne ferait pas partie des sciences fréquemment mentionnées dans la catégories des « sciences auxiliaires » à la « science juridique » [493]. Après avoir présenté l'étude de psychologie sociale réalisée afin de dévoiler la structure de la représentation sociale du contrat (**1.**), il conviendra d'utiliser cette étude pour identifier l'ampleur des limites rencontrées par le contrat lors de sa confrontation à la relation médicale (**2.**).

1. Étude de la structure des représentations sociales du contrat

136. Plan. Pour identifier la structure des représentations sociales du contrat il a été tout d'abord nécessaire de constituer une base de données. Ces données ont été ensuite retraitées au moyen d'une méthode spécifique susceptible de faire apparaître la structure de la représentation sociale du contrat.

137. La constitution de la base de données. Afin de mettre à jour la représentation sociale du contrat, la première étape est de constituer une base de données en interrogeant pour cela des juristes. Plutôt que de réaliser des entretiens individuels, qu'il aurait alors fallu réaliser en nombre pour pouvoir faire apparaître cette représentation sociale, il a été procédé par voie de questionnaire, en utilisant pour cela la méthode d'*association verbale libre*. Cette méthode consiste à demander aux personnes sondées à quelles idées un mot donné — qualifié de mot-inducteur — les fait penser [494]. Cette méthode, compte-tenu de la liberté qu'elle confère au sujet dans sa réponse, présente l'avantage de faire apparaître des représentations que les individus n'auraient pas forcément révélé s'ils avaient été directement interrogés sur le point de savoir quelle est leur représentation d'un objet donné [495].

Concrètement, la question posée était la suivante : « Lorsque l'on parle de contrat en droit, quels sont les cinq premiers mots ou idées qui vous viennent à l'esprit ? ». Cette question a été adressée en janvier 2015 à nos étudiants (anciens ou actuels). Le choix de cette population s'explique par le fait qu'il nous était relativement aisé d'obtenir des réponses de la part de ces étudiants, compte tenu du lien que nous avions pu tisser avec eux par le passé. Interroger des professionnels du droit, qu'ils soient magistrats, avocats ou universitaires nous aurait en re-

492. M.-L. Rouquette et P. Rateau, *Introduction à l'étude des représentations sociales*, PUG, 1998, p. 15.
493. Sur les sciences auxiliaires, cf. A.-M. Ho Dinh, *Les frontières de la science du droit : Essai sur la dynamique juridique*, sous la dir. de N. Molfessis, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2015, n°s 94 s.
494. Sur cette méthode, cf. M.-L. Rouquette et P. Rateau, *Introduction à l'étude des représentations sociales*, PUG, 1998, p. 37 s. et P. Moliner et Ch. Guimelli, *Les représentations sociales*, PUG, 2015, p. 43 s.
495. Sur cet avantage de la méthode d'association libre, cf. *ibid.*, p. 97.

vanche demandé des efforts beaucoup plus importants [496]. Le choix de la population d'étudiants s'expliquait en outre par le rôle important de l'éducation sur la structuration des représentations sociales. En effet, si les représentations sociales évoluent incontestablement au cours du temps [497], en fonction de la pratique des individus, les éléments premiers de cette représentation, reçus par l'enseignement, évoluent assez peu [498]. Dès lors, il était cohérent, compte tenu du faible temps que nous pouvions accorder à cette étude — dont d'aucuns pourraient en outre estimer qu'elle n'a pas sa place dans une thèse de droit — de ne s'intéresser qu'aux seules représentations des étudiants acquises lors de leurs formation à l'Université [499].

Deux cent vingt-huit étudiants, soit un peu plus de la moitié de la population cible, ont répondu à cette question, ce qui nous a permis de recueillir 1145 mots distincts reflétant cette représentation sociale. Compte tenu du nombre de réponses obtenues, il apparaît raisonnable de penser que l'enquête est suffisamment représentative pour que ses données puissent être exploitées. Ajoutons que parmi ces étudiants il y avait une certaine diversité puisque toute les années étaient représentées, de la Licence 1 au Master 2 et au-delà, avec néanmoins une faible représentation des étudiants en deuxième année de licence et des étudiants ayant poursuivi leurs études au-delà d'un premier Master 2.

138. Le traitement des données. Les données obtenues à la suite de cette méthode d'*association verbale libre* ont ensuite été traitées de manière à faire apparaître la structure des représentations sociales du contrat.

Dans un premier temps, les termes obtenus ont été retraités de manière à regrouper des idées équivalentes. C'est ainsi par exemple qu'ont été rassemblés sous le mot « accord », les termes « accord de volonté(s) », « accord mutuel », « accord passé entre plusieurs parties », « consentement mutuel » ou encore « rencontre des volontés ».

Ensuite, a été réalisée une analyse *lexico-métrique* [500], consistant à calculer pour chaque mot sa fréquence et son rang d'apparition [501]. À ce stade ont été retirés les mots ayant un trop faible nombre d'occurrences (inférieur à cinq), compte tenu de ce qu'ils n'étaient pas alors suffisamment révélateurs de la représentation sociale du contrat.

Puis, à partir de ces deux analyses, thématique et lexico-métrique, a été pratiquée l'analyse

496. Rappr. J. Carbonnier, « Sociologie de la vente », *Travaux et conférences de l'Université Libre de Bruxelles,* 1960, vol. VIII, (reproduit dans *Écrits de Jean Carbonnier*, PUF, 2008, p. 521-525), p. 514 dans la réédition, où l'auteur souligne les problèmes de coût soulevés par les études sociologiques et indique « qu'il y a là de quoi faire hésiter les privatistes, ces grands économes ».
497. Sur cette évolution, cf. M.-L. Rouquette et P. Rateau, *Introduction à l'étude des représentations sociales*, PUG, 1998, p. 107 s.
498. *Ibid.*, p. 16, 17 et 35.
499. On ajoutera également qu'un quart environ des sondés avait sans doute une expérience concrète du contrat, puisque 61 étudiants indiquent avoir une expérience professionnelle. Aussi, les éléments structurant leur représentations reposent-ils également, pour ces sondés, sur leur pratique du contrat.
500. Sur cette méthode, cf. P. Moliner et Ch. Guimelli, *Les représentations sociales*, PUG, 2015, p. 48.
501. Les personnes sondées indiquant les cinq mots qu'ils associent au contrat, le rang auquel les mots sont appelés est déterminant pour déterminer leur importance dans leur représentation sociale du contrat.

prototypique, conformément à la méthode développée par Pierre Vergès [502]. Cette dernière analyse a permis de classer les différents éléments de la représentation sociale du contrat en quatre catégories [503] :

- Le noyau de la représentation sociale, comprenant les éléments ayant une fréquence et un rang moyen d'apparition élevé ; les éléments présents dans ce noyau sont la « clef de voûte » de la représentation [504] ;
- Les éléments de la périphérie proche, qui sont « en quelque sorte "impliqués" par les éléments centraux du noyau » et qui constituent la partie la plus accessible du noyau, celle dont les individus se servent au quotidien ; ces éléments sont généralement classés en deux catégories :
  - La périphérie 1 rassemblant les éléments ayant un nombre important d'occurrences mais un faible rang d'apparition ;
  - La périphérie 2 rassemblant les éléments ayant un faible nombre d'occurrences mais un rang d'apparition élevé ;
- Les éléments de la périphérie lointaine ayant un faible nombre d'occurrences ainsi qu'un faible rang moyen d'apparition et qui, dans l'étude des représentations, peuvent être négligés.

Les données traitées ainsi analysées sont transcrites sur le tableau suivant, où nous avons surligné en jaune les principaux éléments perturbateurs de la qualification contractuelle :

502. P. Verges, « L'évocation de l'argent : une méthode pour la définition du noyau central d'une représentation », *Bulletin de Psychologie,* 1992, vol. 45. Sur cette analyse, cf. P. Moliner et Ch. Guimelli, *Les représentations sociales*, PUG, 2015, p. 56-57.
503. Le classement a été réalisé au moyen du logiciel libre Iramuteq, couramment utilisé par les spécialistes des représentations sociales.
504. M.-L. Rouquette et P. Rateau, *Introduction à l'étude des représentations sociales*, PUG, 1998, p. 32.

Analyse prototypique des représentations sociales du contrat

		2,91 ≥ Rang > 2,91						
		Idée	Fréquence	Rang		Idée	Fréquence	Rang
9,58 ≥ Fréquence > 9,58	Zone 1 : éléments nucléaires	obligation	88	2,6	Zone 2 : éléments périphériques pertinents			
		accord	64	2				
		formalisme	45	2,9				
		engagement	41	2,4		partie	38	3,3
		consentement	40	2		argent	27	3,3
		vente	32	2,9		lien	18	3,1
		force obligatoire	29	2,7		responsabilité	17	3,8
		synallagmatique	28	2,9		cause	16	3,4
		liberté	27	2,6		objet	15	3,6
		consensualisme	23	2,6		bonne foi	15	3,3
		clause	22	2,8		bail	14	3,4
		convention	21	2,1		conditions de validité	14	3,6
		parties	20	1,8		exécution	12	4
		volonté	20	2,5		résiliation	10	3,6
		acte juridique	15	2,3				
		plurilatéral	10	2,6				
	Zone 3 : éléments périphériques pertinents				Zone 4 : éléments périphériques non pertinents	effet relatif	9	3,6
						échange	8	3,1
						vice	8	3
		validité	9	2,8		contrainte	7	3
		négociation	8	2,4		garantie	6	4,5
		obligatoire	7	2,3		complexe	6	3,2
		vices du consentement	6	2,7		travail	6	3,2
		confiance	5	2,4		contrepartie	5	3,6
						sécurité	5	3,8
						rupture	5	5
						unilatéral	5	3,2

2. Utilisation de cette étude

139. L'examen du tableau précédent présentant la structure des représentations sociales du contrat permet de faire apparaître que trois des éléments utilisés par les auteurs pour nier la qualification contractuelle de la relation médicale se retrouvent dans le noyau même de la représentation sociale du contrat, à savoir les formes, la liberté et la force obligatoire. Ces éléments se trouvent en outre parfois confortés par d'autres éléments de la périphérie [505]. L'aspect économique du contrat, s'il figure dans la première zone périphérique au travers du mot « argent », n'en est pas moins présent dans le noyau de la représentation sociale grâce à la vente. En effet, la vente est un contrat incontestablement économique.

140. Au vu de ce tableau, il apparaît donc que les éléments de la représentation sociale du contrat sur lesquels les auteurs s'appuient pour nier la qualification contractuelle de la relation médicale sont profondément inscrits dans cette représentation, ce qui explique le succès actuel des critiques en question. Où l'on aperçoit que le décalage existant entre la définition juridique du contrat et sa représentation sociale est une limite importante à l'utilisation du contrat. La limite apparaît en outre très difficilement dépassable lorsqu'on étudie les perspectives d'évolution de cette représentation.

B. Des éléments peu susceptibles d'évoluer au sein de cette représentation sociale

141. Les chercheurs travaillant sur les représentations sociales ne se contentent pas d'étudier la structure de ces représentations, ils s'intéressent également à leur évolution. Après avoir brièvement présenté les enseignements de cette discipline sur cette question, il conviendra d'en faire application à la représentation sociale du contrat.

142. L'un des premiers enseignements que les auteurs ont pu tirer de l'étude de l'évolution des représentations sociales est qu'une « représentation n'évolue pas pour des raisons cognitives, *stricto sensu*, mais pour des raisons objectives » [506], tenant à une évolution du contexte. Comme l'écrivent les mêmes auteurs, « les représentations sociales déjà constituées ont de grandes capacités de résistance ou d'adaptation comme on voudra. Mais si elles finissent par changer, c'est bien par suite de l'évolution de leur extériorité, c'est-à-dire par suite des "événements" qu'elles rencontrent dans l'histoire ». Autrement dit, pour que la représentation sociale d'un objet évolue, il faut que les pratiques des individus rencontrant cet objet changent. Plus précisément, les conditions que doivent réunir ces pratiques nouvelles pour pouvoir influer sur une représentation sociale établie sont les suivantes :

505. Ainsi, les mot « lien » et « obligatoire », situés dans la première périphérie, viennent renforcer l'idée de force obligatoire. De même, l'idée de « négociation », située dans la deuxième périphérie, vient renforcer l'idée d'un contrat où la liberté régnerait.

506. M.-L. Rouquette et P. Rateau, *Introduction à l'étude des représentations sociales*, PUG, 1998, p. 114.

— « [I]l faut que ces pratiques soient récurrentes dans la population considérée » ;
— « [I] faut également qu'elles soient valorisantes, matériellement ou symboliquement, ou qu'elles permettent au moins le maintien de la valeur » ;
— « [E]nfin, leurs implications doivent apparaître comme spécifiques et limitées dans l'ensemble de l'univers social » [507].

143. Si l'on applique à présent cette grille d'analyse à la relation médicale, il est très improbable que ces pratiques puissent évoluer à l'avenir. En effet, la doctrine ne semble pour l'instant guère consciente des limites induites par le décalage entre la définition juridique du contrat et la représentation sociale de ce dernier. Dès lors, il est peu probable que les futurs enseignants du droit des contrats mettent en garde leurs étudiants contre ce décalage [508]. L'exemple de l'idée de liberté est particulièrement topique de cette manifestation. En effet, alors même qu'il a été démontré avec *brio* par Georges Rouhette [509], il y a plus de cinquante ans — et déjà avant lui par Emmanuel Gounot [510] —, que le rôle donné à la liberté en droit des contrats était excessif, cette démonstration n'a pas eu un effet considérable sur les enseignements du droit des obligations et les pratiques des juristes puisque, nous l'avons constaté, ceux-ci continuent encore aujourd'hui à penser que le contrat devrait être un espace de liberté.

Cette résistance des idées anciennes tient sans doute également à l'importance, dans la pratique quotidienne des juristes, des « petits contrats » et des « grands contrats » identifiés plus haut. S'agissant notamment de la vente, qui se situe dans le noyau même des représentations du contrat, Jean Carbonnier avait pu estimer, en 1960, que chaque individu concluait entre trois et quatre mille contrats de vente chaque année. Dans ces conditions, il est peu probable que, même à supposer que les juristes de demain soient correctement formés sur ce qu'est un contrat, ceci puisse induire un changement dans sa représentation sociale.

Voilà pourquoi il est permis de penser que les arguments tirés de la représentation sociale du contrat, et invoqués par les juristes pour nier la qualification contractuelle de la relation médicale, témoignent d'une limite semble-t-il indépassable du contrat : le décalage entre la définition du contrat et la représentation de celui-ci. À cause d'un tel décalage, il est nombre de rapports humains, dont la relation médicale, que les juristes répugnent à analyser en terme contractuel, alors même que les éléments de définition du contrat sont présents.

507. M.-L. Rouquette et P. Rateau, *Introduction à l'étude des représentations sociales*, PUG, 1998, p. 114.
508. Ceci risque d'autant moins d'être le cas pour l'idée de force obligatoire que le législateur a récemment remonté de l'article 1134 vers l'article 1103 du code civil.
509. G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, sous la dir. de R. Rodière, thèse de doct., Paris, 1965.
510. E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse de doct., Faculté de Paris, 1912, Rousseau.

Conclusion du Chapitre préliminaire

144. L'étude des discours portant sur la relation médicale a permis de faire apparaître deux limites importantes du contrat, limites dont nous avons montré qu'elles étaient structurelles, de sorte qu'elles ne pouvaient pas être dépassées par une définition plus rigoureuse du contrat.

Les premières limites de l'instrument contractuel sont des limites techniques. Elles tiennent tantôt à l'imprécision des critères de définition — qu'est-ce que cette *rencontre* des volontés ? — ou de l'articulation de ces critères — quel degré d'*intention* est nécessaire pour créer des obligations ? —, tantôt aux limites de cet outil, incapable d'appréhender les relations formées autrement que par deux consentements, ou les relations qui, bien que forgées à la suite d'une procédure volontaire, ne laissent qu'une place extrêmement réduite à la volonté dans l'encadrement des effets de cette relation — c'est le problème de l'ambivalence du contrat : à la fois procédure et effet.

Les secondes limites de l'instrument contractuel sont des limites psychosociales, en ce sens qu'elles résultent d'une perception erronée du contrat par la collectivité des juristes. En effet, l'étude de la relation médicale a permis de mettre en lumière que plusieurs des éléments nucléaires de la représentation sociale du contrat se trouvaient en décalage avec la définition juridique du contrat. Or, un tel décalage, dont nous avons indiqué qu'il ne disparaîtrait probablement pas, conduit à restreindre l'extension du contrat, en en excluant des objets qui correspondaient pourtant à son intension.

Ces limites permettent d'établir la nécessité d'utiliser un autre outil que le contrat, afin d'appréhender juridiquement les situations où cet outil est pris en défaut. Jean Carbonnier avait semble-t-il déjà perçu ce problème lorsqu'il dénonçait, il y a plus de cinquante ans, les insuffisances d'une théorie générale du contrat, « masqua[n]t la diversité du réel » et retardant de ce fait « les progrès d'une étude scientifiquement satisfaisante de la matière » [511]. Cette recherche d'un nouvel outil n'implique pas pour autant d'abandonner le contrat. La démarche ici adoptée se veut conservatrice, dans la mesure où elle ne caresse pas le projet illusoire de mettre à mort le contrat. Les faiblesses du contrat soulevées plus haut n'impliquent nullement d'abandonner d'une manière générale cet outil qui, dans nombre de situations, permet à tout un chacun de comprendre aisément et rapidement de quoi il est question. Le seul objectif de ce travail est de doter les juristes d'un outil plus perfectionné que le contrat, afin d'être en mesure d'appréhender convenablement toutes les situations où le contrat dysfonctionne [512].

511. J. Carbonnier, « Sociologie et droit du contrat » *in Annales de la faculté de droit de Toulouse*, t. VII, 1959, p. 113.

512. S. Lequette, « La notion de contrat : Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD Civ.,* 2018, p. 541-566, où l'autrice reconnaît la nécessité d'améliorer la définition du contrat qui, si elle peut s'avérer satisfaisante « lorsqu'il s'agit de faire comprendre aux étudiants de deuxième année ce qu'est le contrat, renferme de nombreuses zones d'ombre dès lors que l'on vise à approfondir ce que la notion recouvre techniquement ».

145. L'outil susceptible de se substituer au contrat, lorsque ce dernier est pris en défaut, est l'acte juridique. En effet, il peut être ici montré, certes brièvement, que le concept d'acte juridique ne rencontre pas à première vue les mêmes limites techniques ou psychosociales que le contrat.

S'agissant tout d'abord des limites techniques que rencontrait le contrat, l'on peut tout d'abord observer que l'acte juridique paraît en mesure d'appréhender tous les phénomènes, quel que soit le nombre de volontés exprimées, puisque tant les privatistes que les publicistes paraissent admettre que l'acte juridique puisse avoir un ou plusieurs auteurs [513]. De même, l'acte juridique ne semble pas, à première vue [514], confondre la procédure et les effets : l'acte juridique est la procédure et la norme est la conséquence de cette procédure [515].

Quant aux limites psychosociales, celles-ci paraissent mineures voire inexistantes. En effet, par sa technicité et son caractère relativement abstrait, l'acte juridique n'est pas, contrairement au contrat, un objet que les juristes « rencontrent » quotidiennement dans leur pratique du droit. Ils croisent des contrats, des lois, des jugements, mais point d'acte juridique. Dès lors, le concept d'acte juridique ne paraît guère susceptible d'être perturbé outre mesure par les pratiques quotidiennes des juristes. Ainsi, l'idée d'acte juridique n'est nullement associée aux idées économiques, ce qui permet par exemple à ce concept d'être utilisé sans difficulté en droit des personnes et de la famille [516]. De même, l'idée d'acte juridique ne paraît pas associée aux formalismes puisque la plupart des définitions détaillées de ce concept indiquent bien qu'il peut résulter d'un simple geste, voire d'un silence. S'agissant de l'idée de force obligatoire, vers laquelle pousse naturellement l'idée d'un contrat créateur d'*obligation*, celle-ci ne paraît pas non plus prégnante dans les représentations sociales de l'acte juridique, les juristes paraissant se contenter de l'idée que l'acte créerait une (ou plusieurs) norme(s) juridique(s), quand bien même cette norme pourrait par la suite être abrogée et ne plus être contraignante. Enfin, quant à l'idée de liberté, si celle-ci paraît bien présente dans la représentation individuelle que certains juristes retiennent de ce concept [517], nous avons pu cependant montrer qu'existaient d'autres perceptions de l'acte juridique, beaucoup plus axées sur la protection de la sécurité juridique des tiers [518]. Par conséquent, cette idée de liberté ne paraît pas être profondément inscrite dans l'esprit des juristes.

Si demeurent sans doute des points sur lesquels certaines définitions de l'acte juridique paraissent rencontrer les mêmes difficultés que le contrat — en particulier sur la question de

513. Nous montrerons toutefois plus bas (n°s 280 et 331) le caractère critiquable de ce concept dans la mesure où il paraît plus pertinent de dire qu'un acte juridique n'a forcément qu'un seul auteur et qu'ainsi, dans toutes les hypothèses où l'on perçoit une pluralité d'auteurs, il y a en réalité une pluralité d'actes juridiques.
514. Comp. *infra* n° 149.
515. Ce point sera toutefois largement tempéré plus loin.
516. B. Maumont, *L'acte juridique en droit des personnes et de la famille*, sous la dir. de J. Hauser, thèse de doct., Université de Bordeaux, 2015 ; A. Molière, « Et si le concubinage était un acte juridique ? », *RTD Civ.*, 2018.
517. Cf. les auteurs cités *supra* n° 17.
518. *Supra* n° 18.

l'*intention* de créer des effets de droit —, il est permis de penser que le peu d'attachement de la doctrine contemporaine au concept d'acte juridique devrait permettre de faire évoluer les définitions problématiques de l'acte juridique vers des définitions plus convenables. En effet, dès lors que les juristes utilisent peu au quotidien le concept d'acte juridique, il leur sera relativement aisé — autrement dit le coût psychologique de cette action sera à leurs yeux relativement faible — d'abandonner les acceptions critiquables de ce concept.

146. L'acte juridique, un concept à approfondir. L'utilisation de l'acte juridique pour appréhender la relation médicale et, plus généralement, toutes les situations où le contrat se trouve pris en défaut, ne peut pas cependant se faire sans avoir préalablement cerné précisément les contours de cet outil. Or, c'est là, à l'heure actuelle, la principale faiblesse du concept d'acte juridique. Situé bien souvent à la périphérie des différentes disciplines, ce concept n'est guère théorisé. Même d'importants théoriciens contemporains paraissent le négliger [519]. Voilà pourquoi, il apparaît ici nécessaire, et ce sera l'objet des deux parties à venir, de donner corps à ce concept.

Précisons ici que cet approfondissement du concept d'acte juridique sera fait en partant avant tout de matériaux issus du droit français, afin de ne pas alimenter les critiques de ce concept fondées sur son origine étrangère [520].

519. G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, sous la dir. de M. Troper, thèse de doct., Université Paris X-Nanterre, 2006, Dalloz, n° 479.
520. Cf., not., la critique de G. Cornu évoquée *supra* n° critique origine étrangère AJ, p. 7.

Première partie

La définition de l'acte juridique

147. Plan. Conformément aux règles méthodologiques fixées en introduction[521], toute définition d'un concept prétendument scientifique se doit d'identifier les éléments constitutifs de ce concept ou, autrement dit, les éléments de qualification qui seront utilisés lorsque se posera la question de savoir si un objet particulier relève de l'extension de ce concept (**Titre I**). À cette définition, qu'on pourrait qualifier de positive, doit être adjointe une définition négative, consistant à distinguer ce concept d'autres concepts qui lui sont proches mais dont il est néanmoins distinct[522]. Il s'agit alors non plus de concourir à la qualification d'un objet, mais à son individuation par rapport à d'autres objets (**Titre II**).

521. *Supra* n° 48.
522. Rappr. G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, sous la dir. de R. Rodière, thèse de doct., Paris, 1965, n° 90, promouvant une semblable démarche à propos du contrat.

Titre I

La définition positive : les éléments de qualification

148. Définition commune de l'acte juridique – plan. L'acte juridique est défini par le *Vocabulaire juridique* Cornu, comme la « manifestation de volonté (...) ayant pour objet et pour effet de produire une conséquence juridique »[523], ce que les auteurs reformulent généralement plus brièvement ainsi : « manifestation de volonté destinée à créer des effets de droit » ; définition commune que reprend l'article 1100-1 nouveau du code civil, pour qui « [l]es actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit ». Cette définition est relativement bien admise, tant par la doctrine publiciste que privatiste, même s'il existe des divergences terminologiques d'une définition à l'autre[524]. Étant avant tout terminologiques, ces divergences ne justifient pas à elles seules que soit consacré un chapitre entier à la définition du concept d'acte juridique. Ce qui le justifie, en revanche, ce sont les confusions, parfois dénoncées — mais sans que cela n'induise pour autant un changement des pratiques[525] —, que génère cette définition commune et qu'il s'agit ici de mettre en lumière. Une fois ces confusions mises à jour (**Chapitre 1**), l'on proposera une reformulation de la définition de l'acte juridique, ce qui sera également l'occasion d'apporter des précisions sur le contenu et le contenant — le signifié et le signifiant — de tous les éléments de cette définition (**Chapitre 2**).

523. *V° Acte*, sens I., 2.

524. Ainsi, quelques publicistes éprouvent une certaine réticence à l'égard du mot « volonté » qu'ils préfèrent passer sous silence (cf. la définition qu'on trouve chez H. Kelsen, « What is a Legal Act? », *American Journal of Jurisprudence,* 1984, vol. 29, 9 (Traduction d'un article paru en 1952), p. 201) ou remplacer par l'expression « acte de langage » (P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012, p. 333-387 ; comp. B. Seiller, « Acte administratif (I – Identification) » *in Répertoire de contentieux administratif*, janv. 2010, Dalloz, n° 26 ; M. Hecquard-Théron, *Essai sur la notion de réglementation*, sous la dir. de J.-A. Mazères, thèse de doct., Université de Toulouse, 1977, LGDJ, p. 52 et surtout, les propos de R. Latournerie, rapportés dans les *Travaux de la Commission de réforme du code civil. 1945-1946*, Sirey, 1947, p. 140). Ces opinions trouvent parfois échos chez les privatistes, tant chez des auteurs classiques tels Georges Rouhette (C. Witz, « Georges Rouhette et l'acte juridique » *in Hommage à Georges Rouhette*, Dalloz, 2014, p. 55-57) ou Philippe Jestaz (Ph. Jestaz, « Une révolution inaperçue, à propos de l'acte juridique », *RTD Civ.,* 2014), que chez de plus jeunes auteurs (S. Lequette, « La notion de contrat : Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD Civ.,* 2018, p. 541-566, n° 34) allant jusqu'à remplacer le concept de volonté par celui d'intérêt.

Quant à l'expression « effets de droits », largement répandue chez les privatistes, les publicistes ont également tendance à s'en méfier, au motif qu'elle serait trop floue. Ils proposent de la remplacer par d'autres expressions : « modification de l'ordre / l'ordonnancement juridique », « création de normes ». Là encore, ces idées pénètrent parfois chez les privatistes : cf. L. Mayer, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, sous la dir. de L. Cadiet, thèse de doct., 2009, IRJS, n° 148-163, qui retient l'expression « modification d'une situation juridique », manifestement influencée par la terminologie de Léon Duguit. *Adde* M. Jaouen, *La sanction prononcée par les parties au contrat : Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, sous la dir. de D. Mazeaud, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2013, Économica, n° 129. Sur ces questions terminologiques, cf. plus largement la deuxième section du présent chapitre.

525. Emblématique à cet égard est la remarquable thèse de Georges Rouhette (G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, sous la dir. de R. Rodière, thèse de doct., Paris, 1965). Alors que dès 1965 cet auteur a longuement dénoncé les principales confusions examinées ci-après, ces critiques n'ont pas été *réellement* prises en compte par la doctrine contemporaine qui reproduit encore ces confusions.

Chapitre 1

Les limites des éléments actuels de qualification

149. Plan. Un rapide découpage grammatical de la définition communément répandue de l'acte juridique et que vient de consacrer l'article 1100-1 nouveau du code civil — « manifestation de volonté destinée à créer des effets de droit » — laisse apparaître que celle-ci comprend deux *critères de qualification*, articulés l'un à l'autre par un certain *lien*[526]. D'un côté, la « manifestation de volonté », qui est le sujet de la proposition définitoire, et, de l'autre, le verbe et son complément, « destinée à créer des effets de droit »[527]. En faisant de la « manifestation de volonté » le sujet de la proposition infinitive, cette définition conduit à privilégier ce premier pôle de la définition. Une analyse sémantique vient confirmer ce point, en ce qu'elle révèle que le lien reliant ces deux critères se fait au bénéfice de la manifestation de volonté. Il faut en effet une « manifestation de volonté *destinée à* créer des effets de droit » et non « une manifestation de volonté *et* une création d'effets de droit » (lien cumulatif) ou encore une « manifestation de volonté *entraînant* la création d'effet de droit » (lien d'implication). Or, comme nous le verrons, exiger un tel lien de subordination entre ces deux critères ne permet pas de rendre compte de toute la richesse des hypothèses dans lesquelles la qualification d'acte juridique est retenue en droit positif et constitue à ce titre la première limite de cette conception de l'acte juridique (**Section I**).

Outre cette difficulté concernant le *lien* entre les critères de qualification, la conception actuelle s'avère également problématique dans ses *critères* mêmes de qualification. En effet, bien que cela ne soit guère visible dans la définition usuelle (« manifestation de volonté destinée à créer des effets de droit »), la définition de l'acte juridique repose sur l'exigence que les

526. Sur la distinction du critère de qualification et du lien entre ces critères, cf. *supra* n° 47.

527. Cf. M. Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, sous la dir. de D. Huet-Weiller, thèse de doct., Université de Strasbourg, 1982, LGDJ, p. 27-33 ; Ch. Grzegorczyk, « L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit », *Droits,* 1988, vol. 7, p. 47 ; R. Encinas de Muñagorri, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, sous la dir. de A. Lyon-Caen, thèse de doct., Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 1995, LGDJ, n° 53.

normes créées aient une certaine qualité. Ceci transparaît notamment dans la définition de l'acte juridique dans le *Vocabulaire juridique* Cornu, puisqu'il y est exigé que la volonté ait non seulement pour *objet* mais aussi pour *effet* de produire une conséquence juridique. Par là, les auteurs de cette définition suggèrent que l'acte créant des normes nulles ne pourrait pas être un acte juridique. En effet, si un tel acte aurait bien pour *objet* la création de normes, il n'aurait pas pour *effet* la création de telles normes, compte tenu de la nullité les affectant. Ce faisant, les auteurs de cette définition paraissent bien faire de la qualité de la norme — sa validité ou sa nullité — un élément de définition. Une telle analyse est pourtant problématique car, nous le montrerons, elle aboutit à rapprocher très étroitement les concepts d'acte juridique et de norme, lesquels deviennent alors d'un maniement beaucoup plus délicat. C'est cette difficulté qui constitue la seconde limite à la conception actuelle de l'acte juridique (**Section II**).

Section I Les limites de l'articulation actuelle des critères de qualification

150. Plan. En définissant l'acte juridique comme une « manifestation de volonté destinée à créer des effets de droit », on donne à penser que la création d'effets de droit serait subordonnée à la volonté d'en créer. Il y a là semble-t-il une confusion[528]. En effet, ce sont moins les auteurs de l'acte qui décident si celui-ci crée du droit, que les organes sur de l'ordre juridique (personnes juridiques ordinaires ou personnes investies d'un pouvoir juridique particulier, tel celui de résoudre les litiges)[529] (**§ 1.**). Cette confusion n'est pas seulement néfaste pour le

528. La consécration récente de cette définition par le code civil ne change rien à l'existence de cette confusion, celle-ci s'avérant incohérente avec d'autres solutions pluriséculaires retenues en droit positif et exposées plus bas.

529. Cette conception large du concept d'organe, qu'on trouve semble-t-il chez Kelsen (en ce sens P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012, p. 358) pourrait être rejetée par certains auteurs pour qui les sujets de droit ne sauraient être assimilés à des organes de l'ordre juridique (*ibid.*, p. 356-358 ; et nous remercions cet auteur de nous avoir personnellement alerté sur cette difficulté). Au soutien de leur approche restrictive, ces auteurs pourraient notamment avancer que qualifier les sujets de droit d'organe de l'ordre juridique reviendrait à publiciser l'ensemble du droit privé, ce qui pourrait être attentatoire aux libertés individuelles. P. Amselek écrit ainsi que ces idées « débouchent sur une représentation cauchemardesque de la réalité : en donnant, par exemple, à son fils l'ordre de faire ses devoirs ou de manger sa soupe, c'est en tant qu'organe de l'État légiférant que le père agirait ! On aboutit à la vision d'un État proprement totalitaire, d'un Big Brother omniprésent et omnipotent, là où au contraire l'État reconnaît des sphères de vie et de relations privées échappant à son intervention directe, qu'il se contente seulement d'encadre » (*ibid.*, p. 358). La critique n'emporte pas l'adhésion. D'abord, car elle est présentée par les auteurs comme la conséquence d'une idée à laquelle on peut ne pas adhérer : la pertinence scientifique d'une distinction entre les droits publics et privés. Ensuite, car l'exemple donné par l'auteur n'est pas pertinent puisque, très probablement, l'ordre donné par ce père, s'il serait bien analysé comme une norme, ne serait en revanche probablement pas perçu comme une norme juridique, de sorte que le père, en prononçant cet ordre, ne serait pas non plus perçu comme un organe de l'ordre juridique. Enfin, car il ne semble pas que qualifier d'organe les sujets de droits entraîne nécessairement la conséquence que redoute P. Amselek. Tout au contraire, d'un point de vue sociologique, cela permettrait de bien montrer que l'ordre juridique n'existe que parce qu'il est soutenu par ses sujets de droit, lesquels en sont donc bien, littéralement, des organes lui permettant d'exister.

concept d'acte juridique, qu'elle rend plus difficile à appréhender, elle l'est aussi pour l'ordre juridique lui-même qu'elle tend à complexifier (**§ 2.**).

§ 1. Une confusion dans l'articulation des critères de qualification

151. Plan. Pour démontrer qu'il y a ici une confusion quant au lien entre les deux critères usuels de définition de l'acte juridique, on pourrait songer à recourir à la philosophie du droit. L'on pourrait par exemple défendre l'idée selon laquelle cette définition de l'acte juridique serait trop individualiste et ne préserverait pas suffisamment les intérêts de la collectivité. En effet, en subordonnant la création d'effets de droit à la volonté d'un individu, cette définition ne permettrait pas à la collectivité de décider si elle accepte de reconnaître que cette volonté est porteuse de tels effets. Au contraire, une définition plus équilibrée de l'acte juridique impliquerait de séparer davantage le critère de la volonté et celui de la création d'effet de droit, sans placer le second dans la dépendance du premier.

Si cet argument d'ordre philosophique pourrait sans doute recueillir l'adhésion d'une majorité de publicistes, il est moins certain qu'il suffise à convaincre les privatistes, surtout lorsqu'ils sont spécialistes du droit des contrats. En effet, nous l'avons vu, les spécialistes du droit des contrats demeurent fortement attachés au dogme de l'autonomie de la volonté, même tempéré. Dès lors, pour convaincre ces spécialistes, d'autres arguments doivent être avancés.

Ceci peut être fait en démontrant que cette articulation des critères de qualification se trouve contredite par le discours du droit — plus précisément le discours jurisprudentiel —, ce qui impose de l'abandonner (**A.**). L'on montrera également que cette théorie classique ne saurait être sauvée au motif qu'elle présenterait nombre d'intérêts. En effet, l'examen de ces intérêts prétendus permettra d'établir que loin de présenter des avantages, cette construction théorique est source de nombreux inconvénients (**B.**).

A. Une articulation des critères de qualification contraire au droit positif

152. Délimitation de la critique. Si la définition couramment retenue de l'acte juridique semble placer le critère plutôt objectif de cette définition (« création d'effets de droit »), sous la dépendance du critère plutôt subjectif (« manifestation de volonté »), cela ne signifie pas pour autant que l'acte juridique serait un instrument aux mains de son auteur et que la collectivité ne pourrait exercer sur lui aucun contrôle. En effet, en doctrine, les auteurs qui prennent le temps de défendre cette définition de l'acte juridique indiquent souvent que l'ordre juridique a bien son mot à dire quant à la légalité de cet acte. Ce n'est donc pas sur ce point que leur pensée est problématique.

La critique est ailleurs. Elle se situe dans la répartition des rôles réalisée par cette doctrine entre les auteurs de l'acte juridique et les mécanismes de contrôle de l'ordre juridique. Pour ces

auteurs, l'ordre juridique n'intervient qu'*a posteriori*, une fois que lui est présentée une volonté ayant pour but de créer des effets de droit. Selon cette opinion, il n'est pas concevable que l'ordre juridique puisse considérer qu'une opération produise des effets de droit, si les auteurs de l'acte juridique n'avaient pas une telle intention en vue. Ainsi peut-on lire, dans un ouvrage s'intéressant au contrat, que si « le Droit garde toujours le "dernier mot" » [530], il n'a en revanche pas le premier mot, en ce sens que « si les parties ne souhaitent pas contracter, le Droit ne peut que suivre leur choix » [531]. Dans une telle conception, les parties ont toujours l'initiative de la création du droit ; l'ordre juridique n'intervient qu'*a posteriori*, pour valider ou non cette initiative, il n'est jamais à l'initiative de la création d'effets de droit [532].

153. Plan. Cette affirmation peut être critiquée [533]. En effet, l'étude minutieuse du droit positif, déjà réalisée par quelques auteurs [534], révèle au contraire que les organes de contrôle des ordres juridiques peuvent aussi être à l'initiative de la création d'une relation juridique ou tout simplement d'effets de droit que les parties n'auraient peut-être pas voulus. Ceci survient d'abord lorsque, confrontés à des situations dans lesquelles l'intention des individus de créer des effets de droit est incertaine — par exemple à cause du silence gardé par ces individus sur leur intention —, les organes de l'ordre juridique considèrent malgré tout que cette volonté a créé du droit. Mieux, ceci survient lorsque les juges vont reconnaître l'existence d'un acte juridique, alors même que son auteur avait manifesté son intention de ne pas créer du droit. L'étude du droit positif révèle donc l'existence de situation où la qualification d'acte juridique est reconnue alors que l'intention de créer des effets de droit est incertaine (**1.**) ou exclue (**2.**).

530. Y. Guenzoui, *La notion d'accord en droit privé*, sous la dir. de C. Hannoun, thèse de doct., Université de Cergy-Pontoise, 2009, LGDJ, n° 21.
531. *Ibid.*, n° 22.
532. Rappr. B. Oppetit, « L'engagement d'honneur », *D.,* 1979, chron., n° XVII, n° 11, où l'auteur écrit « selon cette conception du contrat, la volonté des parties serait dotée d'une force absolue, puisque c'est d'elle seule (sous réserve de l'ordre public, bien entendu) que dépendrait la soumission d'un engagement au droit étatique, et donc la possibilité de l'exécuter judiciairement, ou au contraire son exclusion du champ d'application de la loi en le répétant pris seulement en conscience ».
533. Not. *Travaux de la Commission de réforme du code civil. 1945-1946*, Sirey, 1947, p. 177 (l'intervention de J.-P. Niboyet) ; G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, sous la dir. de R. Rodière, thèse de doct., Paris, 1965, n°s 108-114 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, sous la dir. de J. Mestre, thèse de doct., 1992, PUAM, n°s 536 ou 542 ; M.-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, sous la dir. de J. Mestre, thèse de doct., 1995, PUAM, n° 291 ; D. Laszlo-Fenouillet, *La conscience*, sous la dir. de G. Cornu, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 1993, LGDJ, n°s 24 et 152 s. ou S. Benisty, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, thèse de doct., Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, 2014, Institut universitaire Varennes, n°s 264-268. *Adde*, pour une critique plus philosophique, A. Reinach, *Les fondements* a priori *du droit civil*, Vrin, 2004, p. 67.
534. G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, sous la dir. de R. Rodière, thèse de doct., Paris, 1965, n° 179 ; B. Oppetit, « L'engagement d'honneur », *D.,* 1979, chron., n° XVII, n°s 11 à 19 et D. Laszlo-Fenouillet, *La conscience*, sous la dir. de G. Cornu, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 1993, LGDJ, n°s 24 et 152 s.

1. L'intention incertaine de créer des effets de droit

154. Plan. Il peut arriver que l'examen de l'intention d'une personne ne permette pas de déterminer, avec un degré suffisant de certitude, si celle-ci a entendu, par son action, créer du droit. Cette incertitude ne va toutefois pas arrêter les organes de l'ordre juridique qui pourront considérer que des effets de droit ont été produits et, en conséquence, retenir la qualification d'acte juridique. Ceci s'observe tout d'abord lorsque l'auteur d'un acte juridique est resté complètement silencieux sur l'ordre social [535] dans lequel il souhaitait insérer son action, laissant ainsi planer un doute important quant à son intention (**a.**). À côté de cette hypothèse de *forte* incertitude quant à l'intention de créer des effets de droit, existe aussi l'hypothèse d'une plus *faible* incertitude. Celle-ci se rencontre lorsque l'auteur d'un acte juridique, bien qu'ayant indiqué agir dans un autre ordre social que l'ordre juridique étatique (l'ordre moral par exemple), n'a pas explicitement indiqué vouloir agir hors de l'ordre juridique, laissant de ce fait planer un léger doute sur son intention. En effet, ce n'est pas parce qu'une personne indique par exemple agir par « engagement moral », qu'elle exclut nécessairement d'inscrire son action dans un ordre juridique. Sans doute, en avançant des raisons morales, cette personne suggère la prévalence de ces raisons sur toutes autres, notamment juridiques, mais, dans certains cas, la référence à l'honneur peut aussi être perçue comme un souci de renforcer la confiance d'autrui dans la réalité de l'engagement [536]. D'une manière générale et d'un point de vue logique, la prévalence d'une solution sur une autre n'implique pas l'exclusion de cette autre solution. D'où l'existence, dans une telle hypothèse d'une légère incertitude sur l'intention de la personne de créer des effets de droit (**b.**).

a. La forte incertitude quant à l'intention de créer des effets de droit

155. Plan. La forte incertitude de créer des effets de droit peut concerner soit la totalité des effets de l'acte (**i.**), soit certains d'entre eux (**ii.**).

i. La forte incertitude portant sur la totalité des effets

156. Plan. L'incertitude de créer des effets de droit peut tout d'abord porter sur la totalité des effets. Ceci survient lorsque l'auteur de l'acte n'a nullement conscience que son action peut être comprise comme créant des effets de droit. Il est possible d'en donner deux illustrations : l'une en droit international public, l'autre en droit du travail.

157. En droit international public. La reconnaissance de l'existence d'un traité en droit international public fournit un premier exemple de la reconnaissance de l'existence d'un acte juridique malgré la présence d'une incertitude quant à l'intention des auteurs de ces traités de

535. Sur les différents types d'ordres sociaux, cf. *infra* n° 953, spé. note n° 948.
536. Cf. Aix, 11 juin 1872, *D.*, 1873, 2, p. 177, où la Cour confirme la décision des juges de première instance ayant relevé que « l'appel [du débiteur] à sa conscience n'a été qu'un moyen pour fortifier sa promesse et non point un simple engagement d'honneur comme il le soutient aujourd'hui ».

créer des effets de droit. En effet, bien que la doctrine internationaliste affirme souvent que la reconnaissance d'un traité international exigerait l'intention de ses auteurs de produire des effets de droit [537], la jurisprudence de la Cour internationale de justice n'autorise nullement de semblables conclusions. Dans deux arrêts importants, la Cour a au contraire montré sa volonté de se libérer du critère de l'intention de créer des effets de droit. Tout d'abord, en 1978, dans l'affaire du *Plateau continental de la Mer Égée*, la Cour a indiqué que, pour déterminer si un communiqué de presse pouvait produire des effets de droit et, à ce titre, mériter la qualification d'accord, il fallait « tenir compte avant tout des termes employés et des circonstances dans lesquelles le communiqué a été élaboré » [538]. Nulle trace explicite ici de l'intention. Le silence de la Cour sur l'intention des parties est d'autant plus marquant que l'une des parties au procès invoquait que son intention, en émettant le communiqué de presse, n'était nullement de créer du droit, et donc que ses actes ne concourraient nullement à la formation d'un accord [539].

Quelques années plus tard, la Cour va être encore plus claire sur son refus d'être liée par l'intention des parties. En effet, dans un arrêt de 1994, la Cour, après avoir rappelé les critères de qualification d'un accord dégagés dans l'arrêt précité de 1978, va indiquer qu'à supposer que l'intention d'une des parties de conclure ou de ne pas conclure un accord soit établie, cette intention « ne saurait prévaloir sur les termes mêmes de l'instrument concerné » [540]. On peut difficilement dire plus clairement que l'intention n'est pas déterminante [541].

Cette attitude de la Cour internationale de justice n'est guère surprenante. Si les juges s'attachaient à l'intention des parties, la légitimité de leurs décisions pourrait être aisément remise en question [542], comme cela s'était d'ailleurs produit quelques années avant l'arrêt précité de 1978, dans l'*affaire des essais nucléaires* opposant la France à la Nouvelle-Zélande [543]. En

537. Cf. not. J.-P. Jacqué, « Acte et norme en droit international public » *in Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 227, Brill |Nijhoff, 1991, URL : http://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*-ej.9780792317852.357_417, p. 396 ; D. Carreau et F. Marrella, *Droit international*, 11e éd., Pedone, 2012, p. 148, n° 4 ou C. Crepet-Daigremont, « La notion d'accord chez Michel Virally » *in Les grandes pages du droit international. Les sources du droit international*, Pedone, 2015. La doctrine étrangère paraît en revanche plus mesurée. Cf. M. Fitzmaurice, « Treaties » *in The Max Planck encyclopedia of public international law*, t. IX, Oxford, fév. 2010, n° 17 : « According to the jurisprudence of the ICJ the legal character of an agreement has to be decided on the basis of an objective analysis of the text rather than on the subjective intention of the parties ».

538. CIJ, *Plateau continental de la mer Égée*, 19 déc. 1978, *Rec.*, URL : http://www.icj-cij.org/docket/files/62/6244.pdf, p. 39, § 96.

539. *Ibid.*, p. 41, § 99.

540. CIJ, *Délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, 1er juil. 1994, *Rec.*, URL : http://www.icj-cij.org/docket/files/87/6995.pdf, p. 14, § 29.

541. Comp. toutefois D. Carreau et F. Marrella, *Droit international*, 11e éd., Pedone, 2012, p. 148, n° 4 qui, après avoir cité ces décisions, n'en écrit pas moins que pour la Cour « tout dépend de la nature de l'acte en question, de sa formulation et [nous soulignons] de l'intention des parties »...

542. Rappr. *infra* n° 590, à propos du contrôle de la conformité à l'ordre juridique des fins poursuivies par le législateur.

543. CIJ, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle Zélande c/ France)*, 20 déc. 1974, *Rec.*, URL : http://www.icj-cij.org/docket/files/59/6159.pdf. Dans cette affaire la Cour a considéré que les déclarations du Président de la République, affirmant que les essais atmosphériques menés dans le Pacifique en 1974 seraient les derniers, révélait l'intention de la France de se lier et constituait donc un acte juridique unilatéral (§53). Or cette décision a été mal perçue par la doctrine. Cf. not. J.-P. Jacqué, « Acte et norme en droit international public » *in Recueil*

effet, il est probable que les décisions de la Cour soient de peu d'efficacité si leur motivation ne convainc pas les états qui les reçoivent. Or, quelle est la force d'une décision dans laquelle la Cour affirmerait qu'un état a eu l'intention d'être lié juridiquement, alors que cet état — qui est assurément le mieux placé pour le savoir — soutiendrait pour sa part n'avoir jamais eu une telle intention ? Il est de bien meilleure stratégie, dans une telle situation, de ne pas se placer sur le terrain de l'intention de l'état lorsqu'il a agi, mais plutôt sur celui de la perception de cette action par les tiers. Voilà sans doute pourquoi, après les difficultés rencontrées en 1974, dans l'*affaires des essais nucléaires*, la Cour internationale de Justice a délaissé le critère de l'intention de créer des effets de droit. Là n'est pas la seule manifestation de cette tendance des juges à négliger ce critère, celle-ci peut être également observée dans l'ordre juridique français interne, en particulier en droit du travail.

158. En droit du travail. Le droit du travail offre, avec la question des usages d'entreprise[544], un exemple intéressant de jurisprudence manifestant l'indifférence du droit positif à l'intention de créer des effets de droit. Rappelons que les usages d'entreprise constituent des pratiques générales, constantes et fixes, manifestant la volonté de leur auteur (généralement l'employeur) d'accorder aux bénéficiaires de ces pratiques, un droit à leur maintien, sauf à leur auteur à les dénoncer par avance, en suivant une procédure d'origine jurisprudentielle.

En présence de telles pratiques, il n'est guère aisé de savoir si leur auteur a entendu faire preuve de courtoisie à l'égard des bénéficiaires de ces pratiques, ou s'il a entendu véritablement leur conférer de nouveaux droits. D'où l'existence d'une forte incertitude quant à l'intention de l'auteur de l'usage de créer des effets de droit.

Cette incertitude a été la source d'un contentieux à la suite duquel la Cour de cassation a affirmé que, pour déterminer si des pratiques pouvaient constituer ou non un usage — et donc un acte juridique[545] —, il n'était pas nécessaire de rechercher si l'employeur avait ou non

des cours de l'Académie de droit international, t. 227, Brill |Nijhoff, 1991, URL : http://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*-ej.9780792317852.357_417, p 368, note 2 ou J. Salmon, « Les accords non formalisés ou "*solo consensu*" », *Annuaire français de droit international,* 1999, vol. 45, DOI : 10.3406/afdi.1999.3551, URL : http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/afdi_0066-3085_1999_num_45_1_3551, p. 14, ce dernier écrivant : « Nous n'avons, en effet, jamais été persuadé que les déclarations françaises avaient, à l'époque, la portée que la Cour leur a donnée, c'est-à-dire que la France avait eu, en les faisant, l'intention de s'engager ».

544. Sur ces usages, cf. not. P. Lokiec, *Droit du travail. Tome 1. Les relations individuelles de travail*, PUF, 2011, n° 45.

545. Bien que ce point soit rarement mis en valeur, voire parfois contesté (not. É. Jeansen, « Entre heures de délégation et discrimination syndicale : précisions et rappels », *JCP S,* 17 fév. 2015, 1058, n° 3), il nous semble que ces usages méritent bien la qualification d'acte juridique, ce qui fait alors d'un tel usage une « notion trompeuse » pour reprendre le mot d'une autrice (P. Deumier, *Le droit spontané*, sous la dir. de J.-M. Jacquet, thèse de doct., Université Toulouse 1, 2002, Économica, n° 60). En effet, on y retrouve les deux critères de qualification communément admis par la doctrine. D'une part, il y a une manifestation de volonté, car il s'agit ici de pratiques volontaires manifestées par l'employeur ; comme l'indique Pascale Deumier, l'usage « relève exclusivement de la volonté de l'employeur » (*ibid.*). D'autre part, il y a bien la création d'effets de droit, car ces usages doivent être respectés par l'employeur sauf à dénoncer les usages en respectant une procédure appropriée. En outre, s'agissant de leur régime juridique, ces usages peuvent être annulés en cas d'erreur (Cass., soc., 26 mar. 1981, n° 79-41.610, *Bull.,* V, n° 264, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=

eu l'intention, par ces pratiques, de créer un effet de droit [546]. L'affirmation de cette règle a conduit en l'espèce la Cour de cassation à censurer une cour d'appel qui, pour rejeter l'existence d'un usage, avait estimé que l'intention de l'employeur de créer des effets de droit n'était pas suffisamment caractérisée. Pour la Cour de cassation, cette recherche de l'intention n'était pas nécessaire pour savoir si un acte juridique existait. Où l'on voit que, pour la Cour de cassation, l'intention de créer des effets de droit n'est pas nécessaire pour que soit caractérisé un acte juridique. La Cour de cassation s'oriente logiquement (argument *a fortiori*) dans la même direction lorsque l'incertitude sur l'intention de l'auteur de l'acte juridique concerne non pas la totalité des effets de droit, mais seulement une partie d'entre eux.

ii. La forte incertitude portant sur certains effets de droit

159. L'incertitude quant à l'intention de créer des effets de droit peut n'affecter qu'une partie des effets. Ceci se produit lorsqu'un organe de l'ordre juridique fait produire à un acte juridique des effets que son auteur n'avait pas recherchés. Outre l'hypothèse historique de l'obligation de sécurité, à laquelle l'on pense aussitôt [547], il est permis de citer un autre exemple de forçage du contrat, peut-être moins connu, mais qui a l'avantage de se situer en droit du commerce international, c'est-à-dire dans une matière *a priori* fortement attachée au dogme de l'autonomie de la volonté et dont on ne soupçonnerait pas qu'elle recèle une illustration d'un refus du critère de l'intention de créer des effets de droit. Cet exemple concerne la question de l'extension des clauses compromissoires aux sous-traitants dans les contrats internationaux.

Pendant un temps, la jurisprudence a considéré que ces clauses compromissoires ne pouvaient pas être étendues aux sous-traitants, faute de « transmission contractuelle » [548], laquelle impliquait semble-t-il un accord exprès du sous-traitant à la clause d'arbitrage [549]. Puis, suite à un revirement de la Cour de cassation, l'extension de la clause aux sous-traitants a été admise,

JURITEXT000007008180) ce qui, nous le démontrerons (*infra* n° 528), est l'une des propriétés de l'acte juridique.

La qualification de coutume ne paraît pas devoir être retenue pour ces usages, même s'il y a bien ici répétition d'une pratique. En effet, cette pratique provient du même individu, alors qu'il semble que la coutume doive être le fruit d'une collectivité d'individus (P. Deumier, *Le droit spontané*, sous la dir. de J.-M. Jacquet, thèse de doct., Université Toulouse 1, 2002, Économica, p. 138 s.). En outre, la règle de droit qui en découle n'est pas éteinte lorsque l'employeur cesse cette pratique. L'extinction ne peut avoir lieu que par la voie de l'abrogation (l'on parle en cette matière de « dénonciation ») et non celle de la désuétude. Or, s'il s'agissait véritablement d'une coutume, celle-ci devrait pouvoir s'éteindre aussi par désuétude. Sur cette propriété de la coutume, cf. *infra* n° 451.

546. Cass., soc., 26 nov. 2008, n° 07-43.123, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000019882823.

547. Cass., civ., *Compagnie Générale Transatlantique*, 21 nov. 1911, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006953018, où la Cour reconnaît l'existence d'une obligation de sécurité dans le transport de personnes, sans nullement s'appuyer sur l'intention des parties. La Cour affirme ainsi que « l'exécution du contrat de transport comporte, en effet, pour le transporteur l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination ».

548. Cass., 1re civ., 6 nov. 1990, n° 88-12132, *Bull.*, I, n° 230, p. 165, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007025255.

549. CA Paris, 26 oct. 1995, *SNCFT c/ Voith* : *Rev. arbitrage*, 1997, p. 553-555 où, pour étendre la clause compromissoire à un partenaire habituel d'une des parties à celle-ci, la cour d'appel met en exergue la signature du contrat comportant cette clause par ledit partenaire.

« sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause »[550]. Autrement dit, depuis ce revirement, l'extension de cette clause au sous-traitant ne suppose plus que soit rapportée la preuve de son intention d'y souscrire. L'extension a lieu dès lors qu'est objectivement rapportée la preuve de la connaissance par le sous-traitant d'une telle clause, peu importe son intention d'y adhérer ou non. Cette nouvelle solution a par exemple conduit la Cour de cassation à censurer une décision des juges du fond qui, après avoir relevé la connaissance de la clause par le sous-traitant, avaient néanmoins refusé son extension au motif que cette clause n'avait pas fait l'objet par le sous-traitant « d'une approbation spéciale »[551]. Or, le fait de ne plus exiger l'accord du sous-traitant sur cette clause précisément, implique que n'est plus recherchée son intention de se soumettre juridiquement à l'arbitrage. Le seul moyen pour le sous-traitant d'échapper à cette clause n'est pas de prouver son absence d'intention de s'y soumettre, mais de prouver qu'il ne pouvait pas raisonnablement en avoir connaissance. Sans abandonner pour autant le fondement volontariste de l'extension de la clause d'arbitrage au sous-traitant, comme l'y invitait pourtant une partie de la doctrine[552] qui avait pu un temps imaginer un abandon de cette jurisprudence[553], la Cour de cassation a préféré retenir une approche plus « objective » de cette volonté. « La démarche consiste donc à scruter, non pas tellement l'intention du non signataire de devenir partie au contrat ou à sa clause d'arbitrage, mais son comportement, afin de déterminer si son implication matérielle dans l'exécution du contrat, à un titre ou un autre, justifie l'extension de la clause d'arbitrage »[554]. Par cette démarche, la Cour est sortie du « carcan » d'une approche par trop subjective de la clause compromissoire[555], pour mieux protéger les attentes des tiers qui pouvaient raisonnablement penser que la clause serait appliquée. Désormais, la Cour se montre indifférente à la réalité de l'intention des parties de se soumettre à l'arbitrage et se contente d'une présomption. Une semblable indifférence s'observe,

550. Cass., 1re civ., *Peavey*, 6 fév. 2001, n° 98-20.776, *Bull.,* I, n° 22, p. 15, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007042936.

551. Cass., 1re civ., 26 oct. 2011, n° 10-17.708, *Bull.,* I, n° 175, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000024729747, censurant CA Caen, 1re chambre, 18 mar. 2010, n° 09/02228, n° Lexbase A0420GCK. Rappr. CA Paris, 1re ch., 17 fév. 2011, n° 09/28533, *Clunet*, n° 2, avr. 2011, 8 qui, certes, ne relève pas formellement la volonté de la personne à laquelle la clause d'arbitrage est opposée (le Gouvernement du Pakistan), mais prend néanmoins note de ce que celle-ci s'est activement impliquée dans la conclusion du contrat, d'où la Cour paraît en déduire que cette personne avait connaissance des termes de la clause compromissoire à laquelle elle ne s'est pas opposée. Il est donc possible d'avoir une lecture de cet arrêt de la cour d'appel qui puisse être conciliée avec la jurisprudence antérieure (comp. la note d'I. Michou reproduite dans le numéro précité du *Clunet*).

552. Not. É. Loquin, *RTD com.*, 2001, p. 413 ou C. Gros, « Transmission de la clause compromissoire dans une chaîne de contrats », *JCP G,* 11 juil. 2001, II, 10567. *Adde* P. Mayer, « La "circulation" des conventions d'arbitrage », *Clunet,* 2005, Reproduit *in Choix d'articles de Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 389-400, où l'auteur dit que cette décision « laisse perplexe » quant à son fondement.

553. Cass., 1re civ., *Alcatel business systems*, 27 mar. 2007, n° 04-20.842, *Bull.,* I, n° 129, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?i&idTexte=JURITEXT000017827265.

554. *JCP G,* déc. 2011, doctr., 1432, note C. Seraglini, n° 3.

555. Rappr. S. Sana-Chaillé de Néré, *Clunet*, avr. 2012, n° 8, note sous Cass., 26 oct. 2011, préc. : « Ce serait faire injure à la Haute Juridiction d'imaginer qu'elle tienne pour équivalent connaissance et acceptation de la clause d'arbitrage. Il faut au contraire admettre qu'elle a délibérément choisi de sortir de ce qu'elle considère peut-être comme un carcan : l'exigence de la volonté des parties comme fondement de l'arbitrage ».

de manière encore plus évidente, lorsque l'examen de l'intention de l'auteur de l'acte suggère que celui-ci entendait agir en dehors du droit, même si, faute d'avoir manifesté clairement son intention, une légère incertitude demeure quant à cette volonté d'exclure la création d'effets de droit.

b. La faible incertitude quant à l'intention de créer des effets de droit

160. Plan. À côté de l'hypothèse du silence d'une partie quant à son intention de créer du droit, existe aussi l'hypothèse d'une personne qui, par ses mots ou son comportement, suggère qu'elle souhaite agir en dehors du droit, sans que pour autant une telle intention puisse être établie avec certitude.

161. Des mots source d'incertitudes. Tout d'abord, il peut arriver qu'une personne utilise des mots suggérant que son action s'inscrit avant tout dans un autre ordre social que l'ordre juridique[556]. Tel est le cas des engagements moraux ou de pur conscience que souscrivent parfois des individus, lorsqu'ils indiquent prendre un « engagement moral » ou un « engagement sur l'honneur ». De tels engagements sont en droit une source de difficulté, notamment car ils ne permettent pas, à eux seuls, de déterminer si l'individu entendait se soustraire au droit ou simplement manifester son intention d'agir prioritairement dans un ordre social non juridique. Malgré cette incertitude, la jurisprudence n'hésite pas à juger qu'une telle volonté peut être considérée comme créatrice de droit et qu'il existe donc un acte juridique. On trouve ainsi plusieurs décisions qui acceptent de reconnaître que des obligations de payer des sommes d'argent peuvent naître d'engagements moraux ou d'engagements pris sur l'honneur[557]. Compte tenu de la volonté de ces personnes d'agir avant tout hors du droit, l'on ne sera guère surpris que les juges ne recourent nullement à l'intention de l'auteur de l'acte juridique pour reconnaître l'existence d'effets de droit[558].

162. Des circonstances source d'incertitude. Il est possible de rapprocher cette hypothèse d'une autre dans laquelle les circonstances — et non plus les mots — laissent à penser que l'individu a songé à insérer son action dans un ordre non juridique sans que, pour autant, il ne soit là encore établi que cette personne aurait exclu que son action produisît des effets de droit.

556. Sur les différents types d'ordre juridique, cf. *infra* n° 953.

557. Cf. not. Nancy, 21 juin 1902, *D.*, 1902, 2, p. 471, où il est jugé qu'un engagement d'honneur de rembourser des créanciers en cas de meilleures fortunes produit bien des effets de droit. *Adde* Cass., com., 23 déc. 1968, *Bull.,* IV, n° 374, p. 334, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006978193, où il est jugé que produit des effets de droit l'« engagement pris sur l'honneur » auprès d'une banque de rembourser une dette.

558. Dans l'arrêt de 1902 précité, pour justifier l'existence d'une obligation civile, la cour d'appel va s'appuyer sur la perception par les créanciers de l'« engagement moral » pris par leur débiteur et nullement sur l'intention de ce dernier qui *a posteriori*, on ne s'en étonnera pas, plaidait au contraire qu'il n'avait aucune intention de s'engager juridiquement. Le même phénomène s'observe dans l'arrêt de 1968 précité, où la reconnaissance d'effets de droit semble liée à la conviction du créancier du caractère juridique de cet accord, conviction qui l'a conduit à suspendre les opérations de saisie-vente engagées.

Cette situation se rencontre notamment dans le cas de la convention d'assistance bénévole, où une personne apporte assistance à une autre par devoir moral ou simple courtoisie. Depuis 1959, la Cour de cassation a affirmé à plusieurs reprises qu'une telle action bénévole faisait naître entre l'assisté et l'assistant un contrat, autrement dit, dans la conception classique, un acte juridique [559]. Pourtant, comme cela est souvent souligné, il est la plupart du temps « imaginaire » [560] de penser que l'assisté et l'assistant ont l'intention de créer des effets de droit. Cependant, cela n'empêche pas les juges d'affirmer l'existence d'un tel contrat [561].

Il est intéressant pour notre démonstration de relever que, initialement, la Cour de cassation estimait que la reconnaissance de l'existence d'une convention d'assistance bénévole ressortait du pouvoir souverain des juges du fond [562], ce qui pouvait laisser penser que l'existence d'une telle convention était déduite d'éléments factuels et donc, potentiellement, de l'intention des parties. Toutefois, plus tard, lorsque des juridictions du fond se sont appuyées sur cette intention des parties pour juger que ces parties n'avaient pas eu l'intention de créer des effets de droit, la Cour de cassation a procédé à la cassation de ces arrêts. Cette censure s'est faite non pas sur le terrain de la dénaturation des faits, mais sur celui de la violation de la loi [563], ce que

559. Cf. les références citées dans F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 801, note n° 1.

560. *Ibid.*, n° 801.

561. Cf., encore récemment, Cass., 2e civ., 10 mar. 2004, n° 03-11.034, *Bull.*, II, n° 105, p. 89, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007049337, à propos du déchargement de blocs de béton.

562. Cass., sect. civ., 27 mai 1959, *Bull.*, I, n° 271, p. 225, où l'on lit : « il ressort des faits souverainement constatés qu'une convention d'assistance est intervenue ».

563. Cass., 2e civ., 23 mai 1962, *Bull.*, II, n° 459, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006959584. Dans cet arrêt, alors que la cour d'appel avait rejeté la qualification de contrat — pour elle il « s'agissait d'un coup de main, acte d'entraide ou service gratuit », semblant suggérer par là que les parties n'avaient pas eu l'intention de créer des effets de droit mais avaient simplement voulu agir par devoir de courtoisie —, la Cour de cassation a affirmé « qu'en refusant ainsi de reconnaître à l'accord de volontés (...) les caractères d'une convention d'assistance (...), les juges du second degré ont violé les dispositions précitées ».

Un arrêt ultérieur pourrait toutefois susciter quelques troubles : Cass., com., 25 sept. 1984, n° 83-12.666, *Bull.*, IV, n° 242, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007014046. Il s'agissait d'une affaire dans laquelle une portraitiste avait remis au préposé d'un bar un album contenant ses œuvres. Or, l'album s'étant perdu, la portraitiste avait assigné le gérant en dommages-intérêts. Déboutée par la cour d'appel, la portraitiste s'était pourvue en cassation. Pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation a considéré que les juges du fond avaient souverainement décidé que la remise avait été acceptée par pure complaisance. Interprétant cet arrêt, la doctrine y a lu l'affirmation de l'idée suivant laquelle il appartenait aux juges du fond d'apprécier si les parties avaient ou non eu l'intention de conclure un contrat, en regardant si ces parties étaient animées par une intention de complaisance ou une intention de créer des effets de droit (A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, sous la dir. de J. Mestre, thèse de doct., 1992, PUAM, n° 473). Une telle interprétation, en porte-à-faux avec la jurisprudence relative à la convention d'assistance bénévole, est néanmoins discutable. En effet, cet arrêt peut aussi être compris comme portant non pas sur la nature de cette intention (juridique ou non juridique ?), mais sur son contenu (y avait-il ou non une responsabilité du déposant en cas de perte ?). La Cour de cassation ne se serait donc pas placée, dans cet arrêt, sur le terrain de l'existence du contrat, mais sur celui de son contenu. Au soutien de cette analyse, il peut d'abord être remarqué que la Cour de cassation emploie le verbe « accepter » (« la remise de l'album [...] avait été acceptée »). Surtout, le résumé de l'arrêt, établi sans doute par le conseiller rapporteur lui-même, insiste moins sur l'absence de contrat que sur l'absence de responsabilité découlant du dépôt. On y lit ainsi : « La cour d'appel, interprétant souverainement l'intention des parties, a pu retenir que l'acceptation faite par pure complaisance de la part du préposé d'un bar d'un objet remis par un client et qui a ultérieurement disparu, était exclusive de toute responsabilité engagée sur le fondement d'un contrat de dépôt ». L'emploi des termes

certains auteurs ont pu approuver [564]. Or, seule la dénaturation permettait de soutenir que la reconnaissance d'une convention d'assistance bénévole était liée à l'intention des parties. Dès lors que le contrôle de la dénaturation est abandonné, cela révèle que la caractérisation d'une convention d'assistance bénévole n'implique plus la recherche de l'intention des parties [565]. Où l'on voit donc que la jurisprudence n'hésite pas à caractériser une convention, même lorsqu'il n'est pas certain que ses auteurs aient eu l'intention d'inscrire leur action dans l'ordre juridique.

Ce rejet du critère de l'intention de créer des effets de droit apparaît encore plus clairement dans les hypothèses dans lesquelles les parties ont exclu, sans aucune incertitude possible, toute intention de créer des effets dans l'ordre juridique.

2. L'intention d'exclure tout effet de droit

163. Plan. Bien que peu fréquentes, quelques décisions acceptent de qualifier d'acte juridique une manifestation de volonté dont son auteur avait exclu qu'elle produisît des effets de droit. Le rejet du droit par les parties peut être total (**a.**) ou partiel (**b.**).

a. Le refus total

164. L'hypothèse de personnes refusant *tout* effet de droit à leur action se rencontre tout d'abord dans des décisions de justice acceptent de qualifier de contrat des engagements pris sur l'honneur, dans des situations où ces personnes ne pouvaient pas ignorer qu'il était interdit de contracter. Cette situation existe notamment en droit de la concurrence ou en droit des marchés financiers, lorsque des individus vont s'engager à adopter des comportements contraires à l'ordre public économique ou financier. Afin d'échapper aux interdictions ou aux obligations destinées à garantir le libre jeu ou la transparence du marché, ces personnes vont indiquer que leur engagement est purement moral ou bien, ce qui revient au même, qu'il s'agit d'un devoir de conscience, d'un *gentlemen's agreement* ou encore d'un accord non contraignant.

Les juridictions n'acceptent cependant généralement pas que des personnes puissent ainsi se soustraire au droit. Aussi elles vont alors considérer que ces opérations sont des actes juridiques, quand bien même leur auteur aurait manifesté sa volonté de ne pas être lié juridiquement. Autrement dit, pour ces juridictions, peu importe que les auteurs de l'acte juridique aient eu une intention de créer des effets de droit, seule compte leur intention de se lier mutuellement,

« parties », « acceptation » et « fondement d'un contrat de dépôt » paraît bien suggérer qu'un tel contrat existait en l'espèce ; simplement aucune responsabilité n'était due sur le fondement de ce contrat. Ainsi compris, cet arrêt se concilie parfaitement avec la jurisprudence antérieure.

564. A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, sous la dir. de J. Mestre, thèse de doct., 1992, PUAM, n° 474.

565. Rappr. *ibid.*, n° 513, où l'autrice cite notamment la pensée de Charles Demolombe d'après qui, pour distinguer les conventions des usages mondains ou bons offices, il faut s'intéresser à « l'objet sur lequel la convention a porté, son importance plus ou moins grande, les circonstances dans lesquelles elle est intervenue et la qualité des parties ».

quel que soit le garant que ces personnes aient prétendu choisir pour leur contrat : la Morale (des affaires) ou le Droit [566].

Pour le droit de la concurrence, peuvent être mentionnées en ce sens plusieurs décisions européennes [567] ou nationales [568].

Quant au droit des marchés financiers, il est possible de citer les décisions rendues par les juridictions françaises dans l'affaire Sacyr-Eiffage [569]. Dans cette affaire, les différentes juridictions saisies ont refusé de considérer que la condition d'un« accord », posée par l'article L. 233-10 du code de commerce pour qualifier une action de concert, ait à être « contraignant ». Or, ne pas exiger l'intention de se contraindre mutuellement revient à dire qu'il importe peu que les parties à l'accord aient eu l'intention de se lier juridiquement, autrement dit, de créer des effets de droit. Dès lors, ces décisions paraissent bien pouvoir être analysées comme la preuve de ce que, pour l'ordre juridique, la qualification d'acte juridique ne dépend pas de l'exigence d'une intention de créer des effets de droit [570].

566. Rappr. S. Benisty, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, thèse de doct., Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, 2014, Institut universitaire Varennes, n° 267, p. 295, où l'auteur souligne que parfois « [d]es outils non juridiques sont considérés comme des garants suffisants de la réalisation du projet [contractuel] [...] On pense, à tort ou à raison, qu'autrui met en gage sa propre image de lui-même et que la conservation d'un sentiment de dignité et d'honneur intime suffira à la réalisation de la prévision ».

567. CJCE, *Chemiefarma*, 15 juil. 1970, n° 41/69, *Rec.*, URL : http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:61969CJ0041, §106-116, où la Cour de justice des communautés européennes qualifie d'accord un *gentlemen's agreement* pour lequel il était manifeste que les parties ne souhaitaient pas être tenues juridiquement. *Adde* TPICE, *Mayr-Melnhof/Commission*, 14 mai 1998, n° T-347/94, *Rec.*, URL : http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=43878&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=509993, § 65 et TPI, *HFB* et alii *c/ Commission*, 20 mar. 2002, n° T-9/99, *Rec.*, § 200, refusant toute recherche de l'intention des parties au motif qu'« il est sans pertinence d'examiner si les entreprises se sont considérées tenues — juridiquement, factuellement ou moralement — d'adopter le comportement convenu entre elles ».

568. CE, *Dr T.*, 13 juil. 1962, *D.*, J. où le Conseil d'État a admis implicitement qu'un engagement sur l'honneur puisse être créateur d'effets de droit, alors même que cet engagement contredisait le principe de libre choix de la clientèle, hypothèse qui, au vu de la segmentation actuelle du droit, se rattache au droit de la concurrence.

569. CA Paris, 2 avr. 2008, n° 07/11675, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000018964778, estimant que la notion d'accord, prévue à l'article L. 233-10 du code de commerce, « n'exige pas que l'accord (...) revête un caractère contraignant ». La décision est confirmée par la Cour de cassation qui estime « surabondant » l'argument du pourvoi reprochant à la cour d'appel d'avoir écarté l'exigence d'un caractère contraignant. *Adde*, dans une autre affaire, Cass., com., 28 mai 2013, n° 11-26.423 et 12-11.672, *Bull.*, IV, n° 89, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027486094, qui déclare également surabondant l'argument du pourvoi reprochant à la décision d'appel de n'avoir pas relevé le caractère « contraignant » de l'accord.

570. Il pourrait néanmoins nous être reproché de recourir ici à des exemples discutables, dans la mesure où plusieurs auteurs tendent à considérer que les accords exigés par les textes précités des codes de commerce ou des marchés financiers ne constituent pas des contrats et donc pas des actes juridiques. En effet, pour ces auteurs, ces accords ne sauraient recevoir la qualification de contrat car, en raison de leur nullité, ils ne produisent aucun effet. Néanmoins, comme cela sera montré plus loin (*infra* n° 198) cet argument, qui confond l'acte juridique et la norme, n'est guère pertinent. Dès lors, est également dépourvu de pertinence le reproche à notre démonstration que cet exemple venait étayer.

165. Enfin, il convient d'évoquer une hypothèse un peu différente des précédentes et qui résulte d'un important arrêt rendu en 2007 par la Cour de cassation [571]. Dans cet arrêt, les magistrats ont accepté de qualifier de contrat — et de faire produire des effets de droit à l'opération en cause — un engagement dans lequel il était stipulé (nous soulignons) : « l'engagement constitue un engagement exclusivement moral dont tout éventuel manquement ne saurait être considéré comme une inexécution des termes du présent protocole ». Ici, les magistrats ont donc fait fi d'une volonté affirmée des parties d'échapper totalement à l'ordre juridique [572]. Les juges n'hésitent pas à faire de même lorsqu'ils sont confrontés à des actes juridiques que leurs auteurs entendaient seulement soustraire partiellement à l'ordre juridique.

b. Le refus partiel

166. L'hypothèse d'un refus partiel de l'ordre juridique se présente en droit des contrats lorsque les parties reconnaissent le caractère juridique de leur accord, mais prétendent simplement refuser la création de *certains* effets de droit. En présence d'une telle situation, un magistrat peut néanmoins mettre à l'écart cette volonté s'il estime que la qualification de l'opération réalisée par les parties implique nécessairement la création de tels effets de droit. Ainsi, par le biais de la qualification, le juge va restituer à l'acte juridique en cause son exacte nature, comme le lui permet d'ailleurs l'article 12 du code de procédure civile.

Le travail dissimulé (travail « au noir ») offre une illustration de ce phénomène. En effet, alors même que les parties au contrat auraient rejeté la qualification de contrat de travail, pour lui préférer par exemple celle de contrat d'entreprise, cette qualification peut leur être imposée par des organes de l'état, soucieux d'empêcher que ces personnes ne se soustraient pas à leurs obligations fiscales et sociales [573].

Bilan du A.

167. Au terme de ces développements, il apparaît désormais difficile d'adhérer à l'idée suivant laquelle l'intention de créer des effets de droit serait un critère de qualification de l'acte juridique. En effet, lorsque l'intention des parties de créer des effets de droit est incertaine, le juge n'hésite pas pour autant à relever l'existence d'un effet de droit sans faire aucune référence

571. Cass., com., 23 jan. 2007, n° 05-13.189, *Bull.,* IV, n° 12, p. 13, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000017626520.

572. Comp. avec l'affaire *Rose and Franck v. Crompton Brothers* jugée par la Chambre des Lords en 1924, citée dans B. Oppetit, « L'engagement d'honneur », *D.,* 1979, chron., n° XVII, p. 107-116. La Chambre se rallie à l'intention des parties qui avaient exclu que leur engagement soit juridique. Il ne faudrait cependant pas en déduire qu'il y aurait là une différence de nature entre l'ordre juridique français et l'ordre juridique anglais. En effet, la comparaison de l'arrêt rendu par la Cour de cassation en 2007 avec celui rendu par la Chambre des Lords en 1924 laisse apparaître que le contexte de ces deux arrêts était nettement distinct, ce qui explique sans doute la différence de résultat (rappr. *ibid.*, n° 14). Alors que, dans l'arrêt de 2007, l'engagement sur l'honneur était contenu dans une transaction faisant suite à une action en contrefaçon, dans l'arrêt de 1924, il s'agissait d'un simple contrat-cadre, vierge de tout contentieux préalable.

573. *Ibid.*, n° 16.

à l'intention des parties. Mieux, les exemples tirés du droit du travail ou du droit du commerce international révèlent parfois un refus délibéré des juges de rechercher la réalité d'une telle intention et ce malgré des critiques doctrinales abondantes. Mieux encore, lorsque les parties ont affiché leur volonté de se soustraire au droit, les juges ne respectent pas toujours cette volonté. Dès lors, sans nier pour autant l'influence indirecte de l'intention de créer des effets de droit dans le processus de qualification de l'acte juridique [574], une telle intention ne paraît pas pouvoir être un véritable critère de qualification.

En dépit de ces multiples exemples tirés du droit positif et qui attestent de la faiblesse du critère de l'intention juridique, les auteurs utilisent presqu'unanimement des définitions de l'acte juridique subordonnant la création de l'effet de droit à l'intention, générant ainsi une confusion quant à l'articulation des critères de qualification. Cette confusion est d'autant plus frappante qu'il n'est pas rare de trouver des auteurs qui, tout en étant conscients des limites du rôle de l'intention juridique dans la définition de l'acte juridique, s'efforcent néanmoins de marginaliser les illustrations de l'indifférence du droit positif à l'intention de créer des effets de droit, en les présentant comme de simples exceptions [575], au sens que nous avons donné plus haut à ce mot [576]. Cette présentation est discutable pour plusieurs raisons. D'abord, la relative permanence temporelle des exemples d'indifférence de l'ordre juridique à l'intention de créer des effets de droit — les exemples ci-dessus sont tirés tant du XIXe que du XXe ou XXIe siècle — invite à penser que ces exemples ne sont pas des « exceptions confirmant la règle », mais sont bien des faits pertinents dont une théorie scientifique devrait rendre compte. Ensuite, le fait que ces exemples se rencontrent, non pas seulement dans une matière ou dans un ordre juridique donné, mais dans plusieurs d'entre eux, donne également à penser que ces illustrations ne reposent pas sur un biais d'analyse des magistrats permettant de les qualifier d'exception, mais qu'elles sont soit des contre-exemples soit des contre-épreuves du modèle actuel [577]. En l'absence de réelles explications de ces décisions [578] susceptibles d'indiquer pourquoi la définition dominante ne s'applique pas dans ces hypothèses, il est permis de penser que toutes les décisions qui ont été jusqu'à présent mobilisées sont moins des contre-exemples que des contre-épreuves et que, si l'on veut adopter une approche scientifique du concept d'acte juridique, il faut considérer que ces nombreuses jurisprudences sont des contre-épreuves réfutant l'exigence théorique d'une intention de créer des effets de droit. Dans une démarche scientifique, une théorie qui n'est pas en mesure d'expliquer convenablement la réalité doit être abandonnée et tel est le cas selon nous de la théorie voyant dans l'intention de créer des effets de droit un élément de qualification

574. Cf. *infra* n° 177.
575. Cf. not. O. Dexant - de Bailliencourt, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, sous la dir. de H. Synvet, thèse de doct., 2012, Dalloz, p. 211, où l'on lit : « [e]n dépit de ce courant jurisprudentiel, il faut reconnaître que l'accord des parties ne devrait pas entrer dans la sphère juridique, dès lors que les parties ont souhaité ne pas conférer une valeur juridique à leur engagement ».
576. *Supra* n° 32.
577. Sur la distinction de ces deux termes, cf. *supra* n° 32.
578. L'on ne saurait par exemple simplement invoquer « leur opportunité », qui est un moyen bien commode de se dispenser de toute recherche d'explication.

de l'acte juridique.

Conscient cependant du pragmatisme des juristes, qui se contentent rarement de seuls arguments théoriques pour abandonner une théorie, il nous faut ici poursuivre notre critique de la théorie dominante et établir également que cette théorie ne présente guère d'avantages pratiques susceptibles de justifier son maintien. Mieux, il peut être montré que la manière dont la théorie dominante articule les critères de qualification de l'acte juridique est source de difficultés.

B. Une articulation des critères de qualification source de difficultés

168. Plan. L'articulation doctrinale des critères de qualification conduit à placer la création d'effets de droit sous la dépendance de la volonté. Cette articulation, contraire dans plusieurs hypothèses au droit positif, peut difficilement se prévaloir d'une justification pertinente, susceptible de légitimer le maintien d'un modèle théorique réfuté. D'abord, il paraît difficile de se prévaloir de considérations pratiques, tenant par exemple à la plus grande facilité de mise en œuvre de la définition que permettrait l'exigence d'une intention de créer des effets de droit. En effet, nous verrons qu'il est fort difficile de mesurer cette intention, ce qui contribue à rendre la définition actuelle de l'acte juridique peu opératoire (**1.**). Ensuite, il ne semble pas non plus possible d'invoquer des considérations théoriques, tenant au fait que cette définition permettrait de mieux distinguer l'acte juridique d'autres notions telles que le fait juridique ou le fait non juridique. Nous verrons en effet que les avantages théoriques parfois annoncés au soutien d'une telle définition sont très largement illusoires (**2.**).

1. L'absence d'avantages pratiques

169. Plan. Si la subordination de la création de l'effet de droit à la volonté doit être en pratique condamnée, c'est d'abord parce que cette articulation des critères de qualification rend fort délicate l'opération de qualification. Ce caractère non opératoire tient à l'imprécision du lien entre la volonté et la création de l'effet de droit (**a.**) ainsi qu'aux difficultés induites par le caractère éminemment subjectif d'un tel critère (**b.**).

a. Un lien imprécis

170. L'exigence d'une intention de créer des effets de droit apparaît à l'examen fort imprécise. En effet, telle que formulée, cette expression n'indique pas assez nettement l'intensité du lien qui doit être établi entre la volonté et la création de l'effet de droit. Certes, au premier abord, cela paraît simple : il y a intention de créer du droit toutes les fois que l'auteur de l'acte juridique a indiqué rechercher tel effet juridique.

Néanmoins, le cas des règles supplétives vient rapidement compliquer la situation. Considérons par exemple un contrat où les parties ont bien eu l'intention de transférer la propriété moyennant un prix et ont entendu que l'ordre juridique assure le caractère obligatoire de leur

contrat. Imaginons ensuite que le bien objet de la vente se trouve affecté d'un vice caché. Que peut faire l'acquéreur ? Dans une conception rigoriste de l'intention de créer des effets de droit, aucune action ne devrait lui être ouverte : les parties au contrat n'ayant pas manifesté leur intention de régir l'hypothèse d'un vice caché, l'acquéreur ne devrait disposer d'aucune action. Une telle solution est évidemment inadmissible. Le seul moyen pour éviter ce résultat absurde est d'entendre plus souplement l'intention de créer des effets de droit, en se contentant de la conscience des parties au contrat de créer du droit, sans que les parties aient nécessairement à exprimer leur intention sur le détail de chacune des règles qu'elles souhaitent se voir appliquées.

Cette reformulation du lien entre les deux pôles de définition fait cependant surgir de nouvelles difficultés. En effet, comme l'a relevé un auteur, se pose alors la question du « degré de conscience juridique » auquel il faut « subordonner la qualification de contrat. Doit-on estimer que la connaissance d'un corps de règles applicables à ce qui a été convenu constitue un critère [579] suffisant ou bien doit-on exiger des parties qu'elles connaissent le régime du contrat conclu de manière approfondie ? » [580].

Il y a là d'importantes difficultés qui à nouveau peuvent conduire à douter à nouveau du caractère opératoire du lien de subordination établi entre la manifestation de volonté et la création d'effets de droit. Ce doute se mue en certitude lorsqu'on en vient à s'intéresser à la mise en œuvre de cette articulation des critères.

b. Une articulation des critères non praticable

171. Si l'on cherche à mettre en œuvre l'exigence d'une intention de créer des effets de droit, des difficultés vont rapidement surgir. D'abord, cette exigence étant subjective, sa preuve sera fort délicate à rapporter. Comme le relève un auteur, la « recherche d'un élément psychologique est toujours périlleuse » et en l'absence de « matérialisation de la volonté contractuelle (...) l'exercice relève de la divination judiciaire » [581]. En étant plus mesuré, il est permis de penser que si les tiers — en particulier le juge — parviendront toujours à trouver des éléments pour établir l'intention de l'auteur de l'acte, il ne leur sera en revanche pas possible d'accéder à la réalité de cette intention, faute d'être en mesure de sonder les consciences [582]. Dès lors, le risque d'une mauvaise compréhension de cette intention sera toujours présent. Par conséquent, l'on ne peut qu'être sceptique sur la pertinence d'une définition de l'acte juridique qui serait uniquement axée sur l'intention juridique et qui ne tiendrait aucun compte de la perception de

579. L'utilisation du terme critère par l'auteur de la citation est ici critiquable. En effet, ce n'est pas tant un critère qu'un lien entre des critères. Sur ces deux composantes de la qualification, cf. *supra* note n° 47.
580. V. Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, sous la dir. de G. Pignarre, thèse de doct., 2007, LGDJ, n° 652.
581. *Ibid.*, n° 652.
582. Ils s'appuieront alors sur des éléments objectifs à partir desquels ils présumeront cette intention ; sur ces présomptions judiciaires, cf. art. 1353 ancien, dont l'élégante formulation a malheureusement disparu de l'article 1382 nouveau du code civil.

cette volonté par les tiers, à partir d'éléments objectifs par lesquels cette volonté de l'auteur de l'acte s'est manifestée.

Ensuite, comme l'a relevé il y a bien longtemps Demogue, « le but juridique, dont parlent les auteurs français, n'apparaît guère comme existant dans l'esprit des contractants qui ne sont pas juristes. Le but qui domine l'acte juridique est un but de fait : on veut détenir tel objet, on veut habiter telle maison, le côté juridique n'apparaît qu'accessoirement dans la pensée » [583]. Dès lors, la recherche du but *juridique* que l'on devrait faire en appliquant ce critère va, en pratique, s'avérer impossible dans nombre de cas. L'on peut d'ailleurs se demander si, derrière l'exigence d'une intention de créer des effets de droit, ne se cacherait pas une forme de panjurisme [584], en ce qu'une telle exigence paraît postuler que les individus, lorsqu'ils agissent, ont toujours conscience des conséquences de leurs actions dans l'ordre juridique et souhaitent nécessairement inscrire leur action dans cet ordre [585].

Enfin, cette recherche de l'intention de créer des effets de droit pose difficulté toutes les fois où l'intention de l'individu n'est pas claire. Ceci peut advenir lorsque l'individu a un comportement ambigu : certains de ces actes manifestent une intention de créer des effets de droit, alors que d'autres ne manifestent nullement une telle intention [586]. Ceci peut également advenir lorsque l'individu, à qui il a été demandé d'émettre un acte juridique, est resté silencieux quant à ses intentions et a agi de telle façon qu'il est impossible d'en déduire ce qu'il a décidé [587].

583. R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Arthur Rousseau, 1923, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65173531/f17.image, n° 13. Rappr. S. Benisty, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, thèse de doct., Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, 2014, Institut universitaire Varennes, n° 267 relevant que, « à l'échelle de la pratique générale des contrats, cette intention d'être juridiquement protégé n'est qu'accidentelle ».

584. Sur cette attitude, cf. J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 2001, p. 23-24 et R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, n° 96. Voir déjà, identifiant le mal, sans forger le concept de panjurisme : G. Del Vecchio, « L'*homo juridicus* et l'insuffisance du droit comme règle de la vie » *in Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique*, Recueil Sirey, 1935–1936, spé., p. 19.

585. Rappr. S. Benisty, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, thèse de doct., Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, 2014, Institut universitaire Varennes, n° 267, p. 295, où l'auteur relève « qu'au moment de consentir, les parties s'imaginent que d'autres systèmes normatifs, qui font de la prestation l'objet d'un devoir — social ou personnel — de conduite, seront suffisants pour que le cocontractant s'y plie ».

586. L'on peut reprendre ici l'exemple allemand célèbre du « parking de Hambourg », sur lequel cf. P. Ancel, « Contrat de fait et comportements sociaux typiques », *RDC,* 2004, vol. 4, n° 4. Dans cet arrêt, un individu avait garé sa voiture dans un parking placé sous concession, en refusant de payer la redevance après avoir affirmé à l'agent du concessionnaire qu'il n'entendait pas que son véhicule soit surveillé. Par sa déclaration orale, l'individu avait manifesté son intention de ne produire aucun effet de droit mais, par le stationnement de son véhicule, il avait manifesté une telle intention. Pour d'autres illustrations, cf. B. Célice, *Les réserves et le non vouloir dans les actes juridiques*, sous la dir. de J. Carbonnier, thèse de doct., 1968, LGDJ, n°s 317 s. où l'auteur parle de « réserves dans l'action ».

587. Prenons l'exemple d'un employeur qui proposerait de nouvelles conditions de rémunération à l'un de ses salariés qui, sans les accepter ni les refuser oralement, continuerait à travailler. Comment comprendre l'intention du salarié dans une telle situation ? Aucune de ses paroles ne révèle sa volonté d'accepter les nouvelles conditions de travail qui lui sont proposées. Quant à son comportement, manifesté par la poursuite du contrat de travail, il ne peut pas s'interpréter comme l'acceptation tacite non équivoque des conditions de travail. En effet, parce que ce salarié était déjà en poste dans l'entreprise au moment de la proposition que lui a faite son employeur, ce premier

Dans de telles hypothèses, le juge se trouve en présence d'une situation indécidable s'il adopte cette approche de l'articulation des critères. Pour pouvoir rendre sa décision, il lui faut nécessairement décider lui-même, par le seul constat de l'action examinée, quel sens il confèrera au silence. Où l'on voit bien à nouveau l'impossibilité pratique de se contenter de la seule intention de l'auteur de l'acte, sans avoir égard à la perception, relativement objective, de cette intention par les tiers.

Relevons pour finir que si ce critère de l'intention juridique était retenu, alors le point de savoir si les parties ont créé ou non un effet de droit serait une question purement factuelle, puisque la réponse à cette question résulterait du seul examen des faits. Par conséquent, cette analyse empêcherait la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur les décision statuant sur le point de savoir si tel effet de droit peut être associé à tel comportement. Or, ceci nuirait considérablement à la fonction d'uniformisation du droit que la Cour de cassation s'efforce de remplir. Voilà pourquoi, compte tenu de cet inconvénient pratique, la Cour de cassation considère souvent que cette question n'est pas purement factuelle et qu'elle peut donc exercer sur ce point son contrôle [588]. Pour l'ensemble de ces raisons, il ne paraît pas possible de fonder le maintien de l'analyse dominante sur des considérations pratiques. Peut-on cependant la justifier par des raisons théoriques ?

2. L'absence d'avantages théoriques

172. Plan. La définition en usage de l'acte juridique étant si peu attaquée, rares sont les auteurs qui ont songé à justifier leur conception de l'articulation des critères retenus. Il est cependant probable que, dans un avenir proche, des efforts seront déployés pour sauver cette conception traditionnelle de l'acte juridique. Dès lors, il convient d'identifier les différents arguments qui pourraient être mobilisés pour justifier l'articulation actuelle des critères de qualification (**a.**) et ensuite d'en vérifier la pertinence (**b.**)

est tenu de travailler, de sorte qu'il est délicat d'interpréter la poursuite du contrat de travail comme l'acceptation de la proposition faite. L'état même du droit français sur cette question révèle cette difficulté puisqu'alors que pendant un temps il a été jugé que le silence du salarié pouvait valoir acceptation (Cass., soc., 16 mai 1962, n° 61-40.109, *Bull.*, V, n° 443), la chambre sociale de la Cour de cassation juge désormais que le silence ne vaut pas acceptation (Cass., soc., *Raquin et Trapiez*, 8 oct. 1987, n° n°s 84-41.902 et 84-41.903, *Bull.*, V, n° 541, p. 344, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007019313).

588. Outre l'exemple cité plus haut de la convention d'assistance bénévole (*supra* n° 162), peut être mentionné Cass., soc., 4 fév. 1988, n° 85-45.000, *Bull.,* V, n° 96, p. 65, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007019377. Dans ce dernier arrêt, rendu dans le contexte évoqué à la note précédente (note n° 587), la Cour censure un arrêt d'appel qui avait refusé d'analyser le silence du salarié comme un refus de la modification proposée par l'employeur. Or, la Cour de cassation rend sa décision sans aucunement s'appuyer sur l'intention des parties. En effet, si elle avait agi ainsi, elle aurait méconnu l'article 604 du CPC qui lui interdit de contrôler les faits, sauf dénaturation.

a. Identification des justifications théoriques invocables

173. Méthodologie. Pour tenter d'anticiper les arguments qui pourraient être avancés par la doctrine pour justifier cette articulation défectueuse des critères de qualification, la meilleure manière est peut-être de provoquer ces justifications. Telle a été un peu notre démarche lorsque nous nous sommes rapprochés du Professeur Von Bar, pour l'interroger sur les raisons qui avaient conduit les rédacteurs du *Draft Common Frame of Reference*[589] (DCFR) à retenir une définition de l'acte juridique insistant sur l'intention de créer des effets de droit.

Si notre choix s'est porté sur le Professeur Von Bar[590], c'est parce que nous présumions qu'il y avait eu un débat quant à la définition à retenir de l'acte juridique dans le DCFR, de sorte que cet auteur, en sa qualité de directeur des travaux du DCFR, avait probablement connaissance des enjeux de ce débat. Cette présomption reposait sur le constat d'une évolution dans la rédaction de l'article du DCFR consacré à la définition de l'acte juridique, l'article II.–1:101:(2). En effet, alors que la version intermédiaire du DCFR indique que l'intention de créer des effets de droit n'est pas indispensable, le texte final exige systématiquement une telle intention. Plus précisément, la version intermédiaire définit l'acte juridique comme toute déclaration *produisant ou dans l'intention de produire des effets de droit*[591]. Or, l'utilisation dans cette version d'une formulation alternative — « produisant ou dans l'intention de produire » — suggérait que l'intention de créer des effets de droit n'est pas toujours nécessaire et que le simple constat de la création d'effets de droit peut suffire. Cette interprétation n'est cependant plus possible dans la version finale puisque la formule alternative a disparu. L'acte juridique n'est plus défini que comme la déclaration faite « dans l'intention de créer des effets de droit »[592]. C'est donc pour comprendre cette évolution que nous avons écrit au Professeur Von Bar en lui demandant quelques explications sur cette évolution, ce après avoir précisé qu'elle ne nous apparaissait pas pertinente.

174. Synthèse de l'entretien. Dans sa première réponse[593], le Professeur Von Bar a défendu la définition retenue par la version finale du DCFR, en indiquant que l'exigence d'une intention permettait de distinguer les « paroles en l'air » des véritables engagements juridiques. Puis, à la fin de sa réponse, il a semblé relativiser cette exigence en indiquant que l'intention devait être appréciée au regard du monde extérieur et non au regard de l'auteur de l'acte juridique[594]. Suite à cette indication, nous lui avons demandé, dans un deuxième courriel, si

589. En Français : « Projet de cadre commun de référence ».
590. Que celui-ci soit ici vivement remercié pour son aide précieuse et pour l'autorisation qu'il nous a donnée de reproduire, en Annexe 7 du présent travail, les échanges que nous avons eus.
591. Art. II.–1:101:(2) DCFR, *Interim Outline Edition*, souligné par nous : « *A juridical act is any statement or agreement or declaration of intention, whether express or implied from conduct, which* <u>*has or is intended to have*</u> *legal effects as such* ».
592. « *A juridical act is any statement or agreement, whether express or implied from conduct, which* <u>*is intended to have*</u> *legal effect as such* » (Art. II.–1:101:(2) DCFR, Outline Edition, souligné par nous).
593. L'ensemble des échanges sont reproduits *infra* en Annexe 7.
594. « (...) *"intention" is in itself a legal concept (judged from the outside world, not from "within" the speaker)* ».

l'expression retenue ne devait tout de même pas être supprimée, dès lors qu'elle pouvait induire le lecteur en erreur. En effet, cette définition suggère qu'il faut tenir compte de l'intention de l'auteur de la manifestation de volonté juridique, alors que, ce qui compte, c'est la perception de cette manifestation de volonté par les tiers. Dans sa seconde réponse, le Professeur Von Bar n'a pas cherché à contester l'existence d'un tel risque. En revanche, il s'est efforcé de mettre en balance cet inconvénient, avec les quatre avantages qu'apportait à ses yeux la référence à l'intention juridique :

— Cela permet de souligner l'importance octroyée à la volonté du sujet dans la définition même de l'acte juridique et, plus généralement, l'attachement des rédacteurs du DCFR à l'idée de l'autonomie de la volonté [595] ;
— Cela permet de distinguer l'acte juridique de l'engagement non juridique, c'est-à-dire l'engagement qui ne produit aucun effet de droit [596] ;
— Cela permet de distinguer l'acte juridique du fait juridique [597] ;
— Cela permet de conserver la qualification d'acte juridique aux actes qui, bien que ne produisant pas *in fine* d'effets de droit, notamment parce qu'ils méconnaissent certaines règles de droit, étaient destinés à en produire [598].

Toutes ces raisons sont extrêmement intéressantes en ce qu'elles révèlent les « avantages » théoriques — rarement explicités — du modèle théorique dominant. Dès lors, si l'on souhaite remettre en cause ce modèle dominant il ne suffit pas de montrer ce qui le disqualifie théoriquement, comme nous l'avons fait plus haut, il convient également de montrer que les avantages qu'on lui attache sont illusoires.

b. La faiblesse des justifications théoriques avancées

175. L'examen des quatre raisons avancées par le Pr. Von Bar laisse quelques doutes sur leur pertinence. S'agissant tout d'abord du souci des rédacteurs du DCFR de manifester leur attachement à l'autonomie de la volonté, l'argument ne convaincra pas ceux qui doutent de la pertinence de ce principe, notamment parce qu'ils n'adhèrent pas à cette forme de l'idéologie libérale [599]. Cette justification doit d'autant plus être rejetée qu'elle produit des effets collatéraux néfastes pour la diffusion de cet outil qu'est l'acte juridique. En effet, le rattachement trop étroit de l'acte juridique à une philosophie libérale pourrait renforcer les critiques doctrinales reprochant à ce concept sa trop grande proximité avec le dogme de l'autonomie de la volonté [600]. Si l'utilisation d'un principe d'autonomie de la volonté peut être justifiée, c'est à la seule condition que soient immédiatement mentionnés les autres principes avec lesquels il entre

595. Cf. courriel du 10/10/2014, *(iii)*.
596. Cf. courriel du 9/10/2014 et courriel du 12/10/2014, *(ii)*. Cette expression recouvre l'acte non juridique évoqué *infra* n°s 297 s.
597. Cf. courriel du 10/10/2014, *(i)*, *in fine*
598. Cf. courriel du 10/10/2014, *(i)*, *in limine*.
599. Sur la critique de l'autonomie de la volonté, cf. *infra* n° 430.
600. Cf. *supra* n° 17.

en concurrence et notamment le respect des attentes légitimes des tiers. Or, il est frappant de constater qu'alors que les dispositions consacrées à l'acte juridique n'évoquent que le principe d'autonomie des parties à l'article II.–1:102 [601], le respect des attentes légitimes des tiers ne fait l'objet d'aucune disposition et n'est que très timidement évoqué au travers de l'article II.–4:102 [602], propre aux contrats, lequel dispose que pour connaître l'intention d'une partie au contrat il faut se référer à ses paroles et à ses actes tels que raisonnablement compris par son cocontractant.

S'agissant ensuite des deuxième et troisième raisons avancées au soutien de la définition retenue dans le DCFR, bien que ces justifications reposent sur des arguments qui se retrouvent aussi fréquemment dans la doctrine française [603], celles-ci ne sont guère convaincantes : même en admettant, comme le fait le Professeur Von Bar, que l'intention doive être déterminée à partir de sa perception par les tiers, l'intention de créer des effets de droit ne saurait être un critère pertinent pour distinguer l'acte juridique d'autres concepts. D'abord, utiliser ce critère de l'intention juridique conduirait à des résultats inacceptables au regard des objectifs poursuivis par l'ordre juridique. Ainsi, à propos de la distinction des actes juridiques et non juridiques, tenir compte exclusivement de l'intention juridique empêcherait les organes de l'ordre juridique de sanctionner des accords anti-concurrentiels que leurs auteurs auraient eu l'intention de placer hors du droit. Or, nous avons indiqué plus haut que les juridictions s'y étaient refusées [604]. De même, à propos de la distinction des actes et des faits juridiques, tenir compte exclusivement du critère de l'intention de créer des effets de droit devrait conduire à affirmer que l'auteur d'un délit ayant recherché les conséquences de son acte — et notamment la condamnation qui s'en suivrait — serait l'un des auteurs du jugement l'ayant condamné, ce qui méconnaîtrait la réalité.

601. « II.—1:102 : Autonomie des parties

(1) Les parties sont libres de conclure un contrat ou de faire un autre acte juridique et d'en déterminer le contenu, sous réserve des règles relatives à la bonne foi et de toutes autres règles impératives applicables.

(2) Sauf dispositions contraires, les parties peuvent exclure l'application des règles qui suivent relatives aux contrats et aux autres actes juridiques, ou aux droits et obligations naissant de ceux-ci, ou y déroger ou en modifier les effets.

(3) Une disposition selon laquelle les parties ne peuvent exclure l'application d'une règle, y déroger ou en modifier les effets n'empêche pas une partie de renoncer à un droit qui est déjà né et dont elle a connaissance » (trad. J. Ghestin).

602. « L'intention d'une partie de faire naître une relation juridiquement obligatoire ou d'autres effets juridiques résulte de ses déclarations ou de son comportement, tels que le cocontractant pouvait raisonnablement les entendre. » (trad. J. Ghestin).

603. Pour le recours à l'intention pour distinguer l'acte juridique de l'acte non juridique, cf. not. R.-J. Pothier, « Traité des obligations » *in Œuvres de Pothier*, Siffrein, 1821, n° 3 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 55.

Sur le recours à l'intention pour distinguer l'acte juridique du fait juridique, cf. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel : La règle de droit — Le problème de l'État*, 3e éd., Boccard, 1927, §31, p. 325-326 ; J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, sous la dir. de P. Raynaud, thèse de doct., Université de Toulouse, 1951, n° 17 ; Y. Guenzoui, *La notion d'accord en droit privé*, sous la dir. de C. Hannoun, thèse de doct., Université de Cergy-Pontoise, 2009, LGDJ, n° 142 ; G. Cornu, *Introduction au droit*, 13e éd., Montchrestien, 2007, n° 143.

604. *Supra* n° 164.

Par ailleurs, comme nous le montrerons plus loin [605], le concept d'acte juridique peut être distingué des concepts voisins que sont l'acte non juridique et le fait juridique, sans qu'il soit recouru au critère de l'intention juridique. Dès lors, l'on ne saurait se prévaloir de l'utilité théorique de l'intention juridique pour justifier le maintien de cet élément de qualification dans la définition de l'acte juridique.

S'agissant enfin de la quatrième justification avancée par le Professeur Von Bar, celle-ci est assez différente des précédentes, en ce sens que l'intention juridique n'a pas ici pour but d'insister sur l'importance de la volonté de l'individu. Sa fonction est autre. Il s'agit d'éviter que la qualification d'acte juridique ne soit refusée à des manifestations de volonté qu'il paraîtrait « naturel » de vouloir qualifier d'acte juridique, alors même qu'elles sembleraient ne produire aucun effet de droit. En effet, à suivre le Professeur Von Bar, si l'acte juridique venait à être défini comme la simple déclaration de volonté créatrice d'effets de droit, alors il ne serait pas possible de qualifier ainsi des actes qui, telle une rétractation, interviendraient hors délai [606]. Étant tardive, cette rétractation ne produirait aucun effet et ne pourrait donc pas être qualifiée d'acte juridique. Cependant, sans doute parce que cette conception de l'acte juridique est trop empreinte de relativisme — quelle est la rationalité d'une qualification qui dépend de l'écoulement du temps ? —, le Professeur Von Bar décide de la rejeter, en recourant à l'intention de créer des effets de droit. Pour lui, dès lors que l'individu a eu l'intention de créer des effets de droit, quand bien même aucun effet ne se serait produit, en raison par exemple de l'écoulement du temps, alors la qualification d'acte juridique se trouve justifiée.

Si ce souci de cerner au mieux la catégorie d'acte juridique est louable, il est permis de douter de la pertinence des moyens employés, à savoir le recours à l'intention de créer du droit. D'une part, le recours à l'intention demeure en soi problématique parce qu'il masque l'importance de la perception de cette intention par les tiers. D'autre part, ce recours ne paraît ici nullement nécessaire. L'on peut en effet parvenir au même résultat — maintenir dans le giron de l'acte juridique des actes dont l'on pressent intuitivement qu'ils doivent y figurer — autrement. Pour cela, il suffit de se détacher de l'idée selon laquelle l'acte juridique n'aurait de sens qu'en tant que les normes créées produisent des effets, ce qui ne serait pas le cas si, comme dans l'exemple de la rétractation précité, elles n'étaient pas conformes à des normes impératives présentes dans l'ordre juridique où cet acte s'insère. Or, une norme juridique demeure bien telle, quand bien même elle aurait été par la suite annulée. Pour se dégager de cette idée sur laquelle nous reviendrons, il est utile de substituer à l'expression « effet de droit » celle de « norme » [607]. Ainsi, pour reprendre l'exemple de la rétractation, lorsque les destinataires de cette rétractation tardive la reçoivent, ils ne nient nullement l'existence d'une norme dont l'objet aurait été l'abrogation d'une autre norme (celle que l'auteur de la rétractation tentait

605. *Infra* n° 296.
606. Exemple donné par C. Von Bar, courriel du 10/10/2014, (*i*).
607. Sur le remplacement des termes « effet de droit » par celui de « norme », cf. *infra* n° 263.

de retirer). Ce qu'ils nient, en revanche, c'est la possibilité pour cette rétractation de créer une norme valide car, étant intervenue hors délai, celle-ci ne saurait produire un quelconque effet dans l'ordre juridique étatique que ces acteurs mobilisent pour régler leur différend. Où l'on voit que, pour maintenir la qualification d'un acte juridique à un acte ne produisant aucun effet, il n'est pas nécessaire de recourir à l'intention. Il suffit d'avoir une acception plus large des effets de cet acte et de ne pas les réduire à des effets *de droit*, lesquels suggèrent que ces effets devraient être valides dans l'ordre juridique considéré.

Bilan du §1.

176. Au terme de cette rubrique, il apparaît que subordonner le critère d'une création d'effets de droit au critère de la manifestation de volonté repose sur une confusion, dans la mesure où nous avons montré qu'un tel rapprochement de l'acte et de la norme ne permettait pas de rendre compte d'un certain nombre de décisions de justice. Compte tenu du nombre de ces décisions, ainsi que de la diversité des matières dans lesquelles elles sont présentes, nous avons indiqué que celles-ci ne constituaient pas des exceptions, mais bien des contre-exemples ou des contre-épreuves de la théorie dominante.

L'examen plus attentif du fonctionnement de cette théorie a permis en outre de montrer que celle-ci était source d'importantes difficultés théoriques et pratiques. Ces difficultés sont d'une ampleur telle, qu'il est permis de penser que même en restreignant le champ d'application de ce modèle, celles-ci ne pourront pas disparaître. Dès lors, nous considérons que les anomalies rencontrées en jurisprudence constituent moins des contre-exemples, invitant à restreindre le champ d'application du modèle, que des contre-épreuves, réfutant ce modèle. En conséquence, **il convient de rejeter toute définition de l'acte juridique qui reposerait sur l'exigence d'une intention de créer des effets de droit**, intention comprise comme la subordination de l'existence de ces effets de droit à la volonté.

177. Si l'intention de créer des effets de droit, autrement dit l'intention juridique, ne doit pas être un *élément* de qualification de l'acte juridique, cela ne signifie pas pour autant que la volonté des individus disparaisse totalement de la théorie de l'acte juridique, contrairement à ce qu'avait pu prétendre Georges Rouhette[608]. La volonté de l'individu, son intention, conserve

608. G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, sous la dir. de R. Rodière, thèse de doct., Paris, 1965, n° 222, p. 631. Si l'auteur en arrive à cette solution c'est en premier lieu parce que, semble-t-il, il entend par « volonté » la volonté de créer des effets de droit et non pas, comme nous le faisons, la volonté d'agir, peu important la considération par l'individu des effets de son action dans l'ordre juridique. En second lieu, l'affirmation paraît tenir au fait que G. Rouhette adopte ici le référentiel de l'individu agissant et non des organes de l'ordre juridique observant cet individu (comp. toutefois n° 105 où il tient compte de la perception de la volonté par les autres). Or, effectivement, à adopter le point de vue de l'individu — mais encore faudrait-il pour cela être en mesure de sonder la volonté des parties au contrat à partir de la seule lecture des décisions de justice —, il est possible que certains actes soient vus comme des actes juridiques alors que leur auteur n'avait aucune volonté. En revanche, en adoptant le point de vue du juge, il peut être plus facilement soutenu que le juge recherche si l'acte examiné est volontaire, ce qu'il pourra d'ailleurs faire en recourant au critère concurrent de l'intérêt proposé par G. Rouhette.

assurément un rôle, mais sous les deux précisions suivantes qui nous sont suggérées par les développements précédents :

— **Le caractère *juridique* de cette intention est indifférent**. Par là, il s'agit d'indiquer que les organes de l'ordre juridique n'exigent pas que les individus aient voulu inscrire leur action dans l'ordre juridique, autrement dit qu'ils aient choisi les membres de cet ordre, et en particulier ses juges, comme des gardiens de leurs engagements. Il suffit, pour qu'un acte soit qualifié d'acte juridique, que son auteur ait eu l'intention de poser un modèle de conduite, de créer une norme, peu importe l'ordre social au sein duquel cette norme était destinée, dans l'esprit de son créateur, à s'insérer. Certes, les membres d'un ordre juridique, en particulier les juges, peuvent parfois tenir compte de l'intention *juridique* de l'auteur, notamment pour déterminer si la norme qu'il a créée doit être ou non reconnue dans cet ordre. Cependant, comme nous le développerons plus loin, à propos de la distinction entre l'acte juridique et l'acte non juridique [609], cela est moins un critère de qualification, devant toujours être rempli pour que la qualification d'acte juridique soit admise, qu'un indice parmi d'autres, dont l'absence ne fera pas nécessairement obstacle à la qualification d'acte juridique soit retenue. Ce rôle donné à l'intention juridique permet au juge, nous l'avons vu dans ce §1, de retenir la qualification d'acte juridique alors même que l'intention *juridique* de l'auteur de cet acte est incertaine, voire inexistante lorsque cet auteur refuse d'ériger les membres de cet ordre juridique en gardien de la norme posé.

— **L'intention**, synonyme ici de volonté [610], est appréciée au regard de la perception qu'en ont les tiers [611], ce qu'ont au demeurant perçu les auteurs invitant à fonder le contrat tant sur la volonté que sur l'attente légitime [612]. Or cette perception par les tiers peut être

609. Cf. *infra* n° 308.

610. Sur ce rapprochement, cf. *infra* n° 255.

611. Rappr. G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, sous la dir. de R. Rodière, thèse de doct., Paris, 1965, n° 105, p. 384, à propos de la définition du contrat (nous soulignons) : « l'accord, s'il est le contrat et non son mode de formation, n'est en rien identique (...) aux volontés psychologiques des parties : le "voulu", détaché de leur personnalité, a un contenu qui correspond en gros à leurs intentions, mais qui est celui fixé par le milieu social, compte tenu, en partie — mais en partie seulement — des vouloirs ». L'auteur rejettera néanmoins cette conception car elle conduirait selon lui à conférer au contrat la double nature, impossible, de forme et de contenu. Ainsi sera-t-il conduit à définir le contrat autour de l'intérêt : *ibid.*, not. n° 172. Il est cependant permis de penser que, derrière l'intérêt, il y avait pour G. Rouhette la volonté des individus telle que perçue objectivement par l'ordre juridique.

612. C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois, n° 1121 s. où l'auteur s'efforce de concilier la théorie anglaise de la *reliance*, notamment développée par L. L. Fuller et W. R. Perdue (L. L. Fuller et W. R. Perdue, « The Reliance Interest in Contract Damages », *Yale Law Journal,* URL : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fuller.html), avec celle, plus française, de l'autonomie de la volonté. Sur les attentes légitimes du cocontractant, équivalent du terme anglais *reliance*, cf. not. J. Calais-Auloy, « L'attente légitime : une nouvelle source de droit positif ? » *in Mélanges Yves Guyon : Aspects actuels du droit des affaires*, 2003 ; H. Aubry, « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *RIDC,* 2005, vol. 57, URL : http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2005_num_57_3_19369 ; D. Mazeaud, « La confiance légitime et l'*estoppel* », *RIDC,* 2006, vol. 58, URL : http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2006_num_58_2_19428 ; V. Edel, *La confiance en droit des contrats*, sous la dir. de R. Cabrillac, thèse de doct., Université de Montpellier, 2006 ; F. N'Daye, V. Edel et L. Weiler, « Faut-il introduire un principe de confiance en droit

différente de l'intention réelle de l'auteur de l'acte juridique. En effet, cette perception repose sur des éléments abstraits et objectifs qui ne permettent pas toujours de percevoir la réalité de l'intention de l'auteur de l'acte (tel comportement est compris dans telle situation comme révélant telle volonté de créer des normes). Ainsi qu'on a pu l'écrire, « [c]'est d'une simple volonté désincarnée, abstraite et objective, que se contente en réalité bien souvent le juge, qui ne procède à aucune vérification des mobiles profonds du débiteur » [613]. En outre, cette interprétation de la perception des tiers se fait à la lumière des principes poursuivis par l'ordre juridique, lesquels ne correspondent pas toujours à ceux poursuivis par l'auteur de l'acte [614]. En revanche, il ne semble pas qu'il faille aller jusqu'à admettre systématiquement que les normes ajoutées aux actes juridiques par le jeu de divers mécanismes, tels l'article 1194 du code civil pour les contrats, résultent de l'intention des parties. Si cela paraît acceptable lorsque les normes ajoutées sont supplétives, cela paraît plus difficilement admissible pour les normes impératives car cela revient à faire des cocontractants les auteurs de ces normes, alors que ces dernières leur ont manifestement été imposées par une autorité supérieure. Il y a là un problème d'imputation des normes qui sera plus loin examiné [615].

Afin d'asseoir au mieux cette critique de la définition commune de l'acte juridique, il convient à présent de montrer que celle-ci n'est pas seulement préjudiciable, théoriquement et pratiquement, à l'acte juridique, elle est également préjudiciable à l'ordre juridique qu'elle tend à complexifier inutilement.

§ 2. Une confusion dans l'articulation des critères source de complexité

178. Plan. En exigeant une intention de créer des effets de droit, la définition de l'acte juridique communément utilisée par les privatistes met au premier plan de la définition le critère de qualification plutôt subjectif, au détriment du critère plutôt objectif. Cette importance accordée au critère davantage subjectif n'est pas surprenante : elle reflète la prégnance du dogme de l'autonomie de la volonté sur la définition de l'acte juridique [616]. Il est d'ailleurs intéressant

des contrats ? (table ronde) » *in La confiance en droit privé des contrats*, sous la dir. de V.-L. Bénabou et M. Chagny, Dalloz, 2008 ; S. Wyszogrodzka, *Étude comparative de l'erreur-obstacle en droit français et du dissentiment en droit polonais*, sous la dir. de D. Legeais, thèse de doct., Université Paris Descartes, 2011, n°s 654-661.

613. D. Laszlo-Fenouillet, *La conscience*, sous la dir. de G. Cornu, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 1993, LGDJ, n° 161.

614. Rappr. *ibid.*, n° 168, où l'autrice montre comment le souci des magistrats de protéger la concubine ou l'enfant naturel conduit à « surinterpréter » quelque peu les propos du concubin ou du père, afin d'induire de ceux-ci une obligation naturelle d'aliments.

615. *Infra* n° 315.

616. Dans le même sens, S. Benisty, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, thèse de doct., Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, 2014, Institut universitaire Varennes, n° 270. Sur les critiques de cette prégnance, cf. *supra* n°s 17 s.

de relever que, dans le projet pour un cadre commun de référence (DCFR), la définition de l'acte juridique — qui est équivalente à la formulation que nous entendons dénoncer — suit immédiatement un article intitulé « L'autonomie des parties »[617].

Quoi qu'il en soit, l'importance de ce dogme dans la définition de l'acte juridique, ou dans celle de ses espèces telles que le contrat[618], explique pourquoi cette définition se trouve refusée dans toutes les matières où, compte tenu de la moindre place laissée à l'individualisme, ce dogme ne trouve pas à s'appliquer parfaitement. Tel est le cas en droit pénal ou en droit de la concurrence car, dans ces matières, l'accent est avant tout mis sur l'impératif de poursuite des infractions ou des actes anti-concurrentiels qui perturbent l'ordre public et le marché. Le dogme de l'autonomie de la volonté n'a guère sa place. D'où des difficultés à utiliser dans ces matières la définition commune de l'acte juridique, en particulier lorsqu'il s'agit d'un contrat. Deux stratégies ont alors été mises en œuvre par la doctrine spécialisée pour dépasser ces difficultés. Parfois la doctrine a affirmé l'autonomie du concept de contrat dans une matière donnée (**A.**). D'autres fois la doctrine a développé de nouveaux outils pour faire face aux insuffisances de la définition du contrat (**B.**). Ce faisant, les auteurs ont complexifié l'analyse juridique, ce qui aurait pu être évité en l'absence de confusion dans l'articulation des critères de qualification de l'acte juridique.

A. La complexité induite par la multiplication des acceptions du « contrat »

179. Cause de la complexification. L'exigence, dans la définition « civiliste » du contrat, d'une intention de créer des effets de droit incite souvent les spécialistes du droit pénal à nier que cette définition du contrat soit applicable dans leur matière. Ceci conduit en outre ces auteurs à promouvoir l'idée d'une autonomie du concept de contrat en droit pénal, laquelle leur permet, plus largement, de soutenir l'autonomie de leur discipline. La nécessité de recourir à une conception autonome du contrat est justifiée par ces auteurs par le fait que la définition civiliste rendrait totalement inefficace la législation pénale[619]. En effet, très souvent, lorsqu'un texte d'incrimination est subordonné à l'existence d'un contrat, il n'est pas possible de considérer que tous les auteurs de ce contrat aient eu l'intention de créer des effets de droit. L'auteur supposé de l'infraction n'a lui aucune intention de créer des effets de droit, puisqu'il cherche généralement à contourner les règles de droit. C'est pour éviter cet écueil qu'une partie de la doctrine pénaliste a développé l'idée d'une conception autonome du contrat dans laquelle ne serait plus exigée l'intention de créer des effets de droit[620].

617. « Article II.–1:102 : Party autonomy ».
618. Cf. not. F. Collart-Dutilleul, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique ? » *in La nouvelle crise du contrat*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 226.
619. E. Palvadeau, *Le contrat en droit pénal*, sous la dir. de V. Malabat, thèse de doct., Bordeaux IV, 2011, n°s 93-96.
620. *Ibid.*, n°s 93-96.

180. Critique de ce phénomène. Bien que doive être approuvée l'idée suivant laquelle l'intention de créer des effets de droit n'est pas une condition de qualification du contrat en droit pénal, la limitation de la portée de cette affirmation au droit pénal n'est guère heureuse, car elle vient renforcer une prétendue autonomie du droit pénal [621]. Or, affirmer l'autonomie du contrat en droit pénal conduit à adopter des définitions différentes d'un même mot ce qui, du point de vue de l'accessibilité du droit et de la cohérence juridique, n'est pas souhaitable [622]. Si la notion d'autonomie peut paraître plus acceptable, en présence de deux ordres juridiques distincts, tel n'est pas le cas au sein de l'ordre juridique français, dont la Cour de cassation est l'un des principaux gardiens [623].

À côté de cette tendance générale à affirmer la spécificité du contrat en droit pénal, il arrive parfois qu'à l'occasion d'infractions particulières, la doctrine développe des qualifications concurrentes au contrat. C'est cette autre forme de complexification qu'il convient à présent d'évoquer.

B. La complexité induite par le développement de qualifications concurrentes

181. Plan. L'exigence d'une intention de créer des effets de droit incite parfois les auteurs — dont les vues sont parfois reprises en droit positif — à développer des qualifications concurrentes à celles du contrat. Le phénomène n'est pas nouveau. Jean Hauser avait déjà relevé il y a quarante-cinq ans que la faiblesse de la conception dominante du contrat avait conduit « à multiplier des catégories hybrides dont l'ordonnancement s'est avéré de plus en plus difficile » [624]. Ce constat, toujours vérifié de nos jours, peut être illustré à partir d'exemples tirés du droit des contrats (**1.**) ou d'autres matières (**2.**).

621. Plus généralement, sur la tendance autonomiste du droit pénal, cf. E. Palvadeau, *Le contrat en droit pénal*, sous la dir. de V. Malabat, thèse de doct., Bordeaux IV, 2011, n° 16.

622. Si une telle attitude peut être excusée lorsqu'elle est le fait du législateur qui est soumis à d'importantes contraintes matérielles, elle ne l'est pas lorsqu'elle est le fait de la doctrine. La mission de la doctrine d'œuvrer pour un droit de meilleure qualité — du moins si l'on accepte le principe même de cette mission — n'est pas remplie si cette doctrine en vient à promouvoir l'usage de sens différents pour un même mot.

623. Rappr. Ch. Atias, J. Chevreau et X. Bachellier, « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit » *in L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La documentation française, 1994. Bien que l'objectif ne figure pas explicitement dans les textes régissant la Cour de cassation, la doctrine s'accorde sur l'existence d'un tel objectif. Cf. not. D. Foussard, « La Cour de cassation française et l'unification du droit » *in Les cours judiciaires suprêmes dans le monde arabe*, Bruylant, 2001, url : http://www.cedroma.usj.edu.lb/pdf/cjsma/fouss.pdf. Certains auteurs envisagent néanmoins d'étendre cet impératif de cohérence à l'ensemble des juges ; cf. D. Gutmann, « Le juge doit respecter la cohérence du droit, Réflexions sur un imaginaire article $4^{1/2}$ du Code civil » *in Le titre préliminaire du code civil*, sous la dir. de G. Fauré et G. Koubi, Économica, 2003.

624. J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, sous la dir. de P. Raynaud, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ, n° 3.

1. L'exemple du droit des contrats

182. Plan. Ces dernières années le droit des contrats a vu se multiplier les propositions de concepts doctrinaux destinés à pallier les effets d'une conception erronée de l'acte juridique, entendue comme l'acte réalisé *dans l'intention de créer des effets de droit*. Ces propositions ont été formulées tant au stade même de la qualification du contrat, qu'à celui de sa validité.

183. Pour la qualification. Depuis les années 2000, plusieurs auteurs, prenant notamment conscience des difficultés qu'il pouvait y avoir à parler de contrat dans des situations où il n'existait aucune intention de créer des effets de droit, ont proposé de recourir à des concepts concurrents à celui de contrat pour appréhender, plus rigoureusement à leurs yeux, des situations où n'existait aucune intention de produire des effets de droit.

Tel est tout d'abord le cas d'Anne Danis-Fatôme qui a proposé dans sa thèse de doctorat d'étendre le mécanisme de l'apparence, en principe applicable dans le cadre d'opération à trois parties impliquant une représentation, à des relations bilatérales où la volonté réelle d'une des parties ferait défaut [625]. Une approche similaire a été utilisée par Cyril Grimaldi qui, constatant le caractère douteux de la volonté de l'organisateur d'une loterie publicitaire [626], a proposé de recourir à un nouveau concept, celui de quasi-contrat, plutôt que d'étendre, abusivement à ses yeux, le champ du concept d'apparence existant.

Ces propositions ont donné lieu à un débat entre ces deux auteurs, chacun maintenant que son concept serait préférable à celui proposé par son collègue [627]. À choisir, il nous semble cependant qu'aucune de ces propositions n'est satisfaisante, en particulier pour qualifier l'opération de loterie publicitaire. En effet, plutôt que de complexifier les choses en proposant de nouveaux outils, il serait plus simple, mais aussi préférable [628], de recourir ici à une analyse contractuelle. Il suffirait alors seulement d'admettre qu'il peut y avoir un contrat même lorsqu'une des parties n'a pas l'intention de créer des effets de droit, pourvu néanmoins que son cocontractant puisse légitimement estimer cette partie souhaitait s'engager.

184. Pour la validité. Il y a quelques années, Nicolas Rontchevsky s'est efforcé de montrer l'intérêt qu'il pourrait y avoir à disposer d'un concept d'*effet de l'obligation* pour mieux encadrer la validité des contrats. Pour cet auteur, la validité des contrats n'est pas seulement encadrée par les règles traditionnelles de l'objet et de la cause [629]. Il faut également compter sur les règles encadrant l'effet des obligations, c'est-à-dire, selon cet auteur, les règles encadrant les « résultats indirects d'une obligation qui n'ont pas été nécessairement recherchés par les

625. A. Danis-Fatôme, *Apparence et contrat*, sous la dir. de G. Viney, thèse de doct., Université Paris I, 2004, LGDJ, n° 775.
626. C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois, n° 148.
627. Sur ce débat voyez les contributions recueillies dans *RDC*, janv. 2009, p. 31 s.
628. *Infra* n° 512.
629. Cet auteur ajoute également l'abus de droit et la fraude.

parties »[630].

Bien qu'intéressante dans une conception traditionnelle de l'acte juridique[631], cette proposition ne nous semble pas devoir être ici admise. Elle constitue en effet une complexification inutile de la théorisation des règles de validité du contrat. En effet, la pertinence du concept d'effet de l'obligation est principalement justifiée, d'après N. Rontchevsky, par l'impossibilité qu'il y aurait autrement de réglementer les effets non voulus par les parties. Pour cet auteur, de tels effets ne pourraient pas être appréhendés au moyen des concepts d'objet et de cause[632]. Cette justification disparaît cependant sitôt qu'on abandonne l'idée suivant laquelle les effets devraient nécessairement être voulus.

La conception de l'acte juridique ici dénoncée ne conduit pas seulement à une complication inutile de la théorie des contrats, elle est également source de complexité dans d'autres matières où le contrat trouve également à s'appliquer.

2. D'autres exemples

185. Confrontée à l'exigence d'une intention de créer des effets de droit, la doctrine pénaliste a parfois développé des qualifications concurrentes au contrat. Ainsi, à propos de l'abus de confiance, la doctrine a pu distinguer l'abus de confiance résultant de la « remise contractuelle » d'un bien, de l'abus de confiance résultant de la « remise purement matérielle » d'un bien[633]. Or, le concept de « remise purement matérielle », qui est une source supplémentaire de complexification du droit, a été créé par la doctrine pénaliste pour pallier les difficultés qu'il y avait à identifier l'existence d'une remise contractuelle, en l'absence d'intention de créer des effets de droit[634].

Un tel raffinement de l'analyse devient inutile si l'exigence d'une intention de créer des effets de droit est supprimée de la définition générale du contrat.

186. La complexification du droit des ententes. Le droit de la concurrence offre également une illustration de ce que l'exigence d'une intention de créer des effets de droit est source de complexité. En effet, en droit européen de la concurrence, l'article 101 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, lequel trouve son origine dans l'article 65 du *Traité sur la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, prohibe notamment « tous accords entre entreprises (...) et toutes pratiques concertées » qui auraient un effet anti-concurrentiel. Autrement dit, pour ce qui nous intéresse, ce texte distingue les accords des pratiques concer-

630. N. Rontchevsky, *De l'effet de l'obligation*, sous la dir. de A. Ghozi, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 1998, Économica, n° 800.
631. La proposition n'a toutefois guère eu de postérité en doctrine puisqu'on n'en trouve pas trace dans les manuels ou les projets de réforme du droit des obligations.
632. N. Rontchevsky, *De l'effet de l'obligation*, sous la dir. de A. Ghozi, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 1998, Économica, n°s 610 s.
633. Cf. les auteurs cités dans E. Palvadeau, *Le contrat en droit pénal*, sous la dir. de V. Malabat, thèse de doct., Bordeaux IV, 2011, n° 97.
634. En ce sens, *ibid.*, n° 97.

tées, là où auparavant le droit français des ententes ne connaissait que le contrat [635]. Une telle séparation des concepts — sans doute liée à l'influence du « *Sherman act* » [636] qui envisageait deux sources de l'entente, le contrat et la conspiration [637] — a été par la suite maintenue par les juridictions des Communautés puis de l'Union européennes, lesquelles ont indiqué à plusieurs reprises que les pratiques concertées n'étaient pas des conventions « proprement dite[s] » [638].

Or, il est permis de penser que si cette qualification de convention est refusée aux pratiques concertées c'est parce que, aux yeux des juridictions européennes, les auteurs de ces pratiques n'ont pas eu l'intention de se lier *juridiquement*. Ces derniers ont certes adopté des pratiques restrictives de la concurrence, mais ils n'ont pas cherché, pour restreindre le jeu de la concurrence, à mettre en place un contrat écrit, structuré et susceptible de révéler par ce formalisme une intention de se lier *juridiquement*.

187. Une complexification inutile. Un tel dualisme ne paraît guère justifié. Il y a là une complexification inutile du droit européen qui aurait sans doute pu être évitée si un concept unitaire de contrat avait été maintenu et si une trop grande importance n'avait pas été accordée à l'intention de créer des effets de droit. Cette complexification a d'ailleurs généré une complexité supplémentaire puisque, confrontée à une « infraction complexe mais cependant unique », mêlant accord et concertation, les juges européens ont dû créer une troisième qualification, mêlant les deux précédentes [639]. Où l'on voit à nouveau la complexité qu'induit une définition de l'acte juridique exigeant une intention de créer des effets de droit. Des difficultés semblables sont également créées par une confusion portant non plus sur l'articulation des critères de qualification mais sur les critères eux-mêmes.

635. Il convient de rappeler que le droit de la concurrence, avant d'être européanisé puis à nouveau nationalisé, relevait en effet du droit pénal et en particulier de l'article 419 du code pénal. Or, pour l'application de cet article, la jurisprudence n'a jamais utilisé les notions d'« accord » ou de « pratiques concertées ». Elle s'en tenait à la notion unitaire de convention (cf. not. Paris, 7 mai 1908, *Rev. sté*, 1909, 1, p. 342 ; Cass., req., 20 juin 1908, *S.*, 1909, 1, 15 ; Cass., req., 3 mai 1911, *S.*, 1911, 1, p. 551), synonyme de contrat. Le législateur s'inscrivait également dans ce courant de pensée puisqu'aucune des nombreuses propositions de lois visant à réformer le droit des ententes au début du XXe siècle, ne contient une référence à ces notions. Le contrat est au contraire souvent explicitement mentionné dans ces projets de texte comme dénominateur commun de toutes les ententes, alors même que l'article 419 du code pénal lui n'en disait rien. Cf. les articles 6 et 7 du projet de loi déposé le 28 juin 1913 (AN, *Documents*, n° 6267). Si le mot accord apparaît dans certains projets, il n'est pas pour autant concurrencé par celui de pratiques concertées. Cf. not. les articles 1 et 2 du projet de loi déposé à l'Assemblée nationale le 10 janvier 1935 (AN, *Documents*, n° 4440).

636. *An act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies*, URL : http://www.ourdocuments.gov/doc.php?doc=51&page=transcript.

637. En effet, les dispositions anti-concurrentielles du traité sur la Communauté européenne du charbon et de l'acier ont été rédigées par Robert Bowie, alors professeur à Harvard et spécialiste de la législation *anti-trust* (J. Monnet, *Mémoires*, Fayard, 1976 et R. R. Bowie, « Réflexions sur Jean Monnet » *in Témoignages à la mémoire de Jean Monnet*, Fondation Jean Monnet pour l'Europe et Centre de recherches européennes, 9 nov. 1989, p. 80).

638. Cf. not. CJCE, *Suiker Unie e. a. c/ Commission*, 16 déc. 1975, URL : http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:61973CJ0040, §26, où il est écrit : « la notion de "pratique concertée" vise une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence ».

639. Tribunal de première instance, 1re chambre, *Rhône-Poulenc SA c/ commission*, 24 oct. 1991, n° T-1/89, *Rec.*, II, URL : http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:61989TJ0001, n° 127.

Conclusion de la Section 1

188. L'examen de la définition traditionnellement reçue de l'acte juridique, à savoir une « manifestation de volonté destinée à créer des effets de droit », a permis de faire apparaître que l'articulation que faisait cette définition entre la manifestation de volonté et les effets de droit était problématique tant pour l'acte juridique lui-même que pour l'ordre juridique.

Concernant en premier lieu les difficultés soulevées pour l'acte juridique, nous avons d'une part montré qu'une telle définition desservait le concept d'acte juridique, en ce qu'elle l'empêchait de rendre compte d'un nombre significatif de décisions de justice où les juges, dans des matières fort distinctes (droit international public, droit du travail, droit des obligations, droit de la concurrence, droit des marchés financiers, etc.), retenaient la qualification d'acte juridique alors même qu'une telle intention n'était pas établie, soit parce qu'il existait un doute sérieux sur sa réalité, soit parce que l'absence d'une telle intention était au contraire établie. De là, nous en avons conclu que, si l'on voulait faire du concept d'acte juridique un concept proprement scientifique, il était nécessaire de modifier les théories doctrinales érigeant l'intention de créer des effets de droit en critère de l'acte juridique.

Sans s'en tenir à ce seul argument, nous avons d'autre part montré que cette présentation de l'acte juridique ne présentait pas véritablement d'utilité pratique ou théorique. En effet, nous avons établi que le critère de l'intention de créer des effets de droit était un critère imprécis — jusqu'où faut-il aller dans la prévision des effets de droit voulus ? — et impraticable, compte tenu de sa trop grande subjectivité. D'un point de vue théorique, nous avons également montré que les différents arguments qui pouvaient être avancés par les défenseurs de cette définition traditionnelle n'étaient nullement pertinents. En particulier, l'idée suivant laquelle il serait utile de mentionner l'intention de créer des effets de droit, afin de distinguer l'acte juridique de l'acte non juridique ou du fait juridique, nous a paru illusoire. Un tel critère ne permet nullement de procéder à une distinction sûre de ces trois concepts et de rendre compte de l'acception qu'en retiennent les juges. En outre elle conduit à accorder une place trop importante à l'autonomie de la volonté, ce qui n'est pas acceptable dans des matières différentes du droit des contrats et qui, tels le droit pénal et le droit de la concurrence, accordent une place beaucoup moins grande à ce principe.

En second lieu, nous avons mis en évidence que cette exigence d'une intention de créer des effets de droit était problématique pour l'ordre juridique lui-même où elle était source de complexité. En effet, dans les disciplines où cette approche par trop subjective du contrat posait problème, il arrivait que les acteurs du droit, voire de la science du droit, développent des instruments concurrents au contrat ou, à tout le moins, adoptent du contrat une conception propre.

Section II Les limites des critères actuels de qualification

189. Bien que cela ne ressorte pas toujours explicitement des définitions de l'acte juridique, les auteurs ont tendance à rapprocher très étroitement les concepts d'acte juridique et de normes en exigeant de l'acte juridique qu'il produise réellement des effets. Cette tendance se manifeste nettement, nous l'avons indiqué[640], dans la définition que donne le *Vocabulaire juridique* de l'acte juridique, puisque les rédacteurs de cette définition exigent que l'acte juridique ait pour *objet* mais aussi pour *effet* de créer des effets de droit. Une tendance similaire est également explicite dans les définitions de certains publicistes qui définissent l'acte juridique comme l'acte créateur de norme(s) en vertu d'une habilitation[641]. En effet, en intégrant le concept de norme d'habilitation dans la définition de l'acte juridique, ces auteurs suggèrent que ne peut pas être qualifié d'acte juridique l'acte qui méconnaitrait la norme d'habilitation. Ce faisant, se trouve intégré à la définition de l'acte juridique une exigence tenant à la qualité des normes produites : elles doivent être conformes à une norme d'habilitation. Ce faisant, les concepts d'acte juridique et de norme se trouvent étroitement associés.

Cette manière d'appréhender l'acte juridique est source de difficulté car, comme nous le montrerons, elle rend beaucoup plus délicate l'articulation des concepts d'acte juridique et de norme qui, autrement, pourraient être plus simplement appréhendés. C'est cette difficulté, évitable si les concepts étaient mieux séparés, qui permet de penser que le rapprochement très étroit de l'acte juridique et de la norme repose sur une confusion, au sens littéral du terme, c'est-à-dire un rapprochement d'idées devant être distinguées (**§ 1.**). Cette confusion est d'autant plus problématique qu'elle entraîne une multiplication d'instruments juridiques, lesquels viennent complexifier l'ordre juridique ou à tout le moins la présentation qui en est donnée (**§ 2.**).

§ 1. Une confusion dans les critères de qualification

190. Exposé de la confusion. La définition commune de l'acte juridique est porteuse d'une autre confusion que celle concernant l'articulation de ces critères de qualification. Cette confusion procède de l'insertion dans la définition de l'acte juridique d'un critère de qualification

640. *Supra* n° 149.

641. H. Kelsen, « What is a Legal Act? », *American Journal of Jurisprudence,* 1984, vol. 29, 9 (Traduction d'un article paru en 1952), p. 200-201 ; Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, not. Tome 1, p. 369, 373 et 390 ; B. Seiller, « Acte administratif (I – Identification) » *in Répertoire de contentieux administratif*, janv. 2010, Dalloz, n° 26. Relevons toutefois les récents efforts d'une auteurs pour distinguer l'acte juridique de la norme, à propos des décisions conditionnelles en droit administratif : C. Gallo, *La décision conditionnelle en droit administratif français*, sous la dir. de B. Seiller, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2017, n°s 332 s.

— une certaine qualité des normes produites et notamment leur validité — qu'il serait préférable de ne pas exiger. Cette insertion procède d'une tendance plus générale à rapprocher les concepts d'acte juridique et de norme[642], tendance que l'on constate aussi dans l'emploi d'un même mot — tel celui de testament — pour désigner à la fois un type de norme et la procédure de création de cette norme au moyen d'un certain acte juridique. Ce faisant, les juristes se privent de la possibilité de recourir à une distinction logique de base : la distinction de la cause (l'acte juridique) et de la conséquence (la norme).

La mise en évidence de ce problème logique n'est nullement inédite, même si elle n'est plus guère soulignée de nos jours. Dès le milieu du XIXe siècle, Victor Napoléon Marcadé, revenant à la pureté des écrits de Pothier[643], dénonçait la confusion de la cause et de la conséquence opérée par les rédacteurs du code civil lorsqu'ils écrivirent le titre III consacré au contrat. Pour cet auteur, ce titre du code civil est « un pêle-mêle d'idées incohérentes et au milieu desquelles on ne peut se reconnaître qu'en s'attachant constamment au principe que nos rédacteurs ont perdu de vue. Ce principe, que les rédacteurs admettaient, bien entendu, mais qu'ils ont trop souvent oublié, c'est qu'une chose est *le contrat*, qui donne naissance à l'obligation, autre chose *l'obligation conventionnelle*, qui n'est que l'effet du contrat. À chaque pas, dans notre titre, les rédacteurs ont confondu la convention, le contrat, avec l'obligation qui en découle »[644]. Depuis lors, cette pluralité de sens du contrat a été fréquemment relevée, en particulier par Hans Kelsen[645], mais jamais dénoncée avec la même vigueur que V. Marcadé, comme si les auteurs s'étaient habitués à cette confusion logique qu'il n'était dès lors plus possible, à leurs yeux, de remettre en question. La confusion est si prégnante qu'on la retrouve dans des concepts aussi fondamentaux que ceux d'obligation[646] ou de source du droit[647]. Comme le relève par exemple

642. Pour une dénonciation de cette confusion cf. not. les propos de Jean-Arnaud Mazères dans S. Théron, *La notion de condition : Contribution à l'étude de l'acte administratif*, sous la dir. de J.-A. Mazères, thèse de doct., Université de Toulouse 1, 2001, L'Harmattan, p. 10 ou J.-P. Jacqué, « Acte et norme en droit international public » *in Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 227, Brill |Nijhoff, 1991, URL : http://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*-ej.9780792317852.357_417, p. 371.

643. La distinction du contrat et des effets du contrat est assez nette chez R.-J. Pothier, « Traité des obligations » *in Œuvres de Pothier*, Siffrein, 1821, n° 2, p. 79 ou n° 85, p. 139.

644. V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du code civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, 7e éd., Delamotte, 1873, nos 376 s. et spé. n° 378. On trouve de semblables propos dans la troisième édition de 1847 (t. 4, p. 402 s.).

645. H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique,* 1940, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k888152j/f327.image, p. 36, où l'auteur distingue le contrat comme procédure et le contrat comme effet. Cette distinction a été ensuite diffusée chez les publicistes (Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983), puis chez les privatistes grâce aux travaux de G. Rouhette (G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, sous la dir. de R. Rodière, thèse de doct., Paris, 1965, not. nos 91 et 115), repris par la suite (A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, sous la dir. de J. Mestre, thèse de doct., 1992, PUAM, n° 2 ; D. Galbois, *La notion de contrat : Esquisse d'une notion*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2018) ou au contraire rejetés (J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, sous la dir. de P. Raynaud, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ, nos 34 et 48).

646. C. Aubry de Maromont, *Essai critique sur la théorie des obligations en droit privé*, sous la dir. de P. Briand, thèse de doct., Université de Nantes, 2015, nos 21-22.

647. C. Thibierge, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie » *in Libres propos sur les sources*

Catherine Thibierge, sans pour autant le critiquer, l'expression « *source* du *droit* contient en effet deux pôles : elle inclut ce qui crée (source) et ce qui est créé (droit) ; l'origine et l'effet » [648] et l'autrice de montrer que ces « deux pôles » se retrouve pour la coutume, la doctrine, le contrat et, pourraient ajouter les internationalistes, le traité international [649].

Si cet argument d'ordre logique suffirait à emporter l'adhésion d'un logicien quant à la nécessité de mieux distinguer l'acte juridique de la norme, il n'est (malheureusement ?) pas suffisant aux yeux de la doctrine juridique qui, habituée sans doute aux incohérences des acteurs du droit, semble s'accommoder elle aussi de cette difficulté logique. Où l'on comprend pourquoi, malgré l'ancienneté de cette critique, celle-ci n'a jamais entraîné un quelconque changement des pratiques des juristes. Dès lors, si l'on souhaite convaincre les juristes de la nécessité que le rapprochement de l'acte juridique et de la norme constitue bel et bien une confusion, il convient de mettre en évidence tous les effets néfastes qu'induit ici, pour la théorie de l'acte juridique, le rapprochement de la cause (l'acte juridique) et de la conséquence (la norme).

Logiquement, il est possible d'identifier deux situations où ce rapprochement des concepts est problématique. D'une part, celles dans lesquelles la norme produit une influence indésirable sur l'acte juridique (**A.**) et d'autre part celles dans lesquelles l'acte juridique produit une influence indésirable sur la norme (**B.**).

A. L'influence indésirable de la norme sur l'acte juridique

191. Plan. Le rapprochement de l'acte juridique et de la norme génère plusieurs difficultés d'ordre théorique qui nuisent à la compréhension du concept d'acte juridique. D'abord, l'association trop étroite de l'acte juridique et de la norme pose des problèmes d'identification et plus précisément de décompte. Lorsque se pose la question de savoir combien d'actes juridiques existent, la réponse est trop souvent tirée du nombre de normes en cause, ce qui conduit souvent à des résultats contraires à ceux que donnerait un décompte rigoureux du nombre des volontés exprimées (**1.**). Une autre difficulté apparaît lorsque les normes créées par un ordre juridique évoluent. L'association trop étroite de l'acte juridique et de la norme va alors parfois conduire à faire rejaillir ces évolutions sur l'acte créateur, alors même que celui-ci a déjà rempli son office. D'où de nouvelles difficultés théoriques (**2.**).

1. Les problèmes d'identification des actes juridiques

192. Plan. Le rapprochement de l'acte juridique et de la norme provoque deux types de difficultés d'identification. D'abord, ce rapprochement complexifie l'opération de qualification de l'acte juridique. Le fait d'ajouter à la définition de l'acte juridique des éléments tirés de la

du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, Dalloz, 2006, p. 529.

648. *Ibid.*, p. 529.

649. Sur l'ambiguïté du traité, cf. E. Bourdoncle, « Fitzmaurice et la distinction entre traité et obligation conventionnelle » *in Grandes pages du droit international. Les sources*, Pedone, 2016, p. 60-62.

qualité des normes de celui-ci va en effet être source de complexité et de désaccord entre les auteurs : certains intégrant dans la définition de l'acte juridique des éléments tenant à la qualité des normes, d'autres le refusant (**a.**). Ensuite, ce rapprochement va perturber le décompte des actes juridiques dans certaines situations. En effet, le rapprochement de la norme et de l'acte juridique conduit à déduire du nombre de normes observées le nombre d'actes juridiques, ce qui aboutit à des résultats contraires à la réalité (**b.**).

a. Les difficultés de qualification des actes juridiques

193. Le lien trop étroit établi par la doctrine contemporaine entre l'acte juridique et la norme se traduit par la tendance de certains auteurs à faire figurer dans les conditions de qualification de l'acte juridique des éléments tenant à la qualité des normes. D'où une confusion, parfois dénoncée [650], entre les critères de qualification de l'acte juridique et les critères de validité de la norme. Cette confusion peut être plus ou moins prononcée d'un auteur ou d'une discipline à l'autre.

En droit pénal, par exemple, la confusion est particulièrement prégnante puisque, traditionnellement, les conditions de qualification du contrat ne sont guère distinguées des conditions de validité des normes juridiques. D'où d'importantes difficultés théoriques pour identifier si une infraction nécessitant la caractérisation d'un contrat est ou non constituée lorsque ledit contrat est entaché de nullité. En effet, faute de distinguer les éléments de qualification des conditions de validité, les contraintes du raisonnement juridique incitent les pénalistes à refuser l'existence d'un contrat lorsqu'une condition de validité des normes contractuelles fait défaut. Le contrat étant nul, il ne saurait produire aucun effet et, à ce titre, ne saurait être pris en compte par les juridictions pénales. Or, comme les contrats à l'occasion desquels des poursuites pénales sont engagées produisent pratiquement toujours des normes annulables, une telle analyse rend pratiquement impossible les poursuites. Voilà pourquoi les juridictions n'ont guère suivi ce raisonnement proposé autrefois par les juristes [651] et ont accepté de tenir compte de contrats nuls, leur reconnaissant alors semble-t-il quelqu'effets. Pour justifier cette entorse à ce qui semblait une « déduction logique » [652], la doctrine pénaliste a recouru au concept juridique d'*apparence*. Dès lors qu'une opération a l'*apparence* d'un contrat, alors même que font défaut certaines conditions de validité, l'infraction peut être constituée [653].

650. Not. V. Peltier, « Contribution à l'étude de la notion d'inexistence en droit privé », *RRJ,* 2000, n° 12 ; E. Palvadeau, *Le contrat en droit pénal*, sous la dir. de V. Malabat, thèse de doct., Bordeaux IV, 2011, n°s 68 s. et L. Mayer, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, sous la dir. de L. Cadiet, thèse de doct., 2009, IRJS, n° 169-170. Pour une approche générale de la distinction entre l'existence d'une norme et sa validité, cf. G. H. von Wright, *Norm and action*, Routledge et Kegan Paul, 1963, p. 194-196.

651. Cf. les références citées par M. Vasseur, « Des effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après d'autres disciplines », *RSC,* 1951, n° 2.

652. Dans les premières lignes de son article précité, Michel Vasseur écrit ainsi (nous soulignons) : « Sous la pression des faits, le Droit est parfois dans l'impossibilité d'adopter les déductions le plus exactes du raisonnement. La théorie des nullités en fournit l'un des exemples les plus typiques ».

653. M. Vasseur, « Des effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après d'autres disciplines », *RSC,*

Ce procédé n'est cependant guère efficace puisque, comme l'a fort bien montré Emmanuelle Palvadeau, le concept d'apparence de contrat est des plus flous et n'est pas un guide sûr pour affirmer si tel objet est ou non un contrat [654]. D'où la proposition de cet auteur de remplacer le concept d'*apparence* du contrat par celui d'*existence* du contrat, dont l'utilité a été en outre récemment démontrée par la doctrine [655]. Ceci implique alors de dissocier, au sein des conditions de formation du contrat, les conditions d'existence du contrat des conditions de validité de celui-ci [656].

Une telle distinction constitue assurément un progrès conceptuel. D'une part, distinguer parmi les conditions de formation du contrat deux types de condition permet d'éviter certaines contradictions dans les discours des acteurs du droit. En effet, comme l'avait jadis joliment écrit M. Vasseur : « qu'au pays de Descartes, un acte soit nul en droit civil et doté d'efficacité en droit pénal, laisse au premier contact l'esprit insatisfait » [657]. Or, tel n'est plus le cas grâce à cette distinction. Grâce à elle, l'on comprend comment un contrat nul, tant en droit civil qu'en droit pénal, peut être pris en compte comme élément constitutif d'une infraction. La nullité n'étant pas l'inexistence, le droit pénal peut, sans heurter la logique, s'appuyer sur l'*existence* du contrat *nul* pour caractériser une infraction. D'autre part, la suppression du recours à l'apparence permet en droit pénal de faciliter l'identification de l'acte juridique contractuel : ne se pose plus en effet la question difficile de cerner ce qu'est un contrat apparent.

194. Si les progrès conceptuels induits par la distinction des concepts de validité et d'existence sont indéniables, des difficultés demeurent, à savoir que ces concepts continuent à entretenir une confusion de l'acte juridique et de la norme, dès lors qu'il n'est pas clairement indiqué qu'ils porteraient sur des objets différents. Les conditions de validité concernent la norme, tandis que les conditions de qualification concernent l'acte juridique. Parler de validité de l'acte juridique entretient donc la confusion précédente. Or, cette confusion sur l'objet de ces concepts produit des effets indésirables, notamment en ce qu'elle contribue à rendre plus délicat le tracé d'une frontière entre les conditions de qualification et les conditions de validité [658]. En effet, dès lors qu'il est affirmé que ces conditions concernent toutes deux un objet identique — l'acte juridique —, il est plus aisé de se méprendre et d'analyser un élément comme relevant de la validité, alors qu'il relèverait de l'existence, ou inversement. Ce risque est d'autant plus grand que,

1951, n° 2. *Adde* les auteurs cités par E. Palvadeau, *Le contrat en droit pénal*, sous la dir. de V. Malabat, thèse de doct., Bordeaux IV, 2011, n° 32, note 183.

654. *Ibid.*, n°s 37 à 55 et spé. n°s 45-46.

655. Cf. not. A. Posez, *L'inexistence du contrat*, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2010.

656. E. Palvadeau, *Le contrat en droit pénal*, sous la dir. de V. Malabat, thèse de doct., Bordeaux IV, 2011, n°s 57 et 70. La distinction est ancienne. René Latournerie suggérait déjà qu'elle constitue l'une des distinctions utiles pour appréhender le concept d'acte juridique (*Travaux de la Commission de réforme du code civil. 1945-1946*, Sirey, 1947, p. 172).

657. M. Vasseur, « Des effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après d'autres disciplines », *RSC,* 1951, n° 2.

658. Rapp. L. Mayer, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, sous la dir. de L. Cadiet, thèse de doct., 2009, IRJS, n° 319, affirmant que « [l]'identification des éléments constitutifs d'un acte juridique est rendue délicate par la présence [...] des conditions de validité ».

compte tenu de la différence de sanction encourue en l'absence de ces éléments — l'inexistence pour les éléments de qualification et la nullité pour les conditions de validité —, les juristes ont tendance à instrumentaliser ces catégories en tenant compte moins de leur contenu même que du régime juridique qui leur est associé. D'où le risque, fréquent, que les juristes ne soient pas d'accord sur les éléments de qualification d'un acte juridique. Lucie Mayer a par exemple recensé plusieurs hypothèses dans lesquelles, au gré des auteurs, des éléments sont analysés tantôt comme des conditions de validité, tantôt comme des conditions d'existence des actes juridiques [659]. Elle évoque par exemple le défaut de pouvoir en droit des contrats [660] ou encore l'hypothèse du consentement donné par une personne incapable, analysé tantôt comme un défaut de consentement — autrement dit comme l'absence d'un élément constitutif du contrat —, tantôt comme un consentement vicié — autrement dit l'absence d'une des conditions de validité du contrat [661]. L. Mayer donne également l'exemple, en droit de la famille, de la condition de différence de sexe dans le mariage, laquelle serait pour les uns inhérente à l'essence du mariage, de sorte qu'elle en constituerait un élément constitutif, alors que pour d'autres, elle ne serait pas de l'essence du mariage et constituerait donc seulement une condition de validité [662].

Face au constat des déficiences de cette méthode de qualification de l'acte juridique, laquelle aboutit à un « résultat subjectif et fluctuant » [663], L. Mayer propose de définir les éléments constitutifs indépendamment de « toute spéculation philosophique sur l'essence de l'acte juridique » et de retenir « de l'élément constitutif (...) une vision plus technique, et donc en principe, plus objective ». La directive proposée par cet auteur est de considérer les éléments constitutifs comme ceux permettant « de *distinguer* les concepts juridiques les uns des autres ». Cette directive ne nous apparaît cependant pas suffisante car elle ne permet pas de faire disparaître toutes les difficultés de qualification. Songeons par exemple à la différence des sexes dans le mariage. Ne pouvait-on pas soutenir, avant la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe [664], qu'elle était ce qui permettait de distinguer le mariage d'autres concepts juridiques, tels que le pacte civil de solidarité ou le concubinage, mécanismes juridiques où aucune différence de sexe n'était exigée ? Or, pour le mariage, cette opinion se heurterait alors au constat que cette condition de différence de sexe a été supprimée par la loi précitée, de sorte qu'il paraît difficile d'y voir rétrospectivement un élément de qualification du mariage [665]. Où l'on voit que

659. L. Mayer, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, sous la dir. de L. Cadiet, thèse de doct., 2009, IRJS, n°s 320-324.
660. Cf. *ibid.*, n° 321.
661. *Ibid.*, n° 321.
662. *Ibid.*, n° 323.
663. *Ibid.*, n° 324.
664. *Loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe* 17 mai 2013, n° 2013-404, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027414540&categorieLien=id.
665. L'on pourrait néanmoins soutenir que la loi du 17 mai 2013 précitée a changé la nature du mariage, de sorte que les conditions de qualification de cet objet auraient depuis lors changé (cf., sur cette question H. Fulchiron, « Le mariage homosexuel et le droit français », *D.,* 2001, 1°; H. Fulchiron, « Le droit français et les mariages homosexuels à l'étranger », *D.,* 2006, I. B. et P. Hammje, « "Mariage pour tous" et droit international privé », *Rev. crit. DIP,* n° 5). Néanmoins, l'examen des solutions retenues par les acteurs du droit, ainsi que par certains acteurs de la science du droit en droit international privé, permet de réfuter cette analyse. En effet, anté-

la méthode proposée n'apparaît pas suffisante.

Pour bien distinguer les conditions de qualification des conditions de validité, il est de meilleure méthode de considérer que les premières concernent l'acte juridique et les secondes la norme. Par cette directive simple, devraient être évitées des querelles entre les auteurs. Par exemple, si l'on reprend l'exemple du mariage et de la condition de différence des sexes, il apparaît que cette exigence vient préciser les personnes qui seront liées par le mariage. Parce que cette exigence concerne les destinataires de la norme — ici les couples désirant se marier —, il apparaît qu'elle concerne moins l'acte juridique que la norme. Par conséquent, elle est moins un critère de qualification de l'acte juridique qu'un critère de validité des normes produites par celui-ci. Grâce à cette méthode, reposant sur une séparation nette de l'acte juridique et de la norme, les conditions de qualification d'un acte juridique devraient être plus simples à identifier, ce qui simplifiera, en conséquence, les opérations de qualification. Là n'est pas le seul avantage d'une telle séparation de l'acte juridique et de la norme en termes d'identification des actes juridiques. Cette séparation permet également de mieux dénombrer les actes juridiques examinés.

rieurement à la loi du 17 mai 2013, si un juge français avait été confronté à un mariage célébré à l'étranger entre personnes de même sexe, celui-ci n'aurait pas disqualifié cette union ; il se serait contenté de la priver de certains de ses effets (B. Audit, *Droit international privé*, 4e éd., Économica, 2006, n° 656 ; rappr. Rép. min. n° 41533, *JOAN* Q., 26 juill. 2005, p. 7437, http://questions.assemblee-nationale.fr/q12/12-41533QE.htm et Rép. min. n° 20257, *JO Sénat*, Q., 9 mars 2006, p. 722, http ://www.senat.fr/basile/visio.do ?id=qSEQ051120257). La solution est encore adoptée aujourd'hui par des pays étrangers n'admettant pas le mariage entre couple de même sexe.

Certes, il est techniquement envisageable de disqualifier cette union et de la considérer comme étant autre chose qu'un mariage et notamment un partenariat enregistré, comme semblent le faire certains droits étrangers (rappr. art. 45, al. 3, de la loi fédérale suisse, du 18 déc. 1987, sur le droit international privé ; même si le texte n'est pas clair sur la qualification à retenir). Bien que techniquement envisageable, ce forçage des catégories produit des effets indésirables. En effet, une telle disqualification suscite des conflits de qualification, sources d'importantes difficultés, fort bien mises en avant par la doctrine (R. Di Noto, *Les conflits de qualification en matière de mariage entre personnes de même sexe et de partenariat enregistré dans le cadre européen*, sous la dir. de M.-L. Niboyet, mém.de mast., Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2011, url : http://www.droit-fr-all-paris-ouest.fr/wp-content/uploads/2012/12/Les-conflits-de-qualification-en-mati%C3%83%C2%A8re-de-mariage-entre-personnes-de-m%C3%83%C2%AAme-sexe-et-de-partenariats-enregistr%C3%83%C2%A9s-dans-le-cadre-europ%C3%83%C2%A9en-1.pdf). Par exemple, dans un pays refusant de qualifier de mariage une union entre personnes de même sexe, contractée à l'étranger et qualifiée là-bas de mariage, ceci conduira sans doute le juge du for à appliquer à cette union les conditions de validité prévues pour un partenariat enregistré et non pour le mariage (rappr. *ibid.*, p. 49-50). Or, ces conditions peuvent être radicalement différentes, ce qui risque de priver totalement d'effet cette union contractée à l'étranger. Or, une telle solution, outre son inopportunité, serait en outre probablement inconventionnelle, compte tenu de l'atteinte qu'elle porterait à la liberté de circulation et au droit à la vie privée et familiale (en ce sens, *ibid.*, p. 63-87). Voilà pourquoi il nous apparaît préférable, dans une approche théorique, de retenir ici l'idée suivant laquelle la loi française du 17 mai 2013 n'a nullement modifié les conditions de qualification du mariage, mais seulement ses conditions de validité.

b. Les difficultés de décompte des actes juridiques

195. Le rapprochement trop étroit de l'acte juridique et de la norme suscite également des difficultés lorsque se pose la question du nombre d'actes juridiques observables dans une situation donnée. Ainsi, lorsqu'un acte juridique produit des normes ayant des objets et éventuellement des destinataires distincts, il n'est pas rare de trouver des écrits doctrinaux suggérant qu'il y aurait en réalité deux actes juridiques. L'existence d'une pluralité de normes impliquerait nécessairement pour ces auteurs l'existence d'une pluralité d'actes juridiques.

Le phénomène peut s'observer en droit de la santé, lorsque des auteurs indiquent que la relation entre le patient et le médecin reposerait à la fois sur un contrat, pour l'organisation matérielle des soins, et un statut, pour la réglementation des soins [666]. Ces propos peuvent être rapprochés des discours jurisprudentiels affirmant que le consentement du patient à être soigné comporte la conclusion de deux contrats, l'un avec le médecin, pour la prestation de soin, et l'autre avec l'établissement privé de santé, pour la prestation d'hébergement [667]. Cette tendance au dualisme se retrouve également en droit des contrats spéciaux où, en présence d'opérations complexes, il est fréquent d'affirmer qu'il n'y aurait en réalité pas un contrat mais plusieurs contrats [668]. De même encore, en droit public, lorsque les effets d'un acte sont annulés pour le futur, à partir d'une date donnée — hypothèse de l'arrêt *Association AC !* [669] —, cela conduit parfois les auteurs à multiplier le nombre d'actes juridiques car, selon eux, le meilleur moyen de comprendre cette situation est de considérer qu'il y aurait un premier acte, avant la décision du juge, et un autre entre le moment où le juge rend sa décision et celui où l'annulation est effective [670].

Parfois, les auteurs sont plus mesurés et se contentent alors d'affirmer que l'acte juridique en cause serait mixte. Ceci est par exemple le cas de la convention collective dont il est affirmé par les travaillistes qu'elle serait à la fois contrat et acte réglementaire [671]. En droit public, de même, il n'est pas rare non plus de lire que la concession de services publics serait à la fois contrat et acte réglementaire [672].

666. M. Girer, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : Essai de remise en cause du contrat médical*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., 2008, LEH, n° 755, où l'autrice écrit que « le consentement n'est contractuel que pour l'organisation matérielle des soins. En ce qui concerne l'acte médical, il y a adhésion à un statut préalablement défini ».

667. Cass., 1re civ., 1er fév. 2005, JurisData n° 2005-026804 ou Cass., 1re civ., 13 nov. 2008, n° 07-15.049, *Bull.*, I, n° 255, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000019772269.

668. Not. J. Huet et al., *Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2012, n° 11.

669. CE, ass., *Association AC !*, 11 mai 2004, n° 255886, *Rec.*, URL : http://legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008196795.

670. D. Costa, « Lorsque les fictions déjouent les pièges du droit » *in L'imaginaire en droit*, sous la dir. de M. Doat et G. Darcy, Bruylant, 2011, p. 372 ; l'autrice reconnaissant au demeurant le caractère fictif du procédé.

671. Not. J. Pélissier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du travail*, 24e éd., Dalloz, 2008, n° 1037.

672. A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1983, n° 68 ou J.-F. Davignon, « Fasc. 664 : Concession de service public » *in JCl Administratif*, 2011, nos 79. *Adde* J. Dufau, « La nature juridique de la concession de service public » *in Mélanges René Chapus : Droit administratif*, Montchrestien, 1992, qui adopte cette qualification, tout en montrant qu'il serait préférable pour les usagers d'abandonner le caractère réglementaire.

196. Critiques du phénomène. Cette multiplication des actes juridiques, générée par un rapprochement trop étroit des concepts de norme et d'acte juridique, peut être critiquée car elle vient gonfler de manière artificielle le nombre de manifestations de volontés et donc le nombre d'actes juridiques.

Ainsi lorsque, dans les exemples cités plus haut, les auteurs disent que l'opération examinée comporte plusieurs contrats, ils suggèrent, compte tenu du double sens du mot contrat — à la fois procédure et effet —, qu'il y aurait plusieurs manifestations de volonté et donc plusieurs actes juridiques. Pourtant, en pratique, il n'y a qu'une seule manifestation de volonté. Par exemple, en droit des contrats spéciaux, lorsqu'une personne signe un contrat fusionnant plusieurs types de contrats réglementés par le code civil, il n'y a le plus souvent qu'un seul support matériel, un seul écrit. Pour prendre l'exemple du contrat d'hôtellerie, présenté par Marcel Planiol comme l'exemple « topique » de ce que lui appelle les « contrats composites » [673], il y a, dans ce contrat, combinés un contrat de dépôt (pour les affaires du clients), un contrat de location (pour la chambre) et un contrat de prestation de services (pour les repas ou le ménage). Pourtant, ce sont moins des contrats qui sont combinés que certains effets. En effet, il n'y a pas trois contrats différents correspondant chacun à des manifestations de volonté distinctes. Le client et l'hôtelier n'ont exprimé qu'une seule fois leur consentement et c'est donc fort maladroitement qu'on laisse entendre le contraire en disant qu'il y aurait plusieurs contrats. L'affirmation suivant laquelle il y aurait plusieurs contrats devient théoriquement superflue, sitôt qu'on se dote d'une théorie satisfaisante de l'acte juridique qui, à l'inverse de la conception actuelle, ne lie pas trop étroitement l'acte juridique et la norme.

Une raison supplémentaire pour justifier le rejet de la conception classique de l'acte juridique peut être trouvée dans les difficultés que cette analyse provoque lorsque les normes d'un acte juridique se trouvent modifiées en profondeur et que la doctrine avance alors que l'acte juridique aussi aurait changé de nature.

2. Les problèmes liés aux évolutions des normes produites par un acte juridique

197. Plan. Le rapprochement trop étroit de l'acte juridique et de la norme pose des difficultés lorsque, avec l'écoulement du temps, de nouvelles normes apparaissent ou disparaissent. En effet, compte tenu du lien trop étroit que les auteurs établissent entre l'acte juridique et la norme, les auteurs vont avoir tendance à penser que cette évolution des effets de l'acte juridique doit rejaillir sur l'acte juridique lui-même. Cette évolution des effets de l'acte juridique peut d'abord résulter de leur modification. Tel est le cas, par exemple, lorsque dans un contrat de prêt il est stipulé que l'emprunteur ne devra des intérêts que s'il restitue l'argent au-delà d'une certaine date. Jusqu'à cette date, le contrat est à titre gratuit ; au-delà, il devient onéreux parce que l'emprunteur devra des intérêts (**a.**). L'évolution peut également affecter l'existence

673. *DP,* 1912, note M. Planiol, p. 113 sous Cass., Civ., 18 oct. 1911, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k426031b/f115.item.

même de certains effets de l'acte juridique et non plus leur contenu. Ceci survient lorsque tout ou partie des effets d'un acte viennent à être supprimés, le plus souvent à la suite d'une annulation (judiciaire) de l'acte (**b.**). Comme nous allons le voir, dans ces deux situations, le rapprochement trop étroit de l'acte juridique et de la norme entraîne cependant des difficultés théoriques et pratiques importantes, lesquelles sont autant d'arguments pour mieux séparer ces deux concepts.

a. Les difficultés induites par la modification des effets de l'acte

198. Exposé du phénomène. Lorsque les acteurs du discours du droit ou du discours sur le droit entendent désigner un acte juridique, ils apposent souvent à celui-ci un qualificatif renvoyant aux normes produites par ledit acte. Ainsi parle-t-on volontiers d'acte unipersonnel ou pluripersonnel, de contrat unilatéral ou synallagmatique. Cette manière de procéder est source de difficultés théoriques lorsque, avec l'écoulement du temps, les normes évoluent et ne permettent plus de maintenir le qualificatif initialement utilisé.

Par exemple, un contrat de dépôt initialement unilatéral peut devenir synallagmatique si, compte tenu des frais de conservation engagés par le dépositaire, le déposant se trouve dans l'obligation de l'indemniser [674]. De même, les statuts d'une société, qualifiés au départ d'acte unipersonnel, peuvent devenir pluripersonnels si de nouvelles personnes viennent à s'associer. Dans de telles hypothèses, il devient fort délicat de maintenir la qualification initialement retenue. Comment parler de contrat de dépôt unilatéral si les deux parties se trouvent finalement engagés à ce contrat ? Mieux, comment parler d'acte unilatéral s'il y a plusieurs associés ? La seule manière d'éviter de telles contradictions est de modifier la qualification initialement donnée : d'acte unipersonnel, les statuts de la société deviennent pluripersonnels, d'unilatéral le contrat de dépôt devient synallagmatique.

199. Critique du phénomène. Cette manière de procéder est cependant critiquable. Pour qu'un objet, initialement défini d'une certaine façon, puisse par la suite être défini d'une autre façon, il faut que cet objet, lui-même, soit modifié. Or tel n'est pas le cas de l'acte juridique. Apparu à un instant t dans l'ordre juridique, cet acte demeure le même à $t + 1$, seules les normes créées par cet acte ont évolué. Comment dès lors peut-on, en toute rigueur, prétendre que la nature de l'acte juridique changerait au cours du temps, de sorte qu'il faudrait modifier sa dénomination ? Cela n'est pas possible. Il y a là une complication inutile du droit des actes juridiques.

Une telle complexité n'aurait pas lieu d'être si ces qualificatifs étaient appliqués non aux actes, mais à leurs conséquences, autrement dit aux normes produites par ces actes. En effet, autant il est difficilement concevable qu'un acte juridique change de nature au cours du temps, alors que cet acte est lui-même figé, autant il n'est guère étonnant que ses effets varient en

674. Art. 1947 c. civ.

fonction de l'apparition ou de la disparition des normes prévues par cet acte juridique. Les effets d'un acte juridique n'entrant pas tous immédiatement en vigueur — qu'on songe par exemple aux obligations affectées d'une condition [675] en droit des contrats, à l'entrée en vigueur différée des lois ou des règlements ou encore au décisions de justice conditionnelles [676] —, il est normal qu'au cours du temps de nouvelles normes apparaissent et que la physionomie générale des effets de cet acte soit transformée.

Pour reprendre les exemples précités, le dépôt reste toujours un contrat dans lequel le déposant doit restituer le bien et le dépositaire indemniser le déposant si celui-ci engage des frais. Les effets de ce contrat peuvent en revanche évoluer. Au moment de sa conclusion, il produit des effets unilatéraux parce qu'à ce stade seule la norme de restitution est en vigueur. Puis, si au cours de son exécution des frais sont nécessaires, alors ces effets deviennent synallagmatiques. Enfin, si le dépositaire est indemnisé de ses frais avant le retrait du bien, alors le contrat redevient unilatéral. De même, quant aux statuts d'une société unipersonnelle, ceux-ci vont généralement, dès l'origine, pouvoir s'appliquer à une pluralité de personnes. Pourtant, parce qu'au moment de la création de la société ils ne vont déployer leurs effets qu'à l'égard d'une seule personne, ces actes produiront des effets « unipersonnels ». Puis, si survient un nouvel associé, alors les statuts deviendront « pluripersonnels ». Enfin, si l'un de ces deux associés vient à décéder, ils redeviendront « unipersonnels ».

Où l'on voit qu'une séparation nette de l'acte juridique et de ses effets permet d'éviter les conséquences négatives qu'induit l'usage d'une propriété de la norme pour définir l'acte juridique lui-même. De semblables avantages peuvent être retirés lorsqu'est abordée la question de la suppression des effets d'un acte juridique et non plus celle de la modification de ses effets.

b. Les difficultés induites par la suppression des normes

200. Exposé du phénomène. Lorsque tout ou partie des normes créées par un acte juridique viennent à disparaître, voire simplement à perdre leur vigueur [677], il n'est pas rare de trouver des auteurs qui en tirent des conséquences sur l'acte juridique lui-même. Comme le suggère la définition du *Vocabulaire juridique* Cornu évoquée plus haut, l'acte juridique doit avoir pour *effet* de créer des normes. Dès lors, à suivre cette définition, si des normes sont supprimées, l'acte juridique n'est plus efficace, il ne produit plus d'effets et ne peut donc plus être un acte juridique. Une telle analyse se retrouve en doctrine quelle que soit la forme de

675. Art. 1168 s. ancien c. civ. et 1304 s. nouveau.

676. Pour une illustration cf. TGI Paris, *François c/ Goudeau et SEPA*, 23 juin 1984, *RTD civ.*, 1985, p. 439, obs. J. Normand, cité par X. Vuitton, « Fasc. 474 : Référés spéciaux » *in JCl Procédure civile*, 2014, n° 94, prononçant une condamnation sous condition qu'un certain fait se réalise.

677. C. Gallo, *La décision conditionnelle en droit administratif français*, sous la dir. de B. Seiller, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2017, n° 891, où l'autrice évoque l'« idée selon laquelle, lorsque la condition suspensive défaille, l'acte juridique est réputé ne jamais avoir existé », idée qu'elle entend pour sa part contester en s'appuyant sur cette même distinction de l'acte et de la norme ici défendue.

l'abrogation de la norme : un retrait lorsque l'abrogation provient de l'auteur de l'acte lui-même, ou une annulation lorsque l'abrogation est le fait d'une tierce personne [678].

S'agissant tout d'abord de la suppression des normes par l'auteur de l'acte, cette tendance à nier l'existence d'un acte juridique peut être illustrée à propos de la qualification de la relation médicale. En effet, nous avons vu que l'existence d'un droit de rétractation était souvent mise en avant par les auteurs pour nier la qualification contractuelle de cette relation, l'idée étant que si le patient a un droit de rétractation, alors aucune obligation ne pèse sur lui et il ne saurait donc y avoir de contrat [679].

Un semblable phénomène s'observe également à propos des droits de la personnalité, lesquels peuvent être exploités par des tiers avec l'autorisation de leur titulaire (autorisation de publier une image, autorisation de dévoiler des éléments de la vie privée, etc.). Ces autorisations pouvant être retirées [680], des auteurs nient parfois la qualification d'acte juridique de ces autorisations pour leur préférer celle de fait juridique [681].

Enfin, ce phénomène s'observe en droit commun des contrats où le caractère révocable de l'offre conduit souvent les auteurs à refuser à celle-ci la qualification d'acte juridique [682].

Des propos similaires existent également lorsque la suppression est le fait d'un tiers, en particulier d'un juge annulant les normes créées par les parties. En effet, la lecture de divers développements consacrés à la nullité en droit des obligations permet souvent de découvrir des formules suggérant que la nullité s'appliquerait à l'acte juridique lui-même et non aux normes que celui-ci produit. Ainsi trouve-t-on dans l'ouvrage de Jacques Ghestin, pourtant réfractaire à la théorie de l'acte juridique [683], tout un sous-titre consacré à la « consolidation de

678. Nous sommes conscients que les termes ici utilisés le sont dans un sens qui ne conviendrait peut-être pas à l'ensemble des juristes. Ainsi, l'usage du terme annulation pourrait être contesté par les privatistes pour qui ce terme peut désigner tant l'annulation opérée par le juge que celle opérée par les parties au contrat, qui ne sont elles pas des tiers. Quant aux publicistes, ils pourraient contester l'usage ici fait des termes retrait et abrogation, ceux-ci étant à leurs yeux opposés et non imbriqués.

La critique des privatistes n'est pas déterminante car, si l'on considère, comme nous le ferons plus loin (*infra* n° 337), que le contrat résulte de plusieurs actes juridiques, dont chacun n'a qu'un auteur, alors il devient possible de dire que lorsque l'annulation d'une norme contractuelle est le fait des parties il y a une bien annulation puisque le cocontractant, tiers à l'acte de son contractant, accepte que soit privé d'effet un acte auquel il est tiers. Quant aux critiques faites par les publicistes, il y sera répondu *infra* note n° 1639.

679. Cf. *supra* n° 132.

680. Art. L. 121-4 CPI

681. Cf. P. Ancel, *L'indisponibilité des droits de la personnalité*, sous la dir. de G. Couturier, thèse de doct., Université de Dijon, 1978, URL : http://orbilu.uni.lu/request-copy/10993/16812/24419/Th%C3%83%C2%A8se%20de%20doctorat.pdf, n° 48-50. Comp. C. Filippone, *La contractualisation des droits de la personnalité*, sous la dir. de P. Delebecque, thèse de doct., Université Panthéon-Sorbonne, 2001, n° 201 qui, sans nier la qualification d'acte juridique, nie toutefois celle de contrat. Rappr. Th. Gisclard, *La personnalité humaine comme élément du patrimoine*, sous la dir. de G. Loiseau, thèse de doct., Université Panthéon-Sorbonne, 2012, n°s 342 et 452.

682. Not. J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, 15e éd., Dalloz, 2012, n° 143.

683. Pour l'expression de cette réticence, cf. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : Le contrat — Le consentement*, 2013, n° 3.

l'acte nul » [684]. Le même phénomène se rencontre dans les thèses, telle celle de Philippe Simler intitulée : « La nullité partielle des actes juridiques ». Cette fréquence des expressions « acte nul » ou « nullité de l'acte juridique » tient sans doute à l'article 1108 ancien du code civil (désormais article 1128) qui, par sa formulation même [685], invitait à appliquer les qualificatifs « valide » ou « nul » à un contrat et donc à l'acte juridique [686].

Quoi qu'il en soit, si ces auteurs, spécialistes du droit des contrats, ne vont généralement pas jusqu'à affirmer qu'un acte nul n'existerait pas [687], leurs propos n'en demeurent pas moins ambigus [688] et contribuent sans doute à semer le trouble chez les non spécialistes du droit des contrats, qui vont, quant à eux, prendre au pied de la lettre l'expression « acte nul ». Ainsi, il n'est pas rare de lire dans des ouvrages traitant d'autres branches du droit qu'un acte nul ne serait pas un acte juridique. Par exemple, en droit des marchés financiers, il est fréquemment affirmé que la notion d'« accord », exigée par l'article L. 223-10 du code de commerce pour définir l'action de concert, ne pourrait pas être un contrat car, dans certaines hypothèses, cet accord serait un acte nul, de sorte que, faute d'être toujours juridiquement obligatoire pour les parties, il ne pourrait pas être qualifié de contrat [689]. Un semblable raisonnement est également présent chez les juristes spécialisés en droit de la concurrence. Ces derniers refusent en effet la qualification d'acte juridique aux « accords » anti-concurrentiels au motif que ceux-ci seraient toujours illicites, de sorte qu'ils ne produiraient aucun effet de droit et ne pourraient donc pas être des contrats [690].

Dans tous ces discours c'est le même argument qui est à l'œuvre : de ce que les normes produites par un acte juridique donné ne sont plus effectives, suite à leur annulation judiciaire, il est déduit que la qualification d'acte juridique est impossible et qu'un tel acte ne peut donc pas exister.

201. Critique du phénomène. En niant l'existence d'un acte juridique dont les effets seraient nuls ou rétractés, ces propos introduisent une fiction non nécessaire [691]. En effet, ces

684. *Ibid.*, p. 1051 s. titre souligné par nous.
685. « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention (...) », nous soulignons.
686. Il en va de même dans l'article 1128 nouveau indiquant que « [s]ont nécessaires à la validité d'un contrat » etc.
687. Comp. E. Palvadeau, *Le contrat en droit pénal*, sous la dir. de V. Malabat, thèse de doct., Bordeaux IV, 2011, n° 38, qui avance que le fait qu'un contrat nul puisse être pris en compte par le droit pénal aurait choqué les privatistes. L'autrice sous-entend par là qu'un contrat nul n'existerait pas aux yeux d'un privatiste, de sorte que ce dernier serait choqué que ce contrat nul puisse être pris en compte en droit pénal.
688. Dire qu'un acte est nul c'est dire qu'il n'a pas de valeur. Or, il y a un peu la même idée dans l'inexistence.
689. O. Dexant - de Bailliencourt, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, sous la dir. de H. Synvet, thèse de doct., 2012, Dalloz, n° 312.
690. Y. Guenzoui, *La notion d'accord en droit privé*, sous la dir. de C. Hannoun, thèse de doct., Université de Cergy-Pontoise, 2009, LGDJ, n° 338.
691. À supposer qu'il existe des fictions nécessaires dans un discours sur le droit qui se voudrait scientifique. Rappr. F. Gény, *Science et technique en droit positif : Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. 3, Sirey, 1921, url : https://archive.org/stream/scienceettechniq03geny, p. 386-397, n° 235 cité par F. Rouvière, « Critique des fonctions et de la nature des fictions » *in Les fictions en droit : Les artifices du droit : les fictions*, sous la dir. de A.-B. Caire, LGDJ et Lextenso, 2015, note n° 25 : « La fiction reste peu recommandable. [...] [P]uisqu'elle a pour caractéristique d'altérer la vérité des choses, elle ne saurait prétendre

propos font comme si la qualification d'acte juridique n'avait jamais été retenue, ce qui ne correspond pas à la réalité : jusqu'à la suppression des normes, il y avait incontestablement un acte juridique. Le nier c'est créer une fiction inutile dont la doctrine a pourtant par le passé souligné les effets néfastes[692]. Comme l'indique Catherine Thibierge, la nullité « ne se confond pas avec un état de l'acte », elle est une « sanction juridique »[693]. Dès lors, muni d'une telle conception — dont C. Thibierge disait, en 1992, qu'elle était admise par les auteurs[694] —, il est inexact de dire que l'acte juridique n'a jamais existé. Il convient de dire que celui-ci a bien existé mais que ses normes, elles, n'existent plus. Cette explication permet en outre de conserver une certaine cohérence d'une matière à l'autre. En effet, s'il peut être soutenu en droit des contrats, sans trop d'inconvénients, que la nullité porte sur l'acte juridique dont elle entraîne rétroactivement la disparition — ce qui explique sans doute pourquoi cette conception a pu survivre jusqu'à nos jours malgré les critiques dont elle a fait l'objet —, cela n'est pas possible dans d'autres disciplines. Ainsi, en droit pénal, un contrat nul peut néanmoins être pris en compte pour caractériser une infraction, ce qui révèle bien qu'un tel contrat n'a pas disparu de l'ordre juridique[695].

Ensuite, il convient de souligner que nier la qualité d'acte juridique aux actes annulables revient bien souvent à faire preuve de panjurisme ou d'une anticipation excessive d'une éventuelle décision d'abrogation. En effet, lorsque par exemple la doctrine refuse la qualification d'acte juridique à un accord (au sens du droit de la concurrence) ou à une action de concert, au motif qu'un tel acte serait nul, cette affirmation doctrinale a lieu avant même que l'annulation ne survienne. Or, celle-ci ne surviendra peut-être jamais et c'est faire preuve de panjurisme que de croire le contraire. De même, tant que la rétractation n'est pas survenue, les normes produites par l'acte juridique demeurent obligatoires. Le promettant dans un pacte de préférence en sait quelque chose puisque s'il décide de vendre à un tiers le bien objet du pacte, sans avoir préalablement permis au bénéficiaire d'acheter ce bien[696] ni avoir retiré sa promesse[697], alors

en représenter les concepts ».

692. C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, sous la dir. de J. Ghestin, thèse de doct., Université Paris I, 1992, LGDJ, n° 352, reprenant notamment les fruits d'écrits antérieurs, en particulier ceux de R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse de doct., Université de Bourgogne, 1909, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence.

693. C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, sous la dir. de J. Ghestin, thèse de doct., Université Paris I, 1992, LGDJ, n° 353.

694. *Ibid.*, n° 352.

695. Sur cette question, cf. E. Palvadeau, *Le contrat en droit pénal*, sous la dir. de V. Malabat, thèse de doct., Bordeaux IV, 2011, n°s 183 s.

696. L'intérêt d'une telle manœuvre, pour le promettant d'un pacte de préférence où un prix a d'ores et déjà été fixé, résulte de ce qu'en n'informant pas le bénéficiaire du pacte ce promettant peut espérer à la fois vendre son bien à un meilleur prix et éviter la condamnation à des dommages-intérêts qu'aurait induite sa rétractation fautive du pacte.

697. Ce droit de rétractation est peu relevé par la doctrine, sans doute car il contredit l'effet obligatoire que les auteurs voudraient voir reconnaître au pacte de préférence. Ce droit résulte, par analogie, du droit de rétractation naguère conféré au promettant dans la promesse unilatérale de vente (Cass., 3e civ., 11 mai 2011, n° 10-12.875, *Bull.*, III, n° 77, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000024171948). Certes, l'exercice de ce droit est constitutif d'une faute, donnant lieu à l'attribution de dommages-intérêts (Cass., 3e civ., *Consorts Cruz*, 15 déc. 1993, *Bull.*, III, n° 174, p. 115, URL : http :

il sera condamné à l'exécution forcée de la vente[698]. Dès lors, nier que l'acte rétractable puisse être un acte juridique, c'est oublier que cette rétractation n'interviendra peut-être jamais.

Enfin, nier la qualification d'acte juridique à un acte potentiellement abrogeable génère une importante difficulté logique. À bien y réfléchir, la possibilité d'annuler ou de rétracter des normes est en partie liée à la qualification d'acte juridique. Par exemple, si, en matière contractuelle, l'annulation des normes est possible en cas d'erreur, c'est parce qu'il a été préalablement considéré que ces normes avaient bien été créées par la volonté des parties, autrement dit, que ces normes résultaient bien d'un acte juridique. Dès lors, il est contradictoire, en présence d'un risque d'annulation de ces normes, de prétendre que cet acte juridique n'existerait pas, alors même que c'est la qualification d'acte juridique qui permettrait d'annuler ces normes. Un raisonnement similaire peut être produit pour le droit de rétractation. Le droit de rétractation n'est envisageable que si l'individu qui peut le mettre en œuvre a lui-même créé les normes qu'il est susceptible de rétracter. Dès lors, avant toute mise en œuvre du droit de rétractation, il faut préalablement s'assurer que des normes ont été créées par un acte juridique. Il est donc logiquement inexact de se prévaloir de la présence du droit de rétractation pour nier la qualification d'acte juridique. Il convient d'ailleurs de souligner que, en pratique, les auteurs adoptant une telle analyse n'en tirent pas toutes les conséquences. Pascal Ancel, par exemple, après avoir écarté la qualification d'acte juridique pour les autorisations de cession de droit de la personnalité[699], réintroduit immédiatement les règles des actes juridiques (consentement, capacité, objet et cause) pour les appliquer à ce qu'il a pourtant qualifié de fait juridique[700].

Tous ces éléments justifient donc que soit rejetée cette conception de l'acte juridique qui, parce qu'elle relierait trop étroitement l'acte juridique et la norme, déduirait de l'évolution de la seconde, une évolution du premier. L'ensemble des problèmes évoqués plus haut disparait aussitôt que l'acte juridique et la norme sont strictement séparés : l'évolution de la norme ne concernant désormais plus que celle-ci, il ne se pose plus aucune difficulté d'adaptation de l'acte juridique aux évolutions de la norme. Tout devient plus simple pour l'acte juridique. Là n'est pas le seul avantage d'une telle conception de l'acte juridique. Elle permet également d'éviter les

//www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007031319). Cependant, ce droit n'en existe pas moins puisque la jurisprudence a toujours refusé d'annuler une rétractation sous l'empire du droit ancien. Une chose est la validité de la rétractation, une autre son caractère fautif. Pour une semblable illustration d'une dissociation entre une action valable et une action fautive, cf. CAA Paris, 6 jan. 2005, n° 00NC00262, où une décision administrative est jugée licite, alors même qu'elle engage la responsabilité de son auteur. L'hypothèse se rencontre fréquemment en droit public dans ce que les auteurs appellent, un peu maladroitement, la responsabilité sans faute (sur laquelle cf. B. Camguilhem, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, sous la dir. de B. Seiller, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2014, Dalloz).

698. Cass., Ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376, *Bull.*, mixte, n° 4, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007055468.

699. P. Ancel, *L'indisponibilité des droits de la personnalité*, sous la dir. de G. Couturier, thèse de doct., Université de Dijon, 1978, URL : http://orbilu.uni.lu/request-copy/10993/16812/24419/Th%C3%83%C2%A8se%20de%20doctorat.pdf, n°s 48-50.

700. *Ibid.*, p. 55-77.

effets néfastes que cette conception de l'acte juridique induit sur la norme que celui-ci produit.

B. L'influence indésirable de l'acte juridique sur la norme

202. Plan. La définition de l'acte juridique communément retenue n'a pas simplement pour effet de perturber l'analyse de l'acte juridique. Par un mouvement d'influence réciproque, elle est également source de confusion pour l'analyse des normes créées par un acte juridique. En effet, l'unité de l'acte juridique va parfois conduire les auteurs à rechercher une unité dans les normes produites. D'où des difficultés à concevoir qu'un acte juridique puisse produire des normes ayant des contenus présentés comme opposés (**1.**). Une semblable difficulté se rencontre en outre lorsque deux normes, issues d'un même acte juridique, sans avoir un contenu nécessairement opposé, font l'objet de jugement de validité opposé, l'une étant déclarée valable, l'autre non (**2.**).

1. Les difficultés à penser ensemble des normes au contenu opposé

203. Plan. Parce que la conception actuelle de l'acte juridique lie trop étroitement l'acte juridique et la norme, il est courant de désigner par un même mot tant les normes que l'acte juridique [701] ; il est courant également que ce mot soit unique, à l'image de l'acte juridique qu'il est censé figuré. Ainsi, lorsque le mot « règlement » est utilisé, celui-ci désigne à la fois l'acte juridique et les normes réglementaires que cet acte a créées. De même pour les autres sources du droit. Cette manière de procéder pose problème car il est fréquent qu'un acte juridique produise plusieurs normes dont les traits s'opposent. Par exemple, dans le chapitre préliminaire de ce travail, nous avons rencontré cette difficulté pour la relation médicale en secteur public où le Conseil d'État, se focalisant sur les situations statutaires du patient, en vient à gommer les effets contractuels de cette relation (l'engagement de payer en particulier). Or, comment rendre compte de cette diversité si n'est utilisé qu'un seul mot ? Pour prendre toute la mesure de cette difficulté et pour quitter le champ médical déjà exploré, on s'intéressera à une espèce fréquente d'acte juridique : le contrat. Comme va le révéler l'étude des droits commun (**a.**) et spéciaux des contrats (**b.**), il n'existe aucun moyen satisfaisant de rendre compte de la diversité des effets d'un contrat tant que le contrat est compris comme englobant la procédure et les effets. Où l'on verra donc que ce sont les termes de la question qui doivent être modifiés, ce qui implique pour cela de mieux séparer l'acte juridique et la norme.

701. En ce sens C. Thibierge, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie » *in Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006 ; rappr. *supra* 190.

a. L'exemple du droit commun des contrats

204. Plan. La qualification même de contrat est un bon exemple des difficultés induites par le rapprochement excessif de l'acte juridique et de la norme. En effet, comme l'avaient relevé Hans Kelsen en son temps [702] et Napoléon Victor Marcadé cent ans plus tôt [703], le mot contrat désigne tant la procédure par laquelle le droit est créé, autrement dit l'acte juridique *stricto sensu*, que les effets de cette procédure, autrement dit les normes. Cette ambivalence est problématique car elle pousse les auteurs à laisser dans l'ombre les effets non contractuels du contrat (**i.**). Certes, il arrive parfois que ces effets soient mis en avant, mais ceci se fait alors souvent au prix d'un procédé discutable, consistant à désigner cet acte juridique par l'adjonction de deux termes opposés (**ii.**).

i. L'effacement des normes non contractuelles

205. Exposé du phénomène. Le fait de désigner par le mot de contrat tant la procédure de création d'effets de droit que ces effets eux-mêmes donne à croire que le contrat, en tant que procédure, générerait uniquement des effets contractuels, c'est-à-dire des normes créées par les parties elles-même et dont elles seraient les destinataires [704]. Or tel n'est nullement le cas. D'abord, bien que ceci ne soit que ponctuellement reconnu par les juridictions judiciaires [705] ou administratives [706], l'acte juridique qualifié de contrat produit toujours des effets statutaires,

702. H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique,* 1940, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k888152j/f327.image, p. 36. Voir aussi les références citées *infra* note n° 1487.

703. V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du code civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, 7e éd., Delamotte, 1873, nos 376 s. et spé. n° 378. Cet auteur estime que le Titre III, consacré au contrat, est « un pêle-mêle d'idées incohérentes et au milieu desquelles on ne peut se reconnaître qu'en s'attachant constamment au principe que nos rédacteurs ont perdu de vue. Ce principe, que les rédacteurs admettaient, bien entendu, mais qu'ils ont trop souvent oublié, c'est qu'autre chose est *le contrat*, qui donne naissance à l'obligation, autre chose *l'obligation conventionnelle*, qui n'est que l'effet du contrat. À chaque pas, dans notre titre, les rédacteurs ont confondu la convention, le contrat, avec l'obligation qui en découle ». On trouve de semblables propos dès la troisième édition de 1847 (t. 4, p. 402 s.).

704. Il est surprenant que le *Vocabulaire* juridique ne comprenne pas une telle acception de l'adjectif *contractuel* et se contente de renvoyer à *contrat*. Cette acception est pourtant bien réelle. Elle correspond au sens de l'expression « effets contractuels » impliquée par l'utilisation par la Cour de cassation de l'expression « effets légaux », en matière de conflit de loi dans le temps (not. Cass., 3e civ., 3 juil. 2013, n° 12-21.541, *Bull.,* III, n° 89, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027670532). Elle correspond également au sens qu'a parfois cet adjectif dans l'expression « situation contractuelle », employée par le Conseil d'État. Voyez par exemple CE, Section, avis, *Kilou*, 28 juil. 1995, n° 168438, *Rec. Lebon*, p. 315, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007877579, où le Conseil refuse de considérer que l'usager du système de santé serait dans une situation contractuelle, semble-t-il parce que la situation de l'usager serait régie par des normes à la création desquelles il n'aurait pas participé.

705. Cass., 3e civ., 3 juil. 2013, n° 12-21.541, *Bull.,* III, n° 89, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027670532.

706. CE, *Association Bocal*, 11 avr. 2014, n° 362916, *Lebon (Table),* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000028842870, indiquant que la signature d'une convention n'avait pas pour effet de placer le co-contractant privé dans une situation contractuelle.

imposés par l'ordre juridique [707] ; tel est par exemple le cas des conséquences attachées par l'ordre juridique à l'inexécution d'un contrat. À l'inverse, même les relations qualifiées en droit public de statutaires conservent une part contractuelle, puisqu'il est extrêmement rare que l'usager d'un service public n'ait aucune possibilité de choix quant aux prestations qui lui sont fournies. Ainsi, pour la relation médicale, nous avons vu que le patient est libre, en présence de plusieurs soins possibles, de choisir celui qu'il préférait, de même encore qu'il peut choisir ses repas, choisir d'avoir une chambre individuelle avec ou non des services télévisuels, etc.

Ensuite, ce contrat peut comporter des effets unilatéraux ; tel est le cas par exemple du contrat d'assurance vie et, plus généralement, de la stipulation pour autrui qui fait naître au profit de son bénéficiaire le droit d'accepter ou non certains droits.

Enfin, ce contrat peut générer des effets qualifiés de réglementaires, tels les règlements de copropriété [708].

Or, à cause de l'ambivalence du mot « contrat », ces effets non contractuels sont parfois perdus de vue par les auteurs [709] qui en viennent à penser qu'un contrat ne génère que des effets contractuels. Cette idée les conduit alors souvent à considérer qu'un même acte juridique ne peut pas à la fois produire des effets contractuels et des effets statutaires [710], ou qu'un acte juridique ne peut pas à la fois produire des effets contractuels et des effets unilatéraux (*lato sensu*, c'est-à-dire englobant les effets réglementaires).

206. Critique du phénomène. Cet effacement des normes contractuelles est critiquable, tant d'un point de vue théorique que du point de vue plus pratique de l'accessibilité du droit. Les instruments théoriques utilisés pour rendre compte du droit ne devraient pas laisser dans l'ombre certaines normes. Ils devraient au contraire contribuer à mettre toutes ces normes

707. Il est toutefois permis de s'interroger sur le point de savoir s'il est possible de parler véritablement d'une création de tels effets. Ces effets statutaires n'ont-ils pas plutôt été créés par des actes juridiques antérieurs au contrat, telle l'adoption par le Parlement, antérieurement au contrat, d'une loi impérative que la conclusion d'un contrat viendrait simplement rendre applicable ? Sur cette question cf. *infra* n°s 314 s.

708. Cf. not. D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, sous la dir. de F. Chabas, thèse de doct., Université Paris XII, 1992, LGDJ, n°s 211 et 212.

709. Comp. not. F. Leduc, « Pas de requiem prématuré pour l'arrêt Mercier », *RDC,* 2011, qui reprend l'idée d'Émile Durkheim selon laquelle « Tout n'est pas contractuel dans le contrat » (É. Durkheim, *De la division du travail social*, thèse de doct., Faculté des lettres de Paris, 1893, Félix Alcan, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56859610, p. 230).

710. La confusion est sans doute renforcée par la connaissance par les juristes de la « loi de Summer Maine », selon laquelle les sociétés passeraient progressivement du statut au contrat. En effet, cette loi postule que le contrat puisse être opposé au statut. Évocateur est à cet égard l'ouvrage de M. Ghestin qui débute par un paragraphe intitulé *Le contrat et le statut* et où la loi de Maine est presqu'immédiatement évoquée (J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : Le contrat — Le consentement*, 2013, n° 1). Pour d'autres exemples d'opposition du contrat et du statut, cf., en droit des contrats, P. Lokiec, *Contrat et pouvoir : Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, sous la dir. de A. Lyon-Caen, thèse de doct., Université Paris X, 2004, LGDJ, n°s 93 s. ; en droit pénal, X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, sous la dir. de P. Maistre du Chambon, thèse de doct., Université de Grenoble, 2002, LGDJ, n°s 692-693 ; en droit de la famille, D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, « Avant-propos » *in La contractualisation de la famille*, sous la dir. de D. Fenouillet et P. de Vareille-Sommières, Économica, 2001, p. V. Comp. Y. Guenzoui, *La notion d'accord en droit privé*, sous la dir. de C. Hannoun, thèse de doct., Université de Cergy-Pontoise, 2009, LGDJ, n° 211 ou F. Terré et D. Fenouillet, *Droit de la famille*, Dalloz, 2011, n° 77, qui paraissent davantage combiner les deux approches.

en lumière, même lorsqu'elles sont opposées. À cet égard, on ne peut que regretter que certains membres de la plus haute juridiction administrative puissent éprouver des réticences à introduire, pour partie seulement, une analyse contractuelle dans la relation entre l'usager et les administrations ayant en charge des services publics [711]. Il serait bon, afin de protéger au mieux les droits de ces usagers, dont certains sont constitutionnellement garantis [712], que la qualification de cette relation ne soit pas uniquement statutaire [713]. C'est ce à quoi s'emploient parfois les auteurs lorsqu'ils usent de qualifications mixtes.

ii. Le recours aux qualifications mixtes

207. Exposé du phénomène. Malgré une forte tendance à estomper les effets non contractuels des contrats, il arrive parfois que ces effets non contractuels soient si prégnants que la doctrine en souligne l'existence. Ainsi, pour la relation médicale, les auteurs soulignent fréquemment l'effet statutaire d'un tel contrat [714]. Inversement, malgré les critiques de la doctrine publiciste [715], le Conseil d'État reconnaît parfois le caractère contractuel de la relation entre l'usager et la personne en charge d'un service public administratif, malgré les nombreuses règles statutaires qui s'y appliquent [716]. En outre, il n'est pas rare que des opérations contractuelles se voient également reconnaître un caractère réglementaire. En droit des contrats administratifs, par exemple, nombre de contrats comprennent des « clauses règlementaires » [717], ce qui a conduit des auteurs à y voir non plus des contrats mais des actes mixtes [718]. De même, en droit privé, les conventions collectives, en droit du travail notamment [719], emportent souvent

711. Cf. l'entretien réalisé avec D. Piveteau et reproduit en Annexe 4. Dans celui-ci, le Conseiller d'État indique en effet « Au Conseil d'État, on rend mieux service en conservant des concepts un peu nets. Les notions hybrides, si elles peuvent rendre service à court terme, sont des faux amis à long terme. Moi dans cette maison, on s'efforcera assez durablement, tant que cela restera compatible avec la réalité, de maintenir une distinction entre la situation du contractant et celle de l'usager ».

712. Tel est le cas pour le droit de l'usager de voir ses choix en matière de santé respectés tant qu'ils ne mettent pas en péril sa vie. Ce droit paraît en effet pouvoir s'appuyer sur le principe de liberté, résultant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que sur le droit à la santé posé par l'alinéa11 du préambule de la Constitution de 1946.

713. B. Moron-Puech, « L'usager du service public hospitalier : un contractant ! », *RDSS,* 2017, p. 512-524.

714. Telle est le cas de la relation médicale ou encore de la relation de travail compte tenu des nombreuses normes d'origine légale, réglementaire, etc. encadrant cette relation.

715. Not. Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, 16e éd., n° 1560.

716. À propos du service public des postes et télécommunications, cf. TC, *Ursot*, 24 juin 1968, n° 1915, *Rec. Lebon,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007607020. Pour le service des habitations à loyer modéré, cf. CE, *OPHLM de la communauté urbaine de Strasbourg*, 30 oct. 1995, n° 105251, *Rec. Lebon (Tables),* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007899764.

717. Sur ces clauses, cf. B. Seiller, « Acte administratif (I – Identification) » *in Répertoire de contentieux administratif*, janv. 2010, Dalloz, n° 68. L'on en trouve une illustration en droit de la santé, avec les contrats pluri-annuels d'objectifs et de moyens conclus entre les établissement de santé et les agences régionales de santé. En effet, ces contrats vont avoir des effets à l'égard des futurs utilisateurs de ces établissements.

718. Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, sous la dir. de J. Lamarque, thèse de doct., Université de Poitiers, 1971, LGDJ.

719. Sur ces contrats collectifs, cf. A. Rouast, *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations*, thèse de doct., Université de Lyon, 1909, A. Rousseau ; G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, sous la dir. de G. Marty, thèse de doct., Université de Toulouse, 1961, LGDJ, p. 18-28.

de semblables effets réglementaires.

Se pose alors la question de savoir comment désigner ces actes. Deux attitudes sont possibles : privilégier consciemment une qualification sur une autre, au risque de masquer certains effets, ou bien recourir à un qualificatif rendant compte de la diversité des normes produites. Dans la dernière hypothèse, les auteurs vont alors utiliser des concepts variés, tels ceux d'« acte mixte » [720], d'« acte hybride » [721], de contrat institution [722], ou encore de contrat-règles [723].

208. Critique du phénomène. Cette manière de procéder n'est guère satisfaisante et l'on peut comprendre d'ailleurs qu'en matière médicale le Conseil d'État refuse de s'engager dans cette voie pour appréhender la relation médicale [724]. En premier lieu car, en parlant d'actes mixtes, on perd nombre d'informations sur les types de normes qui sont mélangées. Or, il existe assurément une grande variété de normes et donc, *a fortiori*, de combinaisons de normes au sein d'un acte mixte. Dès lors, il n'est guère utile, pour l'identification de ces normes, de recourir à un unique adjectif : « mixte ».

En second lieu, tous les actes comportent une part d'effets contractuels et une part d'effets statutaires, seul le *ratio* de ces deux éléments change d'un acte à l'autre. Dans tout contrat, il y a une part de statutaire — les conséquences juridique de l'inexécution par exemple — et dans tout statut il semble y avoir une part de contractuel — qu'on songe à l'emprisonnement où les détenus peuvent néanmoins choisir certaines de leurs activités. De même, rares sont les contrats qui ne créent aucune norme pour les tiers — qu'on songe à la règle de l'opposabilité du contrat aux tiers, qui a pour effet d'empêcher les tiers de s'opposer à l'exécution des obligations que ce contrat a pu légalement créer. Il arrive même que des contrats puissent ultérieurement imposer de nouvelles normes aux contractants initiaux, alors que ceux-ci s'y sont opposés [725]. De même,

720. Pour des illustrations à propos de l'opposition contrat / statut ou contrat / acte règlementaire, cf. Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, Tome 2, p. 417 ; D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, sous la dir. de F. Chabas, thèse de doct., Université Paris XII, 1992, LGDJ, n° 211 ; G. Wicker, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, sous la dir. de J. Amiel-Donat, thèse de doct., Université de Perpignan, 1997, LGDJ, n° 65 ; S. Nicinski, *L'usager du service public industriel et commercial*, sous la dir. de L. Richer, thèse de doct., Université Paris I, 2001, L'Harmattan, n°s 826 s. J.-F. Hamelin, *Le contrat alliance*, sous la dir. de N. Molfessis, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2012, Économica, n° 54, à propos du contrat de société qualifié à la fois de contrat et d'institution ; L. Marcus, *L'unité des contrats publics*, sous la dir. de P. Delvolvé, thèse de doct., 2010, Dalloz, n° 334. Rappr. P. Amselek, « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann » *in La pensée de Charles Eisenmann*, sous la dir. de P. Amselek, Économica et PUAM, 1986, n° 61, à propos de l'opposition entre acte déclaratif et acte constitutif.

721. Cf. not. F. Viaud, *La relation contractuelle de fait*, sous la dir. de G. Pignarre, thèse de doct., Université de Grenoble, 2010, n° 206 qui, à propos du contrat de société, parle d'acte de « nature hybride ».

722. M. Girer, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : Essai de remise en cause du contrat médical*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., 2008, LEH, n° 738.

723. Th. Revet, « Le *contrat-règles* » *in Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 285-307.

724. « Par ailleurs, en tant que membre du Conseil d'État, je suis là pour garantir la cohérence du système. Je n'exclus pas une sorte de métissage [du contrat et du service public], mais je ne suis pas sûr que cela contribue à la clarté. Au Conseil d'État, on rend mieux service en conservant des concepts un peu nets. Les notions hybrides, si elles peuvent rendre service à court terme, sont des faux amis à long terme » ; propos extraits de l'entretien réalisé avec D. Piveteau et reproduit en n° Annexe 4.

725. On songe par exemple aux personnes morales dans lesquelles les majoritaires peuvent imposer des normes

enfin, rares sont les actes unilatéraux qui, tels la loi ou le règlement, ne produisent pas d'effets sur leur auteur et qui pourraient peut-être à ce titre mériter la qualification d'effet contractuel : *patere legem quam ipse fecisti*... Dès lors, le recours à ces expressions ambivalentes n'est guère pertinent.

En troisième lieu, la formulation d'acte mixte n'est pas des plus claire car elle donne à croire que cet acte juridique et les effets qu'il produit sont tous concernés par ce caractère mixte. Or, si l'acte juridique peut éventuellement recevoir simultanément ces deux qualifications, tel n'est pas le cas des normes qu'il crée appréhendées individuellement. Celles-ci ne peuvent être à la fois statutaires et contractuelles ou unilatérales et contractuelles, pour prendre quelques exemples de qualités contradictoires. Chaque norme, prise individuellement, ne peut relever que de l'une de ces catégories. L'on ne saurait, pour éviter cette critique, prétendre que ces qualificatifs ne s'appliquent qu'à l'acte juridique proprement dit. Ce serait méconnaître le postulat de départ de cette démarche qui utilise les qualificatifs contractuels, statutaires ou réglementaires pour renvoyer tant à l'acte juridique qu'aux effets qu'il produit.

Dans ces conditions, le recours à la qualification d'acte mixte ou toute autre qualification équivalente n'est pas une solution satisfaisante pour rendre compte de la diversité des normes produites par un acte juridique. Le seul moyen d'y parvenir est de dissocier plus étroitement l'acte juridique de la norme et de réserver les qualificatifs de statutaire, réglementaire ou contractuel aux seules normes produites par l'acte juridique. Ainsi, pour la relation médicale par exemple, il conviendrait de reconnaître que les normes créées par la loi ou le règlement et applicables à cette relation sont des normes statutaires, tandis que les normes créées par les parties sont des normes contractuelles [726]. C'est à une semblable conclusion que mène l'étude de la qualification des différents contrats spéciaux.

b. L'exemple du droit spécial des contrats

209. Plan. Le rapprochement de l'acte juridique et de la norme n'emporte pas seulement des effets néfastes en droit commun des contrats, il laisse aussi son empreinte négative sur le droit spécial des contrats traditionnellement intitulé droit des contrats spéciaux [727]. Nous allons voir en effet que le fonctionnement de cette branche du droit est en grande partie influencé par le lien trop étroit qui est fait, tant dans le code civil que dans la doctrine, entre l'acte juridique et la norme (**i.**). Or, cette attitude n'est pas sans créer des difficultés qu'une meilleure séparation de l'acte juridique et de la norme permettrait d'éviter (**ii.**)

nouvelles aux minoritaires, ce qui conduit certains auteurs à proposer de remplacer la qualification de contrat, par celle d'institution (F. Linditch, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, sous la dir. de J.-A. Mazères, thèse de doct., 1997, LGDJ, p. 58-64).

726. Comp. *supra* n°s 96 et 99 les difficultés actuellement posées par une conception du contrat (et de l'acte juridique) mêlant trop étroitement les effets et la procédure.

727. L'intitulé commun de la matière peut à lui seul suggérer une confusion de la norme et de l'acte juridique. La spécialité paraît avant tout se rattacher aux normes produites et non aux actes qui les ont produites.

i. Les manifestations d'un étroit rapprochement de l'acte juridique et de la norme

210. La manifestation de ce rapprochement dans le code civil. Dans le droit fil de l'œuvre de Robert-Joseph Pothier [728], le droit des contrats spéciaux repose sur une méthode en deux temps, qui transparaît dans le plan même du code civil : d'abord, qualifier le contrat ; ensuite, préciser les règles qui lui sont propres (principalement les conditions de validité et règles relatives à son exécution). En effet, le droit des contrats spéciaux est compris dans les titres VI à XVII du livre III du code civil, titres qui sont chacun consacrés à un seul contrat spécial. Généralement, chaque titre commence par définir le contrat objet du titre, puis énonce son régime juridique, tant ses conditions de validité que les différentes obligations qui en découlent.

Une telle approche de la matière est la marque du lien très étroit établi par les rédacteurs du code civil entre l'acte juridique et la norme. Ce lien conduit semble-t-il les rédacteurs du code civil à penser que parce que le contrat n'est qu'un il ne peut produire qu'un seul type d'effet : un échange, un bail, une vente, une transaction, etc. S'il arrive occasionnellement aux rédacteurs de faire des liens entre les contrats spéciaux [729], ils n'envisagent en revanche nullement l'hypothèse d'un contrat produisant des effets multiples. Cet impensé juridique est particulièrement manifeste au regard de l'absence de toute disposition du code civil relative à l'articulation des règles entre différents contrats spéciaux, alors même que les rédacteurs ont néanmoins prévu un texte — l'article 1107, devenu 1105 du code civil — pour articuler le droit commun des contrats au droit spécial [730].

211. Les manifestation de ce rapprochement dans la doctrine. Cette approche traditionnelle du droit des contrats spéciaux se retrouve aujourd'hui dans la plupart des ouvrages de droit des contrats spéciaux qui, ne parvenant pas à se détacher d'une analyse exégétique du code civil, continuent à aborder séparément les différents contrats spéciaux. En effet, reprenant le plan du code civil, la plupart des auteurs consacrent des développements différents aux différents contrats spéciaux, sans envisager l'hypothèse de contrat produisant plusieurs des effets réglementés dans les différents titres du code civil. Certes, chez ces auteurs, cette tendance est moins généralisée que dans le code civil, puisque la doctrine a bien perçu qu'en pratique les parties à un contrat pouvaient conclure un contrat mêlant plusieurs contrats spéciaux, ce qui amène ces auteurs à proposer une méthode pour régler les difficultés de qualification qui pourraient se poser. Cependant, comme nous allons le voir, ces méthodes ne sont pas pleinement satisfaisantes car, reposant toujours sur un rapprochement très étroit de l'acte juridique et de

728. Après avoir traité des obligations en général, R.-J. Pothier consacrait en effet de nombreux traités à chacun des contrats de son temps, en précisant à chaque fois sa définition et ses règles de validité et d'exécution.

729. L'article 1765 du code civil, concernant les baux ruraux, renvoie par exemple aux dispositions sur la vente. De même, l'étude des travaux préparatoires montre « qu'il était entendu que l'art. 1615 soit appliqué au louage » (J. Huet et al., *Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2012, note 110).

730. Ce texte n'est néanmoins pas idéal et certains ont pu récemment proposer de le réformer. Cf. N. Balat, « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », *D.,* 2015 et N. Blanc, « Contrats nommés et innomés, un article disparu ? », *RDC,* 2015.

la norme, elles ne parviennent pas à se détacher complètement des difficultés qu'induit un tel rapprochement.

ii. Les difficultés induites par l'étroit rappochement de l'acte juridique et de la norme

212. Cette approche du droit des contrats spéciaux, induite par la présentation du code civil, pose problème en ce qu'elle n'est pas adaptée à la réalité juridique où un seul et même contrat combine souvent plusieurs des contrats spéciaux réglementés par le code civil. Dès lors, si les rédacteurs de ces contrats venaient à ouvrir un code, il leur serait difficile de déterminer comment leur contrat serait qualifié par le code civil et, en conséquence, d'en déduire et les règles de validité auxquelles ce contrat est assujetti et les différents effets impératifs prévus par la loi en présence d'un tel contrat. En effet, c'est de la qualification du contrat que dépendront les conditions de validité et les effets du contrat. Or, si l'étape de qualification est incertaine, c'est tout le régime de l'acte envisagé par les parties qui se trouve affecté d'incertitude. Où l'on voit que cette approche du contrat ne contribue guère à l'accessibilité du droit.

La doctrine a pris conscience de cette difficulté et s'est efforcée de proposer des solutions permettant de faciliter la qualification du contrat spécial. Il est cependant permis de penser que ces solutions ne sont pas pleinement satisfaisantes car, conservant un étroit rapprochement de l'acte juridique et de la norme, elles s'efforcent le plus souvent de trouver un régime juridique unique pour l'ensemble des normes contractuelles, alors qu'il serait préférable, dissociant l'acte juridique et la norme, d'admettre une pluralité de régimes [731]. En effet, la première des méthodes proposées par les auteurs, celle qui a le plus souvent leur préférence [732], au point parfois qu'ils masquent la pluralité des méthodes [733], est celle recourant à la prestation ca-

731. Rappr. A. Bénabent, « L'hybridation dans les contrats » *in Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 28 : « Vouloir ramener cet ensemble à un seul de ces types ne serait-il pas le signe d'une déformation académique bien française poussant le cartésianisme à l'excès au détriment de la réalité en forçant quelque peu celle-ci pour la seule satisfaction intellectuelle d'un "rangement" satisfaisant dans une catégorie prédéterminée ? Planiol écrivait déjà qu'"il n'y a aucune utilité à obtenir une unité systématique pour un contrat qui est composite par sa nature. La simplicité obtenue est fausse parce qu'elle ne correspond pas aux faits". » A. Bénabent se montre cependant par la suite critique envers cette idée.

732. P.-H. Antonmattei et J. Raynard, *Droit civil. Contrats spéciaux*, 6e éd., Litec, n° 5 : « C'est la recherche d'une qualification unique qui doit prioritairement guider les juges ». Rappr. A. Bénabent, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 12e éd., Montchrestien et Lextenso éditions, 2011, n° 8 et, plus clairement encore, A. Bénabent, « L'hybridation dans les contrats » *in Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, où l'auteur dénonce l'illusion que constituerait cette qualification mixte. Comp., plus mesuré, J. Huet et al., *Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2012, n° 11.

733. Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 6e éd., Defrénois et Lextenso éditions, 2012, nos 12-21, où les auteurs évoquent toutes les différentes méthode de qualification au travers de l'obligation caractéristique alors que certains des résultats de cette méthode, envisagés par ces auteurs, témoignent au contraire de sa faillite (cf. les développements consacrés à la « qualification distributive » et au « refus de qualification »).

ractéristique [734], que les auteurs appellent parfois, dans ce contexte, l'« élément essentiel » [735], l'« obligation fondamentale » [736] ou encore l'« obligation caractéristique » [737]. Cette préférence est très fréquemment mise en lien avec un impératif d'unité [738], ce qui ne surprend guère depuis qu'il a été montré que l'une des fonctions de la prestation caractéristique était d'assurer l'unité du contrat [739]. Ce faisant, la prestation caractéristique se trouve un outil tout indiqué pour tous les auteurs souhaitant maintenir une acception large de l'acte juridique, permettant tout à la fois de désigner la procédure de création de normes que les normes elles-même. En effet, grâce à la prestation caractéristique, ces auteurs vont pouvoir contraindre à l'unité les effets pluriels d'un contrat.

L'idée de cette méthode est de considérer que la qualification du contrat doit se faire en fonction de la prestation caractéristique de ce contrat. Une telle méthode présente cependant au moins un inconvénient et une limite.

Un inconvénient d'abord car, en principe, elle devrait aboutir à régir l'ensemble du contrat au moyen des règles du code civil correspondant à la qualification indiquée par cette méthode. Cependant, il se pourrait très bien que, à côté de cette prestation caractéristique, existe une prestation accessoire non réglementée par la partie du code civil choisie pour s'appliquer au contrat. Dès lors, si on s'en tenait à une méthode rigoureuse de qualification, il faudrait considérer que ne peuvent pas s'appliquer à cette prestation accessoire les règles prévues dans le code civil à propos d'un autre contrat. Si la solution est gênante pour les parties, lorsqu'il s'agit de règles supplétives dont elles pourraient bénéficier, elle l'est également pour l'ordre juridique lorsqu'il s'agit de règles impératives. Tous ces inconvénients ont d'ailleurs semble-t-il pour conséquence que cette analyse n'est guère retenue en pratique, les tribunaux appliquant parfois à des contrats devant relever d'une catégorie donnée les règles d'une autre catégorie [740].

Quant à la limite, ensuite, cette méthode est problématique toutes les fois qu'il n'est pas possible de déterminer une prestation caractéristique, compte tenu de l'égale importance des prestations échangées. Ceci explique alors que les auteurs proposent une autre méthode, em-

734. Sur les différents usages de la prestation caractéristique, tant en droit international qu'en droit interne, cf. M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, sous la dir. de L. Aynès, thèse de doct., Université Paris I, 2002, Économica.

735. A. Bénabent, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 12e éd., Montchrestien et Lextenso éditions, 2011, n° 8. Rappr. J. Huet et al., *Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2012, n° 11.

736. P.-H. Antonmattei et J. Raynard, *Droit civil. Contrats spéciaux*, 6e éd., Litec.

737. Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 6e éd., Defrénois et Lextenso éditions, 2012, n° 12, p. 25.

738. P.-H. Antonmattei et J. Raynard, *Droit civil. Contrats spéciaux*, 6e éd., Litec, n° 5 : « C'est la recherche d'une qualification unique qui doit prioritairement guider les juges ».

739. M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, sous la dir. de L. Aynès, thèse de doct., Université Paris I, 2002, Économica, nos 18-90. L'autrice limite toutefois, sur ce point, sa démonstration au droit international privé.

740. Cf. les exemples donnés dans J. Huet et al., *Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2012, note 113, où sont évoquées l'extension de la révision des honoraires du contrat de mandat au contrat d'entreprise et l'extension à la location biens meubles des règles prévues pour la location de biens immeubles.

pruntée sans doute au droit international privé : le « dépeçage », pour reprendre un terme employé par Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Pierre-Yves Gautier[741]. Si, pratiquement, la méthode du dépeçage s'avère le plus souvent satisfaisante[742], elle présente cependant un important défaut théorique. Parler de dépeçage du contrat donne l'impression qu'existeraient plusieurs actes juridiques. Dépecer, signifie littéralement séparer en plusieurs pièces. Or, s'il est concevable de dépecer les effets de l'acte juridique, cela ne l'est nullement lorsqu'il s'agit de l'acte juridique lui-même. En effet, bien souvent — hypothèse des groupes de contrat mises à part — il n'y a eu qu'un seul échange de volontés, de sorte que le dépeçage introduit une fiction inutile, en laissant entendre qu'il y aurait eu plusieurs actes juridiques.

213. À notre sens, la seule façon de résoudre de manière satisfaisante ce problème de qualification des contrats spéciaux est de mieux scinder l'acte juridique et la norme et d'admettre que ce ne sont pas tant les actes juridiques que les normes qui sont spéciales. Dans une telle approche, la question de la qualification ne doit plus s'opérer sur l'acte juridique tout entier, mais à partir du cas concret pour lequel les parties recherchent la règle de droit applicable — quand elles n'ont rien prévu dans leur contrat — ou bien contestent la règle applicable — quand elles ont réglementé ce point dans leur contrat mais que cette norme leur apparaît finalement nulle car contraire à une autre norme supérieure. Ainsi, après avoir identifié le problème concret, il faut ensuite rechercher dans quel corps de règles est susceptible de se situer la règle pouvant régir ce cas — dans les dispositions relatives au bail, à la vente ou encore à la transaction par exemple. Si, d'aventure, plusieurs corps de règles fournissent une règle potentiellement applicable alors, mais seulement dans ce cas-là, il convient de déterminer si l'obligation sur la validité de laquelle on s'interroge peut relever sans gêne de ces deux corps de règles (application cumulative) ou s'il faut au contraire choisir l'un de ces corps de règles, sans quoi les objectifs poursuivis par l'un de ces corps de règles ne se trouveraient pas atteints (sorte d'équivalent à la méthode distributive). Pour faire ce choix, il doit être recouru à la méthode de la prestation caractéristique, laquelle n'intervient donc qu'à la toute fin de l'analyse et non au début, contrairement à ce que proposent actuellement nombre d'auteurs. En bref, les quatre étapes du raisonnement sont donc les suivantes : **(1)** identification du problème, **(2)** recherche des règles applicables, **(3)** recherche du caractère cumulable ou non de ces normes et **(4)**,

Pour bien comprendre cette méthode et surtout s'apercevoir qu'elle peut correspondre à la méthode suivie réellement par les juges, raisonnons à partir d'un arrêt rendu le 15 février 1978 par la Cour de cassation[743]. Dans cette affaire se trouve posée la question de savoir quelles sont les conditions de validité d'un contrat portant sur la construction d'un ensemble immobilier comprenant à la fois un local commercial et un immeuble d'habitation. L'examen

741. Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 6e éd., Defrénois et Lextenso éditions, 2012, n° 12.
742. J. Huet et al., *Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2012, n° 11, p. 25.
743. Cass., 3e civ., 15 fév. 1978, n° 76-11.889, *Bull*, III, n° 84, p. 64, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007000253.

des corps de règles applicables laisse apparaître que, pour chacun de ces locaux, existent des règles de validité propres. La question qui se pose alors est de savoir si ces règles peuvent se cumuler ou s'il convient d'en choisir une. La Cour de cassation, constatant sans doute que les règles sur le local d'habitation ont pour vocation de protéger les seuls acheteurs de locaux d'habitation, exclut tout d'abord l'hypothèse d'un cumul [744]. Puis, contrainte de choisir entre les différents corps de règles, la Cour, suivant alors la méthode de la prestation caractéristique, va considérer qu'en l'espèce la construction d'un contrat de logement n'était nullement une obligation principale, autonome de la construction du local commercial, mais qu'elle en était au contraire l'accessoire [745]. Dès lors, la Cour de cassation va appliquer à l'obligation de construire un logement d'habitation les règles sur la construction d'un logement commercial. Où l'on retrouve donc les quatre différentes étapes de la méthode ici proposée.

214. Avec une telle méthode, qui découle donc d'une meilleure séparation de l'acte juridique et de la norme, se trouvent évitées les difficultés théoriques ou pratiques rencontrées par les approches actuelles de qualification des contrats spéciaux. En outre, cette méthode permet de redonner à la matière des contrats spéciaux le titre auquel l'article 1107 du code civil, devenu depuis lors l'article 1105, la prédestinait [746] : « droit spécial des contrats » et non pas « droit des contrats spéciaux » [747]. Là n'est pas le seul avantage d'une meilleure séparation de l'acte juridique et de la norme. Cette séparation permet également de mieux comprendre les situations dans lesquelles les normes créées par un acte juridique sont pour les unes valables et pour les autres nulles.

2. Les difficultés à penser ensemble des normes à la légalité opposée

215. L'étroit rapprochement des concepts d'acte juridique et de norme produit également des conséquences néfastes s'agissant de la nullité des normes créées par un acte juridique. Outre la difficulté déjà évoquée [748] relative à l'objet de la nullité (la norme et non l'acte), ce rapprochement n'aide guère à comprendre la question des nullités partielles, c'est-à-dire la nullité qui n'affecte qu'une partie des effets de l'acte. Si les « internationalistes » sont bien conscients de ce problème [749], tel n'est pas le cas des « internistes ». Certes la difficulté des juristes français

744. Elle le fait dans les termes suivants : « Mais attendu qu'aux termes de l'article 6 de la loi du 3 janvier 1967, les dispositions de cette loi ne sont applicables qu'aux contrats ayant pour objet le transfert de propriété d'un immeuble ou d'une partie d'immeuble à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation ».

745. Pour la Cour, « l'appartement devant permettre au pompiste d'être constamment présent sur les lieux, ce dont il résultait que le local d'habitation n'était que l'accessoire du local commercial ».

746. Ce texte souligne en effet que ce qui est particulier ce sont les règles régissant ces contrats ; il ne dit rien du caractère spécial de ces contrats.

747. En faveur de cette appellation : A. Bénabent, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 12e éd., Montchrestien et Lextenso éditions, 2011, n° 1 ou B. Gross et Ph. Bihr, *Contrats civils et commerciaux*, 2e éd., PUF, 2002, T. 1, p. 19.

748. *Supra* n° 200.

749. J. Combacau, « Logique de la validité contre logique de l'opposabilité dans la Convention de Vienne sur le droit des traités » *in Mélanges Michel Virally : Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Pedone, 1991, p. 203 : « l'invalidité d'un acte n'est pas *concevable* dans les conditions habituelles

(« internistes ») à appréhender le phénomène des nullités partielles a été bien perçue il y a cinquante ans par Philippe Simler [750]. Cependant, l'explication donnée par cet auteur aux difficultés de perception du problème des nullités partielles n'est pas satisfaisante. Pour Philippe Simler, cette « faillite » de la doctrine française d'alors à sa mission trouvait son explication dans l'adhésion de cette doctrine à une théorie organique des nullités. Cependant, alors même qu'aujourd'hui cette théorie des nullités a été abandonnée et que Ph. Simler a développé d'importants efforts en vue de la diffusion du concept de nullité partielle, ce concept demeure peu usité comme nous le verrons. Dès lors, il est permis de se demander si l'explication donnée par Ph. Simler pour expliquer la faible place du concept de nullité partielle dans la doctrine et l'ordre juridique français est bien pertinente. D'ailleurs, on ne peut s'empêcher de remarquer qu'entre la critique en règle de la théorie organique des nullités menée par René Japiot [751] et la thèse de Philippe Simler s'écoulent tout de même soixante années. Or, l'on peine à croire qu'il aurait fallu autant de temps à la doctrine française pour prendre conscience du problème des nullités partielles si ce problème avait été uniquement lié à la théorie organique des nullités. Le faible emploi du concept de nullité partielle, à l'époque de Ph. Simler comme à l'époque actuelle, nous semble s'expliquer davantage par la tendance de la conception traditionnelle de l'acte juridique à mêler trop étroitement l'acte juridique et la norme. En effet, dans une telle conception de l'acte juridique, lorsqu'il apparaît qu'un des effets de l'acte est annulé, il est tentant de faire rejaillir cette nullité sur l'acte lui-même. Cependant, si cet acte continue par ailleurs à produire certains effets, il devient alors fort délicat d'affirmer sa nullité, sauf à dire qu'il existe en fait plusieurs actes juridiques : un acte encore valide et un acte annulé. Mais alors, cette affirmation fait jaillir une autre difficulté : elle implique d'admettre une pluralité d'actes juridiques là où il n'y en a manifestement qu'un seul. Tout ceci n'est guère cohérent. C'est sans doute là une autre explication importante de la faible utilisation du concept de nullité partielle en doctrine. Recourir à la nullité partielle d'un acte juridique implique de diviser un acte perçu comme indivisible.

216. Si la notion de nullité partielle a pu malgré tout éclore en droit interne, en partie grâce à Ph. Simler, c'est grâce à l'*instrumentum* de l'acte juridique. En effet, dans tous les

de fonctionnement du droit international [...] parce que les éléments qui en constitueraient le concept sont contredits par l'ordre juridique dans lequel on prétend l'insérer. Tant que, comme l'exige ce concept, on verra dans l'invalidité d'un acte, ou de quoi que ce soit d'autre, une qualité objective unique [...], il sera impossible de la reconnaître à l'acte soumis aux appréciations divergentes des États que le droit international habilite, comme le veut son génie propre, à en reconnaître ou non les effets ». Dans le même sens, cf. J.-P. Jacqué, « Acte et norme en droit international public » *in Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 227, Brill |Nijhoff, 1991, URL : http://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*-ej.9780792317852.357_417, p. 378.

750. « La doctrine française a, sur ce point [la nullité partielle], indubitablement manqué à sa mission. Elle n'ignore évidemment pas l'existence des différents CAS de nullité partielle. Mais elle s'est contentée de cela : la NOTION de nullité partielle n'a pas été dégagée par elle » (Ph. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, sous la dir. de A. Weill, thèse de doct., Université de Strasbourg, 1969, n° 5).

751. R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse de doct., Université de Bourgogne, 1909, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence.

cas où cet *instrumentum* est un écrit, il est théoriquement envisageable de supprimer seulement les parties de cet écrit qui posent problème en les réputant non écrites [752]. S'opère alors cependant un glissement sur le mécanisme à l'œuvre : d'un mécanisme abstrait s'appliquant à un objet intellectuel, l'acte juridique, celui-ci devient un mécanisme concret de découpage de l'*instrumentum* pour en ôter les mots que l'ordre juridique réprouve. Ce glissement a été bien perçu par les auteurs qui ont proposé d'analyser toutes ces hypothèses de « réputé non écrit » comme un mécanisme à part, distinct de la nullité partielle [753]. Où l'on voit alors apparaître un autre type de difficulté induit par le rapprochement trop étroit de l'acte juridique et de la norme : la complexification de l'ordre juridique. En effet, parce que la conception dominante de l'acte juridique rend difficilement concevable le mécanisme des nullités partielles, il devient nécessaire de développer de nouveaux instruments qui entraîneront la complexification de l'ordre juridique. Le réputé non écrit fait partie de ceux-ci.

§ 2. Une confusion des critères de qualification source de complexité

217. Plan. Parce que la définition de l'acte juridique communément admise par les privatistes suggère que celui-ci doive produire des normes valables [754], les juristes d'autres branches du droit vont éprouver quelques difficultés à utiliser un tel concept en présence de normes nulles. Ces difficultés vont alors produire chez ces juristes deux comportements distincts, source de complexité pour l'ordre juridique ou à tout le moins la présentation qui en est données. Soit, dans une démarche autonomiste, visant à lutter contre une forme d'impérialisme du droit civil, ces juristes vont tenter d'écarter la qualification d'acte juridique, en promouvant des qualifications concurrentes (**A.**). Soit, dans une démarche autonomiste moins affirmée, ces juristes vont tenter de pallier les inconvénients de cette conception de l'acte juridique en adjoignant au régime de l'acte juridique de nouveaux mécanismes (**B.**).

A. La complexification des qualifications

218. Plan. L'exigence d'une norme valable, implicitement sous-tendue par la définition classique de l'acte juridique, pose problème dans toutes les matières où l'édiction de cet acte,, quand bien même les effets de ce dernier seraient nuls, entraîne l'application d'un régime légal préexistant. Deux types d'exemples peuvent en être donnés. Les uns sont tirés du droit pénal et de la tendance des spécialistes du droit pénal à promouvoir l'idée d'une conception autonome du contrat dans leur discipline (**1.**). Les autres proviennent du droit de la concurrence et des

752. Il n'est pas indifférent que la théorie de la nullité partielle ait été en partie bâtie par Ph. Simler à partir de texte réputant une clause non écrite.
753. Sur ces auteurs, cf. *infra* note n° 778.
754. Cf. *supra* n° 200.

marchés financiers, où l'assimilation trop grande de l'acte juridique et de la norme pousse les auteurs à substituer la notion d'accord à celle de contrat, en prétendant que ces deux notions seraient distinctes (**2.**).

1. L'exemple du droit pénal

219. Exposé de l'analyse. Le rapprochement trop étroit de l'acte juridique et de la norme a conduit les auteurs de droit pénal, à partir du début du XXe siècle [755], à développer une conception autonome du contrat. En effet, nous l'avons vu [756], pour justifier qu'un contrat perçu comme nul puisse néanmoins produire des effets en droit pénal, en ce sens qu'il peut y être utilisé comme élément constitutif d'une infraction, les pénalistes ont développé le concept d'apparence de contrat. Or, le soubassement théorique de ce concept est précisément l'autonomie du droit pénal. Dans un article, semble-t-il fondateur [757], Michel Vasseur justifie ainsi la mise à l'écart de la conception civiliste du contrat par l'idée d'autonomie du droit pénal. En somme, pour cet auteur, parce que le droit pénal serait autonome par rapport au droit civil, il n'y aurait aucune difficulté logique à retenir en droit pénal une conception du contrat plus souple que celle retenue en droit civil, puisque se contentant de l'apparence d'un contrat [758].

220. Critique. Ce recours à l'apparence du contrat est critiquable. D'abord, ce concept est d'un usage très malaisé [759]. Ensuite, il constitue une complexification inutile de l'analyse juridique, laquelle aurait pu être évitée au moyen d'une meilleure séparation des concepts d'acte juridique et de norme. En effet, pour rendre compte des solutions rendues en droit pénal, il aurait pu être expliqué que les juridictions pénales, lorsqu'elles s'appuient sur un contrat nul, ne confèrent nullement à ce contrat une quelconque efficacité ; elles se contentent de constater que cet *acte juridique* a bien *existé*, quand bien même ses *normes* auraient été par la suite *annulées*. Dès lors, les décisions de justice refusant de tenir compte de la nullité du contrat pour vérifier si une infraction est ou non constituée auraient tout à fait pu être conciliées avec une approche civiliste de l'acte juridique, où celui-ci aurait été nettement distingué de la norme créée.

755. Sur la chronologie, cf. M. Vasseur, « Des effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après d'autres disciplines », *RSC,* 1951, n° 1.
756. Cf. *supra* n° 193.
757. À en croire E. Palvadeau, *Le contrat en droit pénal*, sous la dir. de V. Malabat, thèse de doct., Bordeaux IV, 2011, note 183, M. Vasseur serait le premier auteur à avoir utilisé le concept d'apparence.
758. M. Vasseur, « Des effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après d'autres disciplines », *RSC,* 1951, n° 2.
759. Sur ces nombreuses et importantes difficultés, cf. E. Palvadeau, *Le contrat en droit pénal*, sous la dir. de V. Malabat, thèse de doct., Bordeaux IV, 2011, n°s 37-55.

2. L'exemple du droit de la concurrence et des marchés financiers

221. Exposé de l'analyse. Le droit pénal n'est pas la seule branche du droit où la confusion de l'acte juridique et de la norme est utilisée afin de mieux asseoir l'autonomie d'une matière. En droit de la concurrence et des marchés financiers également, plusieurs auteurs défendent l'idée que la notion d'*accord*, utilisée en droit de la concurrence pour caractériser les ententes anti-concurrentielles [760] et en droit des marchés financiers pour caractériser une action de concert [761], serait une notion distincte de celle de contrat. En effet, selon ces auteurs, ces accords, contrairement à la notion de contrat, n'auraient pas besoin d'être contraignants juridiquement et notamment pas besoin d'être valables [762].

Pour soutenir cette idée, il est parfois tiré argument du caractère rétroactif de la nullité. Plus précisément, raisonnant par l'absurde, un auteur soutient qu'à supposer que l'accord du droit de la concurrence soit un contrat, alors celui-ci devrait être rétroactivement nul [763]. Or, selon lui, si tel était le cas, le juge ne pourrait plus prendre en compte ce contrat pour sanctionner des pratiques anti-concurrentielles et c'est pourtant ce que le juge fait. Pourtant, cet auteur en conclut que le régime des nullités du contrat n'est pas appliqué, ce qui révélerait d'après lui qu'il ne s'agirait pas d'un contrat. De tels raisonnements conduisent à une complexification du droit puisqu'ils entraînent une multiplication des notions (contrat et accord) qu'il faut ensuite articuler entre elles. Or une telle complexification est critiquable dans la mesure où elle n'est nullement un mal nécessaire.

222. Critique. Cette complexification du contrat prend sa source dans une conception du contrat qui voit en lui un acte juridique produisant *valablement* des normes contraignantes dans un ordre juridique. Autrement dit, il y a là une conception de l'acte juridique dans laquelle ne peut recevoir cette qualification que le seul acte réellement efficace dans l'ordre juridique. Si l'on se détache de cette conception du contrat, liant trop étroitement l'acte juridique et la norme, il n'est plus nécessaire de créer des concepts concurrents au contrat. En effet, pour pouvoir appliquer les mécanismes du droit de la concurrence et du droit des marchés financiers il suffit de constater l'existence d'un contrat, peu importe la validité de ses effets qui, dans cette conception, n'a aucune influence sur la qualification d'acte juridique et donc de contrat.

L'utilisation d'une telle définition de l'acte juridique permettrait également, au stade du régime de l'acte juridique, d'éviter la multiplication des outils que rend nécessaire cette conception critiquable de ce concept.

760. Art. 101 du TFUE précité.
761. Art. L. 233-10 c. com.
762. Cf. not. Y. Guenzoui, *La notion d'accord en droit privé*, sous la dir. de C. Hannoun, thèse de doct., Université de Cergy-Pontoise, 2009, LGDJ, n° 54 ; O. Dexant - de Bailliencourt, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, sous la dir. de H. Synvet, thèse de doct., 2012, Dalloz, n° 312.
763. Y. Guenzoui, *La notion d'accord en droit privé*, sous la dir. de C. Hannoun, thèse de doct., Université de Cergy-Pontoise, 2009, LGDJ, n° 339.

B. La complexification du régime de l'acte juridique

223. Plan. Le rapprochement trop étroit de l'acte juridique et de la norme est également source de difficultés au stade du régime de l'acte juridique et plus précisément des nullités. D'une part, cette confusion conduit parfois la doctrine à écarter le caractère rétroactif de la nullité (**1.**). D'autre part, la difficulté à penser les nullités partielles, difficulté inhérente à une telle acception de l'acte juridique, a conduit ces dernières années à l'apparition de mécanismes concurrents, ce qui complexifie là encore la matière (**2.**).

1. L'ajout d'exceptions au principe de rétroactivité de la nullité

224. Exposé de la complexification. Il existe en droit pénal de nombreuses infractions qui reposent sur l'existence d'un contrat. Or, comme nous l'avons vu à plusieurs reprises, la doctrine pénaliste a rencontré des difficultés pour analyser ces situations et notamment à propos du caractère rétroactif de la nullité. Ces auteurs, appliquant la nullité à l'acte lui-même et non à ses normes, se sont en effet demandés comment il était possible qu'un contrat, censé n'avoir jamais existé par le jeu de la nullité, soit l'un des éléments constitutifs d'une infraction.

Dans un souci d'efficacité de la répression pénale et afin de mieux rendre compte d'une jurisprudence indifférente à la nullité, quelques auteurs ont alors proposé d'écarter ce caractère rétroactif — une fiction selon ces auteurs — en mettant en avant le « réalisme du droit pénal » [764], ce qui est une manière plus subtile d'avancer l'argument de l'autonomie du droit pénal.

225. Critique de la complexification. Une telle analyse doit être condamnée. À nouveau, elle introduit une complexification non nécessaire de l'ordre juridique. Pour comprendre pourquoi les juridictions pénales tiennent compte d'un contrat nul malgré le caractère rétroactif de la nullité, point n'est besoin de recourir à l'autonomie de cette matière. Il suffit de relever, en séparant nettement l'acte juridique et la norme, que ces juridictions ne s'attachent pas aux effets de ce contrat, mais simplement à la volonté passée de ses auteurs de se lier d'une façon répréhensible. Peu importe que cet acte ait ou non été efficace. Seules comptent l'intention coupable et sa réalisation. Là n'est pas le seul intérêt, pour le régime des nullités, d'une meilleure distinction de l'acte juridique et de la norme, celle-ci permet également d'éviter la multiplication des mécanismes concurrents à la nullité.

2. La multiplication de mécanismes concurrents à la nullité

226. Plan. La difficulté des juristes à séparer l'acte juridique de la norme est également une source de complexification du droit en matière de nullité partielle. En effet, la difficulté à penser les nullités partielles paraît être responsable de la réticence des juristes à l'utilisation

764. Sur ces tentatives, cf. E. Palvadeau, *Le contrat en droit pénal*, sous la dir. de V. Malabat, thèse de doct., Bordeaux IV, 2011, n° 229.

d'un tel concept. Ainsi, dans bien des situations où la nullité partielle aurait pu trouver à s'appliquer, les juristes vont recourir à d'autres expressions. Un tel phénomène peut s'observer tant chez les acteurs du droit que dans la doctrine. Il n'a toutefois pas la même importance d'un discours à l'autre. En effet, alors que dans le discours des acteurs du droit ces expressions concurrentes peuvent être perçues comme de simples variations terminologiques de l'expression « nullité partielle » (**a.**), elles deviennent souvent, dans le discours doctrinal, de véritables concepts juridiques, distingués de celui de nullité partielle (**b.**).

a. Le développement de terminologies concurrentes à celle de nullité partielle

227. Confrontés à des hypothèses dans lesquelles l'expression de nullité partielle serait attendue, les acteurs du droit ont des réticences à utiliser cette expression et lui préfèrent des formules plus claires à leurs yeux [765]. L'expression la plus souvent utilisée, en matière contractuelle, est celle de « clause réputée non écrite ». Une recherche sur la base de données Légifrance révèle ainsi que, hors jurisprudence, l'expression « nullité partielle » comprend seulement une dizaine d'occurrences dans les textes législatifs et réglementaires, tandis que celle de « clause réputée non écrite » apparaît plusieurs centaines de fois. L'expression « clause réputée non écrite » est également abondamment utilisée par la jurisprudence, par exemple dans l'arrêt *Chronopost* [766].

Cette expression, dont l'usage serait fort ancien [767], doit sans doute son succès à son caractère imagé. Avec le réputé non écrit, l'auditoire comprend immédiatement de quoi il est question. En outre, par la référence à l'écrit, cette expression correspond bien à la représentation sociale du contrat [768].

Pourtant, cette formulation présente plusieurs imperfections qui font qu'elle n'est pas la seule terminologie concurrente à cette de la nullité partielle. En premier lieu, le mécanisme du réputé non écrit, comme son nom l'indique, ne paraît pouvoir fonctionner qu'en présence d'un acte juridique dont l'*instrumentum* serait écrit. Si la clause n'est pas écrite, il ne sert à rien de la réputer non écrite ! En second lieu, surtout, le mécanisme du réputé non écrit demeure un procédé grossier qui permet seulement de retrancher des clauses au contrat, voire des stipulations à l'intérieur d'une clause [769]. Or, il est des hypothèses dans lesquelles la suppression d'une

765. Rappr. D. Sadi, *Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé*, sous la dir. de F. Labarthe, thèse de doct., Université Paris-Sud, 2015, Mare & Martin, n° 507, où il est relevé que « la notion [de nullité partielle] s'est faite oubliée par le législateur et les juges qui ont inséré, par l'intermédiaire des textes ou même en dehors de ceux-ci, un autre concept, celui du "réputé non écrit" ».

766. Cass., com., *Chronopost*, 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *Bull.*, IV, n° 261, p. 223, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007035966.

767. L'expression aurait été semble-t-il déjà en usage à Rome : S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2006, Économica, n°s 130-133.

768. Ainsi, l'entrée « formalisme », qui paraît inclure l'idée d'un écrit, est située en troisième position dans le tableau relatif à la représentation sociale du contrat (*supra* n° 138). Rappr. G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, sous la dir. de R. Rodière, thèse de doct., Paris, 1965, n° 85, spé. p. 327.

769. Cf. Cass., soc., 3 juil. 2013, n° 12-13.031, *inédit*, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027675201, où est réputée non écrite, à l'intérieur d'une clause de non-concurrence,

norme créée par le contrat ne peut pas passer simplement par la suppression de mots. Tel est le cas d'une clause — par exemple une clause de non-concurrence — qui aurait été rédigée en des termes trop généraux, de sorte qu'elle ne serait pas valable dans certaines situations. Si le mécanisme du réputé non-écrit devait être ici appliqué, alors il conduirait à la suppression totale de la clause, alors qu'il serait seulement nécessaire de paralyser la clause dans certaines situations, en la préservant dans d'autres. Or, comme ces situations ne sont pas expressément mentionnées dans la clause — celle-ci comprend seulement une formule générale —, le mécanisme du réputé non écrit s'avère inadapté.

228. La jurisprudence a dès lors recouru à d'autres formules pour appréhender ces hypothèses de nullité partielle qu'elle ne pouvait pas traiter au moyen du procédé du réputé non écrit.

Ainsi, en droit des baux d'habitation, confrontée à des clauses qui interdisaient le prêt de locaux à des tiers, la Cour de cassation a, tout en affirmant la licéité de cette clause, déclaré que celle-ci ne pouvait pas « avoir pour effet » d'empêcher au locataire d'héberger ses proches ou sa famille [770]. La Cour a ici retenu une formulation très vague, pour désigner non plus le *moyen* par lequel elle rétablissait la légalité (le réputé non écrit), mais simplement la *finalité* qu'elle poursuivait : la privation d'effets.

Dans le contentieux des clauses de non-concurrence, la Cour de cassation a procédé un peu différemment. En effet, confrontée à des clauses dont le champ d'application était trop large dans l'espace, dans le temps ou dans les tâches interdites au débiteur de l'obligation, la Cour a indiqué (nous soulignons) « qu'il y avait lieu de <u>réduire</u> le champ d'application » de cette clause [771]. La Cour a ici adopté une formulation à mi-chemin entre un vocabulaire instrumental et finaliste. La réduction peut en effet tant suggérer l'instrument utilisé que la fin poursuivie. Cependant, le vocabulaire de la Cour est fluctuant, puisqu'elle parle d'autres fois de clause réputée non écrite. Elle le fait généralement lorsqu'il est possible de rétablir la légalité de la clause en supprimant simplement quelques-uns des mots qui la composent [772].

Où l'on voit que cette diversité du vocabulaire utilisé par la Cour traduit moins l'existence de mécanismes fondamentalement opposés, que la difficulté des acteurs du droit à recourir au concept de nullité partielle. Cette difficulté est particulièrement visible à propos de la clause

« la stipulation minorant la contrepartie en cas de démission ».

770. Cass., 3e civ., 6 mar. 1996, n° 93-11.113, *Bull.,* III, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007035565 ou Cass., 3e civ., 22 mar. 2006, n° 04-19.349, *Bull.,* III, n° 73, p. 61, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007051525. Rappr. Cass., 3e civ., 10 mar. 2010, n° 09-10.412, *Bull.,* III, n° 57, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000021968074, affirmant qu'une telle clause « ne faisait pas obstacle (...) à ce que le preneur héberge un membre de sa famille ».

771. Cass., soc., 25 mar. 1998, n° 95-41.543, *Bull.,* V, n° 174, p. 127, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007040041.

772. Cf. Cass., soc., 3 juil. 2013, n° 12-13.031, *inédit,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027675201, où est censurée une cour d'appel qui avait annulé une clause de non-concurrence prévoyant en cas de démission une contrepartie dérisoire, alors que, pour la Cour de cassation, cette clause devait seulement être « réputée non écrite en sa stipulation minorant la contrepartie en cas de démission ».

de non concurrence, en droit du travail, puisque la chambre sociale oppose la réduction de la clause à sa nullité [773]. Par là, la chambre sociale montre qu'elle répugne à utiliser le terme de nullité lorsqu'il s'agit de priver d'effet une partie seulement de la clause de non concurrence, alors qu'en revanche cela ne lui pose aucun problème lorsque cela concerne toute cette clause.

Les acteurs de la science du droit multiplient eux aussi les concepts permettant de rendre compte de ces hypothèses. Tel est par exemple le cas d'Alain Bénabent qui a pu développer la notion de « nullité-réduction », qu'il utilise par exemple en droit des contrats spéciaux pour rendre compte des hypothèses dans lesquelles les effets d'un acte conclu par un mandataire sont partiellement privés d'effets, car constitutifs en partie d'un dépassement de pouvoir [774].

Quoi qu'il en soit, ces différents exemples montrent que la difficulté des acteurs du droit à concevoir qu'un acte puisse être partiellement nul les conduit à user d'expédients divers pour rendre compte de l'annulation partielle qu'ils opèrent. Il y a là une complexification regrettable qui aurait pu être évitée si les magistrats et les auteurs retenaient une conception de l'acte juridique séparant nettement l'acte et la norme. Cette complexification est d'autant plus regrettable qu'elle se trouve amplifiée par la doctrine qui, à partir de ces mots différents, s'est parfois employée à démontrer que ces mots recouvraient des objets juridiques différents ayant un régime distinct.

b. Le développement d'instruments concurrents à la nullité partielle

229. Plan. Observant cette multiplication des expressions concurrentes à celle de nullité partielle, certains auteurs ont parfois considéré que ces différences de terminologie révélaient une pluralité de concepts juridiques. Emblématique à cet égard est le travail de Sophie Gaudemet qui, dans sa thèse de doctorat, a entendu soutenir l'autonomie du mécanisme du réputé non écrit par rapport à la nullité partielle (**i.**). Le phénomène s'observe également dans tous les cas où le mécanisme du réputé non écrit ne peut guère s'appliquer, compte tenu de son caractère trop grossier évoqué plus haut [775]. Dans une telle hypothèse, il arrive alors que les auteurs ou les acteurs du droit recourent à d'autres concepts qu'ils prétendent distinguer de la nullité (**ii.**).

i. La nullité partielle concurrencée par le réputé non écrit

773. La chambre sociale affirme ainsi que le salarié a le choix demander soit la réduction de la clause de non concurrence soit sa nullité, de sorte que le juge ne peut prononcer la réduction de la clause que si le salarié en a demandé la nullité : Cass., soc., 12 oct. 2011, n° 09-43.155, *Bull.*, V, n° 233, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000024674133, où il est jugé que les juges du fond ne peuvent pas *réduire* le champ d'application d'une clause de non-concurrence, dès lors que seule sa *nullité* est invoquée par le salarié.

774. A. Bénabent, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 12e éd., Montchrestien et Lextenso éditions, 2011, n° 219.

775. *Supra* n° 227.

230. L'autonomisation du réputé non écrit. À partir des années quatre-vingt-dix [776], face à la multiplication des occurrences du réputé non écrit dans la loi et la jurisprudence, la doctrine a commencé à étudier plus en détail les textes recourant au réputé non écrit et, progressivement, est née l'idée suivant laquelle ce procédé pourrait être distinct de la nullité partielle, voire autonome [777]. Cette idée ne semble cependant pas être aujourd'hui majoritaire en doctrine [778], malgré la solide défense qu'en a faite, il y a quelques années, Sophie Gaudemet [779].

Cette autrice, au début de son travail, avance principalement trois arguments pour soutenir l'idée de l'autonomie du mécanisme du réputé non écrit [780]. Tout d'abord, elle fait valoir que « tandis que la sauvegarde du contrat n'est qu'une conséquence possible de la nullité, lorsque son étendue est limitée à une partie de l'acte, elle est un effet nécessaire, une composante, de la sanction qui consiste à réputer non écrite une clause » [781].

Ensuite, S. Gaudemet soutient que le mécanisme du réputé non écrit impliquerait le remplacement de la disposition réputée non écrite par la disposition valable qui a été méconnue. Or, selon elle, ce mécanisme du remplacement s'il « n'est pas non plus absent de la nullité partielle *lato sensu* », ne correspond pas à la « conception traditionnelle de la nullité » [782].

Enfin, dernière justification, à laquelle l'autrice consacre d'importants développements, le réputé non écrit n'aurait pas à être prononcé par le juge. À la différence de la nullité, il opérerait de plein droit. Plus loin, l'autrice va préciser ce point : le caractère de plein droit signifierait qu'en cas de contentieux, le jugement réputant une clause non écrite serait purement déclaratif de sorte que la « clause litigieuse [serait] privée de sa valeur contraignante dès la conclusion du contrat » [783]. À l'inverse, pour la nullité, l'autrice soutient qu'elle n'opère pas de manière rétroactive et ajoute qu'il faut de toutes les façons une décision de justice.

776. Sur cette évolution, cf. S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2006, Économica, n°s 3-6.
777. Le Titre 1 de la Partie 1 de la thèse précitée de S. Gaudemet s'intitule ainsi « Une notion autonome ».
778. Cf. la recension des positions de la doctrine effectuée dans J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : L'objet et la cause — Les nullités*, 2013, n° 2631 et, en dernier lieu, L. Maurin, *Contrat et droits fondamentaux*, sous la dir. de E. Putman, thèse de doct., Université d'Aix-Marseille, 2013, LGDJ, n° 365-366 ou D. Sadi, *Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé*, sous la dir. de F. Labarthe, thèse de doct., Université Paris-Sud, 2015, Mare & Martin, n°s 507-531.
779. S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2006, Économica, spé. n°s 96-141.
780. D'autres arguments sont évoqués par l'autrice pour justifier cette autonomie, tels le fait que le réputé non écrit reposerait sur un critère objectif alors que la nullité partielle reposerait sur un critère subjectif, ou encore le fait que l'action en constatation du réputé non écrit serait perpétuelle, ce que ne serait pas l'action en nullité du contrat. Cependant, l'autrice finit par relativiser ces arguments en indiquant qu'ils ne justifient pas à eux-seuls l'autonomie du réputé non écrit (cf. not. *ibid.*, n° 103) ou en suggérant, pour la prescription, qu'il n'y aucune différence pratique, puisque même si l'action en réputé non écrite est prétendument perpétuelle, l'action en restitution est quant à elle prescriptible (*ibid.* n°s 245 s.). Aussi, dans le second cas, le réputé non écrit est en pratique identique à la nullité qui est prescriptible par voie d'action, mais qui ne l'est pas par voie d'exception, comme le rappelle S. Gaudemet (*ibid.* n°s 257 s.).
781. *Ibid.*, n° 106.
782. *Ibid.*, n°s 107-108.
783. *Ibid.*, n° 165.

231. La critique de cette autonomisation. Malgré l'autorité des opinions de cette autrice, il est permis de ne pas adhérer à l'idée suivant laquelle le réputé non écrit serait un mécanisme autonome par rapport à la nullité partielle. Seule peut éventuellement être soutenue la thèse selon laquelle le mécanisme du réputé non écrit serait une *espèce* appartenant au *genre* des nullités partielles. Pour s'en rendre compte, il convient de reprendre les différents arguments avancés par S. Gaudemet et de montrer en quoi ils révèlent moins une autonomie qu'une particularité du réputé non écrit.

S'agissant du premier argument avancé (l'étendue matérielle de la nullité), il est possible d'y répondre de deux manières différentes, selon que l'on s'attache à la notion de clause réputée non écrite ou au concept de clause réputée non écrite [784].

Si l'on s'en tient tout d'abord à la notion de clause réputée non écrite, telle qu'elle est employée dans les textes, il apparaît erroné de dire qu'il y aurait une différence de nature entre le réputé non écrite et la nullité partielle. En effet, la jurisprudence a déjà eu l'occasion de déclarer nul l'ensemble des effets d'un acte juridique sur le fondement d'un texte disant seulement de la clause qu'elle était réputée non écrite [785]. Où l'on voit que plutôt que de s'attacher à un critère formel (y a-t-il dans la norme encadrant l'habilitation à contracter une référence au réputé non écrit ?), il faudrait plutôt s'en tenir à un critère substantiel lié aux fonctions poursuivies par la norme de contrôle. Comme le relève S. Gaudemet elle même, « l'expression "clause réputée non écrite" est parfois employée à mauvais escient, voire confondue avec d'autres » [786], de sorte qu'il ne faut pas s'en tenir à un contrôle formel. Pour autant, même à quitter le champ de la notion de réputé non écrit pour aller vers celui du concept, il n'est pas certain que les deux mécanismes puissent être radicalement opposés.

En effet, même en s'en tenant au concept de réputé non écrit, il peut être soutenu que le raisonnement du juge suit un processus identique, qu'il s'agisse de réputer une clause non écrite ou de procéder à une annulation partielle du contrat en n'annulant que cette clause. D'abord, le juge se demande si la clause est nulle ; ensuite il s'interroge sur la conséquence de cette nullité sur le contrat. La seule différence entre les deux procédés est, à s'en tenir au mécanisme de réputé non écrit défendu par S. Gaudemet, que lorsqu'il s'agit de ce mécanisme la tâche du juge est facilitée. Le juge n'aurait plus dans ce cas la possibilité d'anéantir l'intégralité des normes du contrat. Il pourrait seulement réputer la clause litigieuse non écrite. Une telle différence ne nous semble toutefois nullement suffisante pour affirmer que ce mécanisme serait « autonome » par rapport à la nullité partielle. Le mécanisme du réputé non écrit continue à rester une forme de nullité, en ce sens qu'il correspond à la définition usuelle de la nullité

784. Sur la distinction de la notion et du concept, cf. *supra* n° 38.

785. Cf. pour l'art. 900 c. civ. : Cass., Req., *Martal et consorts c. Veuve Jolly et consorts*, 3 juin 1863 reproduit dans H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12e éd., Dalloz, 2007, n° 121.

786. S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2006, Économica, n° 342.

comme mécanisme de sanction remettant en cause l'existence de normes produites en violation d'une norme supérieure. La seule particularité est que cette nullité est toujours limitée à la clause litigieuse alors que, pour les autres nullités, il faut s'attacher à vérifier, au regard du consentement des parties, si la nullité de la clause a été déterminante du consentement donné à d'autres clauses de l'acte. Ce n'est là cependant qu'une particularité, insuffisante à sortir le réputé non écrit de la catégorie des nullités.

S'agissant du deuxième argument (le remplacement de la clause annulée), même à supposer, comme l'écrit S. Gaudemet, que ce mécanisme soit « consubstantiel au procédé du réputé non écrit » et étranger à « la conception traditionnelle de la nullité » [787], ceci ne suffit pas à faire du réputé non écrit un mécanisme autonome. Il ne pourrait en être ainsi que si la présence de cette fonction de remplacement, au sein du réputé non écrit, rendait inapplicables les règles sur les nullités partielles. Or, tel n'est nullement le cas. Pour faire disparaître la clause réputée non écrite, vont nécessairement être utilisés les mêmes procédés que ceux mis en œuvre lors d'une nullité partielle : d'abord, le juge va confronter la clause avec la norme de contrôle, texte d'ordre public ; ensuite, constatant une éventuelle contradiction, il annulera la clause. Dès lors, quand on se demande si une clause peut être supprimée car contraire à un texte réputant ce type de clause non écrite, c'est bien le concept de nullité partielle qui est appliqué. S. Gaudemet semble d'ailleurs consciente de la limite de cette partie de sa démonstration. En effet, au moment d'annoncer les développements où cet argument est développé, elle en relativise aussitôt la pertinence en écrivant que l'autonomie de la notion du réputé non écrit résulte surtout d'un autre argument, le caractère de plein droit du réputé non écrit [788].

L'argument tenant au caractère de plein droit du réputé non écrit ne suscite pas non plus l'adhésion, quelle que soit l'acception que l'on donne à l'expression « de plein droit » [789] : mécanisme opérant sans intervention du juge, mécanisme opérant dès la conclusion de l'acte, mécanisme opérant sans que les parties puissent l'influencer par la confirmation de l'acte ou encore mécanisme pouvant être relevé d'office par le juge. Montrons-le pour les quatre acceptions que peut recouvrir ce terme.

787. *Ibid.*, n° 108. Plusieurs objections pourraient être émises à l'encontre de cette idée. D'abord, le mécanisme du remplacement n'a pas à être nécessairement intégré à la notion de clause réputée non écrite, à faire partie de sa « substance ». Il peut tout aussi bien être soutenu qu'une chose est l'annulation, une autre la conséquence de cette annulation. Ensuite, l'idée même d'un remplacement, également qualifiée de « réparation » par l'autrice (*ibid.* n° 107), n'apparaît nullement nécessaire. La disparition de la norme laissera la place à d'autres normes qui, pour s'exprimer, n'auront nul besoin d'une intervention supplémentaire que le concept de remplacement serait destiné à préciser. Enfin, à supposer qu'existe un concept de remplacement, on ne comprend pas pourquoi celui-ci ne pourrait pas intégrer également le concept de nullité. L'autrice prétend que cette intégration serait impossible car elle contrarierait la « conception traditionnelle des nullités ». Force est cependant de constater que l'autrice ne justifie nullement pourquoi cette conception traditionnelle ne devrait pas évoluer pour insérer en son sein le remplacement. Il est néanmoins compréhensible que, soucieux de défendre l'autonomie du procédé de réputé non écrit, cette autrice ne souhaite pas œuvrer à l'amélioration du concept concurrent de nullité partielle.

788. *Ibid.*, n° 104.

789. Sur la variété de sens de cette expression, cf. Ch. Atias, « *De plein droit* », *D.*, 2013.

Si l'on entend dire, par l'expression « de plein droit », que cette disparition de la clause opérerait sans l'intervention du juge, il y a là semble-t-il une illusion. Pour qui souhaite voir sa prétention triompher face à une personne récalcitrante l'intervention du juge est nécessaire. À défaut, la personne invoquant la nullité ne pourra pas disposer d'un titre exécutoire lui permettant d'obtenir l'aide de la force publique pour faire reconnaître le caractère non écrit de la clause.

Si, par l'expression « de plein droit », l'on entend souligner que la clause est réputée n'avoir jamais existé dès sa rédaction [790], alors il faut bien voir que tel peut aussi être le cas pour la nullité. Sans doute pourrait-on dire que la nullité n'est pas toujours rétroactive, en particulier, d'après la majorité des auteurs, pour les contrats à exécution successive [791]. Néanmoins, à l'image de ce que nous avons dit plus haut pour l'étendue matérielle de la nullité, nous pouvons dire que la différence de régime sur la rétroactivité n'empêche nullement de voir le réputé non écrit comme une espèce de nullité partielle. En effet, dans tous les cas, le juge procède en deux temps : d'abord il supprime la clause, ensuite il se demande quel est l'effet temporel de sa décision, sa date d'entrée en vigueur pourrait-on dire [792]. Dans le cas où un texte prévoirait le réputé non écrit, alors cela voudrait dire que la suppression est toujours rétroactive. À l'inverse, quand cette précision n'est pas mentionnée, la question devrait être tranchée par le juge qui devrait alors se demander si la prescription violée protège avant tout l'intérêt général ou l'intérêt privé. Dans le second cas, les parties pourraient s'entendre sur la date d'entrée en vigueur de la nullité, alors que dans le premier cas cela ne leur serait pas possible, compte tenu de l'ordre public.

Si, par l'expression « de plein droit », l'on entend souligner que celle-ci opérerait sans qu'aucune confirmation ne soit possible [793] alors, à nouveau, il convient d'indiquer que ceci ne constitue nullement une différence radicale avec les nullités partielles. En effet, si l'on applique aux nullités partielles la distinction des nullités absolues et des nullités relatives, alors les nullités partielles absolues ne peuvent pas non plus êtres confirmées. Dès lors, l'écart conceptuel entre le réputé non écrit et la nullité partielle se restreint considérablement et il n'est pas possible de les prétendre autonome.

Enfin, si par l'expression « de plein droit », l'on entend souligner que la sanction pourrait opérer, dans le cadre contentieux, même lorsque les parties ne l'auraient pas invoquée [794], il

790. Pour une telle affirmation lorsque le juge intervient, cf. S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2006, Économica, n°s 149 s. L'autrice défend le caractère déclaratif du jugement. Pour une semblable affirmation, indépendamment de toute intervention judiciaire, cf. *ibid.*, n° 264.

791. Pour un regard critique, cf. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : L'objet et la cause — Les nullités*, 2013, n°s 2737-2752.

792. Pour l'emploi de ce concept pour les normes jurisprudentielles, cf. not. G. Drouot, *La rétroactivité de la jurisprudence : Recherche sur la lutte contre l'insécurité juridique en droit privé*, sous la dir. de C. Brenner, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2014, n° 382.

793. S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2006, Économica, n°s 275 s.

794. *Ibid.*, n°s 219 s.

convient d'indiquer que ceci n'est pas complètement étranger aux nullités partielles. En effet, celles-ci, comme toute nullité, peuvent parfois être relevées d'office. Jusqu'à il y a peu [795], cela était réservé aux nullités absolues, mais cette possibilité, sous l'influence du droit européen de la consommation [796], semble désormais avoir été ouverte à toutes les nullités [797]. Dès lors, il paraît difficile d'y voir un élément qui justifierait l'autonomie du réputé non écrit.

232. Bilan sur le réputé non écrit. Les trois arguments avancés par S. Gaudemet ayant été réfutés, il convient de conclure que le réputé non écrit n'apparaît nullement comme un mécanisme autonome. Le caractère autonome avancé par cette autrice résulte d'une présentation théorique qui ne se retrouve guère en pratique, comme semble en être consciente S. Gaudemet elle-même qui, à plusieurs endroits dans sa thèse [798], évoque l'absence de différence pratique entre les deux mécanismes qu'elle prétend opposer en théorie. S'il est compréhensible que, pour mieux faire ressortir les contours du réputé non écrit, S. Gaudemet ait pu vouloir défendre l'autonomie du mécanisme, une telle idée apparaît moins nécessaire aujourd'hui, à une époque où la relative particularité du mécanisme semble mieux admise.

La thèse de cette autrice n'en demeure pas moins intéressante pour notre démonstration, car elle montre comment les réticences du législateur à parler de nullité partielle ont conduit à une complexification du droit positif et à la légitimation de cette complexité par une partie de la doctrine, qui a tenté à son tour de défendre l'autonomie du réputé non écrit.

Or, cette autonomisation n'était nullement nécessaire pour rendre compte du souci fréquent [799] du législateur, lorsqu'il emploie l'expression « clause réputée non écrite », de sanctionner sévèrement ce type de violation de la loi. En effet, la distinction des nullités relatives et absolues, qui a justement pour fonction de marquer une gradation des sanctions, aurait pu être ici utilisée, sans qu'un nouveau concept n'ait à être forgé [800]. On relèvera d'ailleurs que certaines des propriétés et des fonctions attachées par S. Gaudemet à la clause réputée non écrite correspondent à celles de la nullité absolue. Ainsi, le réputé non écrit a notamment pour fonction d'assurer la défense des valeurs sociales [801], tout comme la nullité absolue. En outre, hors

795. Not. Cass., 1re civ., 15 fév. 2000, n° 98-12.713, *Bull.,* I, n° 49, p. 34, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007042530.

796. CJCE, *Océano*, 27 juin 2000, n° C-240/98 à C-244/98, *Rec.,* I, URL : http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=61998CJ0240&lang1=fr&type=TXT&ancre=.

797. La solution a été posée dans le cadre du droit de la consommation, mais les auteurs semblent favorables à son extension à toutes les branches du droit. Cf. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : L'objet et la cause — Les nullités*, 2013, nos 2331-2332.

798. Not. S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2006, Économica, n° 105.

799. Le législateur utilise parfois l'expression dans un sens plus large qui ne justifie pas l'application des règles que la doctrine a identifiées comme étant de l'essence de la clause réputée non écrite. Cf. *ibid.*, nos 432, où l'autrice indique que « l'expression "clause réputée non écrite" est parfois employée à mauvais escient, voire confondue avec d'autres ».

800. Rappr. D. Sadi, *Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé*, sous la dir. de F. Labarthe, thèse de doct., Université Paris-Sud, 2015, Mare & Martin, nos 525-526, qui y voit une variété des nullités de plein droit.

801. S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., Université

cadre contentieux, une clause réputée non écrite ne peut pas être confirmée par les parties [802], tout comme la nullité absolue également. Quant au régime du procédé en cas de contentieux, l'argument du réputé non écrit peut être largement invoqué par toute partie y ayant intérêt [803] et peut ou doit, selon les cas, être relevé d'office par le juge [804], ce qui rappelle là encore la nullité absolue.

Il ne faut cependant pas dissimuler une importante difficulté d'assimilation du réputé non écrit à la nullité partielle absolue, à savoir la finalité du réputé non écrit. En effet, comme l'indique S. Gaudemet, le réputé non écrit n'a pas pour seule fonction d'assurer la défense des valeurs sociales, il a « principalement » [805] pour but d'assurer la cohérence du contrat, ce qui, en droit commun des contrats, est sanctionné sur le terrain de la cause [806]. Or, il est enseigné actuellement que le défaut de cause (défaut de contrepartie dans les textes nouveaux) serait sanctionnée par la nullité relative [807]. D'où la difficulté, dans ce cas de figure, d'assimiler le réputé non écrit à une nullité partielle absolue.

Cette difficulté nous paraît cependant pouvoir être levée en relevant qu'aucun des arrêts ayant opté pour le caractère relatif de la nullité pour défaut de cause ne l'a fait à propos d'une absence de cause tirée d'une contradiction entre les différentes clauses du contrat, comme c'était le cas dans l'arrêt *Chronopost*. Or, une partie de la doctrine souligne que dans l'affaire *Chronopost*, il s'agirait d'une nullité absolue [808]. Il doit également être relevé qu'à propos de vente à vil prix, autre hypothèse semble-t-il de contradiction entre les clauses du contrat [809], la jurisprudence, du moins celle de la chambre commerciale, maintenait jusqu'il y a peu la solution traditionnelle, à savoir le caractère absolu de la nullité [810], ce que la doctrine majoritaire était bien en peine de justifier puisque, selon la théorie que cette doctrine promouvait, il devrait s'agir d'une nullité relative [811].

Panthéon-Assas, 2006, Économica, n°s 549 s.

802. S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2006, Économica, n°s 275 s.

803. *Ibid.*, n°s 200.

804. *Ibid.*, n°s 219 s.

805. *Ibid.*, n° 422.

806. Cf. Cass., com., *Chronopost*, 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *Bull.*, IV, n° 261, p. 223, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007035966, rendu sur le fondement de l'absence de cause.

807. Cf. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : L'objet et la cause — Les nullités*, 2013, n° 2158 : « La sanction de l'absence de contrepartie est aujourd'hui clairement la nullité relative » (souligné par nous).

808. A. Posez, « La théorie des nullités », *RTD Civ.*, 2011, n° 43.

809. Une clause prévoit un prix et une autre énonce comme prix une somme dérisoire.

810. Cass., com., 23 oct. 2007, n° 06-13.979, *Bull.*, IV, n° 226, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000017919094. *Contra* Cass., com., 22 mar. 2016, n° 14-14.218, *Bull.*, IV, à paraître, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000032313185.

811. Cf. not. Ph. Simler, « Fasc. 20 : Contrats et obligations. - Cause. - Absence de cause » *in JCl. Civil Code*, LexisNexis, mar. 2010, n° 29 ou J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : L'objet et la cause — Les nullités*, 2013, n° 2159. Ces derniers auteurs indiquent que (dans leur schéma) la sanction jurisprudentielle « de la vileté du prix demeure inexplicablement confuse » (*idem*). À leurs yeux, « [c]et arrêt,

Tout ceci nous conduit donc à penser que, s'agissant de l'absence de cause, la nullité n'est pas nécessairement relative. Il faut semble-t-il distinguer deux situations. D'un côté, les situations où l'absence de cause révèle une erreur sous-jacente, qui est alors sanctionnée par la nullité relative, comme les vices du consentement ; la solution s'expliquant notamment par la volonté de la jurisprudence d'empêcher les parties d'aller chercher sur le terrain de la cause ce qu'elles n'auraient pas pu obtenir sur le terrain des vices du consentement [812]. De l'autre côté, les situations où l'absence de cause révèle une contradiction entre deux clauses, ce qui est alors sanctionné par la nullité absolue, contrairement à ce que pourraient soutenir les partisans d'une théorie « moderne » des nullités [813]. Cette différence nous paraît se justifier d'autant plus qu'à affirmer le caractère relatif de la nullité, comme le fait aujourd'hui la jurisprudence relative à la vileté du prix [814], il faudrait en déduire que les parties pourraient confirmer un contrat comportant des clauses contradictoires. Or cela n'aurait aucun sens. On ne confirme pas une contradiction, on la résout en évinçant l'un des deux termes de cette contradiction. Où l'on voit que les auteurs modernes — notamment ceux ayant approuvé l'arrêt par lequel la chambre commerciale a jugé que la vente à vil prix était entaché d'une nullité relative [815] — et avec eux les nouveaux textes du code civil sur la nullité des contrats [816] se sont peut-être débarrassés un peu vite de l'opinion des auteurs des siècles passés [817] pour qui la nullité dépendait de la gravité du vice [818].

bien que publié au *Bulletin officiel* est resté isolé ».

812. Rappr. *JCP G,* 2006, I, note A. Constantin, n° 7, où l'auteur montre que les parties avaient finalement adjoint à leur demande une action fondée sur l'absence de cause, dans l'espoir d'éviter l'obstacle lié à la prescription quinquennale de leur action initiale fondée sur un vice du consentement. Il est d'ailleurs frappant de constater que dans nombre d'arrêts se prononçant pour la nullité relative, l'absence de cause était invoquée concomitamment avec un vice du consentement. Cf. Cass., 1re civ., 29 sept. 2004, n° 03-10.766, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007047311 ou Cass., 3e civ., 29 mar. 2006, n° 05-16.032, *Bull.,* III, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007051477. Rappr. Cass., 1re civ., 27 fév. 2007, n° 05-21.962, *Bull.,* I, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?&idTexte=JURITEXT000017637879 où, bien qu'aucun vice du consentement ne soit invoqué, l'absence de cause est concomitante à un vice du consentement : une personne avait adhéré à la société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques alors qu'elle n'était titulaire d'aucun droit sur les œuvres qu'elle prétendait vouloir défendre.

813. Dans le même sens, M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, sous la dir. de L. Aynès, thèse de doct., Université Paris I, 2002, Économica, n° 298.

814. Cass., com., 22 mar. 2016, n° 14-14.218, *Bull.*, IV, à paraître, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000032313185.

815. L. Sautonie-Laguionie et G. Wicker, « Le ralliement de la chambre commerciale à la théorie moderne des nullités en cas de cession de titres sociaux à vil prix : quand la Cour anticipe sur les réformes du Code civil et de la Cour de cassation », *RDC,* sept. 2016, p. 481 s. ; D. Houtcieff, « Motivation des arrêts de Cour de cassation : ce qui s'énonce clairement se conçoit bien », *GP,* 10 mai 2016, p. 23 s. ou H. Barbier, « Le prix dérisoire et le défaut de consentement ramenés dans le giron de la nullité relative : la prise des derniers bastions de la théorie classique par la théorie moderne des nullités », *RTD Civ.,* 2016, p. 343 s. Comp., moins enthousiaste : N. Dissaux, « Vente à vil prix : un dogmatisme absolu pour une nullité relative », *JCP E,* 5 mai 2016, 8, 1251.

816. Spé. art. 1179 c. civ.

817. Dans le même sens M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, sous la dir. de L. Aynès, thèse de doct., Université Paris I, 2002, Économica, n° 298.

818. Où l'on voit qu'une analyse plus fine de la théorie des nullités gagnerait à être faite afin de combiner et la théorie ancienne des nullités et la théorie moderne. Pour mener un tel projet à terme, il serait sans doute

Dans ces conditions, tout obstacle à l'assimilation des clauses réputées non écrites et de la nullité partielle paraît levé et il est possible d'affirmer que le réputé non écrit constitue une sophistication inutile du régime des nullités de l'acte juridique, laquelle est la conséquence des réticences doctrinales à employer le concept de nullité partielle. Une semblable réticence se retrouve également dans les hypothèses où le mécanisme du réputé non écrit se trouve pris en défaut. Plutôt que de recourir au mécanisme de droit commun qu'est la nullité partielle, les auteurs préfèrent parfois créer de nouveaux outils, tels les mécanismes d'inopposabilité ou d'absence d'invocabilité de la clause.

ii. La nullité partielle concurrencée par l'inopposabilité et la non invocabilité

233. Plan. Compte tenu des limites du mécanisme du réputé non écrit, les auteurs et les acteurs du droit ont développé d'autres outils pour pouvoir annuler partiellement un acte sans pour autant donner l'impression que cet acte n'existerait plus. On donnera deux exemples de tels mécanismes. L'un, fort ancien et très répandu, l'inopposabilité ; l'autre, récent et propre à une matière, la non invocabilité. Le premier est utilisé pour annuler les effets d'un acte à l'égard de certaines personnes. L'autre est utilisé pour paralyser les effets de l'acte dans certaines circonstances.

234. L'inopposabilité. L'inopposabilité est un mécanisme que l'on rencontre fréquemment, tant en droit international[819] qu'en droit interne[820]. Les acteurs du droit et les auteurs l'utilisent pour rendre compte des hypothèses dans lesquelles une norme n'est annulée qu'à l'égard de certains des destinataires de la norme dont elle n'aurait pas respecté certains droits. Ainsi, alors que le contrat est en principe opposable aux tiers, ceux-ci pourront obtenir son

de bonne méthode de séparer les différents enjeux attachés au caractère absolu ou relatif de la nullité (délais de prescription, qualité à agir et possibilité de confirmation) et d'ériger pour chacun de ces enjeux un droit commun des nullités. Voir en ce sens A.-S. Lebret, *La distinction des nullités relative et absolue*, sous la dir. de N. Molfessis, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2015, Partie 2. Cette utilité est particulièrement manifeste dans l'hypothèse examinée ci-avant : si la clause contredisant une autre clause peut être nulle d'une nullité absolue au regard de l'impossible confirmation de ce vice, elle doit semble-t-il en revanche être considérée comme relative au regard de l'intérêt à agir et éventuellement de la prescription comme l'a récemment jugé la chambre commerciale pour des contrats conclus avant l'uniformisation des règles relatives à la prescription (Cass., com., 22 mar. 2016, n° 14-14.218, *Bull.*, IV, à paraître, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000032313185). On concevrait mal, en effet, que le contractant auquel est imputable l'absence de cause — parce qu'il a rédigé lui-même le contrat — puisse par la suite argüer de la nullité partielle du contrat. C'est semble-t-il pour cette raison que la Cour de cassation a pu, à juste titre selon nous, interdire à un employeur d'avancer la nullité d'une clause de non-concurrence pour défaut de contrepartie, hypothèse se rattachant à la nullité pour absence de cause (Cass., soc., 25 jan. 2006, n° 04-43.646, *Bull.*, V, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007051458).

819. J. Combacau, « Logique de la validité contre logique de l'opposabilité dans la Convention de Vienne sur le droit des traités » *in Mélanges Michel Virally : Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Pedone, 1991.

820. R. Wintgen, *Étude critique de la notion d'opposabilité : Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, sous la dir. de J. Ghestin, thèse de doct., Université Paris I, 2004, n°s 120-128.

inopposabilité lorsque ce contrat aura été passé en fraude de leurs droits. Cette action paulienne ne concernera pas les rapports entre les parties au contrat ; elle ne concernera que les tiers. De même, la notion se trouve utilisée dans l'article 1156 nouveau du code civil pour désigner la sanction d'un dépassement de pouvoir, afin de montrer que l'acte n'est privé d'effet qu'à l'égard du représenté [821]. À cet égard, il est donc permis de voir dans l'inopposabilité une nullité partielle. Les juristes allemands ont nettement perçu cette similitude entre l'inopposabilité et la nullité puisque, en droit allemand, dans ce contexte-ci, le terme d'inopposabilité est traduit par l'expression *relative Unwirksamkeit*, ce qui signifie littéralement, à en croire Robert Wintgen [822], « nullité relative ». Or, effectivement, cette nullité est relative, au sens littéral, c'est-à-dire qu'elle ne concerne que certaines personnes.

Pourtant, malgré cette appartenance théorique de l'inopposabilité au genre des nullités [823], les juristes français refusent de rapprocher nullité et inopposabilité et fustigent même les textes de loi qui emploient un terme au lieu de l'autre [824]. S'il en est ainsi, c'est, semble-t-il, parce que les auteurs perçoivent la nullité comme une mesure nécessairement radicale. Comme l'écrivent, François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, pour justifier cette différence terminologique, avec l'annulation « [r]ien ne subsiste de l'acte », alors qu'avec l'inopposabilité pour fraude « [i]l suffit que l'acte frauduleux soit privé d'effets à l'égard du ou des créanciers lésés ». L'affirmation suivant laquelle « [r]ien ne subsiste de l'acte », laquelle pourrait surprendre si cette phrase avait été écrite par Ph. Simler [825], est révélatrice de ce que les auteurs ont du mal à recourir à la nullité partielle lorsque l'acte continue à produire des effets, cela parce qu'ils associent trop étroitement l'acte juridique et la norme. Cette difficulté est également perceptible lorsque la doctrine de droit des marchés financiers recourt au concept de non invocabilité pour rendre compte d'hypothèse où la nullité ne serait que partielle.

821. L'article 1156, al. 2 offre néanmoins la possibilité au tiers contractant ayant ignoré le défaut de pouvoir de demander la nullité de l'acte conclu par le représentant en sus de ses pouvoirs.

822. R. Wintgen, *Étude critique de la notion d'opposabilité : Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, sous la dir. de J. Ghestin, thèse de doct., Université Paris I, 2004, n° 127.

823. Cette appartenance à une même notion conceptuelle n'implique pas pour autant une parfaite identité de régime. Il peut par exemple y avoir des différences de régime entre les mécanismes qualifiés de nullité et ceux qualifiés d'inopposabilité. Cependant, ces différences tiennent souvent moins à l'étendue de la nullité qu'à des raisons autres, telles la gravité de la norme violée. Cf., en droit des régimes matrimoniaux, les actions ouvertes au conjoint en cas de fraude ou de dépassement de pouvoir. Dans l'hypothèse d'un acte passé en fraude des droits du conjoint (article 1421 du code civil), la prescription de l'action — aujourd'hui qualifiée d'action en inopposabilité (Cass., 1re civ., 23 mar. 2011, n° 09-665.12, *Bull.,* I, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000023765327) — est, en application du droit commun, d'une durée de cinq années (en ce sens *Defrénois,* 2011, 40005, note G. Champenois). En revanche, en cas de dépassement de pouvoir, cette action est, d'après le texte de l'article 1427 du code civil, d'une durée de deux années. L'application d'un délai de cinq ans tient semble-t-il à la volonté de permettre plus facilement la sanction de la fraude que celle du détournement de pouvoir.

824. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 1157, à propos des articles 262-2 et 622 du code civil.

825. Cet auteur a en effet consacré sa thèse à la nullité partielle : Ph. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, sous la dir. de A. Weill, thèse de doct., Université de Strasbourg, 1969. L'ouvrage d'où cette phrase est tirée n'indique pas comment ses auteurs se sont répartis la tâche de rédaction, de sorte qu'il est possible que cette phrase soit imputable à un autre que Ph. Simler.

235. La non invocabilité. L'absence d'invocabilité est un concept utilisé parfois par la doctrine de droit des marchés financiers pour rendre compte d'hypothèses dans lesquelles un pacte d'actionnaires, bien que remplissant les conditions communes de validité de ces pactes, peut se voir priver d'effets en période d'offre publique d'acquisition [826]. C'est pour rendre compte de cette absence d'effets en période d'offre publique d'acquisition que les auteurs ont créé le concept d'invocabilité. Par exemple, dans sa thèse de doctorat consacrée aux pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées, Olympe Dexant - de Bailliencourt distingue, lors de l'examen de la force obligatoire des contrats, les conditions de validité permanentes des conditions d'invocabilité en période d'offre publique d'acquisition [827].

Ce concept de condition d'invocabilité apparaît comme une complexification inutile du droit des nullités partielles. En effet, quoi qu'en dise l'un de ses défenseurs, l'absence d'invocabilité a pour but de priver le contrat d'effets à l'image de ce que fait la nullité du contrat. Certes, cette privation d'effets n'est que temporaire (durant l'offre publique d'acquisition), mais elle n'en n'existe pas moins.

En outre, cette complexification n'est nullement nécessaire. Elle peut auss sans mal être abandonnée en retenant une conception de l'acte juridique distinguant ce dernier de la norme. En effet, il est permis de penser que si la doctrine spécialisée de droit des marchés financiers a refusé le recours à la nullité partielle c'est parce qu'il aurait alors fallu admettre qu'un acte était à la fois valide — car se conformant aux conditions de validité *communes* aux pactes d'actionnaires — et nul — car méconnaissant les conditions de validité *propres* aux pactes d'actionnaires. Au contraire, sitôt qu'on admet que la nullité partielle concerne les effets de l'acte et non l'acte lui-même, il devient plus aisé de comprendre que certains de ces effets soient valides — ceux se déployant hors période d'offre publique d'acquisition —, alors que d'autres ne le sont pas — ceux se déployant en période d'offre publique d'acquisition.

826. Bien que cet exemple soit très limité, le mécanisme n'est nullement isolé. Il est ainsi permis de se demander si, en droit international privé, le procédé par lequel un jugement étranger n'est pas reconnu en France, alors qu'il aurait dû avoir cet effet — du fait des normes organisant la reconnaissance mutuelle des décisions de justice —, ne pourrait pas être rapproché de la non invocabilité. Dans ces hypothèses, les auteurs semblent parler d'inopposabilité du jugement étranger (D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé. Tome 1. Partie générale*, 3e éd., PUF, 2014, n° 288), de « refus de reconnaissance » (P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 11e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2014, n° 397) ou encore d'inefficacité (S. Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, sous la dir. de P. Mayer, thèse de doct., Université Paris I, 2004, Économica, nos 271 s.).

827. O. Dexant - de Bailliencourt, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, sous la dir. de H. Synvet, thèse de doct., 2012, Dalloz, n° 13.

Conclusion de la Section 2

236. Dans cette section nous sommes partis du constat que le concept d'acte juridique était, comme cela est régulièrement souligné, un concept ambivalent pouvant désigner à la fois la procédure par laquelle des normes sont créées et les normes résultant de cette procédure [828]. Nous avons ensuite montré que cette ambivalence était source d'importantes difficultés pour la théorie de l'acte juridique, difficultés d'autant plus problématiques qu'elles complexifiaient l'ordre juridique ou à tout le moins la présentation qui en était donnée. Or, tant pour ces difficultés que pour la complexité qui en résultait, il nous a semblé que celles-ci pouvaient être évitées s'il était mis fin à cette ambivalence de l'acte juridique.

Concernant en premier lieu la théorie de l'acte juridique, nous avons montré que cette assimilation trop étroite de l'acte juridique et de la norme compliquait l'identification des actes juridiques. En effet, l'attention trop grande portée à la norme vient perturber l'identification des actes juridiques, soit, comme en droit pénal, en rendant délicate la reconnaissance de la qualification d'actes juridiques lorsque les normes de cet acte sont nulles, soit, comme en droit des contrats spéciaux, en multipliant artificiellement le nombre d'actes juridiques lorsque ces normes sont indépendantes l'une de l'autre : les normes étant distinctes, il devrait par contrecoup y avoir plusieurs actes juridiques. De même, lier la norme et l'acte, conduit à d'inextricables difficultés de qualification lorsque les normes évoluent. Si les normes évoluent, alors la qualification de l'acte doit aussi évoluer ; mais comment faire évoluer une qualification qui devrait en principe être immuable, l'acte étant posé une fois pour toutes dans l'ordre juridique ?

À l'inverse, ce lien trop étroit entre l'acte juridique et la norme empêche d'analyser convenablement les normes créées par un acte juridique. L'acte juridique étant unique, lier l'acte juridique et la norme incite à considérer que l'acte juridique ne peut créer qu'un type de normes. D'où le refus de considérer qu'un acte juridique puisse donner lieu à des effets ayant des qualités présentées comme opposées : des effets valables et nuls ; des effets contractuels et statutaires ; etc. Face à ces difficultés, les juristes ont parfois recours à la qualification d'acte mixte ; mais, comme nous l'avons montré, celle-ci n'est guère souhaitable comme en sont d'ailleurs parfois conscients les acteurs du droit eux-mêmes [829]. En réalité, le seul moyen d'éviter les difficultés précitées est de considérer que cette conception de l'acte juridique repose sur une confusion qui peut être évitée en séparant plus nettement l'acte juridique et la norme.

Les difficultés attenantes à ce lien trop étroit de l'acte juridique et de la norme sont, en second lieu, génératrices de difficultés pour l'ordre juridique tout entier qui, au moins dans sa présentation doctrinale, va s'en trouver complexifié. Comme pour le précédent problème

828. *Supra* n° 190.
829. Cf. *infra* Annexe 4 où ce président de sous-section au Conseil d'État rejette toute idée d'une qualification mixte pour appréhender la relation entre l'usager d'un service public administratif et l'établissement en charge de ce service.

relatif à l'intention de créer des effets de droit, cette acception de l'acte juridique va induire le développement d'instruments de qualifications concurrents au contrat, tels celui d'*apparence de contrat*, en droit pénal, ou d'*accord*, en droit de la concurrence. Surtout, cette influence indue de l'acte juridique sur les normes créées par l'acte va se traduire par une complexification importante du régime de cet acte, en particulier au stade de la validité de l'acte. Liant trop étroitement l'acte juridique et la norme, les juristes ont tendance à considérer que la nullité affecte l'acte lui-même et non seulement ses effets ; d'où l'impossibilité de recourir au concept de nullité lorsque ne sont affectées que certaines de ces normes ; d'où alors le développement d'autres mécanismes afin de rendre compte de ces situations : « réputé non écrit », « clause privée d'effets », « inopposabilité », « inefficacité », « non invocabilité », « non reconnaissance », etc.

Conclusion du Chapitre 1

237. Les développements de ce premier chapitre ont permis d'établir fermement deux importantes limites des définitions communes de l'acte juridique et de pointer du doigt les effets néfastes induits par de telles conceptions de l'acte juridique.

D'une part, les définitions actuelles de l'acte juridique articulent mal les critères de qualification, en conférant un rôle trop important à l'intention des parties. Or, une telle proposition théorique se trouve réfutée par la contre-épreuve que constitue un nombre significatif de décisions de justice admettant la qualification d'acte juridique, alors même que n'est pas établie l'intention de l'auteur de cet acte de créer des effets de droit, c'est-à-dire de créer des normes reconnues comme telles dans un ordre juridique. Cette réfutation heurtera peut-être quelques juristes. Pourtant, l'abandon d'une telle définition ne sera pas une perte pour la science juridique, compte tenu des nombreuses difficultés pratiques et théoriques que pose l'exigence d'une intention de créer des effets de droit.

D'autre part, la conception commune de l'acte juridique, bien que cela ne ressorte pas toujours expressément des définitions retenues par les auteurs, ne sépare pas assez nettement l'acte juridique de la norme. Ceci conduit alors bien souvent les juristes à vouloir transposer des qualités de la norme à l'acte juridique et réciproquement. Nous avons par exemple montré que ce lien trop étroit masquait la complexité des normes que pouvait créer un acte juridique : cet acte étant unique, les juristes ont tendance à considérer qu'il ne peut créer qu'un seul type de normes.

Cette approche de l'acte juridique n'est pas seulement préjudiciable à l'acte juridique : elle l'est également pour l'ordre juridique ou à tout le moins sa présentation doctrinale. En effet, cette approche de l'acte juridique favorise l'éclatement du droit en poussant les juristes à développer des concepts concurrents à l'acte juridique ou aux espèces d'acte juridique, toutes les fois que les insuffisances liées à la définition traditionnelle sont trop criantes. Même lorsque les juristes acceptent de conserver l'acte juridique ou des instruments qui en sont dérivés, tel le contrat, les insuffisances de la définition traditionnelle les conduisent à complexifier le régime de l'acte juridique. C'est ainsi que, ces dernières années, l'on a vu se multiplier les mécanismes permettant de rendre compte de la nullité d'une partie des effets d'un acte juridique, le réputé non écrit en étant la meilleure illustration.

Au regard de tous les inconvénients soulevés par la définition traditionnelle de l'acte juridique — malheureusement inscrite dans l'article 1100-1 nouveau du code civil [830] — il apparaît nécessaire de réfléchir à une autre formulation.

830. « Les actes juridiques sont des manifestations de volonté **destinées à produire des effets de droit** ».

Chapitre 2

La reformulation des éléments de qualification

238. Prise en compte des remarques précédentes. Les critiques précédemment adressées à la définition classique de l'acte juridique impliquent de redéfinir l'acte juridique pour faire disparaître les deux confusions dénoncées plus haut. Pour éviter tout d'abord le risque d'une confusion entre l'acte juridique et les normes qu'il produit, il convient d'ôter de la définition tout élément qui renverrait à certaines qualités de la norme. Ainsi, ne pourra pas être reprise la définition du *Vocabulaire juridique* Cornu indiquant que l'acte juridique est la « manifestation de volonté ayant pour objet **et pour effet** de produire des conséquences juridiques ». De même, il paraît opportun de rechercher un moyen suggérant dans la définition même que celle-ci désigne avant tout la procédure de création des normes et non les normes elles-mêmes.

Pour éviter la deuxième confusion résultant d'une conception trop subjective de l'acte juridique, il convient que la définition proposée ne puisse pas donner à penser que l'existence d'effets de droit est *subordonnée* à la volonté de l'individu de les créer. L'un des premiers moyens pour cela est d'intégrer l'ordre juridique dans la définition même de l'acte juridique. De cette façon, il est suggéré que ce sont les organes de l'ordre juridique qui décident si des normes sont ou non créées et non la volonté des individus. Toutefois, ceci s'avère insuffisant si, dans le même temps, la définition de l'acte juridique maintient en son sein des expressions suggérant que la volonté est à l'origine de la création d'effets de droit. Or, tel est le cas des définitions actuelles qui recourent aux expressions « destiné à », « dans le but de », « dans l'intention de ».

La formulation proposée par le *Vocabulaire juridique*, épurée de toute référence à l'effet, ne paraît pas non plus convenir. En effet, l'expression « manifestation de volonté ayant pour objet [~~et pour effet~~] de produire une conséquence juridique » continue à suggérer l'idée d'une intention de créer des effets de droit, quand bien même cette suggestion serait ici moins nette. De même, ne pourrait pas convenir la définition commune de l'acte juridique ainsi amodiée : « manifestation de volonté créant des effets de droit ». En effet, dans les deux cas, la « manifestation de volonté »

est le sujet du participe présent « ayant pour objet » ou « créant », ce qui donne toujours à penser que c'est la volonté qui créée ces effets de droit, alors que ce sont les organes de l'ordre juridique qui en décident ainsi, sans nécessairement tenir compte du contenu exact de cette volonté. Sans doute, l'on pourrait tenter de repousser cette critique en disant que c'est moins la volonté que la manifestation qui a créé l'effet de droit, ce que l'on pourrait faire bien ressortir en remplaçant le nom « volonté » par l'adjectif « volontaire ». L'acte juridique serait alors la « manifestation volontaire créant des effets de droit ». Avec une telle définition, il serait nettement indiqué que ce n'est pas la volonté qui décide de créer des effets de droit.

Cette formulation ne serait toutefois pas exempte de tout reproche. Dire qu'une « manifestation crée des effets de droit » n'est pas une formule très claire. Le verbe « créer » appelle un créateur ou, à tout le moins, une action créatrice. Or, le mot de « manifestation » ne recouvre qu'imparfaitement ce sens. Sans doute, la manifestation repose sur une action, mais ce qui compte dans la manifestation, c'est moins l'action que la révélation de cette action, sa forme révélée. L'expression insiste dès lors trop sur la forme et pas assez sur l'action volontaire elle-même alors que, traditionnellement, c'est plutôt la tendance inverse qui s'observe en doctrine[831]. Dès lors, ne pourrait-on pas remplacer le mot de « manifestation » par celui d'« action », voire d'« acte », pour répondre à l'expression « acte juridique » ? L'acte juridique serait alors l'acte volontaire créant du droit. Un obstacle pourrait toutefois s'y opposer : la perte de l'idée de révélation à l'ordre juridique que portait en lui le terme « manifestation » et que ne contient guère le terme « acte ». L'obstacle paraît néanmoins pouvoir être surmonté par l'ajout, évoqué plus haut, du terme « ordre juridique » dans la définition de l'acte juridique. En effet, en précisant que l'acte volontaire est intervenu *dans un ordre juridique*, se trouve suggérée l'idée de révélation : sans révélation, les organes de l'ordre juridique ne pourraient pas connaître d'un tel acte.

Compte tenu de ces différentes remarques, l'on peut retenir à ce stade la définition provisoire suivante : « acte volontaire, dans un ordre juridique, créant des effets de droit ». Reste à présent à vérifier la pertinence de cette définition en la confrontant à la réalité juridique. Cette vérification sera également l'occasion de préciser les différents éléments constitutifs de cette définition, de manière à éviter tout risque de confusion dans son usage. Pour mener à bien ce travail, il convient préalablement d'identifier l'ensemble des éléments de la définition proposée, en indiquant également leur fonction : critère de qualification ou lien entre critères de qualification.

239. Identification et fonction des éléments de qualification proposés. L'analyse littérale de la définition provisoire proposée laisse apparaître trois groupes de mots : « acte volontaire », « dans un ordre juridique », « créant des effets de droit ». Chacun de ces groupes

831. Cf. M. Villey, « Historique à l'étude des notions de Contrat », *APD. Sur les notions de contrat,* 1968, vol. XIII, critiquant à l'inverse le mythe d'une volonté « détachée de toute forme, de tout geste ou de toute parole ».

peut à son tour être redécoupé en deux parties, ce qui conduit alors à la reconnaissance de six éléments de qualification : **(1)** « l'acte », **(2)** « volontaire », **(3)** « dans », **(4)** « un ordre juridique », **(5)** « créant », **(6)** « des effets de droit ».

Au sein de ces éléments, il est possible d'identifier trois critères de qualification : l'« acte », l'« ordre juridique » et l'« effet de droit ». Chacun de ces éléments est un critère dans la mesure où il a en lui-même une existence propre et n'est pas dépendant d'autres éléments qu'il aurait pour but de relier. Ceci se traduit du point de vue de la grammaire, puisque tous ces éléments ont la nature de nom commun ou groupe nominal.

D'autres éléments peuvent être aisément identifiés comme des liens entre des critères. Tel est le cas de la préposition « dans », qui cherche à marquer un lien entre l'acte volontaire et l'ordre juridique. Tel est le cas également du participe présent « créant », qui montre le lien de paternité existant entre l'acte et la norme.

Enfin, la fonction de l'élément « volontaire » est plus complexe. D'un côté, il contient une idée propre, celle de volonté. De l'autre, par sa nature adjectivale, le mot « volontaire » vise à indiquer le lien entre l'idée de volonté et celle d'acte. Autrement dit, le mot « volontaire » condense à lui seul deux éléments : le critère de la volonté et le lien entre la volonté et l'acte.

Tout ceci permet de conclure que la définition provisoire proposée repose sur quatre critères de qualification — l'acte, la volonté, l'ordre juridique et l'effet de droit — et trois liens — le lien entre la volonté et l'acte, le lien entre l'ordre juridique et l'action volontaire, le lien entre l'action volontaire et la norme. Tâchons à présent, afin de fixer au mieux cette définition, de reprendre dans le détail les critères de qualification dégagés (**Section I**), puis d'étudier les liens existant entre ces critères (**Section II**).

Section I Les critères de qualification de l'acte juridique

240. Plan. La définition provisoire proposée conduit à s'écarter dans une certaine mesure de la formulation habituelle des critères de qualification. D'où l'importance de préciser au mieux le sens de ces critères et de justifier la terminologie choisie. Dès lors, pour chacun des quatre critères identifiés plus haut doivent être précisés le *signifié* et le *signifiant*[832]. Reprenant l'ordre présenté dans la définition précédente, seront successivement examinés les critères d'acte (**§ 1.**), de volonté (**§ 2.**), d'ordre juridique (**§ 3.**) et d'effet de droit (**§ 4.**)

832. Est ici utilisée la distinction développée par Ferdinand de Saussure (F. de Saussure, *Cours de linguistique générale*, Payot, 1971, URL : https://fr.wikisource.org/wiki/Livre:Saussure_-_Cours_de_linguistique_g%C3%83%C2%A9n%C3%83%C2%A9rale,_%C3%83%C2%A9d._Bally_et_Sechehaye,_1971.djvu, https://fr.wikisource.org/wiki/Page:Saussure_-_Cours_de_linguistique_g%C3%A9n%C3%A9rale,_%C3%A9d._Bally_et_Sechehaye,_1971.djvu/100p. 99) et popularisée chez les privatistes français grâce aux travaux de Gérard Cornu (G. Cornu, *Linguistique juridique*, 3e éd., Montchrestien, 2005, n° 8).

§ 1. L'exigence d'un acte

241. Plan. Alors même que le terme d'acte est l'un des mots composant l'expression « acte juridique », celui-ci n'est guère employé comme critère de qualification. Ceci rend nécessaire des développements précisant le sens donné à ce mot (**A.**) et justifiant la terminologie choisie (**B.**)

A. Précisions sur le signifié

242. Définition et plan. Dans le discours juridique français, le mot « acte » signifie, en un sens courant, tout fait de l'homme[833]. Cette généralité implique de qualifier comme telles toutes les formes d'acte (**1.**), peu important en outre l'auteur de cet acte (**2.**).

833. *Vocabulaire juridique*, sous la dir. de G. Cornu, 8e éd., PUF, 2007, *V°* Acte, sens I. 1. En toute rigueur, la définition devrait être élargie, de manière à pouvoir s'appliquer à des personnes juridiques non humaines, tels les animaux, les divinités ou les objets sacrés, considérés comme des sujets de droit dans certains ordres juridiques, telle l'Argentine (Cámara Federal de Casación Pénal, *Orang-outan Sandra*, 18 déc. 2014, URL : http://www.nonhumanrightsproject.org/wp-content/uploads/2014/12/Argentina-Habeas-Corpus-Decision.pdf qualifiant un orang-outan de « sujet de droit ») ou l'Inde (D. Annoussamy, *Le droit indien en marche*, Société de législation comparée, 2001, chapitre 23). L'acte pourrait alors se définir comme tout acte imputé à un être potentiellement doté de raison. Cette formulation « être potentiellement doté de raison » alourdirait toutefois quelque peu la rédaction ; en outre elle risquerait de trop étonner le lecteur français. En effet, pour celui-ci, le concept de personne juridique n'englobe que les personnes physiques ou les groupements de ces dernières, même si une ouverture paraît se dessiner pour les animaux, dont le statut d'être sensible a été récemment reconnu à l'intérieur même du code civil (art. 515-14 c. civ.). Pour ces deux raisons, il est donc choisi de continuer à définir l'acte comme *tout fait de l'homme*.

1. L'indifférence aux formes

243. Des mots et des gestes. L'exigence d'un acte peut prendre des formes très diverses et ne se réduit évidemment pas à la seule forme orale. Outre les mots prononcés à l'oral, il y a aussi les signes écrits — en particulier la signature —, mais aussi divers gestes ou actions [834], qu'il s'agisse du geste réalisé par un agent chargé de la circulation aéroportuaire, du « fait de laisser une voiture de place en stationnement dans un emplacement réservé, gaine du compteur non mise et chauffeur au volant » [835], du dépôt d'une gerbe de fleurs sur la tombe d'un maréchal [836], de l'exécution [837] ou même de l'inexécution d'un contrat [838], du bras levé lors d'un vote, etc. À côté des gestes humains, il ne faut pas non plus oublier, phénomène contemporain, le consentement relayé par l'action d'une machine [839] (mécanique ou informatique).

244. Le silence. Le silence peut également constituer une telle manifestation, dès lors qu'au regard d'un contexte donné — le perloctutoire dirait P. Amselek, reprenant les enseignements de la théorie du langage développée par John Austin — ce silence est analysé comme une volonté. Ainsi, en droit civil, le silence peut constituer l'acceptation d'une offre de contracter « lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation » [840]. De même, en droit pénal, lorsque des actes attentatoires à l'intimité de la vie privée « ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le consentement de ceux-ci est présumé » [841]. De même encore, en droit international public, le silence observé par un état, dans une hypothèse où il devrait

834. Rappr. A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, sous la dir. de J. Mestre, thèse de doct., 1992, PUAM, n° 62.

835. Cass., 1re civ., 2 déc. 1969, *Bull.,* I, n° 381, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006981178.

836. CE, *Association Comité tous frères*, 27 nov. 2000, n° 188431, *Rec. Lebon,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008042257.

837. L'exécution d'un contrat implique un effet un consentement antérieur au contrat, que cet acte d'exécution vient révéler. Cette solution est parfois prévue dans les contrat eux-mêmes, telles les clauses apposées aux dos des cartes de fidélité et indiquant que leur utilisation vaut acceptation des conditions générales du programme de fidélité ; *adde* les jurisprudences citées dans F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 123, note 1.

Cette exécution peut aussi être appréhendée — c'est moins souvent relevé — comme une renonciation au droit d'anéantir le contrat (cf. art. 1338 al. 2 ancien ou 1182 al. 2 nouveau), ce que semblent également confirmer, *a contrario*, quelques textes du droit de la consommation proscrivant l'exécution d'un contrat tant que le terme affectant le droit de rétractation n'est pas échu (rappr. G. Rouhette, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat » *in Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, n° 21). En effet, un tel commencement d'exécution pourrait être analysé par un magistrat comme une renonciation au droit de rétractation, ce que le législateur aurait voulu empêcher en interdisant l'exécution de ce contrat de consommation tant que le délai de repentir n'a pas expiré.

838. En ce sens M. Jaouen, *La sanction prononcée par les parties au contrat : Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, sous la dir. de D. Mazeaud, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2013, Économica, n° 153.

839. Sur cette hypothèse, cf. not. J. Huet, « Le consentement échangé avec la machine », *RJ. com.,* nov. 1995, n° 11, p. 124-132.

840. Cass., 1re civ., 24 mai 2005, n° 02-15.188, *Bull.*, I, n° 223, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007050259.

841. Art. 226-1 c. pén.

réagir, s'analyse comme un consentement [842]. En droit public également, où la règle selon laquelle silence vaut acceptation est désormais devenue le droit commun lorsque ce silence émane d'une personne publique [843].

Cette possibilité de voir dans le silence un acte volontaire ne résulte pas tant du pouvoir de l'ordre juridique de choisir quel comportement constitue une volonté, indépendamment de la volonté réelle [844], que du constat, fréquemment éprouvé, qu'un silence, lorsqu'il est univoque, peut constituer un acte volontaire [845]. Ainsi, dans les conseils centraux de l'Université Panthéon-Assas, la plupart des décisions sont prises suite au silence des représentants des différents corps électoraux. De manière peut-être critiquable [846], le président du conseil se contente de soumettre sa proposition au vote, en demandant s'il y a des oppositions ou des abstentions. En l'absence de geste — un bras levé généralement — marquant le choix d'un représentant pour l'opposition ou l'abstention, son silence signifiera la volonté de voter en faveur de la résolution proposée. Outre cet exemple anecdotique, pourrait être également cité le procédé du consensus en droit international public, forme d'acte parfois expressément mentionnée dans les traités internationaux [847]. L'absence de réaction négative d'un état à une proposition qui lui est faite sera alors analysée comme une volonté de créer les normes contenues dans la proposition.

2. L'indifférence aux auteurs de l'acte

245. Exposé d'une tendance restrictive. La lecture des ouvrages traitant de l'acte juridique laisse apparaître que bien souvent la doctrine exige de l'auteur d'un acte une certaine qualité. Ainsi, s'agissant de la doctrine privatiste, l'on constate que très souvent la qualification d'acte juridique est refusée aux volontés émises par des personnes détentrices d'une partie de la puissance publique (parlementaires, magistrats, membres de l'administration). Autrement dit, pour qu'une volonté puisse constituer un acte juridique, il faut, selon une partie importante des membres de cette doctrine, que cet acte soit le fait d'une personne privée [848]. Cette tendance se manifeste par exemple dans les ouvrages de droit privé qui opposent plus ou moins

842. Cf. A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, sous la dir. de J. Combacau, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2013, URL : https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/41976650-f1d7-4923-878a-0ab698df207b, n° 23, p. 30.
843. Art. L. 231-1 CRPA.
844. En ce sens, A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, sous la dir. de J. Combacau, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2013, URL : https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/41976650-f1d7-4923-878a-0ab698df207b, n° 23, p. 28.
845. Sur l'appréciation de ce caractère univoque, cf. *ibid.*, p. 596-628. *Adde* A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, sous la dir. de J. Mestre, thèse de doct., 1992, PUAM, n° 67, suggérant qu'un silence peut « prendre signification » aux yeux de ceux qui ont une « raison d'attendre que [l'auteur du silence] prenne une position ».
846. Une telle pratique aurait-elle pour effet, voire pour objet, de dissuader les individus en désaccord avec le projet de manifester leur opposition, surtout lorsque ces individus sont déjà statutairement dans une situation fragile par rapport aux membres éminents de ces conseils ?
847. Cf. le *Traité sur l'interdiction complète des essais nucléaire*, art. II, §22.
848. Pour un constat similaire de cette tendance restrictive, cf. Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, Tome 1, p. 368.

explicitement l'acte juridique à la loi ou au jugement [849].

Une tendance similaire se manifeste chez certains auteurs philosophes ou publicistes qui définissent l'acte juridique comme un acte social [850] d'autorité et refusent de voir dans l'acte émanant d'un particulier un acte juridique [851].

Ce phénomène ne concerne pas seulement la doctrine, il s'observe également dans la législation. Une recherche sur Légifrance, avec comme mot-clef acte juridique, permet ainsi de mettre à jour plusieurs textes dans lesquels la notion d'acte juridique est limitée à certains auteurs [852].

246. Critique de cette tendance. Ces perceptions de l'acte juridique nous paraissent injustifiées dans la mesure où, dans toutes les opérations pour lesquelles la qualification d'acte juridique est refusée (loi, décret, contrat, testament, jugement, etc), il est possible de discerner au moins un acte volontaire créant un effet de droit dans l'orde juridique, autrement dit la présence des éléments de qualification de l'acte juridique. Ces conditions étant réunies, cette qualification ne devrait pas être niée. Vouloir réserver la qualification d'acte juridique aux seuls actes de droit public, quand on est publiciste, ou aux seuls actes de droit privé, quand on est privatiste, ne nous semble donc guère pertinent et paraît témoigner de la tendance des juristes à se refermer sur leur spécialité. Il est heureux que, depuis quelques années, plusieurs auteurs

849. Not. J. Bonnecase, *Traité théorique et pratique de doit civil. Supplément*, Sirey, 1924–1925, Tome 1, n° 375 : « l'acte juridique n'est pas par lui-même générateur d'effets de droit au même titre que la loi ».

Cf. également les manuels d'introduction au droit qui donnent cette impression, soit parce qu'ils abordent l'acte juridique dans des rubriques consacrées au phénomène individuel du droit subjectif (G. Cornu, *Introduction au droit*, 13e éd., Montchrestien, 2007, nos 122 s.), soit parce qu'ils relient la loi au fait juridique, juste après avoir opposé acte juridique et fait juridique (Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, 14e éd., LexisNexis, 2013, n° 436), soit parce que les exemples d'acte juridique qu'ils donnent sont uniquement des actes juridiques émanant de personnes privées (F. Chabas, *Leçons de droit civil. Introduction à l'étude du droit*, 9e éd., Montchrestien, 1998, n° 259), soit enfin parce que leur propos est articulé autour du code civil (G. Cornu, *Introduction au droit*, 13e éd., Montchrestien, 2007, n° 123).

850. L'expression d'« acte social » semble avoir été lancée par Adolf Reinach en 1913 dans son article *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes* et qu'on retrouve dans l'ouvrage suivant : A. Reinach, *Les fondements* a priori *du droit civil*, Vrin, 2004. Elle a ensuite été notamment reprise par John Austin et d'autres philosophes puis juristes.

851. G. H. von Wright, *Norm and action*, Routledge et Kegan Paul, 1963, p. 75-76. Rappr. P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012, p. 266-268 où l'auteur, tout en admettant la qualification d'acte juridique, conteste cependant l'idée que cet acte puisse créer une norme juridique, ce qui revient à réintroduire une distinction entre les actes juridiques de droit public — créateurs de normes juridiques — et les actes juridiques de droit privé — qui ne créeraient pas de normes juridiques.

On relèvera que Philippe Jestaz, séduit par la pensée d'Amselek, s'est récemment fait l'écho de la définition de l'acte juridique retenue par ce dernier, mais qu'il n'a toutefois semble-t-il pas repris cette idée que le contrat ne produirait pas de norme juridique (Ph. Jestaz, « Une révolution inaperçue, à propos de l'acte juridique », *RTD Civ.,* 2014).

852. Cf. art. L. 711-14 et L. 711-16-1 CMF ; art. 1 de l'arrêté du 12 octobre 1994 portant dispositions relatives à la création et à la diffusion de la base de données informatisée du Journal officiel des lois et décrets ; art. 24 de la loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité. D'autres textes utilisent en revanche l'expression « acte juridique de droit privé », suggérant par là que la notion s'applique également aux actes juridiques des personnes publiques. Cf. not. art. 7 du décret n° 2010-1367 du 11 novembre 2010 relatif à l'Etablissement public du château, du musée et du domaine national de Versailles.

se soient émancipés de cette tendance restrictive [853] et l'aient parfois dénoncée [854].

Ces tendances restrictives sont cependant si profondément ancrées dans la doctrine, surtout privatiste, que l'on pourrait douter que se produise un changement de paradigme. En effet, ces tendances étaient, semble-t-il, déjà présentes lors de la genèse du concept d'acte juridique dans la doctrine allemande du XVIIIe siècle et elles ont perduré en France lorsque le concept d'acte juridique y a pénétré à la fin du XIXe siècle, sous l'influence du BGB. Pourtant, il est possible de relativiser cet héritage et ainsi de mieux s'en dégager.

S'agissant tout d'abord des origines du concept d'acte juridique, nous avons montré, en introduction [855], qu'il était douteux que ce concept trouve sa source dans la doctrine allemande, dans la mesure où Thomas d'Aquin en avait déjà dégagé les bases *via* sa théorie de l'acte humain. Cette filiation du concept a son importance dans la mesure où si Thomas d'Aquin est bien le père fondateur du concept d'acte juridique, il n'est plus possible de légitimer par l'histoire les conceptions restrictives de l'acte juridique précitées [856]. En effet, alors que la théorie développée par Daniel Nettelbladt oppose les « actes juridiques » aux « lois positives » [857], autrement dit oppose les actes de droit privé aux actes de droit public, celle de Thomas d'Aquin, de cinq siècles antérieure, considère bien la loi comme l'un des actes humains [858]. Où l'on voit qu'un retour à l'histoire, loin de légitimer cette séparation des actes de droit privé et des actes de droit public, permet au contraire de dévoiler leur profonde unité d'actes humains [859].

853. Dans une approche plutôt théorique de l'acte juridique, cf. not. F. Terré, *Introduction générale au droit*, 9e éd., Dalloz, 2012, n° 219 ; Ph. Jestaz, « Une révolution inaperçue, à propos de l'acte juridique », *RTD Civ.,* 2014, p. 67. Dans une approche plutôt pratique, à propos de l'acte d'investissement, cf. A. Tehrani, *Les investisseurs protégés en droit financier*, sous la dir. de T. Bonneau, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2013, n°s 415-429, spé. 426-428.

854. Not. Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, Tome 1, p. 402 ou J.-L. Aubert et É. Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 15e éd., Dalloz, 2014, n° 211. Voir déjà É. Durkheim, *De la division du travail social*, thèse de doct., Faculté des lettres de Paris, 1893, Félix Alcan, url : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56859610, p. 235, estimant qu'« il n'y a donc qu'une différence de degrés entre la loi qui règle les obligations qu'engendre le contrat et celles qui fixent les autres devoirs des citoyens ».

855. Cf. *supra* n°s 12 à 14.

856. Pour une critique récente de cette instrumentalisation de l'histoire du droit, cf. N. Laurent-Bonne et N. Cornu-Thénard, « Projet éditorial », *Tribonien,* 2018.

857. D. Nettelbladt, *Systema elementare iurisprudentiae positivae Germanorum*, Halae, 1781, url : http://books.google.fr/books?id=iNJDAAAAcAAJ&pg=PA133&dq=inauthor:nettelbladt+actibus&hl=fr&sa=X&ei=7wUYVJvSJoXZat_8gYgH&ved=0CCAQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false, § 152, p. 82. Il semble que cette attitude se retrouvait déjà dans l'œuvre de Richard Zouche qui est parfois vu comme un précurseur de Nettelbladt : R. Zouche, *Elementa jurisprudentiae, definitionibus : Regulis et sententiis selectionoribus juris civilis, illustrata*, Elsevier, 1652, url : http://books.google.fr/books?id=-WtEAAAAcAAJ&dq=richard%20zouche%20elementa%20jurisprudentiae&hl=fr&pg=PP11#v=onepage&q&f=false.

858. Les Questions de la *Somme théologique* consacrées à la Loi (Questions 90-108) font en effet partie d'une rubrique plus large consacrée aux Principes des actes humains (Questions 22-114). Quant aux contrats, si Thomas d'Aquin ne consacre pas à leur égard de questions spécifiques, il les utilise dans de nombreuses illustrations. Cf. not. l'Article 2 de la Question 60 où, s'intéressant aux vertus morales des actes humains, il prend l'exemple de la vente, qualifiée de contrat plus loin dans le texte (Question 105, Article 2, 3e objection).

859. Cette unité n'implique pas, assurément, uniformité et l'on conçoit pleinement que des actes dits « publics » puissent obéir à des règles propres, distinctes de celle des actes « privés ».

Quant au maintien de ces tendances restrictives, lors de la pénétration du concept d'acte juridique en France, il s'explique par la réponse qu'ont donnée les juristes français à la question de savoir s'il y avait unité ou dualité de l'acte juridique. En effet, lorsque le concept d'acte juridique a été introduit en France à la fin du XIXe et au début du XXe siècle [860], la doctrine française s'est rapidement posée la question de savoir si ce concept était identique en droit privé et en droit public. Malgré le plaidoyer pour l'unité, développé notamment par Duguit et Demogue [861], c'est la thèse de la dualité, défendue à ses débuts par Bonnecase [862] et Jèze [863], qui l'a emporté [864]. Or, retenir une conception dualiste de l'acte juridique, c'est retenir également une conception restrictive de l'acte juridique vis-à-vis de ses auteurs. En effet, cette conception conduit un privatiste à refuser la qualification d'acte juridique à un acte de droit public et, réciproquement, un publiciste à refuser cette qualification à un acte de droit privé. Ce qui revient donc à restreindre le champ d'application de l'acte juridique.

Ce choix qui a été fait lors de l'introduction en France du concept d'acte juridique ne nous apparaît nullement définitif. Il a été réalisé en considération d'éléments conjoncturels qui nous semblent bien moins prégnants aujourd'hui. D'où la possibilité d'une remise en cause de ce choix. À ce titre, il y a lieu de rappeler que le débat sur l'unité ou la dualité de l'acte juridique a été tranché à une époque où l'opposition idéologique entre le droit public et le droit privé était très forte. Rappelons qu'alors les privatistes étaient tout imprégnés de l'idée selon laquelle le droit privé était régi en grande partie par l'autonomie de la volonté [865], alors que les publicistes voyaient partout la nécessité de déroger au droit commun pour construire un droit propre à l'administration, en tenant compte des spécificités du service public ou de la puissance publique. Or, ces oppositions paraissent moins prégnantes aujourd'hui, du fait notamment du développement spectaculaire du droit des contrats administratifs, lequel conduit les publicistes à rapprocher le contrat de droit public du contrat de droit privé [866], du transfert d'un pouvoir de réglementation aux personnes privées [867] ou encore de la régression importante du dogme

860. Sur la pénétration de la doctrine de l'acte juridique en France, cf. les références citées *supra* n° 12, note 98.

861. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel : La règle de droit — Le problème de l'État*, 3e éd., Boccard, 1927, §32, p. 331 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Arthur Rousseau, 1923, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65173531/f17.image, n° 26.

862. J. Bonnecase, *Traité théorique et pratique de doit civil. Supplément*, Sirey, 1924–1925, Tome 2, nos 256-267.

863. G. Jèze, *Cours de droit public. Le fonctionnement des services publics*, Giard, 1923, p. 154 s. cité par Bonnecase.

864. Ainsi, lorsqu'en 1971 Jean Hauser rédige sa thèse sur l'acte juridique, il justifie la limitation de son sujet au seul droit privé, au motif notamment que la thèse de l'unification reste toujours très discutée (J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, sous la dir. de P. Raynaud, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ, n° 12). Autrement dit, pour J. Hauser, il faut s'en tenir au *statu quo*, à savoir la dualité de la théorie de l'acte juridique. *Adde* C. Brenner, « Acte juridique » *in Répertoire civil*, janv. 2013, Dalloz, n° 8.

865. Sur l'importance de cette théorie à l'époque, cf. *supra* note n° 430.

866. Cf. not. L. Marcus, *L'unité des contrats publics*, sous la dir. de P. Delvolvé, thèse de doct., 2010, Dalloz.

867. Rappr. M. Hecquard-Théron, *Essai sur la notion de réglementation*, sous la dir. de J.-A. Mazères, thèse de doct., Université de Toulouse, 1977, LGDJ, p. 135 : « La présence d'actes unilatéraux à portée générale en droit privé révèle les insuffisances d'une analyse qui enferme la réglementation dans les limites du droit public ».

de l'autonomie de la volonté parmi les privatistes. Dès lors, l'on peut espérer que le contexte actuel soit propice à une adhésion de la doctrine à la thèse de l'unité de l'acte juridique, ce qui permettrait l'abandon de cette conception restrictive tenant à l'auteur de la volonté.

B. Justifications du signifiant choisi

247. Rejet des terminologies concurrentes. Pour signifier la présence d'un *fait de l'homme*, premier critère de qualification de l'acte juridique, d'autres termes que le mot « acte » auraient pu être utilisés :

— Celui de « déclaration », qui fut historiquement utilisé pour définir l'acte juridique et qui est encore conservé en Allemagne dans le BGB [868] ;

— Celui de « manifestation » qui, en France, a progressivement remplacé le terme de déclaration, semble-t-il sous l'influence de Raymond Saleilles [869] et des dictionnaires juridiques [870] ;

— Celui d'« action », plus rarement employé [871] et que nous avons suggéré dans un premier temps pour supplanter le terme de manifestation.

Aucune de ces trois expressions n'a cependant paru convenir. L'expression « déclaration de volonté », tout d'abord, présente ce défaut de suggérer, comme nous l'indiquait Rodolfo Sacco lors d'un entretien informel [872], que la volonté aurait été manifestée oralement ou éventuellement

868. Le mot allemand *Willenserklärung* est en effet traduit par l'expression déclaration de volonté.

869. Celui-ci écrit en effet : « on pourrait se demander si l'expression de Déclaration de volonté n'est pas susceptible de prêter à équivoque, en ce sens qu'elle semblerait impliquer une volonté personnellement déclarée, c'est-à-dire adressée à la personne qu'elle concerne ou qu'elle intéresse ; alors que, d'après le nouveau Code civil, et c'est même l'une des distinctions fondamentales qu'il consacre en cette matière, il y a des déclarations de volonté qui n'ont pas besoin d'être adressées directement à l'intéressé, ni reçues par lui (art. 130). Aussi semblerait-il que le mot manifestation de volonté eût été plus exact » (R. Saleilles, *De la déclaration de Volonté : Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Pichon, URL : http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%2222051%22, p. 1-2). Il ne semble pas qu'avant ces propos de R. Saleilles le mot « manifestation » était utilisé en France. Ainsi, dans son ouvrage de 1898, qui est l'un des tout premiers à évoquer dans le détail la théorie de l'acte juridique, René Capitant parle de « déclaration de volonté », sans nullement mentionner ce débat terminologique (H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil. Notions générales*, Pedone, 1898, URL : http://visualiseur.bnf.fr/CadresFenetre?O=NUMM-5455308&M=notice, p. 209). En revanche, plus tard, dans son ouvrage paru avec Ambroise Colin, le terme « déclaration » disparaît pour faire place aux termes « acte » ou « manifestation » (A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 3e éd., 1921, p. 61).

870. Les principaux dictionnaires juridiques utilisent en effet le mot « manifestation ». Cf. *Vocabulaire juridique*, sous la dir. de G. Cornu, 8e éd., PUF, 2007 ou *Lexique des termes juridiques*, sous la dir. de S. Guinchard et T. Debard, 17e éd., Dalloz, 2010. Où l'on voit l'éminente dimension normative des vocabulaires, que paraît pourtant nier Gérard Cornu lorsqu'il indique, en préface du vocabulaire qui porte désormais son nom, que la première directive qu'il a suivie pour les définitions était de « [s]e soumettre à l'usage » (*Vocabulaire juridique*, sous la dir. de G. Cornu, 8e éd., PUF, 2007, p. X).

871. Comp. cependant J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, sous la dir. de P. Raynaud, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ, n° 8 : « l'acte juridique est "action" et qui dit action, dit déroulement du temps, modification, équilibre et déséquilibre ».

872. Paris, 29 janv. 2015. Que Bénédicte Fauvarque-Cosson soit ici remerciée pour avoir rendu possible cette rencontre.

par écrit. Or, ce serait là restreindre considérablement les formes que peut prendre le fait de l'homme, nous l'avons vu [873].

Le mot « manifestation » ne paraît pas non plus souhaitable car, comme cela a été vu [874], ce mot, combiné avec celui de volonté, exprime « des vues très confuses, des intuitions mal clarifiées » [875].

Le mot « action », enfin, s'il exprime assez clairement le sens recherché, présente cet inconvénient d'appartenir déjà à la science juridique dans un sens différent de celui qu'il pourrait ici avoir. L'action renvoie avant tout à l'activité déployée devant un tribunal pour faire valoir ses droits. Qu'on songe par exemple aux actions réelle, résolutoire, provocatoire, mobilière, paulienne, etc. Dès lors, mieux vaut éviter l'ajout d'un nouveau sens au mot « action » et préférer en conséquence le mot acte qui n'a pas cette connotation processuelle.

248. Avantage de la terminologie choisie. Si le mot d'acte a été choisi, ce n'est pas seulement parce qu'il échappe aux écueils rencontrés par les trois autres termes. Ce mot a également quelques avantages propres.

D'abord, ce terme assure une continuité entre l'expression définie (acte juridique) et les éléments même de définition. Il paraît également possible d'y voir une forme de continuité [876] entre l'acte juridique et son créateur, désigné couramment par le terme d'auteur [877] : *acte* et *auteur* semblent en effet procéder d'une même racine [878]. Or, cette continuité permet d'insister sur ce point fondamental que l'acte juridique désigne l'acte et non la norme. Grâce à cette répétition, que d'aucuns pourraient considérer comme une erreur de style, se trouve ainsi évitée l'un des problèmes structurels de la définition actuelle qui, usant du mot manifestation, relativement équivoque, conduit l'auditoire à retenir son attention sur la norme et à oublier l'acte volontaire qui se trouve « manifesté ».

En outre, malgré son caractère sans doute peu habituel, le terme d'acte peut se parer d'une certaine légitimité historique. En effet, ce terme a été assez tôt utilisé en France comme

873. Cf. *supra* n°s 243-244.
874. Cf. *supra* n° 238.
875. P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012, p. 337.
876. L'on pourrait nous reprocher d'adopter ici une définition tautologique. La critique serait néanmoins mal fondée car elle occulterait le fait que nous cherchons moins à définir l'acte que l'acte juridique, de sorte qu'il n'est nullement tautologique que le terme acte revienne aussi dans la définition qui tente d'expliciter ce que recouvre cette expression. Plutôt qu'une tautologie, il faudrait plutôt parler de synecdoque, procédé dont un auteur a pu prétendre qu'elle serait typiquement française (G. Monateri, « Règles et technique de la définition dans le droit des obligations et des contrats en France et en Allemagne : la synecdocque française », *RIDC,* 1984, vol. 1).
877. Ce terme d'« auteur » est au demeurant bien préférable à celui de « partie » qui ne fonctionne que pour les actes juridiques contractuels. En ce sens A. Tehrani, *Les investisseurs protégés en droit financier*, sous la dir. de T. Bonneau, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2013, n° 415.
878. Certes, acteur renvoie *a priori* plutôt à *auteur*, cependant ces deux mots ont été parfois dans l'histoire pris l'un pour l'autre. Cf. l'étymologie 1. a) donnée par le *Trésor de la langue française*, *V^{o}* acteur, où il est indiqué que le mot acteur pouvait désigner au XIIIe siècle l'auteur d'un livre.

synonyme des mots déclaration ou manifestation [879] et l'usage s'est depuis maintenu, tant chez les privatises que les publicistes [880].

Ajoutons pour finir qu'a été ici fait le choix d'utiliser le mot « acte », sans que lui soient adjoints les mot « de langage » ou « social d'autorité » proposés par Paul Amselek [881]. Le rejet de l'expression « acte de langage » s'explique par le fait qu'en adjoignant cette précision, il paraît plus délicat d'intégrer les silences à la catégorie des actes concernés. En effet, le langage est généralement défini comme la capacité de s'exprimer au moyen de mots, de signes graphiques ou de geste, ce qui ne comprend pas le silence [882]. Quant à l'expression « acte social d'autorité », les raisons de son rejet sont doubles. D'une part, si l'adjectif *social* est utile en ce qu'il permet de comprendre que l'acte juridique intervient au sein d'une collectivité, cette précision est rendue inutile sitôt qu'on précise, comme c'est le cas dans la définition provisoire proposée, que cet acte prend place *dans un ordre juridique*. D'autre part, le terme « autorité » vient introduire une restriction du sens du mot acte, puisqu'il suggère que seules des autorités pourraient produire des actes juridiques, ce qui correspond à une conception restrictive de l'acte juridique précédemment dénoncée [883].

249. Anticipation des critiques faites au mot acte. Le choix de recourir au mot acte plutôt qu'à d'autres termes concurrents, en particulier celui de manifestation qui vient d'être consacré dans l'article 1100-1 nouveau du code civil, ne manquera pas de soulever quelques résistances de la part des auteurs de droit privé. Il est probable que ceux-ci attaqueront le choix du mot acte sur les deux terrains suivant. D'abord, il pourrait être reproché au terme « acte » d'être incapable d'englober les silences, contrairement à ce que nous avons prétendu plus haut. Ensuite, il pourrait lui être reproché d'entretenir l'ambiguïté entre l'*instrumentum* (qu'on retrouve dans l'expression « acte authentique ») et le *negotium*.

S'agissant tout d'abord de la première critique, si nous convenons volontiers que le mot « acte » ne semble pas, à première vue, pouvoir désigner des silences, il convient néanmoins de souligner qu'une difficulté semblable se pose pour les autres mots. Qu'il s'agisse des termes « manifestation », « déclaration » ou « action », tous paraissent impliquer une action positive. Pourtant cela n'a jamais empêcher les auteurs de parler de volonté tacite ou de manifestation

879. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 3e éd., 1921, p. 61 ; L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel : La règle de droit — Le problème de l'État*, 3e éd., Boccard, 1927, §31, p. 325 et 330.

880. Cf. G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations, Tome 1 : Les sources*, 2e éd., 1988, n° 21 ; Ch. Larroumet, *Les obligations. Le contrat. 1re partie : conditions de formation*, Économica, 2007, n° 71 et P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012, p. 352, où l'auteur parle d'acte de paroles ou d'acte social d'autorité.

881. *Ibid.*, p. 351.

882. P. Amselek, qui promeut cette terminologie, reconnaît implicitement que le silence ne saurait constituer un acte de langage puisqu'il indique que les actes de langages sont « effectués avec des paroles prononcées ou écrites, sous la réserve des cas tout à fait marginaux où ils sont accomplis avec des succédanés de paroles, comme dans l'exemple des actes d'autorité gestuels des agents de police de la circulation » : *ibid.*, p. 351-352.

883. Cf. *supra* n° 246.

tacite[884]. En outre, comme l'écrit René Demogue, la vie elle-même est une « activité permanente »[885], de sorte qu'il n'est pas absurde de voir dans un silence un acte humain, quand bien même cet acte humain n'aurait pas entraîné de vibration des cordes vocales pour marquer une approbation.

Quant à la deuxième critique, elle repose sur l'idée qu'il faudrait avant tout réserver le mot « acte » pour désigner le *negotium*, c'est-à-dire les normes plutôt que l'instrument par lequel ces normes sont créées. Or, telle n'est nullement la conception de l'acte juridique que nous avons défendue plus haut. En effet, c'est justement pour éviter cette confusion de la procédure et de la norme que nous avons pris le parti d'utiliser le mot acte. Par ce mot, il s'agissait de montrer que l'acte juridique est seulement un acte, une procédure et non la norme découlant de cette procédure. Par conséquent, le fait que le terme d'acte soit, dans la pratique des juristes de droit privé, également utilisé pour désigner un *instrumentum* n'est nullement un problème. C'est au contraire un avantage qui vient renforcer la pertinence du choix opéré de limiter l'acte juridique à la procédure de création de norme, procédure qui peut notamment passer par la rédaction d'un écrit signé par l'auteur de l'acte juridique

§ 2. Le critère de la volonté

250. Justification de ce critère. Lorsque nous nous sommes intéressés plus haut à la place de la volonté dans la définition de l'acte juridique, il a été indiqué que si l'intention de créer des effets de droit n'était pas un élément de définition de l'acte juridique, la volonté restait elle, en revanche, bien un critère de qualification[886].

Cette exigence de la volonté peut être justifiée par deux raisons. La première, c'est qu'il est patent que tous les actes ne sont pas reconnus dans l'ordre juridique comme des « actes juridiques », seuls le sont ceux qui sont *perçus* comme étant le fruit d'une volonté, peu importe qu'en réalité — à supposer qu'on puisse *réellement* scruter la pensée des sujets agissant — une telle volonté n'existe pas. La deuxième, c'est qu'au stade du régime de l'acte juridique, la volonté joue un rôle indéniable. Il sera vu, en effet, qu'en cas de « vice » de cette volonté, il est possible de revenir sur les normes que l'acte volontaire a créées dans l'ordre juridique[887]. Or, comment comprendre que la volonté intervienne au stade du régime juridique, si elle n'est pas un élément de définition de l'acte juridique ?

Ce critère ayant été justifié, apportons quelques précisions sur son sens (**A.**) et sur le terme choisi pour le figurer (**B.**).

884. Cf. not. F. Dreifuss-Netter, *Les manifestations de volonté abdicatives*, thèse de doct., 1985, LGDJ, n° 51.
885. R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Arthur Rousseau, 1923, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65173531/f17.image, http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65173531/f317.image299.
886. *Supra* n° 177.
887. Cf. *infra* not. n° 528.

A. Précisions sur le signifié

251. Définition. La volonté c'est, d'après le *Trésor de langue française*, la faculté d'un être vivant de se déterminer, en fonction de motifs rationnels, à faire ou ne pas faire quelque chose [888]. Parmi ces motifs rationnels figure notamment la prise en compte du résultat de son action. C'est là un élément important qui permet de distinguer l'acte volontaire de l'acte non volontaire. Dans l'acte instinctif, par exemple, l'individu réagit à une stimulation extérieure de manière presque automatique et sans mesurer les conséquences de ses actes.

252. Rappel d'une tendance restrictive. Comme pour le critère de l'acte, le critère de la volonté fait parfois l'objet d'approches restrictives puisque, pour une majorité de la doctrine, il n'y a de volonté que si son auteur a eu en vue les résultats juridiques de son action. Cette tendance a déjà été longuement critiquée plus haut [889], inutile d'y revenir.

253. Une ou plusieurs volontés. Les définitions communes de l'acte juridique mentionnent généralement que l'acte juridique peut être le fruit d'une ou plusieurs volontés. Comme ceci sera expliqué plus loin [890], c'est là une proposition discutable. Dès lors, la volonté dont il sera question sera toujours la volonté d'une seule personne.

B. Justifications du signifiant choisi

254. Plan. Si le mot de volonté se trouve dans la très grande majorité des définitions de l'acte juridique, quelques mots proches sont parfois employés — ou seraient susceptibles de l'être — pour désigner cette faculté de se déterminer rationnellement. Tel est le cas des mots « intentionnalité » ou « consentement ». Ces termes concurrents ne semblent toutefois pas avoir exactement le même sens que le mot de volonté, ce qui justifie leur rejet.

255. Le rejet du terme « intentionalité ». Partant du constat que la volonté, c'est notamment la faculté de déterminer rationnellement le résultat d'une action, certains auteurs soulignent que l'acte volontaire est un acte intentionnel, c'est-à-dire tendu vers une fin. Cela les conduit parfois à proposer de remplacer le mot « volonté » par celui d'« intentionnalité » [891]. Il n'est pas certain toutefois que le vocable proposé soit heureux, du moins dans la langue juridique qui se doit d'éviter la polysémie lorsque cela est possible [892]. En effet, le terme d'intention a déjà un sens particulier en droit de la responsabilité (civile ou pénale). Dès lors, remplacer volonté par intentionnalité pourrait être source de confusion. En outre, le terme de volonté ne

888. http://www.cnrtl.fr/definition/volont%C3%A9.
889. Cf. *supra* n°s 151.
890. *Infra* n°s 331.
891. Ch. Grzegorczyk, « L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit », *Droits,* 1988, vol. 7.
892. Sur la polysémie en droit, cf. G. Cornu, *Linguistique juridique*, 3e éd., Montchrestien, 2005, n°s 20-23. L'auteur y défend notamment l'idée que la polysémie n'est pas forcément néfaste, elle ne le devient que lorsqu'existent des chevauchements de sens et donc des risques de contrariété. Or tel serait le cas dans notre hypothèse si le mot intentionnalité venait à être préféré à celui de volonté.

pose pas de problème spécifique qui justifierait qu'on le remplace par un autre terme, qui plus est peu usité.

256. Le rejet du terme « consentement ». Le terme de consentement est parfois employé par les auteurs comme synonyme de la volonté voire, parfois, comme un substitut nécessaire[893]. Si le mot « volonté » a été choisi au lieu du mot « consentement », c'est pour éviter plusieurs ambiguïtés. D'une part, le mot « consentement » suggère une pluralité d'auteurs[894]. Étymologiquement, en effet, le consentement c'est ce qui a été senti avec, *cum sentum*, d'où le verbe *consentire* signifiant, nous dit le *Gaffiot*, être de « même sentiment, être d'accord ». Or, l'acte juridique ne se réduit assurément pas au contrat, communément perçu comme un acte juridique à deux auteurs. Existent aussi des actes unilatéraux. Dès lors, choisir le terme *consentement* aboutirait à une restriction injustifiée de l'extension du concept d'acte juridique.

D'autre part, l'utilisation du mot « consentement » peut être source de confusions lors de la mise en œuvre de ce critère dans une situation concrète. En effet, compte tenu de l'existence d'une théorie des vices du consentement, qui constitue, nous le verrons, un élément du régime de l'acte juridique, l'usage du mot « consentement », au stade de la qualification, pourrait laisser à penser que c'est non seulement l'existence du consentement qui doit être vérifiée, mais encore son intégrité. C'est ainsi par exemple que, à propos de l'étude de la relation médicale, nous avons vu comment l'absence d'un consentement libre et éclairé était parfois invoquée pour nier l'absence d'un consentement et par là la qualification contractuelle[895]. Or, les concepts de volonté et de vice du consentement constituent deux choses différentes[896]. Au stade de la qualification, peu importe la qualité de la volonté. Que la volonté soit viciée par une violence ou un dol n'enlève rien au fait que la personne a bien exprimé un « oui ». Une chose est l'existence même de ce « oui », une autre est l'éventuelle efficacité de ce « oui ». Autrement dit, au stade de

893. Cf. G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, sous la dir. de R. Rodière, thèse de doct., Paris, 1965, n° 182, p. 556-557 où l'auteur, estimant que la volonté dont le droit tient compte n'est pas la volonté réelle, trouve préférable de désigner le phénomène par un mot distinct, celui de consentement.

894. Rappr. *ibid.*, n° 107 ou M. Poumarède, *Droit des obligations*, 3e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2014, n° 108.

895. *Supra* nos 104 s.

896. Sur la distinction entre l'existence du consentement et son intégrité, cf M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations : 1 - Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., PUF, 2012, p. 317 ou encore J. Carbonnier, *Droit civil*, PUF, 2004, n° 956, indiquant (nous soulignons) : « Si l'une des parties n'a pas décidé en connaissance de cause, ou a subi une pression, son consentement, sans être inexistant, est vicié, et le contrat est annulable ». *Adde* E. Palvadeau, *Le contrat en droit pénal*, sous la dir. de V. Malabat, thèse de doct., Bordeaux IV, 2011, nos 79-81, qui relève notamment (n° 81) qu'à faire de l'intégrité du consentement une « condition de l'élément contractuel », on en arriverait à « empêcher la constitution de l'infraction dans la plupart des cas ». Comp. Ph. Chauvel, « Consentement » *in Répertoire civil*, Dalloz, 2007, n° 7, écrivant : « Pour mériter le nom de "consentement", la volonté doit émaner d'un esprit sain, s'extérioriser et se proposer un objet juridique ».

La distinction n'est pas seulement doctrinale, on la retrouve aussi en jurisprudence même si, pendant un temps, la Cour de cassation a retenu une conception ambiguë de l'existence, où cette dernière se rapportait moins à la qualification de l'acte, qu'à la particulière gravité du vice l'affectant (cf. not. Cass., 1re sect. civ., 17 oct. 1955, *Bull.*, n° 342, qui semble mettre sur le même plan existence de la volonté et validité du consentement). Depuis lors, une partie de la jurisprudence semble s'être émancipée de cette confusion (cf. les références citées dans E. Palvadeau, *Le contrat en droit pénal*, sous la dir. de V. Malabat, thèse de doct., Bordeaux IV, 2011, notes n° 436 et 522), tandis qu'une autre continue à les entretenir (cf. *infra* nos 482 s.).

la qualification, la question est seulement de savoir si une volonté a été exprimée. Est seconde la question de savoir si cette volonté, eu égard à son intégrité, peut valablement produire un effet dans l'ordre juridique. Méconnaître ce point, c'est méconnaître la distinction évoquée plus haut entre l'existence de l'acte juridique et la validité des normes produites [897].

§ 3. Le critère de l'ordre juridique

257. Justification de cette exigence. La référence à l'expression « ordre juridique » dans la définition de l'acte juridique n'est pas chose fréquente, peut-être car cette précision paraît tellement aller de soi que les auteurs ne jugent guère utile de la préciser [898]. Ainsi, comme le relève un auteur, « on ne conçoit guère de règle juridique isolée, non intégrée à un "système" normatif » [899]. Il n'est pas certain toutefois que cette idée soit bien pertinente. D'une part car il est possible d'imaginer quelques situations où existerait un acte normatif, sans que pour autant celui-ci puisse être qualifié d'acte juridique, faute de prendre place dans un ordre juridique. D'autre part, car, comme l'avait semble-t-il déjà relevé Jérémy Bentham [900], les organes de l'ordre juridique ont un rôle déterminant dans l'appréciation des conditions de qualification de l'acte juridique, de sorte qu'il paraît légitime de mentionner cet ordre dans la définition de l'acte juridique. Revenons sur ces deux arguments.

S'agissant d'une part des actes normatifs non intégrés à un ordre juridique, ceci survient dans au moins deux hypothèses. L'une en droit international privé, l'autre en droit du commerce international.

S'intéressant à la qualification du contrat en droit international privé, Bernard Haftel a montré que lorsqu'un juge est saisi d'un litige où se pose la question de la qualification du contrat, ce juge ne doit pas, à ce stade de l'analyse, rechercher si l'accord de volonté qu'il observe est créateur de normes *juridiques*. Pour B. Haftel, la relative neutralité que doit avoir l'opération de qualification implique pour le juge du for d'adopter une approche large du contrat, où celui-ci est seulement défini comme un accord de volonté créateur de normes, peu important

897. Cf. *supra* n° 193.

898. L'idée d'une conformité du contrat à l'ordre public ne paraît en effet pas très éloignée de l'idée suivant laquelle le contrat s'insère au sein d'un ordre juridique. On pourrait d'ailleurs se demander si le concept d'ordre juridique n'aurait pas vocation à remplacer celui, plus ancien d'ordre public. Le rapprochement est parfois fait en doctrine : *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, sous la dir. de A.-J. Arnaud, 2e éd., LGDJ, 1993, *V° ordre*, n° 4.

899. A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *D.*, 1990, p. 9.

900. D. Deroussin, « Bentham, l'utilitarisme et le contrat » *in Histoire, théorie et pratique du droit. Études offertes à Michel Vidal*, Presses universitaires de Bordeaux, 2010, p. 450 : « Les juristes, écrit Bentham, ont l'habitude de tenir alors le contrat pour nul en lui-même, intrinsèquement. L'expression est à ses yeux, trompeuse : un contrat n'est jamais nul ou valide en lui-même, pour la raison (évoquée plus haut) qu'il n'a d'existence qu'au regard du droit positif, à travers lui. Il n'y a pas de figure *en soi* du contrat s'imposant d'elle-même. C'est donc la loi qui, selon les circonstances (s'il en résulte plus de mal que de bien), valide ou invalide le contrat ». Pour le texte original, cf. J. Bentham, « Principles of the civil code » *in The Works of Jeremy Bentham*, t. 1, John Bowring, 1810, p. 333.

le point de savoir si ces normes sont ou non *juridiques*, au sens d'insérées dans un ordre juridique. Si ces conditions de qualification du contrat *lato sensu* sont retenues alors, indique B. Haftel, le juge peut retenir la qualification contractuelle et faire application des règles relatives au conflit de loi pour déterminer la loi applicable au « contrat », loi qui sera donc la *lex causae*. Ceci fait, dit B. Haftel, le juge doit ensuite rechercher si, selon la *lex causae*, l'objet examiné est bien *stricto sensu* un contrat dans l'ordre juridique considéré, c'est-à-dire un accord de volonté créateur de normes *juridiques*[901]. Si l'on transpose ce raisonnement à l'acte juridique en général, il apparaît qu'en droit international privé, lorsqu'un juge est saisi d'un objet susceptible de constituer un acte juridique dans un ordre juridique, il se pose d'abord la question de savoir si cet objet est un acte normatif, autrement dit un acte volontaire créateur de normes, sans égard à la reconnaissance de ces normes dans un ordre juridique. Si la réponse est positive, alors ce juge recherchera la loi applicable à cet acte normatif et il appartiendra ensuite à cette loi de déterminer si cet acte normatif est bien, dans son ordre, un acte juridique.

Un deuxième exemple d'acte normatif se trouve en droit du commerce international. En effet, il arrive que les parties à un contrat international ne cherchent nullement à établir leur contrat au sein d'un ordre juridique donné, compte tenu du caractère international de leur situation. Elles préfèrent rédiger « un contrat sans loi » et désigner un arbitre pour régler le conflit qui pourrait survenir entre elles. Si d'aventure survient un conflit et qu'une décision arbitrale est prise, ce n'est qu'au moment de l'exécution de cette sentence que le contrat à propos duquel le conflit est né pourra se voir reconnaître, avec la décision arbitrale qui s'appuie sur lui, la nature d'acte juridique. En effet, ce n'est qu'à ce moment là que ce contrat se trouvera intégré dans l'ordre juridique. Avant cette date, ce contrat paraît n'être qu'un acte normatif. Où l'on voit donc l'intérêt de préciser que l'acte juridique s'insère dans un ordre juridique.

D'autre part, faire figurer l'ordre juridique dans la définition même de l'acte juridique permet de souligner l'importance du regard porté par les organes de l'ordre juridique lors du processus de qualification de l'acte juridique. En effet, ce sont toujours les organes[902] de l'ordre juridique qui décideront si existe un acte volontaire et une norme et si celle-ci résulte bien de celui-là.

901. B. Haftel, *La notion de matière contractuelle en droit international privé : Étude dans le domaine du conflit de lois*, sous la dir. de D. Bureau, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2008, n°s 129 et 302 à 304.

902. Les auteurs ont parfois tendance à ne s'intéresser qu'à certains organes de cet ordre en laissant de côté les sujets de droit. F. Collart-Dutilleul, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique ? » *in La nouvelle crise du contrat*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 230 : « le contrat est un accord de volontés que la loi et/ou le juge reconnaissent autoritairement comme tel et qu'ils soumettent au droit des contrats ». Rappr. G. Mouy, *Les effets différés de l'acte juridique*, sous la dir. de G. Viney, thèse de doct., Université Paris 1, 2007, n° 33 : « la volonté constitutive du contrat est toujours définie par le législateur ou le juge, c'est-à-dire par une autorité (ou une norme) extérieure au contrat ». Certains auteurs suggèrent parfois qu'il faudrait s'en tenir à la seule perception qu'en a le juge (A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, sous la dir. de J. Mestre, thèse de doct., 1992, PUAM, n° 855). Or l'on ne saurait faire abstraction de la croyance légitime des simples sujets de droit, laquelle est souvent mobilisée par les juges pour déterminer si un contrat existe ou non (cf. not. *supra* note n° 558).

Certes, dans une vision moniste et intemporelle[903] de l'ordre juridique, cette condition n'est guère mise en relief, car il n'est qu'une seule manière d'analyser juridiquement un acte donné. En revanche, sitôt que l'on adopte une vision pluraliste et temporelle de l'ordre juridique, où le regard porté sur l'acte peut changer d'un ordre juridique à l'autre ou, au sein d'un même ordre juridique, d'une époque à l'autre, alors l'importance de cette condition se trouve mise en relief. On peut le montrer par deux exemples illustrant l'importance de tenir compte de la perception de l'acte par les organes de l'ordre juridique, que ces derniers soient de simples sujets de droit ou des juges de cet ordre juridique.

S'agissant tout d'abord de l'importance des sujets de droit, un praticien, familier des contrats internationaux, relevait qu'en Grèce « l'affirmation ou le consentement se traduit par un mouvement de la tête de gauche à droite, accompagné par le mot "Nè", soit l'équivalent à peu près exact de la négation en Français »[904]. Où l'on voit que d'un pays à l'autre un même mouvement de tête sera perçu comme créant des normes opposées : l'acceptation d'un contrat en Grèce et son rejet en France. Quant à l'offre, elle n'est pas non plus, semble-t-il, exempte d'une telle diversité d'appréciation d'un ordre juridique à l'autre. Ainsi, s'agissant de l'offre sur catalogue (l'offre à personne indéterminée), alors qu'en droit français elle devrait sans doute être analysée comme un acte juridique, dès lors qu'elle produit des normes dont la violation sera sanctionnée[905], elle est analysée dans les ordres juridiques anglais ou allemand comme un simple fait (une invitation à contracter) qui ne crée aucune norme[906].

Quant à l'importance des juges dans l'appréciation des éléments de définition de l'acte juridique, elle peut être illustrée à partir de la jurisprudence française relative au vol dans un magasin. Jusqu'au début du XXe siècle, la Cour de cassation refusait de qualifier de vol l'acte par lequel un individu, entré dans un magasin, s'emparait d'un bien mis en vente sans s'acquitter du prix. Pour les juges, en s'emparant du bien, l'individu exprimait son acceptation de l'offre (à personne indéterminée) faite par le vendeur et devenait dès lors propriétaire dudit bien. Étant propriétaire de la chose, il ne pouvait plus commettre aucun vol, le vol étant la soustraction frauduleuse de la chose d'*autrui*[907]. Plus tard[908], la Cour a modifié son analyse en considérant, semble-t-il, que la simple appréhension de l'objet dans le magasin ne constituait

903. Par vision intemporelle, on entend désigner une vision qui postulerait qu'un ordre juridique donné n'évoluerait pas au cours du temps.

904. P. Servan-Schreiber, « L'échange international des consentements », *RJ. com.,* nov. 1995, n° 11, p. 60.

905. La violation résultera soit de la rétractation de l'offre non acceptée, alors que le le délai raisonnable n'est pas encore parvenu à son terme, soit des résistances de l'offrant à exécuter le contrat si l'offre a été acceptée. Sur la nature d'acte juridique de l'offre, cf. *infra* n° 334.

906. En ce sens, P. Servan-Schreiber, « L'échange international des consentements », *RJ. com.,* nov. 1995, n° 11, p. 55, où l'auteur souligne la différence de solution sans en tirer de conséquences quant à la qualification d'acte juridique.

907. Cass., crim., 17 mar. 1899, *Bull. crim.,* n° 58, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k57483981, pour une personne quittant un magasin en partant tant avec le billet de banque que l'objet, suite à une tromperie du commerçant. Cette solution ne privait néanmoins pas de toute action le commerçant qui pouvait agir soit sur le plan civil pour recouvrer sa créance, soit au plan pénal sur le fondement d'autres actions, telles l'escroquerie.

908. Cass., crim., 4 juin 1915, *D.*, 1921, 1, p. 57, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k4260409/f62.image, à propos de la vente de timbres dans un tabac, timbres probablement placés en libre-service.

pas une acceptation du contrat, laquelle ne se manifestait que lors du paiement en caisse[909]. Où l'on voit que, selon les époques, un même geste, l'appréhension de l'objet situé chez un commerçant, n'est pas interprété de manière identique. À une époque où ne règne pas encore la société de consommation et le libre service qui l'accompagne — pour mieux pousser le client à la consommation —, le geste d'appréhension d'un bien situé chez un commerçant est compris par les juges comme suffisamment révélateur d'une intention d'acquérir. En effet, les biens étant généralement placés derrière le comptoir[910], le client n'est guère en mesure d'appréhender un bien tant que le commerçant ne le lui a pas remis. Or, pour éviter le risque de vol, le commerçant ne remet généralement le bien que si le client manifeste suffisamment son intention d'acheter. En revanche, avec la multiplication du libre-service et l'avènement d'une « prestation sans relation »[911], le commerçant n'est plus un intermédiaire nécessaire pour avoir accès à la marchandise et notamment pour renseigner le client sur celle-ci. Le client se renseigne généralement seul, en lisant les informations apposées par le commerçant ou le fabricant ; c'est le client également qui doit partir à la recherche du type de produit et examiner les différentes marques correspondant au produit recherché. Dès lors, lorsque le client se saisit d'un bien, cela ne manifeste pas nécessairement son intention de l'acheter. Il faut attendre le passage en caisse et les questions que ce client pourrait éventuellement poser sur le prix ou l'objet lui-même, pour que le consentement à l'achat puisse être établi[912]. L'acte d'appréhension change donc de nature dans une société de consommation et il est probable que la Cour de cassation n'ait pas été indifférente à cette évolution des pratiques lorsqu'elle a finalement décidé que l'acte d'appréhension d'un bien en libre service n'entraînait pas d'acceptation du contrat de vente et pouvait donc être qualifiée de vol[913]. Où l'on voit à nouveau l'importance des organes de l'ordre

909. Cf. en ce sens E. Palvadeau, *Le contrat en droit pénal*, sous la dir. de V. Malabat, thèse de doct., Bordeaux IV, 2011, n° 86.

910. Ce point gagnerait toutefois à être vérifié par de réelles études historiques.

911. Sur cette idée, cf. M.-A. Dujarier, *Le travail du consommateur : De McDo à eBay : comment nous coproduisons ce que nous achetons*, La découverte, 2008, p. 37-40, qui détaille les nombreuses tâches que le consommateur doit désormais réaliser lui-même, sans aucune relation personnelle avec son cocontractant, afin de pouvoir bénéficier d'une prestation.

912. G. Rouhette avait déjà relevé en son temps, à partir de l'exploitation d'une étude de psychologie expérimentale, que le nombre de clignement d'yeux du consommateur (l'auteur parlait de « ménagère »), était nettement supérieur au moment du passage en caisse, ce qui suggérait que c'était à ce moment-là qu'était prise la décision d'acheter (G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, sous la dir. de R. Rodière, thèse de doct., Paris, 1965, n° 85, p. 330). C'est au demeurant à cette conclusion que l'auteur parvient un plus loin : *ibid.*, n° 118, p. 421.

913. L'explication ci-dessus n'est pas exclusive de l'explication traditionnellement donnée pour rendre compte des inflexions jurisprudentielles, à savoir la volonté de la Cour de cassation de mieux sanctionner ces actes répréhensibles. Cf. not. Cass., crim., 4 juin 1915, *D.*, 1921, 1, p. 57, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k4260409/f62.image, p. 57, 2e col.

L'explication ci-dessus pourrait être contestée au moyen d'arguments historiques soulignant que la société de consommation n'existait pas en 1915. Au soutien de cette thèse pourrait être avancé le fait que le premier supermarché n'apparaît aux États-Unis qu'en 1916 (C. Grandclément, « Le libre-service à ses origines : mettre au travail ou construire le consommateur ? », *Entreprises et histoire,* 2011, vol. 3, 64, URL : https://www-cairn-info.biblionum.u-paris2.fr/revue-entreprises-et-histoire-2011-3-page-64.htm, n° 4). Il semble néanmoins que le développement du libre-service puisse être considéré comme antérieur à l'apparition de magasin où la quasi-majorité des produits étaient en libre-service, de sorte qu'il ne serait pas impossible

juridique — le juge dans ce dernier exemple — dans la reconnaissance des autres critères de l'acte juridique.

Compte tenu de ces précisions, l'on ne peut qu'approuver les quelques auteurs [914] qui mentionnent dans leur définition les expressions d'« ordre juridique » [915], de « système juridique » [916] ou « d'ordonnancement juridique » [917], ou qui suggèrent à tout le moins une telle exigence [918].

La pertinence du recours au critère de l'ordre juridique ayant été ainsi démontrée, reste à présent à en préciser le sens (**A.**) et à justifier la terminologie retenue (**B.**).

de considérer le libre-service comme un phénomène antérieur, apparaissant au XIXe siècle, à la suite de la standardisation des marchandises, conséquence de la révolution industrielle. Les grands magasins, par exemple, sont créés au XIXe siècle et les historiens semblent justement constater un pic dans leur création, au moment où est rendu l'arrêt précité de 1915. En effet, entre 1880 et 1920 sont par exemple créés les Galeries Lafayette ou Casino (A. Chatriot et M.-E. Chessel, « L'histoire de la distribution : un chantier inachevé », *Histoire, économie & société,* 2006, vol. 1, URL : https://www-cairn-info.biblionum.u-paris2.fr/revue-histoire-economie-et-societe-2006-1-page-67.htm, n° 3).

914. Il faut néanmoins observer que les internationalistes (not. É. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international privé*, sous la dir. de P. Guggenheim, thèse de doct., 1962, LGDJ, p. 20 ou J.-P. Jacqué, « Acte et norme en droit international public » *in Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 227, Brill |Nijhoff, 1991, URL : http://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*-ej.9780792317852.357_417, p. 384) mentionnent fréquemment cette condition, sans doute car, travaillant avec plusieurs ordres juridiques, il leur est plus aisé que les autres juristes d'apercevoir l'importance de cet élément. J.-P. Jacqué écrit par exemple : « La théorie de l'acte juridique, même si la notion est commune aux différents systèmes juridiques, ne peut être saisie *in abstracto*, elle s'insère dans un ordre juridique ».

915. G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, sous la dir. de R. Rodière, thèse de doct., Paris, 1965, n° 105, p. 385, définissant l'acte juridique comme un fait social qui s'inscrit dans un ordre juridique. Rappr. B. Defoort, *La décision administrative*, sous la dir. de B. Seiller, thèse de doct., 2015, LGDJ et Lextenso éditions, n° 194, note n° 229.

916. B. Seiller, « Acte administratif (I – Identification) » *in Répertoire de contentieux administratif*, janv. 2010, Dalloz, n° 26 : « L'acte juridique en droit public doit donc être défini comme une manifestation de volonté habilitée par le système juridique ».

917. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel : La règle de droit — Le problème de l'État*, 3e éd., Boccard, 1927, n° 31, p. 325-326 : « Est acte juridique tout acte de volonté intervenant avec l'intention que se produise une modification dans l'ordonnancement juridique [...] ». Un auteur au moins distingue toutefois les concepts d'ordre juridique et d'ordonnancement juridique : P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012, p. 348.

918. L. Mayer, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, sous la dir. de L. Cadiet, thèse de doct., 2009, IRJS, n° 147-148, qui identifie comme critère constitutif de l'acte juridique (nous soulignons) « le déclenchement d'effets de droit en application d'une règle de droit ». Par la formule « en application », L. Mayer semble suggérer l'insertion de l'acte juridique dans un ordre juridique. Cf. également R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Arthur Rousseau, 1923, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65173531/f17.image, n° 13, p. 27 définissant l'acte juridique (nous soulignons) comme « celui où le but social poursuivi concorde avec une volonté individuelle ». Rappr., pour le contrat, Ph. Jestaz, « Rapport de synthèse » *in La nouvelle crise du contrat*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 258, où se trouve citée la définition de François Collart Dutilleul pour qui le contrat est (nous soulignons) l'« accord de volontés que *la loi et/ou le juge reconnaissent autoritairement comme tel* et qu'ils soumettent au droit des contrats ».

A. Précision sur le signifié

258. À la recherche d'une définition. La notion d'*ordre juridique*, tardivement apparue en France[919], fait l'objet de plusieurs définitions. Les unes disposent que l'ordre juridique est un ensemble de règles de droit gouvernant une entité, suggérant ainsi que cet ordre juridique ne serait qu'un groupe de règles[920]. Les autres soulignent qu'outre l'ensemble de règles, l'ordre juridique intègre également la communauté sociale au sein de laquelle ces règles s'appliquent[921]. La première définition ne paraît guère utile dans la mesure où le terme « Droit » est généralement compris en ce sens et il n'y a guère d'intérêt à y ajouter un synonyme. La deuxième définition paraît plus utile en ce qu'elle permet à la notion d'ordre juridique de désigner la combinaison de plusieurs éléments : la communauté et les règles de droit qui s'y appliquent.

Cette deuxième définition a toutefois été critiquée, notamment par les auteurs qui y ont vu une notion non juridique, mais sociologique[922]. Il n'est pas certain toutefois que cette critique, qui ne convaincra au demeurant que les positivistes acharnés, doive conduire à la suppression de toute référence à ce que suggère le terme de communauté. En effet, si tel devait être le cas, cela impliquerait de revenir à la première acception de l'ordre juridique, laquelle a été à l'instant rejetée. Il convient donc de dépasser cette critique positiviste. Pour ce faire, il suffit de traduire dans le langage juridique l'idée sociologique sous-tendue par le terme « communauté ». Ceci peut être fait au moyen de l'expression « l'ensemble des sujets de droit » qui relève incontestablement du discours juridique.

Outre cette critique « positiviste », des propositions plus constructives ont été faites pour tenter de préciser cette définition de l'ordre juridique. D'abord, des auteurs ont proposé d'ajouter l'idée que cet ensemble de normes serait structuré en un système[923]. Ensuite, d'autres

919. J.-L. Halperin, « L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la doctrine international du XIXe siècle », *Droits,* 2001, vol. 33, p. 45, où l'auteur indique que cette expression, apparue dans la doctrine allemande du XVIIIe siècle, ne sera d'un usage courant en France qu'à partir de 1914. Rappr. M. Jori, « Ordre juridique », *APD,* 1984, vol. 29, p. 347, où est relevé le caractère récent de ce concept.

920. *Vocabulaire juridique*, sous la dir. de G. Cornu, 8e éd., PUF, 2007, *V°* Ordre, — juridique, p. 643 ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 43 ; H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, sous la dir. de P. Roubier, Bibliothèque Dalloz, réimpression, 2002 (1948), thèse de doct., Sirey, n° 6. Rappr. E. Bulygin, « Système juridique et ordre juridique » *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Économica, 2006, p. 223-225 qui considère que l'ordre juridique est un ensemble de systèmes juridiques, lesquels seraient eux-même un ensemble de normes.

921. S. Romano, *L'ordre juridique*, avec une préf. de P. Mayer et P. Francescakis, Dalloz, 2002, p. 10 : « l'ordre juridique ainsi largement entendu est une entité qui, dans une certaine mesure, se conduit selon les normes mais conduit surtout (...) les normes elles-mêmes ». Dans le même sens M. Virally, « Le phénomène juridique », *RDP,* 1966, url : http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/10/phenomene_juridiquePart-1.pdf, p. 38 : « Un ordre juridique positif n'est pas seulement une collection de règles abstraites, intellectuellement conçues et ordonnées entre elles par des rapports logiques. Il est en même temps un ensemble de normes gouvernant une société et lui conférant une structure ». Rappr. R. Lukic, *Théorie de l'État et du droit*, Dalloz, p. 351 ; J. Jourdan-Marques, *Le contrôle étatique de la sentence arbitrale*, sous la dir. de T. Clay, thèse de doct., Université de Versailles St-Quentin-en-Yvelines, 2014, n° 749.

922. Sur ces critiques, cf. S. Romano, *L'ordre juridique*, avec une préf. de P. Mayer et P. Francescakis, Dalloz, 2002, préface, p. 5 (non numérotée).

923. Ch. Leben, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits,* 2001, vol. 33, p. 20.

auteurs ont jugé utile d'indiquer les organes que comprenait cet ordre. Les uns évoquent alors la présence nécessaire d'« instance de commandement » et d'« instance d'apaisement des conflits » [924], qui sera plutôt dénommée ici instance de résolution des conflits [925], là où les autres exigent la présence « des juges et des organes de contrainte » [926].

Ces propositions ne sont pas toutes également pertinentes. S'agissant d'abord de l'idée de système, nous craignons qu'il y ait là une exigence utopique qui se trouvera bien rarement remplie. Sans doute y a-t-il dans la définition de l'ordre juridique, l'idée d'un certain ordre, visible notamment au travers des normes fondamentales structurant cet ordre [927]. Pour autant, n'en déplaise aux créateurs d'ordre juridique susceptibles de rêver d'une construction parfaitement rationnelle, tout n'est pas absolument cohérent au sein d'un ordre juridique [928] où le principe de non-contradiction ne s'applique pas [929]. Dès lors, parler de système paraît excessif [930]. Peut en revanche être retenue l'idée suivant laquelle existeraient dans cet ordre juridique des normes fondamentales, en application desquelles d'autres normes pourraient être édictées [931].

Ensuite, quant à l'idée de préciser les instances de cet ordre, celle-ci paraît davantage opportune, à condition là encore de ne pas réduire indûment les objets qui pourraient être qualifiés d'ordre juridique. Or, si nous semble pertinente la présence d'instances de résolution des conflits — comprenant tant le juge que les organes de contrainte [932] —, tel n'est pas le cas des instances de commandement. Il en est ainsi car, d'une part, il existe des communautés auto-gérées dans lesquelles il n'y a aucune instance spécifique de commandement. Dans ces communautés, chaque individu dispose alors du pouvoir de commander et, en cas de conflits entre deux commandements individuels opposés, interviendront les instances de résolution des conflits. D'autre

924. R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, n° 154, p. 202-203.

925. Le terme d'« apaisement », utilisé par R. Libchaber, a pour faiblesse de ne pas indiquer nettement qu'une fois cette instance intervenue, le conflit se trouve tranché une fois pour toute dans le champ du droit. Voilà pourquoi lui a été préférée celui, plus commun, de « résolution ».

926. P. Mayer, « Existe-t-il des normes individuelles ? » *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Économica, 2006, n° 11.

927. O. Pfersmann, « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », *RRJ,* 1994, p. 224-225.

928. V. Lasserre, *Le nouvel ordre juridique : Le droit de la gouvernance*, sous la dir. de F. Terré, LexisNexis, 2014, qui débute son introduction par une rubrique intitulée « Désordre du droit et nouvel ordre juridique ». *Adde* V. Nicolas, « Le désordre normatif », *Pouvoirs,* 1994, vol. 69 et « Dossier spécial : Le désordre normatif », *RDP,* 2006.

929. P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012, p. 79.

930. Rappr. Ch. Grzegorczyk, « Ordre juridique comme réalité », *Droits,* 2002, vol. 35, spé. p. 113-114, qui pose justement la question de l'« ordre selon qui » et qui distingue le point de vue du « jurislateur » de celui du sujet de droit.

931. Cette idée permet notamment de refuser la qualité d'ordre juridique à la communauté des marchands. Bien que ces marchands puissent être perçus commune une communauté ayant ses organes de résolution des conflits, les arbitres, il paraît difficile d'identifier les normes fondamentales régissant cette communauté. Pour d'autres critiques de la qualification d'ordre juridique appliquée à la communauté des commerçants, cf. S. Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, sous la dir. de P. Mayer, thèse de doct., Université Paris I, 2004, Économica, n° 105.

932. Pour résoudre pleinement un conflit, il peut parfois être nécessaire de recourir à la force. Voilà pourquoi il nous semble justifié d'englober dans cette expression les deux organes que P. Mayer y voyait figurer : le juge donnant la solution au litige et les organes de contraintes assurant l'exécution de cette décision.

part, mentionner les instances de commandement paraît inutile car cela est redondant avec les autres éléments de la définition. En effet, l'organe de commandement n'est rien d'autre qu'un sujet de droit apte à produire d'autres normes qui régiront certes d'autres individus que lui-même. Dans un « État de Droit »[933], ces organes de commandement n'ont pas de spécificité par rapport aux sujets de droit, dont les normes sont, également, exécutoires[934], sauf à être contestées en justice. Ceci s'aperçoit d'ailleurs sur le terrain de l'exécution forcée de ces normes. Toute loi qu'elle est, la norme produite par le législateur ne pourra pas faire aussitôt l'objet d'une exécution forcée si elle est invoquée par un contractant contre son cocontractant. Certes, les décisions des autorités administratives sont le plus souvent revêtues d'une force exécutoire dispensant leur auteur de saisir le juge en cas de contestation et faisant peser le poids de ce fardeau sur la personne contestant la décision prise par l'instance de commandement. Cependant, force est de constater qu'il est également parfois permis aux simples particuliers d'agir ainsi, qu'on songe par exemple au pacte commissoire[935] ou à la clause résolutoire opérant de plein droit par exemple[936]. Ajoutons en outre qu'exiger une instance de commandement poserait des difficultés pour qui souhaiterait appréhender des ordres juridiques fonctionnant uniquement par démocratie directe, sans représentation et donc sans instance de commandement dédiée[937].

259. Énoncé d'une définition. Compte tenu de l'ensemble de ces indications, il est à présent possible de définir l'ordre juridique comme l'ensemble de sujets de droit dont la conduite est régie par des normes fondamentales communes[938], ainsi que d'autres normes prises en application de celles-ci, et dont les conflits sont résolus par des instances appliquant lesdites normes.

Cette définition peut être organisée autour des trois principaux[939] éléments suivants :

— Des normes fondamentales à partir desquelles d'autres normes peuvent être édictées ;

933. C'est-à-dire, dit Raymond Carré de Malberg, un état où existent des « règles qui ont pour effet commun de limiter la puissance de l'État, en la subordonnant à l'ordre juridique qu'elles consacrent » R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1920–1922, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9359q, 489.

934. Sur cette question du caractère exécutoire, cf. X. Dupré de Boulois, *Le pouvoir de décision unilatérale : Étude de droit comparé interne*, sous la dir. de J.-J. Bienvenu, thèse de doct., Paris II, 2006, LGDJ.

935. Art. 2348 c. civ.

936. Il pourrait encore être objecté, dans ce derniers cas, que la partie au contrat, qui subit la décision de l'autre sauf à la contester devant le juge, y a préalablement consenti. L'argument ne serait cependant pas pleinement convaincant. D'une part, s'il y a bien eu consentement, au sens du droit, celui-ci est antérieur à l'acte. Seul le principe d'une décision unilatérale a été voulue et non son application dans un cas donné, qui, elle, demeure bien subie. D'autre part, les décisions des instances de commandement et subies par un particulier ne sont totalement déconnectées. En effet, ces décisions étant prises, dans l'ordre juridique, au nom des individus composant cet ordre, lesquels individus ont la possibilité de contribuer à définir les règles qui leur sont applicables par le jeu démocratique, il nous paraît excessif d'opposer catégoriquement, autrement dit par une différence de nature, les décisions prises par les instances de commandement et celles prises par les personnes privées.

937. Ces ordres juridiques paraissent amener à se développer dans le futur grâce à la technologie du *blockchain*, notamment utilisée dans le BitCoin pour certifier les transactions. Sur cette proposition, cf. not. http://blog.democracyos.org/post/114076491913/blockchain-support-for-democracyos-we-want-to-add.

938. Rappr. M. Jori, « Ordre juridique », *APD,* 1984, vol. 29, p. 347.

939. Une définition plus complète devrait sans doute ajouter que l'ordre juridique comprend également une image — déformée par l'opération de réception — de la plupart des objets sensibles qui nous entourent.

— Des sujets de droit, destinataires de ces normes fondamentales et en mesure d'en produire d'autres qui y seraient conformes, afin de régir au mieux leurs relations mutuelles ;
— Des organes de résolution des conflits, aptes à régler les désaccords entre individus dans l'application de ces règles.

B. Justifications du signifiant choisi

260. Plan. L'expression « ordre juridique » se trouve concurrencée sur deux terrains distincts. Tantôt c'est le nom commun « ordre » qui est concurrencé (**1.**), tantôt c'est l'adjectif « juridique » (**2.**).

1. La justification du terme « ordre »

261. Si l'expression « ordre juridique » a été privilégiée à celle d'« ordonnancement juridique » ou de « système juridique », c'est en premier lieu parce qu'elle met mieux en évidence que les autres ce qui permet à cet ordre juridique d'exister : l'ordre, au sens de modèle de conduite imposé. Cet ordre n'est pas tant celui des instances de commandement, que celui des instances de résolution des litiges, mettant fin aux litiges et ordonnant à tous, conformément au pouvoir qui leur est reconnu dans l'ordre juridique, d'accepter cette solution. Cette idée de *pouvoir* se retrouve dans certaines expressions juridiques telle celle de « donner force de loi à ». Or, cette idée de pouvoir se trouve moins suggérée par les termes de « système » ou d'« ordonnancement », qui évoquent moins l'idée de l'exercice d'un pouvoir que celle d'un droit organisé [940]. C'est semble-t-il cette dernière caractéristique de l'ordre juridique qui a récemment conduit un auteur à proposer de distinguer l'ordre juridique du système juridique : le système juridique, à la différence de l'ordre juridique, ne revêtirait pas un caractère contraignant [941].

En deuxième lieu, si le mot d'« ordre » a été choisi c'est parce qu'il n'implique pas nécessairement une organisation parfaitement logique, contrairement à ce que peut suggérer pour sa part le terme de « système » [942]. En effet, un ordre juridique n'est pas toujours rationnel :

940. Cf. M. Van de Kerchove et F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988, p. 22-23 où ce double sens du mot ordre se trouve également bien mis en valeur.

941. D. Sindres, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, sous la dir. de H. Muir Watt, thèse de doct., Université Panthéon-Sorbonne, 2008, n° 488 ; rappr. F. Rigaux, *Ordonnancements juridiques et conversion numérique*, Larcier, 2014, p. 292, qui désigne par ordonnancement les communautés non régies par la contrainte ; comp., plus nuancé sur cette idée de contrainte, J. Jourdan-Marques, *Le contrôle étatique de la sentence arbitrale*, sous la dir. de T. Clay, thèse de doct., Université de Versailles St-Quentin-en-Yvelines, 2014, n° 746. Pour d'autres propositions de distinction des termes ordre juridique et système juridique, cf. M. Van de Kerchove et F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988, p. 23-24.

942. Comme cela a été relevé, « (l)e terme "système juridique" donne d'un droit positif essentiellement l'image d'un ensemble de normes, et insiste sur l'aspect de systématisation et de cohérence logique » (*Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, sous la dir. de A.-J. Arnaud, 2e éd., LGDJ, 1993, V° Système juridique, n° 2).

Certains auteurs semblent néanmoins se contenter d'un sens plus faible de système. Cf. not. J. Jourdan-Marques, *Le contrôle étatique de la sentence arbitrale*, sous la dir. de T. Clay, thèse de doct., Université de Versailles St-Quentin-en-Yvelines, 2014, n° 758, où l'auteur concède que le l'expression « système juridique » qu'il utilise ne renvoie pas à un système complet, car cela serait « utopique ».

malgré les efforts déployés par la doctrine pour cantonner les désordres, existent en son sein de nombreuses imprécisions ou conflits de normes.

En troisième lieu, si l'expression d'« ordre juridique » a été choisie c'est aussi parce qu'elle est celle qui est la plus fréquemment utilisée pour désigner un tel *signifié*[943]. C'est ainsi que les numéros que la revue *Droits* a consacrés à ce sujet s'intitulent l'*Ordre juridique*[944] et non l'*Ordonnancement juridique* ou le *Système juridique*. On relèvera également, sur la page d'accueil du site internet Légifrance, un lien vers une page intitulée : « À propos de l'ordre juridique français »[945].

Toutes ces raisons font que le terme « ordre » paraît préférable à ceux d'« ordonnancement » et de « système », ce dont conviennent parfois les utilisateurs mêmes de ces terminologies concurrentes[946].

2. La justification du terme « juridique »

262. Plutôt que de parler d'ordre *juridique*, certains auteurs parlent d'ordre *normatif*[947], en reconnaissant parfois à cette expression un sens légèrement différent de la première[948].

Le choix entre les deux termes est délicat. D'un côté, le terme « normatif » présente l'avantage d'indiquer plus explicitement que le terme « juridique » que ces ordres ne prennent pas seulement place dans des structures étatiques. En effet, le mot « juridique » renvoie, sans doute à cause du poids de l'histoire[949], avant tout aux normes étatiques. D'un autre côté, le terme « juridique », parce qu'il est plus riche que le terme « normatif », permet de mieux rendre compte des composantes institutionnelle et personnelle de cet ordre. Tel n'est pas le cas de

943. Dans le même sens P. Deumier, *Le droit spontané*, sous la dir. de J.-M. Jacquet, thèse de doct., Université Toulouse 1, 2002, Économica, p. 320, note 2.
944. *Droits*, n°s 33 (2001) et 35 (2002).
945. http://www.legifrance.gouv.fr/Aide/A-propos-de-l-ordre-juridique-francais.
946. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel : La règle de droit — Le problème de l'État*, 3e éd., Boccard, 1927, §31, p. 326-327 où l'auteur écrit (nous graissons) : « J'entends par ordonnancement juridique ou, d'un **mot plus court et plus commode**, par ordre juridique (...) ».
947. Une recherche avec le mot-clef « ordre normatif », sur la Bibliothèque numérique Dalloz, fait par exemple apparaître que l'expression est utilisée dans pas moins de 108 sources distinctes.
948. Ch. Leben, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits,* 2001, vol. 33, p. 20 : « l'ordre juridique est une espèce du genre plus général "ordre normatif", notion qui renvoie à tous les phénomènes constitués par des ensembles comportant des propositions énonçant des devoir-être adressées à des personnes humaines, autrement dit des propositions normatives. On y trouve, à côté du droit, la morale, la religion, les mœurs mais aussi les jeux qui comportent, par définition, des règles constitutives énonçant ce que les personnes *doivent faire* si elles désirent jouer à tel ou tel jeu. ». L'auteur explicite ici une idée de Kelsen qui faisait de l'ordre normatif un genre, auquel appartiendrait l'espèce ordre social, espèce comprenant elle-même la sous-espèce ordre juridique (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 34-35). Pour H. Kelsen l'ordre normatif est un ensemble de normes réglant la conduite d'individus. Si cette conduite a rapport à d'autres hommes, alors c'est un ordre social. À l'inverse, pour Kelsen la logique n'est pas un ordre normatif social. Au sein des ordres sociaux, H. Kelsen distingue ceux qui attachent une conséquence au respect ou à la violation des normes qu'ils comprennent. Au sein de ceux attachant une importance à cela, Kelsen qualifie d'ordre juridique ceux dans lesquels la violation des normes est sanctionnée.
949. Pendant des siècle le mot juridique s'est appliqué uniquement semble-t-il aux normes produites par les structures étatiques ; d'où les allusions fréquentes à la loi dans les définition de l'adjectif juridique. Cf. la définition de cet adjectif par le *Trésor de la langue française informatisée* : « Qui est relatif, conforme au droit, à la loi ».

l'adjectif « normatif » qui conduit à ne voir que l'agrégat de normes[950]. Ce second argument nous paraît mériter davantage de poids que le premier qui, en France, paraît perdre en vigueur ces dernières années : la diffusion du pluralisme juridique tend progressivement à habituer les juristes français à l'idée que le *juridique* ne se réduit pas à l'*étatique*[951]. Dès lors, il apparaît pertinent de retenir ici l'adjectif « juridique », plutôt que celui de « normatif ». Ce choix pourrait également être conforté par une raison supplémentaire, pertinente uniquement pour qui s'intéresse à l'ordre juridique dans la perspective de définir l'acte juridique : utiliser, dans la définition de l'acte juridique, l'expression « ordre normatif » empêcherait par la suite, pour des raisons de style, d'utiliser le mot « norme » afin de désigner l'effet de droit créé par l'acte volontaire dans cet ordre. Or, comme nous allons le voir à présent, le terme « norme » gagnerait à être utilisé en lieu et place de l'expression « effet de droit » qui figure dans notre définition provisoire du concept d'acte juridique.

Précisons, pour finir, que la conception retenue de l'ordre juridique étant relativement étroite, il apparaît nécessaire de disposer d'un concept à l'extension plus large, capable de rendre compte des communautés régies par des règles organisées, peu important qu'existe ou non un organe de résolution des conflits[952]. Pour désigner de telles communautés, l'expression plus englobante d'« ordre social » sera utilisée[953].

950. Comp. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 34-35 qui fait de l'ordre juridique une sous-espèce du genre ordre normatif, au motif que dans l'ordre juridique, contrairement aux autres ordres normatifs, les normes sont sanctionnées. H. Kelsen utilise donc le terme juridique pour souligner la particularité des normes en présence : elles sont sanctionnées.

951. Rappr. F. Rigaux, *Ordonnancements juridiques et conversion numérique*, Larcier, 2014, p. 292, qui parle d'ordonnancements juridiques à propos de communauté non étatiques. *Adde* J. Jourdan-Marques, *Le contrôle étatique de la sentence arbitrale*, sous la dir. de T. Clay, thèse de doct., Université de Versailles St-Quentin-en-Yvelines, 2014, n° 768, qui admet lui aussi que le concept d'ordre juridique puisse s'appliquer à des « institutions » non étatiques.

952. Pour des illustrations de telles communautés, cf. R. Sacco, *Le droit africain : Anthropologie et droit positif*, Dalloz, 2009, p. 14-20 ou R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, n° 158, p. 208-215. Les contrats constitutifs de groupements, paraissent également pouvoir mériter cette qualification : rappr. G. Wicker, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit » *in Études à la mémoire du professeur Brunot Oppetit*, Litec, 2009, n° 14 ou S. Lequette, *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, sous la dir. de C. Brenner, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2012, Économica, n° 93, parlant d'ordre normatif collectif pour désigner les collectivités des membres d'un groupement sociétaire.

953. L'ordre social est dans notre esprit perçu comme une catégorie au sein de laquelle peuvent être distingués ceux qui sont juridiques et répondant à la définition indiquée plus haut, de ceux qui ne le sont pas. Cette absence de caractère juridique tiendra le plus souvent à l'absence d'organe de résolution des conflits. Rappr. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 34-35, évoqué plus haut à la note 948. Avec cette expression d'ordre social (non juridique) est ainsi évité tout jugement de valeur péjoratif sur les communautés auxquelles cette expression est appliquée. Comp. R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, n° 158 parlant de « structure insuffisante » ou de « société primitive ». Ajoutons, que cette expression d'ordre social est un peu l'équivalent d'une distinction plus ancienne entre les « règles de droit » et les « règles sociales » (P. Roubier, *Théorie générale du droit : Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2e éd., Bibliothèque Dalloz, préf. D. Deroussin, réimpression 2005 (1951), Sirey).

§ 4. Le critère de la norme

263. Justification du critère et plan. L'existence même du critère de l'effet de droit ne suscite semble-t-il guère de débat, du moins en droit privé[954]. L'acte juridique est incontestablement celui qui crée des effets de droit[955] ; le critère de l'effet de droit serait même pour certains auteurs le plus important[956]. Des débats existent en revanche bien quant au terme à utiliser pour désigner cet effet que certains, auxquels nous nous rallions, souhaiteraient voir dénommer « norme ». Compte tenu de l'importance de ces débats, l'on commencera par justifier le recours au terme « norme » (**A.**), puis l'on explicitera ce que ce mot recouvre (**B.**).

A. Justifications du signifiant choisi

264. Exposé des principales terminologies concurrentes. Lorsqu'il s'agit de préciser les effets résultant d'un acte juridique, d'importants désaccords apparaissent entre les publicistes et les privatistes[957]. Pour décrire ces effets, les privatistes utilisent généralement l'expression

954. En droit public, cependant, il faut relever une tendance à retenir de l'acte juridique une définition éminemment organique, insistant avant tout sur l'auteur de l'acte et, plus précisément sur l'habilitation qu'a reçue son auteur pour agir dans l'ordre juridique. Dans cette conception, l'acte juridique est alors défini comme « la manifestation de volonté d'un organe prévue par le droit et appartenant de ce fait au système juridique » (B. Defoort, *La décision administrative*, sous la dir. de B. Seiller, thèse de doct., 2015, LGDJ et Lextenso éditions, n° 195). Cette conception de l'acte juridique nous paraît cependant trop large, car elle conduit à faire rentrer dans la catégorie d'acte juridique des actes qui ont pour seule caractéristique d'être le fait de l'administration, peu important qu'ils produisent ou non des normes. Ce faisant, le concept d'acte juridique s'enfle démesurément ; il ne paraît plus alors possible de le doter d'une quelconque propriété théorique. D'ailleurs, force est de constater que les auteurs adhérant à cette conception, sont obligés ensuite de faire des sous-catégories au sein du concept d'acte juridique, pour distinguer les actes juridique « normateurs » et les actes juridiques « non normateurs » (Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, p. 390).

955. Rappr. art. 1100-1 nouv. c. civ., définissant l'acte juridique au moyen d'un seul verbe, qui n'est cependant pas le verbe « créer », mais le verbe « produire ». Sur la critique du verbe « produire », cf. *infra* n° 285.

L'usage d'un unique verbe pour décrire les effets de l'acte juridique pourrait être contestée en soulignant que l'acte juridique ne se contente pas de *créer*, il peut aussi *éteindre*, *modifier* ou *transmettre*, pour reprendre les verbes utilisés dans l'article 1101 nouv. c. civ. La critique n'est cependant pas pleinement pertinente. En effet, comme nous le verrons plus loin, les actes abrogeant ou modifiant une norme sont bien également aussi des actes créateurs de normes (*infra* n° 281). En effet, l'acte abrogeant une norme — l'acte extinctif diraient les privatistes — crée une norme ordonnant à tous de ne plus respecter la norme précédemment en vigueur. Quant à l'acte modificatif, qui abroge partiellement une norme tout en en créant une nouvelle, un raisonnement similaire peut être reproduit : comme il vient d'être vu que l'abrogation pouvait également être analysée comme une création de norme, il n'y a aucune difficulté à englober sous le verbe « créer » les actes qui abrogeraient seulement partiellement les normes produites par un autre acte et qui créeraient par ailleurs d'autres normes. Quant à la « transmission », elle est une forme particulière de la modification à l'instant examinée (elle n'affecte que les destinataires de la norme modifiée), de sorte qu'il faut appliquer à celle-ci le même raisonnement suivi pour celle-là.

956. L. Mayer, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, sous la dir. de L. Cadiet, thèse de doct., 2009, IRJS, n° 148 qui commence par s'intéresser aux effets de l'acte, car pour elle c'est cela qui permet de distinguer l'acte juridique des faits purement matériels. Cette position est toutefois minoritaire, du moins chez les privatistes, pour qui l'essentiel de l'acte juridique réside dans la volonté. Cf. en ce sens Ch. Grzegorczyk, « L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit », *Droits,* 1988, vol. 7, p. 48 ou F. Juredieu, *Ratification et acte juridique*, sous la dir. de C. Ophèle, thèse de doct., Université François-Rabelais de Tours, 2013, Institut universitaire Varenne, n° 144.

957. Pour un exposé détaillé de ces différentes conceptions, cf. L. Mayer, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, sous la dir. de L. Cadiet, thèse de doct., 2009, IRJS, n° 122-125 et 133-142.

« effet(s) de droit » qui a le mérite de ne pas restreindre les effets d'un acte juridique aux seules obligations qui, nous l'avons vu, ont tendance à être comprises dans une perspective uniquement patrimoniale [958]. Les publicistes, en revanche, ne se satisfont guère de cette expression [959] qu'ils trouvent imprécise voire erronée. Ainsi Léon Duguit estimait-t-il que l'effet de droit doit être précisé en indiquant qu'il traduit une « modification de l'ordonnancement juridique » [960], ce qui se résume en réalité selon lui à la mise en mouvement de la contrainte collective *via* une voie de droit [961]. Ch. Eisenmann, reprenant l'idée première de L. Duguit, estime quant à lui qu'il faut préciser l'expression « modification de l'ordonnancement juridique », en recourant aux éléments constitutifs de cet ordre, c'est-à-dire, selon lui, les normes [962]. D'où le remplacement par Ch. Eisenmann de l'expression « effet de droit » par celle de « norme » [963]. L'approche de Ch. Eisenmann ne semble, de nos jours, plus unanimement partagée par les publicistes, lesquels n'adhèrent pas pour autant à l'expression consacrée chez les privatistes. Ainsi, P. Amselek exprime sa perception des effets de l'acte juridique en disant qu'il s'agit d'un « acte social d'autorité », c'est-à-dire d'un acte constituant « l'exercice de fonctions sociales directives ou de commandement prévues et réglementées par le droit » [964]. Quoi qu'il en soit, ces critiques des publicistes dirigées contre l'expression « effet de droit » ont influencé ces dernières années les privatistes. Ainsi Lucie Mayer a pu proposer de remplacer l'expression « effet de droit » par celle de « modification d'une situation juridique » [965]. Outre toutes ces expressions, il pourrait enfin être suggéré de remplacer l'expression « effet de droit » par celle de « règle de droit » ou, mieux, celle de « modèle » (de conduite) popularisée par A. Jeammaud, semble-t-il sous l'influence des travaux de H. Kelsen [966].

958. Cf. not. J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, 15e éd., Dalloz, 2012, n° 79. Sur cette tendance et surtout sa critique, cf. N. Hage-Chahine, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2014, nos 378-388.

959. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel : La règle de droit — Le problème de l'État*, 3e éd., Boccard, 1927, §32, p. 330 ; Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, Tome 1, p. 371 ; P. Amselek, « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann » *in La pensée de Charles Eisenmann*, sous la dir. de P. Amselek, Économica et PUAM, 1986, p. 34 ; B. Seiller, « Acte administratif (I – Identification) » *in Répertoire de contentieux administratif*, janv. 2010, Dalloz, n° 26.

960. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel : La règle de droit — Le problème de l'État*, 3e éd., Boccard, 1927, §31, p. 326.

961. *Ibid.*, §32, p. 330.

962. Sur les critiques de cette conception de l'ordre juridique cf. *sura* n° 258.

963. Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, Tome 1, p. 371-375.

964. P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012, p. 352. Comp. B. Seiller, « Acte administratif (I – Identification) » *in Répertoire de contentieux administratif*, janv. 2010, Dalloz, n° 26, qui paraît considérer comme erronée l'exigence d'un effet de droit au motif que certains actes juridiques, telles certaines circulaires, ne produisent aucun effet de droit. Cette critique ne nous apparaît cependant guère pertinente dans la mesure où il nous semble que dans cette hypothèse la circulaire n'est pas un acte juridique. Elle n'est qu'un acte matériel, destiné à informer les agents publics sur l'état du droit, sans pour autant rien ajouter au droit positif. Cette circulaire n'est qu'un doublon d'un énoncé portant une norme déjà existante. Rappr. *infra* p. 323.

965. L. Mayer, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, sous la dir. de L. Cadiet, thèse de doct., 2009, IRJS, nos 148-150.

966. A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *D.*, 1990, n° 18, note 36. Pour éviter tout contresens sur la pensée d'A. Jeammaud, précisons aussitôt que nous n'avons repris de cet auteur que l'idée de « modèle ». A. Jeammaud aurait en effet désapprouvé l'ajout des mots « de conduite ». En effet, pour cet auteur, dont les

265. Justification de la terminologie choisie. Entre toutes ces propositions terminologiques — « effet de droit », « modification de l'ordonnancement juridique », « norme », « acte social d'autorité », « règle de droit », « modification d'une situation juridique », « modèle »

idées ont été par la suite reprises et approfondies (not. F. Brunet, *La normativité en droit*, sous la dir. de É. Picard, thèse de doct., Université Panthéon-Sorbonne, 2011, Mare & Martin, p. 273 s.), la règle de droit peut poser un modèle qui n'est pas un modèle de conduite, telle la règle imposant qu'une salle de bain respecte telle condition d'hygiène. Pour A. Jeammaud, la formulation de nombre de règles de droit montre que les règles n'ont pas pour seul objet de réguler des conduites humaines (A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *D.,* 1990, n° 12).

Si nous n'avons pas repris cette idée, c'est parce qu'il nous semble que si les individus édictent des règles c'est avant tout pour parler à leurs semblables et non à de simples objets non communicants. Certes, à la lecture de l'énoncé, l'objet du modèle n'est pas toujours une conduite. Cependant, lorsqu'on recherche la signification de cet énoncé, il s'agira toujours d'une conduite, ce que reconnaît au demeurant A. Jeammaud : *ibid.*, n° 10. Dès lors, même lorsqu'une règle de droit n'est pas directement formulée comme un modèle de conduite adressée à une personne, il n'est nullement artificiel d'y voir indirectement un tel modèle de conduite (rappr. Ch. Eisenmann, « Sur la théorie kelsénienne du domaine de validité des normes juridiques » *in* sous la dir. de C. Leben, Éditions Panthéon-Assas, 2002 ; D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 172-173 ; P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012, p. 143). Si A. Jeameaud le refuse, c'est semble-t-il parce qu'il s'en tient à l'objet de l'énoncé et non à l'objet de la signification qu'il convient de donner à cet énoncé. Ainsi, pour reprendre un des exemples cité par A. Jeammaud, lorsqu'un texte précise que les locaux de travail « doivent être aménagés de manière à garantir la sécurité des travailleurs », ce texte adresse, nous semble-t-il, un modèle de conduite à toutes les personnes responsables de tels locaux. L'emploi de la forme passive, contrairement à ce que semble suggérer A. Jeammaud, révèlera le plus souvent, non pas que l'intention des auteurs de la norme était d'imposer le modèle d'un local et non un modèle de conduite, mais que, face aux difficultés d'identifier les personnes auxquelles ce modèle s'impose, il était plus commode pour les auteurs de ce texte de recourir à une forme passive, en laissant à l'interprète le soin de déterminer les personnes concernées par ce modèle.

Récemment la critique développée par A. Jeammaud a été reprise et amplifiée par François Brunet, dans sa thèse de doctorat. Ce dernier soutient ainsi que la thèse que nous défendons « confond la visée ultime des normes (influer sur les comportements humains) avec leur contenu proprement dit, qui ne passe pas nécessairement par la prescription d'un comportement » (F. Brunet, *La normativité en droit*, sous la dir. de É. Picard, thèse de doct., Université Panthéon-Sorbonne, 2011, Mare & Martin, p. 274). Certes, relève cet auteur, la confusion peut être levée, si l'on s'emploie à traduire tout énoncé en une règle de comportement. Cependant, pour cet auteur, cela va « créer de réelles difficultés, notamment lorsque les énoncés sont très imprécis et qu'ils ne formulent pas directement de comportement » (p. 275). Il va alors falloir fournir « un effort d'interprétation qui consiste à décomposer les "normes mixtes" qui contiennent plusieurs types de normes de comportement. Or il est possible de montrer que cette décomposition et cette "conversion" des normes en modèles de comportement sont souvent purement artificielles, car elles réduisent la richesse sémantique des normes considérées — et donc elles réduisent la normativité elle-même » (p. 275-276). La critique nous semble cependant reposer sur une confusion de l'énoncé et de la norme. Il convient en effet de rappeler que la norme n'est pas l'énoncé lui-même, elle n'est que le produit de l'interprétation, de la signification de cet énoncé (sur cette confusion cf. *infra* note n° 276). Or, en indiquant qu'il ne faudrait pas procéder à cette étape de traduction et qu'il faudrait prendre les normes dans leur état brut, cet auteur suggère qu'il ne faudrait fournir aucun effort d'interprétation. C'est là où, semble-t-il, cet auteur commet une confusion. La confusion s'observe également chez A. Jeammaud qui, à la fin de l'article précité, relève, nous soulignons, « l'extrême diversité des objets d'énoncés ayant vocation de référence pour agir, pour le guidage des actions ». Dès lors que l'énoncé doit être interprété pour devenir une norme, autant mener le travail jusqu'à son terme et tenter d'établir l'ensemble des normes qui peuvent être induites de l'énoncé, plutôt que d'arrêter le travail en chemin, en disant par exemple qu'il existe des normes n'ayant pas pour objet la conduite des individus, mais réglementant des objets tels des lieux ou des discours (pour les définitions). Si ces étapes intermédiaires peuvent avoir une utilité pour prendre conscience de la diversité de *formulation* des énoncés normatifs (cf. not. *ibid.*, p. 283-302), elles ne doivent pas occulter la profonde unité de la fonction des normes : régir la conduite des individus.

Pour finir, on ajoutera qu'aux termes de son article précité, A. Jeammaud, n'en utilise pas moins des expressions dont on perçoit mal en quoi elles échapperaient à la critique qu'il a adressée à l'expression « modèle de conduite ». L'auteur dit ainsi des règles qu'il s'agit de « référence pour agir, pour le guidage des actions »

(de conduite) et l'on pourrait ajouter « obligation » — la meilleure nous semble être celle de « norme » défendue pour la première fois en France par Ch. Eisenmann [967]. Ce choix de recourir au mot « norme » s'explique par plusieurs raisons tenant à la généralisation de l'usage de ce mot en droit, à sa précision, au fait qu'il permette d'embrasser toute la diversité des effets qu'un acte juridique peut produire, à sa brièveté et à ses commodités de traduction en d'autres langues.

En premier lieu, le mot « norme » paraît devoir être choisi car malgré ses origines relativement récentes et « étrangères », il est assez largement adopté. Certes, en effet, ce mot est d'un usage récent en droit, puisqu'il a été popularisé au XXe siècle par H. Kelsen [968], qui l'avait repris d'un de ses maîtres, Georg Jellinek [969], ainsi que des philosophes et sociologues de son époque qu'il avait lus [970] ; le terme s'est par la suite répandu en France, en particulier grâce à la diffusion de la pensée de H. Kelsen par Ch. Eisenmann. Pourtant, malgré cette faible légitimité historique et disciplinaire [971], force est de constater que sous l'influence, sans doute, de

n'étant pas « tous, tant s'en faut, des modèles de conduites » (*sic*, A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *D.,* 1990). Or, en utilisant le champ lexical de l'action, l'auteur ne réintroduit-il pas l'idée que ces normes concerneraient des hommes agissant ? Est-ce vraiment différent du sens contenu dans l'expression modèle de conduite ? Il est permis d'en douter. Il y a là, semble-t-il, une vaine querelle terminologique.

967. Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, Tome 1, p. 375. Les juristes de la première moitié du XXe siècle emploient parfois aussi le mot de norme, mais jamais au point de défendre son utilisation généralisée dans le champ du droit. Cf. par exemple, F. Gény, *Science et technique en droit positif : Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. 1, Sirey, 1914, URL : https://archive.org/details/scienceettechniq01geny, p. 68 qui utilise ce mot lors de son étude du concept de science, afin de distinguer les « sciences normatives » des « sciences descriptives ». Comp. J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, 27e éd., Droit privé, PUF, 2002, n° 4 : « Aujourd'hui [...] il est beaucoup de juristes qui préfèrent parler de *normes*, normes de droit et, entre les deux vocables, ils mettent une différence ; la règle est droite, raide et impérative, la norme n'est qu'un modèle, susceptible de degrés. Mais il semble pédagogique, s'il faut présenter le phénomène, de le saisir à son maximum d'intensité, plutôt que dans un moment de relâche. C'est pourquoi nous continuons ici à user de la règle de droit : les nuances viendront plus tard ».

968. En ce sens O. Pfersmann, « Norme » *in Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. Alland et S. Rials, Lamy-PUF, 2003 et F. Brunet, *La normativité en droit*, sous la dir. de É. Picard, thèse de doct., Université Panthéon-Sorbonne, 2011, Mare & Martin, p. 30. Sur la pénétration du mot norme et de son champ lexical chez les juristes, cf. *ibid.*, p. 24-32.

969. G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, avec une préf. d'O. Jouanjan, Éditions Panthéon-Assas, 2005, Tome 1, p. 28-30. Sur l'influence de G. Jellinek sur H. Kelsen, cf. C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Kimé, 1997, p. 81-85, spé. p. 82, pour le concept de norme. G. Jellinek a également influencé les privatistes français. C'est ainsi que Fr. Gény utilise le concept de norme pour distinguer les « sciences normatives » des « sciences descriptives » (F. Gény, *Science et technique en droit positif : Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. 1, Sirey, 1914, URL : https://archive.org/details/scienceettechniq01geny, p. 68). Cependant, il ne donne pas à ce concept le rayonnement qu'il a aujourd'hui acquis.

970. Contrairement à ce que pourrait laisser à penser l'image commune attachée à sa *théorie pure du droit*, H. Kelsen ne tenait nullement la sociologie en dédain (cf. Ch. Eisenmann, « Science du droit et sociologie chez Hans Kelsen » *in Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, sous la dir. de C. Leben, Éditions Panthéon-Assas, 2002). Ses ouvrages majeurs, que sont la *Théorie pure du droit* et la *Théorie générale des normes*, citent également fréquemment les ouvrages de ses contemporains philosophes et sociologues, tels Moritz Schlick, Alfred Jules Ayer ou encore Georg Simmel.

971. Rappr. R. Encinas de Muñagorri, « Kelsen et la théorie générale du contrat » *in Actualité de Kelsen en France*, sous la dir. de C. M. Herrera, Bruylant et LGDJ, 2001, p. 119, expliquant ainsi que Kelsen n'ait guère marqué la tradition civiliste du contrat : « juif, autrichien, spécialiste de droit constitutionnel, familier de l'abstraction, il avait de quoi rester à l'écart ».

la constitutionnalisation du droit privé, le terme « norme » s'est répandu ces dernières années chez les privatistes [972]. Pour s'en rendre compte, il suffit de comparer les ouvrages d'introduction au droit de la fin du siècle dernier avec ceux récemment publiés [973]. Alors qu'en 1996 des auteurs étudiaient la hiérarchie des normes sous le vocable la « hiérarchie des lois et des règlements » [974], l'expression hiérarchie des normes se trouve désormais directement mentionnée dans ces manuels et il n'est pas rare que les mots de constitution et de traités internationaux, autrefois présents dans les intitulés des rubriques consacrées à l'étude de cette hiérarchie des sources, aient été remplacés par ceux de « norme constitutionnelle » et « normes internationales » [975]. Mieux encore, ces dernières années, une autrice un pu consacrer de très substantiels développement introductifs au « droit des normes » [976]. Il doit également être relevé que l'usage du mot « norme » est presque recommandé par le *Vocabulaire juridique* Cornu dans l'un des rares passages de cet ouvrage, si ce n'est l'unique, où les auteurs prennent le temps de souligner les avantages de l'usage du mot défini [977].

Compte tenu de ces éléments, il ne semble pas que la faible légitimité historique ou disciplinaire du mot « norme » soit aujourd'hui un obstacle à son utilisation dans la définition de l'acte juridique.

Tel n'est pas le cas des expressions concurrentes mentionnées plus haut, dont il ne peut pas être argüé qu'elles seraient largement utilisées. Cela a déjà été souligné pour l'expression « effet de droit », assez largement rejetée de nos jours par les publicistes. Il peut en être dit autant de l'expression « modèle de conduite » qui, si elle est assez parlante au profane, n'est guère en usage chez les juristes. Quant à l'expression « modification d'une situation juridique », malgré les efforts déployés par Paul Roubier pour promouvoir la deuxième partie de cette expression [978], elle n'est plus guère aujourd'hui utilisée, si ce n'est en droit international privé. Enfin, s'agissant de la proposition de P. Amselek, « acte social d'autorité », elle n'a pas été reprise par la doctrine, malgré un récent plaidoyer en sa faveur [979]. Seule le terme d'« obligation » échappe à ce reproche, compte tenu de son caractère très (trop ?) répandu.

972. Depuis la soutenance de cette thèse, le terme a même été repris pour la définition du contrat : D. Galbois, *La notion de contrat : Esquisse d'une notion*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2018 ; S. Lequette, « La notion de contrat : Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD Civ.,* 2018, p. 541-566.

973. Rappr. F. Brunet, *La normativité en droit*, sous la dir. de É. Picard, thèse de doct., Université Panthéon-Sorbonne, 2011, Mare & Martin, p. 26-32, qui donne d'autres exemples de la multiplication du recours au concept de normes à partir des années quatre-vingt-dix.

974. B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, 5e éd., Litec, 1996, nos 508.

975. Cf. Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, 5e éd., LGDJ et Lexxtenso éditions, 2014, p. 407.

976. P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2013, Partie 2.

977. *Vocabulaire juridique*, sous la dir. de G. Cornu, 8e éd., PUF, 2007, *Vo* Norme, sens 1, p. 618 : « terme (...) qui offre l'avantage de viser d'une manière générale toutes les règles présentant ce caractère [la valeur obligatoire] ». Une recherche informatique dans la vocabulaire juridique Cornu, avec le mot-clef *avantage*, ne révèle aucun semblable jugement positif porté sur un mot défini.

978. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Bibliothèque Dalloz, réimpression, préf. D. Deroussin, 1963 (2005), Sirey.

979. Ph. Jestaz, « Une révolution inaperçue, à propos de l'acte juridique », *RTD Civ.,* 2014.

En deuxième lieu, si le mot « norme » a été choisi, c'est grâce à son degré de précision que ne semblent pas égaler les expressions d'« effet de droit » ou de « modification d'une situation juridique ». En effet, ces dernières expressions ne permettent guère de disposer d'une définition de l'acte juridique à même de le distinguer du fait juridique [980].

Pour s'en rendre compte, il suffit d'envisager l'hypothèse d'un individu qui, lors d'un rude hiver, en pleine connaissance des conséquences de son acte, viendrait à voler un bien afin d'être placé en détention provisoire et ainsi passer quelques nuits au chaud. La définition de l'acte juridique, couramment retenue par les privatistes, permettrait, quoi qu'en disent parfois ces derniers [981], de qualifier cette action humaine d'acte juridique. En effet, cette personne vient de réaliser un acte qui a permis au procureur de la République de demander à un juge sa détention provisoire. Il peut donc être dit que ce vol a produit un « effet de droit » ou une « modification d'une situation juridique » : sans ce vol, la détention provisoire aurait été légalement impossible. En outre, cet effet de droit procède d'un acte volontaire — le vol a été aperçu par les tiers qui ont appelé les forces de police — et son auteur avait enfin l'intention de dormir en prison. Tous les éléments de l'acte juridique sont donc bien réunis. Pourtant, aucun auteur n'accepterait de qualifier cette infraction d'acte juridique. C'est la qualification de fait juridique qui serait retenue.

Cet écueil disparaît sitôt que l'on remplace les mots « effet de droit » ou « modification d'une situation juridique » par celui de « norme ». En effet, en reprenant l'exemple précédent, l'on s'aperçoit que le vol commis par l'individu, s'il a bien produit un effet de droit, n'a pas en revanche créé de norme. Si le procureur a pu agir, ce n'est pas grâce à une autorisation que lui aurait donnée le voleur. S'il a pu agir, c'est parce que le vol commis a déclenché l'application d'une règle déjà posée, selon laquelle le procureur, s'il veut obtenir la détention provisoire d'un individu, doit établir qu'une norme pénale a été violée. Où l'on voit que la terminologie choisie aboutit à une solution satisfaisante pour les juristes, contrairement à une application rigoureuse des terminologies concurrentes.

980. Sur cette distinction, cf. *infra* n°s 314 s.

981. Pour écarter ce grief, les privatistes prétendent souvent que l'individu n'a pas pu avoir l'intention de créer des effets de droit (J.-L. Aubert et É. Savaux, *Introduction au droit*, 14e éd., Dalloz, 2012, n° 142 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, 9e éd., Dalloz, 2012, n° 212). Mais c'est là une pétition de principe. Rien n'empêche qu'une telle situation puisse se produire en présence d'un individu recherchant véritablement la sanction comme effet de droit. Dès lors, ce n'est pas au moyen d'un tel argument que l'acte juridique peut être efficacement distingué du fait juridique.

En troisième lieu, le choix du mot « norme » s'explique par le souci d'éviter que ce *signifiant* ne concourt au développement d'approches restrictives du concept d'acte juridique. Choisir les vocables « règle de droit » ou « situation juridique » aurait conduit à suggérer que les effets produits ne sont, respectivement, que généraux [982] ou particuliers [983], ce qui ne correspond pas à la réalité des effets que peut produire un acte juridique. Quant à l'expression « effet de droit », elle peut laisser à penser que le concept d'acte juridique n'aurait de sens que dans des ordres juridiques étatiques, le droit étant souvent lié dans l'esprit des juristes à l'état. Tel n'est pas le cas du mot norme qui peut désigner des objets bien plus divers. De même, enfin, le terme d'obligation, dont on a pu montrer la parenté avec le concept de norme [984], expose à des usages restrictifs de l'acte juridique. D'abord, l'obligation renvoie à l'idée d'irrévocabilité [985], contrairement à la norme dont la révocation soulève moins de difficultés. Ensuite, le terme d'obligation est souvent lié à l'idée d'échanges économiques [986], ce qui rend son application délicate à des normes n'ayant pas un caractère économique marqué. Enfin, le terme d'obligation renvoie à une forme de sujétion qui rend son application très difficile pour englober les hypothèses où une personne se voit reconnaître un certain pouvoir. Parler ici d'obligation pour désigner cette norme n'est guère dans les usages — le privatiste parlera plus volontiers de droit potestatif —, alors que parler de norme d'habilitation ne pose aucun problème.

982. La règle de droit est en effet souvent décrite dans les ouvrages d'introduction au droit comme une règle générale (cf. not. G. Cornu, *Droit civil. Introduction au droit*, 13e éd., Montchrestien, 2007, n° 14), ce que ne manque pas de critiquer les publicistes qui estiment qu'elle peut aussi être particulière (Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, Tome 2, p. 210-211 ; P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012, p. 165-169).

983. C'est en ce sens que l'entend Paul Roubier qui, le premier, a promu l'usage de l'expression « situation juridique » comprise comme désignant des « situations individuelles et concrètes » (P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Bibliothèque Dalloz, réimpression, préf. D. Deroussin, 1963 (2005), Sirey, p. 4). De même, lorsque Lucie Mayer justifie son choix pour l'expression « modification d'une situation juridique », elle met en rapport cette expression avec le sujet de droit et, derrière, l'idée de rapports individuels de droit privé. En outre, cet auteur n'utilise guère l'expression « situation juridique » quand il s'agit de parler d'une modification d'une règle générale. Voyez ce passage : « soit la modification [de l'ordonnancement juridique] affecte bien une règle générale et abstraite, mais il est alors douteux qu'elle n'affecte pas, dans le même temps, les situations juridiques des personnes potentiellement concernées par la modification, à savoir toutes les personnes susceptibles de se voir appliquer le droit français » (L. Mayer, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, sous la dir. de L. Cadiet, thèse de doct., 2009, IRJS, n° 150).

984. Cf. G. Forest, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, sous la dir. de F. Leduc, thèse de doct., 2012, Dalloz, nos 251 s. L'auteur y estime que l'obligation, dans son versant concernant la dette, constitue bien une norme. En revanche, dans le versant relatif à la créance, le même auteur estime qu'elle « est forgée d'un métal différent [...] elle possède la nature d'un droit subjectif [à l'exécution] » (*ibid.* n° 253). L'analyse laisse néanmoins quelque peu insatisfait dans la mesure où le « droit subjectif à l'exécution », dont parle l'auteur, résulte des normes organisant ce droit subjectif.

Adde, pour une analyse fine des rapports entre norme et obligation : C. Aubry de Maromont, *Essai critique sur la théorie des obligations en droit privé*, sous la dir. de P. Briand, thèse de doct., Université de Nantes, 2015, nos 67 s. S'appuyant notamment sur les travaux d'Hans Kelsen, l'autrice y montre la proximité entre les concepts de norme et d'obligation. S'appuyant ensuite sur l'histoire, elle défend l'idée que l'obligation serait une norme particulière ; sa particularité tenant à la patrimonialité de son objet : *ibid.*, n° 71).

985. Cf. *supra* n° 132 et *infra* n° 382, ainsi que la note n° 1105.

986. Cf. *supra* note n° 441.

En quatrième lieu, si le terme « norme » a été choisi c'est en raison de sa brièveté, qualité dont ne sont pas dotées les expressions concurrentes « modèle de conduite » ou « modification d'une situation juridique ». Qu'on songe à la manière dont il conviendrait de formuler une phrase par laquelle serait par exemple vérifié qu'un testament a bien produit une règle de conduite. Alors qu'avec le terme « norme » il suffirait de constater que le testament a créé une norme translative de propriété, il faudrait, avec l'expression « modèle de conduite », expliquer que le testament a imposé à toutes les personnes de considérer le bénéficiaire de la libéralité comme le nouveau propriétaire des biens du *de cujus*. Quelle périphrase !

En cinquième lieu, enfin, si le mot « norme » a été choisi, c'est parce qu'il est aisé de le traduire. Ce mot étant relativement récent, tout en puisant ses racines dans un mot grec, il a été généralement traduit tel quel dans les différentes langues, ce qui ne semble pas le cas des expressions concurrentes.

B. Précisions sur le signifié

266. Plan. D'un usage courant, le terme de « norme » n'est pas doté d'une définition très partagée et assurée. Comme le relevait il y a déjà trente ans Jean Combacau « le mot de norme n'est pas celui qu les auteurs manient avec le plus de rigueur » [987]. Voilà pourquoi il convient ici d'apporter quelques lumières sur le sens qui nous paraît devoir être conféré à ce terme (**1.**). Ce travail réalisé, il sera possible de dénoncer certaines acceptions restrictives de ce terme (**2.**).

1. Une définition de la norme

267. Enjeux et plan. Bien que pouvant être perçu comme fastidieux, ce travail de définition d'un des termes de la définition d'acte juridique est ici particulièrement nécessaire. En effet, les développements des chapitre suivants reposeront pour partie sur les analyses structurales de la norme ici présentées. Cet effort de définition apparaît en outre justifiée dans la mesure où l'acception de la norme ne paraît guère figée et a connu d'importantes évolutions ces dernières années. Nous verrons toutefois que, malgré ces évolutions, lesquelles affectent par ricochet la définition de l'acte juridique, les définitions jusqu'alors proposées demeurent insatisfaisantes (**a.**), ce qui nous conduira en conséquence à proposer une autre définition du concept de norme, plus riche de sens (**b.**).

987. J. Combacau, « L'acte juridique. Ouverture », *Droits,* 1988, vol. 7, p. 7.

a. La critique des définitions existantes

268. La « définition » originelle. Pour H. Kelsen et ceux qui, tels Ch. Eisenmann, l'ont suivi, la norme juridique est conçue comme une *disposition portant réglementation juridique de la conduite d'individus humains*[988]. Cette définition, dont Pierre Mayer a suggéré qu'elle était moins une définition qu'une évocation[989], n'apparaît pas toutefois pleinement adaptée pour rendre compte de la norme, ce qui justifie que nous ne la retenions pas.

En premier lieu, cette définition concerne la norme « juridique » et non la norme elle-même, ce dont semble conscient H. Kelsen[990] ; il y a là deux concepts distincts. La *norme juridique* n'est pas la *norme*, elle n'est qu'une espèce de norme, plus précisément la norme considérée comme telle par un ordre juridique[991]. Dès lors, s'agissant de définir la norme en général, il n'apparaît pas pertinent de faire figurer l'adjectif « juridique » dans sa définition.

En deuxième lieu, l'utilisation dans cette définition du terme « disposition », défini comme l'« action de mettre en place, de disposer des personnes ou des choses »[992], n'est pas très heureuse, compte tenu de son imprécision. En particulier, ce terme ne permet pas de mettre en lumière ni « la texture mentale » des normes[993] — parler de disposition suggère la présence

988. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 6 ou Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, Tome 1, p. 375.

989. P. Mayer, « Existe-t-il des normes individuelles ? » *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Économica, 2006, p. 685, note 22.

990. Cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 43, où l'on peut lire : « une norme donnée est une norme juridique en tant qu'elle appartient à un ordre juridique ». La distinction ne paraît pas toujours faite clairement par les auteurs. Pour des exemples de propos parfois ambigus, cf. en droit public interne O. Pfersmann, « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », *RRJ,* 1994, p. 224, en droit international public P. Weil, « Vers une normativité relative en droit international », *RGDIP,* 1982, n° 6, p. 9 et en droit privé S. Gerry-Vernières, *Les « petites » sources du droit : À propos des sources étatiques non contraignantes*, sous la dir. de N. Molfessis, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2012, Économica, n°s 119 s.

991. Rappr. Ph. Robert, F. Soubiran-Paillet et M. Van De Kerchove, « Normativités et internormativités » *in Normes, normes juridiques, normes pénales : Pour une sociologie des frontières*, sous la dir. de P. Robert, F. Soubiran-Paillet et M. Van De Kerchove, 1997, p. 23 cité par F. Laronze, « La norme ISO 26000, une source de droit en matière sociale : L'apport de la théorie du droit à la réflexion sur les normes de la RSO », *Droit social,* 2013 : « La juridicité des normes ne provient [...] ni de leur efficacité, ni de leur coercition, ni de leur sanction, mais de leur intégration à un ordre juridique ». Rappr. également S. Sur, « La créativité du droit international » *in Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 363, Brill |Nijhoff, 2014, p. 188 s. affirmant que « la normativité juridique [...] n'est pas un pléonasme puisque l'on sait qu'il existe toutes sortes de normativités, et que ce n'est certainement pas sa dimension normative qui constitue l'originalité et la singularité du droit. C'est bien plutôt l'autorité normative, son lien avec la puissance de l'État en dernière analyse, qui le définit ». Rappr., également, S. Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, sous la dir. de P. Mayer, thèse de doct., Université Paris I, 2004, Économica, n° 169 s. où l'auteur admet que les normes étrangères sont bien des normes, pouvant servir de « base de déduction », mais qu'elles ne deviennent juridique qu'autant qu'elles que l'ordre juridique du for accepte de leur conférer un caractère « impératif ».

Soulignons bien ici qu'une norme n'est pas *juridique* au seul motif qu'elle serait produite par une personne appartenant à l'ordre juridique, qui aurait été éventuellement autorisé — et non habilité — à agir ainsi. Pour qu'une norme soit juridique, il faut encore qu'elle soit reconnue comme telle par l'ordre juridique.

992. *Trésor de la langue française informatisée*, *V°* Disposition.

993. Il s'agit par là d'indiquer, à la suite de P. Amselek, que le Droit — entendu comme l'ensemble des normes — « ne peut être observé parmi les choses du monde extérieur, dans la nature ; il est assigné à résidence dans un tout autre lieu, un lieu dont on ne s'évade pas — l'esprit des hommes » (P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012, p. 63).

d'un objet posé dans le monde matériel alors que la norme est immatérielle — ni leur fonction instrumentale — l'action de disposer ne renvoie pas à l'idée d'un outil —, bien mise en évidence par Paul Amselek [994]. En effet, comme l'indique de manière imagée Denys de Béchillon, « Une norme ne se "voit" pas, elle se "comprend" » [995].

En troisième lieu, le terme de réglementation occulte la fonction d'instrument d'évaluation des normes. En effet, les normes ne servent pas seulement, comme l'a si bien exprimé Catherine Thibierge, à tracer des modèles pour réglementer, « diriger » l'action, elles servent aussi de modèle pour « évaluer » des actions accomplies [996].

994. P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012, p. 63 s. Cet ouvrage est, comme l'écrit l'auteur (p. 13) « l'aboutissement d'une réflexion philosophique continue, menée depuis une cinquantaine d'années [...]. L'apport le plus important de cet ouvrage est, en effet, de contribuer à faire la lumière sur la notion même de "règle" couramment utilisée en pratique, mais extrêmement floue à notre conscience ». L'ouvrage reprend notamment les articles suivants P. Amselek, « Norme et loi », *La loi. Archives de Philosophie du droit,* 1980 ; P. Amselek, « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits,* 1989 ; P. Amselek, « Les règles juridiques en tant qu'objets mentaux », *Archiv für Rechts — und Sozialphilosophie,* 1993.

L'idée de texture mentale de la norme, si elle peut à première vue se rapprocher de l'idée de Bentham selon laquelle l'« obligation » et le « droit » — « ancêtres » du concept de norme —- seraient des « fictions », des « entités fictives » (H. L. A. Hart, *Essays on Bentham : studies in jurisprudence and political theory*, réimpression, 2001 (1982), Oxford University Press, p. 128-130), s'en distingue en réalité assez fortement. Comme l'indique en effet P. Amselek, ces notions de droit et obligation « ne sont pas fictives pour autant ; ce ne sont pas des sortes de fantasmes suscités par notre pratique langagière et qu'une modification de celle-ci ferait s'évanouir. Peu importe qu'elles n'aient pas de référent extérieur ; elles interviennent au niveau des opérations de l'esprit lui-même » (P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012, p. 110-111).

995. D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 166.

996. C. Thibierge, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure », *APD. L'égalité,* 2008, vol. 51, p. 346-348 : « La norme peut [...] fournir modèle d'au moins deux manières. [...] Dans son rôle premier, la norme fournit modèle ou référence en ce qu'elle permet de tracer des lignes [...] de conduite, d'action ou d'idéal. [...] La norme est donc un *modèle pour agir*. Dans son rôle second, la norme fournit référence en ce qu'elle permet de vérifier, de mesurer, d'évaluer, de comparer ce qui a été tracé, une action accomplie, comme un comportement ou un acte. C'est alors un *modèle pour juger*, pour apprécier une conformité, une compatibilité ». L'idée est antérieure aux propos de cette autrice (cf. not. P. Mayer, « Existe-t-il des normes individuelles ? » *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Économica, 2006, n° 11), mais C. Thibierge a eu le grand mérite de clairement poser cette dualité. Comp. M. Virally, « Le phénomène juridique », *RDP,* 1966, URL : http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/10/phenomene_juridiquePart-1.pdf, p. 19, qui semble ne retenir que la fonction d'instrument de mesure : « Si on définit la norme juridique comme un modèle de jugement, il s'agit évidemment de l'un de ceux qui permettent de porter un jugement de valeur. »

L'on peut en revanche reprocher à C. Thibierge d'avoir considéré que ces deux fonctions — la direction et l'évaluation — pouvaient exister séparément (C. Thibierge, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure », *APD. L'égalité,* 2008, vol. 51, p. 353-357). Comme exemple de normes où ces fonctions seraient dissociées, l'autrice cite les recommandations — instruments de pure direction — et les standards — instruments de pure évaluation. Ces analyses sont discutables. S'agissant d'abord des recommandations, le fait que celles-ci ne puissent pas servir d'instrument de mesure par un juge, n'empêche pas que n'importe quel individu puisse évaluer, à l'aune de cette recommandation, le comportement de la personne assujettie à cette recommandation. En effet, si l'on accepte que la recommandation puisse constituer un instrument de tracé, quand bien même le juge ne le reconnaîtrait pas, il faut semble-t-il aussi admettre qu'il puisse constituer un instrument de mesure, alors même que le juge ne s'en servirait pas. Quant aux standards, il est permis également de douter qu'ils puissent n'être que des instruments de mesure. Ce n'est pas parce que la conduite qu'ils invitent à tenir est floue, qu'il faut en déduire qu'ils n'indiquent aucune conduite. Il y a bien une conduite à tenir, simplement, tant que le juge ne l'aura pas précisée, il sera plus difficile de la déterminer. Preuve en est que la réalisation du droit n'est pas subordonnée à l'intervention du juge. Quand bien même la situation serait peu fréquente, l'on peut très bien envisager qu'une personne titulaire d'un *droit à* prétende que ce droit impose à telle personne d'adopter

En quatrième lieu, enfin, l'adjectif « humain » paraît de trop, comme en était semble-t-il conscient le « dernier » H. Kelsen [997]. La capacité à être destinataire de normes est déterminée par la capacité à raisonner et à souffrir [998], et non par la qualité d'être humain [999].

269. La définition fonctionnelle. Compte tenu de ces faiblesses, souvent perçues par des juristes n'adhérant pas en tout ou partie aux doctrines normativistes kelséniennes, une autre acception de la norme, plus simple, a été proposée par les auteurs à partir des années quatre-vingt [1000], pour rendre compte du sens de ce concept dans les sciences sociales [1001].

un comportement déterminé, ce que cette dernière pourrait tout à fait admettre. Dans une telle hypothèse, c'est bien l'existence du *droit à* qui aura conduit la seconde personne à suivre un comportement donné, sans qu'aucune intervention judiciaire n'ait été nécessaire. Dès lors, il paraît quelque peu excessif de dire, comme le fait C. Thibierge, que la fonction de direction des conduites est inexistante pour les standards et que seule subsiste leur fonction d'évaluation. La seule conclusion qu'on peut tirer de l'étude des standards est que le degré de précision de l'énoncé normatif varie grandement d'un énoncé à l'autre. Voilà pourquoi nous pensons que ces deux fonctions se retrouvent bien pour toute norme. Au demeurant, il est permis de penser que ce nécessaire dualisme des fonctions découle de la dualité des destinataires de toute règle de droit. Sur ce point, cf. *infra* n° 275.

997. Dans un ouvrage posthume, l'auteur écrit en effet (nous soulignons) : « L'objet d'une norme [...] est le comportement d'un être doué de raison et de volonté ; c'est — d'après notre conception d'aujourd'hui — le comportement humain » (H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, édition originale : 1979, PUF, 1996, p. 116). Il ajoute aussitôt que ceci ne lui semble « exact que pour ce qui concerne les ordres sociaux de peuples civilisés car dans les sociétés primitives, le comportement d'animaux, de plantes et même de choses inanimées est régi par l'ordre juridique, exactement de la même manière que celui des êtres humains » (*Ibid.*, p. 116). Voir déjà H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 42.

998. *Raisonner*, tout d'abord, car pour respecter une règle il faut d'abord en comprendre la texture mentale. *Souffrir*, ensuite, car si un être n'est pas sensible — l'on songe notamment au robots auxquels certains voudraient reconnaître des droits — alors la sanction sera inefficace à son égard.

999. Les progrès scientifiques permettent de penser que nombre d'animaux remplissent ces deux conditions. Les dresseurs d'animaux, chargés d'inculquer des règles aux animaux attestent suffisamment que les êtres humains ne sont pas les seuls destinataires possibles de normes. Ce fait n'implique pas pour autant que les ordres juridiques doivent reconnaître les animaux comme sujet de droit. La seule chose qu'implique la théorie du droit c'est d'admettre que les animaux peuvent techniquement être, si cela est décidé, des sujets de droit. Sur cette question *adde supra* note n° 833.

1000. Développée par P. Amselek (P. Amselek, « Norme et loi », *La loi. Archives de Philosophie du droit,* 1980), cette conception s'est ensuite répandue chez les privatistes grâce à un « article fondateur » d'Antoine Jeammaud (A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *D.,* 1990). Sur ce « renouveau de l'approche doctrinale » de la norme, cf. S. Gerry-Vernières, *Les « petites » sources du droit : À propos des sources étatiques non contraignantes*, sous la dir. de N. Molfessis, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2012, Économica, n°s 125 s. On la trouve également chez les internationalistes, cf. J.-P. Jacqué, « Acte et norme en droit international public » *in Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 227, Brill |Nijhoff, 1991, URL : http://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*-ej.9780792317852.357_417, p. 385.

1001. Cette acception ne correspond pas, dans l'esprit de certains de ces promoteurs, à tous les sens possibles que recouvre le mot norme (en ce sens G. H. von Wright, *Norm and action*, Routledge et Kegan Paul, 1963, p. 7 s.). Elle ne correspond ainsi pas au sens qu'a ce mot en mathématiques où il désigne, à propos des vecteurs, le nombre qui donne la mesure de sa longueur. Elle ne correspond pas non plus, comme l'a relevé P. Amselek, à son acception en physique ou en biologie. En effet, dit P. Amselek, lorsque le terme « norme » est utilisé — néanmoins semble-t-il peu fréquemment — dans l'expression « norme scientifique », entendue comme synonyme de loi scientifique, il ne désigne pas un modèle de conduite. Une telle norme scientifique, si elle constitue également un modèle, n'a pas une fonction *directive* des conduites, mais une fonction *recognitive* : P. Amselek, « Norme et loi », *La loi. Archives de Philosophie du droit,* 1980, p. 96, ou, dirions-nous plutôt, descriptive (pour les sciences formelles) ou explicatives (pour les sciences factuelles). Ces normes scientifiques permettent aux individus « d'identifier le cours des choses qui se produisent réellement sous leurs yeux et, par là-même, de se reconnaître, de se repérer dans le flux événementiel que la réalité défile à leur conscience » (*Ibid.*, p. 96).

Cette définition de la norme, qualifiée parfois de « fonctionnelle » [1002], définit la norme comme la « signification d'une proposition indiquant [...] un modèle auquel conformer leur conduite [...] » voire tout simplement un modèle de conduite [1003] voire, encore plus simplement, un modèle [1004]. Quoi qu'il en soit, même redéfinie comme un *modèle de conduite*, cette définition de la norme n'est pas satisfaisante car elle ne rend pas compte de toute la complexité de cet objet qu'est la norme, ne serait-ce que parce que celle-ci paraît aussi devoir être définie en faisant référence à ses destinataires. D'où la nécessité de proposer une autre définition de la norme construite à partir d'une analyse approfondie des éléments constitutifs de la norme et de leur agencement.

b. Définition proposée

270. Identification des éléments constitutifs de la norme. Avant d'être en mesure de proposer une définition plus complète de la norme, il incombe de procéder à une analyse détaillée des différents éléments constitutifs de la norme, analyse qu'on pourrait qualifier ici de structurale, car elle cherche à comprendre la structure de la norme [1005]. La lecture de différents travaux consacrés à la norme fait apparaître six éléments qui reviennent souvent chez les

Cette différence des fonctions se traduit dans la structure même de ces normes. Alors que les normes scientifiques n'ont pas à proprement parler de destinataires, c'est-à-dire de personnes tenues de les suivre ou pouvant les invoquer pour leur bénéfice, les normes directives ont au contraire des destinataires (sur cette caractéristique des normes en droit, cf. *infra* n° 275).

Sans prendre parti sur la pertinence de ces différents usages du mot norme, indiquons que lorsque nous nous référerons à ce terme par la suite ce sera uniquement au sens de norme *directive*.

1002. M. Pichard, *Le droit à : Étude de législation française*, sous la dir. de M. Gobert, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2006, Économica, n° 217 ou S. Gerry-Vernières, *Les « petites » sources du droit : À propos des sources étatiques non contraignantes*, sous la dir. de N. Molfessis, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2012, Économica, n° 125.

1003. Utilisant cette expression : J.-P. Jacqué, « Acte et norme en droit international public » *in Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 227, Brill |Nijhoff, 1991, URL : http://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*-ej.9780792317852.357_417, p. 385 ou G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, sous la dir. de M. Troper, thèse de doct., Université Paris X-Nanterre, 2006, Dalloz, p. 439.

1004. A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *D.,* 1990, n° 25. Sur les raisons du rejet par Antoine Jeammaud de l'expression « modèle de conduite » au profit simplement de celle de « modèle », ainsi que la critique de ces raisons, cf. *supra* n° 966.

A. Jeammaud parle également dans l'article précité de « référence pour agir, pour le guidage des actions ». On trouve une expression proche, « guide pour l'action », dans C. Thibierge, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure », *APD. L'égalité,* 2008, vol. 51. Néanmoins la terminologie est changeante chez cette dernière autrice qui, un an plus tard, parlera d'« instrument de référence » (C. Thibierge, « Introduction » *in La force normative : Naissance d'un concept*, LGDJ et Bruylant, 2009, p. 42). À choisir entre toutes ces expressions, l'on optera pour celle de modèle de conduite qui est celle la plus fréquemment utilisée (A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *D.,* 1990, n° 9). Il convient néanmoins d'être conscient qu'une telle expression peut parfois nourrir une conception restrictive de la norme. En effet, parce que l'expression « de conduite » renvoie plus immédiatement au monde sensible qu'au monde juridique, les auteurs ont parfois tendance à refuser la qualité de norme aux propositions qui se contenteraient de poser un modèle dans le seul ordre juridique. Sur cette tendance restrictive et sa critique, cf. *infra* n° 273.

1005. Rappr. G. H. von Wright, *Norm and action*, Routledge et Kegan Paul, 1963, p. 70-80, où l'auteur procède également à une analyse structurale de la norme, en recherchant l'ensemble de ses composantes.

auteurs — même si ces éléments ne sont pas toujours bien distingués [1006] — lorsque ceux-ci s'interrogent sur le concept de norme :

— Le modèle de conduite contenu dans la norme [1007] ;
— La présupposition de la norme, c'est-à-dire l'hypothèse dans laquelle la norme s'applique (aussi appelée parfois condition d'application [1008]) ;
— L'auteur de la norme ;
— Le ou les assujettis [1009] de la norme, *i.e.* toutes les personnes invitées, plus ou moins fermement, à suivre le modèle de conduite ;
— Le ou les bénéficiaires de la norme, *i.e.* toutes les personnes qui vont pouvoir prétendre au respect de la norme ;
— L'entrée en vigueur de la norme.

Cette liste des éléments constitutifs de la norme doit être retravaillée. En premier lieu, parmi ces éléments souvent évoqués en doctrine, il nous semble qu'existe un intrus : l'auteur de la norme. L'auteur de la norme n'est pas un élément constitutif de celle-ci. D'une part car il intervient en amont de la norme. Insérer dans la norme l'auteur de celle-ci, c'est donc entretenir

1006. Not. S. Sur, « La créativité du droit international » *in Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 363, Brill |Nijhoff, 2014, p. 189-190, où l'auteur estime que les normes « contiennent elles-mêmes des obligations » et qu'« elles se définissent par rapport aux sujets ou aux destinataires qui sont liés par elles ». Le concept d'« obligation » utilisé par l'auteur, qui semble être un équivalent du concept de « modèle de conduite », comprend ainsi en son sein un autre élément de la définition de la norme : les « destinataires ». Cette conception de l'auteur semble s'expliquer par son approche relationnelle de la norme : une norme ne semble avoir de sens pour lui que par rapport à une autre norme (*Ibid.*, p. 189-208). Dès lors qu'on adopte une conception « atomiste des normes » — conception à laquelle Serge Sur paraîtrait pouvoir adhérer puisqu'il admet la distinction entre norme et norme juridique et donc l'idée qu'une norme puisse exister en dehors d'un ordre juridique —, pour reprendre l'expression d'un auteur (O. Pfersmann, « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », *Droits,* 1998, p. 94), alors il ne paraît plus possible de retenir une telle approche relationnelle de la norme, la norme devenant alors un concept équivalent à celui d'obligation.

1007. Les spécialistes de droit international privé parlent plus volontiers de « base de déduction » (not. S. Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, sous la dir. de P. Mayer, thèse de doct., Université Paris I, 2004, Économica, n° 169 s.). L'expression est ici écartée car elle ne décrit pas assez directement de quoi il est question.

Georg Henrik von Wright dissocie cet élément en trois en distinguant le « caractère » de la norme, son « contenu » et ses « conditions d'application ». Par « caractère » il entend désigner le foncteur déontique utilisé par la norme : celle-ci indique-t-elle que quelque chose *peut être* ou que quelque chose *doit être* ou ne pas être. Par « contenu », il entend désigner *ce qui* peut être, doit être ou ne pas être. Par « condition d'application », expression dont nous verrons plus loin l'ambiguïté (*infra* note n° 1023), il désigne les conditions devant être remplies pour qu'il y ait une opportunité pour que ce qui est prévu par la norme se réalise. Ces conditions d'application sont semble-t-il l'équivalent de l'hypothèse présente dans les normes hypothétiques, la présupposition aurait dit Henri Motulsky. Si ces deux premiers éléments mis en avant par G. H. von Wright (caractère et contenu) nous paraissent pertinents, tel n'est pas le cas du troisième car, comme nous le verrons plus bas (*infra* n° 273), ceci donne à penser que toutes les normes seraient hypothétiques, alors que tel n'est pas le cas, comme le reconnaît d'ailleurs semble-t-il lui-même G. H. von Wright (G. H. von Wright, *Norm and action*, Routledge et Kegan Paul, 1963, p. 74).

1008. *Ibid.*, p. 73. L'usage de cette expression peut cependant être source d'équivoque. Cf. *infra* note n° 1023.

1009. Un autre auteur parle d'« adressataire » (H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, édition originale : 1979, PUF, 1996, p. 10, n° XI). Le terme « adressataire » est néanmoins peu fréquent et il n'est pas présent dans la plupart des dictionnaires. En outre, ce terme est moins clair que celui d'« assujetti » car, littéralement, l'adressataire peut désigner tant l'assujetti que le bénéficiaire de la norme.

la confusion de l'auteur et de l'acte précédemment énoncée. D'autre part, car, comme l'ont relevé notamment Rodolfo Sacco [1010] ou Jean Gaudemet [1011], toute norme n'a pas forcément d'auteur humain, au sens de personne ayant recherché cette norme et à laquelle cette norme est imputée par la collectivité dont elle relève ; qu'on songe aux normes divines ou aux normes coutumières présentes dans des ordres sociaux [1012] non juridiques [1013].

En second lieu, certains éléments constitutifs de la norme paraissent pouvoir être rapprochés à des fins pédagogiques. Ainsi, les catégories d'assujettis et de bénéficiaires peuvent être placés dans la catégorie plus large des destinataires de la norme. D'un côté, il y a l'assujetti qui se voit imposer un modèle de conduite et de l'autre, le bénéficiaire, celui à qui la norme permet de se plaindre de la méconnaissance du modèle de conduite posé. À ces éléments constitutifs *subjectifs*, répondent des éléments constitutifs *objectifs* : le modèle de conduite et l'entrée en vigueur de ce modèle de conduite.

271. Plan. Conformément à la méthode définitionnelle exposée en introduction [1014], il conviendra d'apporter quelques précisions sur ces deux types d'éléments constitutifs (**i.**), puis d'éclairer leur articulation (**ii.**).

i. Les éléments constitutifs de la norme

272. Plan. Toute norme repose sur quatre éléments constitutifs, qu'il est possible de regrouper deux à deux. D'un côté, il y a les éléments constitutifs objectifs, à savoir le modèle de conduite et l'entrée en vigueur du modèle de conduite. De l'autre, il y a les destinataires de la norme qui sont l'assujetti — *i. e.* la personne tenue de respecter la norme — et le bénéficiaire — *i.e.* la personne pouvant exiger le respect de la norme.

273. Les éléments objectifs. Le modèle de conduite. Aux fins du présent travail, il importe d'apporter trois précisions sur le modèle de conduite. La première concerne la diversité des actions à l'égard desquelles la norme peut servir de modèle, la deuxième concerne la temporalité du modèle de conduite et la troisième porte sur les différentes façons de formuler un modèle de conduite.

1010. R. Sacco, *Le droit africain : Anthropologie et droit positif*, Dalloz, 2009, p. 6-11.
1011. J. Gaudemet, *Les naissances du droit : Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, 2e éd., Montchrestien, 1999, ouvrage dont la première partie est consacré aux droits sans juristes.
1012. Sur le concept d'ordre social, cf. *supra* n° 953, spé. la note n° 953.
1013. En effet, dans ces ordres sociaux non juridiques, la norme coutumière n'est pas attribuée par la communauté à des être humains : les acteurs de cette communauté estiment que cette loi a une origine naturelle ou transcendantale. Il semble en aller de même dans les ordres (sociaux) juridiques où la coutume n'est pas imputable à un auteur, mais est perçue comme une œuvre collective (G. H. von Wright, *Norm and action*, Routledge et Kegan Paul, 1963). Il a néanmoins été prétendu par certains auteurs « réalistes » qu'il serait possible de ramener la coutume à une norme créée par le juge, de sorte que cette norme coutumière pourrait alors avoir un auteur (évoquant cette idée, cf. P. Mayer, « Existe-t-il des normes individuelles ? » *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Économica, 2006, n° 7). L'idée ne paraît cependant pas pertinente comme cela sera montré *infra* note n° 1632.
1014. Cf. *supra* n° 47.

Concernant tout d'abord les actions que la norme réglemente, il faut se garder de l'opinion suivant laquelle la norme ne porterait que sur des actions matérielles [1015], autrement dit l'action des individus dans le monde sensible. La norme peut aussi porter sur l'action juridique des individus, c'est-à-dire une action qui n'a guère de manifestation dans l'univers sensible. Si cette diversité est peu visible lorsqu'on examine la norme dans sa fonction d'instrument de direction des conduites [1016], elle apparaît nettement dans la fonction d'évaluation de la norme. En effet, peuvent être évaluées à l'aune d'une norme tant la régularité de comportements humains que la régularité de normes juridiques créées par les individus.

La deuxième précision à apporter sur le modèle de conduite concerne sa temporalité. Le modèle de conduite porté par la norme peut s'exécuter en un trait de temps, c'est l'engagement instantané, ou s'inscrire dans le temps en raison de sa durée limitée ou illimitée. Cette durée du modèle de conduite n'est pas toujours évidente à saisir car l'on peut souvent la confondre avec d'autres formes de temporalité affectant la norme [1017], qu'il s'agisse de la temporalité de l'existence de la norme ou de sa vigueur. Pour bien saisir ces différentes formes de temporalité, rien de mieux qu'un exemple. Soit un contrat de bail d'habitation conclu au 1er janvier, pour une durée d'un an, sous condition suspensive de libération des lieux par l'actuel locataire. Deux mois après la conclusion du bail, le précédent locataire quitte les lieux et permet à la condition suspensive de déployer ses effets. Puis, six mois plus tard, le bailleur et le preneur réalisent qu'ils ont commis une erreur dans la durée du bail et le régularise pour prévoir une durée de trois années au lieu d'une (conformément à l'article 10 de la loi du 6 juill. 1989). Dans cette illustration, la durée du modèle de conduite du contrat initial est d'une année, durée qui se distingue de la durée de l'existence de ce contrat, qui a été de six mois, ou encore de sa vigueur qui fut de quatre mois.

Enfin, troisième précision, il convient de souligner la diversité des modes de formulation de la norme. Un modèle de conduite peut soit être formulé d'une manière abstraite, ce qui lui permettra de s'appliquer un nombre indéterminé de fois, soit être formulé d'une manière concrète, ce qui conduira à une application unique de ce modèle. Cette différence de formulation, trop souvent oubliée par les auteurs négligeant d'intégrer les normes individuelles à leur analyse [1018],

1015. Pour des illustrations d'une telle opinion, cf. *infra* n° 281.

1016. S'il est aisé de voir en quoi une norme de comportement, telle l'interdiction de traverser au feu rouge, est un mode de direction des individus, cela est parfois moins net pour les normes d'habilitation. En effet, ces normes sont souvent présentées moins comme des contraintes dirigeant la conduite des individus qu'au contraire comme des facultés offertes aux individus de produire des normes. Cependant ces normes posent toujours des limites à la compétence des individus. Or, ces limites sont autant d'instruments destinés à guider la conduite des individus, en leur montrant quelles normes il leur est interdit de produire.

1017. Sur la difficulté de penser la norme et sa temporalité, cf. O. Pfersmann, « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », *RRJ,* 1994.

1018. Plusieurs publicistes écrivent ou suggèrent que la norme aurait nécessairement une structure hypothétique (not. S. Théron, *La notion de condition : Contribution à l'étude de l'acte administratif*, sous la dir. de J.-A. Mazères, thèse de doct., Université de Toulouse 1, 2001, L'Harmattan, p. 564-569 ; G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, sous la dir. de M. Troper, thèse de doct., Université Paris X-Nanterre, 2006, Dalloz, n° 87). Le propos ne semble toutefois pas tout à fait exact, pour peu que l'on examine la structure de nombre de normes contractuelles et individuelles, n'ayant vocation à s'appliquer qu'une seule et unique fois. De telles normes ont

influe sur la structure de la norme. En effet, dans le premier cas, elle sera hypothétique — elle sera composée d'une présupposition et d'un effet dirait notamment Henri Motulsky [1019] —, alors que dans le second cas, la norme sera catégorique. Lorsque la norme aura une structure hypothétique, parce que formulée d'une manière abstraite, il faudra prendre garde à ne pas confondre l'hypothèse (la présupposition), avec les conditions d'entrée en vigueur [1020]. En effet, si toutes deux peuvent être perçues comme des conditions, celles-ci ont un statut tout à fait différent. Alors que l'hypothèse est une condition d'application de la norme dans un cas concret, les conditions d'entrée en vigueur conditionnent la date à partir de laquelle ce modèle devra être suivi, indépendamment de l'application de ce modèle à un cas concret. La confusion entre ces deux concepts est d'autant plus facile à commettre que la vigueur de la norme est elle aussi un élément constitutif de la norme.

274. Les éléments objectifs. La vigueur de la norme. À côté du modèle de conduite, mais indissociable de celui-ci, figure un autre élément constitutif objectif de la norme : l'entrée en vigueur [1021]. Ce concept, plus rarement mentionné par les auteurs s'intéressant d'une manière générale à la norme [1022], désigne la date à partir de laquelle le modèle de conduite posé par une

moins une structure hypothétique qu'une structure catégorique (rappr. A. Reinach, *Les fondements* a priori *du droit civil*, Vrin, 2004, p. 63 ; G. H. von Wright, *Norm and action*, Routledge et Kegan Paul, 1963, p. 74). De semblables propos se retrouvent aussi parfois chez des privatistes ayant du mal à admettre l'idée d'une norme *individuelle*. Ph. Jestaz, par exemple, a pu soutenir qu'une norme ne pouvait pas être individuelle en invoquant comme argument déterminant le fait qu'à considérer la norme individuelle comme une véritable norme, il faudrait alors considérer comme une norme [juridique], la phrase « Nicole, apportez-moi mes pantoufles » (Ph. Jestaz, « Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux-arts : Éléments de métajuridique amusante », *RTD Civ.,* 1979, p. 485). Mais l'argument — et plus précisément l'exemple — ne convainc pas car il semble reposer sur une confusion de la norme et de la norme juridique. Assurément, la phrase citée par l'auteur n'est pas, dans notre ordre juridique actuel, une norme juridique et l'on ne peut que suivre l'éminent auteur sur ce point. En revanche, elle est bien une norme. Dès lors, l'argumentaire n'est pas à propos. Sur l'existence des normes individuelles, cf. P. Mayer, « Existe-t-il des normes individuelles ? » *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Économica, 2006.

1019. H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, sous la dir. de P. Roubier, Bibliothèque Dalloz, réimpression, 2002 (1948), thèse de doct., Sirey, n° 16-17.

1020. Sur ce point, cf. *infra* n° 274 *in fine*.

1021. Si la notion d'entrée en vigueur est utilisée à propos des normes législatives ou administratives, elle est en revanche peu utilisée pour les normes de droit privé ou les normes jurisprudentielles. Il ne paraît toutefois pas impossible de forger ici un concept d'entrée en vigueur qui s'appliquerait à toutes les normes. Concernant son application au concept d'obligation, il peut être montré que la notion d'exigibilité de l'obligation fait partie de l'extension du concept d'entrée en vigueur. En effet, une obligation est exigible quand le créancier peut en réclamer immédiatement l'exécution, c'est-à-dire quand elle est applicable, en vigueur. Lorsqu'on dit en revanche que l'obligation n'est pas exigible, du fait d'un terme non échu ou d'une condition non réalisée, on entend signifier que l'obligation existe mais n'est pas encore en vigueur. Quant à la jurisprudence, l'absence de référence à la notion d'entrée en vigueur tient au fait que l'on ne percevait guère, jusqu'à il y a peu, l'existence de « règles jurisprudentielles ». Sitôt que la doctrine prend conscience de l'existence de telles règles, alors l'on constate qu'elle recourt au concept d'entrée en vigueur (pour une illustration de ce phénomène cf. G. Drouot, *La rétroactivité de la jurisprudence : Recherche sur la lutte contre l'insécurité juridique en droit privé*, sous la dir. de C. Brenner, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2014, p. 382). Dans ces conditions, il ne paraît pas injustifié d'utiliser ici un concept d'entrée en vigueur pertinent pour rendre compte de la structure de l'ensemble des normes.

1022. Voir toutefois, M. Virally, *La pensée juridique*, avec une préf. de P.-M. Dupuy et C. Leben, réimpression, 1998 (1960), LGDJ et Éditions Panthéon-Assas, 1998, p. 45-46 : « En dehors du contenu du droit et de

norme est efficace, applicable pourrait-on aussi dire. Souvent, en droit privé, la date d'entrée en vigueur est la même que la date à laquelle la norme est créée. Mais il arrive aussi, et cela est manifeste en droit public, que la date d'entrée en vigueur soit liée à des éléments plus complexes, lesquels peuvent conduire à une application antérieure ou postérieure à la date d'existence de la norme. Lorsque l'application est postérieure à l'existence, l'on parle en pratique de condition d'efficacité, condition d'application ou condition d'entrée en vigueur. À choisir, et pour éviter toute ambiguïté [1023], l'expression « condition d'entrée en vigueur » paraît être la meilleure de ces trois expressions. Elle n'est cependant pas sans inconvénient. En effet, entendue strictement, elle implique que si l'élément duquel dépend cette condition vient à disparaître, ceci sera sans influence sur la norme conditionnante, puisque celle-ci ne porte que sur l'*entrée* en vigueur. Pourtant, il peut sembler normal que la norme qui est conditionnée sorte aussi de vigueur si le fait dont elle dépend vient à disparaître. C'est pour permettre cela, qu'il apparaît opportun de dire que la condition porte non pas sur l'entrée en vigueur mais, plus généralement, sur la vigueur de la norme.

Si l'exigence de vigueur de la norme n'est que peu évoquée par les auteurs, c'est sans doute parce que ceux-ci, lorsqu'ils réfléchissent sur la norme, raisonnent sur des modèles trop simples

l'obligation correspondante, la norme détermine encore, normalement, les faits qui en causeront concrètement la naissance » et l'auteur dit ensuite que ces faits subordonnent « l'exercice d'un droit » ou « l'exigibilité d'une obligation ». Rappr. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Bibliothèque Dalloz, réimpression, préf. D. Deroussin, 1963 (2005), Sirey, p. 420, qui consacre d'importants développements à la « date d'effet » des situations juridiques, autrement dit des normes individuelles. Comp. O. Pfersmann, « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », *RRJ,* 1994, p. 233-234, où l'auteur aborde le concept de vigueur de la norme, en semblant considérer toutefois que pour certaines normes existence et vigueur n'ont pas à être distinguées

1023. Le terme d'efficacité est en effet susceptible de plusieurs niveaux de compréhension (cf. Y. Leroy, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, sous la dir. de C. Marraud, thèse de doct., Unversité Nancy 2, 2011, LGDJ et Lextenso éditions, n°s 192-194). Une norme peut être dite efficace quand elle déploie son effet, ce qui correspond à l'entrée en vigueur, mais aussi aux conditions de validité, car si une norme se trouve par la suite privée d'effet en totalité ou en partie, l'on peut dire qu'elle n'est pas efficace (pour un exemple d'un tel usage de l'efficacité S. Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, sous la dir. de P. Mayer, thèse de doct., Université Paris I, 2004, Économica, not. n° 4). En outre, l'efficacité de la norme peut s'entendre comme le fait que la norme a rempli l'objectif que son auteur lui avait assigné. Ainsi une norme instaurant une sanction pénale sera notamment efficace lorsque, à la suite de son entrée en vigueur, aura été observée dans les faits une moindre occurrence du comportement objet de cette sanction.

S'agissant du terme « application », il a lui aussi un sens si large que l'expression « condition d'application » pourrait être comprise comme englobant tant les conditions d'entrée en vigueur que les conditions de validité ou les présuppositions des règles générales. L'on peut dire en effet, sans trop d'abus de langage, que pour pouvoir « appliquer » une norme, il faut encore qu'elle soit valable. D'où l'inclusion potentielle des conditions de validité au sein du concept de condition d'application (pour une illustration cf. E. Bulygin, « Système juridique et ordre juridique » *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Économica, 2006, p. 228). Quant aux présuppositions, l'on peut se rendre compte de leur intégration au concept des conditions d'application à partir de la règle ainsi formulée : « Si un ouvrier est exposé à un risque pour sa santé, alors l'employeur doit prendre toutes les mesures pour prévenir un tel risque ». Compte tenu de la formulation adoptée, le lecteur a bien l'impression que la présence d'un risque constitue une condition d'application de l'obligation de prévention de l'employeur. Pour une illustration d'un tel emploi du mot application, cf. G. Del Vecchio, « L'*homo juridicus* et l'insuffisance du droit comme règle de la vie » *in Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique*, Recueil Sirey, 1935–1936, p. 4.

où l'existence de la norme coïncide avec son entrée en vigueur [1024]. Or, parce qu'en pratique ces deux éléments peuvent être distincts, ils doivent aussi être théoriquement distingués [1025]. Une chose est la vigueur de la norme, une autre son existence [1026]. En effet, à un instant t, une norme peut exister sans être applicable, c'est le cas de la loi non encore entrée en vigueur ou dont l'application est suspendue du fait par exemple de l'état d'urgence, ou encore du contrat dont la condition ne s'est pas encore réalisée. La meilleure preuve que la vigueur d'une norme ne l'empêche pas d'exister résulte de ce qu'il est possible, avant même qu'elle ne soit en vigueur, de contester cette norme, de la modifier [1027], voire de prendre des mesures conservatoires, destinées à éviter qu'au jour où elle sera en vigueur elle ne se trouve méconnue [1028]. Or, assurément, il ne serait pas possible de contester cette norme si elle n'existait pas déjà. De même, lorsqu'une norme est abrogée et qu'elle n'est plus dès lors en vigueur, elle ne cesse pas pour autant d'exister. Sans doute, parce que cette norme n'est plus en vigueur, elle ne peut plus servir de modèle de *direction* des conduites. Cependant, parce qu'elle existe toujours, elle peut encore servir de modèle d'*évaluation* des conduites passées à une époque où elle était bien en vigueur. Ainsi, une norme abrogée à un instant t peut encore être utilisée par un juge, à $t + 1$, afin d'évaluer une conduite survenue à $t - 1$, c'est-à-dire à une époque où cette norme était encore en vigueur [1029].

1024. La confusion peut néanmoins parfois aussi exister lorsque l'entrée en vigueur est différée. Cf. les confusions fréquentes quant à l'objet de la condition, en droit des contrats. Plusieurs auteurs affirment parfois en effet que la condition affecterait l'existence même du contrat et non son efficacité. Sur cette tendance et sa critique, cf. M. Latina, *Essai sur la condition en droit des contrats*, sous la dir. de D. Mazeaud, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2009, LGDJ, n°s 20-37.

1025. En ce sens : J. Héron, *Principes du droit transitoire*, Dalloz, 1996, n° 23 s. ; E. Bulygin, « Système juridique et ordre juridique » *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Économica, 2006, n°s IV et V ou B. Seiller, « Acte administratif (II – Régime) » *in Répertoire de contentieux administratif*, janv. 2010, Dalloz, n° 292. Ce dernier auteur distingue toutefois les concepts de norme en vigueur et norme applicable. L'entrée en vigueur est conçue plus largement comme le caractère d'une norme qui existe, qui est opposable (observable dirait J. Héron) et qui est applicable. Rappr. O. Pfersmann, « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », *RRJ,* 1994, p. 233-234.

1026. De même, une chose est l'abrogation d'une norme, une autre sa mise hors vigueur. Une norme peut ne plus être en vigueur, par suite de la disparition de la condition dont son efficacité dépendait, puis redevenir en vigueur lorsque cette condition se réalise à nouveau. On peut en donner l'exemple suivant. Supposons qu'une loi sur le droit de grève soit votée. Une disposition de cette loi énonce que les ouvriers en grève ne sont pas payés et il est précisé que cette disposition n'entrera en vigueur qu'à compter du jour où sera publié un décret précisant la notion de grève. Un premier décret est pris, permettant ainsi à la loi d'entrer en vigueur. Puis, suite à des manifestations de syndicats, les autorités compétentes décident d'abroger (de manière non rétroactive donc) ce décret. Puis, après concertation avec les syndicats, un nouveau décret est pris. Quel était le statut de la disposition législative entre l'abrogation du premier décret et la publication du second ? Elle n'était pas en vigueur car le décret permettant de l'appliquer n'existait plus. Cette norme n'était cependant pas inexistante puisqu'elle a de nouveau été applicable lors de la publication du second décret. Un autre exemple de ce mécanisme pourrait être donné avec l'exception d'inexécution, sur laquelle cf. *infra* n° 423.

1027. Pour des illustrations jurisprudentielles en droit administratif, cf. B. Seiller, « Acte administratif (II – Régime) » *in Répertoire de contentieux administratif*, janv. 2010, Dalloz, n°s 297 et 299. Pour une illustration à propos des normes jurisprudentielles, cf. G. Drouot, *La rétroactivité de la jurisprudence : Recherche sur la lutte contre l'insécurité juridique en droit privé*, sous la dir. de C. Brenner, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2014, n°s 381-382.

1028. Cf. art. 1180 c. civ. : « Le créancier peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit ».

1029. Rappr. E. Bulygin, « Système juridique et ordre juridique » *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Économica, 2006, p. 228.

Dans l'hypothèse d'une annulation, en revanche, la norme ne peut plus aucunement être prise en compte, non seulement parce qu'elle n'est plus en vigueur, mais aussi parce qu'elle n'existe plus. Plus concrètement, lorsque sont abrogées des normes posant des conditions de validité d'une norme produites par un contrat, la norme abrogée continue à être un modèle d'évaluation à l'égard des contrats passés. C'est en ce sens qu'il est décidé que les contrats sont soumis à la loi en vigueur au jour de leur formation [1030].

Pas plus que la vigueur d'une norme ne doit être confondue avec son existence, il ne faut confondre la vigueur d'une norme avec sa validité. Les conditions de vigueur d'une norme diffèrent de ses conditions de validité, c'est-à-dire des conditions que doit remplir une norme pour échapper à un éventuel jugement de non-conformité vis-à-vis de normes qui lui sont supérieures. Cette confusion s'observe toutefois chez les auteurs qui retiennent une conception large des conditions de validité, comprenant également les conditions de vigueur. Tel est le cas par exemple de la conception que H. Kelsen retient de la validité de la norme. Pour cet auteur, « [l]a *validité* d'une norme consiste en ce qu'elle doit être observée, et, dans le cas contraire, qu'elle doit être appliquée, et c'est là son *existence* spécifique » [1031]. Une telle définition de la validité englobe la question de l'entrée en vigueur lorsque celle-ci est différée : une norme ne sera pas observée tant qu'elle ne sera pas applicable. Une telle conception de la validité est critiquable car elle fusionne en un concept deux éléments de nature tout à fait différente : d'un côté l'opinion, éventuellement judiciaire, portée sur la conformité de la norme à d'autres normes qui lui sont supérieures, de l'autre la vigueur de cette norme, laquelle concerne son efficacité. Or, alors que le premier élément est contingent, en ce sens qu'il n'existe pas toujours une telle opinion de validité, le second est nécessaire, en ce sens qu'une norme contient toujours des éléments sur son entrée en vigueur.

Enfin, la vigueur ne doit pas être confondue avec les présuppositions de la règle de droit, autrement dit les *hypothèses* dans lesquelles une règle de droit s'applique [1032]. Une telle confusion est fréquente car le concept de norme est souvent bâti à partir de son archétype qu'est la règle de droit [1033]. Or, dans son acception la plus étroite, la règle de droit a une structure dou-

1030. Not. Cass., 1re civ., 10 fév. 1998, n° 96-15.275, *Bull.*, I, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007038981. Rappr. *Ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* 10 fév. 2016, n° 2016-131, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939, art. 9, al. 2.

1031. H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, édition originale : 1979, PUF, 1996, p. 3-4.

1032. Faisant très nettement cette distinction entre les conditions et les hypothèses, cf. A. Reinach, *Les fondements* a priori *du droit civil*, Vrin, 2004, p. 64 ; P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, sous la dir. de H. Batiffol, thèse de doct., 1973, Dalloz, p. 49-50, n° 70 ; V. Heuzé, *La règlementation française des contrats internationaux : étude critique des méthodes*, sous la dir. de P. Lagarde, thèse de doct., Université Paris I, 1990, Joly édition, n° 63 ; P. Mayer, « Existe-t-il des normes individuelles ? » *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Économica, 2006, note n° 4.

1033. Sur l'archétype qu'est la règle de droit pour la norme, cf. J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, 27e éd., Droit privé, PUF, 2002, n° 4 : « Aujourd'hui [...] il est beaucoup de juristes qui préfèrent parler de *normes*, normes de droit et, entre les deux vocables, ils mettent une différence ; la règle est droite, raide et impérative, la norme n'est qu'un modèle, susceptible de degrés. Mais il semble pédagogique, s'il faut présenter le phénomène, de le saisir à son maximum d'intensité, plutôt que dans un moment de relâche. C'est pourquoi nous continuons ici à user de la règle de droit : les nuances viendront plus tard ».

blement hypothétique compte tenu de la détermination abstraite tant du modèle de conduite qu'elle pose, que des destinataires concernés. Il n'est donc guère aisé de distinguer les éléments hypothétiques, susceptibles d'être formulés sous une forme conditionnelle avec les conditions de vigueur [1034]. Considérons par exemple la norme législative suivante : *si des ouvriers se mettent en grève, alors il faut les priver de salaire pour la période non travaillée.* L'exigence d'une grève pourrait au premier abord être perçue comme une condition d'efficacité de la norme et donc comme une condition de vigueur de la norme. Il n'en est rien, c'est là simplement une hypothèse, une condition de concrétisation de la règle pourrait-on dire, qui permet de savoir à quelle hypothèse concrète cette norme va s'appliquer. Les mots « si les ouvriers se mettent en grève » ne disent rien en effet de la date à partir de laquelle cette norme entrera en vigueur. Or il se peut très bien qu'une autre disposition indique que cette norme n'entrera en vigueur que dans six mois ou encore lorsqu'aura été adopté un décret précisant ce qu'il faut entendre par « grève ». Il apparaît donc bien que les *conditions de vigueur* sont distinctes de *l'hypothèse* sur laquelle repose une norme générale.

Ces précisions sur la vigueur de la norme effectuées, venons-en à présent aux destinataires des normes à l'instant évoqués.

275. Les éléments subjectifs. Les éléments subjectifs de la norme se résument aux destinataires de celle-ci, l'auteur de la norme n'étant pas un élément constitutif de celle-ci. Bien que cela soit peu souvent souligné par les théoriciens du droit, une norme a deux types de destinataires. Il y a ceux à qui le modèle de conduite peut servir d'étalon pour leur conduite, les *assujettis*, et ceux pouvant invoquer le bénéfice de cette règle pour se plaindre de sa méconnaissance, les *bénéficiaires*. L'on retrouve ici le dualisme observé plus haut à propos des fonctions de la norme : le bénéficiaire est l'individu évaluant que la conduite d'autrui méconnaît la norme, tandis que l'assujetti est l'individu dont la conduite est dirigée par la norme. En premier lieu, il doit être relevé que parfois, pour des raisons pratiques ou « d'affichage », les énoncés normatifs ne précisent l'identité que d'un seul de ces destinataires, d'où ensuite d'importants problèmes pratiques de détermination du type de destinataires occultés [1035].

1034. Pour un exemple d'un traitement indifférencié de ces conditions, cf. C. Gallo, *La décision conditionnelle en droit administratif français*, sous la dir. de B. Seiller, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2017, spé. le premier chapitre.

1035. En l'absence de telles précisions, les auteurs développent des théories — pas toujours simples — pour tenter de cerner ces destinataires. Parmi ces théories, l'on peut citer la théorie de l'opposabilité du contrat aux tiers en droit français, la doctrine de la *schutznorm* ou *protective scope* utilisée dans dans les droits de tradition germanique et anglo-saxone pour délimiter les personnes pouvant agir sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle (cf. not. Ph. W. den Hollander, « Tort law and the violation of statutory provisions » *in The Draft Common Frame of Reference : national and comparative perspectives*, sous la dir. de V. Sagaert, M. E. Storme et E. Terryn, Intersentia, 2012), la théorie du contrat avec effet protecteur sur les tiers, utilisée en droit allemand ou italien pour permettre aux tiers à un contrat de se plaindre de la violation de celui-ci (cf. not. S. Puddu, « Réflexions comparatistes sur la relativité de la faute contractuelle. Retour sur l'arrêt Perruche » *in L'effet relatif du contrat*, sous la dir. de M. Boudot, M. Faure-Abbad et D. Veillon, Presse universitaires juridiques de Poitiers, LGDJ et Lextenso éditions, 2015) ou encore la distinction des traités-contrats et des traités-lois pour déterminer en droit international quels sont les sujets de droit pouvant bénéficier des normes contenues dans un traité.

À titre d'exemple de ce phénomène peuvent être cités les *droits à*, à savoir les normes dont leur auteur a voulu mettre l'accent sur un seul des deux destinataires de la norme : le bénéficiaire. En effet, comme le relève Marc Pichard : « [l]e *droit à* est donc spécifique car il est *conçu* sans égard pour la charge qu'il représente nécessairement pour autrui » [1036]. D'où cette conséquence, dans la formulation du *droit à*, nous soulignons : « [l]e *droit à*, en tant que prérogative, a bien sûr un créancier, un titulaire, mais pas nécessairement de débiteur, pas de débiteur apparent » [1037]. Par là, M. Pichard suggère que le *droit à* a bien un débiteur, même si celui-ci n'est pas « apparent » dans le texte qui le pose, dans l'énoncé normatif.

Relevons, pour finir, que cette imprécision dans l'identification d'un des destinataires de la norme rappelle l'imprécision évoquée plus haut lors de l'examen des deux fonctions de la norme. Où l'on voit à nouveau le lien entre les deux destinataires de la norme et les deux fonctions de celle-ci. Ainsi, un énoncé normatif qui ne se place que du point de vue du bénéficiaire ne sera que peu précis dans sa fonction d'instrument de *tracé*. À l'inverse, une norme qui ne se place que du point de vue de l'assujetti ne sera que peu précise dans sa fonction d'instrument de *mesure*.

En second lieu, à l'image de ce que nous avons vu plus haut pour la désignation du modèle de conduite, il doit être indiqué qu'il existe deux techniques pour désigner les destinataires de la norme. Soit les destinataires peuvent être appréhendés de manière concrète et donc individuelle, soit ils peuvent l'être de manière abstraite [1038], par référence à des éléments personnels (l'âge par exemple), territoriaux (la présence sur un espace), temporels (la durée d'une action). D'où la distinction des règles et des décisions dégagée par Pierre Mayer [1039]. Cette différence emporte des conséquences dans la structure de la norme, comme l'ont relevé plusieurs auteurs [1040] : dans le cas d'une désignation concrète, la norme présente une structure catégorique, tandis qu'en cas de désignation abstraite, la norme a une structure hypothétique.

ii. L'articulation des éléments constitutifs de la norme

1036. M. Pichard, *Le droit à : Étude de législation française*, sous la dir. de M. Gobert, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2006, Économica, n° 153.
1037. *Ibid.*, n° 175.
1038. P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, sous la dir. de H. Batiffol, thèse de doct., 1973, Dalloz, p. 36-55 ; P. Mayer, « Existe-t-il des normes individuelles ? » *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Économica, 2006, n° 1.
1039. P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, sous la dir. de H. Batiffol, thèse de doct., 1973, Dalloz.
1040. M. Virally, *La pensée juridique*, avec une préf. de P.-M. Dupuy et C. Leben, réimpression, 1998 (1960), LGDJ et Éditions Panthéon-Assas, 1998, p. 46 ; P. Mayer, « Existe-t-il des normes individuelles ? » *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Économica, 2006, n° 1. Cet élément est parfois méconnu par d'autres auteurs qui, prenant pour modèle de la norme la règle de droit, en viennent parfois à penser que toute norme aurait une structure hypothétique. Cf., en ce sens, G. Del Vecchio, « L'*homo juridicus* et l'insuffisance du droit comme règle de la vie » *in Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique*, Recueil Sirey, 1935–1936, qui ramenant implicitement le droit aux seules règles de droit écrit : « ce qui nous importe ici c'est de nous arrêter un instant sur un autre aspect de la nature logique du droit, à savoir sur le caractère hypothétique et conditionnel de l'impératif juridique ».

276. Les quatre éléments constitutifs de la norme évoqués plus haut sont cumulatifs [1041]. Il n'y a pas de norme en l'absence d'un de ses éléments constitutifs, d'où par exemple le refus du Conseil constitutionnel de reconnaître en certaines occasions un caractère normatif à des énoncés parlant de *droits à* en des termes beaucoup trop imprécis [1042]. Il faut pourtant prendre garde ici à l'idée suivant laquelle un énoncé incomplet ou imprécis ne constituerait pas une norme. Penser ainsi serait confondre la norme et l'énoncé ou tout autre élément duquel elle est déduite [1043]. Or, compte tenu de la texture mentale de la norme, la norme n'est pas l'énoncé, mais la signification donnée à cet énoncé, en particulier lors de son application [1044]. Il est dès lors tout à fait concevable qu'un énoncé incomplet ou imprécis puisse être le support d'une norme, dès lors qu'il est possible aux interprètes de reconstituer une norme à partir de cet énoncé pris dans son contexte. Dans ces conditions, il apparaît discutable de parler de fragments de normes ou de normes incomplètes comme le font parfois les auteurs [1045]. Ce sont moins les normes qui sont fragmentées ou incomplètes, que les énoncés qui les « portent ».

Prenons l'exemple d'un texte législatif, un énoncé donc, ne déterminant pas sa date d'entrée en vigueur. L'interprète ayant une bonne connaissance de l'ordre juridique français saura que l'entrée en vigueur de cette loi est régie par l'article 2 du code civil. À ses yeux donc, la norme portée par ce texte législatif ne sera nullement incomplète, car il lui suffira de combiner ce texte avec l'article 2 pour avoir accès à la norme dans sa totalité. Autre exemple, soit une norme contractuelle prévoyant que le fabricant d'un produit s'engage à fournir un produit de qualité, sans préciser le bénéficiaire de cette norme. L'application du principe de relativité des contrats permettra à ce même interprète de déduire que seul le cocontractant est en principe le bénéficiaire de la norme portée par l'*instrumentum* de ce contrat. Où l'on voit bien que la pratique des énoncés normatifs ne vient nullement remettre en question l'articulation des critères de la norme ici proposée.

1041. M. Virally, *La pensée juridique*, avec une préf. de P.-M. Dupuy et C. Leben, réimpression, 1998 (1960), LGDJ et Éditions Panthéon-Assas, 1998, p. 44. Sur ce caractère cumulatif en général, cf. *infra* n° 282.

1042. M. Pichard, *Le droit à : Étude de législation française*, sous la dir. de M. Gobert, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2006, Économica, n°s 228-235.

1043. Sur cette distinction, cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 7 ; G. H. von Wright, *Norm and action*, Routledge et Kegan Paul, 1963, p. 93-94 ; M. Virally, « Le phénomène juridique », *RDP,* 1966, URL : http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/10/phenomene_juridiquePart-1.pdf, p. 14 ; H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, édition originale : 1979, PUF, 1996, p. 217-219.

1044. Certains auteurs soulignent que la norme juridique ne préexiste pas à son application. La signification normative d'un énoncé ne serait véritablement construite qu'au moment de son interprétation. Sur cette approche, qualifiée de *théorie structurante du droit*, cf. O. Jouanjan, « Faillible droit », *Revue européenne des sciences sociales,* 2000, URL : http://ress.revues.org/672, n°s 31 s.

1045. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 426 ; E. J. Couture, « La chose jugée comme présomption légale. Note critique sur les articles 1349 et 1350 du Code civil », *RIDC,* 1954, vol. 6, URL : http://demo.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1954_num_6_4_9089, p. 685 ; M. Virally, *La pensée juridique*, avec une préf. de P.-M. Dupuy et C. Leben, réimpression, 1998 (1960), LGDJ et Éditions Panthéon-Assas, 1998, p. 44. *Adde* les nombreux auteurs cités par G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, sous la dir. de M. Troper, thèse de doct., Université Paris X-Nanterre, 2006, Dalloz, n°s 102-168. Ces propos sont d'autant plus surprenants qu'ils sont souvent tenus par des auteurs rattachés au courant du normativisme, pourtant conscients de la distinction entre l'énoncé et la norme (not. H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, édition originale : 1979, PUF, 1996, p. 217-219).

277. Bilan : définition de la norme. Ayant ainsi précisé les différents éléments constitutifs de la norme, il est permis à présent de définir la norme comme un *modèle qui, lorsqu'il est en vigueur, sert à diriger l'action d'un ou plusieurs assujettis au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires*. Par cette définition se trouvent suffisamment explicités les quatre critères constitutifs de la norme, ainsi que le caractère cumulatif de ces critères.

Ajoutons, pour finir, qu'il n'existe à notre sens aucune autre condition supplémentaire. En particulier, il n'est pas nécessaire d'ajouter que la norme serait impérative, comme l'a jadis proposé Denys de Béchillon [1046]. La définition ici proposée remplit en effet toutes les fonctions que l'auteur précité avait prêté à l'ajout de l'adjectif « impératif », afin de justifier de sa nécessité [1047].

Armé désormais d'une définition semble-t-il acceptable de la norme, il devient possible de rejeter certaines des acceptions restrictives de ce concept lorsqu'il s'agit de le caractériser afin de savoir si un objet peut ou non être qualifié d'acte juridique.

2. Rejet des acceptions restrictives

278. Parce qu'il n'est guère aisé d'avoir une vision claire de la norme, les auteurs sont parfois conduits à refuser la qualité d'acte juridique à des actes qui mériteraient pourtant de recevoir une telle qualification et éventuellement à affirmer alors qu'existerait des actes « non normateurs » [1048]. Deux situations se rencontrent principalement. D'abord, l'existence d'un acte juridique peut être niée au motif que la ou les norme qu'il aurait créées ne serait pas encore entrée en vigueur. Le problème vient alors d'une confusion entre l'existence de la norme et son entrée en vigueur (**a.**). Ensuite, existe une seconde acception restrictive de la norme conduisant à refuser la qualification d'acte juridique toutes les fois que la norme créée porte sur l'action juridique des individus et non plus sur leur action matérielle. Le problème vient cette fois d'une conscience insuffisante de la diversité des modèles de conduite qu'une norme peut poser (**b.**).

1046. D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 174-218.

1047. L'auteur avançait notamment le fait que cette précision permettait de distinguer les normes des propositions scientifiques. Cependant cette fonction est rendue inutile par la précision que la norme dont nous parlons s'adresse à des destinataires, l'un tenu au respect de la norme et l'autre pouvant l'invoquer (rappr. *supra* n° 1001). Or de tels destinataires sont inexistant dans les normes scientifiques. Dès lors, pour distinguer les normes scientifiques des normes étudiées par les juristes, il suffit d'indiquer que ces dernières ont des destinataires (cf. *supra* n° 1001).

D. de Béchillon prétend aussi que l'adjectif impératif aide à distinguer les normes de simples recommandations qui ne seraient pas impératives. Cependant adopter une telle attitude c'est se priver de la possibilité de distinguer la norme de la norme juridique. En effet, refuser la qualité de norme à la recommandation, alors pourtant que, *de facto*, elle exerce une influence sur les individus et paraît mériter la qualification de norme n'est pas souhaitable. Pour distinguer la recommandation (non reconnue par l'ordre juridique) de la norme reconnue par l'ordre juridique, mieux vaut, après avoir reconnue que toutes deux étaient des normes, ajoutez que la première est juridique, tandis que la seconde ne l'est pas.

1048. Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, p. 390 ; J. Combacau, « L'acte juridique. Ouverture », *Droits,* 1988, vol. 7, p. 7-10.

a. Les acceptions restrictives liées à une confusion de l'existence et de la vigueur de la norme

279. Présentation de la confusion. Si la confusion entre la vigueur de la norme et son existence est fréquente en pratique [1049], elle n'aboutit pas toujours à une négation de l'existence même d'un acte juridique. Cette négation se produit surtout lorsque des normes sont créées par des actes juridiques distincts et que leur date d'entrée en vigueur, distincte de leur date d'existence, est identique. Dans une telle hypothèse, l'identité des dates d'entrée en vigueur donne souvent l'impression à la doctrine que l'existence de ces normes est liée, ce qui conduit alors les auteurs à nier que ces normes proviennent d'actes juridiques distincts et à n'y voir que le produit d'un seul acte juridique, agglomérant tous les actes volontaires, ainsi que les éventuels faits juridiques nécessaires à l'entrée en vigueur de ces normes, aboutissant ainsi à ce qu'on pourrait appeler une approche *syncrétique* [1050] de l'acte juridique.

Cette approche syncrétique de l'acte juridique a été théorisée par Charles Eisenmann et elle est ensuite passée chez certains privatistes. Pour Ch. Eisenmann « [c]e que l'on appelle couramment un acte, c'est en réalité quelque chose d'extrêmement complexe ; presque toujours, c'est un tout formé de multiples éléments, la réunion d'une série d'actes élémentaires, d'une série de fragments ou d'éléments d'actes » et d'ajouter « [c]e que nous appelons "l'acte" est comparable plutôt à un corps qu'à un atome » [1051]. L'auteur précise ensuite que ces atomes peuvent constituer en des « opérations psychologiques » ou des « opérations matérielles, telles que la rédaction d'un écrit » [1052]. Grâce à cette approche syncrétique, Ch. Eisenmann peut analyser l'opération législative, le traité international ou encore le contrat des civilistes comme un seul et unique acte juridique, alors même que celui-ci est composé de plusieurs actes volontaires.

Cette approche a été reprise par certains privatistes qui s'en sont servis pour refuser à l'offre la qualité d'acte juridique. Ainsi pour dénier à l'offre cette qualité Jean-Luc Aubert a-t-il pu affirmer que l'offre n'était qu'un « élément d'acte juridique » [1053], ce qui l'a conduit à défendre la qualification de fait juridique pour l'offre [1054]. Relevons, pour terminer la présentation de cette

1049. On la trouve par exemple en droit privé à propos de la condition (modalité) en droit des obligations, condition dont il était régulièrement affirmé, jusqu'à il y a peu, qu'elle affectait l'existence même de l'obligation et non sa vigueur (not. P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.,* 1999, n° 43). Pour une critique de cette affirmation, cf. M. Latina, *Essai sur la condition en droit des contrats*, sous la dir. de D. Mazeaud, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2009, LGDJ, n°s 20-37.

1050. Si le terme est généralement employé pour désigner la fusion de culte religieux, il peut également désigner la fusion d'autres objets théoriques. Cf. *Trésor de la langue française informatisé*, *V°* Syncrétisme, sens A., 2. Le terme « synthétique » aurait pu être utilisé, mais il emportait avec lui une connotation positive qui ne convient pas au présent phénomène qui nous semble critiquable.

1051. Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, Tome 2, p. 184.

1052. *Ibid.*, Tome 2, p. 184.

1053. J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, sous la dir. de J. Flour, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ, n°s 195 et 329. L'auteur reprend l'idée à P. Hébraud et R. Verdot, « Acte » *in Rép. civ.* Dalloz, 1970, qui s'appuyaient eux-mêmes sur les écrits précités de Ch. Eisenmann.

1054. Pour les différentes thèses en présence quant à la qualification juridique de l'offre, cf. C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois,

approche syncrétique de l'acte juridique, qu'elle n'est pas propre à la doctrine française. On la trouve également dans la doctrine allemande du XIXe siècle, ce qui n'est guère étonnant compte tenu des conditions dans lesquelles le concept d'acte juridique a été introduit en France [1055]. En effet, les auteurs allemands du XIXe siècle ont eux aussi tendance à refuser de qualifier d'acte juridique chacun des actes volontaires concourant à un « acte complexe ». Pour eux, la qualification d'acte juridique ne doit être attribuée qu'au processus global, qu'ils appellent « acte complexe » [1056].

280. Critique de l'approche syncrétique. Cette conception syncrétique de l'acte juridique, induite par la confusion de l'existence de la norme et de son entrée en vigueur, pose au moins trois difficultés en droit français, lesquelles conduisent à la rejeter et à affirmer en conséquence d'autant plus vigoureusement la distinction entre l'existence de la norme et son entrée en vigueur.

Si cette approche syncrétique doit être rejetée en droit français, c'est tout d'abord parce que ce droit-ci, à la différence du droit allemand, ne connaît pas la notion de déclaration de volonté [1057], Or, c'est cet instrument qui permet aux juristes allemands d'appréhender sans mal les différents actes volontaires constituant un acte complexe. Faute de disposer d'un tel outil, la doctrine française est bien en peine d'analyser tous les actes volontaires composant l'acte juridique et les effets qu'ils produisent. Or, c'est là pourtant une nécessité si l'on souhaite éviter que la confusion ne s'introduise dans les esprits [1058]. Un exemple d'une telle confusion peut notamment être donné à partir de l'analyse que la doctrine retient de la promesse unilatérale de vente. En effet, parce les auteurs ne cherchent généralement pas à analyser de manière approfondie les effets produits par chacune des volontés concourant à cette promesse, ils ne sont pas en mesure de percevoir que la volonté exprimée par le bénéficiaire de la promesse n'a pas du tout la même consistance que dans un contrat habituel, le bénéficiaire se contentant de prendre acte de la promesse qui lui est faite. Or, ce point est fondamental, car il permet de comprendre que la différence entre l'offre et la promesse unilatérale de vente est très faible : dans la première, l'offrant ignore si le bénéficiaire est potentiellement intéressé par l'offre, alors que, dans la seconde, il sait qu'elle l'intéresse. Or, compte tenu de cette faible différence, sur laquelle

n° 711 s.

1055. Cf. *supra* n° 12.

1056. Sur les théories allemandes de l'acte complexe, cf. G. de Bézin, « Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe », *Recueil de législation de Toulouse,* 1905, URL : https://archive.org/stream/s2recueil01acaduoft#page/288/mode/2up.

1057. Le Titre 2, de la Partie 3 du Livre I (Sect. 116 à 144) du BGB est en effet intitulé « La déclaration de volonté ». Or, pour le BGB, le contrat est une suite de plusieurs déclaration de volonté. Sur la déclaration de volonté en droit allemand, cf. F. Limbach, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales des contrats. De l'utilité du concept de la déclaration de volonté*, sous la dir. de C. Witz et S. Peruzetto, thèse de doct., Université Toulouse 1 et Université de la Sarre, 2004, LGDJ, nos 63-82.

1058. Rappr. J. Combacau, « L'acte juridique. Ouverture », *Droits,* 1988, vol. 7, p. 10, soulignant qu'une analyse juridique des actes complexes ne devrait pas « méconnaître l'autonomie des effets opératoires propres à chacun des moments de l'opération globale ».

nous reviendrons [1059], il n'apparaît pas illégitime pour les juges de sanctionner identiquement la violation d'une offre et la violation d'une promesse. Faute pour la doctrine de disposer d'outils pour appréhender chacun des actes concourant à la promesse, les auteurs ne sont pas en mesure de percevoir cette proximité entre l'offre et la promesse, ce qui la conduit alors à critiquer l'assimilation que ferait la jurisprudence entre un « contrat » (la promesse unilatérale) et une simple offre. Pourtant, il est permis de penser que, dans cet exemple, le problème provient moins d'une méconnaissance de la technique juridique par les magistrats que de la promotion par la doctrine d'une technique juridique insatisfaisante [1060].

En second lieu, l'approche syncrétique de l'acte juridique rend fort délicate l'identification de l'acte juridique. À partir de quand convient-il de considérer qu'une opération est un élément d'acte ? Prenons l'exemple de l'opération législative : à partir de quand débute cet acte juridique syncrétique : est-ce à partir du dépôt du projet ou de la proposition sur le bureau de l'Assemblée nationale ? est-ce à partir de l'examen du projet de loi par le Conseil d'État ? est-ce à partir de la réunion du Conseil des ministres au cours de laquelle ce projet est examiné ? est-ce à partir de l'élection du Président de la République s'étant engagé à faire voter à loi ? Pour résoudre cette question, Ch. Eisenmann suggère que l'acte juridique débute à partir du moment où les actes volontaires recherchent un même but [1061]. Mais qui ne voit les nouvelles difficultés d'application posées par un tel critère ? Le but recherché est un critère par trop subjectif pour être fonctionnel. En outre, ce critère aboutit à rompre la linéarité du processus conduisant à un acte juridique. En effet, si au cours de l'opération législative interviennent certaines personnes poursuivant un but différent, il faudra considérer que leurs actes volontaires sont exclus du processus, alors même qu'ils ont pu être nécessaires pour que l'opération législative soit achevée. Songeons par exemple au vote de sénateurs qui tendrait au rejet du projet de loi adopté par l'Assemblée nationale. Alors même que ce vote est indispensable à la poursuite de la navette parlementaire, il faudrait considérer, à l'égard de l'acte juridique examiné, qu'il n'existe pas. Ce serait là une fiction bien inutile. Surtout, le critère du but aboutit à un relativisme contestable. Avec un tel critère, l'acte juridique syncrétique qu'est l'opération législative ne comprendra pas les mêmes opérations d'une loi à l'autre. En effet, il peut advenir qu'un projet de loi subisse de tels changements au cours de la procédure législative, qu'on ne puisse plus raisonnablement considérer que le pré-projet, préparé au sein d'un ministère donné, poursuit un but identique au texte de loi finalement adopté. Dès lors, tantôt il faudrait considérer que l'opération législative, acte juridique syncrétique, commence au stade de l'examen en première lecture, tantôt lors de l'arbitrage réalisé en Conseil des ministres, tantôt lors de la deuxième lecture, etc. Où l'on voit que le recours au critère du but, proposé par Ch. Eisenmann, ne permet pas d'éviter les problèmes d'identification de l'acte juridique auquel s'expose toute approche syncrétique de

1059. *Infra* n°s 415 s.
1060. Pour une critique de l'analyse de la promesse de contrat comme un contrat, cf. *infra* n°s 410-415. Comp. *infra* n° 422 où sont développés les avantage d'une analyse plus précise de la formation du contrat.
1061. Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, p. 186-187.

celui-ci.

En troisième lieu, enfin, si cette approche syncrétique de l'acte juridique doit être rejetée, c'est parce qu'elle est source de difficultés lorsque les éléments d'acte qui la constituent proviennent d'autorités ayant des rangs hiérarchiques différents. Comment alors, en effet, déterminer le niveau hiérarchique des normes produites par cet acte juridique complexe, élément essentiel à la résolution des conflits entre normes [1062] ? Faut-il retenir l'autorité attachée à la personne ayant émis le dernier acte volontaire ? Faut-il s'attacher à la personne ayant la plus haute autorité ?

Compte tenu de tous ces éléments, auxquels d'autres pourraient être ajoutés [1063], l'on ne saurait se satisfaire de cette approche *syncrétique*. Par conséquent, si l'on souhaite comprendre le fonctionnement de ces opérations complexes, il apparaît préférable, dans un système qui comme le nôtre ne connaît pas la déclaration de volonté, de retenir une conception *élémentaire* de l'acte juridique et, pour ce faire, de rejeter toute approche restrictive de la norme qui conduirait à ne reconnaître l'existence d'une norme qu'autant que celle-ci est entrée en vigueur. Cela permet par la-même occasion d'écarter les propos d'auteurs qui, tentant de résoudre autrement cette difficulté théorique des « éléments d'acte », considèrent par exemple que les actes préparatoires d'une loi doivent bien être qualifiés d'actes juridiques, mais d'actes juridiques « non normateurs » [1064]. Il y a dans cette distinction entre l'acte juridique « non normateur » et l'acte juridique « normateur » une complexité nous semble-t-il inutile qui peut être dépassée. En effet, l'approche de la norme ici retenue permet de considérer que chacun des actes préparatoires à la loi, si l'on reprend cet exemple, crée bien des normes — en l'occurence le plus souvent des normes habilitant un autre organe à se prononcer sur un point donné [1065] —, de sorte que sa qualité d'acte juridique peut être affirmée [1066]. Où l'on aperçoit d'ailleurs comment est-ce que la difficulté à percevoir des normes dans le cas des actes préparatoires à la loi n'est sans doute pas indifférente au fait que ces actes créent des normes d'habilitation. En effet, existe une seconde tendance restrictive de la norme tendant à dénier à celle-ci son statut, et parfois à affirmer l'existence d'actes « non normateurs », au motif que cette norme ne poserait pas un modèle de conduite pour des actions matérielles, mais simplement un modèle pour des actions juridiques.

1062. G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, sous la dir. de M. Troper, thèse de doct., Université Paris X-Nanterre, 2006, Dalloz, n° 167.
1063. Cf. *ibid.*, n°s 165-168.
1064. J. Combacau, « L'acte juridique. Ouverture », *Droits,* 1988, vol. 7, p. 9, qui distingue donc l'acte juridique normateur — la norme pouvant consister en une « sollicitation ou en une habilitation » — de l'acte juridique non normateur, encore appelé acte opératoire
1065. Sur l'analyse de la loi, cf. *infra* note n° 1093 et n° 581.
1066. Comp. J. Combacau, « L'acte juridique. Ouverture », *Droits,* 1988, vol. 7, p. 9, écrivant que « si l'on ramène l'effet juridique de l'acte à la production d'une norme, il est sans doute difficile de voir dans les opérations successives qui contribuent à sa formation plus que les modestes pièces d'une mécanique compliquée, dont chacune n'a d'autre utilité que de rendre possible le jeu de la suivante, ce qui n'est pas à proprement parler un effet "normatif" ».

b. Les acceptions restrictives liées à une restriction des actions encadrées par la norme

281. Depuis plusieurs années, une partie de la doctrine publiciste soutient que tous les effets générés par un acte juridique ne peuvent pas être appréhendés par le concept de norme et qu'il existerait ainsi des actes juridique « non normateurs » [1067]. Ce courant en rejoint un autre, partagé tant par les publicistes que les privatistes et tendant à dénier à certains effets la nature de norme. Parmi ces effets dont le caractère normatif est remis en cause figurent l'acte juridique faisant entrer une personne dans un statut [1068], le fameux « acte-condition » de Léon Duguit déjà croisé [1069], l'habilitation d'une personne à agir [1070], l'abrogation d'une norme [1071], la déclaration (constatation) d'un état de fait [1072], les effets induits par les recommandations [1073] ou encore les définitions [1074].

Ces propos, qui tendent à restreindre l'étendue du concept de norme, ne nous semblent cependant guère fondés au regard du sens du mot « norme » [1075] qui, comme l'a fort justement rappelé un auteur critiquant pourtant son utilisation, signifie étymologiquement un outil servant de modèle (initialement une équerre) [1076]. Or, l'ensemble des effets ci-avant énoncés peuvent se rattacher à cette définition. Ainsi, l'acte par lequel une personne entre dans un statut crée bien une norme astreignant cette personne aux devoirs de ce statut, tout en lui permettant de jouir des avantages qui y sont liés [1077]. De même, l'acte habilitant une personne à agir fixe à celle-ci

1067. J. Combacau, « L'acte juridique. Ouverture », *Droits,* 1988, vol. 7 ou J.-P. Jacqué, « Acte et norme en droit international public » *in Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 227, Brill |Nijhoff, 1991, URL : http://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*-ej.9780792317852.357_417, p. 382-383). Nous mettons ici les mots entre guillemets car il nous semble que l'adjectif « normatif » gagnerait à être substitué à celui de « normateur », peu conforme avec les usages de la langue française. Le second, contrairement au premier, ne figure ainsi ni dans le *Larrousse*, ni dans le *Trésor de la langue française*.
1068. J. Combacau, « L'acte juridique. Ouverture », *Droits,* 1988, vol. 7, p. 8-9.
1069. Not. *supra* n° 7.
1070. Pour une description de ces discours cf. G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, sous la dir. de M. Troper, thèse de doct., Université Paris X-Nanterre, 2006, Dalloz, n°s 37-45.
1071. P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012, p. 362-365.
1072. *Ibid.*, p. 365-371.
1073. Ph. Jestaz, « Une révolution inaperçue, à propos de l'acte juridique », *RTD Civ.,* 2014.
1074. R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, n° 225. L'auteur les qualifie de « normes juridiques non normatives ».
1075. Pour une critique différente du concept d'acte non normatif, cf. B. Defoort, *La décision administrative*, sous la dir. de B. Seiller, thèse de doct., 2015, LGDJ et Lextenso éditions, n° 208, note n° 261, qui use d'arguments théoriques.
1076. P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012, p. 57.
1077. *Contra* J. Combacau, « L'acte juridique. Ouverture », *Droits,* 1988, vol. 7, p. 9, estimant que ces actes « ne proposent pas de modèle de conduite [...] et ils n'ont pas de destinataires ». L'opinion est discutable en ce sens que par l'adhésion au statut, la personne se trouve bien assujettie à toutes les contraintes y afférentes, assujetissement que seule sa volonté fait naître. À cet égard, l'adhésion à un statut doit être rapprochée de celle à un contrat d'adhésion et être comprise comme un acte par lequel l'adhérent s'engage à respecter un certain nombre de devoir listés par l'administration, à la condition que l'administration elle-même s'engage à

un cadre à respecter si elle veut valablement agir [1078]. De même encore, l'acte abrogeant une norme — et il en va de même pour celui modifiant une norme car la modification se compose d'une abrogation partielle accompagnée d'une création de norme — vient indiquer à tous qu'ils ne peuvent désormais plus appliquer la norme abrogée [1079]. Quant à l'acte dit « déclaratif », il sera le plus souvent normatif car son auteur entendra généralement imposer à ses destinataires une qualification à donner à un fait ou le sens à donner à une disposition juridique [1080]. Quant aux recommandations [1081], lorsqu'elles sont obligatoires (à défaut l'on peine à voir comment elles pourraient constituer des actes juridiques), il faut y voir des actes juridiques ayant pour effet de permettre à d'autres autorités de produire une règle de conduite. Ainsi, lorsque la CNIL donne son avis — forme de recommandation — sur une question où cela est obligatoire [1082], elle permet au Gouvernement d'édicter valablement un règlement sur des questions de vie personnelle. À défaut d'une telle autorisation, l'acte administratif visant par exemple à créer un fichier de données personnelles encourra la nullité. Enfin, les actes juridiques se contentant de poser des définitions paraissent bien eux aussi poser des normes, dès lors qu'ils viennent imposer le recours à cette définition aux personnes ayant à appliquer des textes où ce mot est utilisé. Autrement dit, l'acte juridique posant une définition vient restreindre la marge d'appréciation dont disposaient les acteurs du droit pour appliquer les textes où le mot défini apparaissait [1083].

Plus fondamentalement, il semble que toutes ces tendances restrictives reposent sur l'idée suivant laquelle la norme ne pourrait que régir l'action que ces personnes déploient concrètement sur leur environnement : entrer dans un lieu, effectuer une tâche, etc. Cette conception

lui octroyer certains avantages. Certes, les publicistes ont pris l'habitude de dire que, dans un statut, toutes les normes juridiques étaient déjà créées par l'administration elle-même. Cependant, l'analyse du contrat développée plus haut nous conduit à penser que les seules normes créées par l'administration sont celles par lesquelles elle s'engage à conférer tel avantage aux adhérents si ceux s'engagent également à tels comportements vis-à-vis de l'administration.

1078. G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, sous la dir. de M. Troper, thèse de doct., Université Paris X-Nanterre, 2006, Dalloz, n°s 102-168.

1079. Rappr. *ibid.*, n° 439.

1080. Rappr. M. Jaouen, *La sanction prononcée par les parties au contrat : Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, sous la dir. de D. Mazeaud, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2013, Économica, n° 129, reconnaissant la qualité d'acte juridique aux actes normatifs. *Adde* B. Defoort, *La décision administrative*, sous la dir. de B. Seiller, thèse de doct., 2015, LGDJ et Lextenso éditions, n°s 344-368, où l'auteur développe une analyse très fine visant à distinguer les actes de connaissance, posant de simples constats, des actes de volonté, dont les auteurs portent une appréciation sur l'objet étudié. Seuls les seconds peuvent constituer des normes. Parmi les premiers, l'auteur évoque les actes visant à informer les tiers sur un état de fait existant ou une norme déjà entrée en vigueur (ce qui diffère des actes de notification ou de promulgation conditionnant l'entrée en vigueur). Parmi les seconds, l'auteur place les actes interprétatifs et les actes opérant une qualification juridique.

1081. Sur les recommandations, cf. en dernier lieu V. Lasserre, *Le nouvel ordre juridique : Le droit de la gouvernance*, sous la dir. de F. Terré, LexisNexis, 2014.

1082. Sur ces hypothèses, cf. *Loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* 6 jan. 1978, n° 78-17, art. 25 à 27.

1083. Rappr. Th. Genicon, « Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots », *RDC,* 2015, vol. 3, où l'auteur donne des exemples de notions — écrit électronique ou contrat d'adhésion — que le législateur définit pour bien marquer leur rattachement à une catégorie préexistante — écrit, contrat. Sur le caractère normatif des définitions, cf. not. L.-M. Schmit, *Les définitions en droit privé*, thèse de doct., Université de Toulouse, 2015, p. 449 s. et les références citées.

restrictive de la norme, qui procède sans doute de l'emploi du mot « conduite » [1084] dans la définition de la norme ci-dessus rappelée, est critiquable. Comme nous l'avons indiqué [1085], ce ne sont pas seulement les *actions concrètes* des individus, celles produisant des effets dans le monde sensible, qui peuvent régulées, leurs actions produisant des effets principalement dans le monde juridique peuvent également l'être. Or, tel est justement l'objet des actes-condition, des actes d'habilitation, des actes déclaratifs et abrogatifs et des actes recommandatoires et définitoires évoqués plus haut. Les actes-conditions font entrer une personne dans un statut juridique. Les actes d'habilitation viennent contraindre les individus à respecter les contraintes qu'elles énoncent, du moins si ces individus souhaitent créer du droit. Les actes déclaratifs viennent empêcher aux individus d'avancer valablement dans le discours juridique des prétentions contraires à celles constatées par ces actes. De même, les actes abrogatifs, qui ont parfois une ampleur considérable [1086], privent les individus de la possibilité de se prévaloir d'actes abrogés. Quant aux actes définitoires, ils imposent à tous les interprètes d'user de la définition communiquée. Enfin, les actes recommandatoires, dès lors qu'ils sont juridiques, posent bien des normes de conduite.

Avec ces précisions sur la définition du mot « norme » s'achèvent les développements tendant à préciser les critères de qualification de l'acte juridique. Reste à présent à examiner les liens existant entre ces critères.

Section II L'articulation des critères de qualification

282. Plan. Afin de préciser au mieux les contours du concept d'acte juridique ici retenu, il importe de préciser les rapports qu'entretiennent entre eux les quatre critères précités. Avant d'en venir à l'étude des trois liens identifiés plus haut, il importe de faire deux courtes précisions sur l'architecture générale de ces liens.

La première précision est que ces critères sont *cumulatifs*, c'est-à-dire qu'ils doivent tous être réunis pour que l'acte juridique existe.

La seconde précision est que ces critères ne semblent pas tous liés les uns aux autres. Le critère de la volonté n'est pas associé par exemple au critère de la norme. En empruntant un concept à l'algèbre, il peut être affirmé que les critères de qualification de l'acte juridique ne sont pas *associatifs* [1087].

1084. La conduite est en effet une action généralement visible dans le monde sensible. D'où la tendance à réduire le mot norme aux modèles visant à régir les seules actions perceptibles dans le monde sensible.
1085. *Supra* n° 273.
1086. Rappr. R. Libchaber, « La nuit du 19 juin 2013... », *RDC,* 2013, vol. 1, où l'auteur évoque « l'immense libération qui soudain dégagea l'âme de tant de Français », du fait du raccourcissement des règles de prescription.
1087. Rappelons qu'en algèbre une opération est dite associative si le résultat de cette opération est indifférent au regroupement des termes. Telle est le cas de l'opération d'addition : $(1 + 2) + 3 = 3 + 3 = 6$, tout comme enfin $1 + (2 + 3) = 1 + 5 = 6$.

À l'inverse l'opération de soustraction n'est pas associative car le fait d'associer des termes d'une certaine

Ces précisions faites, examinons tour à tour le lien suggéré par l'expression « acte volontaire » (**§ 1.**), celui suggéré par le participe présent « créant » (« acte volontaire créant des effets de droit... ») (**§ 2.**) et enfin celui exprimé par la préposition « dans » (« ...dans un ordre juridique ») (**§ 3.**). Pour chacun de ces trois liens, il conviendra de vérifier leur teneur — c'est-à-dire la manière dont ils relient les critères — et leur étendue — c'est-à-dire les éléments qu'ils permettent de relier. Le cas échéant, quelques précisions terminologiques seront également apportées.

§ 1. Le lien impliqué par l'expression « acte volontaire »

283. La teneur. Au sein des actes, définis plus haut comme les faits de l'homme, il existe une grande diversité. L'une des manières de classer ces actes est de distinguer selon qu'ils sont volontaires ou involontaires, autrement dit suivant qu'ils résultent ou non d'une volonté. De ce fait, le lien qui unit la volonté et l'acte paraît être un lien d'implication : la volonté implique [1088] l'acte.

284. L'étendue de ce lien. Un tel lien d'implication n'opère qu'entre la volonté et l'acte. Ainsi, ce lien n'opère pas entre la volonté et la norme [1089] et c'est pour avoir semble-t-il méconnu ce point que les auteurs en sont venus à affirmer l'exigence d'une intention de créer des effets de droit [1090]. De même, ce lien n'existe pas entre la volonté et l'ordre juridique dans la mesure où ce n'est évidemment pas la volonté d'un seul qui crée l'ordre juridique.

§ 2. Le lien impliqué par le verbe « créant »

285. La teneur du lien. Le verbe « créer » vise à établir un lien de paternité — un lien d'imputation pourrait-on dire également — entre la norme et l'acte, il a été préféré au

façon n'est pas indifférent au résultat de l'opération : $(3-2)-1=1-1=0$. Alors que $3-(2-1)=3-1=2$.

1088. Le terme est ici pris dans un sens lâche ne correspondant pas forcément au sens que ce terme a en logique formelle. Il est pris ici comme synonyme de « causer » ou « procéder ». Dire d'un acte qu'il est impliqué par la volonté équivaut à dire qu'il est causé par la volonté, qu'il procède de celle-ci.

1089. Comp. les propos du « dernier » Hans Kelsen, estimant que « la norme est la signification d'une volonté, *d'un* acte de volonté » (H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, édition originale : 1979, PUF, 1996, p. 2 ; sur l'évolution de la pensée de H. Kelsen sur ce thème, cf. G. Aïdan, *Le fait psychique, objet des normes juridiques*, sous la dir. de É. Picard, thèse de doct., Université Paris I - Panthéon-Sorbonne, 2012, p. 117-122). Cette opinion d'H. Kelsen nous paraît discutable car elle conduit à réduire les normes aux normes issues d'un acte juridique, occultant de ce fait les normes coutumières ou à tout le moins en faisant artificiellement des phénomènes volontaires (sur cette critique cf. *ibid.*, p. 129). Cette conception a pourtant eu une certaine importance en droit international public, où elle a conduit plusieurs auteurs à défendre l'idée que la coutume internationale aurait également une origine volontaire. Sur ce débat en droit international, cf. S. Sur, « La créativité du droit international » *in Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 363, Brill |Nijhoff, 2014, p. 143-147.

1090. En effet, dire que la volonté implique des effets de droit, c'est dire que la norme juridique est impliquée par la volonté, en oubliant de ce fait à la fois l'importance de l'acte d'abord impliqué par cette volonté et l'importance de la reconnaissance de cette création par l'ordre juridique.

verbe « produire », notamment présent dans l'article 1100-1 nouveau du code civil [1091], car ce dernier terme exprime moins nettement ce lien de paternité et contribue, lorsqu'il est utilisé, à rendre plus délicate la distinction de l'acte et du fait juridique [1092]. Pour employer un langage plus abstrait, ce lien signifie que cette norme est impliquée par cet acte d'une part et que seul cet acte pouvait créer cette norme d'autre part. Cette seconde remarque implique qu'une norme ne peut provenir que d'un seul acte, même si cet acte peut lui-même reposer sur de nombreux autres actes. Il n'est qu'à penser aux normes législatives qui résultent notamment d'une multitude de votes des parlementaires ainsi quef du décret de promulgation du Président de la République [1093].

286. L'étendue du lien. Ce lien de paternité entre l'acte et la norme paraît s'étendre également à la volonté qui a guidé l'auteur de l'acte. Parce que l'acte est la conséquence d'une volonté préexistante, le lien de paternité entre la volonté et la norme peut également être établi à l'égard de cette volonté [1094].

Ce lien de paternité ne paraît en revanche pas pouvoir être étendu à l'ordre juridique. Il n'y a guère de sens à affirmer que l'ordre juridique serait l'auteur d'une norme. L'ordre juridique n'est pas une personne, il ne crée rien. Ceci n'implique pas pour autant qu'il n'existe aucun lien entre l'ordre juridique et la norme. Un tel lien existe, comme nous l'allons voir, mais il n'est pas de même nature que celui unissant la norme à l'acte volontaire.

1091. « Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit » (souligné par nous).

1092. Sur cette difficulté, cf. *infra* n° 315.

1093. La nature du décret de promulgation est délicate. En apparence il s'agit d'un acte insignifiant, simple formalité qu'on qualifierait volontiers de simple fait juridique, dans la mesure où il permet seulement de rendre applicable des normes créées par le Parlement. Un examen attentif de cet acte suggère néanmoins que celui-ci est bien un acte volontaire créant des normes dans un ordre juridique. Cet acte est tout d'abord volontaire dans la mesure où le Président a la possibilité, plutôt que de promulguer la loi, de demander une nouvelle délibération — ce qui est arrivé à au moins trois reprises dans la cinquième République (J.-É. Gicquel, « Fasc. 30 : Loi » *in JCl Admin.* 2013, n° 16) — laquelle peut parfois se transformer en une « sorte de véto présidentiel » (P. Avril et J. Gicquel, *Pouvoirs,* 1984, 29, citant Gérard Larcher), proche de celui qu'on connaît outre-atlantique. En outre, cet acte paraît bien produire des normes, puisque ce décret peut être compris comme l'utilisation, par le Président de la République, de l'habilitation que lui a faite le Parlement en lui transmettant la« petite loi ». Enfin, même si cet acte est soustrait au contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel qui est saisi avant que le décret de promulgation ne soit pris — ce qui se concevait fort bien en 1958, à une époque où le Conseil était le « gardien des assemblées » et non de l'exécutif —, il n'en paraît pas moins soumis au contrôle *a posteriori* des juges judiciaires et administratifs. Il nous semble en effet que, à l'image de ce qu'ils font en cas de décalage entre la version d'un texte publié au *JO* et la version originale de ce texte (cf., pour des exemples, J.-É. Gicquel, « Fasc. 30 : Loi » *in JCl Admin.* 2013, n° 33), ils devraient être en mesure d'écarter un décret de promulgation publié au journal officiel, si ce décret ne correspond pas au texte adopté par le Parlement (rappr. G. Jèze, « De la rectification des lois par voie d'erratum », *RDP,* 1918, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1111683/f398.item, p. 400). Le fait que le Conseil d'État ait pu qualifier la décision de promulguer une loi d'acte de gouvernement (CE, Section, *Sieur Desreumeaux*, 3 nov. 1933, n° 25040, *Rec.,* URL : http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/conseil-detat-section-3-novembre-1933-sieur-desreumeaux-rec-p-993/#.Vc4_r1Ptmko) n'y change rien ; ceci empêche simplement le juge de contrôler les raisons pour lesquelles le Président de la République décide de promulguer la loi plutôt que de demander une nouvelle délibération.

1094. Il n'y a là aucune contradiction avec l'idée précédente selon laquelle une norme n'aurait qu'un seul auteur. En effet, l'acte et la volonté procèdent dans notre hypothèse d'une même personne.

§ 3. Le lien impliqué par la préposition « dans »

287. La teneur et l'étendue du lien. Lorsque, plus haut [1095], il a été recouru à la préposition « dans », il s'agissait d'indiquer que l'acte volontaire s'est révélé *dans* l'ordre juridique. Cette préposition visait également à marquer que ce sont les sujets de droit de l'ordre juridique et, en cas de conflit, les juges, qui décideront si l'acte volontaire a ou non *créé* des normes [1096]. À première vue, il y aurait donc là deux liens différents : l'un précisant que l'acte volontaire doit s'être révélé dans l'ordre juridique et l'autre indiquant que c'est l'ordre juridique qui apprécie si l'acte a *créé* des normes. Cette dualité peut cependant être ramenée à l'unité, en prenant conscience que dans les deux cas il s'agit d'un lien de *reconnaissance* : l'ordre juridique *reconnaît* l'existence d'un acte volontaire qui s'est manifesté à lui et il *reconnaît* la création de norme par cet acte [1097]. Soulignons que le terme « reconnaissance » paraît suffisamment large pour englober l'idée de manifestation que nous avons rejetée plus haut [1098], car toute reconnaissance suppose une connaissance préalable de l'objet, connaissance qui implique une manifestation de l'objet aux yeux de celui qui s'apprête à le reconnaître.

288. Choix d'une terminologie. Pour bien marquer que l'ordre juridique est lié à tous les critères précédents, la définition provisoire donnée plus haut pourrait être légèrement modifiée, en plaçant les mots « dans l'ordre juridique » à la fin de la définition. L'acte juridique serait alors « l'acte volontaire créant une ou plusieurs normes dans un ordre juridique ».

Il peut cependant être reproché à cette formulation de ne pas faire clairement apparaître le lien de reconnaissance. En effet, cette formulation peut être comprise comme signifiant seulement que la norme doit s'insérer *dans* un ordre juridique et serait alors perdue l'idée selon laquelle c'est aussi l'ordre juridique qui reconnaît le lien d'imputation entre l'acte et la norme. Dans ces conditions, l'on pourrait alors définir l'acte juridique comme « l'acte volontaire créant une ou plusieurs normes et reconnu comme tel dans un ordre juridique », ce qui permettrait de bien mettre en évidence le lien entre l'ordre juridique et les différents autres éléments de la définition. Cette définition manquerait néanmoins d'élégance et en outre relèguerait l'ordre juridique à la fin de la définition alors que, par les liens qu'il noue avec les autres éléments de la définition, il occupe un rôle central. D'où, finalement, la définition positive suivante du concept d'acte juridique : *est un acte juridique tout acte volontaire reconnu dans l'ordre juridique comme créant une ou plusieurs normes.*

1095. *Supra* n° 238.
1096. *Idem.*
1097. Le concept de « reconnaissance » ici employé, paraît proche de celui que ce terme a actuellement dans la doctrine de droit international privé. Ainsi, un auteur a-t-il pu récemment définir la reconnaissance comme « le fait, pour un ordre juridique, de tenir pour établie une situation consacrée par un ordre juridique étranger » (P. Mayer, « La reconnaissance : notions et méthodes » *in Choix d'articles de Pierre Mayer*, réimpression d'un article paru dans *La reconnaissance des situations en droit international privé*, sous la dir. de P. Lagarde, Pedone, 2013, LGDJ et Lextenso, 2015, p. 217). Un peu plus loin (p. 218), l'auteur indique que la reconnaissance peut porter tant sur des « normes » que sur des « situations ».
1098. *Supra* n° 238.

Conclusion du Chapitre 2

289. Alors que l'acte juridique est traditionnellement défini comme la *manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit* — définition que l'on retrouve dans l'article 1100-1 nouveau du code civil —, les développements précédents nous ont conduit à retenir de ce concept la définition suivante : **« acte volontaire reconnu dans un ordre juridique comme créant une ou plusieurs normes »**. Les traits saillants de la définition proposée, par rapport à la définition traditionnelle, sont les suivants :

— Le terme « manifestation » n'y figure pas ; ce terme, bien que familier aux privatistes, mélange en effet plusieurs idées que nous avons voulu distinguer, à savoir d'une part l'idée que cette volonté a été exprimée — ce qui a été rendu par le mot « acte » — et d'autre part l'idée que cet acte a été reconnu comme tel dans l'ordre juridique — ce qui a été traduit par l'ajout de l'expression « ordre juridique » et du verbe « reconnu ».

— Le terme « acte » est introduit et surtout il est placé au début de la définition ; par là, il s'est agi non seulement de remplacer le nom commun « manifestation », mais surtout de bien montrer que l'acte juridique désigne l'acte lui-même et non la norme créée par cet acte.

— Toute référence à l'intention de créer des effets de droit a disparu ; au lieu de l'expression verbale « destiner à produire », a été préféré le seul verbe « créer », notamment car il permet de bien désigner le lien d'imputation entre la norme et l'acte ce qui, nous le verrons, permet de faciliter la distinction entre l'acte juridique et le fait juridique.

— L'expression « effet de droit » a été remplacée par le terme « norme », compte tenu notamment de la plus grande précision de ce terme et de son extension plus étendue.

— L'expression « ordre juridique » a fait son entrée ; par là, il s'est agi de souligner que c'est par rapport à un ordre juridique que l'ensemble des éléments de cette définition s'apprécie ; d'où par exemple cette conséquence qu'un acte peut être qualifié d'acte juridique dans un ordre juridique donné, mais pas dans un autre ; tout dépend du référentiel.

290. D'un point de vue formel, nous avons montré que la définition proposée reposait sur quatre critères articulés entre eux par trois liens [1099], à savoir :

— Pour les critères :
  — L'acte,
  — La volonté,
  — La norme,
  — L'ordre juridique ;

1099. Si d'aucuns recherchaient une version véritablement formalisée de cette définition — ce qui est un moyen d'en vérifier la rigueur — celle-ci pourrait être présentée ainsi — et nous remercions ici Abdelhamid Abidi, Vivien Maisonneuve et Ivan Petkov pour leur aide.

— Pour les liens :
  — Un lien d'*implication* entre l'acte et la volonté : n'est pris en compte que l'acte impliqué par la volonté,
  — Un lien d'*imputation* entre la norme et l'acte : la norme est imputée à l'acte,
  — Un lien de *reconnaissance* entre l'ordre juridique et tous ces éléments, mais encore entre l'ordre juridique et la manière dont ces différents éléments sont articulés entre eux.

291. Enfin, pour chacun des sept éléments de la définition proposée, nous avons apporté des précisions sur ce que ces éléments recouvraient, en pointant du doigt les acceptions restrictives de ces termes à éviter. Il a ainsi été précisé que :

— L'acte peut prendre les formes les plus variées et notamment le silence, car se taire c'est déjà agir, ne serait-ce que pour éviter toute action ; qu'en outre l'acte peut émaner tant d'une personne publique que privée, d'où l'inclusion, dans l'extension du concept d'acte juridique, des jugements, des actes administratifs ou encore des actes législatifs ;
— L'ordre juridique, dans lequel cet acte s'insert, est notamment composé de normes fondamentales, de sujets de droit donnant naissance à des normes dérivées des premières et d'un organe de résolution des conflits ;
— La norme créée par cet acte est, comme toute norme, constituée de quatre éléments — le modèle de conduite, la vigueur, les assujettis et les bénéficiaires — et elle doit être entendue très largement, ce qui permet notamment de reconnaître la qualification d'acte juridique à des actes ayant créé des normes non encore entrées en vigueur, ayant abrogé d'autres normes ou encore ayant habilité une personne à créer d'autres normes. D'où le rejet du concept d'acte non normateur parfois proposé

On note $\mathcal{O}$ l'ensemble des *ordres juridiques*. Tout ordre juridique $o \in \mathcal{O}$ possède notamment :
— Un ensemble de *volontés* V_o.
— Un ensemble d'*actes* A_o.
— Un ensemble de *normes* N_o.
— Une relation binaire $R_o^1 \subset V_o \times A_o$: « $v\, R_o^1\, a$ » signifie que l'acte a procède de la volonté v.
— Une relation binaire $R_o^2 \subset A_o \times N_o$: « $a\, R_o^2\, n$ » signifie que l'acte a créé la norme n. Cette relation vérifie la propriété

$$\forall a, a', n \in A_o^2 \times N_o, a\, R_o^2\, n \wedge a'\, R_o^2\, n \Longrightarrow a = a'$$

[Par cette propriété, il s'agit d'indiquer qu'il n'existe pas de doublon de normes, autrement dit qu'une norme n'est imputable qu'à un seul auteur.]

On dit qu'un acte $a \in A_o$ est un *acte juridique* de l'ordre o si :

$$\exists v \in V_o, v\, R_o^1\, a \quad \wedge \quad \exists n \in N_o, a\, R_o^2 n.$$

On note AJ_o l'ensemble des actes juridiques de o.

Conclusion du Titre 1

292. Cherchant à approfondir la définition de l'acte juridique, nous sommes partis de la définition traditionnelle de ce terme, définition récemment consacrée par l'article 1100-1 nouveau du code civil, à savoir une « manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit ». Un examen attentif de cette définition et de son application par les acteurs du droit et de la science du droit nous a permis de mettre en lumière deux insuffisances de cette définition. D'abord, l'articulation des critères de cette définition n'est pas satisfaisante. En plaçant la production d'effet de droit sous la dépendance exclusive de la volonté, cette définition donne une place démesurée à l'intention de l'auteur de l'acte de créer des effets de droit. L'étude de la jurisprudence nous a permis d'apercevoir que les juges, dans un nombre significatif de situations, ne retenaient pas cette approche subjective de l'acte juridique et que, sans pour autant occulter la volonté de l'individu, ils tenaient également compte de la perception de cet acte par les tiers ou des conséquences que produirait la reconnaissance (ou la non reconnaissance) dans l'ordre juridique des normes créées par cet acte.

Ensuite, l'examen des critères de qualification eux-mêmes a permis de prendre conscience du lien trop étroit que les juristes faisaient entre l'acte juridique et l'effet de droit. En effet, au lieu de désigner par les termes « acte juridique » le seul processus de création d'effets de droit, ils ont aussi tendance à désigner par ces termes les normes créées par cet acte. Or, nous avons montré que cette fusion, au sein d'un même concept, de la cause et de la conséquence était source d'importantes difficultés dans le maniement du concept d'acte juridique, notamment en ce qu'elle empêchait de penser la *complexité* des normes produites par un même acte juridique. Ainsi, le caractère unique de l'acte juridique conduit parfois les juristes à considérer que les normes produites doivent avoir une seule et même qualité ; d'où la difficulté à admettre qu'un acte juridique puisse produire des normes valables et des normes nulles, des normes contractuelles et des normes unilatérales, etc.

Par ailleurs, il a été établi que cette double insuffisance de l'acte juridique n'était pas seulement nuisible pour la compréhension même du concept d'acte juridique, mais qu'elle était en outre nuisible à l'ordre juridique tout entier. En effet, ces insuffisances de la définition traditionnelle rendent l'usage de cette définition fort délicat dans certaines matières, notamment celles où le dogme de l'autonomie de la volonté n'a guère sa place (droit pénal, droit de la concurrence, droit du travail, etc.). Or, bien souvent, les juristes spécialisés dans ces matières

vont utiliser ces insuffisances pour mieux affirmer l'autonomie de leur discipline — puisque les mécanismes du droit commun n'y sont pas applicables — et vont ainsi forger de nouveaux outils, propres à leur discipline. D'où alors une complexification de l'ordre juridique et une remise en cause de sa cohérence.

Au regard de ces insuffisances de la définition traditionnelle de l'acte juridique, il nous a alors paru nécessaire de renouveler la définition traditionnelle de l'acte juridique afin de permettre à ce concept de rayonner dans tout l'ordre juridique, apportant par là simplicité et cohérence. Pour ce faire, nous avons utilisé à profit les éléments méthodologiques mis en exergue au début de ce travail et avons découpé la définition traditionnelle pour faire apparaître l'ensemble de ses éléments constitutifs, en distinguant les critères de qualification du lien entre ces critères. Puis, pour chacun de ces éléments, nous avons recherché quel était le meilleur mot permettant de le signifier, tout en soulignant le sens de ce mot et les acceptions restrictives à éviter. Ceci nous a alors conduit à retenir la définition suivante du concept d'acte juridique : ***acte volontaire reconnu dans un ordre juridique comme créant une ou plusieurs normes***.

À l'occasion de ce travail sur la définition de l'acte juridique, nous en avons profité pour approfondir quelque peu le concept de norme qui nous sera utile dans les développements à venir. Ainsi, il a été mis en évidence que le concept de normes, lorsqu'il est utilisé dans le champ social, ne peut pas être seulement défini par référence à un modèle de conduite. Il faut également préciser que cette norme a deux types de destinataires : l'assujetti, qui se voit imposer un modèle de conduite, et le bénéficiaire, qui peut se plaindre de la méconnaissance de ce modèle. En outre, dans la lignée notamment de Pierre Mayer, nous avons souligné que ce modèle de conduite n'avait pas une structure uniforme et qu'il pouvait être tantôt hypothétique (norme particulière), tantôt catégorique (norme générale). Enfin, il a été indiqué que la norme comprenait un dernier élément : sa vigueur, c'est-à-dire la date à partir de laquelle elle s'applique, ladite date ne correspondant pas toujours à la date d'existence de la norme.

L'acte juridique ayant été ainsi renouvelé, il importe à présent d'examiner la manière dont ce concept, ainsi défini, interagit avec les concepts dont il est proche. En effet, définir un terme ce n'est pas seulement indiquer ce que ce terme est, c'est aussi indiquer ce qu'il n'est pas et donc le distinguer de concepts voisins.

Titre II

La définition négative : l'individuation

293. Justification de l'étude des concepts voisins. Compte tenu des règles méthodologiques fixées au début de ce travail, la définition d'un concept « scientifique » ne saurait se limiter à l'identification de ses éléments de qualification. L'intension [1100] du concept exige également que soient précisés les rapports que ce concept entretient avec des concepts voisins. Dès lors, pour cerner au mieux le concept d'acte juridique, il convient également de le distinguer de ses voisins.

294. Identification des concepts voisins. Mais quels sont ces voisins dont l'acte juridique devrait être distingué ? Parmi les voisins connus, ceux qui sont fréquemment identifiés par les auteurs, il est possible de distinguer ceux qui sont généralement opposés à l'acte juridique de ceux qui sont présentés comme des espèces d'actes juridiques.

Dans le premier groupe figure la norme, elle dont il a été montré plus haut qu'elle était la conséquence de l'acte juridique. Existe également le fait juridique que l'on a coutume de distinguer de l'acte juridique au moyen du critère de l'intention. L'acte juridique serait l'acte réalisé avec l'intention de créer des effets de droit, alors que le fait juridique serait l'événement (pas nécessairement humain) qui produirait par lui-même un tel effet. Doit également être mentionné, dans ce premier groupe, l'acte normatif, que nous avons rencontré plus haut [1101], et qui a alors été défini comme l'acte volontaire créateur de normes et dont il n'a pas encore été décidé si elles appartenaient ou non à un ordre juridique. Enfin, existe un quatrième objet, l'acte non juridique, et qui désigne l'acte normatif dont les normes n'ont pas été reconnues comme juridiques par un ordre juridique [1102]. Si l'on voulait reprendre le concept de non droit de J. Carbonnier, l'on pourrait dire que l'acte juridique est au droit ce que l'acte non juridique est au non droit. Il y a là également un élément qu'il convient de mettre en rapport avec le concept d'acte juridique [1103]. Pour distinguer cet acte non juridique de l'acte juridique, les auteurs utilisent généralement aussi le critère de l'intention : recevra la qualification d'acte non juridique l'acte volontaire fait sans intention de créer du droit.

Dans le second groupe des voisins connus figurent les espèces d'actes juridiques. Par cette ex-

1100. Sur l'intension et l'extension d'un concept cf. *supra* n° 44.

1101. *Supra* n° 257.

1102. Le concept d'acte non juridique est peu usité en doctrine (v. toutefois B. Defoort, *La décision administrative*, sous la dir. de B. Seiller, thèse de doct., 2015, LGDJ et Lextenso éditions, n° 210). La portion de réalité que ce concept entend désigner a en revanche elle été bien identifiée. Cf. P. Reuter, « Le traité international, acte et norme », *APD. Le droit international,* 1987, p. 111-112, nous soulignons : « il est bien connu que beaucoup de traités présentent un caractère essentiellement politique, marqué par le caractère de leur objet, mais surtout par la portée très générale et vague des formules qu'ils emploient. On a essayé par diverses formules théoriques de rendre compte de cette situation mais avec la pensée de dénier aux engagements qu'ils contiennent tout caractère juridique. S'il en était ainsi, il y aurait là un "acte juridique" qui n'engendrerait "aucune norme", à moins de dire que "l'acte" en cause n'est plus un "acte juridique" ».

1103. Rappr. J.-P. Jacqué, « Acte et norme en droit international public » *in Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 227, Brill |Nijhoff, 1991, URL : http://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*-ej.9780792317852.357_417, p. 368 : « Ainsi, le recours à la théorie de l'acte est donc susceptible d'apporter un éclairage sur ce qui relève du droit et ce qui lui échappe ainsi que de contribuer à répondre aux questions que l'on se pose souvent sur la pertinence juridique de ces notions floues qui font fortune dans le droit international contemporain telle celle de "soft law". ».

pression, les auteurs désignent un type d'acte juridique, identifié généralement par son contenu ou le nombre de ses auteurs [1104]. Les classifications fondées sur le nombre d'auteurs distinguent généralement les actes unilatéraux — fréquemment désignés en droit privé par le vocable « engagement unilatéral » [1105] — des actes multilatéraux. Quant aux classifications recourant au contenu de l'acte, elles sont beaucoup plus nombreuses et il n'est pas possible de lister toutes les différentes espèces répertoriées. Peuvent notamment être mentionnés le contrat, le statut, l'acte réglementaire, l'acte individuel, la décision d'espèce, l'acte-condition, l'acte conjonctif, l'acte à titre onéreux, l'acte à titre gratuit, etc.

À côté de ces voisins connus doit être mentionné un voisin moins connu, qu'on tend parfois à oublier [1106] et que nous n'aurions sans doute pas aperçu sans un heureux concours de circonstances [1107]. Il s'agit de la coutume. En effet, à partir du moment où le concept d'acte juridique est conçu comme un concept englobant, capable de rendre compte de tous les processus *volontaires* de création du droit, il apparaît assez nettement que l'acte juridique s'oppose à la coutume. Dans l'acte juridique la volonté est un élément constitutif, alors que dans la coutume la volonté n'a pas un tel rôle [1108]. Ceci tient au fait que, dans un acte juridique, la ou les normes

1104. Rappr. Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, Tome 2, p. 195 s. qui ajoute une classification des actes selon leur forme. Sur les classifications en général des actes juridiques, *adde* M. Réglade, « La place de la convention dans une classification des actes juridiques », *APD,* 1940 et J.-J. Bienvenu, « Actes juridiques et classification », *Droits,* 1988, 7.

1105. Le terme nous paraît cependant malheureux pour deux séries de raison, ce qui explique pourquoi nous ne l'avons guère employé dans ce travail. En premier lieu, l'expression d'engagement unilatéral, tout comme celle, également utilisée, d'engagement par déclaration unilatérale de volonté, empêche de mettre un terme à la confusion de l'acte juridique et de la norme. En effet, dans le sens commun, l'engagement c'est à la fois ce à quoi une personne s'est engagée et l'acte par lequel elle s'est engagée.

En second lieu, le terme d'engagement, par les idées qu'il véhicule, restreint indument les cas dans lesquels pourrait être reconnu un acte unilatéral. D'une part, en effet, l'engagement renvoie à l'idée d'irrévocabilité. Comme l'écrivent d'éminents auteurs : « il n'est d'engagement véritable qu'irrévocable » (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013). Dès lors, user du terme d'engagement unilatéral risque très probablement de conduire à refuser la qualité d'acte juridique à des actes dont les normes pourraient être révoquées. Or, nous l'avons déjà souligné (*supra* n° 132 ; *adde infra* n° 382), le concept de norme n'implique pas celui d'irrévocabilité. Dès lors, recourir au vocable d'engagement unilatéral plutôt qu'à celui d'acte unilatéral, c'est s'exposer au risque de ne pas apercevoir certains actes juridiques. D'autre part, l'expression d'engagement unilatéral — victime des mêmes restrictions de sens que le terme d'obligation par lequel elle est fréquemment définie (*supra* note n° 441) —, renvoie à l'idée que la norme contenue dans cet engagement aurait un caractère économique, autrement dit qu'elle opérerait un transfert de valeur. Or, cette acception de l'engagement unilatéral est un obstacle à sa reconnaissance. En effet, dans une telle acception, reconnaître pleinement l'existence de l'engagement unilatéral, notamment en en faisant une des « sources des obligations », au même titre que la loi ou le contrat, ce serait admettre qu'une personne puisse, par sa seule volonté, se constituer créancier ou débiteur d'autrui. Or, il y aurait là assurément une atteinte à la liberté de la personne dont le patrimoine serait affectée sans son consentement, y compris dans l'hypothèse où cette dernière se trouverait enrichie sans y avoir consenti (rappr. *infra* n° 412). L'on comprend dès lors pourquoi certains privatistes, retenant une telle acception de l'engagement unilatéral, puissent se montrer réticents à l'idée d'en faire une source d'obligation au même titre que la loi ou le contrat. Dans une telle acception, il est raisonnable de limiter l'admission de l'engagement unilatéral à des cas exceptionnels, prévus par un texte et répondant à un motif légitime.

1106. Rappr. P. Mousseron, « La France : République coutumière », *RTD Civ.,* 2016.

1107. Que Guillaume Drouot soit ici remercié pour avoir fait naître en nous cette idée.

1108. P. Deumier, *Le droit spontané*, sous la dir. de J.-M. Jacquet, thèse de doct., Université Toulouse 1, 2002, Économica, n° 110. La volonté n'est cependant pas totalement étrangère au concept de coutume. Elle

créées sont imputées à un auteur réputé agir volontairement. En revanche, dans la coutume, il n'en est pas ainsi : les normes sont imputées à une collectivité d'individus [1109], dont les contours ne sont guère bien définis, et qui ne se perçoit pas comme l'auteur de ces normes. La norme issue de l'acte juridique est édictée ; celle provenant de la coutume est spontanée [1110].

Avec ce voisin de l'acte juridique qu'est la coutume, l'on aperçoit comment la conception renouvelée de l'acte juridique permet de percevoir plus nettement le lien entre l'acte juridique et certains concepts dont il n'était pas jusqu'alors rapproché. Là n'est pas la seule conséquence de cette nouvelle approche de l'acte juridique.

295. Les conséquences de l'approche renouvelée de l'acte juridique sur ses voisins - Plan. Cette nouvelle approche de l'acte juridique conduit à modifier quelque peu l'articulation existant entre l'acte juridique et ses voisins connus. En effet, comme l'articulation reposait souvent sur des éléments de définition de l'acte juridique jusqu'alors mal appréhendés, la conception de l'acte juridique que nous avons proposée impose de reprendre cette question de l'articulation. Ainsi, la remise en cause du primat de l'intention juridique vient remettre en cause les écrits doctrinaux recourant à ce critère pour distinguer l'acte juridique de l'acte non juridique ou l'acte juridique du fait juridique. En effet, si l'intention juridique n'est plus un critère de l'acte juridique, alors elle ne saurait plus servir à distinguer l'acte juridique d'autres concepts où une telle intention ne serait pas présente. D'où la nécessité de reprendre la question de l'individuation de l'acte juridique par rapport à l'acte non juridique et au fait juridique (**1**).

Par ailleurs, la découverte des bienfaits d'une dissociation de l'acte juridique et de la norme invite à réexaminer la pertinence d'une distinction entre l'acte juridique et les espèces d'actes juridiques. Si, en effet, l'acte juridique doit être mieux distingué de la norme, alors se pose la question de savoir si les classifications reposant sur le contenu des actes juridiques ne devraient pas être plus plutôt des classifications des normes elles-mêmes, ce qui expliquerait d'ailleurs pourquoi, à l'image de l'extrême diversité des modèles de conduite posés par une norme, il existe un si grand nombre d'espèces d'actes juridiques. La question paraît même pouvoir être étendue aux classifications des actes selon le nombre de leurs auteurs. En effet, certains juristes ont souligné que la distinction du contrat et de l'acte unilatéral reposerait moins sur un critère quantitatif (le nombre d'auteurs) que sur un critère qualitatif concernant le contenu de ces

peut en effet se révéler parfois négativement lorsque des personnes censées appliquer cette coutume cessent de le faire volontairement. Cette méconnaissance de la coutume, qui n'est pas toujours volontaire — des personnes peuvent créer une nouvelle pratique sans avoir conscience de s'écarter de l'ancienne —, peut, à force de répétition, entraîner la désuétude de la coutume (cf. *ibid.*, n°s 145-150). Cependant, cette abrogation sera elle aussi coutumière de sorte que, là encore, la volonté n'en sera ni directement ni nécessairement la cause.

En droit international public toutefois, ce point est discuté : quelques auteurs voyant dans la coutume un phénomène volontaire (la coutume ne se distinguant alors selon eux du traité que par son caractère non écrit). Pour un exposé de ces opinions internationalistes, cf. S. Sur, « La créativité du droit international » *in Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 363, Brill |Nijhoff, 2014, p. 145-147.

1109. P. Deumier, *Le droit spontané*, sous la dir. de J.-M. Jacquet, thèse de doct., Université Toulouse 1, 2002, Économica, p. 154 s. Comp. *ibid.*, n° 408, où l'auteur utilise le concept d'« auteurs » pour désigner les personnes par lesquelles une coutume advient.

1110. Rappr. *ibid.*, n° 1.

actes[1111], autrement dit leurs normes. Dès lors, il convient aussi de se demander si la classification des actes selon le nombre de leurs auteurs ne devrait pas être plutôt une classification des normes (**2**).

1111. Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, Tome 1, p. 418.

Chapitre 1

L'acte juridique par rapport à l'acte non juridique et au fait juridique

296. Plan. Le fait d'ôter de la définition de l'acte juridique toute référence à l'intention juridique des parties impose de revoir l'articulation entre celui-ci et l'acte non juridique, défini comme l'acte volontaire dont le caractère normatif n'est pas reconnu dans un ordre juridique. En effet, en droit privé, pour bien des auteurs, c'est l'absence d'intention juridique qui permet de distinguer l'acte juridique de l'acte non juridique. Dès lors que ce critère est écarté, il devient nécessaire de partir à la recherche d'autres critères de distinction des actes juridiques et non juridiques (**Section I**). La même nécessité s'impose pour la distinction entre l'acte juridique et le fait juridique. En effet ce dernier est souvent défini comme un événement produisant des effets de droit non voulus par leurs destinataire (**Section II**).

Section I L'individuation de l'acte juridique par rapport à l'acte non juridique

297. Plan. En droit des contrats, il est commun aujourd'hui de considérer que l'intention de créer des effets de droit est ce qui permet de distinguer le contrat de l'accord de volontés non obligatoire. Ainsi lit-on, dans l'un des manuels de référence, qu'« [i]l y a des accords de volontés qui n'obligent pas juridiquement parce que les intéressés n'ont pas voulu établir entre eux un rapport juridique qui permette d'exiger l'exécution d'une obligation » [1112]. C'est donc

1112. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 55. Rappr. J. Carbonnier, *Droit civil*, PUF, 2004, n° 932, p. 1948 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 5e éd., Defrénois, 2011, n° 435 ; S. Porchy-Simon, *Les obligations*, 8e éd., Dalloz, 2014, n° 34 ou M. Poumarède, *Droit des obligations*, 3e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2014, n° 139, p. 65, évoquant « l'interprétation parfois divinatoire de la volonté des parties de s'engager ». Comp. Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 12e éd., LexisNexis, 2012, nos 62 et 63, où les auteurs s'en tiennent au critère de l'absence de création d'obligations, sans référence à l'intention des parties.

bien l'intention juridique des parties au contrat qui est ici prise en compte pour distinguer les contrats des « accords de volontés non obligatoires » [1113] et cela dans la tradition de R. J. Pothier [1114], reprise par J. Carbonnier [1115].

Il a été pourtant montré plus haut qu'un tel critère ne fonctionnait pas. En effet, si les juges peuvent se montrer sensibles à la volonté des individus, notamment à leur volonté de se lier mutuellement, ils ne s'intéressent guère à la volonté des individus de s'engager *juridiquement*, c'est-à-dire d'offrir aux tiers une voie de droit en cas de méconnaissance d'un tel engagement. Dès lors, tant pour le contrat que pour les autres espèces d'actes juridiques, il nous faut partir en quête d'un autre critère pour distinguer l'acte juridique de l'acte non juridique. Après avoir parcouru plusieurs matières en quête d'un tel critère (**§ 1.**), nous tenterons de synthétiser les fruits de cette recherche en proposant, à défaut d'un critère, une méthode de distinction (**§ 2.**)

§ 1. À la recherche d'un critère

298. Rechercher un critère de distinction de l'acte juridique et de l'acte non juridique n'est guère chose aisée [1116]. Ceci tient en premier lieu au fait que la jurisprudence est peu abondante à ce sujet — les individus discernant correctement par eux-mêmes les actes reconnus comme tels par l'ordre juridique. En second lieu, l'acte non juridique n'est pas une notion [1117], de sorte qu'il n'est pas possible de parcourir les bases de données jurisprudentielles à l'aide d'une telle expression. Quant à la doctrine positiviste, elle ne s'est pas beaucoup intéressée à cette notion située aux confins du droit [1118]. Pour tenter de distinguer l'acte juridique de l'acte non juridique, il est donc nécessaire de parcourir les différentes matières du droit, en quête d'hypothèses dans lesquelles les magistrats auraient rejeté la qualité d'acte juridique à un acte volontaire, au motif que celui-ci n'aurait produit aucune norme reconnue comme telle par l'ordre juridique. Il faut

1113. L'expression est employée notamment par F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 55 ou S. Porchy-Simon, *Les obligations*, 8e éd., Dalloz, 2014, n° 32.

1114. R.-J. Pothier, « Traité des obligations » *in Œuvres de Pothier*, Siffrein, 1821, n° 3, où l'on peut lire : « Il y a d'autres 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, et de celui à qui la promesse est faite. Par exemple, lorsqu'un père promet à son fils, qui étudie en droit, de lui donner de quoi faire, dans les vacances, un voyage de récréation, en cas qu'il emploie bien son temps, il est évident que le père, en faisant cette promesse, n'entend pas contracter envers son fils un engagement proprement dit ».

1115. J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 2001, p. 38 écrivant que « [l]'autonomie de la volonté n'est pas seulement la liberté de créer du droit : elle est aussi la liberté, largement ouverte aux hommes, de demeurer dans la pure absence qu'est le non-droit ».

1116. Rappr. P. Weil, « Vers une normativité relative en droit international », *RGDIP,* 1982, n° 8 : « Qu'il ne soit pas toujours facile de tracer la frontière entre le pré-juridique et le juridique, nul n'en disconviendra ».

1117. Au sens que nous avons donné à ce mot, à savoir un outil du discours du droit.

1118. Rappr. P. Deumier, *Le droit spontané*, sous la dir. de J.-M. Jacquet, thèse de doct., Université Toulouse 1, 2002, Économica, où l'autrice se demande ce qui préside à la répartition entre les usages juridiques et les usages non juridiques et écrit : « Que se passe-t-il à cet instant pour qu'une telle partition se réalise ? Nul ne le sait... ».

prendre garde ici à ne pas rechercher uniquement des décisions de justice qui auraient refusé de qualifier de normatif un acte humain. Il se peut en effet que, dans un esprit d'ouverture à l'égard d'autres ordres juridiques, la qualité de norme ne soit pas niée en tant que telle par la décision de justice, mais que le juge se contente simplement de refuser que la norme examinée produise effet au sein de l'ordre juridique dont il relève [1119].

Ceci étant précisé, il est désormais possible de partir à la recherche de semblables décisions, dans l'espoir qu'elles nous renseignent sur le critère à retenir. Cette recherche d'un critère peut d'abord se faire à partir du droit des contrats (**A.**). Afin d'élargir nos perspectives, il conviendra également de rechercher de quelle manière cette distinction de l'acte juridique et de l'acte non juridique est traitée en droit public (**B.**).

A. En droit des contrats

299. L'inutile recours au caractère de l'offre. Compte tenu de la forte prégnance du dogme de l'autonomie de la volonté sur la doctrine contractuelle, rares sont les auteurs à contester l'idée suivant laquelle l'intention serait le critère permettant de distinguer l'acte juridique de l'acte non juridique. Pourtant, les pages consacrées à la formation du contrat semblent au premier abord receler des éléments intéressants utilisés par les juges pour distinguer le droit du non droit. En effet, ces pages sont l'occasion de quelques développements dans lesquels les auteurs s'efforcent, au moyen de critères autres que l'intention, de distinguer l'offre de la simple invitation à contracter. Or, ce détachement du recours à l'intention nous intéresse en ce qu'il paraît concerner une application de la distinction entre l'acte juridique et l'acte non juridique : l'offre constituant l'acte juridique [1120] et l'invitation à contracter, parce qu'elle n'engage pas son auteur, l'acte non juridique.

Pour distinguer l'offre de la simple invitation à contracter, la doctrine indique à la quasi-unanimité [1121] qu'il faut tenir compte de deux éléments : la fermeté de l'offre et sa précision. À première vue, il n'y a donc point ici d'intention de créer des effets de droit. Ce recul de l'intention juridique est cependant tout à fait relatif. D'abord, il apparaît que ces deux éléments (fermeté et précision), constituent pour bien des auteurs les éléments tangibles que le juge doit rechercher pour déterminer si l'offrant avait ou non une intention de s'engager ou si son acte n'était qu'une invitation à contracter. Un auteur indique, par exemple, que c'est parce que l'offre manifeste la volonté de s'engager du pollicitant qu'elle doit être précise et ferme [1122], tandis qu'un autre,

1119. En reprenant la distinction kelsénienne de la reconnaissance et de l'observance d'une norme (H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, édition originale : 1979, PUF, 1996, p. 55), on pourrait dire que le juge a dans cette dernière hypothèse reconnu la norme mais ne l'a pas observée, alors que dans l'hypothèse précédente il ne l'a ni reconnue ni observée.
1120. Sur la démonstration de ce caractère, cf. *infra* n°s 334 s.
1121. Comp. Y. Buffelan-Lanore et V. Larribeau-Terneyre, *Les obligations*, 13e éd., Sirey, 2012, n° 742, pour qui « [e]lle doit être ferme, non équivoque, précise et complète ».
1122. Cf. M. Poumarède, *Droit des obligations*, 3e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2014, n° 231.

cherchant à préciser la notion de fermeté, écrit qu'il s'agit par là de s'assurer que le pollicitant (nous soulignons) « avait l'intention d'être engagé par sa proposition » [1123].

Ensuite, ces deux éléments sont des guides pour reconnaître moins un engagement juridique qu'un engagement en général. Pour s'en rendre compte, il suffit de prendre l'exemple traditionnel qu'exposait Robert-Joseph Pothier pour montrer que toutes les promesses n'étaient pas des contrats, à savoir le cas du père promettant à son fils de lui verser quelque argent pour financer un voyage s'il travaille son droit [1124]. L'offre d'une telle promesse paraît d'abord bien ferme, en ce sens qu'elle ne comprend aucune réserve. Elle paraît en outre suffisamment précise, puisque le père a indiqué à quel emploi cet argent serait destiné : un voyage. Pourtant, bien que les deux caractères de l'offre paraissent réunis, R.-J. Pothier dénie à cet engagement toute valeur juridique. Où l'on voit donc que ce n'est pas dans l'analyse de l'offre que l'on peut espérer trouver quelqu'élément aidant à distinguer l'acte juridique de l'acte non juridique. Revenons alors à ces accords non obligatoires évoqués par R.-J. Pothier et cherchons à savoir pourquoi ceux-ci ne sont pas reconnus par le droit.

300. La distinction des contrats et des actes de complaisance. Dans son exemple célèbre servant à illustrer les promesses non obligatoires, R.-J. Pothier n'explicite nullement les raisons qui le conduisent à refuser à cette promesse la qualification de contrat et donc, dans le schéma dominant, celle d'acte juridique. Pour justifier ce refus, R-J. Pothier se contente en effet d'invoquer l'évidence [1125], ce qui ne contribuera guère à encourager les auteurs qui suivront à rechercher ce critère [1126]. Vers la fin du XXe siècle, cependant, quelques auteurs ont tenté de mettre à jour un tel critère. Ainsi, dans son travail consacré à la reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, Anne Laude s'intéresse à la distinction entre les contrats et certains accords non obligatoires, principalement les accords de complaisance et les situations de fait [1127]. Cette autrice, après avoir montré que, en cette matière, les décisions du juge n'étaient nullement guidées par l'intention des parties, écrit que le fait pour le juge de retenir la qualification de contrat (donc d'acte juridique), plutôt que celle de rapport de complaisance (donc d'acte non juridique), était guidé par deux critères. Le premier est l'écoulement d'une certaine durée, qui permettrait de conférer à des rapports mondains un caractère juridique et donc de retenir la qualification contractuelle. Pour A. Laude, l'écoulement de cette durée confé-

1123. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations : 1 - Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., PUF, 2012, p. 261.
1124. Cf. *supra* n° 297, note 1114.
1125. R.-J. Pothier, « Traité des obligations » *in Œuvres de Pothier*, Siffrein, 1821, n° 3 : « il est évident que le père en faisant cette promesse, n'entend pas contracter envers son fils un engagement proprement dit ». Il y a lieu néanmoins de relever que plus haut Pothier indiquait qu'il fallait s'en tenir à l'intention du promettant ou encore aux « circonstances » ou « qualité de celui qui promet » : *ibid.*, n° 3.
1126. Cf. É.-E.-H. Perreau, « Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence », *RTD Civ.,* 1914, où l'auteur se contente de répertorier l'ensemble de la jurisprudence, sans chercher véritablement à comprendre ce qui conduit parfois les juges à faire rentrer les règles de courtoisie ou de complaisance dans l'ordre juridique.
1127. A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, sous la dir. de J. Mestre, thèse de doct., 1992, PUAM.

rerait aux partenaires une certaine sécurité qui est alors protégée par le droit [1128]. Le second critère retenu par A. Laude est la « présence de certaines circonstances ». Tentant de préciser son propos, cette autrice écrit que « [l]e souci des juges semble être d'accorder la protection du droit aux situations qui en quelque sorte le "méritent" [...] à cause soit de leur caractère, soit des intérêts engagés ou enfin des circonstances qui les entourent » [1129].

La référence aux « circonstances », qui n'est pas sans rappeler les écrits de R.-J. Pothier [1130], peut néanmoins s'avérer vague pour qui espérait trouver un critère précis de distinction. Il paraît alors nécessaire de quitter le champ du droit des contrats pour celui du droit public.

B. En droit public

301. Plan. Le droit public fournit différentes pistes de réflexion. La première conduit vers l'étude des actes de l'administration (**1.**), la seconde vers celle des actes du législateur (**2.**).

1. Les actes de l'administration

302. Plan. Deux types d'actes juridiques sont susceptibles de nous éclairer, en droit public, sur la distinction entre l'acte juridique et l'acte non juridique : d'une part, les accords intervenant entre les organes d'une personne publique et auxquels la qualification contractuelle est généralement refusée (**a.**) et d'autre part certains actes unilatéraux que le juge administratif se refuse à contrôler au motif qu'ils ne feraient pas grief (**b.**).

a. Le cas des accords au sein d'une personne morale de droit public

303. Comme le droit des contrats privés, le droit des contrats publics connaît également des *gentlemen's agreement*, c'est-à-dire des accords de volonté qui ne sont pas des contrats, au motif que les parties n'auraient pas eu l'intention de s'engager. Ce n'est toutefois pas à cette catégorie d'accord non obligatoire que nous allons ici nous intéresser car ceux-ci n'éclairent pas mieux que les *gentlemen's agreement* entre personnes privées la notion d'acte non juridique. Beaucoup plus intéressants sont en revanche ce que les auteurs de droit public appellent parfois le « contrat avec soi-même » [1131] ou encore — mais l'expression a alors une dimension économique plus marquée — le « contrat *in house* » [1132]. Par ces termes, il s'agit de désigner les accords que les services ou organes d'une personne publique peuvent passer entre eux. De tels contrats se rencontrent notamment en droit de la santé pour les accords — généralement dénommés contrats d'objectifs

1128. *Ibid.*, n° 531.
1129. *Ibid.*, n° 542.
1130. Cf. *supra* note n° 1125.
1131. L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 9e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2014, n° 8.
1132. Sur cette notion cf. A. Deroudille, *Les conditions de l'exception « in house » : Contribution à une théorie du contrôle public sur les opérateurs dédiés*, sous la dir. de P.-Y. Monjal, thèse de doct., Université François - Rabelais de Tours, 2015. L'auteur suggère notamment (p. 83 s.) que le contrat *in house* n'est pas à proprement parler un contrat avec soi-même, dans la mesure où la notion de contrat *in house* peut s'appliquer même entre personnes morales distinctes.

et de moyens — que les différents pôles d'un établissement public de santé concluent avec la direction dudit établissement afin de mettre en œuvre le projet d'établissement [1133].

Les auteurs refusent généralement de qualifier de tels accords de contrat au motif que leur reconnaissance contredirait trop le « principe d'unité de la personnalité juridique de l'État ». Comme l'indique Laurent Richer, il serait en effet « difficile pour le droit administratif français de concevoir la rencontre des volontés de deux organes de l'État : la volonté étatique est une, le contrat entre deux organes ou deux autorités de l'État est proprement inconcevable » [1134]. Contrairement à ce que suggèrent ces propos, la difficulté semble moins résider dans la pluralité de volontés — car, humainement, il y a bien plusieurs volontés — que dans la reconnaissance de l'existence de norme juridique. Le même auteur paraît le reconnaître plus loin lorsqu'il indique (nous soulignons) qu'il serait néanmoins possible pour « un texte législatif ou réglementaire » de « reconnaître valeur juridique à ce type d'accord » [1135]. Où l'on perçoit le rôle du contexte normatif. Si, en effet, c'est la qualification d'accord non juridique qui est retenue — et donc celle d'acte non juridique —, c'est parce que le contexte normatif ne permet pas d'intégrer aisément les normes produites par ces accords au sein de l'ordre juridique. Cette importance du contexte normatif dans l'ordre juridique s'observe également à propos des actes administratifs ne faisant pas grief.

b. Le cas des actes administratifs ne faisant pas grief

304. Plan et présentation. Lorsque les auteurs de droit administratif s'intéressent à la notion d'acte (juridique) administratif unilatéral, ils ne manquent pas de mentionner le cas d'actes de l'administration dont la justiciabilité devant le juge administratif pose question. Parmi ces actes il convient de s'attarder sur deux d'entre eux : les mesures d'orientation (**i.**) et les mesures d'ordre intérieur (**ii.**).

Indiquons brièvement ici que les mesures d'orientation, pour reprendre une expression de Didier Truchet [1136], désignent les actes administratifs, aux appellation variables (circulaire, instruction, note de service, recommandation, charte, document de référence, etc.), par lesquels l'administration établit le comportement qu'elle suivra ou qu'elle incitera les administrés ou ses agents à adopter. Quant aux mesures d'ordre intérieur, il s'agit des mesures destinées à réguler une administration et qui sont censées ne produire leurs effets qu'à l'intérieur de cette administration.

1133. Art. L. 6146-1 CSP. Sur le fonctionnement en pratique de ces contrats et leur utilité, cf. É. Bérard et V. Steyer, « La responsabilité contractuelle à l'hôpital. Un modèle fonctionnel malgré tout ? », *Revue française de gestion,* 2013, vol. ll, 237, URL : www.cairn.info/revue-francaise-de-gestion-2013-8-page-147.htm.

1134. L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 9e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2014, n° 8. Cet auteur est néanmoins favorable à la reconnaissance de tels contrats, tout comme A.-S. Mescheriakoff, « Ordre intérieur administratif et contrat », *RFDA,* 1997. *Comp.* Ch. Guettier, *Droit des contrats administratifs*, 2e éd., PUF, 2008, n° 55, qui paraît plus réservé.

1135. L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 9e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2014, n° 8.

1136. D. Truchet, *Droit administratif*, 5e éd., PUF, 2013, p. 291.

Si ces deux actes nous intéressent ici, c'est parce que la question de leur juridicité se pose aux tribunaux chaque fois qu'ils sont contestés devant eux. En effet, ces actes administratifs, qui constituent des *décisions*, ne sont généralement pas assimilés à des décisions *faisant grief*[1137], ce qui pousse le Conseil d'État à refuser de les examiner. Or, derrière ce concept de *décision ne faisant pas grief*, employé notamment par B. Seillier[1138], il est possible de voir, du moins pour les actes ne pouvant jamais être contestés, le concept d'acte non juridique[1139]. En effet, ces actes de l'administration sont bien des actes volontaires. Ils créent bien semble-t-il des normes pour l'administration, les agents ou les administrés, mais ces normes ne sont pas reconnues par le juge administratif comme juridiques, c'est-à-dire comme faisant partie de l'ordre juridique étatique[1140]. Voilà pourquoi l'étude de ces actes pourrait révéler quelques-uns des éléments utilisés par les juges pour distinguer l'acte juridique de l'acte non juridique.

i. Les mesures d'orientation

305. Les mesures d'orientation les plus connues sont sans doute les circulaires. Depuis un important arrêt de 2002, les circulaires constituent des actes faisant grief lorsqu'elles sont « impératives »[1141]. Autrement dit, le critère de distinction de l'acte juridique et de l'acte non juridique serait l'impérativité. Néanmoins une telle expression n'est pas en soi très éclairante et la doctrine n'est pas d'une grande aide pour tenter d'y voir plus clair. En effet, les auteurs de droit public semblent avoir renoncé à conceptualiser cette notion. À les lire, « tout n'est

1137. Sur les notions de « décision » et d'« acte faisant grief », cf. not. B. Seiller, « Acte administratif (I – Identification) » *in Répertoire de contentieux administratif*, janv. 2010, Dalloz.

1138. *Ibid.* La terminologie n'est cependant pas fixée en droit public. Sur les différentes terminologies employées, cf. B. Defoort, *La décision administrative*, sous la dir. de B. Seiller, thèse de doct., 2015, LGDJ et Lextenso éditions, n° 201.

1139. Comp. avec l'opinion des publicistes qui voient dans de tels actes un acte juridique dont ils constatent simplement qu'il ne peut pas être contesté. Sur ces opinions cf. not. *ibid.*, n°s 199-203. Si nous rejetons cette approche des actes ne faisant pas grief, c'est parce qu'elle n'est pas en adéquation avec l'idée, pourtant admise par les publicistes, selon laquelle l'acte juridique n'aurait de sens qu'au sein d'un ordre juridique. Faute de possibilité de contester cet acte devant un juge étatique, il paraît difficile de le rattacher à l'ordre juridique étatique. Cet acte a sans doute une portée normative dans l'administration où il est pris, mais il n'en n'a pas dans l'ordre juridique si celui-ci s'en désintéresse définitivement. Nous disons « définitivement », car nous sommes en revanche d'accord avec les auteurs de droit public lorsqu'ils qualifient d'acte juridique les actes ne faisant *temporairement* pas grief, autrement dit les actes qui, s'ils ne peuvent pas être contestés au moment de leur édiction, peuvent l'être lors de l'édiction d'un acte subséquent. Tel est en particulier le cas pour les « actes préparatoires » d'une décision administrative, contestables seulement au jour de l'« acte définitif », ou encore des « directives », contestables uniquement par voie d'exception, à l'occasion des mesures individuelles prises sur leur fondement. Sur ces hypothèses, cf. not. M. Lavaine, *L'acte juridictionnel en droit administratif français*, sous la dir. de M. Doat, thèse de doct., Université de Bretagne Occidentale, 2015, n° 761 pour les actes préparatoires et n° 764 pour les directives. Où l'on aperçoit que les concepts d'acte non juridique et d'acte ne faisant pas grief ne se recoupent que partiellement et sont donc bel et bien distincts.

1140. En revanche, elles peuvent être reconnues comme appartenant à l'ordre social au sein duquel l'agent intervient. Rappr., à propos des instructions ministérielles, Th. Revet, « Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999 », *RTD Civ.,* 1999.

1141. CE, Sect., *Duvignères*, 18 déc. 2002, n° 233618, *Rec. Lebon,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008124026.

qu'affaire d'opportunité » [1142]. L'étude de quelques décisions du Conseil d'État révèle toutefois que cette qualification obéit à une certaine logique, car le Conseil d'État semble prendre en compte plusieurs éléments.

D'abord, le Conseil n'est pas indifférent à la volonté de l'auteur de la circulaire. Il est en effet possible de trouver quelques décisions du Conseil faisant une référence expresse à l'intention des auteurs de l'acte pour appréhender si ce dernier est impératif ou simplement indicatif [1143]. Cependant, le Conseil d'État ne s'en tient pas à cette seule volonté. Ainsi, dans un arrêt de 2014 [1144], le Conseil s'appuie également sur le comportement des auteurs de l'acte postérieurement à l'édiction de l'acte. En l'espèce, le Conseil conclut à l'absence d'impérativité de la circulaire, après avoir notamment constaté que les auteurs de cette circulaire ne s'étaient pas fondés par la suite sur celle-ci pour prendre des décisions [1145].

Par ailleurs, il a pu être relevé que le refus du Conseil d'État d'examiner le recours contre une décision administrative, au motif qu'elle ne ferait pas grief, résultait parfois du souci de permettre à certaines administrations (en particulier des autorités administratives indépendantes) de sécréter des normes, alors mêmes qu'elles n'en ont pas le pouvoir. En effet, dans plusieurs affaires, si le Conseil avait reconnu que les mesures d'orientation contestées étaient impératives, alors cela l'aurait automatiquement conduit à en prononcer l'annulation, compte tenu de l'absence de compétence de ces autorités. Or, conscient de la nécessité de ces mesures d'orientation, tant pour le bon fonctionnement de ces administrations que pour la sécurité juridique des administrés ou des agents, il est apparu souhaitable au Conseil d'État de voir dans ces textes de simples énoncés indicatifs [1146]. Finalement, ce qui détermine alors la décision du Conseil d'État, c'est le contexte normatif entourant la décision contestée : l'autorité ayant pris l'acte a-t-elle ou non été dotée d'un pouvoir normatif et ce pouvoir normatif est-il pratiquement important ?

Il arrive parfois que le Conseil d'État expose explicitement des arguments tirés de ce contexte normatif. Tel a été le cas lorsque, pour écarter le caractère impératif d'une circulaire, il a

1142. A. Iliopoulou, « Quatre ans d'application de la jurisprudence *Duvignères* », *RFDA,* 2007, p. 481. Comp. P.-L. Frier et J. Petit, *Droit administratif*, 9e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2014, n° 516, pour qui le juge « doit prendre garde tant à la rédaction de [la] circulaire qu'à la façon dont elle est perçue et appliquée par les agents, car souvent de simples conseils donnés par l'autorité supérieure seront considérés comme de véritables ordres ».

1143. Cf. CE, *Société LFB Biomédicaments*, 14 mai 2014, n° 358498, *Rec. (tables),* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000028934617, où les juges écrivent qu'« il ne ressort pas des pièces du dossier que les auteurs de la décision attaquée se seraient crus liés par cette recommandation ».

1144. *Ibid.*

1145. *Ibid.*, où les juges relèvent (nous mettons en gras) : « il ne ressort pas des pièces du dossier que les auteurs de la décision attaquée se seraient crus liés par cette recommandation **ni même qu'ils se seraient fondés sur elle** ».

1146. Cf. D. Truchet, *Droit administratif*, 5e éd., PUF, 2013, p. 294. Telle a par exemple été sa démarche dans une affaire où était contestées les « notes d'information » établies par les chefs des juridictions administratives pour fixer les critères pris en compte pour le montant des primes des juges administratifs. Sur cet exemple, cf. A. Iliopoulou, « Quatre ans d'application de la jurisprudence *Duvignères* », *RFDA,* 2007, p. 482.

constaté que les destinataires de celle-ci étaient incompétents pour prendre les mesures que celle-ci préconisait [1147]. Pour le Conseil, dès lors que cette circulaire s'adressait à des autorités incompétentes, elle ne pouvait pas être dotée d'une quelconque autorité.

Dépassant la simple analyse des pouvoirs du destinataire de la mesure d'orientation, il arrive aussi que le Conseil d'État s'attache aux effets que cette mesure pourrait avoir sur ses destinataires. C'est ce que l'on trouve pour certaines recommandations que peuvent émettre des autorités administratives indépendantes et pour lesquelles se pose la question de leur caractère impératif. Un arrêt récemment rendu à propos des recommandations de bonnes pratiques émises par la Haute Autorité de Santé le montre bien. En l'espèce, pour reconnaître qu'une telle recommandation était une décision faisant grief (un acte juridique), le Conseil d'État a tenu compte des conséquences que la violation de cette recommandation pourrait avoir pour les médecins qui en sont les destinataires [1148]. À l'inverse, des recommandations de l'Autorité de la concurrence, n'emportant par elles-mêmes aucun risque de sanction de l'entreprise objet de la recommandation, n'ont pas été perçues comme un acte juridique (une « décision faisant grief » dit l'arrêt) [1149]. C'est une semblable analyse que l'on retrouve pour les mesures d'ordre intérieur.

ii. Les mesures d'ordre intérieur

306. Traditionnellement soustraites au contrôle du juge administratif, les mesures d'ordre intérieur ont progressivement fait l'objet d'un contrôle du juge administratif, à partir des arrêts *Hardouin* et *Marie* [1150]. Ce faisant, le Conseil d'État a été amené à préciser le critère de distinction entre les véritables mesures d'ordre intérieur (soustraites au contrôle du juge) et les mesures d'ordre intérieur dissimulant un acte administratif faisant grief. Il ressort désormais de la jurisprudence administrative que, pour écarter la qualification de mesure d'ordre intérieur, le Conseil d'État tient compte de la nature de l'acte [1151] — notamment sa précision — et de l'importance — la gravité disent certaines décisions — de ses effets. Répondent à de tels critères

1147. CE, *Syndicat national des personnels techniques et de travaux de l'équipement de la CGT*, 26 mai 2009, n° 306757, *Rec. Lebon (tables),* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000020868815.

1148. CE, *Association pour une formation médicale indépendante*, 27 avr. 2011, n° 334396, *Rec. Lebon,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000023946448 : « Considérant que (...) eu égard à l'obligation déontologique, incombant aux professionnels de santé en vertu des dispositions du code de la santé publique qui leur sont applicables, d'assurer au patient des soins fondés sur les données acquises de la science, telles qu'elles ressortent notamment de ces recommandations de bonnes pratiques, ces dernières doivent être regardées comme des décisions faisant grief susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ».

1149. CE, *Société Casino*, 11 oct. 2012, n° 357193, *Rec. Lebon,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000026480627, à propos d'un avis soulignant « l'importance de la position occupée par le groupe Casino sur le marché de la distribution alimentaire à Paris ».

1150. CE, 17 févr. 1995, *Rec.*, p. 82 et 85.

1151. Selon des auteurs, qui s'appuient pour cela sur les conclusions du commissaire au gouvernement, la nature de l'acte « renvoie à l'objet de la mesure, à son caractère (sanction disciplinaire ou mesure prise dans l'intérêt du service, par exemple) et au degré de précision de son encadrement juridique » (P.-L. Frier et J. Petit, *Droit administratif*, 9e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2014, n° 519).

la décision de mise en cellule de punition, laquelle prive le détenu de toute vie sociale[1152] ou la décision de mise aux arrêts d'un militaire, laquelle l'empêche de quitter son unité, même en dehors de son service[1153]. Cette analyse du Conseil d'État a constitué un véritable revirement de jurisprudence puisqu'elle a par la suite conduit le juge administratif à accepter de contrôler des décisions de l'administration dont il avait autrefois indiqué qu'elles ne faisaient pas grief.

Comprendre les causes du changement produit par les arrêts *Hardouin* et *Marie* est ici intéressant, car cela contribue à mettre en lumière les raisons poussant le juge à requalifier un acte non juridique en acte juridique et donc à éclairer le critère de distinction de ces concepts. Selon le rapporteur public des arrêts *Hardouin* et *Marie*, ce revirement s'imposait pour trois raisons, dont nous allons voir qu'elles sont toutes liées au contexte normatif. D'abord, l'influence croissante de la Cour européenne des droits de l'homme qui interdisait aux conseillers d'État de négliger le risque d'une condamnation de la France. Or, selon le rapporteur, le risque aurait été réel si la jurisprudence traditionnelle avait été maintenue : en l'absence de recours, les administrés souffrant des mesures d'ordre intérieur (principalement les prisonniers, militaires et écoliers) n'auraient bénéficié d'aucune protection de l'état. Ensuite, le revirement est justifié par le constat d'un renforcement croissant du contrôle des administrations pénitentiaires et militaires à l'étranger, or il s'agit des administrations à l'égard desquelles le contentieux des mesures d'ordre intérieur était le plus nourri. Enfin, troisième argument, le rapporteur relève les récents efforts du législateur français pour mieux encadrer ces deux administrations. Selon le rapporteur, tous ces éléments autorisaient le Conseil d'État à modifier sa jurisprudence et à accepter désormais le recours contre certaines de ces décisions administratives, jusqu'alors qualifiées de mesures d'ordre intérieur.

Cette utilisation du contexte normatif se retrouve également en droit constitutionnel lorsque, dans le cadre du contentieux de constitutionnalité *a priori*, se pose la question de savoir si une disposition législative est dotée d'une portée normative.

2. Les actes du législateur

307. Dans le cadre de sa lutte pour l'amélioration de la qualité des lois, le Conseil a progressivement développé une jurisprudence au terme de laquelle il se reconnaît compétent pour déclarer inconstitutionnelle une loi qui n'aurait pas de portée normative. Ainsi, dans sa décision dite *Avenir de l'école*[1154], le Conseil a déclaré qu'était manifestement dépourvue de toute portée normative la disposition suivante : « L'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves. - Compte tenu de la diversité des élèves, l'école doit reconnaître et promouvoir toutes les formes d'intelligence pour leur permettre de valoriser leurs talents. - La formation scolaire, sous l'autorité des enseignants et avec l'appui des parents, permet à chaque élève de réaliser le

1152. Arrêt *Marie* précité.
1153. Arrêts *Hardouin* précité.
1154. CC, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, 21 avr. 2005, n° 2005-512 DC, *JORF*, URL : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2005/2005512dc.htm.

travail et les efforts nécessaires à la mise en valeur et au développement de ses aptitudes, aussi bien intellectuelles que manuelles, artistiques et sportives. Elle contribue à la préparation de son parcours personnel et professionnel. »

Pour justifier cette censure il est indiqué, dans le commentaire officiel de la décision, que la disposition de la loi annulée se contenterait d'exprimer « la nature des choses » [1155]. Pourtant, une autre lecture du texte censuré est possible [1156]. Qu'on songe par exemple à l'alinéa disposant que toutes les formes d'intelligence doivent être reconnues. Un juge, saisi par exemple par une association de parents d'élèves, ne pourrait-il pas interpréter ce texte comme imposant au pouvoir exécutif de réduire la part des mathématiques et du français dans l'enseignement, lesquels constituent que deux des huit formes d'intelligence possibles [1157] ? Il semble bien que oui. Dès lors, la justification avancée par le Conseil constitutionnel ne suffit pas pour comprendre sa décision. Pour cela, il faut remonter un peu plus en amont dans le commentaire officiel de la décision, rédigé par ceux-là mêmes qui ont écrit le ou les projets de décision [1158]. Dans ce commentaire, les juristes détaillent les textes sur lesquels s'appuie leur censure pour défaut de normativité. Or, à l'occasion de ces développements, il apparaît que ce qui a motivé la censure c'est moins l'absence de normativité de l'énoncé, que le caractère imprécis de la norme posée. À la lecture de ce commentaire, l'on comprend que le Conseil constitutionnel, en mettant en œuvre sa politique jurisprudentielle de censure des dispositions non normatives, a voulu éviter que l'imprécision des dispositions législatives n'érige le juge en « co-législateur », ce qui aurait alors contribué à l'insécurité juridique [1159]. Où l'on aperçoit que la censure du texte n'est pas tant liée à son absence de portée normative, qu'à son imprécision ou, mieux encore, à l'absence dans les textes en vigueur de mécanismes permettant de résoudre rapidement cette imprécision [1160]. Si, en effet, l'intervention du juge est ici fustigée, c'est parce que celle-ci est un procédé long intervenant *a posteriori*. Ce faisant, derrière la précision du texte, se dessine à nouveau la référence au contexte normatif.

1155. Commentaire en ligne, p. 9.
1156. Rappr. M. Pichard, *Le droit à : Étude de législation française*, sous la dir. de M. Gobert, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2006, Économica, n° 211, note 3.
1157. L'intelligence logico-mathématique et l'intelligence verbo-linguistique. Sur la théorie des intelligences multiples, cf. H. Gardner, *Frame of mind : The Theory of Multiple Intelligences*, Basic Books, 1983.
1158. C'est en effet les membres du service juridique qui rédigent, sous le contrôle du secrétaire général, tant les projets de décision que les commentaires. Les projets de décision sont ensuite soumis au collège des membres du conseil, tandis que les commentaires sont directement publiés par le service de la documentation du Conseil.
1159. p. 3 et 4 du commentaire précité.
1160. Rappr. P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012, p. 383-386.

§ 2. Proposition d'une méthode de distinction

308. La question de la distinction de l'acte juridique et de l'acte non juridique est éminemment difficile [1161] car, relevant également de la sociologie juridique et des phénomènes d'internormativité, elle implique de s'interroger sur les raisons poussant les organes d'un ordre juridique à *reconnaître* telle norme comme faisant partie de leur ordre juridique, plutôt qu'à l'abandonner à d'autres structures normatives. L'étude sommaire des jurisprudences et auteurs précités a permis de montrer qu'il n'était pas exact de voir dans l'intention de créer des effets de droit *le* critère de distinction entre l'acte juridique et l'acte non juridique [1162]. Ce critère, sans doute rassurant car simple, ne permet pas de traduire la complexité du comportement des juges qui, lorsqu'ils sont confrontés à la question de savoir si telle norme relève de leur ordre juridique, se limitent rarement à la volonté de l'auteur de l'acte. Les juges adoptent une approche conceptualisée qui ne se limite ni à l'intention de l'auteur, ni même à la plus ou moins grande précision ou clarté de l'énoncé examiné [1163] — ce qui revient finalement à objectiver l'intention de l'individu, en se concentrant sur ses mots. Compte tenu de cette approche contextualisée, il ne paraît pas possible d'identifier un critère unique et précis permettant de distinguer l'acte juridique de l'acte non juridique. D'où, d'ailleurs, les fréquents propos doctrinaux suggérant que, à propos du départage entre l'acte juridique et l'acte non juridique, tout ne serait que pure opportunité [1164] ou qu'il faudrait renoncer à l'idée de trouver un critère [1165].

Pourtant, à défaut d'identifier un critère de distinction, il est possible d'identifier trois indicateurs [1166], que le juge scrute pour décider de retenir ou non l'existence d'un acte juridique :

1161. Rappr. M.-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, sous la dir. de J. Mestre, thèse de doct., 1995, PUAM, n° 322 indiquant, à propos de l'identification de l'engagement unilatéral de volonté, « qu'il est trop difficile de distinguer ce qui est obligatoire de ce qui ne l'est pas ».

1162. Rappr. *supra* n° 177.

1163. Rappr., I. Hachez, « Précisions et droits de l'homme dans l'ordre juridique belge », *La revue des droits de l'homme,* juil. 2015 qui, à propos de la reconnaissance par les juridictions belges de l'effet direct d'un traité international dans l'ordre interne, évoque une « approche conceptualisée ». Ceci conduit cette autrice à évaluer le caractère de l'effet direct « à l'aune du contexte normatif au sein duquel l'application de la norme est requise ». D'où la minimisation par cette autrice du critère de la clarté et de la précision du traité — critère qui aurait pu être ici proposé pour distinguer l'acte juridique de l'acte non juridique — parce que, selon elle, « la clarté et la précision ne résident pas dans les qualités intrinsèques de la norme, mais sont une caractéristique du rapport que cette règle entretient avec les autres normes juridiques en vigueur dans l'ordre juridique ».

1164. A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, sous la dir. de J. Mestre, thèse de doct., 1992, PUAM, n° 532, à propos des actes de complaisance ou A. Iliopoulou, « Quatre ans d'application de la jurisprudence *Duvignères* », *RFDA,* 2007, p. 481 à propos des circulaires.

1165. S. Gerry-Vernières, *Les « petites » sources du droit : À propos des sources étatiques non contraignantes*, sous la dir. de N. Molfessis, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2012, Économica, n°s 155-163, où l'autrice étudie les critères jurisprudentiels de la normativité, pour finalement conclure : « L'étude des conceptions doctrinales et jurisprudentielles de la normativité enseigne que le critère de la normativité est insaisissable lorsqu'il n'est pas arbitraire ».

1166. Dans le même sens C. Thibierge, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure », *APD. L'égalité,* 2008, vol. 51, p. 367 : « Plutôt que de se mettre en quête d'un introuvable critère du juridique, apte à rendre compte des normes juridiques dans leur diversité, il peut s'avérer plus fructueux d'identifier de simples "indicateurs de la juridicté". Non pas ce qui fait qu'une norme est juridique, mais plus modestement ce qui permet d'y voir une norme juridique ». Les indicateurs identifiés par cette autrice sont cependant distincts des nôtres, du fait semble-t-il d'une conception distincte de la juridicité.

— L'intention de l'auteur de l'acte, telle que manifestée par ses actes, ce qui inclut donc les exigences de clarté et de précisions des énoncés. L'auteur de l'acte voulait-il inscrire son action dans l'ordre juridique où cet acte est examiné ? Si oui, alors cet indicateur dirigera le juge vers la qualification d'acte juridique, sinon ce sera vers celle d'acte non juridique.

— La perception de l'acte par les tiers [1167] — et c'est là notamment que l'élément temporel, relevé par A. Laude, peut avoir son importance. Les tiers appréhendent-ils cet acte comme un acte juridique ? Si oui, alors cet indicateur dirigera le juge vers la qualification d'acte juridique, sinon ce sera celle d'acte non juridique.

— L'opportunité d'insérer cet acte dans l'ordre juridique et c'est là qu'on retrouve l'idée de « contexte normatif » — qui gagnerait sans doute à être élargie [1168] — croisée plus haut [1169]. La reconnaissance de cet acte aura-t-elle pour l'ordre juridique des conséquences souhaitables ou au contraire néfastes — telles les hypothèses de l'acte de complaisance ou de la loi trop vague, que les juges vont préférer maintenir hors de l'ordre juridique ? Dans la première hypothèse, rencontrée notamment pour le contrôle des mesures d'ordre intérieur, cet indicateur dirigera le juge vers la qualification d'acte juridique ; dans la seconde, rencontrée notamment pour les mesures d'orientation, ce sera vers la qualification d'acte non juridique.

Précisons que ces trois éléments étant de simples indicateurs, ils n'ont pas à tous pointer dans la même direction pour que la qualification d'acte juridique soit reconnue. Si ces divers éléments pointent vers des directions différentes, il appartiendra aux personnes de l'ordre juridique et notamment au juge, en cas de conflit, de combiner ces éléments en tenant compte de leur importance respective pour le problème considéré. Par exemple, il est permis de penser que si le problème de qualification concerne un « contrat » entre deux personnes privées, il faudra accorder plus d'importance au premier indicateur qu'aux deux autres. En revanche, si le problème se pose en droit public, il faudra sans doute davantage tenir compte du troisième indicateur.

Bien que cette méthode gagnerait à être mieux éprouvée, il nous semble qu'elle permet d'ar-

1167. Comp. M.-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, sous la dir. de J. Mestre, thèse de doct., 1995, PUAM, n° 269, qui inclut cet élément dans le précédent. Pour cette autrice, il faut rechercher si l'auteur de l'acte avait conscience des effets que cet acte produirait sur le destinataire.

1168. Plus largement que le contexte normatif, il faudrait sans doute tenir compte également du contexte social au sein de cet ordre juridique. Un auteur a par exemple récemment montré de manière convaincante que la décision du juge administratif de qualifier un acte d'acte administratif — et donc, bien souvent, d'y voir un acte juridique plutôt qu'un acte non juridique — dépendait des rapports de force entre le juge et les personnes ou institutions dont il avait à juger les actes (M. Lavaine, *L'acte juridictionnel en droit administratif français*, sous la dir. de M. Doat, thèse de doct., Université de Bretagne Occidentale, 2015, not. n° 734 ou 769).

1169. Soulignons bien ici que cet examen du juge a pour objet l'identification même du caractère juridique des normes imputées à un acte volontaire et non la validité de ces normes. Confondre ici les opérations d'identification et de validité ne serait pas souhaitable car cela empêcherait de rendre compte de la totalité des options dont dispose l'organe de résolution des conflits d'un ordre juridique : valider la norme, l'invalider ou encore se montrer indifférent à cette norme, comme le fait parfois par exemple le juge administratif à propos des mesures d'orientation (*supra* n° 305).

river à des résultats plus exacts que ceux auxquels conduit la méthode actuelle, exclusivement fondée sur le critère de l'intention de l'auteur de l'acte. Sans doute cette méthode ne repose-t-elle pas à proprement parler sur un critère de distinction [1170]. Il nous semble toutefois que, pour aborder cette question, il était difficile de faire autrement. S'interroger sur la distinction de l'acte juridique et de l'acte non juridique, c'est en effet se demander pourquoi une collectivité va percevoir un comportement comme juridique ou pourquoi elle va refuser cette juridicité, voire cette normativité. Or, c'est là une question relevant également du champ de la sociologie juridique, discipline dont les instruments de pensée ne peuvent pas être aussi finement ciselés que ne le sont la plupart des outils juridiques. Dès lors, il est normal que lorsque le juriste appréhende cette question, il lui soit bien difficile de forger des instruments aussi précis que ceux auxquels il est habitué. L'imprécision relative de la méthode proposée n'est donc pas la marque de l'insuffisance de cette méthode ; cette insuffisance est inhérente au domaine dans lequel se situe la question à laquelle cette méthode tente de proposer des réponses [1171].

Ayant ainsi proposé une méthode, sans doute perfectible, de distinction de l'acte juridique et de l'acte non juridique, il est possible d'envisager à présent les rapports du concept d'acte juridique avec un autre concept voisin, celui de fait juridique.

Section II L'individuation de l'acte juridique par rapport au fait juridique

309. Plan. Malgré les efforts déployés en doctrine depuis de nombreuses années pour distinguer l'acte juridique du fait juridique, il ne semble pas que les solutions doctrinales jusqu'alors proposées soient satisfaisantes (**§ 1.**). D'où la nécessité, poursuivant les efforts des juristes passés, d'approfondir la distinction de ces deux concepts en tâchant de proposer un critère de distinction opératoire (**§ 2.**).

1170. La précision du critère, si elle est un objectif louable, n'est pas toujours atteignable. Les juristes de droit public le savent bien, eux qui ont recours à la méthode du faisceau d'indice pour distinguer entre service privé et service public ou encore entre établissement public et établissement privé (cf. F. Colin, « L'utilisation d'indices concordants en droit administratif », *AJDA,* 2007). La notion d'indice a récemment fait son apparition en droit des marchés financiers, à propos du délit d'initié, du fait semble-t-il de la présence de juriste de droit public au sein de l'autorité des marchés financiers (cf. not. Cass., 1re civ., 1er mar. 2010, n° 09-14.684, *inédit,* URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000022316046).

1171. Rappr. M. Lavaine, *L'acte juridictionnel en droit administratif français*, sous la dir. de M. Doat, thèse de doct., Université de Bretagne Occidentale, 2015, Partie 1, Titre 1, spé. nos 182 s. L'auteur y montre les apories d'une réflexion tournée vers la recherche d'un *critère* de l'acte administratif et de l'acte juridictionnel. Pour l'auteur, la seule manière d'expliciter cette distinction est d'en rechercher les justifications, lesquelles ne sauraient résulter à ses yeux d'un quelconque critère.

§ 1. L'insuffisance des critères proposés

310. En droit privé. Bien que le critère de distinction de l'acte et du fait juridique ait légèrement varié au cours du temps, il est généralement perçu comme reposant sur la volonté de produire des effets de droit [1172]. Comme l'a fort bien résumé un auteur [1173], cette conception de la distinction présente trois variantes. D'abord, une « conception subjective » [1174], où le critère réside dans le but poursuivi par l'auteur du fait : si l'auteur de l'acte a voulu l'effet de droit qui s'est produit, alors il s'agit d'un acte juridique, sinon il s'agit d'un fait juridique. Ensuite, une « conception objective » [1175], où seule une manifestation de volonté organisant spécialement des effets de droit est un acte juridique. Enfin, une « conception intermédiaire » [1176], où seule la manifestation de volonté *nécessaire* à la production des effets de droit constitue un acte juridique.

Toutefois, comme l'a montré Cyril Grimaldi [1177], l'ensemble de ces conceptions de l'acte juridique achoppent à rendre compte de l'usage de cette distinction par la doctrine et les juridictions. Quelle que soit la conception retenue, le critère proposé aboutit toujours à donner à certaines situations une qualification qui se trouve récusée par la jurisprudence ou la doctrine. Cet échec tient au fait que toutes ces conceptions exigent que les individus aient voulu créer des effets de droit (une volonté simple dans la « conception subjective », une volonté spéciale dans la « conception objective » et une volonté nécessaire dans la « conception intermédiaire ») [1178]. Or, comme nous l'avons montré, cette exigence d'une intention *juridique* n'est pas soutenable. Si, sans doute, la distinction entre l'acte juridique et le fait juridique réside dans le lien entre la volonté et les normes produites, ce lien ne peut pas subordonner la norme à la volonté, il doit y avoir davantage d'équilibre entre ces deux éléments [1179].

311. L'existence de propositions alternatives. C'est dans cette voie d'un meilleur équilibre entre la volonté et la norme que s'est engagé il y a quelques années Jean Hauser, en proposant de recourir au critère de la *cause* qui assurerait, selon lui, une véritable « osmose » [1180]

1172. Comp. J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, sous la dir. de P. Raynaud, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ, n° 155, pour qui le critère de distinction repose dans la cause ou C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois, n°s 45 s. pour qui le critère réside dans la présence d'un engagement.
1173. *Ibid.*, n°s 34-39. Cf. également C. Grimaldi, « La distinction entre l'acte et le fait juridique », *RDA,* 2013, 7, n° 2.
1174. C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois, n° 35.
1175. *Ibid.*, n° 36.
1176. *Ibid.*, n° 37.
1177. *Ibid.*, n°s 33 s.
1178. En ce sens C. Grimaldi, « La distinction entre l'acte et le fait juridique », *RDA,* 2013, 7, n° 2.
1179. J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, sous la dir. de P. Raynaud, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ, n° 155 : « Ce n'est donc pas dans la subordination de l'effet à la volonté qu'on trouvera le critère mais dans la nature du lien qui les unit et qui constitue, au sein plein du terme, la cause catégorique de l'acte juridique ».
1180. *Ibid.*, n° 175, p. 275-276.

entre la volonté et la norme, plutôt qu'à une subordonination de l'effet de droit à la volonté. Si l'idée d'un meilleur équilibre entre la volonté et les effets de droit est opportune, sa concrétisation, *via* une notion de cause renouvelée, l'est moins. En effet, les propos par lesquels J. Hauser précise de quelle manière la cause serait le critère de distinction entre l'acte et le fait juridique nous paraissent trop pénétrés de philosophie pour pouvoir être opératoires en droit. Le caractère étranger au droit de ces propos ressort assez nettement des propos que l'auteur consacre au « "test" du délit commis dans le but de se faire punir ». Pour J. Hauser, dans cette hypothèse, il n'y a pas de cause entre la volonté et l'effet. En effet, si l'on dit que la cause existe, à partir du simple constat que l'effet a été recherché par le délinquant « on ne voit pas [...] que ce lien n'opère pas osmose, il ne relie pas "pour relier", il relie pour provoquer une réaction de rejet : ce n'est pas la combinaison du subjectif et de l'objectif qui est voulue, c'est leur contradiction, leur hétérogénéité ». Et J. Hauser de poursuivre plus loin « le critère qui retiendrait la subordination de l'effet juridique à la volonté est trop étroit, il suffit de dire qu'il y aura osmose entre la volonté et l'ordre juridique » [1181].

Plus récemment, Cyril Grimaldi a proposé de recourir à un autre critère de distinction de l'acte et du fait juridique : l'*engagement*. Si, là encore, la démarche adoptée par l'auteur est séduisante — opérer un meilleur équilibre entre la volonté et les effets de droit —, le critère retenu n'apparaît pas des plus clairs et surtout n'est pas susceptible de fonctionner en dehors du droit des obligations.

S'agissant tout d'abord de la démarche, C. Grimaldi note justement que les thèses proposées par la doctrine classique ne sont pas en phase avec notre époque, où « le rôle de la volonté s'est amenuisé et le lien entre elle et les effets produits s'est distendu ». D'où, pour lui, à la suite des travaux de J. Hauser, la nécessité de considérer que « les effets de droit sont du domaine objectif dans ce cas et sont produits par le droit objectif sans que la volonté y ait un rôle quelconque » [1182]. Néanmoins, plutôt que de recourir à la cause, C. Grimaldi propose de recourir à la notion d'engagement, qu'il définit comme le « consentement à une promesse » [1183]. L'auteur, reprenant les idées de Marie-Anne Frison-Roche [1184], insiste sur le fait qu'il est ici question d'un consentement et non d'une volonté [1185], la différence étant pour lui qu'alors que la volonté est un phénomène psychologique, le consentement est un phénomène juridique. En replaçant l'accent sur le consentement et non sur la volonté, l'auteur témoigne du souci de maintenir la qualification d'acte juridique dans les très nombreuses situations où l'effet de droit dont il est affirmé dans l'ordre juridique qu'il a été voulu par les parties, n'a en réalité pas

1181. J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, sous la dir. de P. Raynaud, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ, n° 175, p. 275-276.
1182. C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois, n° 44, faisant sien, dans ces deux citations, les propos de J. Hauser.
1183. C. Grimaldi, « La distinction entre l'acte et le fait juridique », *RDA,* 2013, 7, n° 7.
1184. Not. M.-A. Frison-Roche, « Volonté et obligation », *APD,* 2000.
1185. C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois, n°s 51-53.

été voulu par elles. L'auteur de l'acte a simplement recherché un résultat, sans rechercher des effets de droit sur lesquels sa volonté n'a pas toujours prise — qu'on songe, dit C. Grimaldi, aux obligations impératives ou aux contrats d'adhésion.

Malgré ces efforts pour équilibrer le rapport entre la volonté et les effets de droit [1186], la solution proposée n'apparaît pas satisfaisante car elle ne concerne que certains actes juridiques, les promesses, que C. Grimaldi définit comme l'« engagement d'exécuter telle ou telle prestation ». Ce faisant, l'auteur suggère que l'acte juridique ne serait qu'un moyen de se lier à l'égard d'autrui et non de lier autrui [1187]. Or, à considérer les actes administratifs, nombreux sont ceux qui ont pour effet de lier les administrés sans lier l'administration. Dès lors, le critère de définition proposé par C. Grimaldi ne paraît pas satisfaisant pour qui souhaite proposer un critère opératoire tant en droit privé qu'en droit public. Les auteurs de droit privé ne proposant pas semble-t-il de critère pertinent, examinons à présent les travaux des auteurs de droit public.

312. En droit public. Si la distinction de l'acte et du fait juridique constitue pour le privatiste une *summa divisio* du droit, elle ne semble nullement avoir ce caractère pour un publiciste. En effet, les publicistes ne connaissent guère la distinction de l'acte juridique et du fait juridique. La notion de fait juridique n'est que rarement évoquée dans les ouvrages de droit public [1188]. Même quand elle l'est, c'est de manière extrêmement rapide, sans retenir l'attention de ces auteurs [1189] et jamais au point de structurer un manuel de droit administratif, contrairement au rôle qu'elle peut avoir dans certains ouvrages de droit des obligations [1190].

Le publiciste connaît en revanche la notion d'« acte matériel » qu'il oppose à celle d'acte juridique. L'acte matériel est alors souvent perçu comme la simple action matérielle de l'administration [1191]. Les notions d'acte matériel et de fait juridique paraissent néanmoins proches.

1186. Efforts qu'on pourrait tout de même juger insuffisants car les propos de l'auteur suggèrent que la volonté serait toujours traduite en consentement. Or, l'exemple du père s'engageant à payer les vacances de son enfant, que l'on trouve chez R.-J. Pothier, montre qu'il n'en est rien. Il est bien des promesses pour lesquelles le droit refuse de voir un consentement, au sens que C. Grimaldi donne à ce mot.

1187. Ceci ressort encore plus nettement des propos d'un auteur qu'il cite pour faire sien : « celui qui promet se lie en quelque sorte à l'avance ; il répond dès maintenant de lui-même dans le futur. En promettant, il accepte implicitement qu'on lui demande des comptes plus tard sur la manière dont il aura réalisé sa promesse » (C. Grimaldi, « La distinction entre l'acte et le fait juridique », *RDA,* 2013, 7, n° 6).

1188. Cf. not. P.-L. Frier et J. Petit, *Droit administratif*, 9e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2014, où les auteurs débutent l'étude des actes de l'administration sans nullement avoir évoqué la distinction des actes et des faits juridiques.

1189. D. Truchet, *Droit administratif*, 3e éd., PUF, 2010, p. 221, où l'auteur cherche à replacer l'acte administratif au sein de la théorie des actes juridiques, ce qui le conduit ainsi à distinguer l'acte juridique du fait juridique. L'auteur se contente alors, en deux lignes, de donner un exemple sommaire de fait juridique et d'indiquer un critère de distinction. Il est intéressant de relever qu'alors même que l'exemple donné concerne la responsabilité de l'action administrative, les importants développements consacrés dans la suite du manuel à cette question ne feront plus référence au fait juridique.

1190. Cf. l'ouvrage de droit des obligations de MM. Flour, Aubert et Savaux qui se trouve divisé en trois volumes : l'acte juridique, le fait juridique, le rapport d'obligation. D'autres auteurs articulent leur ouvrage en deux parties, l'une consacrée aux sources des obligations, l'autre au régime et, dans la première, ils opposent l'acte juridique au fait juridique, même si la division ne figure parfois que dans l'annonce de plan et non dans les intitulés (cf. Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 12e éd., LexisNexis, 2012, no 51).

1191. Cf. J. Rivero, *Droit administratif*, 1re éd., Dalloz, 1960, n° 80 ; G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit admi-*

Ceci s'aperçoit nettement chez Ch. Eisenmann qui parle parfois indifféremment d'acte matériel ou de fait juridique [1192]. Didier Truchet, également, oppose l'acte juridique d'une part à l'acte matériel et au fait juridique d'autre part, en indiquant que si ces derniers ne modifient pas l'ordonnancement juridique, ils peuvent néanmoins avoir des conséquences juridiques. En traitant ensemble de l'acte matériel et du fait juridique, cet auteur témoigne de la proximité de ces deux concepts. Le rapprochement est également palpable chez les auteurs qui tentent de préciser quelque peu la notion d'acte matériel. En effet, ces auteurs distinguent souvent l'acte matériel volontaire de l'acte matériel involontaire [1193], tout comme les privatistes distinguent le fait juridique volontaire du fait juridique involontaire. En outre, les publicistes indiquent souvent que l'acte matériel est second par rapport à une décision administrative antérieure [1194], tout comme les privatistes diraient que le fait juridique est le fait générateur d'une obligation trouvant son origine (mais non sa source) dans une loi antérieure.

Dès lors, il paraît bien possible de rapprocher les concepts d'acte matériel et de fait juridique, étant précisé néanmoins que les premiers semblent englober les seconds : parmi les actes matériels, ne recevraient le nom de fait juridique que ceux qui produiraient des conséquences en droit [1195].

Ces précisions apportées, il convient désormais d'examiner de quelle manière les publicistes distinguent les actes matériels des actes juridiques. Pour D. Truchet, le critère de distinction provient de ce que seul l'acte juridique modifierait l'ordonnancement juridique, alors que l'acte matériel ne pourrait, au mieux, que produire des « conséquences juridiques » [1196]. Ceci rappelle quelque peu les propos de Ch. Eisenmann qui distingue les actes créant des normes (« actes normateurs »), de ceux qui, bien que n'en créant pas, ont tout de même des conséquences dans l'ordre juridique. Pour ces derniers, Ch. Eisenmann utilise le terme d'« actes effectifs » [1197].

Sans être nécessairement erroné, le critère proposé par les publicistes n'apparaît pas des plus clairs au regard des conceptions existantes de l'ordre juridique. En effet, quelle que soit la conception retenue de l'ordre juridique, dire qu'un événement produit des conséquences dans cet ordre paraît ne pouvoir être compris que comme signifiant que les normes de cet ordre ont été affectées [1198]. Or, à première vue, la seule manière d'affecter une norme c'est d'en modifier

nistratif, PUF, 1984, p. 238.

1192. Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, Tome 1, p. 381. L'auteur s'emploiera par la suite à récuser la distinction des actes matériels et juridiques pour lui substituer d'autres distinctions, relativement complexes.

1193. G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, PUF, 1984, p. 238.

1194. Cf. not. *ibid.*, p. 238.

1195. P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012, p. 341, où l'auteur évoque cette conception mais sans y adhérer.

1196. D. Truchet, *Droit administratif*, 3e éd., PUF, 2010, p. 221.

1197. Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, Tome 2, p. 364.

1198. En effet, dans une conception kelsénienne de l'ordre juridique, où celui-ci est défini comme un système de norme, dire qu'une « conséquence juridique » se produit ne peut avoir d'autre sens, compte tenu de l'unique composante normative de cet ordre, que d'indiquer qu'une norme de ce système a été affectée. Il en va de même dans la conception plus ouverte de l'ordre juridique, où celui-ci comprend, outre un système de normes, des

les contours, ce qui ne peut se faire que par une norme créée. Mais alors, l'on peine à comprendre comment le fait juridique, censé ne créer aucune norme, pourrait tout de même produire des « conséquences juridiques ». Il y a là un point quelque peu mystérieux sur lequel les auteurs de droit public ne s'étendent guère.

Une manière un peu facile de sortir de ce problème serait de dire que, comme le fait juridique est considéré comme une catégorie résiduelle [1199], il importe peu que celui-ci ne puisse pas être positivement défini, dès lors que la catégorie principale, l'acte juridique, l'est correctement. Il ne paraît toutefois pas pertinent d'user de cet argument car il se pourrait bien que l'incapacité à fournir une définition claire du fait juridique témoigne du caractère impraticable du critère proposé. Une telle hypothèse est d'ailleurs renforcée par les hésitations doctrinales et jurisprudentielles quant à la qualification à donner à certains objets juridiques. Voyez par exemple les débats occasionnés par la nature juridique du paiement [1200]. Voilà pourquoi, il est permis de penser que le critère mis en avant par les publicistes n'est pas suffisant.

313. Bilan des différentes propositions doctrinales. Ce rapide examen des critères de distinction, mis en avant par les privatistes et les publicistes, n'a pas permis de mettre en lumière un critère convaincant et praticable. Si nombre des propositions alternatives à la distinction classique entreprennent de mieux détacher les normes de la volonté, les outils proposés pour cela ne paraissent pas satisfaisants. Sans doute les publicistes prétendent-ils avoir trouvé un critère pertinent dans l'idée de création de normes. Cependant, ils n'ont guère produit ce faisant un critère opératoire car ils n'ont nullement indiqué quelles seraient ces conséquences juridiques que le fait juridique produirait et qui ne seraient pas des normes. Dans ces conditions, il paraît nécessaire de poursuivre l'effort commun de recherche d'un critère pertinent de distinction.

§ 2. Proposition d'un critère de distinction

314. Énoncé du critère. En admettant que la voie dans laquelle se sont engagés les publicistes soit la bonne, il y a lieu de poursuivre ce chemin et de tenter de comprendre comment un fait juridique peut *produire* des conséquences juridiques, sans pour autant *créer* des normes. Pour ce faire, il est de bonne méthode de partir d'un exemple où la qualification de fait juridique

sujets de droit et des organes de résolution des conflits. En effet, dans cette conception, dire qu'un fait juridique produit des « conséquences juridiques » implique nécessairement que ces conséquences affectent l'un des trois éléments constitutifs de cet ordre. Or, cette conséquence étant qualifiée de « juridique », il semble nécessairement que c'est la norme qu'elle affecte.

1199. En ce sens, C. Grimaldi, « La distinction entre l'acte et le fait juridique », *RDA,* 2013, 7, n° 2, p. 47. Rappr. J.-P. Jacqué, « Acte et norme en droit international public » *in Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 227, Brill |Nijhoff, 1991, URL : http://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*-ej.9780792317852.357_417, p. 372, parlant de « catégorie fourre-tout ».

1200. Sur ces débats, cf. Th. Le Gueut, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, sous la dir. de H. Synvet, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2012, n°s 294-326.

paraît indiscutable et de comprendre quel lien existe précisément entre ce fait et les effets de droit qui s'y trouvent attachés.

Soit un individu qui, croisant dans la rue un de ses semblables, le heurte par mégarde, lui causant ainsi quelque dommage. L'acte de l'auteur du dommage est perçu comme un fait juridique, en ce sens que, répondant aux conditions de l'ancien article 1382 ancien du code civil (article 1240 nouveau), cet acte va permettre à la victime d'obtenir réparation du dommage dont elle a souffert. Là est la conséquence juridique. Si l'on cherche à mieux cerner cette conséquence juridique, il faut la mettre en lien avec l'article 1382 précité. En effet, cet acte a eu pour conséquence de permettre une application concrète, effective, de l'article 1382. C'est semble-t-il cette idée que Ch. Eisenmann cherchait à exprimer en parlant d'« acte effectif » pour désigner le fait juridique.

Reste à présent à vérifier qu'en l'espèce cette conséquence juridique — l'application effective de l'article 1382 — se distingue bien d'une norme juridique. L'hésitation est permise au premier abord. Ne pourrait-on pas en effet considérer que cet acte a entraîné la naissance d'une norme particulière, imposant à l'auteur du dommage de le réparer ? Il n'en est rien cependant. Le raisonnement par l'absurde suivant le prouve suffisamment. Argumenter en faveur de l'existence d'une norme impliquerait d'identifier l'auteur de cette norme. En l'espèce, seules quatre possibilités paraissent envisageables : le législateur, l'auteur du dommage, la victime ou le juge. Or il peut être montré qu'il n'est pas possible théoriquement de reconnaître à l'une de ces personnes la qualité d'auteur de la norme, de sorte que, finalement, il faut reconnaître que la prémisse de ce raisonnement — une norme nouvelle est née lors de la réalisation du dommage — est erronée et qu'ainsi le fait juridique n'a effectivement créé aucune norme.

Admettre que le législateur serait le créateur de la norme particulière imposant à l'auteur du dommage de réparer ses conséquences dommageables, en application de l'article 1382 ancien du code civil (article 1240 nouveau), supposerait d'identifier un acte volontaire du législateur *postérieurement* à la réalisation du dommage. Aucun intervention *antérieure* n'est possible puisqu'à cette date il n'y avait pas encore de dommage. Or, il est bien évident qu'ici le législateur n'a pas à intervenir une nouvelle fois pour ordonner la réparation du dommage. La norme générale posée par l'article 1382 du code civil suffit à ses yeux. Le législateur ne peut donc pas être l'auteur de la norme particulière fixant l'obligation de réparer le dommage.

S'agissant de l'auteur du dommage, il paraît difficile de le considérer comme le créateur de cette norme alors que, par hypothèse — le dommage résulte d'un heurt par inattention —, il n'a pas voulu l'acte dommageable. Comment donc aurait-il pu vouloir, au moment de son acte, réparer le dommage alors qu'il ne voulait pas même l'acte ? L'on pourrait encore objecter que s'il n'a pas eu la volonté de réparer le dommage au moment de l'acte, il a eu une telle volonté *a posteriori*. Cependant, l'argument ne convainc guère car, bien souvent, l'auteur du dommage n'exprimera aucunement une telle volonté, voire refusera purement et simplement de réparer à l'amiable le dommage causé, de sorte que si on devait retenir ce raisonnement, il faudrait alors laisser nombre de dommages non réparés.

L'obligation de réparation ne pourrait-elle pas venir de la victime elle-même ? Une telle solution aurait néanmoins pour inconvénient de faire naître le droit à réparation à compter seulement de l'acte volontaire par lequel la victime demande réparation. Or, une telle solution serait source de difficulté pour les créanciers de la victime qui, en l'absence d'acte volontaire, ne pourraient pas exercer l'action oblique. Ceci serait particulièrement gênant pour l'assureur qui aurait indemnisé la victime et qui ne pourrait se retourner contre l'auteur du dommage qu'autant que son assuré aurait lui même décidé de faire naître l'obligation de réparation de l'auteur du dommage. Pour cette raison, il ne paraît pas raisonnable de penser que l'obligation de réparer le dommage nécessiterait une volonté de la victime. Certes, l'action en justice de la victime nécessite sa volonté, mais pas le droit substantiel lui-même.

Reste alors la possibilité que ce soit le juge qui crée cette obligation de réparer le dommage. Cette possibilité doit néanmoins être rejetée car elle ferait alors du juge un passage obligé pour obtenir l'indemnisation, empêchant ainsi les individus de s'entendre eux-mêmes. Voilà pourquoi cette dernière solution ne semble pas non plus admissible.

N'ayant pas pu identifier l'auteur de la norme particulière qui imposerait à l'auteur du dommage de le réparer, il y a lieu de conclure que la prémisse de ce raisonnement est fausse. Aucune norme particulière n'a été créée par le fait juridique. Le fait juridique s'est donc contenté de créer une situation déjà réglée en droit par l'article 1382 actuel du code civil. Autrement dit, ce fait juridique n'a fait que rendre applicable l'obligation générale de réparer le dommage, il n'a été qu'une condition d'application de cette norme à la structure hypothétique [1201], mais il ne l'a nullement créée. Ceci permet alors de toucher du doigt le critère de distinction entre l'acte et le fait juridique : le **lien d'imputation** (de paternité) **entre l'acte et l'effet de droit qui s'en est suivi**. Plus précisément, si un tel lien est établi entre l'acte et l'effet juridique qui s'en est suivi, alors cet effet de droit consiste en la création d'une nouvelle norme créée par l'auteur de cet acte et il y a donc acte juridique. Si, à l'inverse, cet acte n'a été que la réalisation d'une condition d'application d'une norme préexistante — soit parce que cette norme était hypothétique, soit parce qu'elle dépendait pour sa vigueur de la survenance d'un fait —, alors aucune norme nouvelle n'a été créée et cet acte constitue un simple fait juridique.

Cette proposition de distinction de l'acte et du fait juridiques n'est pas seulement doctrinale ; on la retrouve également peu ou prou dans certaines décisions de justice. Ceci est particulièrement net dans quelques décisions relatives au contentieux dit des « recalculés » [1202]. En effet, pour justifier l'absence de contrat ou « d'engagement » de l'ASSEDIC et donc d'acte juridique, certains magistrats [1203] ont souligné que les auteurs du plan d'aide de retour à l'em-

1201. Rappr. P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012, p. 340, indique que, lorsqu'à propos des faits juridiques, on parle de « "production d'effets de droit", c'est le jeu de cette réglementation à contenu conditionnel dans un cas donné que l'on veut évoquer ».
1202. Sur lequel, cf. not. *RDC,* 2007, note J. Rochfeld.
1203. Parlant de contrat : CA Bordeaux, 24 oct. 2005, n° 04/04694, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006947263 ; parlant d'engagement : Cass., com., 23 jan. 2007,

ploi (P.A.R.E.) — à savoir le chômeur et l'ASSEDIC — n'avaient créé aucune norme et s'étaient contentés de rendre applicables des normes existantes [1204]. Ce faisant, ces juridictions se sont écartées de l'approche purement formelle du contrat, qui consistait à déduire de la seule présence d'une rencontre des volontés l'existence d'un contrat, et ont adopté une approche plus fine en recherchant si, vraiment, ce contrat avait créé des normes. Cette approche plus fine du contrat a finalement prévalu devant la Cour de cassation, puisque cette juridiction a écarté la nature contractuelle du P.A.R.E., et avec elle la prétention des « recalculés » à conserver leurs droits, avant qu'ils ne soient modifiés par la nouvelle convention d'assurance chômage.

Ce dernier exemple venant confirmer la pertinence du critère ainsi identifié — le lien d'imputation entre l'acte et la norme —, il importe à présent de mettre à l'épreuve ce critère dans des hypothèses où il pourrait être pris en défaut.

315. Mise à l'épreuve du critère de distinction. Si, dans le premier exemple, relatif à l'actuel article 1382 du code civil, l'attribution de la paternité de la norme était simple, c'est notamment parce que l'acte dommageable considéré n'était pas volontaire, de sorte que l'unique solution, pour comprendre l'origine de l'effet de droit, était de considérer que celui-ci résultait d'une norme antérieure à l'acte, l'article 1382 du code civil. La situation est en revanche passablement plus compliquée lorsque le fait humain examiné, autrement dit l'acte — dont on ne sait pas encore s'il est acte juridique ou fait juridique — est volontaire.

Telle était la situation dans le P.A.R.E. En effet, dans une telle hypothèse, l'on pourrait plus facilement songer à dire que l'auteur du fait humain est le créateur de la norme produite à la suite de son acte puisqu'il a voulu cette norme. Ainsi, lorsque le signataire du P.A.R.E manifeste sa volonté en apposant sa signature sur le document qui lui est remis, il réalise assurément un acte volontaire dont il espère qu'il lui procurera quelqu'argent. Cette donnée vient alors complexifier l'analyse et explique en grande partie les divergences qu'il a pu y avoir

n° 05-13.189, *Bull.,* IV, n° 12, p. 13, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000017626520.

1204. Exemplaire à cet égard est la motivation retenue par CA Bordeaux, 24 oct. 2005, n° 04/04694, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006947263. Pour les juges, nous mettons en gras, « l'engagement formel du demandeur d'emploi », contenu dans le P.A.R.E., n'est qu'une « des conditions posées par le législateur au versement de l'allocation d'assurance chômage ». La convention d'assurance chômage, tout comme le P.A.R.E. qu'elle institue, n'« ajoutent » rien au régime légal existant. Une semblable motivation peut être lue sous CA Paris, Chambre 1, 21 sept. 2004, n° 04/10728, n° Juris-Data 2004-255556, nous soulignons : « [c]onsidérant que la signature, par le travailleur demandeur d'emploi, d'engagements précisés dans le document remis préalablement par l'Assedic, est la retranscription de ses obligations issues des articles R. 351-27 et R. 351-28 du code du travail et le rappel des règles des textes législatifs, réglementaires et conventionnels, dans l'acceptation où ce terme est entendu en droit social ; que **cette signature [...] n'est pas la manifestation d'une volonté de contracter mais l'application d'une règle décidée par les partenaires sociaux ; [...] [c]onsidérant qu'il s'ensuit que la signature du Pare, par les parties au présent litige est seulement une condition de l'indemnisation, mais n'est pas constitutive d'un régime juridique soumis au droit des contrats prévus par les articles 1101 et suivants du code civil ; que les documents fournis et pour certains, signés, sont le simple rappel des obligations légales et non l'expression de l'autonomie de la volonté des travailleurs involontairement privés d'emploi** ».

entre les juridictions du fond quant à la nature de ce P.A.R.E. Dans cette affaire — et plus généralement dans toute affaire où un effet de droit se produit à la suite d'un fait humain volontaire — deux analyses sont possibles : soit considérer que l'acte volontaire a créé une norme nouvelle, ayant pour créateur l'auteur de l'acte, soit considérer que l'acte examiné n'a créé aucune norme nouvelle, mais a simplement permis l'application — certes volontaire — d'une norme posée antérieurement par un autre acteur du droit. Certes, dans ce dernier cas le fait juridique participe d'un *processus* qui va permettre l'application de la norme, d'où la tentation qu'il peut y avoir à dire qu'il *produit* cette norme. Cependant, en toute rigueur, cette *production*, au sens lâche que peut avoir ce mot [1205], n'est nullement une *création*.

Comment trancher entre ces deux analyses ? À nouveau l'on retrouve un cas simple et un cas complexe. Le cas simple se produit lorsque l'effet produit à la suite de l'acte volontaire présente des contours tout à fait nouveaux. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'un premier ministre, sur habilitation du législateur, prend un décret pour préciser une notion juridique prévue dans la loi. Dans cette hypothèse, il n'y a guère de doute que cet acte volontaire (le décret) a *créé* quelque chose qui n'existait pas auparavant dans la loi. Cela autorise donc à voir dans cet effet une norme qui n'était pas contenue dans la loi. De même, lorsqu'un juge international rend une décision, celle-ci paraît bien devoir être analysée comme un acte juridique, dès lors qu'elle ajoute quelque chose à l'ordre juridique international, en résolvant une difficulté qui, sans elle, ne l'aurait pas été [1206].

Le cas complexe se produit en présence d'un acte volontaire, déclenchant des effets de droit *intégralement* prévus par une ou plusieurs autres normes, comme c'était le cas dans l'affaire précitée des « recalculés ». D'un côté, en effet, en l'absence de toute innovation normative, il peut être soutenu que les effets produits ne méritent pas d'être analysés comme une norme nouvelle qui aurait pour créateur l'auteur de l'acte. D'un autre côté, cependant, l'on peut toujours soutenir que si la norme antérieurement posée peut ici trouver à s'appliquer, c'est bien parce que l'auteur de l'acte examiné l'a voulu, de sorte qu'il n'est pas incohérent d'y voir une nouvelle norme dont cette personne est le créateur ; ce serait alors ce que les publicistes appellent, depuis L. Duguit, un « acte-condition » et les privatistes un acte d'adhésion [1207].

Comment trancher dans ce cas complexe ? Il semble qu'il faille se référer à la volonté de

1205. Le verbe « produire », contrairement au verbe « créer », ne suppose pas toujours comme sujet un objet agissant volontairement. Ainsi peut-on dire sans heurter le sens de ce mot que tel événement naturel se produit, ou encore qu'une graine a produit une plante, etc.

1206. En ce sens J.-P. Jacqué, « Acte et norme en droit international public » *in Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 227, Brill |Nijhoff, 1991, URL : http://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*-ej.9780792317852.357_417, p. 374, relevant que « Certes, l'existence de l'autorité de chose jugée ne dépend pas de sa volonté et est attribuée par une norme extérieure, mais il lui appartiendra de déterminer le contenu de son acte ». L'auteur ajoute en outre que l'opinion inverse, jadis retenue par la doctrine internationaliste, procédait « d'une analyse purement arbitraire due à la nouveauté du phénomène dans une société internationale qui ne connaissait d'autres sujets que les États ».

1207. Rappr. L. Attuel-Mendes, *Consentement et actes juridiques*, sous la dir. de D. Mazeaud, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2008, Litec, n° 89 et C. Brenner, « Acte juridique » *in Répertoire civil*, janv. 2013, Dalloz, n° 24, estimant que les actes d'adhésion sont bien des actes juridiques.

l'auteur du premier acte juridique, c'est-à-dire à l'acte juridique prévoyant *intégralement* les effets et dans le cadre duquel est intervenu le second acte volontaire [1208]. Si l'auteur de ce premier acte a conditionné l'application des normes qu'il a créées à un comportement libre de ses destinataires, alors il faut considérer que les normes créées par cet acte sont des normes d'habilitation, c'est-à-dire des normes habilitant des personnes à créer elle-même des normes, et donc que les personnes agissant dans le cadre de cette habilitation créent bien elles-mêmes des normes. À l'inverse, si l'auteur du premier acte juridique a prévu que tel comportement entraînerait tel effet de droit et que ce comportement a été identifié sans aucune considération pour son caractère volontaire, alors ce comportement, quand bien même il serait volontaire, ne paraît pas pouvoir être considéré comme ayant crée une nouvelle norme. L'auteur du comportement ne sera donc pas créateur de la norme et ne pourra par exemple que difficilement s'opposer à la modification de cette norme, puisqu'il n'en est pas le créateur. De même, il ne pourra pas obtenir l'annulation de cette norme en invoquant un vice de son consentement, puisqu'il n'est pas lui-même l'auteur de la norme [1209]. En bref, **pour déterminer si l'auteur d'un acte volontaire, ayant produit des effets de droit déjà prévus par un autre acte, est ou non auteur d'un acte juridique, il faut se référer à la norme supérieure où de tels effets sont prévus. Soit cette norme est une norme d'habilitation, habilitant des personnes à créer du droit, soit cette norme est une norme prescriptive subordonnée pour son application à la survenance d'un fait** [1210]. Pour trancher entre ces deux options, lorsque l'énoncé de la norme initiale ne sera pas clair, l'on utilisera les méthodes habituelles d'interprétation des normes [1211].

L'on peut illustrer cette méthode en recourant à nouveau à l'exemple du P.A.R.E. où certaines juridictions semblent l'avoir directement mise en œuvre. Ainsi, la cour d'appel de Bordeaux, pour déterminer si la remise du P.A.R.E. par l'ASSEDIC et sa signature par le demandeur d'emploi pouvaient s'analyser comme un contrat (donc un acte juridique dans l'esprit de cette Cour), a recherché l'intention des auteurs de la convention d'assurance chômage ayant prévu le P.A.R.E. Or, pour la Cour, les stipulations de la convention d'assurance chômage « se bornent à rappeler les exigences légales du régime d'assurance chômage » et « définissent ainsi, conformément aux dispositions de l'article L351-8 du Code du Travail, les mesures d'application de l'une des conditions posées par le législateur au versement de l'allocation d'assurance chô-

1208. Rappr. Ch. Grzegorczyk, « L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit », *Droits,* 1988, vol. 7, p. 55-56 selon qui, pour distinguer l'acte et le fait juridique « il ne s'agit pas de savoir ce que le sujet "pense" [...], mais ce que le droit attribue comme "intention conventionnelle" à un certain types d'actes ».
1209. Rappr. J.-P. Jacqué, « Acte et norme en droit international public » *in Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 227, Brill |Nijhoff, 1991, url : http://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*-ej.9780792317852.357_417, p. 374, soulignant que l'intérêt de la distinction entre le « fait et l'acte-condition », c'est que « ce dernier [...] soulève un problème de validité ».
1210. Présentant ainsi les choses : G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, sous la dir. de M. Troper, thèse de doct., Université Paris X-Nanterre, 2006, Dalloz, n°s 462 s.
1211. Sur ces méthodes, cf. not. J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Droit privé, PUF, 2001 ou V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2014.

mage ». De ce constat, la Cour déduit aussitôt qu'« il s'ensuit que la signature du P.A.R.E. est seulement une condition d'indemnisation des allocataires ». Il apparaît ainsi que c'est à partir de l'examen de la norme prévoyant le P.A.R.E., que la Cour déduit la qualité de fait juridique. Sans doute, la Cour ne relève pas ici expressément la faible place octroyée à la volonté du signataire du PARE, contrairement à d'autres juridictions [1212]. Néanmoins, les faits auxquels s'attachent la Cour révèlent bien que l'objectif des auteurs de la convention d'assurance chômage n'était nullement de permettre au demandeur d'emploi d'exprimer librement sa volonté, mais tout au contraire de lui rappeler par là ses « obligations » déjà existantes et découlant de l'acceptation de la qualité de demandeur d'emploi.

316. Conséquences d'un tel critère de distinction. Cette conception de la distinction de l'acte juridique et du fait juridique implique quelques changements quant à la place de cette distinction en droit privé. Ainsi conçue, la distinction de l'acte juridique et du fait juridique ne peut plus être une *summa divisio* du droit privé, ce que font au demeurant d'ores et déjà quelques auteurs [1213]. Ceci tient au moins à deux raisons.

D'abord, cette distinction permet théoriquement qu'un même acte soit à la fois acte juridique et fait juridique. En effet, la distinction de l'acte et du fait juridique résultant d'un lien entre un acte et une norme et non de la simple nature de l'acte examiné, il se peut tout à fait que, mis en rapport avec une norme a, cet acte apparaisse comme un acte juridique, alors que, mis en rapport avec une norme b, il apparaisse comme un fait juridique. Prenons l'exemple d'un contrat prévoyant que Primus s'engagera à verser à Secundus une certaine somme d'argent, tant que Secundus n'aura pas conclu un contrat déterminé avec Tertius. Dans une telle situation, la conclusion d'un contrat entre Secundus et Tertius sera à la fois un acte juridique, puisque ce contrat aura créé des normes entre Secundus et Tertius, et à la fois un fait juridique, puisque la conclusion de ce contrat aura mis un terme aux versements effectués par Primus à Secundus. La situation peut également se concevoir lorsque l'acte est illicite. Ainsi, lorsqu'une personne édicte un acte juridique, il se peut que par le même coup elle engage sa responsabilité. Tel est par exemple le cas lorsque le législateur vote une loi qui, bien que valide, fait supporter à un individu une charge anormale [1214]. Une telle dualité de l'acte examiné, qui s'expliquait mal dans la conception classique de l'acte juridique [1215], fait pleinement sens dans la conception de

1212. Not. CA Paris, Chambre 1, 21 sept. 2004, n° 04/10728, n° Juris-Data 2004-255556, soulignant que le P.A.R.E. n'est pas l'expression de l'autonomie de la volonté du signataire.

1213. G. Rouhette, « Nouvelles réflexions sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », *RDC,* 2007, p. 1379 ; P. Ancel, « Acte juridique et déclaration de volonté : la greffe allemande sur le droit français des obligations » *in Traditions savantes et codifications*, sous la dir. de C. Ophèle et P. Rémy, Université de Poitiers, 2007, n° 11 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations : 1 - Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., PUF, 2012, p. 9-10. *Adde* les moqueries d'Alain Sériaux évoquant une « inénarrable summa divisio » (M. Douchy, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, sous la dir. de A. Sériaux, thèse de doct., 1997, Économica, p. V (préface)).

1214. Cf. CE, Ass., *Société des produits laitiers* La Fleurette, 14 jan. 1938, *Rec. Lebon,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007637158. Rappr. *supra* note n° 697.

1215. D'où, chez les auteurs la constatant, une marque d'étonnement. Cf. not. F. Terré, « Sur la sociologie juridique du contrat », *APD,* 1968, p. 72 ; Ch. Grzegorczyk, « L'acte juridique dans la perspective de la

l'acte juridique ici proposée.

Une seconde raison pour remettre en cause l'existence de la *summa divisio* de l'acte juridique et du fait juridique provient de ce que la conception ici proposée vient considérablement relativiser l'importance du fait juridique par rapport à l'acte juridique. Or, pour qu'on puisse raisonnablement parler de *summa divisio*, il faut, semble-t-il, que chacun des termes de la distinction ait une grande importance, ce qui n'est plus le cas si l'on transpose la conception ici proposée au droit des obligations. En effet, la conception ici retenue de l'acte et du fait juridiques conduit à affirmer que seul l'acte juridique crée des normes, le fait juridique se contentant de rendre applicable d'autres normes déjà créées. Dès lors, quand les spécialistes de droit des obligations prétendent s'intéresser aux faits juridiques, ils s'intéressent en réalité aux normes créées par des actes juridiques législatifs, principalement les lois régissant le droit de la responsabilité civile. Dans ces conditions, il apparaît discutable, comme le font certains manuels, de structurer tout le cours de droit des obligations sur la distinction entre l'acte et le fait juridique [1216], alors que les développements abordés dans la catégorie des faits juridiques pourraient tout aussi bien relever de la catégorie des actes juridiques. Il serait sans doute un peu plus satisfaisant — dans le prolongement de ce qu'a pu proposer François Chenédé [1217] — de distinguer selon le caractère volontaire ou non des obligations pour ceux qui en sont les destinataires. Dans la catégorie des obligations voulues par les deux parties au rapport d'obligation, il y aurait les obligations contractuelles ; dans la catégorie des obligations voulue par aucune des parties au rapport d'obligation ou seulement l'une d'entre elles, il y aurait ce que l'on nomme les obligations délictuelles et quasi-contractuelles [1218]. L'abandon de la construction des ouvrages de droit des obligations autour de la *summa divisio* des actes et des faits juridiques se justifie d'autant plus que le concept de contrat, auquel ces manuels consacrent la grande majorité de leurs développements relatifs à l'acte juridique, pourrait ne pas mériter la qualification d'« espèce d'actes juridiques » qu'on lui reconnaît traditionnellement.

philosophie du droit », *Droits,* 1988, vol. 7, p. 55 ; R. Wintgen, *Étude critique de la notion d'opposabilité : Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, sous la dir. de J. Ghestin, thèse de doct., Université Paris I, 2004, n° 165 ; J. Sabourau, *La fin de l'acte juridique : Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, sous la dir. de P. Delmas Saint-Hilaire, thèse de doct., Bordeaux IV, 2011, Éditions universitaires européennes, p. 16 ; O. Dexant - de Bailliencourt, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, sous la dir. de H. Synvet, thèse de doct., 2012, Dalloz, n° 270.

1216. Rappr. P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012, p. 340-341 : « Les auteurs classiques confondent ainsi assez singulièrement, sous les mêmes formules "produire des effets de droit", "entraîner des droits et des obligations", l'édiction de règles à suivre comportant des droits et des obligations, et l'application de règles à structure conditionnelle déjà édictées qui lient dans leur contenu même des droits ou obligations à la survenance de certains événements. Cette étrange confusion domine, d'ailleurs, toute la théorie civiliste classique des "sources du droit" (ou "source des obligations"), qui présente sur le même plan, comme autant de "sources", les lois, les contrats, mais aussi les quasi-contrats, les délits et les quasi-délits [...] ».

1217. F. Chénédé, *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, sous la dir. de A. Ghozi, thèse de doct., 2008, Économica, p. 379 s.

1218. L'obligation est voulue par seulement l'une des parties au rapport d'obligation dans la gestion d'affaires (en ce sens *ibid.*, n°s 468 s.). Les autres quasi-contrats (paiement de l'indu et enrichissement sans cause) sont en revanche bien involontaires pour les deux parties.

Conclusion du Chapitre 1

317. Les concepts de fait juridique et d'acte non juridique sont généralement distingués du concept d'acte juridique au moyen du critère de l'intention de créer des effets de droit. Or, dans la mesure où nous avons supprimé cet élément de la définition de l'acte juridique, il était nécessaire de réexaminer l'articulation du concept d'acte juridique avec ces deux autres concepts.

Concernant tout d'abord le concept d'acte non juridique, il nous a semblé, à la suite d'une étude jurisprudentielle en droit privé et en droit public, que la distinction entre les concepts d'acte non juridique et d'acte juridique pouvait se faire à partir non pas d'un critère mais de trois indicateurs que les juges combinent en leur affectant, selon les matières, une importance plus ou moins grande. Le premier de ces indicateurs est l'intention de l'auteur de l'acte de créer des normes dans l'ordre juridique où se pose la question de la qualification de cet acte. Le deuxième indicateur, bien perçu des juristes anglais ayant développé en droit des contrats les concepts de *consideration* ou *reliance*, tient à la perception de cet acte par les tiers : ceux-ci ont-ils ou non pu penser que l'acte créait des normes dans cet ordre juridique ? Enfin, il existe un troisième indicateur tenant cette fois à l'intérêt que peut présenter pour l'ordre juridique la reconnaissance de cet acte.

Si cette distinction de l'acte juridique et de l'acte non juridique peut paraître plus complexe que la méthode actuelle recourant aux effets de droit, elle n'en permet pas moins de mieux rendre compte de la méthode suivie par les juges lorsqu'ils s'attellent à une telle question. Tel n'était pas le cas de la méthode reposant sur la seule intention de créer des effets de droit et dont les auteurs reconnaissaient bien souvent qu'elle n'était pas suivie par les juges qui rendaient des décisions « en opportunité ».

Quant au fait juridique, nous avons entrepris de montrer qu'il se distinguait de l'acte juridique par le fait qu'il ne créait aucune norme nouvelle. Certes, comme l'indique de manière bien maladroite la définition traditionnelle de ce concept, celui-ci « produit des effets de droit », mais ces effets ne consistent nullement dans la création de normes. Ces effets consistent seulement à rendre *applicable* une norme, soit parce que cette norme était hypothétique, tel l'article 1382 ancien (1240 nouveau) du code civil posant une obligation de réparation lorsque survient un certain fait, soit parce qu'elle était conditionnée pour sa vigueur à un certain fait, tel l'écoulement du temps.

Grâce à ce critère, nous avons pu expliquer pourquoi, dans le cas d'école où une personne viendrait à commettre une infraction avec l'intention de subir les effets de droit qui s'ensuivent, cet acte ne peut pas être qualifié d'acte juridique. Certes, cette personne a commis un acte volontaire reconnu comme tel dans l'ordre juridique et a donné lieu à la mis en œuvre de normes juridiques. Cependant, ces normes n'ont pas été créées par l'individu lui-même, de

sorte que son acte doit être qualifié de fait juridique et non d'acte juridique.

Ne nous contentant pas de ce seul cas d'école pour montrer l'intérêt de notre critère par rapport au critère actuel, nous avons également entrepris de montrer que cette articulation du concept de l'acte juridique et du fait juridique permettait de rendre compte du raisonnement mis en œuvre par les juges, en particulier dans l'exemple du plan d'aide au retour à l'emploi (P.A.R.E.), dont la qualification a suscité par le passé d'importants contentieux.

Chapitre 2

L'acte juridique par rapport aux espèces d'actes juridiques

318. Énoncé de la conception commune. Il semble unanimement admis aujourd'hui, indépendamment de la discipline juridique, qu'il existe plusieurs espèces d'actes juridiques [1219], dont les plus connues pour un privatiste sont le contrat, l'acte unilatéral, le statut et l'acte collectif. Le publiciste, quant à lui, s'attachera principalement, en s'inspirant de la classification de Léon Duguit, aux actes-règles, aux actes-conditions, aux unions, aux contrats, aux actes réglementaires, aux décisions individuelles, aux décisions d'espèce (*sic*) [1220]. Au-delà de cette grande diversité des espèces, existe tout de même une relative uniformité des méthodes de classification. Toutes ces espèces sont ainsi généralement ordonnées autour de deux types de critère [1221]. Les uns reposent sur le contenu de l'acte. Par exemple, le contrat se distingue du statut en ce que les effets d'un statut ne seraient pas négociables, alors que ceux d'un contrat le seraient. Les autres reposent sur le nombre d'auteurs de l'acte. Ainsi lit-on souvent que le contrat se distinguerait de l'acte unilatéral en ce qu'il serait l'acte créé par plusieurs auteurs, alors que l'acte unilatéral serait celui créé par un seul auteur.

Cette classification des actes juridiques, qui conduit par exemple à voir dans le contrat une espèce d'acte juridique, se trouve éclairée d'un jour nouveau par les propos exposés plus haut, relativement à la nécessaire distinction des concepts d'acte juridique et de norme. En effet, le réexamen de ces classifications, à l'aune de la distinction de l'acte et de la norme, conduit à en prôner l'affinement. Plutôt qu'une classification des actes juridiques par leurs effets, il faudrait y voir une classification des normes [1222]. La possibilité d'un tel changement

1219. Sur la classification en général des actes juridiques, cf. *supra* n° 1104.

1220. Employant notamment ce vocabulaire, cf. CAA Paris, 3 mar. 2014, n° 12PA03019, *inédit,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000028750360, cons. 14.

1221. Rappr. Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, Tome 2, p. 195 s. qui ajoute une autre distinction des actes selon leur forme.

1222. Rappr., en droit international public, E. Bourdoncle, « Fitzmaurice et la distinction entre traité et obligation conventionnelle » *in Grandes pages du droit international. Les sources*, Pedone, 2016, p. 85, affirmant que « la classification des traités proposée repose en fait sur une typologie des obligations et non des traités ».

de perspective s'aperçoit aisément pour la classification des actes selon leur contenu. En effet, derrière l'idée de contenu de l'acte, se dissimule le concept de norme. Où l'on voit que classer des actes selon leur contenu peut aussi être directement compris comme une classification des normes. Si, logiquement, les deux modes de classifications sont possibles — classer des actes par leurs effets ou simplement classer des normes — il sera montré qu'il est préférable de faire porter la classification directement sur les normes. (**Section I**). La possibilité d'un déplacement de l'objet de la classification est moins évidente pour la classification fondée sur les auteurs de l'acte. Néanmoins, il peut également être montré, en se servant de la définition précédemment proposée du concept d'acte juridique, que les actes plurilatéraux sont composés de plusieurs actes juridiques, ce qui fait obstacle à leur qualification comme acte juridique plurilatéral. L'expression d'« acte juridique plurilatéral » paraît alors devoir désigner bien improprement un ensemble de normes créées par une pluralité d'actes juridiques ; la pluralité concernant non pas les parties mais les actes juridiques ou, mieux, les normes. D'où, là encore, la possibilité, et même l'opportunité, nous le verrons, de déplacer la classification de l'acte juridique vers les normes créées par ces derniers (**Section II**).

Section I L'affinement de la distinction des espèces d'actes juridiques selon leur contenu

319. Plan. La classification des actes selon leur contenu pose un certain nombre de difficultés qui invitent à affiner cette classification en en modifiant l'objet pour lui permettre de classer non plus les actes au moyen de l'étude de leur contenu, mais directement les normes. Une telle manière de procéder permettrait, par rapport à la classification actuelle, de simplifier l'identification de plusieurs actes juridiques (**§ 1.**), tout comme elle faciliterait la réglementation de leurs effets (**§ 2.**).

§ 1. Un affinement facilitant l'identification des actes juridiques

320. Les difficultés actuelles d'identification. La distinction des actes juridiques selon leur contenu suppose, pour fonctionner efficacement, que les actes aient un contenu uniforme, c'est-à-dire qu'ils ne produisent que des normes correspondant à l'une des espèces d'actes juridiques.

Ainsi, la distinction du contrat et du statut repose sur une analyse des effets de l'acte. Le contrat sera l'acte dont les parties ont pu négocier librement les effets, tandis que le statut sera l'acte soumettant les parties à des règles sur lesquelles leur volonté n'a aucune emprise [1223]. Il

1223. Compte tenu de ce qui a été dit plus haut à propos de l'acte juridique, il faudrait formuler autrement la distinction du contrat et du statut. Le contrat serait l'acte dont l'intégralité des effets correspond à des normes

en va de même, pour un publiciste, pour la distinction du contrat et de l'acte unilatéral. En effet, depuis Ch. Eisenmann, les publicistes ont tendance à réserver la qualification de contrat aux actes produisant des normes ne s'appliquant qu'entre les auteurs de l'acte, tandis que l'appellation d'acte unilatéral s'applique prioritairement aux actes qui produisent des normes s'appliquant à des personnes tierces [1224].

Or, il est fréquent qu'un même acte produise concomitamment ces effets. D'où, en doctrine, d'importants problèmes quant à la qualification à retenir.

L'importance de ces débats provient de ce qu'aucune des solutions envisageable n'est susceptible d'emporter l'adhésion de la communauté juridique. La solution consistant à cumuler les qualifications présente un inconvénient théorique, à savoir une multiplication artificielle du nombre d'actes juridiques [1225]. La solution consistant à fusionner les qualifications, en recourant à la qualification d'acte mixte, est également défaillante théoriquement, puisqu'elle prétend pouvoir fusionner deux éléments opposés [1226]. Enfin, la solution consistant à choisir entre les deux qualifications implique d'abord d'identifier un critère de choix fonctionnel. Or, le seul critère qui paraît envisageable, à savoir un critère de proximité — l'acte examiné recevra la qualification de l'acte dont il est le plus proche — laisse une trop grande place à l'arbitraire. Qu'on se souvienne par exemple des débats sur la nature du contrat de travail, celle du mariage ou encore celle de la relation médicale : les auteurs ne parviennent pas à se mettre d'accord sur la qualification à retenir. La présence de tels débats sur la qualification à adopter est d'autant plus problématique qu'elle induit un effet « boule de neige ». Ainsi, tout juriste s'intéressant dans le cadre de son travail à l'un de ces objets dont la qualification est controversée, se sentira obligé de prendre parti sur la question, alors même que celle-ci ne présente aucun intérêt pour son travail. Dès lors, la présence d'un tel débat impliquera pour lui une certaine perte de temps. Le droit de la santé est révélateur ces dernières années d'une telle situation. Tout doctorant entreprenant une thèse en rapport avec la relation médicale est ainsi contraint de consacrer des développements à la nature de cette relation, alors même que la solution à ce débat est sans conséquence sur son travail [1227].

créées par les parties, tandis que le statut serait l'acte dont presque tous les effets correspondraient à des normes produites par un tiers, la seule norme produite par les parties étant celle par laquelle elles décident de rendre ce statut applicable à leur relation.

1224. En ce sens Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, Tome 1, p. 419-421 pour qui : « [l]'acte plurilatéral est l'acte dont les normes règlent les rapports mutuels de ses auteurs », tandis que « [l]'acte unilatéral est l'acte dont les normes ont pour objet de régler les rapports entre des personnes autres que ses auteurs ». Cette approche de la distinction du contrat et de l'acte unilatéral ne serait en revanche sous doute pas admise par un privatiste, pour qui la distinction du contrat et de l'acte unilatéral repose moins sur une analyse des effets que du nombre d'auteurs. Sur cette distinction du contrat et de l'acte unilatéral, ainsi que sur sa critique, cf. *infra* n°s 326 s.

1225. Sur cet inconvénient, cf. *supra* n° 196.

1226. Sur les limites de cette solution, cf. *supra* n° 207.

1227. Cf. A. Rissel, *L'information médicale. Contribution à l'étude de la relation médicale*, sous la dir. de B. Feuillet, thèse de doct., Université de Rennes 1, déc. 2011, n°s 186-188, où l'auteur, après avoir exposé dans plusieurs développements les débats sur la nature de la relation médicale, finit par reconnaître que finalement cette qualification importe peu pour son objet d'étude. De même, un doctorant, travaillant en droit de la santé sur un sujet n'impliquant pas à première vue d'aborder cette question, nous a confié avoir été « invité » par son

321. Des solutions non fonctionnelles. Le constat de semblables difficultés d'identification des actes juridiques n'est pas nouveau, il a déjà été posé par Georges Rouhette, Henri Batiffol ou Jean Hauser, à propos de la distinction du contrat et de l'institution [1228]. Le premier a souligné que les discussions sur le degré de volonté nécessaire pour caractériser le contrat se révèlent « stériles » [1229] et il a en conséquence proposé d'abandonner toute référence à la volonté dans le contrat. Le deuxième a relevé qu'à vouloir identifier le contrat à la liberté contractuelle, il faudrait en conclure « que la notion de contrat n'a plus aucune consistance » [1230], ce qui l'a alors conduit à retenir une approche large du contrat, s'appliquant même aux situations « dont les effets sont rigoureusement précisés par les textes ». Le troisième a souligné qu'il y avait là de « faux débats », qui pouvaient être évités en recourant au concept d'acte juridique plutôt qu'à celui de contrat ou d'institution [1231]. Aucune de ces solutions n'a, semble-t-il, emporté l'adhésion de la doctrine puisque, trente ans plus tard, force est de constater que ces problèmes de frontière continuent à se poser. Tant dans le camp des partisans du contrat que dans celui de ses opposants, les auteurs n'ont ni renoncé à associer le contrat aux idées de liberté et de volonté, ni remplacé les concepts de contrat ou d'institution par celui d'acte juridique. Le problème continuant à se poser, notamment pour la relation médicale, d'autres solutions doivent être proposées. Or, le déplacement de l'objet des classifications d'acte juridique pourrait être un tel remède.

322. La solution apportée par le déplacement de l'objet des classifications. Plutôt que de considérer que les termes contrat, statut, règlement, etc., concernent uniquement l'acte juridique lui-même et peuvent donc servir à une classification des actes juridiques, il est possible de considérer qu'ils concernent aussi les normes [1232]. L'avantage de cette proposition est de rendre plus aisée l'articulation de ces concepts. En effet, si l'on prend conscience que ces concepts ont tous en commun d'être des actes juridiques, il devient plus simple de les articuler entre eux [1233]. Il suffit alors de dire qu'un même acte juridique a produit plusieurs types de normes,

directeur de thèse à traiter de cette question afin de parfaire son manuscrit.

1228. *Adde* not. B. Haftel, *La notion de matière contractuelle en droit international privé : Étude dans le domaine du conflit de lois*, sous la dir. de D. Bureau, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2008, n° 236.

1229. G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, sous la dir. de R. Rodière, thèse de doct., Paris, 1965, n° 182.

1230. H. Batiffol, « La crise du contrat et sa portée », *APD,* 1968, vol. XIII, p. 22. Plus loin il tempèrera néanmoins l'analyse en proposant de maintenir la distinction entre le contrat et le statut. Pour lui, doivent être qualifiées de statut les opérations dont les effets sont régis par l'autorité publique, alors que méritent la qualification de contrat, celles dont les effets sont prévus par au moins l'une des parties. Cette solution n'est toutefois pas satisfaisante en ce qu'elle laisse entière la question du seuil qu'elle prétendait pourtant résoudre : à partir de quand l'intervention de l'autorité est-elle suffisante pour qu'on ne puisse plus parler de contrat ?

1231. J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, sous la dir. de P. Raynaud, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ, n° 110.

1232. Cf. *supra* n° 319.

1233. Comp. J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, sous la dir. de P. Raynaud, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ, n° 176, où l'auteur, ayant constaté ce point commun entre le contrat et le statut, paraît proposer à ses collègues de se contenter de la qualification d'acte juridique sans plus désormais s'interroger sur la qualification contractuelle ou statutaire. La solution n'est cependant pas satisfaisante car les concepts de contrat et de statut sont quotidiennement utilisés par les juristes de sorte qu'une proposition qui

des normes contractuelles et des normes réglementaires, ce qu'on peut aussi formuler en disant qu'un tel acte juridique a établi une situation pour partie contractuelle et pour partie statutaire, en ce sens que certains effets de cette situation sont régis par des normes contractuelles, tandis que d'autres le sont par des normes statutaires. Ainsi, la question n'est plus de savoir si tel acte juridique est un contrat ou un statut — question qui conduit à des apories pour les actes dits « mixtes » — mais de savoir quelle est la nature de telle norme produite [1234] par un acte juridique. Où l'on voit finalement que la classification des espèces d'actes juridiques selon leur contenu voit son objet déplacé. Elle ne concerne plus les actes juridiques eux-mêmes, mais les normes que ceux-ci créent. Dès lors, quand se pose la question de savoir si tel acte est un contrat ou un statut, il convient d'avoir en tête que la question se pose moins à l'égard de l'acte lui-même qu'à l'égard des normes produites, ce qui permet d'opter non pas seulement pour l'une des deux branches de l'alternative, mais aussi, le cas échéant, pour les deux à la fois.

323. Une solution parfois retenue. Une telle approche de la classification des espèces d'actes juridiques selon leur contenu n'est pas totalement inconnue en doctrine ou en droit positif. Par exemple, en droit des contrats privés, la question de l'application de la loi nouvelle au contrat conduit parfois les juridictions à distinguer les effets contractuels, des effets statutaires. La Cour de cassation a en effet pu décider, dans des arrêts récents, que la loi nouvelle était directement applicable à certains effets du contrat, qu'elle a appelé les « effets légaux » [1235]. Pour parvenir à un tel résultat, la Cour de cassation a préalablement dissocié le contrat en deux : d'un côté le contrat comme acte juridique, désigné « contrat », et de l'autre le contrat comme effet, désigné sans doute « effet contractuel » [1236].

Le phénomène est encore plus affirmé [1237] en droit des contrats administratifs et plus particulièrement pour la concession de service public, dont les auteurs distinguent les effets contractuels du contrat des effets réglementaires [1238], ce qui leur permet de réguler plus finement ces

consisterait à dire qu'il ne faut plus les utiliser et les remplacer par le concept d'acte juridique n'a guère de chance de s'imposer — ce qui explique peut-être pourquoi le concept d'acte juridique ne s'est guère imposé en doctrine après la thèse de J. Hauser. Mieux vaut donc, pour qui cherche à installer le concept d'acte juridique dans la pensée des juristes, montrer comment ce concept s'articule avec les concepts existants.

1234. Nous disons ici « produite » et non « crée » car, s'agissant des situations statutaires, les normes régissant cette situation ne sont pas à proprement parler créées par l'acte juridique ; elles sont seulement rendues applicables par l'acte volontaire constituant l'acte juridique. Sur la distinction entre la création et la production et, plus généralement, les moyens de savoir si un acte volontaire crée bien une norme ou s'il se contente de rendre applicable une norme créée par un acte juridique antérieur, cf. *supra* n° 315.

1235. Not. Cass., 3e civ., 3 juil. 2013, n° 12-21.541, *Bull.*, III, n° 89, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027670532.

1236. La Cour de cassation ne parle pas cependant d'effet contractuel, elle ne parle que d'effets légaux. Cependant, l'on voit mal à quel autre terme l'effet légal pourrait s'opposer si ce n'est l'effet contractuel. Le terme est d'ailleurs employé par la doctrine pour désigner ces effets. Cf. L. Bach, « Conflits de lois dans le temps » *in Rép. civ.* Dalloz, 2006, n° 575.

1237. En effet, il concerne cette fois des normes de nature distinctes, créées par le même acte juridique, tandis que dans les deux exemples précédents, l'on aurait pu argüer que les effets statutaires, s'ils étaient bien *produits* par l'acte juridique, n'étaient pas tous deux *créés* par lui. Seuls les effets contractuels l'étaient.

1238. Il ne semble pas que les juristes de droit public parlent toutefois d'effet contractuel. Ils se contentent le plus souvent — pour éviter toute équivoque ? — d'indiquer que le contrat administratif examiné produit des

différents effets, les seconds pouvant par exemple être plus largement attaqués que les premiers [1239].

On retrouve un phénomène semblable en droit des contrats internationaux ou en droit des contrats spéciaux, où un même acte juridique peut créer des normes soumises soit à des lois de pays différents (mécanisme du dépeçage), soit à des textes relevant de rubriques distinctes du code civil (la vente et le dépôt par exemple). Il y a là autant d'exemples qui montrent que la classification des espèces d'actes juridiques selon leur contenu devrait être affinée afin de porter non plus sur les actes juridiques mais sur les normes elles-mêmes.

§ 2. Un affinement facilitant la réglementation des effets des actes juridiques

324. En déplaçant les classifications précédentes des actes vers les normes, il devient plus simple, dans un certain nombre de situations, de réglementer les normes créées par un acte juridique, en procédant pour cela à ce que les internationalistes appellent un « dépeçage » de l'ensemble des normes créées par un acte juridique [1240]. Pour l'illustrer, on prendra l'exemple de la distinction du contrat et des actes réglementaires. Si cette distinction est perçue comme s'appliquant aux actes eux-mêmes, alors elle implique d'appliquer à toutes les normes issues du contrat le régime du contrat. Ainsi le principe d'effet relatif du contrat implique-t-il que les tiers ne peuvent guère prétendre à l'exécution du contrat et qu'ils ne peuvent guère non plus plus en contester la validité.

Or, dans un certain nombre de situations, cette analyse « globalisante » conduit à des résultats non satisfaisants, qui ont occasionnellement pu conduire à l'écarter. Tel est le cas en droit des contrats administratifs, où le Conseil d'État a été progressivement amené à identifier des clauses réglementaires, soustraites aux règles habituellement appliquées aux contrats administratifs. Cette « étrangeté » [1241], dont la doctrine a été bien en peine de rendre compte, revient à déplacer la distinction du contrat et du règlement de l'acte juridique vers les normes. Certes,

« effets réglementaires » ou contient une « clause réglementaire ». Pour autant, si l'on veut nommer positivement les effets autres que les efets réglementaires, il n'y pas, semble-t-il, d'autres possibilités que de parler d'effet contractuel.

1239. CE, Ass., *Cayzeele*, 10 juil. 1996, n° 138536, *Rec. Lebon*, p. 274, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007935465 admettant le recours pour excès de pouvoir contre les clauses réglementaires. Sur les contrats à effet réglementaire, cf. L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 9e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2014, nos 94 s.

1240. Le mécanisme du « dépeçage », bien documenté en droit international privé, fait partie de ces rares hypothèses où les normes sont bien dissociées de l'acte qui les a créées puisqu'il est admis, afin de respecter les principes sous-jacent au droit international privé, qu'un acte juridique n'est nullement par nature français, anglais ou allemand, mais que seules peuvent être considérées comme telles les normes qu'ils créent, lesquelles peuvent être chacune soumises à des lois différentes. Sur ce mécanisme du dépeçage, cf. P. Lagarde, « Le "Dépeçage" dans le droit international privé des contrats », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale,* 1975, 4, spé. nos 4-6 ; P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 8e éd., Montchrestien, 2004, nos 255 s. et 710 pour son application en droit des contrats.

1241. *AJDA,* 1996, note D. Ch et T.-X. Girardot, p. 732.

le Conseil d'État, continue à parler de contrat comportant des clauses réglementaires, mais il semble bien qu'en dissociant le régime juridique de ces clauses de la qualification contractuelle de l'acte examiné, le Conseil révèle que la qualification porte moins sur l'acte que sur la norme.

Le Conseil d'État a commencé très tôt cette dissociation. Ainsi, en 1906, sans parler encore de « clause réglementaire », il a admis que des tiers à un contrat puissent demander l'exécution de ce contrat, alors même qu'ils n'étaient que des tiers. Plus tard [1242], il a permis à des tiers d'agir en annulation de clauses réglementaires, ce qu'il refuse s'agissant des autres clauses [1243].

325. Bilan. L'étude de la classification des actes juridiques reposant sur le contenu de ces derniers fait donc apparaître plusieurs inconvénients à cette classification. Sans doute, cette classification n'est pas à proprement parler erronée, puisque la norme est bien un élément de l'acte juridique, mais elle est à tout le moins inopportune dans un certain nombre d'hypothèses. Il en va de même pour la distinction des actes selon le nombre de leurs auteurs, laquelle gagnerait aussi à être affinée.

Section II L'affinement de la distinction des espèces d'actes juridiques selon le nombre de leurs auteurs

326. Délimitation de l'étude. La définition commune de l'acte juridique indique fréquemment que celui-ci peut procéder d'une ou plusieurs volontés. D'où la distinction, que font surtout les privatistes, entre le contrat et l'acte unilatéral : le contrat serait l'acte à deux auteurs, tandis que l'acte unilatéral serait l'acte à un auteur. Cette distinction est parfois autrement formulée par les auteurs pour qui le contrat ne serait pas le seul acte juridique ayant plusieurs auteurs. Ces derniers distinguent alors les actes unilatéraux des actes plurilatéraux (également appelés multilatéraux) [1244]. Parmi les actes plurilatéraux, il y aurait bien sûr le contrat mais

1242. CE, Ass., *Cayzeele*, 10 juil. 1996, n° 138536, *Rec. Lebon*, p. 274, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007935465. Les règles d'annulation ont toutefois été considérablement modifiées ces dernières années suite à deux décisions importantes : CE, Ass., *Société Tropic*, 16 juil. 2007, n° 291545, *Rec. Lebon,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000018744539 et CE, *Département de Tarn-et-Garonne*, 4 avr. 2014, n° 358994, *Rec. Lebon,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000028823786. Sur ces évolutions, cf. L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 9e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2014, nos 335 s.

1243. Comp., en droit privé, où l'ouverture du recours aux tiers dépend du caractère absolu ou relatif de la nullité.

1244. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel : La règle de droit — Le problème de l'État*, 3e éd., Boccard, 1927, § 37 ; Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, Tome 1, p. 412 s. ; R. Libchaber, « Regrets liés à l'avant-projet de réforme du droit des contrats – Le sort des engagements non bilatéraux », *RDC,* 2015, p. 635. *Contra* G. de Bézin, « Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe », *Recueil de législation de Toulouse,* 1905, URL : https://archive.org/stream/s2recueil01acaduoft#page/288/mode/2up, p. 350, où sont rapportées les opinions de juristes allemands pour qui il n'existe aucune catégorie autre que l'acte

aussi l'acte juridique collectif ou conjonctif [1245] — que nous désignerons ici par le terme de délibération [1246] —, lequel désignerait la « décision prise collégialement par les membres d'une collectivité » [1247]. D'autres auteurs ajoutent aussi l'union mais cette dernière espèce n'a guère été accueillie par la doctrine [1248] ou la jurisprudence, de sorte qu'il ne paraît pas nécessaire de l'évoquer ici, sans pour autant préjuger de son utilité théorique ou pratique.

327. Plan. Bien que le contrat et la délibération paraissent unanimement considérés comme des actes juridiques qui seraient opposés à l'acte unilatéral, il sera montré que, au regard du concept d'acte juridique ici retenu, cette qualification n'est pas acceptable, ce qui rendra impossible le maintien en l'état de la distinction des actes juridiques selon le nombre de leurs auteurs (**§ 1.**). Ceci nous conduira alors à affiner cette classification, pour organiser les objets sur lesquels elle porte non pas à partir du nombre de parties à l'acte, comme cela est généralement fait, mais à partir des caractéristiques des normes produites par ces actes (**§ 2.**).

§ 1. Les justifications de l'affinement

328. Plan. Distinguer les actes juridiques selon le nombre de leurs auteurs, c'est postuler que le contrat et la délibération, où existent plusieurs volontés, sont des actes juridiques. Or, il peut être montré que cette qualification soulève d'importantes difficultés logiques et pratiques qui commandent son abandon (**A.**). Conscient que l'abandon de la qualification d'acte juridique proposé pourrait soulever quelques résistances des juristes, nous tenterons de montrer que cette

unilatéral et le contrat. *Contra* également M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations : 1 - Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., PUF, 2012, ouvrage dont le plan suggère que n'existeraient, au sein des actes juridiques, que les contrats et les actes unilatéraux.

1245. Sur lesquels cf. G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, sous la dir. de G. Marty, thèse de doct., Université de Toulouse, 1961, LGDJ ; R. Cabrillac, *L'acte juridique conjonctif*, sous la dir. de P. Catala, thèse de doct., Université Montpellier I, 1990, LGDJ ; A.-L. Pastré-Boyer, *L'acte juridique collectif en droit privé français*, sous la dir. de D. Ferrier, thèse de doct., Université de Montpellier I, 2006, LGDJ. Ces deux concepts sont assez proches l'un de l'autre en ce sens qu'ils visent tous deux à appréhender les actes rassemblant une pluralité de personnes poursuivant un même but (terme utilisé par Gabriel Roujou de Boubée) ou un même intérêt (terme utilisé par Rémy Cabrillac). Cependant, ces deux concepts semblent se distinguer par le fait que l'acte juridique collectif aurait quelque chose de plus que l'acte juridique conjonctif, à savoir qu'il pourrait s'appliquer à des personnes du groupement n'y ayant pas consenti (R. Cabrillac, *L'acte juridique conjonctif*, sous la dir. de P. Catala, thèse de doct., Université Montpellier I, 1990, LGDJ, n° 271). Cette précision concernant les effets de l'acte, il paraît préférable de l'utiliser pour classer les normes plutôt que les actes. Voilà pourquoi l'on traitera ici conjointement de l'acte collectif et de l'acte conjonctif.

1246. Ceci évitera de présupposer la nature d'acte juridique d'un tel objet. Par cette qualification, nous excluons du champ du concept d'acte collectif les actes fondateurs d'une société qui nous paraissent devoir être rattachés à la catégorie contractuelle et plus précisément à celle du contrat-organisation (P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation » *in Mélanges en l'honneur de François Terré : L'avenir du droit*, Dalloz, PUF et Éditions du JurisClasseur, 1999 ; rappr. R. Libchaber, « La société, contrat spécial » *in Dialogues avec Michel Jeantin : Prospectives du droit économique*, Dalloz, 1999 ; *contra* G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, sous la dir. de G. Marty, thèse de doct., Université de Toulouse, 1961, LGDJ, p. 91).

1247. *Vocabulaire juridique*, sous la dir. de G. Cornu, 8e éd., PUF, 2007, *V° Acte juridique collectif.*

1248. Elle ne figure pas par exemple dans le *Vocabulaire juridique* édité par l'association Capitant. Pour un exemple de condamnation du recours à l'union, cf. J. Bonnecase, *Traité théorique et pratique de doit civil. Supplément*, Sirey, 1924–1925, Tome 2, p. 312-313.

solution, en partie induite par la conception de l'acte juridique retenue plus haut, ne se heurte à aucun des obstacles que les partisans du système actuel pourraient imaginer (**B.**).

A. Les difficultés soulevées par la qualification d'acte juridique reconnue au contrat et à la délibération

329. Plan. L'étude détaillée des « actes juridiques plurilatéraux », au regard de la conception de l'acte juridique précédemment dégagée, vient faire naître quelques doutes sur l'exactitude de cette qualification — d'où à présent l'usage de guillemets lorsque l'expression « acte juridique plurilatéral » sera utilisée. En effet, l'étude des éléments formant le contrat et la délibération conduit à remettre en cause leur qualification d'acte juridique (**1.**). Un tel résultat n'est pas seulement commandé par la rigueur du raisonnement juridique, il est aussi guidé par des raisons d'opportunité. En effet, refuser la qualification d'acte juridique pour le contrat et la délibération permet de contourner certaines des difficultés pratiques et théoriques que rencontre la conception actuelle (**2.**).

1. Une qualification d'acte juridique erronée

330. Plan. L'étude des éléments composant le contrat et la délibération fait apparaître que ceux-ci procèdent d'actes juridiques volontaires auxquels la qualification d'acte juridique doit être reconnue (**a.**). Comme nous le verrons, ce constat rend impossible le maintien de la qualification d'acte juridique, aujourd'hui attribuée au contrat et à la délibération (**b.**).

a. La qualification d'acte juridique reconnue aux éléments constitutifs du contrat et de la délibération

331. Plan. L'étude des actes volontaires formant les « actes juridiques plurilatéraux » que sont le contrat et la délibération permet de conclure à leur qualification d'acte juridique. En effet, pour tous ces actes l'on retrouve les éléments constitutifs du concept d'acte juridique défini plus haut.

S'agissant tout d'abord du caractère volontaire, il se retrouve sans difficulté pour les contrats dont l'article 1113 nouveau du code civil indique qu'ils sont formés par la rencontre de deux actes volontaires, l'offre et l'acceptation [1249]. Il en va de même pour la délibération qui résulte toujours d'une succession d'actes volontaires, que ceux-ci prennent la forme d'un vote, d'une

1249. « 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 ». Cette approche de la formation du contrat n'est pas tout à fait exacte comme nous le verrons plus bas (n° 332). Pour autant, même lorsque le contrat n'est pas formé à la suite d'une offre et d'une acceptation, cela n'enlève rien au fait que le contrat résulte toujours d'une succession d'actes volontaires. En ce sens : F. Limbach, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales des contrats. De l'utilité du concept de la déclaration de volonté*, sous la dir. de C. Witz et S. Peruzetto, thèse de doct., Université Toulouse 1 et Université de la Sarre, 2004, LGDJ, n° 229.

abstention ou d'un silence lors de la délibération [1250]. L'on pourrait néanmoins objecter que ces actes volontaires ne sont pas toujours connus, ce qui arrive toutes les fois que la délibération est secrète, de sorte que la délibération ne serait pas toujours le résultat d'une succession d'actes volontaires. L'objection n'est cependant guère convaincante car alors il ne s'agit plus, dans l'ordre juridique où s'insère ce groupement, d'une délibération, mais seulement d'un acte unilatéral ; la somme des volontés individuelles s'effaçant derrière la volonté unique de l'organe délibérant [1251].

S'agissant ensuite de la reconnaissance de cet acte volontaire par l'ordre juridique, cet élément ne fait guère de doute au regard des différents textes de l'ordre juridique français régissant habituellement de tels actes volontaires.

Reste le dernier élément de qualification, la création d'une ou plusieurs normes. Ce point est plus délicat à établir car cette fois les textes — même les nouveaux — ne donnent pas immédiatement la réponse. Quant à la doctrine, cette question tantôt, pour le contrat, est très discutée, tantôt, pour la délibération, fait l'objet d'un relatif silence, qui s'explique moins par le consensus de la doctrine sur cette question que par la faible attention de la doctrine pour ce concept. Voilà pourquoi il convient de vérifier plus en détail ce point, ce qui nous permettra finalement de conclure que les actes constituant le contrat (**i.**) et la délibération (**ii.**) sont bien des actes juridiques.

i. Le contrat, résultat d'une succession d'actes juridiques

332. Prolégomènes sur la formation du contrat - Plan. Pour déterminer si les actes volontaires constituant le contrat sont bien des actes juridiques, encore faut-il avoir exactement en tête ce que sont ces actes. Or, il est permis de penser que ni les textes nouveaux du code civil sur la formation du contrat [1252], ni les ouvrages classiques de droit des obligations, ne donnent une présentation satisfaisante de ces actes. À lire l'article 1113 nouveau, ainsi que les manuels de droit des obligations, tout contrat repose sur la « rencontre » d'une offre et d'une acceptation [1253]. Pourtant, tel n'est pas le seul mode de formation du contrat. En effet, l'étude de la pratique contractuelle a conduit quelques universitaires, en particulier ceux qui étaient sensibles au droit comparé [1254], à affirmer que le contrat ne se formerait pas toujours par la

1250. Sur ces trois formes, cf. É. Lagrange, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international : Une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, sous la dir. de J.-P. Queneudec, thèse de doct., 2002, Kluwer Law International, p. 309 s.

1251. À l'intérieur du groupement, en revanche, la pluralité d'actes juridiques pourra exister si le sens des actes volontaires y est connu.

1252. Art. 1113 s. nouv. c. civ.

1253. Art. 1113 : « La formation du contrat requiert la rencontre d'une offre et d'une acceptation, manifestant la volonté de s'engager de chacune des parties ».

1254. L'idée paraît en effet provenir de la culture juridique anglo-saxone. La première remise en question du modèle de l'offre et de l'acceptation que nous ayons trouvée se trouve sous la plume d'un professeur Américain (A. L. Corbin, « Offer and Acceptance, and Some of the Resulting Legal Relations », *The Yale Law Journal,* 1917, 3, url : http://www.jstor.org/stable/786706, p. 183). Lorsque la critique s'est amplifiée grâce à l'adoption, dans les principes Unidroit, d'une formule remettant en question l'hégémonie du modèle de l'offre et

rencontre d'une offre et d'une acceptation [1255]. Cette idée paraît de plus en plus prégnante en droit des contrats internationaux puisqu'on la retrouve dans plusieurs instruments privés de codification du droit des contrats, soit dans leur texte même [1256], soit dans leur commentaire [1257]. À lire ces sources [1258], l'impossibilité de recourir au modèle de l'offre et de l'acceptation paraît surtout se rencontrer dans l'hypothèse où aucune des parties n'a formellement offert à l'autre de conclure un contrat [1259]. Ceci survient lorsque le texte final, sur lequel les parties se sont mises d'accord, a été élaboré conjointement par les parties, à l'issue d'une longue négociation menée point par point, ponctuée parfois d'accords d'étapes, le tout sans qu'aucune partie n'ait véritablement présenté à l'autre une offre que cette dernière aurait acceptée. Autrement dit, le contenu du contrat a été élaboré conjointement par les parties, de sorte qu'aucune n'a endossé le rôle d'offrant. Il n'est dès lors pas possible d'identifier un seul acceptant. En quelque sorte, les deux parties au contrat sont acceptants, dès lors qu'elles ont toutes deux manifesté leur accep-

de l'acceptation, cela s'est également produit sous l'influence de juristes australiens et américains (M. Fontaine, « Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats ? » *in Mélanges offert à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, n°s 6 et 7).

1255. Cf. not. F. Limbach, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales des contrats. De l'utilité du concept de la déclaration de volonté*, sous la dir. de C. Witz et S. Peruzetto, thèse de doct., Université Toulouse 1 et Université de la Sarre, 2004, LGDJ, n° 111 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 183 ; D. Leclerc, *Les conventions de cession d'actions : analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Larcier, 2009 ; M. Fontaine, « La théorie de la formation du contrat et la pratique du "*closing*" » *in Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, n° 16. Voir déjà A. L. Corbin, « Offer and Acceptance, and Some of the Resulting Legal Relations », *The Yale Law Journal,* 1917, 3, URL : http://www.jstor.org/stable/786706, p. 183, écrivant : « Il n'y a cependant aucune nécessité inévitable à adopter le mécanisme de l'offre et de l'acceptation » (« *There is, however, no inevitable necessity in our adoption of the machinery of offer and acceptance* »).

1256. Cf. art. 2.1.1. des Principes Unidroit indiquant : « Le contrat se conclut soit par l'acceptation d'une offre, soit par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord. ». *Adde* l'art. II.–4:211 du DCFR, intitulé : « Contrats non conclus au moyen d'une offre et d'une acceptation ».

1257. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, sous la dir. de C. von Bar, E. Clive et H. Schulte-Nölke, Sellier, 2009, URL : http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf, p. 364 ou le commentaire sous l'article 2.1.1. des Principes Unidroit. *Adde*, mais avec un argumentaire différent, *Code européen des contrats*, sous la dir. de G. Gandolfi, Milano et A. Giuffrè, 2004, p. 95.

1258. En particulier, M. Fontaine, « Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats ? » *in Mélanges offert à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, n° 11 ; *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, sous la dir. de C. von Bar, E. Clive et H. Schulte-Nölke, Sellier, 2009, URL : http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf, p. 364 et M. Fontaine, « La théorie de la formation du contrat et la pratique du "*closing*" » *in Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, n° 16.

1259. Les auteurs ne présentent toutefois pas toujours ainsi leur argumentaire. Certains usent parfois d'un argument chronologique : faute de pouvoir déterminer quelle volonté a été exprimée la première, il n'est pas possible d'identifier où est l'offre et où est l'acceptation (M. Fontaine, « Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats ? » *in Mélanges offert à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, n° 11 ou F. Limbach, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales des contrats. De l'utilité du concept de la déclaration de volonté*, sous la dir. de C. Witz et S. Peruzetto, thèse de doct., Université Toulouse 1 et Université de la Sarre, 2004, LGDJ, n° 229). D'autres tirent argument d'une formation du contrat par étape pour nier la présence d'une offre et d'une acceptation (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 183). D'autres enfin retiennent un argument plus surprenant, tenant à l'absence de détermination du contenu par l'acceptant : dès lors que l'une des parties ne ferait qu'adhérer à une offre permanente faite au public, sans en déterminer le contenu, alors il ne pourrait pas y avoir d'acceptation (*Code européen des contrats*, sous la dir. de G. Gandolfi, Milano et A. Giuffrè, 2004, p. 95).

tation à la proposition commune soit par une signature, soit par un simple comportement [1260]. L'absence d'une offre est encore plus évidente dans la situation où le consentement est donné par des personnes autres que celles ayant rédigé le projet de contrat, comme c'est le cas pour les contrats entre personnes morales pouvant nécessiter l'approbation de l'assemblée générale [1261], ou encore pour les traités internationaux ratifiés par les assemblées parlementaires. En effet, dans de telles situations, il paraît peu conforme à la réalité d'affirmer que ces assemblées émettraient une offre à destination de l'autre assemblée [1262]. Ces assemblées expriment simplement leur consentement au texte qui leur est soumis. En outre, il paraît d'autant moins possible d'y voir une offre ou une acceptation que ces assemblées générales se prononcent sans forcément savoir si l'autre assemblée s'est déjà prononcée. Or, pour qu'il y ait acceptation, l'acceptant doit avoir connaissance d'une offre, ce qui n'est pas le cas si une assemblée se prononce sans avoir connaissance de la volonté de l'autre assemblée.

Compte tenu de ces éléments, il n'est pas possible d'affirmer que le contrat se forme toujours par la rencontre d'une offre et d'une acceptation et l'on ne saurait pas même invoquer en faveur de cette idée le poids des anciens auteurs, puisque l'appréhension du contrat comme la rencontre d'une offre et d'une acceptation est une construction postérieure au code civil de 1804 [1263]. Par conséquent, l'étude de la nature des actes volontaires constitutifs du contrats doit

1260. C'est cette dernière hypothèse qui est formellement évoquée par l'article 2.1.1. des principes Unidroit (2010) : « Le contrat se conclut soit par l'acceptation d'une offre, soit par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord. » En effet, le commentaire officiel de cet article l'explique par l'illustration suivante : « A et B entament des négociations en vue de constituer une entreprise commune ("joint venture") pour le développement d'un nouveau produit. Après de longues négociations sans offre ou acceptation formelle et malgré quelques points mineurs encore à régler, les deux parties commencent à exécuter leurs prestations. Lorsque par la suite les parties ne parviennent pas à un accord sur ces points mineurs, un tribunal judiciaire ou arbitral peut décider qu'un contrat avait néanmoins été conclu puisque les parties avaient commencé à exécuter leurs prestations, montrant ainsi leur intention d'être liées par un contrat. ».

1261. M. Fontaine, « La théorie de la formation du contrat et la pratique du "*closing*" » *in Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, n° 16.

1262. Rappr. M. Fontaine, « Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats ? » *in Mélanges offert à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, n° 15, soulignant le caractère « artificiel » du mécanisme de l'offre et de l'acceptation lorsque « le consentement des parties s'est véritablement construit dans une œuvre commune ».

1263. Le code civil de 1804 n'appréhende pas la formation du contrat au moyen des concepts d'offre et d'acceptation, ni même de ceux d'une promesse suivie d'une acceptation. Certes, l'on trouve bien les mots « offre » et « acceptation » dans différents endroits du code civil de 1804 (not. art. 1257), mais l'offre et l'acceptation ne sont pas alors perçues comme les éléments concourant à la formation de tout contrat (rappr. V. Forray, « L'offre et l'acceptation dans les projets de réforme du droit français des contrats : Remarques sur l'écriture doctrinale du droit des contrats », *RTD Civ.*, 2012, p. 236-237). Les premiers commentateurs du code civil ne parlent pas non plus de l'offre et de l'acceptation comme élément nécessaire de formation du contrat (not. J. de Bernardi, *Cours de droit civil français*, Garnery, 1804, url : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k58327639 ; C. É. Delvincourt, *Cours de Code Napoléon*, P. Gueffier, 1813, url : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k54409717 ; A. M. Demante, *Programme du cors de droit civil français fait à la Faculté de droit de Paris*, A. Gobelet, 1835, url : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6216098j). Il est seulement parfois question dans leurs œuvres d'une ou plusieurs « promesses », un auteur déclarant par exemple que « [c]'est le consentement des parties à souscrire à ces promesses qui fait l'essence du contrat » (J. de Bernardi, *Cours de droit civil français*, Garnery, 1804, url : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k58327639, p. 222). Si le mot d'offre n'est pas présent chez les auteurs, ceux-ci indiquent parfois que la promesse doit être acceptée, mais cette précision est loin d'être systématique. Ce silence sur la formation du contrat se comprend très bien lorsqu'on le met en relation avec la pensée des juristes du droit naturel de peu antérieur au code civil, en particulier Christian Wollf

être recherchée tant dans le modèle classique du contrat que par-delà ce modèle. Il conviendra enfin de tenter une synthèse de ces différents modèles, pour rechercher si les résultats obtenus ne pourraient pas être présentés d'une manière unifiée.

333. Dans l'analyse classique. La question de la nature juridique de l'offre et de l'acceptation est délicate à cause, pour l'offre, d'importantes divergences doctrinales sur sa nature et, pour l'acceptation, à l'inverse, du relatif silence de la doctrine sur ce point. Examinons les tour à tour.

334. *L'offre.* Concernant l'offre tout d'abord, inutile de s'attarder longuement sur les différentes thèses en présence, elles sont trop connues et ont été maintes fois rappelées par de nombreux auteurs de manuels ou de thèses [1264]. Il convient seulement d'indiquer ici que les termes du débat, la plupart du temps, semblent mal posés, sans doute à cause d'une perception vague de ce que sont ces « effets de droit » que l'acte juridique est censé créer. En effet, la plupart des auteurs, pour savoir quelle est la nature de l'offre, se demandent si l'offrant peut la retirer [1265] sans coup férir [1266]. Or, une telle analyse est sans intérêt dans une conception renouvelée de l'acte juridique, où l'expression « effet de droit » a été précisée et remplacée par celle de « norme ». Peu importe que l'offre puisse être ou non révoquée ou que sa révocation entraîne une sanction [1267], d'autant que ce sont là des questions de politique juridique, dont

qui est à l'époque régulièrement cité, notamment par Toullier. La manière dont C. Wolff construit le Chapitre IV du Livre III de ses *Institutiones juris naturae et gentium* révèle en effet que pour cet auteur la promesse (« valide ») pouvait être formé de deux manières : soit à la suite d'une émission d'une promesse suivie d'une acceptation — en dehors de tout contrat —(Ch. Wolff, *Principes du droit de la nature et des gens*, trad. par J.-H.-S. Formey, Réimpression de l'édition de 1758, Presses universitaires de Caen, 1988, p. 174, n° VI), soit au moyen d'un consentement commun exprimé dans un même acte : le contrat (*ibid.*, p. 202-203, n° CXXX). L'offre et l'acceptation n'était donc pas pensé comme le mode de formation du contrat, mais comme un mode de formation des promesses, lesquelles pouvaient aussi résulter d'un contrat.

Toutefois, rapidement, les commentateurs du code civil vont occulter cette double origine possible de la promesse, confronté à un code civil, qui parle moins de la promesse que du contrat. Cela va les amener alors à rapprocher ces deux modes de création des promesses — suivant en cela R. J. Pothier qui voyait dans le contrat une promesse acceptée (R.-J. Pothier, « Traité des obligations » *in Œuvres de Pothier*, Siffrein, 1821, p. 81, n° 4) — et à considérer que tout contrat résulte d'une offre puis d'une acceptation (Ch.-B.-M. Toullier, *Le droit civil français*, Warée, 1824, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k122928q, n°s 24 s. et K. E. Zachariae von Lingenthal, Ch. Aubry et Ch.-F. Rau, *Cours de droit civil français*, Lagier, 1839, n° 343), tout en conservant néanmoins pendant un temps la construction antérieure reposant sur le concept de promesse (Ch.-B.-M. Toullier, *Le droit civil français*, Warée, 1824, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k122928q, n° 8). Cette construction se trouvera plus tard renforcé par le BGB qui indique explicitement que le contrat résulte d'une offre et d'une acceptation (art. 145 s.).

1264. Not. J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, sous la dir. de J. Flour, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ ; D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, sous la dir. de H. Muir Watt, thèse de doct., 2001, PUAM ; C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois.

1265. Il est d'usage de dénommer ce retrait « rétractation » quand il a lieu avant que l'offre ne parvienne à son bénéficiaire et « révocation » lorsqu'il a lieu une fois que l'offre lui est parvenue.

1266. Cf. not. J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, 16e éd., Dalloz, 2014, n°s 141-143.

1267. Rappr. J. Antippas, « Retours et avancées sur l'appréhension juridique de l'offre », *JCP G,* 22 sept. 2014, vol. 39, 960.

la réponse peut varier et qui ne permettent pas une qualification uniforme de l'offre [1268]. Seul importe de savoir si l'offre a ou non créé une norme. Ainsi reformulée, la question de la nature de l'offre paraît trouver une réponse positive. En effet, pour les auteurs formulant ainsi le problème [1269], l'offre crée bien une norme, à savoir l'habilitation de son ou ses bénéficiaires à créer les normes mentionnées dans l'offre. Bien que peu visible, cette habilitation constituerait une norme [1270] qui serait imputable à l'offrant [1271], puisque, comme le relève Guillaume Wicker, « ce pouvoir ne préexiste pas à la pollicitation, il est créé par elle » [1272]. Avec une telle analyse de l'offre, peu importe que l'offre soit faite à personne déterminée ou indéterminée [1273], celle-ci donne toujours naissance à une norme d'habilitation. Ainsi présentée comme un acte volontaire créateur d'une norme d'habilitation, la qualification d'acte juridique s'impose pour l'offre.

Cette analyse paraît avoir reçu très récemment le soutien de la Cour de cassation puisque, dans un arrêt commenté par de très nombreux auteurs [1274], cette Cour a qualifié une offre d'« acte unilatéral » [1275], ce qui paraît suggérer très fortement qu'elle y voit un acte juri-

1268. H. Kelsen exprime clairement cette idée en indiquant que l'ordre juridique peut tout aussi bien faciliter la révocation que l'empêcher. En pratique, les systèmes juridiques adoptent généralement des solutions mesurées : la révocation n'est pas soit tout le temps permise, soit tout le temps interdite, elle ne l'est que dans certains cas. D'où la conclusion à laquelle parvenait dans sa thèse Jean-Luc Aubert, après s'être attaché en partie au critère de la révocabilité pour identifier la nature de l'offre : l'offre est un acte juridique lorsque son auteur s'est engagé à la maintenir, elle est un fait juridique dans les autres cas (J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, sous la dir. de J. Flour, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ, n°s 165-213).

1269. Not. A. L. Corbin, « Offer and Acceptance, and Some of the Resulting Legal Relations », *The Yale Law Journal,* 1917, 3, URL : http://www.jstor.org/stable/786706, p. 181 ; G. Wicker, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, sous la dir. de J. Amiel-Donat, thèse de doct., Université de Perpignan, 1997, LGDJ, n° 121 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : Le contrat — Le consentement*, 2013, n° 850 ; C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois, n° 725. Rappr. J. Antippas, « Retours et avancées sur l'appréhension juridique de l'offre », *JCP G,* 22 sept. 2014, vol. 39, 960 parlant de droit d'option, ce que refuse en revanche I. Najjar, *Le droit d'option : contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, sous la dir. de P. Raynaud, thèse de doct., 1967, LGDJ, n° 120. Comp. G. Rouhette, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat » *in Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, n° 18, retenant cette analyse des effets de l'offre, sans pour autant en tirer de conclusion sur sa nature d'acte juridique.

1270. Sur les difficultés parfois à percevoir les normes d'habilitation, cf. *supra* n° 1016 et G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, sous la dir. de M. Troper, thèse de doct., Université Paris X-Nanterre, 2006, Dalloz, n°s 102-168.

1271. Sur le lien d'imputation, qu'entraîne l'emploi du verbe « créer » dans la définition de l'acte juridique, cf. *supra* n° 285.

1272. G. Wicker, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, sous la dir. de J. Amiel-Donat, thèse de doct., Université de Perpignan, 1997, LGDJ, n° 121.

1273. Comp. l'analyse antérieure qui s'attachait à la révocation et recherchait par suite si l'offrant pouvait avoir eu la volonté de s'obliger à maintenir son offre, empêchant par là sa révocation :, J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, sous la dir. de J. Flour, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ, n° 206.

1274. Parmi lesquels, par ordre alphabétique, Soraya Amrani-Mekki, Jérémie Antippas, Yves-Marie Laithier, Laurent Leveneur, Rémy Libchaber, Grégoire Loiseau ou encore Christophe Vernières.

1275. Cass., 1re civ., 25 juin 2014, n° 13-16.529, *Bull.,* I, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000029153101. Rappr. Cass., com., 26 oct. 1999, n° 96-19.156, *Bull.*, IV, n° 193, p. 164, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007041654, où la Cour de cassation, sur le fondement de l'article 1371 du code civil et donc semble-t-il d'un quasi-contrat, accepte de reconnaître la force obligatoire d'une offre de rachat intégrée à un plan de redressement judiciaire qui n'avait pas encore pu être concrétisée faute d'accord de la société cessionnaire. En l'espèce le cessionnaire ayant

dique [1276].

335. ***L'acceptation.*** Quant à l'acceptation ensuite, celle-ci constitue bien, avons-nous dit, un acte volontaire. Crée-t-elle pour autant des normes reconnues comme telles dans l'ordre juridique ? Certes, l'acceptation entraîne des effets de droit, puisqu'on dit couramment qu'elle forme le contrat, mais peut-on pour autant parler de normes ? L'hésitation provient de ce que l'acceptation — du moins l'acceptation véritable, celle qui, étant pure et simple, forme le contrat — paraît souvent pensée comme la simple expression d'un « oui » par l'acceptant [1277], lequel ne serait donc pas en mesure de façonner, au stade de l'acceptation [1278], les normes qui lui sont applicables. Or, ainsi perçue, l'acceptation apparaît comme l'un des cas, évoqués plus haut [1279], où peut *a priori* être retenue soit la qualification de fait juridique, soit celle d'acte juridique. Ainsi, les effets de droit induits par l'acceptation peuvent être analysés soit comme la mise en application de normes déjà créées par l'offre (fait juridique), soit comme la création de nouvelles normes dont la teneur a néanmoins été déjà intégralement fixée par l'offrant (acte juridique). Pour trancher entre ces deux qualifications, il faut, avons-nous dit [1280], rechercher si l'auteur de la norme première a entendu subordonner l'application de cette norme à n'importe quel comportement ou bien à un comportement uniquement volontaire. Pour l'acceptation, compte tenu des nombreux textes protégeant l'intégrité de la volonté de l'acceptant, c'est la qualification d'acte juridique qui paraît préférable.

La qualification d'acte juridique se justifie d'autant plus que, à l'examen, la pratique contractuelle révèle que l'offrant confère souvent au bénéficiaire de l'offre une palette de choix, de sorte que, contrairement à la conception commune de l'acceptation, l'acceptant ne se contente pas, bien souvent, de dire oui ; il peut aussi avoir à effectuer un choix entre plusieurs options, toutes conduisant à la formation du contrat. C'est par exemple le cas lorsque l'offrant peut choisir les biens objets du contrat, la date de livraison ou encore le mode de livraison. En effectuant ces choix, l'acceptant produit incontestablement des normes puisqu'il apporte des précisions qui n'existaient pas jusqu'alors.

D'où, d'ailleurs, notre rejet de l'opinion de Jean-Luc Aubert qui, pour refuser la qualification d'acte juridique à l'acceptation, prétend que la « naissance du contrat », par l'adjonction de l'acceptation à l'offre, serait « le fait du législateur ». Pour cet éminent auteur, c'est le législateur « qui dispose que l'acceptation d'une proposition définitive de contracter donne naissance à un

été lui-même déclaré la cessation de ses paiements n'étaient plus en mesure d'honorer ce que la Cour qualifie d'« engagement » ; d'où l'engagement de sa responsabilité.

1276. Rares sont cependant les commentateurs de cet arrêt à avoir relever ce point. Cf. cependant J. Antippas, « Retours et avancées sur l'appréhension juridique de l'offre », *JCP G,* 22 sept. 2014, vol. 39, 960.

1277. Cf. not. M. Fontaine, « Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats ? » *in Mélanges offert à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, n° 10, écrivant : « L'acceptation, c'est tout simplement : "oui" ».

1278. Rien n'empêche en revanche qu'en amont de l'émission de l'offre, l'acceptant concourt à l'élaboration du contenu de l'offre qui lui sera adressée par l'offrant.

1279. Sur cette situation, cf. *supra* n° 315.

1280. Cf. *supra* n° 315.

contrat ». Dès lors, pour lui, lorsque les particuliers emploient cette « technique légale » qu'est l'acceptation, ils « ne déterminent pas directement eux-même l'effet de leur manifestation de volonté. Sur cet effet, ils n'ont aucune prise : il est, ou il n'est pas, et la volonté individuelle est incapable d'en modifier la portée » [1281]. De telles affirmations, parce qu'elles ne permettent pas de rendre compte du rôle actif de l'acceptant — et aussi parce qu'elles tendent à rattacher artificiellement toutes les normes au législateur [1282] — doivent être condamnées. L'acceptation crée bien des normes et doit donc être qualifiée d'acte juridique.

Compte tenu des observations précédentes, l'offre et l'acceptation apparaissent bien comme des actes juridiques. Ceci ne permet pas pour autant d'affirmer que le contrat procède d'une succession d'actes juridiques. Ceci ne pourra être dit qu'une fois vérifié que les contrats, formés autrement que par la rencontre d'une offre et d'une acceptation, résultent bien eux aussi d'une succession d'actes juridiques.

336. Par-delà le modèle classique. Pour cerner au mieux la nature des actes volontaires permettant de former un contrat autrement que par « la rencontre d'une offre et d'une acceptation », il convient de partir d'un exemple concret. Soit dix personnes morales — des états, des sociétés multinationales, peu importe — qui décident de coopérer pour mettre en place l'exploitation d'un gisement pétrolier particulièrement difficile d'accès. Pour établir cette coopération, ces personnes morales décident de conclure un contrat précisant les droits et obligations de chacune et stipulant que ce contrat ne prendra effet que s'il est signé par toutes les personnes morales. Le contrat étant extrêmement complexe, sa rédaction et sa gestion sont confiées à une tierce personne, occupant la fonction de gestionnaire du contrat. Une fois le texte rédigé, le gestionnaire du contrat l'adresse pour signature aux organes compétents des futures parties au contrat, en leur demandant ensuite de lui renvoyer le contrat signé, afin qu'il enregistre et vérifie l'acceptation de chaque partie au contrat. Dans cet exemple, il n'y a point d'offre ou d'acceptation. Aucun des signataires ne fait formellement une offre de contrat à l'autre, chacun se contente de signer le document qui lui est adressé. Il ne serait pas conforme à la réalité d'écrire que le premier signataire ferait une offre de contrat à tous les autres signataires, car aucun des signataires n'agit dans cette situation avec une telle volonté. L'offre a été élaborée conjointement et aucune des futures parties au contrat ne l'a adressée aux autres. C'est le

1281. J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, sous la dir. de J. Flour, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ, n° 328.

1282. L'auteur prétend, en note, que telle n'est pas sa pensée et qu'en écrivant que les parties n'ont aucune prise sur l'effet de leur manifestation de volonté, il entend simplement souligner que le contrat est une « technique légale », sur laquelle les parties n'ont aucune prise. Soit, mais l'on ne saurait dire, de manière aussi générale, que les parties n'ont aucune prise sur la naissance du contrat. Sans doute, les parties n'ont aucune prise sur le point de savoir si la rencontre de leur offre et de leur acceptation correspond à la technique légale et peut de ce fait produire une norme *reconnue* comme telle par l'ordre juridique. En revanche, les parties sont bien en mesure de façonner le contrat, de sorte qu'on ne saurait dire, comme le fait J.-L. Aubert, que l'effet que recherche l'acceptant est « le fait du législateur ». Écrire cela c'est, quoi qu'en dise J.-L. Aubert, souscrire à la thèse selon laquelle toutes les obligations auraient pour unique source la volonté du législateur : *ibid.*, n° 328, note 215.

« gestionnaire du contrat » qui s'en est chargé.

Dans cette situation, quel est, précisément, l'effet de chaque acceptation ? La chronologie des signatures n'étant pas connue, il n'est pas possible de dire, comme dans le modèle classique, que cet effet est tantôt une norme d'habilitation (pour l'offre), tantôt la création de normes conformément à l'habilitation (pour l'acceptation).

Pour cerner cet effet, il est de bonne méthode de revenir à l'objectif des parties prenantes à ce projet : elles veulent s'engager dans l'exploitation d'un gisement pétrolier mais, compte tenu de la complexité de l'opération, elles ne veulent le faire que si les autres le font aussi. Juridiquement parlant, ceci peut être traduit en disant que, par leur signature du contrat, chacune de ces personnes morales accepte que ce contrat produise effet à son égard, sous la condition — la condition affectant la vigueur de leur engagement — que les autres personnes morales acceptent également que ce contrat produise effet à leur égard.

Il convient de souligner que, dans une telle analyse, chaque acceptation crée des normes distinctes des autres acceptations, de sorte qu'il n'y a pas de doublon de normes. Certes, le contenu de ces normes peut être très proche, puisqu'on peut admettre que chaque entreprise s'engage identiquement à exploiter le gisement. Néanmoins, les destinataires des normes produites par les différentes acceptations diffèrent : chaque acceptation ne crée un modèle de conduite qu'à l'égard de la société qui a accepté. Par conséquent, chaque acceptation crée bien une norme distincte des autres acceptations et peut, dès lors, être qualifiée d'acte juridique.

Si cette analyse peut paraître innovante aux yeux d'un privatiste, peu habitué à l'idée que la volonté de chaque partie puisse constituer un engagement avant même l'existence d'un contrat, elle heurtera moins un internationaliste. En effet, en droit international public, les traités multilatéraux sont légion et il est nécessaire, pour bien comprendre leur fonctionnement, de percevoir que le traité et l'engagement des parties l'ayant déjà ratifié puissent exister, alors même que ce traité n'est pas encore entré en vigueur, faute d'avoir été ratifié par un nombre suffisant d'états-parties [1283].

337. Extension de cette analyse au modèle classique. Parvenu à ce stade de l'analyse, il apparaît que le contrat peut être formé de deux manières différentes, soit au moyen d'une procédure où la chronologie a son importance, l'une des parties adressant à l'autre une offre que l'autre accepte, soit, indépendamment de toute chronologie, par l'adhésion des parties à un texte identique [1284].

Il est cependant permis de s'interroger, incidemment, sur la réalité de cette différence. Ne peut-on pas, dans un souci d'unité, proposer une analyse uniforme des actes volontaires concourant à la formation du contrat, peu important que celui-ci résulte ou non de la rencontre

1283. L'article 24 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités prévoit, à titre supplétif, que « un traité entre en vigueur dès que le consentement à être lié par le traité a été établi pour tous les États ayant participé à la négociation ».

1284. La norme produite par cette adhésion à un même texte n'est cependant pas la même. En effet, le signataire d'un contrat n'engage que lui et non les autres, de sorte que chaque signature apposée sur ces textes n'a pas le même sens et ne produit donc pas la même norme.

d'une offre et d'une acceptation ? Il semble que oui. Pour cela, au lieu de dire que l'offre habilite le bénéficiaire à créer les normes qu'elle contient, il convient de dire que par l'offre, l'offrant crée à son égard les normes énoncées par l'offre, à la *condition* que l'acceptant fasse de même. Ainsi appréhendée, la procédure de formation du contrat paraît retrouver une unité. Quel que soit le mode de formation du contrat, chaque partie réalise un acte volontaire créant une norme dont la *vigueur*[1285] est conditionnée à *l'existence*[1286] d'autres normes créées par une autre partie au contrat[1287]. Le contrat semble alors être un **ensemble**[1288] **d'actes juridiques dont les normes produites par chacun seraient conditionnées, pour leur vigueur, à l'existence d'autres normes créées par les actes compris dans cet ensemble**.

Pour prendre l'exemple simple d'une vente de voiture réalisée au moyen d'un contrat écrit, l'acte juridique de l'acheteur créera à son égard les normes suivantes : payer un certain prix, à condition que le vendeur accepte de lui livrer la voiture. De même, l'acte juridique du vendeur créera les normes suivantes : livrer la voiture, à condition que le vendeur accepte de lui payer un certain prix. Dans cet exemple, les deux actes produisent des normes différentes, mais cela n'exclut pas pour autant que l'*instrumentum* duquel découlent ces normes soit identique dans les deux actes juridiques, comme c'était le cas dans l'exemple précité des compagnies pétrolières. Une chose est le texte, l'énoncé normatif, l'*instrumentum* ; autre chose est son sens, la norme qui en est tirée, le *negotium*[1289]. L'on s'en aperçoit nettement en reprenant l'exemple précité

1285. C'est bien la vigueur de la norme qui est conditionnée mais non son existence. Ainsi, l'offre existe bien dès son émission. Seule sa vigueur est affectée d'une condition, à savoir l'acceptation du destinataire de l'offre.

1286. La condition porte bien sur l'existence des normes et non leur vigueur. En effet, exiger que les normes conditionnantes soient également entrées en vigueur aboutirait à limiter le domaine du contrat aux contrats produisant d'ores et déjà leurs effets. Cette exigence exclurait donc les contrats dont l'une des obligations est à terme, tels les contrats réels de restitution, ou ceux dont l'une des obligations dépend de la réalité d'un événement incertain, tels les contrats aléatoires.

1287. Rappr. R. Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*, thèse de doct., Université de Paris, 1891, Girard, p. 179 (souligné par nous) : « Le promettant, en effet, ne s'est engagé que sous la condition que l'autre partie s'engagerait à son tour envers lui ; et c'est ce contre-engagement que vient formuler l'acceptation. L'acceptation est donc simplement la condition dont l'arrivée fait porter effet à l'engagement pris par le promettant dans sa déclaration unilatérale de volonté ». Toutefois cet auteur ne paraît pas voir dans l'acceptation une norme conditionnelle, ce statut n'appartient qu'à l'offre. Ceci s'explique sans doute par l'attachement excessif de cet auteur à la chronologie. Ayant de la condition une approche trop stricte, il n'envisage pas que l'événement dont dépend la condition soit antérieur à celle-ci et, dès lors, n'envisage pas que l'acceptation puisse être conditionnée par l'offre qui lui est antérieure.

Rappr., également, M. Réglade, « La place de la convention dans une classification des actes juridiques », *APD,* 1940, p. 163, pour qui, dans un contrat, « les volontés ici sont nécessairement unanimes, *elles se conditionnent l'une l'autre* au lieu d'être simplement juxtaposées ». Cette fois encore, la présentation n'est pas très satisfaisante car ce sont moins les *volontés* qui sont conditionnées que les normes produites par ces volontés traduites en acte.

1288. L'utilisation du mot « ensemble » n'est pas inédite en doctrine pour rendre compte des « actes juridiques multilatéraux ». Un auteur dit ainsi que l'acte juridique complexe — terme pratiquement équivalent à celui d'acte juridique collectif — est un « ensemble d'actes juridiques » (J. Moreau, « À la recherche de l'acte complexe : l'exemple du droit public français », *Droits,* 1988, p. 75). Rappr. R. Cabrillac, *L'acte juridique conjonctif*, sous la dir. de P. Catala, thèse de doct., Université Montpellier I, 1990, LGDJ, n° 145 qui parle de composé d'actes.

1289. *Vocabulaire juridique*, sous la dir. de G. Cornu, 8e éd., PUF, 2007, *V° Negotium* : « Terme latin [...] utilisé pour désigner, dans l'acte juridique, l'opération en laquelle il consiste, par opposition à *instrumentum*, écrit qui le constate ». Sur la distinction de la norme et de l'énoncé cf. *supra* n° 276, spécialement la note n° 1043.

du contrat d'exploitation d'un gisement pétrolier. Lorsqu'une des compagnies pétrolières signe l'acte par lequel elle s'engage à participer à l'exploitation du gisement, elle sait pertinemment, bien que le texte du contrat mentionne également que les autres sociétés sont engagées, que sa signature n'impose aucun modèle de conduite aux autres sociétés. Sa signature n'engage qu'elle.

338. Les intérêts de cette approche du contrat, par rapport à celle usant du concept de norme d'habilitation, sont au moins doubles. D'abord, cette approche correspond mieux à la réalité du processus de formation du contrat. En effet, elle conduit à faire de chacune des parties au contrat l'auteur des normes contractuelles dont elle est l'assujetti [1290], ce qui coïncide avec l'idée d'autonomie que sous-tend le contrat. Tel n'était pas le cas de l'autre analyse justifiant la qualification d'acte juridique qui, voyant dans l'offre un acte juridique créant une norme d'habilitation, imputait *in fine* à l'acceptant l'ensemble des normes contractuelles [1291]. L'analyse ici retenue de l'offre et de l'acceptation paraît mieux correspondre à la réalité du contrat lequel est communément perçu comme un mécanisme de co-production du droit.

Ensuite, cette analyse de l'offre et de l'acceptation permet de mieux distinguer les normes contractuelles des normes unilatérales auxquelles elles sont souvent opposées. En effet, analyser l'offre comme un acte juridique produisant une norme d'habilitation, rapproche cette première des nombreux actes unilatéraux par lesquelles une habilitation est donnée à un tiers. Cette analyse conduit ainsi à rapprocher une loi d'habilitation avec une offre de contracter, en contradiction avec les idées de nombre de juristes, pour lesquels existe une différence forte entre la loi et le contrat. En revanche, la conception de l'offre et de l'acceptation ici retenue permet de mieux faire ressortir ce qui distingue le contrat des normes unilatérales, dont font partie la grande majorité des normes législatives [1292]. Alors que, dans le contrat, l'offre et l'acceptation créent chacune des normes conditionnées à d'autres normes, dans la loi, au contraire, les normes ne sont pas conditionnées à d'autres normes. Si l'on reprend l'exemple de l'ordonnance, la loi d'habilitation ne suppose pas, pour entrer en vigueur, que le Gouvernement prenne une ordonnance. La compétence du gouvernement pour agir existe indépendamment de l'édiction

1290. Sur le concept d'assujetti, cf. *supra* n° 275.

1291. Cf. not. J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, sous la dir. de P. Raynaud, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ, n° 110 : « il est traditionnellement tenu pour acquis que le moment capital, celui où se forme le contrat et où naît l'engagement contractuel est celui de l'acceptation ». *Adde* les nombreuses références citées en note. Cette analyse a des conséquences pratiques puisqu'en s'attachant uniquement à l'acceptation, on en vient à déterminer le régime du contrat uniquement à partir de celle-ci. H. Kelsen avait dénoncé cela à propos de la détermination du lieu de la convention : « il est plus que problématique de considérer comme lieu de la convention seulement et exclusivement le lieu où le dernier acte de cette procédure a été effectué » (H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique,* 1940, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k888152j/f327.image, p. 45-46).

1292. Dans le même sens C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois, n° 739 : « ce qui distingue clairement les engagements unilatéraux (non contractuels) des *engagements unilatéraux contractuels*, c'est que ces derniers sont *conditionnés entre eux.* » Comp. Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, Tome 1, p. 419-421, qui retient un tout autre critère. Sur les raisons du rejet de ce dernier critère, cf. *infra* n° 401.

par celui-ci d'une ordonnance [1293].

339. Affinement de l'analyse. Cette dernière comparaison, entre le contrat et l'acte unilatéral, suscite cependant une interrogation. En effet, nous avons vu plus haut [1294] que la distinction du contrat et de l'acte réglementaire gagnerait à être perçue comme une distinction des normes et non des actes, afin qu'il soit théoriquement concevable qu'un acte juridique puisse produire à la fois des normes contractuelles et des normes réglementaires. Or, la définition du contrat esquissée plus haut, à savoir un ensemble d'actes créant des normes conditionnées l'une à l'autre, reproduit ce problème. En effet, une telle définition n'est pas en mesure de rendre compte des actes qui produiraient des normes dont certaines seraient conditionnées et d'autres non. Pour éviter cet écueil, il suffit de dire que **le contrat est un ensemble de *normes*, créées par des actes juridiques distincts et dont chacune est conditionnée pour sa vigueur à l'existence d'autres normes de cet ensemble**. Insistons bien ici sur le fait que le contrat comprend plusieurs normes, celles créées par le consentement de chacune des parties. L'on ne saurait adhérer aux récents propos d'une autrice considérant que le contrat « apparaît ainsi comme une norme juridique » [1295]. Dire cela c'est occulter la pluralité des normes créées par l'offre et l'acceptation.

ii. La délibération, résultat d'une succession d'actes juridiques

340. Exposé de l'opinion dominante. La doctrine s'intéresse assez peu à la nature des actes concourant à l'élaboration d'une délibération. En outre, même lorsque les auteurs s'interrogent sur la nature de ces actes, ils ne se demandent pas si ces actes peuvent être qualifiés d'acte juridique. Ils se demandent plutôt si ces actes peuvent être qualifiés de droit subjectif ou, à l'inverse, de pouvoir, aussi parfois appelé « droit-fonction » [1296].

Certes, quelques auteurs, issus d'horizons différents (droits privé, public ou international), se sont posés une telle question. Mais, la plupart y ont répondu par la négative [1297]. Pour eux,

1293. Sans doute, il peut arriver que l'entrée en vigueur d'une loi soit subordonnée à l'édiction d'un texte réglementaire (cf. not. CE, *Société Fougerolle*, 23 juil. 1993, n° 147522, *Rec. Lebon (Tables),* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007835234). Pour autant, à considérer l'ensemble des normes constitué par le texte législatif et le texte réglementaire, il y a lieu de remarquer que seule la vigueur de la loi est conditionnée à l'existence du décret. Le décret, lui, ne dépend pas pour sa vigueur de l'existence de la loi, seule sa validité en dépend. Tel n'est pas le cas d'un contrat où chaque acte juridique le composant crée des normes dont la vigueur dépend réciproquement de l'existence d'autres normes.

1294. *Supra* n° 323.

1295. S. Lequette, « La notion de contrat : Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD Civ.,* 2018, p. 541-566, n° 23. *Adde* n° 24 où la même autrice écrit que « à la pluralité de normes, une norme unitaire plus générale ».

1296. Pour le dualisme droit subjectif ou pouvoir, cf. not. E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, sous la dir. de G. Cornu, thèse de doct., 1985, p. 22 s. ou P. Ledoux, *Le droit de vote des actionnaires*, sous la dir. de P. Merle, thèse de doct., Université Paris II, 2002, LGDJ.

1297. Comp., toutefois, G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, sous la dir. de G. Marty, thèse de doct., Université de Toulouse, 1961, LGDJ, p. 144, 150-151. L'auteur ne justifie pas toutefois cette affirmation, comme si elle allait de soi à ses yeux. En outre, elle n'est pas très claire et ailleurs l'auteur indique que la manifestation de volonté individuelle « n'a de valeur et d'efficacité que par sa réunion avec d'autres

les actes concourant à l'élaboration d'un acte juridique plurilatéral ne sont pas des actes juridiques [1298]. Lorsque les auteurs prennent le temps de s'interroger sur leur nature ils indiquent, pour les uns, que ces actes constituent de simples *éléments d'actes juridiques* [1299], sans qu'on ne puisse trop savoir ce que recouvre réellement cette qualification, et, pour les autres, que ces actes sont des *faits juridiques* [1300]. Malgré cette différence de qualification, l'analyse paraît être la même : ces actes ne méritent pas la qualification d'acte juridique car ils ne produisent aucune norme. Sans doute, ces actes produisent quelqu'effet, puisque, mis bout à bout, ils permettront l'avènement d'un « acte juridique complet » [1301], ce qui a conduit une autrice à parler à leur égard d'« effet numérique » [1302]. Pour autant, les auteurs affirment que cet effet ne serait pas une norme car, disent-ils, l'acte à l'origine de cet effet n'engage pas son auteur [1303].

341. Critique de cette opinion. Une telle analyse nous paraît discutable. D'abord, car l'on peine à comprendre, d'un point de vue logique, comment d'une accumulation de rien pourrait naître une norme. Ensuite, car le raisonnement qui la motive repose souvent sur des prémisses inexactes. Ainsi, pour nier la qualification d'acte juridique, les auteurs se contentent souvent de démontrer que les actes volontaires concourant à la délibération n'engagent pas ceux qui ont exprimé leur volonté (dans le cas d'associés participant à une délibération sociale) ou ceux qui sont représentés par les personnes s'étant exprimées (dans le cas de représentants des états participant à une délibération d'une organisation internationale) [1304]. Un tel raisonnement postule cependant que la norme se réduirait à l'engagement personnel du votant ou de son représentant. Or, c'est là une erreur. La norme peut avoir bien d'autres objets qu'imposer à son auteur ou à son représentant un modèle de conduite. Ce modèle de conduite peut également concerner les tiers, tel le groupement lui-même ou les membres qui le composent. Dès lors, ce n'est pas en prouvant que le vote n'engage pas celui qui l'émet ou son représentant, que l'on prouve que celui-ci ne produit aucune norme juridique. Pour parvenir à une telle conclu-

éléments semblables ; à l'état isolé, elle ne saurait être considérée comme un engagement ».

1298. Not. R. Cabrillac, *L'acte juridique conjonctif*, sous la dir. de P. Catala, thèse de doct., Université Montpellier I, 1990, LGDJ, n° 169-176, où l'auteur refuse de considérer l'acte conjonctif comme composé d'une pluralité d'acte.

1299. Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, Tome 1, p. 425 s.

1300. É. Lagrange, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international : Une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, sous la dir. de J.-P. Queneudec, thèse de doct., 2002, Kluwer Law International, p. 341. L'autrice ne se prononce néanmoins que pour le vote et encore le fait-elle timidement en indiquant que « [l]e vote ressemblerait davantage à un fait juridique : porteur d'une volonté, il produit des "effets étrangers à cette volonté" ».

1301. Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, Tome 1, p. 425-426.

1302. É. Lagrange, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international : Une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, sous la dir. de J.-P. Queneudec, thèse de doct., 2002, Kluwer Law International, p. 342 : « [l]e vote produit, en s'ajoutant à d'autres manifestations de même sens, un "effet numérique" qui peut aboutir à la formation d'une volonté diamétralement opposée à celle dont il est porteur ».

1303. Not. *ibid.*, p. 315-324 ; rappr. G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, sous la dir. de G. Marty, thèse de doct., Université de Toulouse, 1961, LGDJ, n° 148.

1304. É. Lagrange, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international : Une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, sous la dir. de J.-P. Queneudec, thèse de doct., 2002, Kluwer Law International, p. 317.

sion, il faudrait plus généralement prouver que le vote ne produit aucune norme. Or, l'étude approfondie du vote permet au contraire de conclure que celui-ci crée bien une norme.

Pour en prendre conscience, il convient de partir d'un exemple simple. Voilà un conseil municipal, au cours duquel se présente une proposition visant à prescrire la révision d'un plan local d'urbanisme [1305]. En s'inspirant de l'exemple précédent du contrat d'exploitation d'un gisement pétrolier, l'on peut dire que toutes les personnes votant en faveur de la proposition de révision peuvent être perçues comme créant une norme suivant laquelle elles enjoignent aux autorités compétentes de mener un travail de préparation de la révision, sous réserve que suffisamment d'autres membres du conseil s'expriment dans le même sens [1306].

Quant aux personnes votant contre la proposition, ou s'abstenant, il peut être dit que leur acte crée une norme, par laquelle la demande de révision inscrite à l'ordre du jour est refusée, sous condition qu'un certain nombre d'autres personnes votent dans le même sens, ou s'abstiennent [1307]. L'étude des différents actes volontaires émis par les membres du conseil laisse donc apparaître que chaque vote contient une norme conditionnée pour sa vigueur à l'existence de normes analogues [1308] créées par un certain nombre d'autres membres du conseil.

En généralisant, l'on peut dire que **chacun des actes volontaires concourant à une délibération crée au moins une norme conditionnée pour sa vigueur à l'existence d'un certain nombre d'autres normes analogues**.

342. Indiquons aussitôt que les différentes normes créées par les actes volontaires concourant à cette délibération ne constituent pas des doublons, de sorte qu'il ne serait pas justifié d'adresser à la présentation ici donnée les reproches qu'encourt toute construction théorique impliquant l'existence de tels doublons. Sans doute, ces normes sont identiques par leur destinataire et le modèle de conduite qu'elles posent, mais elles diffèrent par la condition à laquelle leur application est subordonnée. En effet, chaque norme de la délibération est conditionnée à la création d'un modèle de conduite identique par les *autres membres du groupement*. Or, les personnes incluses dans l'expression « autres membres du groupement » sont différentes d'une norme à l'autre : l'auteur de la norme changeant, le contenu de la catégorie « autres membres du groupement », définie par rapport à cet auteur, change également. Il n'y a donc pas identité des normes produites.

En outre, quand bien même l'on voudrait y voir une identité des normes, il convient d'ajouter que l'on ne retrouverait pas les inconvénients du recours à un système de doublon. Les reproches d'inutilité du doublon [1309], ou d'usurpation de la paternité de la norme déjà posée par un autre,

1305. Procédure prévue par l'art. L. 123-13 c. urb.
1306. Au total, la proposition inscrite à l'ordre du jour ne sera adoptée qu'à la majorité absolue des suffrages exprimés (art. L. 2121-10 du CGCT).
1307. Pour que la résolution soit rejetée il faudra qu'au moins la moitié des personnes aient voté contre ou se soient abstenues.
1308. Nous disons analogues car, bien que ces normes soient très proches, elles diffèrent quelque peu en raison des destinataires de normes conditionnantes. Cf. *infra* n° 342.
1309. Pour un exemple d'un tel reproche, cf. *supra* n°s 196 s.

ne peuvent pas être adressés à la conception ici proposée. Ainsi, tout d'abord, il ne paraît pas possible de dire qu'en raison de leur identité, certaines normes seraient inutiles. Le fait que l'application de chaque norme soit conditionnée à l'adoption d'autre normes similaires montre bien que les normes ne sont pas inutiles. Sans doute pourrait-on prétendre qu'une fois la majorité atteinte, les autres votes sont inutiles. Toutefois, ce serait méconnaître le fait que, bien souvent, les votes sont simultanés, de sorte qu'il n'est pas possible d'identifier les actes volontaires qui auraient été inutiles.

Quant au reproche d'usurpation de l'identité de l'auteur d'une norme, il ne peut pas non plus être retenu ici. En effet, dans la mesure où les votes sont souvent concomitants, il n'est pas possible d'identifier celui qui aurait, le premier, créé la norme et qui pourrait, de ce fait, prétendre en être le seul auteur. En outre, l'argument de l'usurpation d'identité paraît dénué de pertinence lorsque la norme est conditionnée à l'élaboration d'autres normes similaires. L'usurpation suppose une forme d'indépendance dans la création de la norme, laquelle ne paraît pas ici présente. Tous les membres de l'organe délibérant peuvent percevoir que la norme issue de la délibération est le produit de leur volonté commune, quand bien même l'initiative pourrait n'en revenir qu'à quelques-uns.

343. Si chacun des actes volontaires concourant à la délibération crée au moins une norme, alors cela signifie que chacun de ces actes constitue un acte juridique, à l'identique donc de ce que nous avons pu observer pour le contrat. Une telle conclusion n'est pas sans conséquences pour la délibération, mais aussi pour le contrat. Elle implique en effet, comme cela va être à présent démontré, de refuser la qualification d'acte juridique au contrat et à la délibération

b. La qualification d'acte juridique refusée au contrat et à la délibération

344. Plan. Le fait que le contrat et la délibération procèdent d'une succession d'actes juridiques n'empêche pas, en soi, leur qualification d'acte juridique et ne vient donc pas remettre en question le principe d'une classification des espèces d'actes juridiques selon le nombre de leurs auteurs. La théorie des ensembles nous apprend en effet qu'un ensemble peut ou non avoir les mêmes caractéristiques que les objets le composant. Par exemple, l'ensemble des tas de feuilles posés sur un bureau forme toujours un tas de feuilles. À l'inverse, l'ensemble des cercles dessinés par un enfant sur une feuille n'a nullement la forme d'un cercle. Dans ces conditions, il n'est pas possible d'affirmer, *a priori*, que le contrat et la délibération sont ou ne sont pas des actes juridiques et d'en déduire qu'il n'y aurait alors plus de sens à distinguer les actes juridiques unilatéraux des actes juridiques multilatéraux. Ceci sera donc démontré d'abord pour le contrat, puis pour la délibération.

345. Pour le contrat. Des développements précédents, il ressort que le contrat est le résultat d'un processus dans lequel interviennent plusieurs actes juridiques. Cette conclusion rend délicate l'adhésion à l'idée selon laquelle le contrat serait aussi un acte juridique — le

troisième avec l'offre et l'acceptation — dont l'offrant et l'acceptant seraient les auteurs [1310].

En effet, cette idée impliquerait de pouvoir identifier pour le contrat les éléments de qualification de l'acte juridique, donc notamment l'acte volontaire et la création de normes. Or, s'agissant de l'exigence d'actes volontaires, il n'en existe aucun autre que ceux caractérisant l'offre et l'acceptation. Sans doute, il pourrait être considéré, de manière quelque peu artificielle, que le même acte volontaire puisse être utilisé à la fois comme élément constitutif de l'offre et de l'acceptation et comme élément constitutif du contrat.

Cependant, ceci ne permettrait pas de sauver la qualification d'acte juridique du contrat car manquerait toujours comme élément constitutif la création d'une norme. En effet, les seules normes qui paraissent pouvoir être rattachées au contrat sont celles découlant de l'offre et de l'acceptation. Or ces normes sont déjà imputées à un auteur, de sorte qu'il n'est pas possible d'identifier ici d'autres normes que le contrat aurait créées. Dans ces conditions, faute de normes que le contrat aurait créées, il n'est pas possible d'y voir un acte juridique.

L'on pourrait néanmoins prétendre que ces deux normes conditionnelles s'additionnent et fusionnent en quelque sorte pour former de nouvelles normes, inconditionnelles cette fois. La construction est habile ; elle ne résiste cependant pas à l'analyse. En effet, si ces normes devaient, par le biais de leur rencontre, se « transmuer » en de nouvelles normes, cela signifierait qu'à aucun moment, lors de l'exécution du contrat, leur caractère conditionnel ne pourrait rejaillir. Or, qu'il s'agisse de l'existence de ces normes ou de leur validité, il peut être montré qu'il n'en est rien et que ces normes conservent leur caractère inconditionnel. Ainsi, si l'une de ces normes vient à disparaître, du fait de son annulation par le juge, l'autre norme cessera aussitôt d'être en vigueur par le mécanisme de la caducité, récemment maladroitement codifié [1311]. De même, si l'une des parties ne remplit pas ses obligations et qu'il est acquis que l'inexécution est définitive, la norme corrélative cesse d'être en vigueur par le biais de l'exception d'inexécution. Or, ces deux mécanismes traduisent suffisamment que la formation du contrat n'a nullement fait disparaître ce caractère conditionnel des normes contractuelles puisque le régime même de ces normes laisse apparaître la permanence de ce caractère. Par conséquent, l'argument suivant lequel les deux normes conditionnelles se seraient « transmuées » par la suite de la rencontre des volontés n'est guère sérieux. Il faut donc se résoudre à admettre que **le contrat n'est pas un acte juridique**.

346. Pour la délibération. Un raisonnement similaire peut être tenu pour la délibération, du moins dans l'hypothèse où la délibération est publique. En effet, dans ce cas-là, même à supposer que la somme des volontés puisse créer une nouvelle volonté, la volonté du groupe-

1310. Rappr. R. Elias, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale : Étude et critique*, sous la dir. de R. Piédelèvre, thèse de doct., Université de Paris, 1909, Sirey, p. 74 qui estime aussi que reconnaître l'existence de trois actes juridique ne serait pas satisfaisant. Cependant, cet auteur va préférer refuser la qualification d'acte juridique à l'offre et à l'acceptation plutôt qu'au contrat.

1311. Art. 1186 nouv. c. civ. Nous disons « maladroitement » car, au lieu de parler de condition de validité ou de vigueur venant à disparaître au cours de l'exécution du contrat, le texte emploi le terme imprécis d'« élément essentiel ».

ment, il ne paraît pas possible de dire que cette volonté a créé une norme. Cette norme existe déjà et est déjà applicable par suite de l'accomplissement de la condition tenant à la création d'une même norme par un certain nombre d'individus.

La situation est en revanche différente, du point de vue de l'ordre juridique tiers au groupement, lorsque la délibération a été adoptée secrètement et qu'il n'existe aucun moyen de connaître la volonté de chacun des membres du groupement. En effet, comme les actes individuels ne sont pas connus de l'ordre juridique, aucune norme ne peut être imputée personnellement aux membres du groupement. Dès lors, rien ne fait obstacle à ce que le groupement soit lui-même perçu comme le créateur de ces normes. Dans ces conditions, il pourrait être affirmé que la délibération constitue bien un acte juridique. Pour autant, il ne serait pas permis, en toute rigueur, d'y voir un acte juridique collectif car, par définition, dans cette hypothèse, l'ordre juridique dans lequel s'insèrerait cet acte n'aurait connaissance que de la volonté du groupement et non de la volonté de ses membres.

347. Bilan. Le contrat et la délibération n'étant pas des actes juridiques, il n'est plus possible de les réunir au sein d'une catégorie qui serait celle des actes juridiques plurilatéraux. Cette catégorie perdant alors tous les éléments la composant, elle n'a plus aucune pertinence. Ceci a pour conséquence qu'il n'y a plus aucun intérêt à distinguer les actes juridiques selon le nombre de leur auteur, car il apparaît que les actes juridiques ont toujours pour auteur une seule personne juridique. Si cette conclusion heurtera sans doute à l'heure où nous écrivons nombrede privatistes et de publicistes, elle sera très probablement partagée par les internationalistes, dont nous avons déjà aperçu plus haut, qu'ils avaient une approche plus fine du contrat [1312]. Serge Sur, par exemple, écrivait dès 1990 que « [l]'acte juridique est toujours un acte unilatéral, car il doit être rapporté à une personne juridique et à une seule » et cet auteur poursuivait, à propos des contrats ou des traités internationaux, qu'« il faut les analyser comme une juxtaposition d'actes unilatéraux », ce qui l'amenait à écarter « le mythe de la fusion des volontés » [1313]. Exprimant autrement sa pensée, il disait également que ces instruments « représentent des *complexes d'actes*, constituant une sorte de constellation d'actes unilatéraux, sous-système ayant partiellement une logique propre, quoique articulé avec l'ensemble » [1314]. En outre, même parmi les privatistes, l'on ne pourra s'empêcher de relever qu'un des grands noms du siècle passé, Gérard Cornu, avait aperçu cette possibilité d'un autre modèle théorique du contrat, en prenant appui sur les évolutions du droit des contrats dissociant de plus en plus les régimes de l'offre et de l'acceptation. Ainsi cet éminent auteur se demandait-il en 1978, aux termes d'un article sur l'évolution du droit des contrats, « si, dans de nouvelles perspectives, l'offre et l'acceptation ne se dissocient pas comme deux actes de volonté de nature

1312. *Supra* n° 336.
1313. S. Sur, « Actes, normes, droit : dix mille signes », *Droits,* 1990, vol. 11, p. 60.
1314. *Idem.*

différente, pour former à la limite, deux actes juridiques distincts » [1315]. Cela l'amenait alors à s'interroger sur la nature même du contrat : « Le mécanisme juridique d'où naissent les engagements est-il encore un contrat, un accord de volonté ? Ne serait-il pas dans la succession de deux actes juridiques unilatéraux soumis à des règles différentes ? Décomposition qui ferait voir, dans une opération, deux actes accolés, la vente et l'achat, le prêt et l'emprunt (*locatio* et *conductio*...), non pas sans doute selon la vision primitive du droit romain, mais comme un reflet d'une situation où le débat réel fait place à la rencontre de deux décisions issues de processus différents. » [1316].

Où l'on voit que la construction ici proposée n'est pas totalement sans lien avec la pratique de certains juristes qui l'ont imaginée adoptée, non seulement car elle leur semblait plus juste théoriquement, mais aussi sans doute car elle leur apparaissait plus opportune que la solution traditionnelle consistant à voir dans le contrat lui un acte juridique.

2. Une qualification d'acte juridique inopportune

348. L'analyse actuelle du contrat et de la délibération comme des actes juridiques pose un certain nombre de difficultés tant théoriques que pratiques, lesquelles font apparaître le caractère inopportun de cette analyse. Si les inconvénients les plus visibles se manifestent au sein de la théorie des actes juridiques, certains s'aperçoivent aussi en droit de la responsabilité civile. Ainsi, à propos de la délibération, refuser d'analyser le vote comme un acte juridique rend difficilement concevable qu'une personne participant à la délibération puisse engager sa responsabilité, notamment dans l'hypothèse où elle se serait engagée à voter dans un sens, ce qu'elle n'aurait pas fait [1317] — problématique distincte de la responsabilité découlant de l'absence de participation à un vote obligatoire. En effet, admettre que l'exercice du droit de vote puisse en lui-même être fautif implique d'identifier un comportement fautif. Or, contrairement par exemple à un coup, le vote n'entraîne aucun effet dans le monde sensible. Dès lors, si l'on veut voir dans le vote un acte fautif, il faut nécessairement admettre que ce vote a, dans le monde juridique (et non plus dans le monde sensible), produit quelqu'effet. À défaut d'une telle reconnaissance, il devient impossible d'expliquer où réside le comportement fautif et donc de rendre compte de la réalité du droit.

1315. G. Cornu, « L'évolution du droit des contrats en France » *in Journées de la Société de législation comparée*, Sociétés, 1979, p. 461, cité par D. Galbois, *La notion de contrat : Esquisse d'une notion*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2018, n° 600. Rappr. G. Rouhette, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat » *in Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981.

1316. G. Cornu, « L'évolution du droit des contrats en France » *in Journées de la Société de législation comparée*, Sociétés, 1979, p. 461-462.

1317. Sur la responsabilité des états votant en faveur de résolution contraire à d'autres engagements qu'ils auraient pris par ailleurs, cf. É. Lagrange, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international : Une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, sous la dir. de J.-P. Queneudec, thèse de doct., 2002, Kluwer Law International, p. 326-342 qui, tout en relevant qu'une telle responsabilité ne semble pas encore existé, reconnaît qu'il pourrait en être autrement demain.

Autre exemple, bien plus général cette fois, il est permis de penser que la distinction artificielle des différents actes juridiques est en partie responsable du caractère éclaté du droit de la responsabilité civile : la violation de la loi civile donne lieu à une action en responsabilité civile qualifiée de délictuelle, là où la violation d'un contrat donne lieu à une action en responsabilité dite « contractuelle ». La prise de conscience de ce que le contrat et la loi — qu'on qualifie cette dernière d'acte unilatéral ou d'acte collectif —, ont pour point commun d'être des actes juridiques, donc des actes créateurs de normes, invite à relativiser ces oppositions et à rechercher des règles communes aux mécanismes du droit de la responsabilité sanctionnant leur violation. Il est frappant de constater que les récents efforts de simplification du droit de la responsabilité, au moyen de la suppression de la distinction des responsabilités contractuelles et délictuelles, s'appuient sur cette commune nature de norme du contrat et de la loi [1318].

À s'en tenir à présent à la théorie de l'acte juridique, classer les espèces d'actes juridiques selon le nombre de leurs auteurs pose plusieurs problèmes. On en prendra conscience en montrant les effets néfastes induits par la définition du contrat comme un acte juridique [1319]. D'abord, il apparaît que qualifier le contrat d'acte juridique fait obstacle à l'identification d'autres actes juridiques situés en amont ou en aval du contrat. Le contrat est en effet si présent dans l'esprit des juristes et même dans le code civil [1320], que ceux-ci ont tendance à fondre dans le contrat de nombreux autres actes juridiques qui se trouvent ainsi occultés. À cela s'ajoutent des difficultés tenant au nombre limité d'espèces d'« actes juridiques plurilatéraux » : le contrat et l'« acte juridique collectif ». Ces « espèces d'acte juridique » ne suffisant pas à embrasser l'ensemble des combinaisons possibles d'actes volontaires, les auteurs ont parfois bien du mal à s'accorder sur la qualification d'un objet ne correspondant pas exactement aux espèces identifiées en doctrine. L'on se souvient par exemple des nombreuses difficultés de qualification de la relation médicale qui, parce qu'elle ne correspondait pas aux représentations sociales du contrat, se voyait souvent refusée cette qualité. Les problèmes induits par cette analyse ne concernent pas seulement l'identification des actes (**a.**), ils touchent également le régime de ceux-ci car, à se concentrer trop sur le contrat, on en oublie les autres actes juridiques qui, de ce fait, ne sont plus correctement régulés (**b.**).

1318. E. Juen, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, sous la dir. de É. Loquin, thèse de doct., Université de Bourgogne, 2014, n°s 541 s.
1319. La relative mise à l'écart de la délibération dans cette partie de la démonstration est doublement motivée. D'une part, l'attachement de la doctrine à la qualification d'acte juridique de la délibération est bien moindre que celui accordé au contrat. Dès lors, il ne paraît pas nécessaire, pour convaincre les auteurs de rejeter cette qualification, de montrer que ce raisonnement, en plus d'être inexact, est inopportun. En outre, quand bien même l'on voudrait démontrer le caractère inopportun de cette qualification, ceci serait moins évident, car eu égard à la moindre utilisation de concept par les juristes, il suscite, mathématiquement, moins de difficultés.
1320. Tout un titre lui est consacré.

a. Une qualification complexifiant l'identification des actes juridiques

349. Plan. L'analyse classique du contrat et de la délibération comme des espèces d'actes juridiques instaure dans l'esprit des juristes une mauvaise méthode de qualification. En effet, reconnaître la qualité d'acte juridique au contrat et à la délibération, plutôt qu'aux actes qui les composent, pousse les juristes à adopter une méthode d'identification des « actes juridiques plurilatéraux » à partir de l'examen de l'agencement des actes volontaires les composant. Le problème de cette méthode d'identification est qu'il n'existe qu'un nombre très limité de combinaisons d'actes volontaires reconnus comme « acte juridique plurilatéral ». Seules ont cette qualité les opérations où coexistent deux types d'actes volontaires se rencontrant — ce sera alors un contrat — et celles reposant sur plusieurs actes volontaires dont les auteurs décident ensemble d'un même point — ce sera alors un acte juridique collectif. Or, il existe nombre d'opérations faisant intervenir plusieurs actes volontaires qui ne s'insèrent pas dans ces moules préexistants. D'où des difficultés d'identification (**i.**).

À ces difficultés techniques, s'en ajoutent d'autres, d'ordre dogmatique. Parce que le contrat est l'acte juridique qui, du moins en droit privé, correspond le mieux au dogme de l'autonomie de la volonté, il va être survalorisé et subir une hypertrophie [1321]. Or, l'importance ainsi donnée au contrat dans la théorie de l'acte juridique va conduire à refuser la qualité d'acte juridique à des actes dont l'identification pourrait faire de l'ombre au contrat ou du moins à la conception que les juristes s'en font. D'où, à nouveau, des difficultés d'identification suscitées par la conception du contrat comme acte juridique (**ii.**).

i. Une méthode d'identification défectueuse

350. Exposé de l'analyse. Le fait de reconnaître la qualité d'acte juridique aux délibérations et aux contrats plutôt qu'aux actes concourant à leur formation apparaît problématique lorsque l'opération que le juriste cherche à qualifier ne correspond pas exactement à l'agencement d'une de ces deux « espèces d'actes juridiques plurilatéraux ». Ceci donne lieu alors à d'interminables débats pour savoir s'il est possible de forcer un peu la catégorie en question ou s'il vaut mieux, en sauvegardant les principes, laisser l'opération examinée dans les limbes de l'analyse juridique, voire créer une nouvelle espèce, un acte juridique *sui generis*.

351. Illustrations. Ceci est particulièrement manifeste à propos du contrat qui se structure, dit-on, autour de la rencontre d'une offre et d'une acceptation. En effet, à plusieurs occasions, les juristes ont rencontré des difficultés pour qualifier des opérations qui, bien que

1321. Rappr. H. Capitant, *Droit civil approfondi et comparé : les principes fondamentaux du droit des contrats*, Cours de droit, 1932–1933, p. 9 : « Les civilistes ont tendance à élargir à l'excès la notion de contrat ». Cf., dans le domaine médical, J. Bellissent, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat : À propos de l'évolution des ordres de responsabilité civile*, sous la dir. de R. Cabrillac, thèse de doct., 2001, LGDJ, n°s 755 s. et M. Girer, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : Essai de remise en cause du contrat médical*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., 2008, LEH, n° 516 s.

proches à leurs yeux du contrat, soit ne révélaient pas de *rencontre* de l'offre et de l'acceptation soit, au contraire, ne se trouvaient pas seulement caractérisées par une telle rencontre bilatérale.

352. *Illustration : la complexité induite par l'idée de* rencontre *d'une offre et d'une acceptation.* La perception du contrat comme la résultante d'une *rencontre* des volontés génère bien des difficultés. Nous avons vu en effet, dans la première partie de ce travail, qu'un certain nombre d'auteurs refusaient d'accorder la qualification de contrat à certaines opérations au motif, qu'à leurs yeux, il n'existerait pas de véritable rencontre des volontés. Ainsi la qualification contractuelle de la relation médicale a pu être niée au motif qu'« il est clair qu'il n'existe pas d'échange de volontés entre le médecin et le patient ; bien au contraire le médecin est chargé d'attester, donc de garantir et de certifier la qualité de ce consentement » [1322]. Il en a été de même pour la cession d'action en droit des marchés financiers, dont les auteurs ont pu nier la qualification contractuelle au motif que, les ordres étant anonymes et leur appariement fait de manière automatique, il ne pouvait pas y avoir de rencontre des volontés [1323]. Peut également être citée la vente conclue avec un automate, à propos de laquelle Georges Rouhette a pu dire que la « rencontre de deux volitions [était] une sophistication ridicule et sans doute superflue ».

De même encore, en procédure pénale, la qualification contractuelle a été niée à propos de l'opération par laquelle le juge proposait à un condamné une mesure alternative à l'emprisonnement, mesure que le condamné devait ensuite accepter. Dans cette hypothèse, pour nombre d'auteurs, on ne saurait parler de rencontre des volontés : « le consentement de l'intéressé, aussi important soit-il, n'est tout au plus qu'une condition légale préalable à une décision judiciaire dont le caractère unilatéral ne se trouve nullement affecté » [1324]. La distance « idéologique » entre le condamné et l'état le condamnant apparaît trop importante aux auteurs qui, dès lors, n'osent pas parler de contrat [1325]. Il en va de même pour la distance entre l'auteur de l'infraction et la victime, lorsque cette dernière consent à l'infraction [1326].

Parfois, ces analyses emportent l'adhésion de la doctrine, qui va créer une nouvelle espèce d'acte juridique — c'est ce qui s'est passé dans la doctrine allemande de la deuxième moitié du

1322. D. Thouvenin, « La référence au contrat de soins dans les expérimentations sur l'Homme » *in Éthique médicale et droit de l'Homme*, Actes Sud et Inserm, 1988, p. 138.
1323. Cf. *supra* n° 247.
1324. M. van de Kerchove, « Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle ? » *in La contractualisation de la production normative*, sous la dir. de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, Dalloz, 2008, p. 191. Rappr. J.-B. Perrier, *La transaction en matière pénale*, sous la dir. de S. Cimamonti, thèse de doct., Université d'Aix-Marseille, 2014, LGDJ et Lextenso éditions, n° 667.
1325. Sur la notion de distance, cf. spé. M.-L. Mathieu-Izorche, « Outils mathématiques pour l'étude du droit : l'exemple de la notion de distance », *Cahiers des Écoles doctorales de la Faculté de Montpellier,* 2003, vol. 3, n°s 94-95, où l'autrice souligne la subjectivité de cette notion.
1326. X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, sous la dir. de P. Maistre du Chambon, thèse de doct., Université de Grenoble, 2002, LGDJ, n° 105 : « la théorie de l'offre contractuelle ne peut pas être admise car une offre pour être efficace doit être acceptée. Or le consentement permissif n'est pas réceptif, il ne doit donc pas forcément être connu ou accepté par l'agent pour être efficace. La majorité de la doctrine est, semble-t-il, de cet avis. Dès lors, on ne peut assimiler le consentement de la victime à une offre de contrat sans le dénaturer ».

XIXe siècle [1327] — ; parfois, au contraire, le débat va se poursuivre sans fin entre les auteurs [1328], certains estimant qu'il y a bien une rencontre des volontés ou à tout le moins que ce critère doit être assoupli pour permettre l'admission de la qualification de contrat [1329].

Or, tous ces débats paraissent insolubles car le critère au moyen duquel ils devraient être tranchés demeure mystérieux, laissant ainsi une grande place à la subjectivité de l'interprète. Comme l'ont fort bien relevé d'éminents auteurs, le critère de la *rencontre* ou de l'*accord* des volontés, qui est utilisé pour caractériser l'opération contractuelle, est tout sauf précis. Comme l'écrit G. Rouhette, ce terme n'est qu'une « image » qui ne permet pas de « révéler toute la richesse de son contenu et dévoiler l'essence du contrat » [1330]. Rémy Libchaber parle quant à lui de « boîte noire », de « mystère » [1331]. Charles Demolombe, en son temps, soulignait déjà le caractère « métaphysique » de cette rencontre [1332]. Dès lors, pour faire disparaître ces difficultés de qualification, il convient de contourner ce critère. Le moyen le plus simple pour cela est d'abandonner la méthode de qualification issue de l'analyse classique du contrat comme acte juridique. Au lieu de chercher à rapprocher les opérations envisagées de la structure du contrat, il faut se demander si chacun des actes concourant à l'opération examinée répond à la qualification d'acte juridique.

Cette méthode a été par exemple récemment utilisée avec succès en droit des marchés financiers par un auteur qui a pu, grâce à elle, sortir des débats sans fin relatifs à la nature de l'acte d'investissement. Changeant la méthode de qualification jusque-là adoptée, cet auteur s'est attaché à montrer que, pris isolément, l'acte d'investissement répondait bien à la qualification d'acte juridique et que cela suffisait amplement à résoudre les problèmes que l'acte d'investissement posait en pratique [1333]. Point n'est besoin de savoir s'il peut être prétendu que cet acte volontaire d'investissement *rencontre* une autre volonté et constitue de ce fait un contrat, ou s'il est au contraire autonome par rapport aux autres volontés avec lesquelles il interagit. Où l'on voit bien l'avantage qu'il peut y avoir à abandonner la méthode classique de

1327. Sur l'historique de ce concept, cf. G. de Bézin, « Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe », *Recueil de législation de Toulouse,* 1905, URL : https://archive.org/stream/s2recueil01acaduoft#page/288/mode/2up, n° 3.

1328. Voyez par exemple les débats nourris sur la nature de l'acte d'investissement évoqués dans A. Tehrani, *Les investisseurs protégés en droit financier*, sous la dir. de T. Bonneau, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2013, nos 380-384.

1329. Cf. B. Oppetit, « Le consentement sans l'échange : le concours des consentements », *RJ. com.,* nov. 1995, 11, p. 73, indiquant à propos de la qualification à donner aux ententes en droit de la concurrence : « Si l'on récuse le schéma consensualiste du concours de volontés, rien n'interdit alors de voir de véritables accords dans les actions et pratiques concertées, reposant sur un faisceau d'engagements indépendants ».

1330. G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, sous la dir. de R. Rodière, thèse de doct., Paris, 1965, n° 99.

1331. R. Libchaber, « Réflexions sur les effets du contrat » *in Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, n° 6. Dans le même sens, G. Mouy, *Les effets différés de l'acte juridique*, sous la dir. de G. Viney, thèse de doct., Université Paris 1, 2007, nos 10-11.

1332. Ch. Demolombe, *Cours de code Napoléon : Traité des contrats - 1*, 1868, URL : https://books.google.fr/books?id=zghHAAAAcAAJ&hl=fr&pg=PP9#v=onepage&q&f=false, n° 72.

1333. A. Tehrani, *Les investisseurs protégés en droit financier*, sous la dir. de T. Bonneau, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2013, nos 380 s.

qualification, en cessant de considérer le contrat comme un acte juridique à part entière et en s'intéressant plutôt aux actes juridiques dont il est le produit.

353. ***Illustration : la complexité induite par l'idée d'une dualité des parties.*** La grande diversité des procédures juridiques ne permet pas non plus d'appréhender les procédures impliquant plusieurs actes volontaires dans le seul moule du contrat et de la délibération. La pratique et les textes juridiques confrontent en effet les juristes à des opérations plus complexes qu'ils ont alors du mal à appréhender dans leur conception classique de l'acte juridique, réticente à conférer cette qualité aux éléments de telles procédures.

Que faire par exemple, en droit civil, des « contrats judiciaires », c'est-à-dire des opérations faisant intervenir un offrant, un acceptant, mais aussi un magistrat ?

Que faire également du mariage, lequel nécessite pour être formé, outre le consentement des deux époux, un acte de l'officier d'état civil, acte sur lequel l'on s'est parfois appuyé pour nier la qualification contractuelle du mariage [1334] ?

Que faire, de même, des fondations qui, outre la volonté du donateur, nécessitent la création de la fondation à la suite d'un décret pris après avis simple du Conseil d'État et ensuite l'acceptation de la donation par la fondation créée ? Récemment un auteur a proposé de les analyser comme un engagement unilatéral de volonté [1335]. Cependant cette qualification implique que le donataire se trouve dépossédé de son bien dès la donation et que ne pèse par exemple plus sur lui les diverses charges (notamment fiscales) afférentes à ce bien. En outre, cette qualification marginalise la volonté du gouvernement d'autoriser la création de la fondation, ainsi que la volonté de la fondation d'accepter cette donation. Où l'on voit bien que la qualification d'engagement unilatéral n'est pas satisfaisante pour rendre compte du processus de création d'une fondation, pas plus que celle de contrat qui ne permet pas de rendre compte du rôle du Gouvernement dans la création de la fondation.

Que faire aussi de la relation médicale où interviennent de nombreux intervenants : l'établissement de santé, les caisses d'assurance, le chef de l'équipe médicale, le pharmacien délivrant le médicament, etc. ? Certes, l'on pourrait envisager d'appréhender toutes ces relations en usant de contrat entre chacune des personnes concourant à la relation médicale, cependant l'analyse ne serait alors guère aisée comme nous l'avons vu plus haut [1336].

Que faire encore, en procédure pénale, des accords conclus entre la victime d'une infraction et son auteur, à l'occasion d'une médiation pénale [1337] ? La présence d'un médiateur participant activement à la décision n'empêche-t-elle pas la qualification contractuelle [1338].

1334. Cf. not. F. Terré et D. Fenouillet, *Droit de la famille*, Dalloz, 2011, n° 77.
1335. Sur leur création, cf. not. J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, sous la dir. de M. Grimaldi, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2015, n° 91.
1336. *Supra* n° 77.
1337. Art. 41-1 CPP.
1338. En ce sens V. Wester-Ouisse, *Convention judiciaire et juridiction pénale*, sous la dir. de L. Cadiet, thèse de doct., Université de Nantes, 1999, n° 473.

Que faire enfin, en droit des marchés financiers, des opérations de cessions d'action conclues après l'intervention d'une chambre de compensation ? Pour certains auteurs, à une époque où les chambres de compensation étaient obligatoires [1339], l'intervention de cette chambre empêchait de retenir la qualification contractuelle [1340].

354. Outre les querelles doctrinales que cette méthode de qualification engendre, il y a lieu de relever que l'impossibilité de recourir à la qualification contractuelle crée un vide que les auteurs ou la jurisprudence ne parviennent que difficilement à combler [1341].

Or, ces difficultés sont à nouveau le fait d'un problème de méthode. Plutôt que de chercher à qualifier l'ensemble des actes concourant à ces opérations, en espérant y retrouver des modèles connus d'actes juridiques plurilatéraux, il serait préférable d'abandonner cette conception « globalisante » de l'acte juridique et d'adopter une autre méthode, consistant à examiner un par un chacun des actes composant ces opérations complexes.

C'est semble-t-il cette direction qu'Annick Batteur a invité la doctrine à suivre pour mieux analyser la relation médicale. En effet, pour rendre compte de la pluralité des consentements du patient, cette autrice a proposé de recourir à l'idée d'une pluralité d'actes juridiques [1342]. Une telle idée, si elle était étendue à tous les actes volontaires intervenant dans l'opération de soin, permettrait ainsi d'appréhender toute la richesse de la relation médicale, à rebours de ce que permet l'analyse contractuelle classique. Par exemple, ceci permettrait d'analyser la pluralité des autorisations de soins octroyées par le patient et ses éventuels représentants pour chaque acte médical intervenant au cours de cette relation. De même, cela permettrait de rendre compte des nombreuses habilitations que le médecin octroie à des tiers pour intervenir dans la relation médicale soit pour pratiquer des actes sur le corps du patient (infirmiers et aides-soignants), soit pour participer à l'élaboration du diagnostic (biologistes médicaux), soit encore pour délivrer au patient des médicaments (pharmaciens). De même encore, cela permettrait de rendre compte des autorisations sollicitées par le médecin auprès des organismes de sécurité sociale, afin d'obtenir une meilleure prise en charge financière du malade.

On le voit, la méthode d'identification des actes juridiques, impliquée par la qualification du contrat comme un acte juridique, n'est guère optimale. Comme l'affirmait il y a plus de quarante années Jean Hauser, « c'est une impérieuse nécessité de l'heure que de comprendre

1339. Tel n'est plus le cas aujourd'hui depuis l'article 47, 1, e) de la directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE. Que Patrick Barban soit ici remercié pour nous avoir signalé ce point.

1340. A.-C. Muller, *Droit des marchés financiers et droit des contrats*, sous la dir. de H. Synvet, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2007, Économica, n° 59 ou A.-C. Rouaud, *Contribution à l'étude de l'opération de marché*, sous la dir. de J.-J. Daigre, thèse de doct., Université Paris I, 2010, IRJS, n° 551.

1341. Cf., à propos du contrat judiciaire, A. Engel-Créach, *Les contrats judiciairement formés*, sous la dir. de A. Bénabent, thèse de doct., 2002, Économica, n° 104 et 107, où l'autrice relève d'abord l'étonnement de la doctrine à la suite d'une décision de la Cour de cassation ayant suggéré que le contrat judiciaire serait un quasi-contrat, puis indique que selon elle les contrats judiciairement formés « n'entrent dans aucune catégorie juridique connue ».

1342. A. Batteur, « Le consentement sur le corps en matière médicale » *in La libre disposition de son corps*, sous la dir. de J.-M. Larralde, t. 88, Bruylant et Nemesis, 2009, n°s 13-15.

qu'une structure plus complexe que le contrat doit naître en droit privé pour embrasser l'infinie diversité des manifestations modernes de l'activité humaine en société ». Or, c'est cette structure plus « complexe » ou plutôt, plus *élémentaire*, que la conception de l'acte juridique ici proposée met à jour. Une telle conception invite en effet les juristes à décomposer les opérations complexes qu'ils observent en autant d'actes juridiques qu'il y a d'actes volontaires créateurs de normes. Une telle méthode, outre qu'elle faciliterait la qualification d'opérations ne se rapprochant pas exactement du contrat, permettrait également de faire apparaître d'autres actes juridiques que l'omniprésence du contrat a laissés dans l'ombre.

ii. Une identification perturbée par l'omniprésence du contrat

355. Parce que le contrat occupe une place importante dans l'enseignement des juristes et fait figure, du moins chez les juristes de droit privé, de modèle pour les actes juridiques, les privatistes ont parfois tendance à refuser la qualification d'acte juridique aux actes qui n'iraient pas dans le sens de cette prégnance du contrat.

Ceci s'observe tout d'abord dans la tendance de certains auteurs à étendre à l'acte juridique l'idéologie autonomiste véhiculée par le contrat et à refuser de ce fait la qualité d'acte juridique aux actes qui ne correspondraient pas à ce modèle. Pascal Ancel, par exemple, a pu refuser la qualification d'acte juridique au consentement de la victime en droit pénal, au motif que les effets produits par ce consentement étaient intégralement réglementés par la loi [1343]. Ce faisant, cet auteur s'est fondé sur une définition de l'acte juridique empruntant par trop à la philosophie d'autonomie de la volonté qui habite le contrat. Or, un tel refus de la qualification d'acte juridique apparaît peu cohérent au regard du régime juridique auquel ce consentement se trouve soumis. Pascal Ancel indique en effet, dans la suite de son travail, que ce consentement, bien que ne correspondant pas à la qualification d'acte juridique, est assujetti à des règles très proches de celles applicables à l'acte juridique : consentement non vicié, capacité, conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs [1344].

356. Par ailleurs, l'importance du contrat dans la doctrine de l'acte juridique paraît guider le comportement de nombre de juristes qui refusent d'apercevoir dans le contrat la pluralité des actes juridiques qui le composent. Ainsi, le refus des auteurs d'attribuer à l'offre et à l'acceptation la qualité d'acte juridique paraît en grande partie s'expliquer par leur refus de mettre en péril la définition du contrat comme acte juridique [1345]. De même, un auteur a pu expliquer

1343. P. Ancel, *L'indisponibilité des droits de la personnalité*, sous la dir. de G. Couturier, thèse de doct., Université de Dijon, 1978, URL : http://orbilu.uni.lu/request-copy/10993/16812/24419/Th%C3%83%C2%A8se%20de%20doctorat.pdf, n° 47. *Contra* X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, sous la dir. de P. Maistre du Chambon, thèse de doct., Université de Grenoble, 2002, LGDJ, n° 695.

1344. P. Ancel, *L'indisponibilité des droits de la personnalité*, sous la dir. de G. Couturier, thèse de doct., Université de Dijon, 1978, URL : http://orbilu.uni.lu/request-copy/10993/16812/24419/Th%C3%83%C2%A8se%20de%20doctorat.pdf, n°s 55 s.

1345. Jacques Martin de la Moutte justifie ainsi la disqualification de l'offre comme acte juridique par le motif qu'admettre une telle qualification empêcherait de différencier l'acte unilatéral du contrat (J. Martin de la

l'absence de visibilité donnée aux actes juridiques (unilatéraux) prenant place lors de l'exécution du contrat par la volonté de sauvegarder « l'unité du contrat » et les « principes contractuels les mieux établis » [1346]. Or, une telle analyse n'aide guère à l'appréhension de ces différents actes humains et des intérêts qui les sous-tendent, comme l'ont montré plusieurs auteurs [1347]. Récemment, par exemple, Magali Jaouen s'est efforcée de montrer comment l'appréhension des sanctions contractuelles, au moyen du concept d'acte juridique, permettait de mieux réguler ces sanctions [1348].

357. À l'inverse, l'omniprésence du contrat conduit parfois les magistrats à retenir la qualification contractuelle dans des hypothèses où elle n'est pas en adéquation avec la réalité. Tel a été le cas par exemple de la sentence arbitrale, que les magistrats ont un temps considérée, à la suite des conclusions rendues par Philippe-Antoine Merlin dans un arrêt du 15 juillet 1812 [1349], comme un simple contrat [1350]. Cependant, le caractère fictif de cette qualification a été rapidement perçue par la doctrine et les magistrats [1351] et ces derniers, à la suite d'un décret du 12 mai 1981, ont nettement abandonné cette qualification contractuelle, ce qui a permis d'appliquer ainsi aux sentences arbitrales la méthode des conflits de juridiction [1352]. Ce

Moutte, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, sous la dir. de P. Raynaud, thèse de doct., Université de Toulouse, 1951, n° 28). De même, J. Chabas, pour s'opposer à la qualification de l'offre et de l'acceptation comme deux déclarations de volonté distinctes, indiquait que cette théorie conduirait à la disparition du contrat (J. Chabas, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, sous la dir. de G. Ripert, thèse de doct., Université de Paris, 1931, Recueil Sirey, p. 155). Rappr. J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, sous la dir. de J. Flour, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ, n° 196 qui, tout en ayant reconnu dans certains cas la qualité d'acte juridique à l'acceptation, prend soin de se démarquer des idées de R. Worms qui, à partir de ce résultat, avait conclu à l'impossibilité de qualifier le contrat comme un acte juridique résultant de la fusion de deux déclarations de volonté.

1346. R. Encinas de Muñagorri, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, sous la dir. de A. Lyon-Caen, thèse de doct., Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 1995, LGDJ, n° 5. Comp. M. Jaouen, *La sanction prononcée par les parties au contrat : Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, sous la dir. de D. Mazeaud, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2013, Économica, n° 142 qui, à propos des sanctions prononcées par les parties, donne une autre explication des réticences de la doctrine à l'égard de la qualification d'acte juridique, savoir justifier ces « hypothèses exorbitantes d'empiètement sur le domaine réservé à la justice étatique ».

1347. M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : Essai d'une théorie*, sous la dir. de J. Ghestin, thèse de doct., 1992, LGDJ, n° 283 ; R. Encinas de Muñagorri, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, sous la dir. de A. Lyon-Caen, thèse de doct., Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 1995, LGDJ, n° 8, p. 17 ; M. Jaouen, *La sanction prononcée par les parties au contrat : Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, sous la dir. de D. Mazeaud, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2013, Économica, n° 11.

1348. *Ibid.*, not. n° 11 : « la théorie de l'acte juridique est susceptible d'offrir des ressources qui, pour n'être pas insoupçonnées, n'en demeurent pas moins sous-exploitées pour construire le régime de cette catégorie d'actes de justice privée que sont les sanctions prononcées par l'une ou par l'ensemble des parties à un contrat ».

1349. Ph.-A. Merlin, *Questions de droit*, Garnery, 1827–1830, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5807415x, *V° Jugement*, § 14, n° 3, p. 120 s. Sur l'influence de ces conclusions sur la jurisprudence postérieure, cf. S. Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, sous la dir. de P. Mayer, thèse de doct., Université Paris I, 2004, Économica, n° 78.

1350. Le rapprochement a également été tenté pour le jugement. Cf. M.-A. Frison-Roche, « La philosophie du procès, propos introductifs », *APD. Le procès,* 1995, p. 20-21.

1351. S. Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, sous la dir. de P. Mayer, thèse de doct., Université Paris I, 2004, Économica, n° 243.

1352. *Ibid.*, n° 10.

dernier exemple permet de saisir que les problèmes d'identification ne sont pas seulement des questions théoriques, ils rejaillissent directement sur le régime des objets que l'on qualifie. À mal qualifier ces objets, l'on se condamne à leur appliquer un régime juridique inadéquat.

b. Une qualification complexifiant la réglementation des actes juridiques

358. Plan. Le fait de penser le contrat comme un acte juridique produit des effets néfastes, tant pour les actes juridiques en lien avec le contrat, que pour ceux qui lui sont étrangers. D'une part, l'assimilation du contrat à un acte juridique conduit, nous l'avons vu, à occulter les actes juridiques présents lors de sa formation et de son exécution. Dès lors, le modèle doctrinal de la formation du contrat, ne permet guère de penser une réglementation différenciée pour chacun des actes volontaires concourant à la formation du contrat (**i.**). D'autre part, compte tenu de la prégnance du contrat dans la pensée juridique, il est fréquent que lorsque les juristes veulent encadrer une activité humaine, ils se contentent d'encadrer les contrats afférents à cette activité, oubliant de ce fait les autres actes juridiques ayant trait à cette activité (**ii.**).

i. Une qualification rendant théoriquement impossible la réglementation des actes juridiques liés au contrat

359. Au stade de la formation du contrat. En ne reconnaissant pas aux actes constitutifs du contrat la qualité d'acte juridique, la doctrine est conduite à traiter de manière uniforme les actes concourant à la formation du contrat. Dès lors, les manuels de droit des obligations développent une conception uniforme des règles régissant le consentement des parties au contrat et ne conçoivent ces règles qu'autant qu'un contrat s'est formé. Comme le relève G. Rouhette, l'offre et l'acceptation sont alors « des situations abstraites, donc fongibles : l'acheteur, comme le vendeur, peuvent être indifféremment, selon le hasard de leur rencontre et le cours des négociations, offrant ou acceptant, offrant puis acceptant » [1353].

Or, une telle analyse ne correspond pas toujours, loin s'en faut, à la réglementation en vigueur [1354] qui, pour des nécessités pratiques, opte pour un traitement différencié des différents actes concourant à la formation du contrat. Ceci s'observe nettement en droit des affaires, en droit des contrats, en droit de la consommation, en droit public ou encore en droit de l'immobilier.

En droit des affaires, pour tenter de rendre compte du régime juridique des contrats conclus entre un commerçant et un non-commerçant, la doctrine a développé le concept d'acte mixte. En

1353. G. Rouhette, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat » *in Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, n° 13.

1354. Rappr. C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois, n° 739-2, où l'auteur, pour montrer les avantages de son analyse dissociant le contrat en deux « engagements », s'appuyait sur la législation des offres publiques d'acquisition et des contrats électroniques qui révèle que le législateur réglemente différemment chacune des volontés susceptibles de former le contrat.

apparence, l'image d'un contrat unitaire se trouve préservée, puisque c'est l'ensemble de l'opération qui reçoit la qualification d'acte mixte. Cependant, lorsqu'on examine cette construction dans le détail, il apparaît qu'elle est destinée à rendre compte de la diversité du régime juridique applicable à l'acte volontaire du commerçant et à celui du non-commerçant. Tandis que l'engagement du premier est un acte de commerce, l'engagement du second est un acte civil. D'où le fait que puissent s'appliquer au premier les règles du code de commerce en matière de preuve ou de compétence juridictionnelle, tandis que le second est soumis aux règles de preuve et de compétence du code civil et du code de procédure civile [1355].

Un raisonnement similaire a récemment été développé par Xavier Lagarde pour expliquer comment un contrat de cession d'action pouvait constituer, pour l'une des parties, un acte d'investissement et, pour l'autre, un acte d'une nature différente [1356].

Ces analyses, propres au droit des affaires, peuvent être rapprochées de celles parfois développées en droit des contrats pour rendre compte de la dualité des actes concourant à sa formation. Cyril Grimaldi a par exemple entrepris de montrer que l'expression « cause du contrat » était un « non sens » et qu'elle devait être remplacée par l'expression cause de l'engagement — l'engagement signifiant ici l'acte juridique de chaque partie au contrat. En effet, pour cet auteur, l'expression « cause du contrat » « laisse à penser que les parties au contrat ont été mues par des mobiles communs », alors qu'en réalité « chaque partie poursuit ses propres fins » [1357].

En droit de la consommation, comme l'avait relevé Georges Rouhette [1358], nombreux sont les textes qui, tels ceux relatifs à l'information du consommateur [1359], réglementent spécialement l'un des deux actes volontaires concourant à la formation du contrat. Cette importance est telle qu'elle conduit parfois les auteurs à consacrer de substantiels développements à la seule offre de consommation [1360].

En droit public, également, le consentement de la personne publique à un contrat fait l'objet de règles propres imposant, par exemple, en amont de son expression, des processus de consultation ou encore de mise en concurrence. Or, ces règles propres peuvent être sanctionnées avant même la conclusion d'un contrat, au moyen du référé pré-contractuel [1361], ce qui témoigne bien de la réalité de ces actes, avant même que le contrat ne soit formé.

1355. Cf. D. Houtcieff, « Actes de commerce » *in Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2008, n°s 127 s.
1356. X. Lagarde, « L'acte d'investissement. Du contrat à l'acte juridique » *in Les concepts émergents en droit des affaires*, sous la dir. de É. Le Dolley, avec une préf. d'É. Le Dolley et G. Farjat, concl. J.-L. Bergel et T. Bonneau, LGDJ et Lextenso éditions, 2010, n° 11 ; A. Tehrani, *Les investisseurs protégés en droit financier*, sous la dir. de T. Bonneau, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2013, n° 395.
1357. C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois, n° 996.
1358. G. Rouhette, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat » *in Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, n° 14.
1359. Art. L. 111-1 s.
1360. Y. Picod et H. Davo, *Droit de la consommation*, 2e éd., Dalloz, 2010, dont la première partie est intitulée « l'offre de consommation ».
1361. Art. L. 551-1 s. CJA.

La jurisprudence, en droit de l'immobilier, ne s'y trompe pas non plus puisque, bien souvent, elle raisonne sur la validité des normes produites par un seul des actes formant un contrat, sans nullement chercher à prononcer la nullité de l'ensemble des normes contractuelles. C'est ainsi par exemple que dans le contentieux relatif aux congés avec offre de vente, la Cour de cassation est amenée à se prononcer sur la validité du premier de ces actes et non sur la validité toute entière du contrat de vente conclu à l'issue du congé [1362].

Tout ceci témoigne de ce que, à envisager le contrat comme un tout, il n'est plus possible de rendre compte efficacement de diverses règles spéciales applicables à la formation du contrat.

360. Au stade de l'exécution du contrat. Le fait de qualifier le contrat d'acte juridique n'emporte pas seulement des difficultés pour cerner le régime des actes volontaires concourant à la formation du contrat, il s'avère également problématique au stade de l'exécution du contrat, pour la réglementation de ce que les auteurs et la Cour de cassation [1363] appellent les « prérogatives contractuelles » [1364]. En effet, parce que ces juristes appréhendent ces prérogatives comme la simple conséquence de l'acte juridique qu'est le contrat, ils ne songent guère à les qualifier d'actes juridiques. Même lorsque les auteurs retiennent cette qualification, l'attraction du contrat est si forte qu'ils restent souvent enfermés dans le régime juridique du contrat [1365], lequel ne leur offre pratiquement, comme élément de régulation de ces prérogatives, que la bonne foi et l'abus de droit, dont une autrice a pu souligner les limites [1366].

Au contraire, en sortant ces actes juridiques de l'emprise du contrat, *via* la disqualification de ce dernier comme acte juridique, il devient possible de les doter d'un régime propre en évitant

1362. Cass., 3e civ., 18 fév. 2009, n° 08-11.615, *Bull.,* III, n° 41, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000020291324. En l'espèce le bailleur avait cherché à obtenir la nullité de son congé avec offre de vente effectuée en application de l'article 15-II de la loi du 6 juillet 1989. Le bailleur soutenait que l'offre de vente ne portait que sur une partie des lieux loués alors qu'elle aurait dû concerner l'ensemble des lieux loués. Le preneur au contraire demandait l'exécution forcée du contrat. Au lieu de raisonner sur la nullité du contrat, la Cour de cassation et les juridictions avant elle, ont fort opportunément raisonné sur la nullité des seules normes contenues dans l'acte juridique du bailleur. Voyez également Cass., 3e civ., 20 oct. 2010, n° 09-66.113, *Bull.,* III, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000022946030, où la Cour s'interroge sur la validité d'une offre de vente — et non du contrat non encore conclu — faite par un bailleur à son preneur, en application de l'article 10-I de la loi du 31 décembre 1975.

1363. Cass., com., *Société des Maréchaux*, 10 juil. 2007, n° 06-14768, *Bull.,* IV, n° 188, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000017908759.

1364. Sur celles-ci, cf. not. S. Valory, *La potestativité dans les relations contractuelles*, sous la dir. de J. Mestre, thèse de doct., Université d'Aix-Marseille, 1999, PUAM ; J. Rochfeld, « Les droits potestatifs accordés par le contrat : Le contrat au début du XXIe siècle » *in Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001 ; P. Lokiec, *Contrat et pouvoir : Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, sous la dir. de A. Lyon-Caen, thèse de doct., Université Paris X, 2004, LGDJ, nos 233 s.

1365. M. Jaouen, *La sanction prononcée par les parties au contrat : Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, sous la dir. de D. Mazeaud, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2013, Économica, n° 123 : « S'il est admis assez largement aujourd'hui que l'exercice par les parties de leur compétence pour prononcer une sanction aboutit à l'édiction d'un acte juridique, les analyses courantes de cette manifestation de la justice privée dans les rapports contractuels n'exploitent cependant pas vraiment cette qualification ».

1366. *Ibid.*, nos 10-11.

en outre tout risque de « déformation » des outils que sont la bonne foi et l'abus de droit [1367]. Comme le relève M. Jaouen, « [l]e recours à la catégorie des actes juridiques pour appréhender la sanction prononcée par les parties au contrat se révèle alors très précieux car il offre une solide assise pour dégager un régime cohérent et unitaire de ces actes de justice privée » [1368]. La pleine reconnaissance de la qualité d'acte juridique aux sanctions prononcées par les parties au contrat va, par exemple, permettre à cette autrice d'appliquer à ces actes juridiques les différents objets de contrôle qu'elle estime communs à tous les actes juridiques [1369], à savoir le contrôle de la compétence de l'auteur, du respect de la procédure et d'un contenu licite. Là n'est pas le seul avantage de la disqualification du contrat comme acte juridique. Cette disqualification permet également de doter la réglementation des actes juridiques d'une portée plus large que les seuls actes juridiques contractuels.

ii. Une qualification occultant la réglementation des actes juridiques étrangers au contrat

361. Parce que l'attention des civilistes demeure avant tout attachée au contrat, le législateur a tendance, lorsqu'il veut réglementer l'activité des particuliers sur une question donnée, à s'intéresser avant tout aux contrats que ceux-ci peuvent conclure. Or, il est permis de penser que cette méthode peut s'avérer défectueuse dans la mesure où l'activité juridique des particuliers n'est pas réductible à la création d'obligations contractuelles. Les juristes français du début du XXe siècle en ont nettement pris conscience lorsqu'ils ont confronté leur code civil au code civil allemand. Alors que le code civil allemand fournissait une réglementation générale à tous les actes volontaires, le code civil français ne s'intéressait qu'au contrat, d'où par exemple d'importantes difficultés pour réglementer les actes juridiques « unilatéraux », tels que les actes de procédure intervenant dans un contentieux juridictionnel. Que faire par exemple, se demandaient alors les juristes, lorsque sont invoquées, à propos d'un acte unilatéral, les règles sur les vices du consentement ou la cause [1370] ? Que faire également lorsque les plaideurs débattent de l'application de l'ancien article 1304 du code civil [1371] à un acte unilatéral dont la nullité est

1367. M. Jaouen, *La sanction prononcée par les parties au contrat : Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, sous la dir. de D. Mazeaud, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2013, Économica, n° 11 qui souligne un tel risque de « déformation ».
1368. *Ibid.*, n° 11. Comp. P. Lokiec, *Contrat et pouvoir : Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, sous la dir. de A. Lyon-Caen, thèse de doct., Université Paris X, 2004, LGDJ, n° 231, qui proposait de dissocier le contrat de la prérogative contractuelle, sans pour autant rattacher celle-ci au concept d'acte juridique. L'auteur analysait néanmoins la prérogative au moyen d'un concept de « décision ». Sur la critique du recours au concept de décision, plutôt qu'à celui d'acte juridique, cf. M. Jaouen, *La sanction prononcée par les parties au contrat : Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, sous la dir. de D. Mazeaud, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2013, Économica, n°s 211-214.
1369. *Ibid.*, n° 217 s.
1370. Sur les nombreux débats doctrinaux quant à la possibilité d'appliquer aux actes de procédure les règles posées par le code civil à propos des contrats, cf. L. Mayer, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, sous la dir. de L. Cadiet, thèse de doct., 2009, IRJS.
1371. Pour les textes nouveaux, cf. art. 1144, 1152 et 2224 du code civil.

recherchée [1372] ? De tels arguments n'avaient pas laissé insensible le Président de la Commission de réforme du code civil, Léon Julliot de la Morandière qui, après avoir montré sa grande hostilité à l'élaboration de textes sur l'acte juridique, avait finalement admis que ceux-ci pouvaient présenter un intérêt pour des actes non réglementés [1373]. Cependant, face aux difficultés suscitées par une telle entreprise et à l'enlisement général des travaux de cette commission, ce projet n'a pas pu aboutir.

Sans doute, ces dernières années, le législateur français s'est parfois doté d'outils généraux, dont le meilleur exemple est la distinction des actes d'administration et de disposition que l'on rencontre en droit des personnes, de la famille, des régimes matrimoniaux ou encore des successions. De tels outils évitent les risques d'oublis d'actes à réglementer et permettent également — en théorie [1374] — une réglementation plus économe en mots [1375].

Pourtant, de tels exemples semblent isolés. La meilleure preuve actuelle en est sans doute la réforme du droit des contrat. Comme l'a regretté Rémy Libchaber, « le texte [du projet d'ordonnance] réforme les contrats dans la perspective du XIXe siècle, et non dans celle du XXIe siècle » [1376], car il laisse de côté « toutes les autres manifestations de volonté, unilatérales ou multilatérales, sur lesquelles l'avant-projet aurait pu se prononcer — tant il est vrai que leur statut positif demeure incertain » [1377]. Si l'ordonnance a finalement introduit des dispositions sur l'acte juridique, celles-ci s'avèrent très décevantes puisqu'elles laissent à l'interprète le soin de deviner le régime attaché à ce concept [1378].

1372. La question s'est par exemple posée à propos du cautionnement, dont certains auteurs ont habilement prétendu qu'il était un acte unilatéral afin d'échapper à la prescription abrégée de l'article 1304. Dans de telles affaires, la Cour de cassation a écarté ces arguments en prétendant que le cautionnement n'était pas un acte unilatéral mais un contrat unilatéral, de sorte que l'article 1304 lui était bien applicable (Cass., com, 4 juil. 2000, n° 96-16.488, *inédt,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007413990). Pourtant, elle aurait pu tout aussi bien décider d'appliquer l'article 1304 à un tel acte unilatéral, comme elle l'a parfois fait (Cass., 1re civ., 30 jan. 2013, n° 11-25.052, *inédit,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027021644 ou Cass., 3e civ., 12 mar. 2014, n° 12-19.318, *inédit,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000028732089).

1373. *Travaux de la Commission de réforme du code civil. 1945-1946*, Sirey, 1947, p. 148 : « J'avoue que j'hésite ; je suis pris entre deux préoccupations : je crains d'alourdir considérablement le Code, de donner cet aspect théorique qu'il ne devrait pas avoir et de lui faire perdre ses qualités ; mais je suis cependant assez frappé des observations que l'on a faites ; ces notions générales peuvent constituer des directives pour le juge, dans des cas qui ne sont pas expressément prévus par le Code ». Ce sont les mêmes arguments qui seront repris par le secrétaire général de la Sous-Commission « Partie Générale », Roger Houin, lorsque celui-ci présentera à la Commission toute entière le projet de réforme de la Sous-Commission : *ibid.*, p. 191 s.

1374. L'économie de mots a néanmoins perdu tout intérêt avec le *Décret relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil* 22 déc. 2008, n° 2008-1484, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2008/12/22/JUSC0822510D/jo/texte, dont la complexité a pu être dénoncée en doctrine : A.-M. Leroyer, « Personnes protégées - Qualification des actes de gestion du patrimoine », *RTD civ.,* 2009.

1375. Comp. art. 214 à 217 c. nap. qui, faute de disposer du concept d'acte de disposition, était contraint de lister l'ensemble des actes juridiques que la femme mariée ne pouvait pas réaliser seule.

1376. R. Libchaber, « Regrets liés à l'avant-projet de réforme du droit des contrats – Le sort des engagements non bilatéraux », *RDC,* 2015, n° 1.

1377. *Ibid.*, n° 3.

1378. Art. 1100-1 nouv. c. civ. : « 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 ».

Pire encore, dans certaines matières autres que le droit des contrat, une forme de régression paraît s'observer quant à la réglementation de l'acte juridique. Tel est le cas du droit international privé où, sans doute à cause de l'influence anglo-saxone relativement réfractaire à l'égard du concept d'acte juridique, la réglementation ne se fait plus à partir de l'« acte » (juridique), comme c'était semble-t-il le cas autrefois, mais à partir du seul contrat [1379].

Il est permis de penser que si, demain, le contrat n'était plus perçu comme un acte juridique, de telles erreurs de légistique ne seraient plus aussi fréquentes. En effet, cessant de considérer le contrat comme l'archétype de l'acte juridique, les auteurs des réformes penseraient à réglementer l'ensemble des actes juridiques et seraient davantage en mesure de convaincre leurs collègues étrangers, hostiles au concept d'acte juridique, de l'utilité d'une telle réglementation. Ainsi, dans toutes les hypothèses, nombreuses, où le législateur n'aurait pas indiqué les règles applicables à un acte juridique donné, les interprètes n'auraient plus à se demander, contrairement à aujourd'hui, si telle règle prévue pour le contrat peut ou non être étendue à telle situation, bien que celle-ci ne soit pas contractuelle.

362. Bilan du A. Toutes ces considérations montrent les inconvénients qu'induit aujourd'hui la conception du contrat comme acte juridique. Elles conduisent à militer pour un rejet de cette qualification. Pour convaincre de la pertinence de cet abandon, il reste à montrer que cet abandon n'est pas seulement exact et utile, mais aussi qu'il est pratiquement *possible* car compatible avec la tradition juridique.

B. L'absence d'obstacles à l'abandon de la qualification d'acte juridique du contrat et de la délibération

363. Présentation de la démarche. L'étude de l'histoire des doctrines juridiques sur l'acte juridique pourrait conduire à avoir quelques doutes quant aux chances de succès de la proposition d'un abandon de la qualification d'acte juridique du contrat et de la délibération et, par voie de conséquence, d'un abandon de la classification des espèces d'actes juridiques selon le nombre de leurs auteurs. En effet, des idées proches de celles ici présentées ont déjà été exposées en 1891 par René Worms et elles ont fait l'objet d'un vigoureux rejet [1380]. À la suite de la lecture des auteurs allemands, R. Worms avait proposé d'analyser l'offre et l'acceptation comme deux volontés « distinctes » et « autonomes », ce qui l'avait amené, en conséquence, à prôner l'abandon de la conception traditionnelle du contrat où celui-ci est perçu comme

1379. V. Heuzé, « La notion de contrat en droit international privé » *in Travaux du comité français de droit international privé. Années 1995-1998*, Pédone, 2000, p. 339. *Adde* B. Haftel, *La notion de matière contractuelle en droit international privé : Étude dans le domaine du conflit de lois*, sous la dir. de D. Bureau, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2008, n° 130.

1380. Cf. J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, sous la dir. de J. Flour, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ, p. 119, qualifiant les idées de cet auteur de « subversives » et aboutissant à une « révolution inacceptable, autant qu'inutile ».

la fusion de deux « manifestations de volonté » [1381]. Pour éviter que l'opinion ici défendue ne subisse le même sort que celui réservé aux idées de R. Worms, il n'apparaît pas inutile d'identifier les différentes critiques dont cet auteur a pu faire l'objet, de manière à s'assurer ensuite que ces critiques peuvent être surmontées. Ainsi sera-t-il démontré qu'il n'existe pas d'obstacle à l'analyse ci-avant proposée. La démonstration sera faite principalement pour le contrat et non pour la délibération, dans la mesure où ce dernier concept n'est guère implanté dans l'esprit des juristes contemporains, de sorte qu'il sera plus facile pour eux de modifier la représentation qu'ils se font de cet objet.

364. Résumé des résistances suscitées par les idées de R. Worms. Les opinions de R. Worms ont été rejetées par la doctrine pour trois séries de raisons, dont les principales paraissent être d'ordre dogmatique [1382]. En 1891, les idées proposées par R. Worms étaient trop en décalage avec les dogmes retenus par ses contemporains pour avoir une chance de s'imposer. Comme l'a montré notamment Jean Chabas, admettre les idées défendues par R. Worms c'était en effet renoncer au principe d'autonomie de la volonté [1383] et à la conception du contrat alors en vigueur [1384]. Ce renoncement a paru d'autant moins acceptable aux auteurs qu'il leur est apparu, à bien des égards, comme techniquement inexact, les auteurs contestant principalement l'analyse des effets de l'offre retenue par R. Worms [1385]. Enfin, argüant de l'absence d'utilité pratique de l'analyse de R. Worms, les auteurs ont soutenu qu'en l'absence de tels avantages, il

1381. R. Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*, thèse de doct., Université de Paris, 1891, Girard, p. 184-191.

1382. Cette primauté s'exprime notamment au travers des critiques infondées dont les opinions de R. Worms ont fait l'objet. Les écrits de R. Worms, certes parfois maladroitement exprimés (rappr. J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, sous la dir. de J. Flour, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ, n° 195), apparaissent en effet souvent maltraités par la doctrine ultérieure, un peu comme si, en s'attaquant aux dogmes en vigueur à son époque, cet auteur avait suscité des réactions épidermiques ayant empêché par la suite une discussion apaisée.

Voyez par exemple les propos de J. Martin de la Moutte qui reproche à R. Worms d'avoir fait de l'offre et de l'acceptation « deux actes indépendants » (J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, sous la dir. de P. Raynaud, thèse de doct., Université de Toulouse, 1951, p. 39), alors que R. Worms dit bien que ces « deux déclarations de volonté n'ont de sens que l'une par rapport à l'autre. Elles se conditionnent et ne réalisent les effets qu'elles se proposent que parce que l'une d'elles est intervenue ou interviendra » : *ibid.*, n° 29. Or, l'opposition des idées ainsi tracées est purement artificielle. Certes, René Worms indique-t-il que l'offre et l'acceptation sont « distinctes » (R. Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*, thèse de doct., Université de Paris, 1891, Girard, p. 184, 185 ou 190) ou, un peu maladroitement, « autonomes » (*ibid.*, p. 191), mais il ne le fait qu'après avoir souligné à plusieurs reprises que « [l]e promettant [...] ne s'est engagé que sous la condition que l'autre partie s'engagerait à son tour » (*ibid.*, p. 176) ou, plus loin, que « l'engagement pris dans [la déclaration de volonté de l'offrant] est conditionnel, et la condition n'est autre que l'acception de celui à qui l'offre a été faite » (*ibid.*, p. 180).

1383. J. Chabas, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, sous la dir. de G. Ripert, thèse de doct., Université de Paris, 1931, Recueil Sirey, p. 146.

1384. *Ibid.*, p. 156.

1385. R. Elias, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale : Étude et critique*, sous la dir. de R. Piédelèvre, thèse de doct., Université de Paris, 1909, Sirey, n°s 61 s. ; J. Chabas, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, sous la dir. de G. Ripert, thèse de doct., Université de Paris, 1931, Recueil Sirey, p. 146-147 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, sous la dir. de J. Flour, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ, n° 327.

n'y avait aucune raison de passer outre les faiblesses dogmatiques et techniques de la conception de R. Worms[1386], surtout pour admettre une théorie dont les origines « germaniques » ne manquaient généralement pas d'être rappelées en ces périodes de tensions politiques entre la France et l'Allemagne[1387].

365. Plan. Si les idées de R. Worms n'ont pas pu être admises, c'est donc semble-t-il pour trois raisons d'ordre dogmatique, technique et pratique. Ayant pour notre part déjà montré les avantages qu'il y aurait à tirer d'un abandon de la qualification d'acte juridique, il nous reste à déconstruire les prétendus obstacles dogmatiques (**1.**) et techniques (**2.**) aux idées ci-avant présentées.

1. Le contournement des obstacles dogmatiques

366. À l'époque où R. Worms a présenté sa thèse, celle-ci s'est heurtée au libéralisme et au conservatisme[1388] de nombre de juristes de son époque, lesquels ont souligné que cette thèse méconnaissait le principe d'autonomie de la volonté et qu'en outre elle mettait à mal une conception séculaire. Voilà pourquoi, anticipant sur ces critiques, il convient de montrer que les changements ici proposés ne sont nullement condamnés par le dogme de l'autonomie de la volonté (**a.**) ou par un attachement trop profond des juristes aux théories actuelles (**b.**).

1386. R. Elias, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale : Étude et critique*, sous la dir. de R. Piédelèvre, thèse de doct., Université de Paris, 1909, Sirey, p. 200 et J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, sous la dir. de J. Flour, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ, n° 327.

1387. Cf. not. E. E. Thaller, *Examen juridique du privilège d'émission de la Banque de France et du billet de banque dans la circulation fiduciaire, et accessoirement du droit de la banque relatif à ses escomptes*, thèse de doct., Université de Paris, 1875, p. 33, refusant de « doter notre science nationale, par imitation germanique, d'une cause de dette destinée à se surajouter aux quatre causes traditionnelles ». Ces tensions sont également très présentes en 1945 lorsque commence à se réunir la Commission de réforme du code civil. En effet, il apparaît très nettement, au début des débats relatifs à l'éventuelle introduction du concept d'acte juridique dans le nouveau code, que certains membres de la Commission rejettent ce concept compte tenu de ses origines allemandes, même s'ils n'invoquent que rarement explicitement cet argument, se contentant alors plutôt de dénoncer son caractère dogmatique, abstrait ou général (*Travaux de la Commission de réforme du code civil. 1945-1946*, Sirey, 1947, p. 100-103). Cf. néanmoins les propos lucides de Marcel Ancel (p. 106, nous soulignons) : « Le malheur est que, quoi qu'on fasse, lorsqu'on rédige une partie générale, on pense au Code allemand. Pratiquement, la question qui se pose pour la Commission est celle de savoir si elle va adopter la méthode du législateur allemand de 1900 ou si elle va rester fidèle à la méthode du Code français. On ne peut pas éluder cette question ». Et le même de poursuivre, après l'intervention de Jean-Paulin Niboyet qui tentait de sortir de cette opposition : « Quoi qu'on fasse, on ne peut éviter cette dualité du Droit français et du Droit allemand, dualité encore plus tranchée du fait de certaines susceptibilités nationales, bien entendu. Or, il me semble tout de même qu'il ne faut pas oublier, d'une part, que le succès du Code allemand a été un succès beaucoup plus doctrinal que législatif et que, si le Code allemand a été considéré à une certaine époque comme un monument très supérieur au Code français, cela est dû d'abord à une certaine publicité tapageuse et bien allemande qui a accompagné sa publication ».

1388. Le mot est entendu ici sans acception négative afin de décrire la philosophie tendant à la défense de valeurs existantes inscrites dans une culture donnée.

a. Le contournement de l'obstacle lié au dogme de l'autonomie de la volonté

367. Dans sa critique sévère de la thèse de R. Worms, Jean Chabas a souligné la contrariété des propositions de R. Worms avec le « principe » de l'autonomie de la volonté qui rayonnait alors. Comme l'écrit en effet J. Chabas : « le code civil a entièrement, et de la façon la plus absolue, consacré le principe de l'autonomie de la volonté » [1389]. Pour établir cette contrariété, J. Chabas relève que pour soutenir le caractère obligatoire de l'engagement unilatéral, R. Worms s'appuie sur l'« action du milieu social » (la sécurité juridique), ce qui revient à chasser la primauté accordée à la volonté des individus.

Un tel argument et le raisonnement qui le soutient n'apparaissent plus guère déterminants aujourd'hui, pour au moins trois raisons. D'abord, le concept d'acte juridique, qui se trouve promu par l'analyse ici proposée, n'est pas perçu par tout le monde comme s'opposant à la doctrine de l'autonomie de la volonté. Au contraire, nous avons vu plus haut que, pour Ph. Rémy, ce concept était (malheureusement) trop souvent associé au principe de l'autonomie de la volonté [1390].

Ensuite, même pour ceux qui adopteraient une conception plus objective de l'acte juridique, où il serait tenu compte de la perception de cet acte par le « milieu social », suivant en cela ce qu'on percevait au milieu du siècle dernier comme une approche « allemande » du contrat, ceci ne paraît pas profondément bouleverser la physionomie du système français. En effet, l'étude comparée des législations françaises et allemandes sur le contrat, faite par Alfred Rieg à une époque où les approches françaises et allemandes du contrat étaient présentées comme reposant sur des principes philosophiques opposées, a permis de mettre en évidence la grande proximité de ces législations [1391]. Dès lors, on ne peut qu'être sceptique sur l'idée suivant laquelle la conception du contrat ici adoptée, laquelle se rapprocherait d'une conception prétendument allemande de celui-ci, impliquerait un changement réel et profond de la conception traditionnelle du contrat, appuyée l'autonomie de la volonté.

Enfin, quand bien même serait relevé un écart entre les idées ici proposées et les idées antérieures fondées sur le principe de l'autonomie de la volonté, il ne semble pas que cet écart soit suffisant pour conduire à un rejet de ces idées. En effet, la doctrine de l'autonomie de la volonté n'a plus de nos jours, loin s'en faut, la force qu'elle avait autrefois [1392].

1389. J. Chabas, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, sous la dir. de G. Ripert, thèse de doct., Université de Paris, 1931, Recueil Sirey, p. 146.
1390. Cf. *supra* n° 17.
1391. A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, sous la dir. de R. Perrot, thèse de doct., Université de Strasbourg, 1961, LGDJ.
1392. Cf. *supra* n° 430.

Compte tenu de ces trois arguments, il ne semble pas que l'argument jadis opposé aux idées de R. Worms puisse être aujourd'hui réutilisé à l'encontre des propositions ici faites. Reste qu'un autre argument pourrait nous être opposé et tenant, cette fois, au conservatisme réputé des juristes [1393].

b. Le contournement de l'obstacle lié à l'attachement aux théories traditionnelles

368. Plan. Comme l'a par le passé démontré Georges Ripert, « [t]out juriste est un conservateur » [1394].

Hier comme aujourd'hui, le conservatisme conduit les juristes à rester attachés aux concepts qui leur semblent avoir résisté à l'épreuve du temps et à l'égard desquels ils ont pris leurs repères. Or, la proposition ici faite de refuser au contrat la qualification d'acte juridique est déstabilisante. Elle heurte de front la théorie du contrat et celle de l'acte juridique et pourrait donc se heurter au conservatisme naturel des juristes. Pour qu'il en soit ainsi, néanmoins, il faudrait que les conceptions du contrat et de l'acte juridique que notre construction vient modifier, soient profondément ancrées dans l'esprit des juristes. L'étude des théories du contrat et de l'acte juridique va néanmoins permettre de montrer qu'il n'en est rien.

S'agissant tout d'abord du contrat, il doit être souligné que notre conception du contrat, telle qu'elle sera détaillée plus loin [1395], ne remet pas profondément en cause les constructions doctrinales actuelles du contrat. En effet, s'il est certes ici proposé de ne plus analyser le contrat comme un acte juridique, ceci ne remet fondamentalement en cause ni la définition, ni le régime du contrat [1396]. À cet égard, le présent travail se distingue assez nettement de celui de R. Worms, dont les idées bouleversaient les constructions doctrinales de son temps. Or, il est permis de penser que si les idées de R. Worms ont été rejetées avec tant de vigueur et ont conduit à la prudence les auteurs qui, à sa suite, ont analysé l'offre comme un acte juridique [1397], c'est en

1393. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, 2e éd., LGDJ, 1955, n° 3.
1394. *Ibid.*, n° 3.
1395. *Infra* n° 427.
1396. Comp. J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, sous la dir. de P. Raynaud, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ, n° 16, suggérant de remplacer le contrat par l'acte juridique qui, d'après l'auteur, serait « peut-être cette structure plus adéquate que Michel Villey évoquait dans sa préface à l'étude des notions de contrat ».
1397. Aucun des auteurs analysant l'offre comme un acte juridique n'a osé mener jusqu'à son terme le raisonnement en émettant des doutes sur la pertinence de l'analyse voyant dans le contrat un acte juridique. Ainsi, J.-L. Aubert, qui retient que l'offre peut parfois constituer un acte juridique, prend le soin de se démarquer des idées de R. Worms (J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, sous la dir. de J. Flour, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ, n° 396). Quant aux auteurs qui, tels G. Wicker, retiennent d'une manière générale que l'offre constitue toujours un acte juridique, ils n'en tirent aucune conséquence sur la nature de l'acceptation et surtout du contrat. Enfin, même C. Grimaldi, qui analyse l'offre et l'acceptation comme deux actes juridiques, n'en tire pas de conséquence quant au concept même de contrat (C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois, n° 729 ou C. Grimaldi, « La distinction entre l'acte et le fait juridique », *RDA,* 2013, 7, n° 5). Certes, au début de sa thèse, l'auteur évoque la possibilité que le contrat ne puisse plus être qualifié d'acte juridique (C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois, n° 32), mais il n'y reviendra pas par la suite et, dans ses écrits, ultérieurs, il continuera très nettement

grande partie parce que ces idées heurtaient la conception traditionnelle du contrat. Certes, R. Worms ne prônait pas la « mort » du contrat. Pourtant, faute pour cet auteur d'exprimer clairement et dans le détail la nouvelle conception du contrat qu'il appelait de ses vœux, ses conclusions aboutissaient *de facto* à rendre inutilisable le concept de contrat. Dans la mesure où les idées ici proposées ne conduisent pas à un tel changement, l'on peut espérer qu'elles ne rencontreront pas le même obstacle que les idées naguère défendues par R. Worms.

Certes, nos idées conduisent à écarter pour le contrat la qualification d'acte juridique, ce qui induit un changement dans la théorie du contrat. Pour autant, ce changement ne concerne qu'une partie périphérique de la représentation sociale du contrat. Certes, le terme acte juridique est présenté dans notre tableau synthétique des représentations sociales du contrat [1398] ; cependant, l'analyse détaillée des données brutes nous permet de faire apparaître que ceci résulte d'une surreprésentation de cet élément par les étudiants de première année, laquelle disparaît par la suite. Or, si l'on fait abstraction des représentations des étudiants de première année, l'on ne trouve plus que quatre occurrences de ce mot, ce qui en fait assurément un élément périphérique. Ce caractère périphérique se trouve en outre confirmé dans l'étude du discours des juristes, où on lit fréquemment que l'attribution de la qualité d'acte juridique au contrat est un élément secondaire dans la théorie du contrat, en ce sens que les juristes spécialisés en droit des contrats n'y sont pas particulièrement attachés [1399]. Lorsque ces derniers s'intéressent à l'acte juridique, c'est en réalité au seul contrat qu'ils pensent. Pour reprendre les mots de Mathieu Poumarède [1400], le concept d'acte juridique est encore « dans l'ombre du contrat » et la qualification du contrat comme acte juridique n'est qu'une « formule incantatoire ». Compte tenu de l'ensemble de ces raisons, il est permis de penser que les changements apportés par nos propositions à la théorie du contrat ne sont pas suffisamment importants pour se heurter au conservatisme des juristes. Il en va de même pour la théorie de l'acte juridique.

Comme l'a relevé un auteur allemand, la théorie de l'acte juridique est située à « la périphérie de la doctrine juridique française » [1401], de sorte qu'il est permis de penser, en premier lieu, que les changements de cette théorie ne devraient pas soulever de grandes résistances. Peu de juristes

à placer le contrat dans la catégorie des actes juridiques (C. Grimaldi, « La distinction entre l'acte et le fait juridique », *RDA,* 2013, 7). Il y a lieu d'ailleurs de relever que C. Grimaldi, bien que rappelant la continuité entre ses idées et celles de R. Worms, prendra bien soin de s'en distinguer en soulignant le tort qu'aurait eu Worms en faisant de l'offre et de l'acceptation deux engagements indépendants, alors qu'au contraire, pour lui, il s'agit d'engagements interdépendants. Par cette lecture, semble-t-il déformante des travaux de R. Worms (cf. *supra* note n° 1382), C. Grimaldi manifeste, comme ses prédécesseurs, sa volonté de prendre ses distances avec les idées « subversives » de R. Worms.

1398. *Supra* n° 138.

1399. Sur ce point, cf. *supra* p. 6.

1400. M. Poumarède, « La place de l'acte juridique dans les projets de réforme du droit des obligations » *in Métamorphoses de l'Acte Juridique*, sous la dir. de M. Nicod, Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitole et LGDJ, 2011, p. 1.

1401. G. Dannemann, « Contracts and other juridical acts in the DCFR » *in The Draft Common Frame of Reference : national and comparative perspectives*, sous la dir. de V. Sagaert, M. Storme et E. Terryn, Intersentia, 2012, p. 12.

étant attachés à ce concept, il est plus aisé de le modifier. L'on ne saurait cependant s'arrêter à cet argument pour tenter de désamorcer l'obstacle lié au conservatisme des juristes car ce faible attachement ne les concerne pas tous. Or, il pourrait se trouver quelques juristes attachés à ce concept qui pourraient s'opposer au changement ici proposé. En effet, un tel changement apparaît, au premier abord, comme une révolution dans la théorie de l'acte juridique, dans la mesure où l'attribution de la qualité d'acte juridique au contrat paraît être un phénomène profondément ancré. Ainsi, dès son introduction dans la doctrine française, le concept d'acte juridique a été perçu, dans le droit fil de la pensée allemande d'où il était sorti, comme un concept englobant notamment le contrat et l'« acte juridique collectif ». Refuser de voir dans ces objets juridiques un acte juridique reviendrait donc à rompre avec une tradition plus que centenaire.

La portée de cette rupture doit cependant être relativisée au regard des conceptions tant française qu'allemande de l'acte juridique. En effet, le concept français d'acte juridique diffère dès ses débuts du concept allemand d'acte juridique. Et, il peut être montré que le refus de voir dans le contrat un acte juridique n'est, d'une certaine façon, que l'aboutissement de cette appréhension française de l'acte juridique qui, très rapidement a pris le parti de se détacher de la tradition allemande (**i.**). En outre, même à considérer la doctrine allemande de l'acte juridique, il peut être montré que cette doctrine n'est pas unanime à reconnaître au contrat la qualité d'acte juridique. Dès lors, la conception ici proposée ne s'écarterait pas totalement de la doctrine allemande de l'acte juridique, elle ne s'écarterait que d'une *certaine* doctrine allemande pour mieux en rejoindre une autre, de la même origine (**ii.**).

i. Un abandon compatible avec la tradition française de l'acte juridique

369. Plan. Les résultats auxquels nous sommes parvenus paraissent au premier abord introduire une rupture avec la tradition juridique française en matière d'acte juridique. Il peut cependant être montré qu'ils prolongent cette tradition en tirant toutes les conséquences du choix de la doctrine française de ne pas transposer purement et simplement la doctrine allemande de l'acte juridique. Pour le montrer, il convient de présenter sommairement la conception allemande de l'acte juridique qui a servi de modèle à la conception française, puis d'indiquer en quoi les différences entre ces deux conceptions justifient la disqualification ici entreprise.

370. La conception allemande de l'acte juridique. La théorie allemande de l'acte juridique donne une très grande place au concept de déclaration de volonté, qui constitue en quelque sorte la brique élémentaire de la théorie de l'acte juridique. D'ailleurs, le code civil allemand comprend moins une réglementation de l'acte juridique en général, qu'une réglementation de la déclaration de volonté. Ainsi, dans le BGB, les développements sur les vices du consentement et plus généralement sur les causes de nullité figurent dans le titre consacré à la déclaration de volonté, alors qu'en France, si de telles dispositions venaient à exister, elles seraient plutôt rattachées à l'acte juridique. Mais qu'est-ce au juste que cette déclaration de

volonté et comment se distingue-t-elle de l'acte juridique ? Pour les auteurs allemands, la déclaration de volonté constitue une simple intention des individus de créer des effets de droit, tandis que l'acte juridique est la reconnaissance, par l'ordre juridique, des effets de droit attachés à cette volonté [1402]. Autrement dit, la déclaration de volonté est l'intention de produire des effets, tandis que l'acte juridique est la force contraignante donnée par l'ordre juridique à cette volonté. Comme l'indique Francis Limbach, la catégorie d'acte juridique repose donc, en droit allemand, sur un « numerus clausus » : n'est acte juridique que ce que l'ordre juridique reconnaît comme tel [1403].

Mettant ensuite ces deux concepts en rapport avec le contrat et la délibération, les juristes allemands disent que le contrat est un acte juridique, lequel correspond à la reconnaissance par l'ordre juridique des effets de droit contenus dans deux déclarations de volonté : l'offre et l'acceptation. Autrement dit, pour les juristes allemands — dont l'opinion a été transcrite dans le BGB — l'offre et l'acceptation sont des déclarations de volonté [1404], tandis que le contrat est lui appréhendé comme un acte juridique [1405]. Un raisonnement similaire est adopté par les juristes allemands de la fin du XIXe siècle, à propos de l'« acte juridique collectif » : l'« acte juridique collectif » procède de plusieurs déclarations de volontés concordantes dont l'ordre juridique considère qu'elles forment un acte juridique [1406].

371. La conception française de l'acte juridique. Lorsque les auteurs français ont recueilli la tradition allemande de l'acte juridique, ils n'ont semble-t-il pas perçu la différence que les auteurs allemands faisaient entre l'acte juridique et la déclaration de volonté. La lecture des écrits de Léon Duguit, dans lesquels il expose une théorie de l'acte juridique en se fondant sur les auteurs allemands, suggère ainsi que l'éminent auteur n'a pas véritablement perçu la distinction entre les deux concepts de déclaration de volonté et d'acte juridique. Par exemple, pour rendre compte du concept allemand de *Gesamtakt* — équivalent du concept d'acte collectif —, L. Duguit dit tantôt que le *Gesamtakt* désigne une « pluralité d'actes unilatéraux », tantôt qu'il désigne une « pluralité de déclarations unilatérales de volontés concordantes ». Ce flottement terminologique révèle ainsi que L. Duguit n'a pas perçu que la « déclaration de volonté » était en Allemagne un véritable concept juridique.

Une déformation similaire de la doctrine allemande s'observe chez les privatistes français. Certes, les privatistes peuvent parfois donner un aperçu général de l'acte juridique qui soit conforme à celui de la doctrine allemande. Cependant, lorsqu'ils rentrent dans le détail de leurs développements, il apparaît rapidement qu'ils ne s'intéressent nullement au concept de

1402. F. Limbach, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales des contrats. De l'utilité du concept de la déclaration de volonté*, sous la dir. de C. Witz et S. Peruzetto, thèse de doct., Université Toulouse 1 et Université de la Sarre, 2004, LGDJ, n° 181.
1403. *Ibid.*, n° 181.
1404. Cf. art. 127 du BGB évoquant « l'échange d'une déclaration d'offre et d'une déclaration d'acceptation ».
1405. Cf. le titre 3 du BGB consacré au contrat et situé dans une rubrique consacrée aux actes juridiques.
1406. Cf. les propos de Gierke et Jelinek reproduits dans L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel : La règle de droit — Le problème de l'État*, 3e éd., Boccard, 1927, p. 374-376.

déclaration de volonté. Si Henri Capitant, par exemple, affirme bien, conformément à la doctrine allemande, que « [l]a déclaration de volonté est donc l'élément essentiel de tout acte juridique » [1407], il ne va pas moins par la suite éclipser ce concept en lui ôtant les conséquences juridiques dont il était doté par la doctrine allemande. H. Capitant va en effet rattacher les développements relatifs aux conditions de validité à l'acte juridique, là où la doctrine allemande les rattache au concept de déclaration de volonté [1408]. Privé de régime juridique, le concept de déclaration de volonté n'a plus guère d'intérêt, au point que H. Capitant peut en faire un simple élément constitutif du contrat dont la terminologie importera alors peu à ses yeux : simple « volonté » [1409], « déclaration de volonté » [1410] ou encore « manifestation de volonté » [1411]. La déclaration de volonté n'étant pas aux yeux de H. Capitant un véritable concept juridique, il est possible de lui substituer d'autres signifiants. Telle est la conception qui a perduré aujourd'hui en droit français [1412].

372. Les différences entre les conceptions de l'acte juridique. Finalement, la théorie française de l'acte juridique diffère de la théorie allemande en ce que la première ignore le concept de déclaration de volonté. Certes, dans les deux systèmes, la volonté est un élément important pour l'acte juridique mais, alors que, en Allemagne, la volonté est inscrite dans une notion juridique autonome, la déclaration de volonté, en France, la volonté est inscrite dans le concept d'acte juridique, dont elle n'est nullement dissociée.

Une telle différence s'explique par une perte de sens lors de l'opération de « transplantation » [1413] de la théorie de l'acte juridique en France. Dans la multitude des écrits allemands, les Français n'ont aperçu que le concept d'acte juridique et n'ont guère prêté attention à celui de déclaration de volonté. Si ceci peut s'expliquer par la complexité des écrits allemands [1414], il faut sans doute y ajouter deux autres explications tenant au terreau d'accueil du concept d'acte juridique.

En premier lieu, lorsque le concept d'acte juridique a été introduit en France, le droit français contenait des règles proches de celles concernées par l'acte juridique. Dès lors, pour acclimater en France la théorie de l'acte juridique, il a fallu adapter l'existant. Comme la théorie allemande de l'acte juridique voyait dans le contrat l'un des principaux actes juridiques, il a

1407. H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil. Notions générales*, Pedone, 1898, URL : http://visualiseur.bnf.fr/CadresFenetre?O=NUMM-5455308&M=notice, p. 210.
1408. Cf. *ibid.*, p. 213 s.
1409. *Ibid.*, p. 210.
1410. *Ibid.*, p. 209.
1411. *Ibid.*, p. 214.
1412. Rappr. S. Wyszogrodzka, *Étude comparative de l'erreur-obstacle en droit français et du dissentiment en droit polonais*, sous la dir. de D. Legeais, thèse de doct., Université Paris Descartes, 2011, n° 90 : « En droit français, la déclaration de volonté n'est pas considérée comme une catégorie juridique particulière, ce n'est qu'une simple extériorisation, une manifestation de la décision intérieure, souvent opposée à la volonté réelle. ».
1413. Sur les causes et les moyens de la transplantation de mécanismes juridiques en général, cf. J. Gaudemet, « Les transferts de droit », *L'Année sociologique,* 1976, p. 56-59.
1414. Évoquant cette complexité : V. Lasserre-Kiesow, *La technique législative : Étude sur les codes civils français et allemand*, sous la dir. de M. Pédamon, thèse de doct., 2002, LGDJ, p. 130.

paru naturel aux auteurs français de dire que les règles prévues par le code pour le contrat pouvaient s'appliquer à une catégorie plus générale, à laquelle appartenait le contrat, à savoir l'acte juridique[1415]. Cette démarche était sans doute plus simple que celle consistant à rattacher ces règles à la déclaration de volonté, car il aurait alors fallu déplacer ces règles dans un premier temps du contrat vers l'acte juridique puis, dans un second temps, de l'acte juridique vers la déclaration de volonté. C'était là une démarche trop complexe ; voilà semble-t-il pourquoi les auteurs se sont contentés de basculer ces règles du contrat vers l'acte juridique, conduisant ainsi à occulter le concept de déclaration de volonté.

En second lieu, si la distinction entre la déclaration de volonté et l'acte juridique n'a pas été reçue en France, c'est peut-être aussi parce que les idées sous-tendant cette distinction ne coïncidaient pas avec celles alors en vigueur en France. Comme le suggère en effet Alfred Rieg, cette distinction de l'acte juridique et de la déclaration de volonté correspond à un point de vue positiviste[1416]. En effet, écrire, comme le font les auteurs allemands de la fin du XIXe siècle, que l'acte juridique est la déclaration de volonté reconnue comme telle par le droit, revient à refuser de fonder l'acte juridique sur la seule volonté. Or, une telle idée est en opposition avec la philosophie volontariste qui règne en France lorsqu'est reçu, à la fin du XIXe s. et au début du XXe s., le concept d'acte juridique[1417]. D'où, sans doute, l'effort — inconscient ? — des juristes français pour rendre la théorie de l'acte juridique compatible avec leur philosophie du droit. Pour y parvenir, les juristes vont faire disparaître le concept de déclaration de volonté. Ainsi, l'acte juridique peut-il être défini, non plus comme la déclaration de volonté que l'ordre juridique veut bien reconnaître[1418], mais comme la volonté créant des effets de droit. C'est ainsi, semble-t-il, que la disparition de la déclaration de volonté a permis aux juristes français de rendre le concept d'acte juridique compatible avec la philosophie de l'autonomie de la volonté qui dominait alors en France.

373. Conséquence de cette différence sur les « actes juridiques plurilatéraux ». L'absence, en droit français, du concept de déclaration de volonté, et surtout du régime juridique que lui associe le BGB, emporte d'importantes conséquences pour les « actes juridiques plurilatéraux ». En effet, tout juriste qui s'interroge en France sur la nature des actes volontaires les composant ne peut pas répondre à cette interrogation au moyen du concept de déclaration de volonté. Ce juriste n'a à sa disposition que les outils d'acte juridique et de fait juridique. Dans

1415. Cf. H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil. Notions générales*, Pedone, 1898, URL : http://visualiseur.bnf.fr/CadresFenetre?O=NUMM-5455308&M=notice, p. 213, note 2.
1416. A. Rieg, « Le contrat dans les doctrines allemandes du XIXe siècle », *APD,* 1968, p. 41.
1417. Rappr. *ibid.*, p. 41. Pour une illustration de cet attachement à la théorie de l'autonomie de la volonté à l'époque, cf. J. Chabas, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, sous la dir. de G. Ripert, thèse de doct., Université de Paris, 1931, Recueil Sirey, p. 146, où l'on peut lire « le Code civil a entièrement, et de la façon la plus absolue, consacré le principe de l'autonomie de la volonté ».
1418. Comp. avec les propos du juriste allemand Brinz : « Ce n'est pas n'importe quelle intention ou la volonté de l'individu, mais — comme l'expression l'indique — la *volonté du droit* qui confère à une action le caractère d'acte juridique » (cité par A. Rieg, « Le contrat dans les doctrines allemandes du XIXe siècle », *APD,* 1968, p. 41).

ces conditions, il est normal que la qualification des actes constituant les « actes juridiques plurilatéraux » diffère en droit français et en droit allemand et que l'on puisse, en tant que juriste français, retenir la qualification d'acte juridique là où un allemand ne se poserait même pas la question, puisque la qualification de ces actes est posée par le BGB lui-même : une déclaration de volonté. En outre, la question de la nature de ces « éléments d'acte » ayant une répercussion directe sur la qualification même des « actes juridiques plurilatéraux », il est également normal que le contrat et la délibération puissent en France être appréhendés autrement qu'en droit allemand. Nier la qualité d'acte juridique au contrat ou à la délibération est donc moins une révolution dans la conception française de l'acte juridique, que la continuation des choix impliqués par cette conception. Encore faudrait-il nuancer ce décalage avancé entre les idées ici exposées et les idées allemandes. En effet, l'examen médiat [1419] de la doctrine allemande donne à penser que celle-ci était loin d'être unanime quant au rattachement de l'acte collectif et du contrat à la catégorie des actes juridiques, de sorte que les conclusions auxquelles nous sommes parvenus auraient sans doute pu recueillir l'adhésion de plusieurs auteurs allemands de la fin du XIXe siècle.

ii. Un abandon de la classification compatible avec une certaine tradition allemande de l'acte juridique

374. Le fait de nier à la délibération et au contrat la qualité d'acte juridique et donc d'abandonner la classification actuelle des espèces d'actes juridique selon le nombre de leurs auteurs n'est pas non plus une proposition complètement étrangère à celle parfois défendue par la doctrine allemande. En effet, alors qu'elle était en train d'être recueillie en France, la doctrine allemande de l'acte juridique a connu une importante simplification puisque, à la suite d'une critique déterminante menée par Arnold Gleitsmann en 1900 [1420], la doctrine allemande s'est convaincue de l'inutilité du concept d'acte collectif [1421]. D'après A. Gleitsmann, le concept d'acte collectif constitue une complexification inutile puisque les concepts d'actes unilatéraux et de contrat suffisent à rendre compte des actes collectifs. En particulier, nombre d'actes collectifs

1419. Ne maîrisant pas la langue allemande, l'accès aux sources allemandes n'est pour nous qu'indirect. Il résulte principalement sur cette question de la consultation des sources suivantes : G. de Bézin, « Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe », *Recueil de législation de Toulouse,* 1905, URL : https://archive.org/stream/s2recueil01acaduoft#page/288/mode/2up ; J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, sous la dir. de P. Raynaud, thèse de doct., Université de Toulouse, 1951 ; A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, sous la dir. de R. Perrot, thèse de doct., Université de Strasbourg, 1961, LGDJ ; F. Limbach, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales des contrats. De l'utilité du concept de la déclaration de volonté*, sous la dir. de C. Witz et S. Peruzetto, thèse de doct., Université Toulouse 1 et Université de la Sarre, 2004, LGDJ.

1420. A. Gleitsmann, *Vereinbarung und Gesamtakt*, thèse de doct., Vereinigten Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg, 1900, URL : http://bildsuche.digitale-sammlungen.de/index.html?c=viewer&bandnummer=bsb00066032&pimage=00001&v=2p&nav=&l=en.

1421. En ce sens G. de Bézin, « Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe », *Recueil de législation de Toulouse,* 1905, URL : https://archive.org/stream/s2recueil01acaduoft#page/288/mode/2up, p. 396 ; G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, sous la dir. de G. Marty, thèse de doct., Université de Toulouse, 1961, LGDJ, p. 172.

seraient simplement la somme de plusieurs actes unilatéraux [1422]. Or, c'est à une conclusion similaire que nous sommes parvenus plus haut à propos de la délibération même si, à nos yeux, la délibération est moins une somme d'acte juridique qu'un ensemble de normes issues d'acte juridiques distincts.

375. Quant à la déconstruction du contrat, plusieurs auteurs allemands l'ont effectivement entreprise. Ainsi, dès 1876, Siegmund Schlossmann a proposé de remplacer le contrat par de simples promesses [1423]. Cependant, à en croire Alfred Rieg, cette théorie était peu précise — elle faisait notamment un grand appel à l'équité — et elle n'a guère convaincu la doctrine allemande. La voie empruntée par S. Schlossmann a cependant été suivie un peu plus tard par au moins deux auteurs, Hermann Isay [1424] et Heinrich Gottschalk [1425], dont Jacques Martin de la Moutte, indique qu'ils auraient proposé de ne plus voir dans le contrat une opération bilatérale, mais bien deux actes indépendants [1426]. Là encore, toutefois, ces idées n'ont guère pénétré dans la doctrine allemande contemporaine qui continue à se référer au contrat. Elles ont en revanche eu une influence sur certains auteurs français puisque c'est semble-t-il en s'appuyant sur ces auteurs allemands que R. Worms développa en France l'idée suivant laquelle le contrat n'est pas une fusion de plusieurs déclarations de volonté, mais bien la somme de deux actes juridiques (déclarations de volonté dit R. Worms) distincts [1427].

Il faut néanmoins souligner qu'A. Gleitsmann, dont nous avons relevé tout à l'heure l'influence déterminante sur la doctrine allemande de l'acte juridique, n'était pas très loin de parvenir à la conclusion que le contrat n'était pas un acte juridique fusionnant plusieurs déclarations de volonté, mais plutôt le résultat de deux actes juridiques. En effet, étudiant la distinction entre le contrat et l'acte unilatéral, cet auteur relève qu'on pourrait théoriquement analyser le contrat comme une succession de deux actes unilatéraux indépendants et que la législation donne même des exemples d'une telle analyse, notamment pour le testament et son acceptation [1428]. Si A. Gleitsmann rejette finalement cette analyse, c'est uniquement pour des raisons pratiques [1429], à savoir que « [p]ar la déclaration unilatérale de volonté, on n'est lié

1422. Cf. la démonstration d'A. Gleitsmann résumée par G. de Bézin, « Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe », *Recueil de législation de Toulouse,* 1905, URL : https://archive.org/stream/s2recueil01acaduoft#page/288/mode/2up, n° 10.
1423. S. Schlossmann, *Der Wertrag*, thèse de doct., 1876, Breitkopf u. Härtel, URL : http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/wrapbooks/%22198077%22, not. p. 140 s.
1424. *Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Jena, 1899.
1425. *Die empfangsbedürftige Willenserklärung, nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch*, Erlangen, 1902, p. 24.
1426. J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, sous la dir. de P. Raynaud, thèse de doct., Université de Toulouse, 1951, p. 39.
1427. La thèse de R. Worms ne comprend pas de bibliographie et la consultation de l'ensemble de ses rares notes de bas de page — comme c'était alors fréquent — ne révèle aucune référence à l'un de ces deux auteurs. Néanmoins, R. Worms cite fréquemment d'autres auteurs allemands, de sorte qu'il est permis de penser qu'il a été confronté à ces thèses soit directement, soit indirectement.
1428. En ce sens G. de Bézin, « Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe », *Recueil de législation de Toulouse,* 1905, URL : https://archive.org/stream/s2recueil01acaduoft#page/288/mode/2up, p. 326-327.
1429. « Cette méthode n'est pas sans présenter de graves inconvénients dans la vie de tous les jours » : *ibid.*, p.

qu'à soi-même et l'on ne sait jamais si l'autre personne émettra sa déclaration de volonté, par conséquent si l'opération désirée pourra être accomplie » [1430]. Pour A. Gleitsmann, le problème de cette analyse du contrat résulte donc de l'absence de garantie que l'autre personne émette une déclaration de volonté. Pourtant, cet inconvénient pratique peut être aisément évité grâce au mécanisme de la condition décrit plus haut. Or, c'est justement ce que semble suggérer A. Gleitsmann lorsqu'il écrit, à en croire G. Bézin, que cette garantie, que l'autre personne émette une déclaration de volonté, le droit positif l'a trouvée dans le contrat. En effet il dit que, dans celui-ci, « chacun des multiples intéressés veut que sa déclaration de volonté n'ait de valeur juridique qu'à la condition que les autres personnes qui concluent cet acte fournissent également des déclarations valables » [1431] et de poursuivre : « [a]insi, la différence caractéristique entre la déclaration unilatérale et le contrat consiste uniquement en ce que, dans ce dernier, les déclarations de volonté doivent être, les unes par rapport aux autres, dans une connexion organique de sorte que chacune est conditionnée par l'autre et perd toute valeur sans elle ». Or, n'est-ce pas là, dit avec des mots différents, l'analyse que nous avons proposée plus haut du contrat [1432] ? On voit donc une certaine continuité entre les idées ici exposées et la conception allemande de l'acte juridique sur laquelle A. Gleitsmann a eu une grande influence.

376. Bilan du 1. Au regard des développements précédents, il apparaît que l'abandon de la qualification d'acte juridique du contrat peut s'inscrire dans la continuité d'une certaine doctrine juridique allemande. Sans doute, à certains égards, cette proposition ne fait que reprendre les opinions marginalisées de R. Worms. Pourtant, autrement considérée, cette proposition apparaît comme l'aboutissement logique de la tradition française de l'acte juridique, aboutissement qui n'est, en outre, pas totalement étranger à l'idée que certains juristes allemands influents de la fin du XIXe et du début du XXe siècle se faisaient de l'acte juridique. Pour ces raisons, il est permis de penser que l'argument tiré de la contrariété de la proposition ici faite à la tradition ne devrait guère prospérer. Se trouvent ainsi désamorcés l'ensemble des arguments d'ordre dogmatique qui pourraient nous être opposés. Reste à présent à examiner les arguments d'ordre technique, susceptibles de s'opposer à notre proposition.

2. Le contournement des obstacles techniques

377. Plan. Lorsque R. Worms a proposé de diviser « le contrat en deux parties : l'engagement de l'offrant et l'engagement de l'acceptant » [1433], le premier étant conditionné au second, il s'est heurté à un certain nombre de critiques techniques tendant à dénoncer son ana-

326-327.

1430. G. de Bézin, « Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe », *Recueil de législation de Toulouse*, 1905, URL : https://archive.org/stream/s2recueil01acaduoft#page/288/mode/2up, p. 327, l'auteur résumant ici la pensée d'A. Gleitsmann.

1431. *Ibid.*, p. 327.

1432. *Supra* n° 337.

1433. R. Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*, thèse de doct., Université de Paris, 1891, Girard, p. 184.

lyse de l'offre comme un acte créateur d'obligations sous condition. Ces critiques ont pris deux directions : l'analyse faite par R. Worms de l'obligation (**a.**) et celle faite par cet auteur de la condition (**b.**). Les progrès de la science juridique, en particulier l'introduction du concept de norme au contenu bien plus divers que celui d'obligation, permettent néanmoins aujourd'hui de surmonter ces critiques.

a. Le contournement des obstacles tenant au concept d'obligation

378. Plan. Dans son analyse novatrice du contrat, R. Worms proposait d'appréhender le contrat comme la somme de deux déclarations de volonté produisant chacune des obligations pour l'offrant et l'acceptant [1434]. Pour l'offre, R. Worms estimait que celle-ci donne naissance à deux obligations, une obligation principale de « délivrer » ce qui a été promis et une obligation accessoire de maintenir son offre pendant le délai fixé. Or les auteurs ont nié tant l'existence de cette obligation principale (**i.**) que de cette obligation accessoire (**ii.**).

i. Le dépassement des critiques liées à « l'obligation principale » de l'offre

379. Exposé de la critique. Pour rejeter l'existence d'une obligation principale de délivrer ce qui a été promis, les auteurs se sont appuyés sur la notion d'obligation, que R. Worms n'avait pas, pour son malheur, pris le temps de définir. Le mot d'obligation, bien qu'il ne soit pas défini par le code civil, a généralement dans la doctrine juridique un sens bien précis, qui ne paraît pas correspondre au sens que lui confère R. Worms. En effet, l'obligation est généralement définie comme un lien de droit par lequel un débiteur est astreint à faire quelque chose. Or, comme n'ont pas manqué de le remarquer les opposants aux idées de R. Worms, affirmer que l'offre crée une obligation principale de délivrer ce qui a été promis apparaît problématique, dans la mesure où il est bien difficile, avant l'acceptation, d'identifier un lien de droit entre un débiteur et un créancier. Comme l'écrit par exemple J. Chabas : « Admettre l'existence d'un pareil engagement qui considère l'obligation comme détachée totalement de la personne du débiteur et du créancier, c'est en même temps rejeter nécessairement la conception traditionnelle de l'obligation considérée comme un rapport de personne à personne, comme un *juris vinculum* liant la personne du débiteur à celle du créancier » [1435].

1434. *Ibid.*, p. 184.

1435. J. Chabas, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, sous la dir. de G. Ripert, thèse de doct., Université de Paris, 1931, Recueil Sirey, p. 147. Dans le même sens J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, sous la dir. de J. Flour, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ, n° 122, p. 118. Rappr. R. Elias, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale : Étude et critique*, sous la dir. de R. Piédelèvre, thèse de doct., Université de Paris, 1909, Sirey, p. 61 où l'auteur, pour nier la présence d'un engagement, ajoute également que l'analyse de R. Worms impliquerait de faire du promettant à la fois le créancier et le débiteur, ce qui entraînerait l'application des règles sur la confusion et donc l'absence d'obligation. Cet auteur dit encore, au même endroit, qu'une telle obligation du fait de la potestativité de la clause serait nulle.

380. Dépassement de la critique. Bien que pertinente, cette critique ne paraît pas déterminante. En effet, le mot d'obligation a en droit plusieurs sens et, comme le relèvent les rédacteurs du *Vocabulaire juridique*, son sens premier est plus large et se trouve synonyme du devoir. Or, comme l'a fort bien montré un auteur [1436], le devoir, à la différence de l'obligation au sens technique et restreint du terme, n'implique aucun lien de droit. Le mot d'obligation ainsi largement compris, la pensée de R. Worms cesse d'encourir la critique qui lui était adressée. L'offre peut bien être comprise comme imposant à son auteur une obligation, *lato sensu*, de délivrer ce qui a été promis, à la condition que le bénéficiaire de l'offre accepte celle-ci. Seule peut donc être reprochée à R. Worms l'équivocité de ses propos : en n'ayant pas pris la peine de définir ce qu'il entendait par « obligation », il a ouvert la porte à la critique.

Il ne semble pas qu'un tel reproche d'équivocité puisse être adressé à l'analyse de l'offre et de l'acceptation exposée plus haut [1437]. En effet, pour l'identification des effets de l'offre, il a été recouru au mot de norme plutôt qu'à celui d'obligation. Or, le concept de norme, qui à l'époque de R. Worms n'existait pas encore dans la langue juridique française [1438], a un sens bien plus général que celui d'obligation au sens strict, puisqu'il couvre tant les obligations *stricto sensu* que les devoirs.

ii. Le dépassement des critiques liées à « l'obligation accessoire » de l'offre

381. Exposé de la critique. L'existence d'une obligation au maintien de l'offre a également été critiquée par les opposants aux thèses de R. Worms. Pour ce faire, les auteurs ont tout d'abord nié qu'en droit positif l'offre ne puisse pas être révoquée, comme le suggérait R. Worms. Une fois cet élément posé, ils ont ensuite avancé qu'« [i]l y a une contradiction flagrante entre l'obligation de tenir une promesse et le droit de la révoquer » [1439]. Par une telle critique, les auteurs ont donc remis en question le caractère obligatoire de l'offre.

382. Dépassement de la critique. Pour surmonter cette critique, il ne paraît pas utile de se livrer à une analyse détaillée du droit positif afin de savoir qui de R. Worms ou de ses contempteurs ont raison quant au caractère totalement irrévocable de l'offre. Il suffit ici de s'attaquer à la deuxième partie du raisonnement et de montrer comment le caractère révocable de l'offre, y compris lorsque cette rétractation n'est pas fautive, n'empêche en rien de qualifier l'offre d'acte juridique.

Si les auteurs se sont attachés à étudier le caractère révocable de l'offre pour déterminer si celle-ci pouvait ou non constituer un acte juridique, c'est semble-t-il à cause d'une conception

1436. N. Hage-Chahine, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2014, n°s 36 s.
1437. *Supra* n°s 334 s.
1438. Sur l'origine du mot norme, cf. *supra* n° 265.
1439. R. Elias, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale : Étude et critique*, sous la dir. de R. Piédelèvre, thèse de doct., Université de Paris, 1909, Sirey, p. 63 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, sous la dir. de J. Flour, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ, n° 125.

réductrice des effets que peuvent produire les actes juridiques. En effet, lorsque la théorie de l'acte juridique s'est introduite en France, elle s'est tant bien que mal agencée dans le droit des obligations [1440]. Dès lors, l'acte juridique a été, comme le contrat, avant tout conçu comme un outil permettant de créer volontairement des obligations. Or, le concept d'obligation, au sens strict, paraît effectivement inconciliable avec l'idée d'une révocation de l'obligation par une seule des parties. La définition de l'obligation comme lien entre un créancier et un débiteur, suggère en effet qu'il n'est pas possible pour une personne (le débiteur en pratique) d'échapper à ce lien par sa seule volonté. L'image du lien s'oppose à une telle révocation : ce qui peut se détacher n'est pas lié !

À l'époque de R. Worms, une telle critique était sans doute plus impressionnante qu'elle ne l'est aujourd'hui car alors l'acte juridique était perçu comme créant uniquement des obligations *stricto sensu*. Tel n'est plus le cas de nos jours où, le problème se « décantant » [1441], les juristes ont pris conscience de la grande variété des effets d'un acte juridique [1442], de sorte qu'il est réducteur d'identifier ces effets à la création d'obligation. Dans un tel cadre de pensée, il devient alors plus aisé d'admettre qu'un acte volontaire puisse être qualifié d'acte juridique, même lorsque l'auteur de cet acte dispose par la suite de la faculté d'abroger la norme qu'il a créée. En effet, tant que cette abrogation n'a pas eu lieu, la norme existe bien et peut à ce titre produire ses effets. En droit administratif, par exemple, la possibilité pour les autorités administratives d'abroger une norme n'est nullement un obstacle à la qualification d'acte juridique. Au contraire, les règles sur l'abrogation sont même considérées en cette matière comme partie intégrante du régime des actes juridiques administratifs [1443].

Si l'on transpose cette analyse de l'acte juridique à l'offre, il apparaît que le caractère révocable de l'offre — autrement dit la possibilité pour son auteur d'abroger les effets de celle-ci — n'est en rien un obstacle à sa qualification d'acte juridique, pourvu que l'offre produise effectivement ses effets tant qu'elle n'a pas été révoquée. Or, tel est bien l'état du droit positif, puisque les magistrats considèrent que l'acceptation forme le contrat tant que l'offre n'a pas été révoquée [1444]. Où l'on voit à nouveau que le recours au concept de norme pour appréhender les effets de l'offre permet de surmonter les critiques naguère adressées à R. Worms. Ce concept de norme va également permettre de surmonter les critiques afférentes à l'utilisation par R.

1440. Pour une autre illustration de telles adaptations, cf. *supra* n° 371.

1441. J. Carbonnier, *Droit civil*, PUF, 2004, n° 933, p. 1949, écrivant, à propos de l'acte unilatéral : « Il faut décanter le problème ». L'auteur suggère que la question de l'acte unilatéral n'a été controversée à ses débuts que parce qu'on a cantonné le problème à l'engagement unilatéral, c'est-à-dire à l'acte unilatéral créateur d'obligation au sens strict.

1442. Cf. not. P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.*, 1999, n° 5 : « Cette norme contractuelle peut avoir divers objets, divers contenus : elle peut bien sûr (c'est l'objet principal de la plupart des contrats) faire naître un rapport d'obligation entre les parties, rendre l'une créancière et l'autre débitrice, mais elle peut aussi transférer ou éteindre un droit, ou créer un droit ou une situation juridique nouvelle ne se ramenant pas à une relation entre un créancier et un débiteur ».

1443. Sur l'abrogation des actes administratifs, cf. not. B. Seiller, « Acte administratif (II – Régime) » *in Répertoire de contentieux administratif*, janv. 2010, Dalloz.

1444. Cass., 3e civ., 17 déc. 1958, *RTD Civ.*, 1959, note J. Carbonnier : « une offre peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée ».

Worms du mécanisme de la condition pour rendre compte des effets de l'offre.

b. Le contournement des obstacles tenant au concept de condition

383. Plan. Après avoir exposé la critique afférente à l'usage du concept de condition (**i.**), il conviendra d'entreprendre sa réfutation (**ii.**).

i. Exposé de la critique

384. Plan. Un peu à la suite de R. Worms [1445], il a été suggéré plus haut d'appréhender le contrat comme un ensemble de normes, créées par des actes juridiques distincts et conditionnées pour leur vigueur à l'existence d'autres normes de cet ensemble [1446]. Une telle analyse, alors même qu'elle permet, mieux que toute autre, de comprendre pourquoi le consentement d'un seul ne suffit pas à faire naître le contrat ou la délibération, risque de se heurter aux mêmes obstacles que ceux auxquels avait été naguère confronté R. Worms. En effet, l'analyse de R. Worms « a été rejetée au motif, d'une part, qu'il n'est pas possible de considérer comme une simple condition l'absence de consentement de l'une des parties, et, d'autre part, que les obligations nées du contrat définitif n'ont pas d'effet rétroactif » [1447]. Détaillons quelque peu les deux pans de cette critique : d'abord celui relatif à la qualification même de condition, ensuite celui relatif à son régime.

385. Les critiques tenant à la qualification de condition. R. Worms a d'abord été critiqué parce que le concept de condition qu'il utilisait ne correspondait pas au concept de condition communément admis par les auteurs en droit civil. En effet, la condition est définie (au sens strict) comme une « [m]odalité de l'obligation subordonnant la formation ou la résolution de celle-ci à la survenance d'un événement futur et incertain » [1448]. De ce qu'elle est définie comme une simple modalité, les auteurs en déduisent que la qualification de condition ne pourrait pas être appliquée à un événement essentiel de la condition, telle l'exigence du consentement d'une des personnes concernées par l'obligation [1449]. Cette exigence se comprend logiquement au regard de la définition de l'obligation. Si l'obligation est un lien entre un créancier et un débiteur, alors l'on ne saurait utiliser le terme d'obligation pour désigner l'effet d'un acte qui, tendant à l'établissement de ce lien, serait encore conditionné à l'accord d'une des parties à ce lien. En effet, en l'absence du consentement d'une des parties, un tel lien n'existerait pas et il ne saurait donc être question de parler de lien. À l'inverse, lorsque la condition porte sur un

1445. Cet auteur identifiait semble-t-il plutôt le contrat comme un ensemble d'actes plutôt que comme un ensemble de normes.
1446. *Supra* n° 337.
1447. G. Wicker, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, sous la dir. de J. Amiel-Donat, thèse de doct., Université de Perpignan, 1997, LGDJ, n° 151.
1448. *Vocabulaire juridique*, sous la dir. de G. Cornu, 8e éd., PUF, 2007, *V°* Condition, sens 2, b/.
1449. *Contra* S. Théron, *La notion de condition : Contribution à l'étude de l'acte administratif*, sous la dir. de J.-A. Mazères, thèse de doct., Université de Toulouse 1, 2001, L'Harmattan, p. 355-356.

élément accessoire — autrement dit autre que le consentement — alors un lien existe [1450]. Or, si l'on en revient à l'offre, celle-ci, dans l'analyse qu'en propose R. Worms, ne produit des effets qu'autant qu'elle est acceptée par un acte *volontaire*. Où l'on voit le premier obstacle opposé au recours à la condition pour décrire l'offre [1451].

Outre ce premier obstacle, la proposition ici exposée pourrait rencontrer un second obstacle tenant à l'exigence que la condition porte sur un élément futur et incertain. La critique n'a pas été adressée à R. Worms parce que cet auteur n'a pas proposé d'analyser l'acceptation comme un acte produisant des normes conditionnées à d'autres normes ; il n'a formulé cette proposition qu'à propos de l'offre. En revanche, elle pourrait être formulée à l'encontre des idées ici exposées, puisqu'il a été proposé d'analyser également l'acceptation comme créant des normes conditionnées. Or, pourrait-on nous objecter, comment l'acceptation pourrait-elle être subordonnée à un événement futur et incertain, que serait l'existence des normes contenues dans l'offre, alors que, par hypothèse, l'offre est antérieure à l'acceptation ?

386. Les critiques tenant au régime de la condition. Quant au régime de la condition, il est enseigné, en s'appuyant sur l'article 1179 du code civil, que la condition opérerait de manière rétroactive, permettant ainsi à l'obligation conditionné de produire effet dès le jour où elle a été créée, idée que semble accréditer R. Worms lorsqu'il écrit que, dans cette conception, chaque déclaration de volonté a « sa date propre » [1452]. Or, d'après les contempteurs de R. Worms, l'application de la rétroactivité à l'offre serait source d'incohérence : elle conduirait à dire que l'engagement de l'acceptant prend naissance au jour de l'acceptation, alors que celui de l'offrant prend naissance, du fait du jeu rétroactif de la condition, au jour de l'offre. « L'acceptant est donc ainsi créancier à compter de la date de l'offre, et débiteur seulement du jour de son acceptation ! » [1453].

1450. Rappr. M. Latina, *Essai sur la condition en droit des contrats*, sous la dir. de D. Mazeaud, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2009, LGDJ, n° 38 : « le caractère accessoire de la relation de dépendance conditionnelle n'est que la traduction de l'impossibilité pour la condition de remettre en cause l'existence même du lien contractuel ».

1451. Cf. R. Elias, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale : Étude et critique*, sous la dir. de R. Piédelèvre, thèse de doct., Université de Paris, 1909, Sirey, n° 64, où l'auteur use de cette critique pour rejeter les idées de R. Worms.

1452. R. Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*, thèse de doct., Université de Paris, 1891, Girard, p. 190. Les propos de R. Worms sont toutefois ambigus. En disant que l'offre et l'acceptation ont chacune des dates propres, l'auteur peut vouloir signifier que sont distinctes soit les dates d'existence, soit les dates d'entrée en vigueur de ces normes. Au regard du contexte, il est permis de penser que c'est ce second sens que l'auteur retenait, ce d'autant plus qu'il est bien plus logique que l'autre sens possible.

1453. J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, sous la dir. de J. Flour, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ, n° 327, qui reproduit sur ces points les analyses de F. Chabas, *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation*, thèse de doct., Université Paris I, 1967, LGDJ, p. 146-147. Rappr. J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, sous la dir. de P. Raynaud, thèse de doct., Université de Toulouse, 1951, p. 39 : « il est absolument inadmissible de soutenir que les obligations résultant du contrat puissent naître à des moments différents ».

ii. Réfutation de la critique

387. Plan. De telles critiques, bien que solidement appuyées sur le code civil et les idées doctrinales communes, ne sont toutefois pas irréfutables. D'abord, il est possible de montrer qu'elles s'appuient une définition du concept de condition qui est loin d'être unanime, autrement dit que l'intension donnée à ce concept est restrictive. Ensuite, même en s'en tenant à cette intension restrictive de la condition, il est possible de montrer que l'utilisation que R. Worms et nous-même avons fait de la condition peut intégrer l'extension de ce concept [1454].

388. Une critique reposant sur une conception restrictive de l'intension du concept de condition. Pour réfuter les critiques tenant à la condition, il est tout d'abord possible de constater que celles-ci ne sont pertinentes qu'autant que le mot condition est utilisé dans le sens étroit que lui donnent les contempteurs de R. Worms. Or, il suffit d'ouvrir le *Vocabulaire juridique*, naguère dirigé par Gérard Cornu, pour constater que, appliqué à un acte juridique, le mot de condition signifie d'abord l'« [é]lément auquel est subordonnée la validité ou l'efficacité d'un acte » [1455]. Ce n'est que dans un sens étroit, inscrit d'ailleurs comme sens second dans ce dictionnaire, que la condition désigne la « [m]odalité de l'obligation subordonnant la formation ou la résolution de celle-ci à la survenance d'un événement futur et incertain » [1456]. Sans doute, R. Worms, entretenant encore une fois l'équivoque sur ses propos, n'a malheureusement pas pris la peine d'indiquer dans quel sens il utilisait le mot de condition, ce qui a permis à ses contempteurs d'opter pour le sens le plus adapté à leur critique. Cependant, si le mot de condition est entendu largement, au sens de condition d'efficacité, la critique paraît tomber. Une autrice ayant travaillé il y a quelques années sur le concept de condition a d'ailleurs pu montrer que, quelle que soit la variété des conditions ou plutôt de leur objet, celles-ci avaient toujours une « nature relationnelle » consistant à mettre en rapport deux objets [1457]. Or, c'est bien ici cette « nature relationnelle » que l'on retrouve, puisque la condition permet de mettre en rapport deux normes [1458].

389. Une critique reposant sur une conception restrictive de l'extension du concept de condition. *Plan.* Ensuite, même à s'en tenir à une conception restreinte de l'intension du concept de condition, il peut être montré que celle-ci comprend les cas dans lesquels nous avons ici utilisé ce terme. En effet, le mot de condition, que R. Worms et nous-même avons employé pour décrire les normes produites par les actes juridiques concourant à la formation d'un contrat,

1454. Les termes d'intension et d'extension sont ici utilisés dans le sens qui leur ont été donnés en introduction : *supra* n° 44.
1455. *Vocabulaire juridique*, sous la dir. de G. Cornu, 8e éd., PUF, 2007, *V°* Condition, sens 2, a/.
1456. *Ibid.*, *V°* Condition, sens 2, b/.
1457. S. Théron, *La notion de condition : Contribution à l'étude de l'acte administratif*, sous la dir. de J.-A. Mazères, thèse de doct., Université de Toulouse 1, 2001, L'Harmattan.
1458. Rappr. *ibid.*, p. 401-462 qui voit dans la condition un moyen de lier des actes juridiques. L'autrice écrit notamment (p. 412) : « La condition permet de comprendre que des actes juridiquement distincts et formés constituent un ensemble, la condition octroie une unité entre différents éléments dont il est impossible d'affirmer précisément s'ils constituent une seule et même totalité ».

n'a pas été employé dans le sens vague de condition de validité ou d'efficacité. Si ce terme a certes été employé au sens de condition d'efficacité, l'efficacité dont il a été question n'est pas le concept souple d'efficacité utilisé en sociologie du droit pour désigner l'aptitude d'une norme à produire le résultat voulu par son auteur[1459]. Non, l'efficacité dont il a été question est à mettre en rapport avec le concept de vigueur de la norme, concept dont nous avons indiqué plus haut qu'il constituait l'un des quatre éléments constitutifs de toute norme[1460]. Ainsi, lorsque nous avons dit que la norme créée par l'un des actes juridiques formant le contrat était *conditionnée* à une autre norme, nous avons entendu signifier par là que c'était la vigueur de cette norme, qui était conditionnée. L'on ne saurait donc nous reprocher d'avoir usé d'un sens vague. Surtout, il peut être montré que cette acception technique du mot « condition » n'est nullement étrangère à la conception restreinte de la condition qu'adoptent les contempteurs de R. Worms en s'appuyant sur la notion de condition figurant dans les articles 1168 et suivants anciens (article 1304 et suivants) du code civil actuel[1461]. Par conséquent, lorsque ces derniers refusent de reconnaître, dans l'usage que R. Worms et nous-même faisons de ce terme, une application du terme de condition régi dans le code civil, ils adoptent une approche restrictive de l'extension de ce terme.

Afin de démontrer en quoi la critique des contempteurs de R. Worms constitue une restriction critiquable de l'extension du concept de condition découlant des textes du code civil, il convient de montrer tout d'abord que l'usage du mot « condition », pour désigner la condition de vigueur d'une norme, n'est nullement contraire à la *définition* et au *régime* de la « condition » énoncés par les articles 1168 et suivants du code civil actuel, mais que, tout au contraire, partageant la même *fonction* que la « condition » décrite par ces textes, cet usage permet d'élargir la portée de ces articles — cantonnés aux normes obligationnelles contractuelles[1462] — à l'ensemble des normes. Cette démonstration faite, il sera alors possible de conclure que le mot de condition, tel qu'employé par R. Worms et par nous-même, ne méconnaît nullement l'extension de la notion de condition employée dans les articles 1168 et suivants anciens du code civil.

390. *Un usage de la condition correspondant à la définition de la condition dans le code civil.* S'agissant tout d'abord de la définition de la condition et de la critique tenant au caractère non accessoire de celle-ci, il faut en premier lieu observer que le code civil n'énonce nullement cette exigence d'un caractère accessoire. Nous serions donc fondés à prétendre que l'acception large de la condition ici retenue ne méconnaît pas à cet égard les dispositions du code civil. Cependant, portant plus loin la réfutation de cette critique, il importe de relever que tout

1459. Sur les différents sens du mot efficacité, cf. *supra* n° 1023.
1460. Cf. *supra* n° 274.
1461. Art. 1304 s. c. civ. à venir.
1462. Bien que, par leur place dans le code, ces dispositions paraissent concerner toutes les obligations, il est généralement soutenu qu'elles ne concernent que les obligations contractuelles. Cf. F. Chénédé, *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, sous la dir. de A. Ghozi, thèse de doct., 2008, Économica, n°s 425 s.

le droit et la théorie de la condition ont été forgés à partir de l'examen du seul contrat [1463], les auteurs spécialistes se refusant même à élaborer une théorie générale de la condition, applicable à tous les actes juridiques [1464], d'où la prise de distance de certains auteurs de droit public avec les constructions civilistes de la condition [1465]. Or, cette exigence du caractère accessoire de la condition est propre au contrat et, plus précisément, à la conception traditionnelle du contrat comme l'accord de volontés créateur d'obligations. En effet, dans un tel schéma, dire que la condition porterait sur le consentement d'une autre partie signifierait qu'il n'y aurait à en réalité pas de contrat : en l'absence d'un consentement d'une partie, point de contrat. Or, par hypothèse, dans cette conception de la condition comme modalité à un contrat, l'on suppose qu'un contrat existe. D'où la contradiction. Dès lors, l'affirmation selon laquelle la condition ne peut pas porter sur la volonté du cocontractant doit être limitée au contrat. Si, d'aventure, se rencontre une condition portant sur la volonté du cocontractant, alors cela veut tout simplement dire qu'aucun contrat n'existe. C'est ce qu'exprime bien maladroitement l'article 1174 ancien (article 1304-2 nouveau) du code civil en disant que dans cette hypothèse le contrat est nul [1466].

Pour cette raison, l'idée suivant laquelle la condition ne pourrait pas porter sur le consentement d'un des destinataires à la norme est erronée [1467]. Certes, cette proposition est juste lorsqu'on est en présence d'un contrat, mais alors, cela tient non pas au concept même de condition, mais au concept de contrat qui exige deux engagements, or sans volonté point d'engagement. Dès lors, il est tout à fait envisageable qu'en l'absence d'un contrat, ce qui est le cas de notre hypothèse, une norme soit conditionnée à l'existence d'un autre consentement.

Quant à la critique tenant au caractère futur de la condition, celle-ci peut être doublement relativisée. D'abord, comme l'indiquait naguère le code civil lui-même [1468], il est possible que la condition porte sur un événement passé ou présent, dès lors que celui-ci est inconnu des parties au jour où elles contractent. Il paraît donc possible de recourir à la condition pour rendre compte des contrats dans lesquels la chronologie de l'offre et de l'acceptation n'est pas

1463. Rappr. *Defrénois,* 30 mar. 1991, note J.-L. Aubert : « le mécanisme de la condition présuppose l'existence d'une convention génératrice d'obligation ».

1464. En ce sens M. Latina, *Essai sur la condition en droit des contrats*, sous la dir. de D. Mazeaud, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2009, LGDJ, n° 2. L'auteur justifie son refus de s'attaquer à une théorie générale de la condition dans les actes juridiques, par le motif qu'il n'existerait pas de théorie de l'acte juridique. Comp. S. Théron, *La notion de condition : Contribution à l'étude de l'acte administratif*, sous la dir. de J.-A. Mazères, thèse de doct., Université de Toulouse 1, 2001, L'Harmattan, où l'auteur, bien que s'intéressant principalement au droit public, n'hésite pas à faire de larges incursions en droit privé.

1465. C. Gallo, *La décision conditionnelle en droit administratif français*, sous la dir. de B. Seiller, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2017, n° 36.

1466. Pour une critique de cet article, cf. M. Latina, *Essai sur la condition en droit des contrats*, sous la dir. de D. Mazeaud, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2009, LGDJ, n°s 294 s., spé. n° 367.

1467. Rappr. S. Théron, *La notion de condition : Contribution à l'étude de l'acte administratif*, sous la dir. de J.-A. Mazères, thèse de doct., Université de Toulouse 1, 2001, L'Harmattan, p. 355-356.

1468. Art. 1181 al. 1, nous soulignons : « L'obligation contractée sous une condition suspensive est celle qui dépend ou d'un événement futur et incertain, ou d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties ». Cette précision a disparu, malheureusement, de l'article 1304 al. 1er nouveau, lequel se contente d'indiquer, tant pour la condition suspensive que la condition résolutoire, qu'une « obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain ».

respectée, faute pour les parties au contrat de savoir, au moment où elles expriment leur volonté, si leur cocontractant s'est déjà prononcé.

Ensuite, même dans le schéma classique de l'offre et de l'acceptation où l'acceptant se prononce en connaissant la volonté de l'offrant, il ne paraît pas impossible de dire que l'acceptant a produit une norme par laquelle il s'engage à suivre un modèle de conduite, sous condition que l'offrant fasse de même. Sans doute, l'offrant a déjà pris un tel engagement, ce qui pourrait faire douter du caractère futur de l'événement auquel la condition serait subordonnée. Pour autant, la condition de vigueur ne se limite pas seulement à l'entrée en vigueur de la norme, elle peut aussi concerner son maintien en vigueur. Dès lors, cette condition peut également être perçue comme conditionnant, dans le futur, le maintien de l'engagement de l'acceptant.

Le caractère incertain, exigé par l'article 1168 du code civil (art. 1304 nouv.), soulève en revanche une difficulté. En effet, dans le sens large de condition d'efficacité, le mot de condition peut aussi s'appliquer à un événement certain. Ainsi, dans l'hypothèse d'une loi subordonnée pour son entrée en vigueur à l'écoulement d'un certain délai après sa publication, il pourrait être dit que l'écoulement de ce délai est une condition de vigueur de la norme.

Dans une telle approche, l'on voit donc que le concept de condition englobe la notion de terme, là où la notion civiliste de condition lui était opposée [1469]. Pour autant la distinction entre les conditions portant sur des événements à l'existence certaine et celles portant sur des événements à l'existence incertaine perdure, de sorte que le rapprochement n'entraîne aucun bouleversement du régime actuel du terme et de la condition. Si cette modification de l'articulation du terme et de la condition peut être adoptée, c'est surtout parce qu'elle est plus satisfaisante d'un point de vue théorique. Elle permet en effet de percevoir la profonde unité des normes affectées d'un terme ou d'une condition au sens civiliste : toutes ces normes existent mais leur vigueur est conditionnée à un événement futur.

Relevons, pour finir, que les juristes romains n'auraient nullement désavoué cette nouvelle articulation du terme et de la condition. En effet l'articulation proposée n'est nullement en rupture avec la pensée des juristes romains qui avaient distingué le terme de la condition. En effet, leur décision d'utiliser deux termes différents s'explique par le souci de marquer une différence profonde existant selon eux entre le terme et la condition. Alors qu'à leurs yeux l'obligation à terme existait déjà, l'obligation conditionnelle n'existait pas [1470]. Or, aujourd'hui, la doctrine semble assez largement reconnaître que ni la condition ni le terme ne porte sur l'existence de l'obligation. Tous deux portent sur son exigibilité. Dès lors, la distinction qu'avaient faite les juristes romains entre le terme et la condition, ne se justifie plus aujourd'hui et son maintien ne peut plus s'expliquer par un souci de respecter une tradition qu'on ne comprend plus. La

1469. L'opposition perdure dans les textes nouveaux du code civil, puisque le titre IV nouveau, consacré au régime général des obligations, comprend un chapitre 1re consacré aux modalités de l'obligation et divisé en trois sections, dont les deux premières portent sur l'obligation conditionnelle, puis sur l'obligation à terme.

1470. J.-Ph. Dunand, B. Schmidlin et B. Winiger, *Droit privé romain II*, Bruylant et Schulthess, 2010, p. 136-137.

fidélité au droit romain commanderait, au contraire, l'abandon de cette distinction, dont on a d'ailleurs pu récemment montré l'inutilité en droit positif[1471].

391. ***Un usage de la condition correspondant au régime de la condition dans le code civil.*** Venons en à présent au régime de la condition, et en premier lieu à l'argument tiré de la rétroactivité. Cet argument peut tout d'abord être relativisé, compte tenu du déclin considérable de l'idée suivant laquelle la rétroactivité serait inhérente à la condition. Les études doctrinales récentes démontrent en effet très largement l'inutilité du recours à la rétroactivité pour rendre compte du mécanisme conditionnel[1472].

En outre, quand bien même l'on adhèrerait au principe de rétroactivité de la condition, son application à l'analyse proposée de l'offre et de l'acceptation n'aboutirait pas nécessairement au résultat absurde dénoncé par les contempteurs de R. Worms. D'abord, il serait possible de considérer que les parties ont renoncé à se prévaloir de ce caractère rétroactif. Ensuite, et surtout, il faut souligner que la mise en jeu de ce caractère rétroactif n'obligerait pas, comme l'ont prétendu les opposants aux idées de R. Worms, à dissocier temporellement la naissance des qualités de créancier et de débiteur. Relativement à une obligation donnée, ces qualités continueraient à « naître » à des moments identiques.

Prenons l'exemple d'un contrat de vente formé à la suite de la rencontre d'une offre de vente et d'une acceptation. L'offrant s'engage à livrer le bien à condition qu'un prix lui soit versé ; l'acceptant s'engage à payer un prix à condition que le bien lui soit livré. Dans l'hypothèse où la condition serait rétroactive, alors cela signifierait que l'obligation de livrer le bien existerait dès l'émission de l'offre ; mais cette obligation existerait dans toute sa plénitude, au travers à la fois de la qualité de débiteur de l'offrant et de celle de créancier de l'acceptant. Il est donc erroné de dire, comme le font les contempteurs de R. Worms, que les qualités de créancier et de débiteur naîtraient à des dates distinctes. Seules, les obligations de livrer le bien et de payer le prix — et non les qualités de créancier et de débiteur propres à chacune de ces obligations — peuvent être considérées comme entrant en vigueur à des dates distinctes, mais il n'y a là nulle incohérence puisqu'il est parfaitement admis que le prix puisse être payé après la livraison.

1471. D. Nemtchenko, *La distinction du terme et de la condition*, sous la dir. de G. Wicker, mém.de mast., Université Montesquieu Bordeaux IV, 2012, p. 81 s. L'auteur conclue son travail en relevant que la distinction du terme et de la condition « ne présente aucune utilité » tant pour la période intermédiaire que pour la période définitive et dénonçant en conséquence le « dogmatisme » du droit français qui « trouve un tempérament significatif dans les droits étrangers, et plus particulièrement dans les projets doctrinaux d'harmonisation à l'échelle européenne ». Rappr. M. Waterlot, *L'effet réel du contrat*, sous la dir. de G. Wicker, thèse de doct., Université de Bordeaux, 2015, n° 371. Ce dernier auteur ne propose pas cependant de modifier le sens du terme condition et se contente d'indiquer que le terme et la condition sont tous les deux des modalités suspensives se distinguant seulement par le caractère certain ou non de l'exigibilité future (*ibid.*, n°s 372 s.), sans que l'on puisse pour autant en tirer une quelconque différence du point de vue du régime juridique. L'on peut cependant se demander s'il est vraiment utile de conserver une pluralité de notions en droit positif si elles n'entraînent pas de différence de régime. Cf. *mutatis mutandis* la disparition — presque totale — du terme convention dans le code civil nouveau.

1472. Sur ce point cf. M. Latina, *Essai sur la condition en droit des contrats*, sous la dir. de D. Mazeaud, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2009, LGDJ, n° 613 s.

L'on voit donc bien que dans cette analyse des actes juridiques formant le contrat le jeu de la rétroactivité de la condition n'entraîne aucune incohérence. L'argument adverse peut donc être rejeté.

Reste un argument, qui n'a pas été opposé à Worms à l'époque, mais qui pourrait nous être opposé aujourd'hui. Il procède de l'ancien article 1178 du code civil (article 1304-3 nouveau [1473]) suivant lequel « [l]a condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement ». Si les dispositions du code civil sur la condition devaient être étendues à l'ensemble des conditions, il faudrait en effet admettre l'application de l'article 1178. Or, ceci pourrait présenter une difficulté sérieuse. En effet, une application hâtive de ce texte à l'offre, telle qu'ici analysée, pourrait aboutir au résultat étrange que le bénéficiaire d'une offre, parce qu'il ne l'aurait pas acceptée, serait sanctionné, ce qui conduirait à réputer la condition accomplie et donc le contrat formé. L'on voit aussitôt l'absurdité d'une telle proposition qui permettrait de lier une personne sans son consentement. En réalité, une lecture exigeante de l'article 1178 permet d'écarter une telle solution.

L'article 1178 exige la présence d'un débiteur, c'est-à-dire d'une personne à l'égard de laquelle une obligation *stricto sensu* existe déjà. Or, tel n'est pas le cas ici puisque le bénéficiaire de l'offre ne s'est pour l'instant engagé à rien, contrairement au débiteur d'une obligation conditionnelle qui est lui engagé sous une condition suspensive. En outre, la position du bénéficiaire de l'offre se rapproche bien davantage de celle d'un créancier que de celle d'un débiteur. Il ne paraît donc pas possible de lui appliquer l'article 1178 du code civil.

Faut-il pour autant conclure que ce texte est totalement inapplicable en présence d'une norme conditionnelle distincte d'une obligation *stricto sensu* ? Cela n'est nullement certain. Pour le comprendre, il importe de tourner le regard non plus vers le bénéficiaire de l'offre, mais vers son auteur, qui en est également l'assujetti, et de tenter d'appliquer à celui-ci l'article 1178 ou plutôt les principes sous-tendant ce texte. L'article 1178 du code civil vise à assurer le caractère obligatoire de l'obligation affectée d'une condition, alors même que la condition ne s'est pas encore réalisée. Plus précisément, ce texte permet au créancier de sanctionner le débiteur qui ne s'exécuterait pas, en rendant l'obligation exigible. Le créancier peut alors soit poursuivre l'exécution forcée du contrat, soit, notamment lorsque cela est matériellement impossible, demander l'attribution de dommages-intérêts. Ce texte poursuit le même objectif que l'article 1180 ancien du code civil (article 1304-5 nouveau [1474]) qui vient utilement le compléter. En effet, l'article 1304-5 du code civil, parce qu'il permet au créancier de prendre des mesures conservatoires, autorise ce dernier à protéger son droit à venir, notamment contre les actions

1473. « 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 ».

1474. « Avant que la condition suspensive ne soit accomplie, le débiteur doit s'abstenir de tout acte qui empêcherait la bonne exécution de l'obligation ; le créancier peut accomplir tout acte conservatoire et attaquer les actes du débiteur accomplis en fraude de ses droits ».

mêmes du débiteur. Or, ces deux versants de la force obligatoire de l'obligation conditionnelle — obligation étant ici entendue dans un sens patrimonial — se retrouvent plus généralement pour la norme conditionnelle. Considérons par exemple l'offre, que nous avons analysée plus haut comme une norme conditionnée à l'adoption d'une autre norme. La jurisprudence paraît bien considérer aujourd'hui que la véritable offre — et non la simple invitation à contracter — engage dans tous les cas l'offrant à la maintenir pendant un certain délai, le délai prévu par l'offrant ou le délai raisonnable [1475]. Or, de ce caractère obligatoire, la jurisprudence semble tirer exactement les mêmes conséquences que celles attachées, notamment par l'article 1178 du code civil, au caractère obligatoire une obligation conditionnelle. D'une part, la méconnaissance de cette force obligatoire par l'offrant est sanctionnée par l'attribution de dommages-intérêts au bénéficiaire [1476]. D'autre part, le bénéficiaire paraît autorisé à prendre toutes les mesures conservatoires nécessaires à la protection de son droit contenu dans la norme conditionnelle et ce avant même que la condition ne se réalise [1477].

Sans doute, cette dernière solution n'a-t-elle pas été consacrée explicitement pour l'offre de contracter *stricto sensu* [1478]. Mais on ne peut manquer d'observer qu'elle a été consacrée avec une évidence telle pour le droit du bénéficiaire d'un testament ne l'ayant pas encore accepté [1479] qu'il paraît justifié de penser, compte tenu de la proximité existant entre le bénéficiaire d'une offre et celui d'un testament [1480], que la même solution doit valoir pour l'offre de contracter. En faveur d'un droit du destinataire de l'offre à effectuer des mesures conservatoires, l'on

1475. Cass., 3e civ., 20 mai 2009, n° 08-13.230, *Bull.*, III, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000020656565, cassant un arrêt d'appel pour n'avoir pas recherché « si l'acceptation était intervenue dans le délai raisonnable nécessairement contenu dans toute offre de vente non assortie d'un délai précis ».

1476. Cass., soc., 22 mar. 1972, n° 71-40.266, *Bull.*, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006986902 et, récemment, Cass., 3e civ., 7 mai 2008, n° 07-11.690, *Bull.*, III, n° 79, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000018804800, refusant la restitution d'un dépôt de garantie, le montant du dépôt paraissant pouvoir s'analyser comme des dommages-intérêts au *quantum* préalablement fixé par l'offrant. Rappr., à propos d'un pacte de préférence, Cass., 3e civ., 10 mai 1984, n° 82-17.079, *Bull.*, III, n° 96, p. 77, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007013204. Dans cette espèce, les bénéficiaires du pacte avaient recherché la responsabilité du promettant, du fait que celui-ci avait vidé de toute portée le droit qui leur avait été conféré, puisque le bien objet du pacte de préférence avait été vendu à un tiers.

1477. Comp. plus mesuré à propos des « droits d'option », C. Brenner, *L'acte conservatoire*, sous la dir. de P. Catala, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 1999, LGDJ, n° 483, note 117.

1478. Voir toutefois CA Paris, 14e chambre, 21 mar. 2001, n° 2000/21702, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006937562 où, en référé, les conseillers admettent la possibilité qu'une saisie conservatoire soit pratiquée, quand bien même l'acte examiné ne serait qu'une offre et non un contrat.

1479. Arg. art. 784 du c. civ. : « Les actes purement conservatoires ou de surveillance et les actes d'administration provisoire peuvent être accomplis sans emporter acceptation de la succession, si le successible n'y a pas pris le titre ou la qualité d'héritier. » La formulation retenue par le texte laisse penser que, pour ses rédacteurs, il ne fait aucun doute que le bénéficiaire d'une norme, conditionnée pour son entrée en vigueur à l'acceptation de ce dernier, peut prendre des mesures conservatoires.

1480. La nature contractuelle des effets produits par les deux actes juridiques que sont d'un côté le testament et de l'autre son acceptation par l'héritier ou le légataire est généralement niée en doctrine, tous les regards se portant sur le seul testament perçu comme un « acte juridique unilatéral ». Nous verrons cependant plus bas (n° 419) que l'ensemble formé par le testament et son acceptation peut bien être considéré comme étant un contrat. Dès lors, il est bien justifié de rapprocher l'offre du testament dans l'analyse ici développée.

pourrait également utiliser, par analogie, compte tenu de la proximité entre l'offre et le pacte de préférence [1481], la jurisprudence rendue en matière de pacte de préférence. En effet, pour le pacte de préférence, la jurisprudence a d'ores et déjà reconnu au bénéficiaire de ce pacte le droit de prendre des mesures conservatoires pour préserver son droit, bien que ce droit ne soit pas encore entré en vigueur [1482]. Par conséquent, en s'écartant de la lettre de l'article 1178, pour s'en tenir à son esprit, il ne semble nullement que ce texte puisse constituer un obstacle à l'extension de la notion civiliste de condition, pour l'instant cantonnée aux obligations, à l'ensemble des normes.

Cette extension apparaît d'autant plus justifiée que le concept de condition tel qu'ici entendu remplit les mêmes fonctions que la notion de condition retenue par les civilistes.

392. ***Un usage de la condition correspondant aux fonctions de la condition dans le code civil.*** Pour montrer cette identité de fonction, considérons successivement la condition suspensive et la condition résolutoire. D'abord, il convient de relever que les auteurs s'en tenant à une approche civiliste de la condition suspensive admettent bien volontiers — depuis certes peu de temps — que celle-ci affecte seulement **l'efficacité de l'obligation** et non sa naissance, son existence [1483]. Aussi, est-il justifié d'assimiler une telle condition avec le concept de condition d'entrée en vigueur, dont nous avons dit qu'il affectait, non pas l'existence de la norme, mais sa vigueur.

Ensuite, l'assimilation peut être poursuivie sur le terrain de la condition résolutoire. En effet, le terme de condition de vigueur peut également être utilisé pour désigner la subordination du maintien en vigueur d'un acte à la présence d'un élément. Ainsi, dans l'hypothèse où une loi serait subordonnée pour son application à un décret qui serait pris, puis par la suite annulé, l'on devrait semble-t-il considérer que cette loi, bien qu'entrée en vigueur à un instant t, ne le serait plus à $t + 1$, compte tenu de l'annulation dudit décret. Il apparaît donc clairement que le concept de condition résolutoire, compris comme la disparition de la vigueur d'une norme, peut s'appliquer tant à une obligation conventionnelle qu'à n'importe quelle autre norme.

1481. Cette proximité tient au fait que, après examen, le pacte de préférence s'avère être moins un contrat, constitué d'un ensemble de norme créées par des actes juridiques distincts, qu'un simple acte juridique équivalent à l'offre. Sur cette analyse du pacte de préférence, cf. *infra* n° 410 et sur le rapprochement de l'offre et du pacte de préférence quant à leur régime, cf. *infra* n° 422.

1482. Cass., 3e civ., 1er avr. 1992, n° 90-16.985, *Bull.,* III, n° 116, p. 71, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007028184, où la Cour accueille une action en nullité intentée par les bénéficiaires d'un pacte de préférence à l'encontre d'un contrat d'affermage portant sur le bien objet dudit pacte.

1483. M. Latina, *Essai sur la condition en droit des contrats*, sous la dir. de D. Mazeaud, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2009, LGDJ, n° 113 : « En d'autres termes, l'objet de la condition n'est pas tant le produit de l'effet constitutif ou la cible de l'effet translatif ou extinctif que ces effets eux-mêmes ». Ces propos ne semblent cependant pas avoir complètement pénétrés en doctrine, cf. encore récemment : W. Dross, « L'exception d'inexécution : essai de généralisation », *RTD Civ.,* 2014, n° 30, affirmant que « si le terme suspend l'exigibilité des obligations, la condition affecte leur naissance même ». *Adde* M. Waterlot, *L'effet réel du contrat*, sous la dir. de G. Wicker, thèse de doct., Université de Bordeaux, 2015, nos 364 s.

393. ***Bilan.*** Compte tenu de cette identité de définition, de régime et de fonction, le concept de condition, employé plus haut pour rendre compte des concepts de contrat et de délibération, n'apparaît nullement contrarié par les textes du code civil sur la condition. Bien au contraire, ce concept élargi de condition contribue à vivifier les textes du code civil pour en permettre l'application au-delà des seules obligations trouvant leur source dans un contrat. L'extension ici proposée n'est pas isolée dans la doctrine contemporaine. D'autres auteurs l'ont entrepris avant nous. C'est ainsi qu'une partie de la doctrine de droit public utilise aujourd'hui le concept civiliste de condition, en dehors du droit des contrats, afin de rendre compte du décalage qu'il peut y avoir entre l'existence d'un acte administratif et son entrée en vigueur [1484]. Cette acception du concept de condition a été récemment consacrée en droit positif, puisque le code des relations entre le public et l'administration utilise la notion de condition pour désigner les conditions d'entrée en vigueur [1485].

394. Bilan du § 1. Les développements précédents ont permis de mettre en lumière que qualifier d'acte juridique le contrat et la délibération était problématique au regard du concept d'acte juridique que nous avons retenu. Il a en effet été montré que ces concepts méritaient plutôt d'être qualifiés d'ensemble de normes, ce qui présentait en outre certains avantages, notamment pour la compréhension des processus complexes, faisant intervenir nombre d'acte juridiques liés les uns aux autres et pour lesquels les qualification de contrat ou de délibération n'apparaissent guère adaptés.

Conscient que ce rejet de la qualification d'acte juridique au contrat et à la délibération pourrait susciter malgré ses avantages quelques résistances, nous avons tenté d'anticiper sur les critiques qui pourraient être adressées à cette disqualification, en montrant que ces critiques pouvaient assez largement être réfutées.

Ce rejet de la qualification d'acte juridique pour le contrat et la délibération emporte des conséquences importantes pour la classification des actes juridiques. En effet, si le contrat et la délibération ne sont plus des actes juridiques, alors il n'est plus possible de distinguer l'acte unilatéral du contrat et de la délibération en recourant au critère du nombre d'auteur. Un ou plusieurs autres critères doivent dès lors être recherchés afin de pouvoir maintenir cette importante distinction et c'est ce qu'il convient à présent de faire en examinant les modalités d'affinement de cette distinction.

1484. B. Seiller, « Acte administratif (II – Régime) » *in Répertoire de contentieux administratif*, janv. 2010, Dalloz, n° 375. L'auteur, s'intéressant aux cas d'applicabilité différée des normes produites par un acte administratif, recourt expressément au mécanisme de la condition suspensive pour rendre compte de cette application différée. B. Seiller ne se contente pas d'une simple transposition du vocabulaire civiliste ; il en applique également le régime et notamment les dispositions sur la condition potestative, impossible, contraire aux bonnes mœurs ou prohibée par la loi.

1485. « Les mesures transitoires mentionnées à l'article L. 221-5 peuvent consister à [...] 2° [p]réciser, pour les situations en cours, les conditions d'application de la nouvelle réglementation [...] » (art. L. 221-6 CRPA, souligné par nous).

§ 2. Les modalités de l'affinement

395. Des conséquences susceptibles de rayonner sur les objets classés eux-mêmes. La découverte de ce que le contrat et la délibération ne sont pas des actes juridiques invite à repenser la classification des contrats, délibérations et actes unilatéraux qui, s'ils doivent continuer à être distingués, doivent l'être au moyen d'un critère restant à identifier.

Ne se pourrait-il pas aussi que cette prise de conscience implique de repenser les objets de cette classification eux-mêmes, en particulier le contrat et la délibération ? En effet, en droit français, nombreux sont les auteurs — l'unanimité est-il parfois prétendu [1486] — à souligner la dualité du contrat, lequel désignerait à la fois la procédure par laquelle des obligations sont volontairement créées et le résultat de cette procédure [1487]. Or, comme l'acte juridique paraît renvoyer à cet aspect procédural, ne pourrait-on pas soutenir que l'abandon de la qualification d'acte juridique du contrat impliquerait d'abandonner l'aspect procédural du contrat, autrement dit de restreindre le sens du mot contrat à la désignation des seuls effets contractuels ? Cette tentation de la restriction du sens pourrait s'appuyer sur plusieurs arguments.

D'abord, il pourrait être argüé qu'elle répond à une préoccupation de la doctrine, laquelle dénonce parfois l'ambiguïté du contrat, à la fois procédure et effet [1488]. Certains des auteurs

1486. J. Héron, « Réflexions sur l'acte juridique et le contrat à partir du droit judiciaire privé », *Droits,* 1988, p. 87 : « à vrai dire, la distinction [entre l'acte juridique et son effet] est implicitement admise par tous les auteurs » et, plus récemment, S. Benisty, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, thèse de doct., Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, 2014, Institut universitaire Varennes, n° 263 : « Il reste qu'aujourd'hui, la théorie positiviste, qui oppose clairement le *contrahere* au *contractus* remporte tous les suffrages ». Comp., plus modéré, E. Juen, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, sous la dir. de É. Loquin, thèse de doct., Université de Bourgogne, 2014, n° 545 et les références citées en note n° 2649.

1487. V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du code civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, 7e éd., Delamotte, 1873, nos 376 s. et spé. n° 378 ; A. L. Corbin, « Offer and Acceptance, and Some of the Resulting Legal Relations », *The Yale Law Journal,* 1917, 3, URL : http://www.jstor.org/stable/786706, p. 169 ; H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique,* 1940, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k888152j/f327.image, p. 35-36 ; G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, sous la dir. de R. Rodière, thèse de doct., Paris, 1965, not. nos 91 et 115 ; J.-P. Jacqué, « Acte et norme en droit international public » *in Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 227, Brill |Nijhoff, 1991, URL : http://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*-ej.9780792317852.357_417, p. 370 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, sous la dir. de J. Mestre, thèse de doct., 1992, PUAM, n° 588 ; V. Heuzé, *La règlementation française des contrats internationaux : étude critique des méthodes*, sous la dir. de P. Lagarde, thèse de doct., Université Paris I, 1990, Joly édition ; C. Thibierge, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie » *in Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 529 ; B. Haftel, *La notion de matière contractuelle en droit international privé : Étude dans le domaine du conflit de lois*, sous la dir. de D. Bureau, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2008 ; D. Rooz, *L'intégration du droit de l'Union européenne et le droit français des contrats*, sous la dir. de P. Mayer, thèse de doct., Université Panthéon-Sorbonne, 2012, n° 184 ; S. Whittaker et K. Riesenhuber, « Conceptions of Contract » *in The common european sales law in context*, sous la dir. de G. Dannemann et S. Vogenauer, Oxford University Press, 2013, p. 121 ; S. Benisty, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, thèse de doct., Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, 2014, Institut universitaire Varennes, n° 261 ; E. Juen, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, sous la dir. de É. Loquin, thèse de doct., Université de Bourgogne, 2014, nos 550 s.

1488. Certains auteurs ajoutent alors également le fait que le contrat désignerait à la fois l'*instrumentum* et le

ont ainsi proposé de recourir à des termes spécifiques pour éviter tout équivoque dans l'emploi du mot de contrat [1489], créant parfois des néologismes [1490]. Quelques-uns ont même proposé, mais timidement, de réserver le mot de contrat à un de ces deux aspects du contrat [1491].

Ensuite, le choix d'une telle restriction de sens, consécutive à l'affinement de la distinction des actes juridiques selon le nombre de leurs auteurs, pourrait s'appuyer sur un argument de texte, tenant au fait que, comme le relevait Mathias Latina, l'intitulé du titre III du livre III du code civil (« Du contrat **ou** des obligations conventionnelles en général ») peut suggérer que, aux yeux des rédacteurs du code civil, le contrat « ne sembl[ait] pas être autre chose que la somme des obligations qu'il engendre » [1492].

Enfin, au soutien de cette restriction de sens, l'on pourrait argüer qu'elle permettrait un retour aux sources, redonnant au contrat le sens premier qu'il semblait avoir en droit romain. En effet, le mot contrat vient du participe passé *contractus*, issue du verbe *contrahere*, qui signifie notamment, d'après le sens premier du dictionnaire *Gaffiot*, tirer (faire venir) ensemble, rassembler. Ce faisant, ce participe passé paraît désigner le résultat d'un acte humain déjà réalisé. On pourrait en déduire que ce mot ne désignait à Rome que le résultat d'un tel acte, autrement dit ses effets et non l'acte lui-même. Cette analyse pourrait également trouver quelqu'appui dans le célèbre *De pactis* d'Ulpien, dont les premiers mots, reproduits dans le *Digeste*, donnent à penser qu'Ulpien réservait le mot de contrat aux effets d'une certaine procédure et désignait par le terme de *pactus* la procédure elle-même [1493].

negotium, ce qui paraît correspondre à la distinction que font les théoriciens du droit entre la norme et l'énoncé de cette norme.

1489. Cf. not. A. L. Corbin, « Offer and Acceptance, and Some of the Resulting Legal Relations », *The Yale Law Journal,* 1917, 3, URL : http://www.jstor.org/stable/786706, p. 169 : « La clarté de la pensée exige qu'à chaque fois que le terme [de contrat] est utilisé, un seul sens soit consciemment retenu et clairement exprimé » (« Clearness of thought requires that whenever the term is used, one particular meaning should be consciously adopted and clearly expressed »). Pour une application récente de cette méthode, cf. S. Benisty, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, thèse de doct., Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, 2014, Institut universitaire Varennes, n° 263.

1490. Cf. not. V. Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, sous la dir. de G. Pignarre, thèse de doct., 2007, LGDJ, n° 639 distinguant la « convention-procédure » de la « convention-acte ».

1491. V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du code civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, 7e éd., Delamotte, 1873, n° 378. Rappr., plus récemment, V. Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, sous la dir. de G. Pignarre, thèse de doct., 2007, LGDJ, nos 638-639, qui paraît voir dans l'acte juridique l'effet obligatoire de la convention, alors que le contrat serait simplement les obligations mises à la charge des parties. Quant à la procédure par laquelle ces deux éléments seraient créés, l'auteur utilise le mot de convention. *Adde* D. Rooz, *L'intégration du droit de l'Union européenne et le droit français des contrats*, sous la dir. de P. Mayer, thèse de doct., Université Panthéon-Sorbonne, 2012, n° 184 qui, conservant le contrat dans la catégorie des actes juridiques, propose de restreindre le contrat à la « procédure ». Comp. A. L. Corbin, « Offer and Acceptance, and Some of the Resulting Legal Relations », *The Yale Law Journal,* 1917, 3, URL : http://www.jstor.org/stable/786706, p. 170, qui proposait de désigner le contrat en se référant aux effets produits par l'offre et l'acceptation : « Very likely it would be most convenient generally to define contract in sense (3), as the legal relations between persons arising from a voluntary expression of intention, and including at least one primary right in personam, actual or potential, with its corresponding duty ».

1492. M. Latina, *Essai sur la condition en droit des contrats*, sous la dir. de D. Mazeaud, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2009, LGDJ, n° 29.

1493. En effet, Ulpien, après avoir donné l'étymologie du mot pacte, définit celui-ci, comme le consentement de deux ou plusieurs personnes sur le même objet. Puis il donne une définition de la convention en disant que c'est

Malgré ces arguments, la proposition qui pourrait être faite de restreindre le sens du mot contrat pour ne désigner qu'un certain types d'effets de droit ne paraît pas devoir être ici défendue par pragmatisme, en ce sens que cette proposition paraît condamnée à rester lettre morte chez les juristes, du moins à moyen terme. En effet, la dualité du contrat, à la fois procédure et effet, est trop profondément ancrée dans les esprits pour pouvoir espérée être ainsi modifiée. L'idée que le contrat serait à la fois l'accord de volonté et les obligations issues de cet accord fait partie du noyau de la représentation sociale du contrat retenue par les juristes [1494]. Or, l'étude des représentations sociales en général révèle qu'il est extrêmement rare que le noyau d'une représentation puisse être directement remis en question. Cette remise en question est un processus lent qui implique d'abord un bouleversement de la périphérie de la représentation, qui pourra ensuite éventuellement atteindre le noyau. Dans tous les cas de figure, cette évolution est le fruit d'une accumulation de pratiques [1495]. Or, ici, une telle accumulation de pratiques n'existe pas. Les occasions où les juristes prennent conscience des difficultés liées à l'usage d'un mot combinant à la fois la procédure et les effets ne sont pas assez fréquentes pour contrecarrer les pratiques majoritaires où ce mot est utilisé dans les deux sens. Voilà pourquoi la proposition qui pourrait être faite de restreindre le contrat à l'un des deux sens qu'il a actuellement n'aurait à ce jour, pas plus que les propositions passées similaires [1496], guère de chance d'être retenue. La seule chose que nous osons ici recommander, compte tenu des pratiques actuelles, est de recourir au concept d'acte juridique lorsqu'il s'agit de désigner spécifiquement la procédure par lequel le contrat est formé et au concept de norme contractuelle, lorsqu'il s'agit de désigner les effets du contrats.

Ajoutons, pour clore ces précisions liminaires, que le fait de refuser la qualification d'acte juridique au contrat et à la délibération n'implique pas, logiquement, de refuser que le terme de contrat puisse aussi servir à désigner la procédure par laquelle des normes sont créées. Cette affirmation autorise toujours à mentionner dans la définition du contrat ou de la délibération la procédure par laquelle ceux-ci sont créés. Il convient alors seulement que cette procédure ne se trouve pas qualifiée d'acte juridique. La définition du contrat proposée plus haut — « ensemble de *normes*, créées par des actes juridiques distincts et dont chacune est conditionnée pour sa vigueur à l'existence d'autres normes de cet ensemble » [1497] — respecte bien cette exigence.

un terme général qui désigne tout ce qui *a été contracté* — *contractus* (*D.*, 2, 14, 1).

La plupart des juristes passés ayant travaillé sur ce texte depuis le XIIe siècle, n'approuveraient sans doute pas l'interprétation que nous retenons du texte d'Ulpien. En effet, les premiers glossateurs, dont le travail a été par la suite repris par des générations de juriste, ont considéré que les termes de pacte, convention et contrat étaient équivalents quand ils étaient employés dans le Digeste. Ainsi, lorsqu'Accurse, dans la *Glose ordinaire*, commente l'extrait précité du *Digeste* (*D*, 2, 14, 1), il indique, au moyen de crochets, que le terme de « conventionis » est équivalent à celui de « pactis ». Cf. *Corpus Juris Civilis Justinianei, cum commentariis Accursii, studio et opera Joannis Fehi*, vol. 1, p. 216 (http://digi.ub.uni-heidelberg.de/diglit/justinian1627bd1/0173).

1494. Cf. *supra* 138.

1495. M.-L. Rouquette et P. Rateau, *Introduction à l'étude des représentations sociales*, PUG, 1998, p. 113-117.

1496. Pour des exemples d'auteurs défendant des restrictions sémantiques similaires, cf. *supra* note n° 1491.

1497. *Supra* n° 339.

En effet, si cette définition évoque certes la procédure par laquelle sont créées les normes contractuelles — une pluralité d'acte juridiques —, cette procédure n'est nullement qualifiée d'acte juridique. Seuls sont ainsi qualifiés les actes qui, individuellement, participent à cette procédure ; non la procédure elle-même.

Compte tenu de ces précisions liminaires, les développements suivants porteront seulement sur les conséquences qu'entraîne, pour la classification des « espèces d'actes juridiques », le refus de qualifier le contrat et la délibération d'acte juridique ; ne seront pas évoquées les conséquences que ce refus entraîne pour les objets même de contrat et de délibération.

396. Plan. La remise en cause de la qualification d'acte juridique du contrat et de la délibération impose d'affiner la manière dont ceux-ci s'articulent aux « actes unilatéraux ». Au lieu de scruter le nombre de parties à l'acte, comme c'est le cas dans la distinction traditionnelle, on s'intéressera aux normes de ces objets. C'est à partir de celles-ci que nous distinguerons en premier lieu l'acte unilatéral d'un côté du contrat et de la délibération de l'autre (**A.**) et, en second lieu, le contrat de la délibération (**B.**).

A. Les modalités d'affinement de la distinction des « actes unilatéraux et plurilatéraux »

397. Plan. Après avoir énoncé le critère permettant de distinguer l'acte unilatéral d'un côté, du contrat et de la délibération de l'autre (**1.**), il conviendra de souligner sa vertu explicative, en révélant comment le renouvellement de cette distinction éclaire d'un jour nouveau le régime du contrat et de la délibération (**2.**).

1. Le principe de la distinction

398. Plan. Le principe de la distinction sera exposé (**a.**), puis vérifié (**b.**).

a. Énoncé de la distinction

399. Le rejet d'un critère quantitatif tiré du nombre d'actes juridiques. Traditionnellement le contrat et la délibération sont opposés à l'acte unilatéral par le nombre de leurs auteurs. Cette distinction n'est plus possible dans la mesure où nous avons vu plus haut que tout acte juridique n'a, à proprement parler, qu'un seul auteur. Ne pourrait-on pas cependant tenter de distinguer l'acte unilatéral d'un côté et le contrat et la délibération de l'autre, à partir d'un décompte du nombre d'actes juridiques dont ces objets sont constitués ? La démarche montre cependant rapidement son caractère inopérant, car elle pourrait permettre de qualifier de contrat ou de délibération tout ensemble de normes créées par une pluralité d'actes juridiques, tel que l'ensemble constitué par un décret et un arrêté le précisant. Or, manifestement, aucun juriste ne serait prêt à accepter une telle qualification du contrat. Il faut donc chercher

un autre critère permettant de savoir quels actes juridiques peuvent être regroupés et ainsi qualifiés de contrat. Ayant épuisé ici l'aspect procédural du contrat, tournons-nous vers son aspect matériel, autrement dit vers ses normes et recherchons ici un critère non plus quantitatif, mais qualitatif, tenant à la qualité même de ces normes.

400. L'adoption d'un critère qualitatif tenant à l'interdépendance des normes. Lors des développements précédents relatifs aux actes juridiques formant le contrat et la délibération, nous avons vu que chacun de ces actes juridiques crée des normes, dont la vigueur est conditionnée à l'existence d'autres normes [1498]. Nous avons vu également que cette approche du contrat et de l'acte juridique permet de distinguer ceux-ci de l'acte unilatéral. Certes, les normes créées par l'acte unilatéral peuvent elles aussi être conditionnées, pour leur vigueur, à l'existence d'autres normes. Cependant, à la différences des normes composant le contrat et la délibération, ces autres normes ne sont pas elles-mêmes conditionnées pour leur vigueur aux normes produites par l'acte unilatéral.

Si l'on théorise cette différence pour en dégager un critère de distinction, il apparaît que ce qui permet de distinguer le contrat et la délibération d'un côté, de l'acte unilatéral de l'autre, c'est le caractère **interdépendant** des normes formant le contrat et la délibération, idée que nous avons exposée plus haut en indiquant plus précisément [1499] que chacune des normes comprises dans les ensembles que constituent le contrat et la délibération ont leur vigueur conditionnée à l'existence d'autres normes.

Dès lors, si l'on considère un acte juridique isolé, cet acte juridique devra être qualifié de contractuel ou délibératif — en ce sens que se rapportant à un contrat ou une délibération — si les normes produites par cet acte sont dépendantes pour leur vigueur d'autres normes, créées par un acte juridique dépendant elle-même de ces premières normes. C'est donc l'interdépendance des normes, au niveau de leur vigueur, qui permet de rapprocher des normes créées par des actes juridiques distincts et de constituer ainsi les ensembles de normes que sont le contrat ou la délibération. À l'inverse, les ensembles formés par des normes créées par des actes distincts mais non interdépendantes, ne peuvent constituer qu'une addition d'actes unilatéraux et jamais un contrat ou une délibération.

401. Soulignons que la distinction ici proposée est à notre connaissance inédite pour le contrat. Si certains auteurs, en particulier Charles Eisenmann, ont déjà pu contester la distinction traditionnelle du contrat et de l'acte unilatéral, en proposant de la remplacer par une distinction reposant sur un critère qualitatif, ce critère était tout à fait différent de celui ici proposé. Pour eux, « [l]*acte unilatéral* est l'acte dont les normes ont pour objet de régler les rapports entre des personnes autres que ses auteurs » [1500]. À l'inverse, l'acte plurilatéral, no-

1498. *Supra* n° 331.
1499. *Supra* n° 337 pour le contrat et n° 341 pour la délibération.
1500. Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, Tome 1, p. 420 ou M. Hecquard-Théron, *Essai sur la notion de réglementation*, sous la dir. de J.-A. Mazères, thèse de doct., Université de Toulouse,

tamment le contrat, est l'acte « dont les normes règlent les rapports mutuels de ses auteurs (c'est-à-dire créent entre eux des obligations-droits) » [1501]. Si cette analyse était assurément un progrès en ce qu'elle tendait à passer d'un critère quantitatif à un critère qualitatif reposant sur l'analyse des normes, le critère qualitatif choisi n'était pas pertinent.

D'abord, il impliquait le maintien de l'idée suivant laquelle le contrat serait un acte juridique, empêchant par là de comprendre correctement le fonctionnement du contrat.

Ensuite, ce critère conduisait à des résultats pratiques insatisfaisants dans au moins deux hypothèses. D'une part, il conduisait à rejeter la qualification contractuelle des opérations conclues entre un représentant, pour le compte du représenté, et un tiers. En effet, produisant ses effets dans les rapports entre le représenté et le tiers et non entre le représentant et le tiers, cet acte ne pouvait pas recevoir la qualification de contrat, en contradiction avec la pratique des juristes qui dénomment pourtant ainsi de telles opérations. D'autre part, l'application de ce critère suscitait d'importantes difficultés de mise en œuvre en présence d'un acte qui, tout en produisant des normes ayant des tiers pour destinataires, produisait également des normes à l'égard de l'auteur de l'acte. La conception ici proposée évite tous ces écueils en s'en tenant à un critère en rapport avec la vigueur de la norme et non avec l'étude des destinataires de cette norme. Pour autant, cette conception ne rencontre-t-elle pas d'autres écueils qui pourraient la condamner ? En particulier, ne pourrait-on pas lui opposer l'existence de contrats unilatéraux où, faute de normes interdépendantes, il ne devrait pas y avoir de contrat ? L'objection est sérieuse et il convient à présent de l'examiner.

b. Vérification de la distinction à l'aune du concept de contrat unilatéral

402. Plan. La justesse du critère de distinction du contrat et de l'acte unilatéral développé ci-avant pourrait être mise en péril lors de sa confrontation aux contrats unilatéraux, c'est-à-dire les contrats ne produisant d'obligations (*stricto sensu*) que pour une seule des parties au contrat. En effet, alors que dans les contrats synallagmatiques il est aisé d'identifier des normes conditionnées, ceci paraît à première vue impossible dans les contrats unilatéraux dits « parfaits », c'est-à-dire ceux dans lesquelles les contractants ont toujours la même qualité de créancier ou de débiteur au cours de l'exécution du contrat. Néanmoins, malgré le prestige de cette distinction millénaire des contrats unilatéraux et synallagmatiques [1502], que personne ne conteste [1503] et qui se trouve encore reprise dans les textes nouveaux du code civil [1504], il

1977, LGDJ, p. 18 s.

1501. Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, Tome 1, p. 420.

1502. Sur l'histoire de ce concept, cf. M.-O. Barbaud, *La notion de contrat : analyse fonctionnelle*, sous la dir. de B. Teyssié, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2012, n°s 688-844.

1503. B. Haftel, *La notion de matière contractuelle en droit international privé : Étude dans le domaine du conflit de lois*, sous la dir. de D. Bureau, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2008, n° 127« : » À cet égard, il est aisé de constater que personne ne conteste l'existence de contrats unilatéraux, fort logiquement d'ailleurs puisque cette variété est prévue expressément par le Code.

1504. Art. 1106 : « 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

est possible de montrer que ce concept ne comprend aucun élément, autrement dit que son extension est nulle et qu'il s'agit donc d'un faux concept.

Pour le démontrer, nous allons voir tout d'abord que certaines opérations présentées comme des « contrats unilatéraux » sont en réalité des contrats synallagmatiques ; c'est le cas des « contrats unilatéraux » réels *de restitution*[1505] (prêt, dépôt et gage[1506]), mais également des contrats de donation qu'ils soient solennels ou réels[1507] (**i.**).

Ensuite, s'agissant des promesses de contrats et des « contrats unilatéraux » par lesquels sont constitués des sûretés personnelles (cautionnement et garantie autonome), il sera montré, en s'appuyant notamment sur des arrêts récents de la Cour de cassation, que ces opérations ne constituent pas des contrats, faute d'être composées de plusieurs actes juridiques (**ii.**).

i. Des « contrats unilatéraux » dissimulant des contrats synallagmatiques

403. Plan. Parmi les opérations présentées comme des « contrats unilatéraux », alors qu'elles sont en réalité synallagmatiques, existent deux catégories : d'une part les contrats réels de restitution et d'autre part les donations.

404. Les contrats réels de restitution. L'expression « contrat réel de restitution » désigne les contrats réels par lesquels une personne, le *tradens*, remet un bien à une autre personne, l'*accipiens*, à charge pour cette dernière de le restituer ou de restituer un bien équivalent. La catégorie des contrats réels de restitution regroupe trois contrats : le prêt (à usage ou de consommation) réalisé à titre gratuit, le dépôt non salarié et le gage avec dépossession. Ces contrats sont classiquement analysés comme des contrats réels, c'est-à-dire des contrats pour lesquels la remise de la chose est une condition de formation du contrat. Pourtant, il peut être montré que cette analyse ne permet pas de rendre compte de la réalité du contrat ; sa valeur explicative est ainsi faible, voire négative. En outre, cette analyse semble impliquer de considérer la remise de la chose comme une condition de formation, ce qui apparaît discutable à bien des égards.

405. *Une analyse au faible pouvoir explicatif.* Henri Capitant s'est efforcé de montrer que la qualification de « contrat unilatéral » résultait d'une « conception ancienne et fort discutable, qui ne se maintient que par le prestige de la tradition. Au fond, ces contrats devraient être considérés comme de simples contrats synallagmatiques ». Pour l'éminent auteur, la « conception que nous avons héritée des Romains, conception formaliste et archaïque qui s'explique par la façon dont s'est formée à Rome la théorie des contrats, *cache à nos yeux la réalité d'un voile si épais que bien des commentateurs se refusent à admettre cette analyse*. Or

sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci. ».

1505. Le vocable « contrat de restitution » est emprunté à C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois, n° 813.

1506. Encore faudrait-il ajouter que pour ce dernier, depuis la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006, il ne s'agit plus d'un contrat réel mais d'un contrat solennel (art. 2336 c. civ.).

1507. La donation est en principe un contrat solennel, mais la jurisprudence a admis, suivant en cela le droit romain, que la *traditio* supplée au formalisme. D'où l'admission du don manuel.

il n'y a aucune raison pour soutenir, comme ils le prétendent et comme l'affirmait Pothier (...), que, "par leur nature même", le prêt et le nantissement exigent la tradition de la chose qui en est l'objet. Car on en pourrait dire autant de tout contrat dans lequel une partie remet à l'autre une chose que celle-ci s'oblige à lui rendre, par exemple, du louage d'immeubles ou de meubles (...). Dans ces contrats, en effet, chaque participant contracte une obligation, l'un celle de livrer la chose, l'autre celle de la conserver et de la restituer au terme convenu » [1508]. Sans doute, dans la tradition juridique, ces opérations sont analysées comme des « contrats unilatéraux », mais il est tout aussi possible de les analyser comme des contrats synallagmatiques. Il faut simplement alors, comme l'a suggéré C. Grimaldi, entendre le « réalisme » de ces contrats comme signifiant que « l'exécution en nature [de l'obligation de livrer la chose] ne serait pas possible, mais l'exécution par équivalent le serait » [1509].

Au soutien du caractère synallagmatique de ces contrats, il peut également être relevé qu'à nier toute obligation à la charge du *tradens*, il devient difficile d'expliquer pourquoi, dans les contrats de gage avec dépossession ou de prêt, le *tradens* ne peut pas récupérer son bien. En effet, si l'on prétendait que le *tradens* n'était tenu, du fait de ce contrat, à aucune obligation, alors il faudrait considérer qu'il pourrait récupérer la jouissance du bien remis. Or, tel n'est évidemment pas le cas. Où l'on voit donc que pèse sur lui une obligation de ne pas faire, plus précisément l'obligation de ne pas reprendre le bien remis.

406. *L'analyse critiquable de la remise du bien comme une condition de formation du contrat.* Par ailleurs, il convient de souligner les faiblesses de l'analyse qui refuse de reconnaître le caractère synallagmatique de ces contrats et qui n'y voit que des « contrats unilatéraux ». En effet, soutenir le caractère unilatéral implique de faire de la remise de la chose une condition de formation du contrat et non simplement un élément d'exécution de celui-ci, comme cela l'aurait été dans un contrat synallagmatique. Or, une telle analyse est anachronique, peu cohérente et peu explicative.

Anachronique tout d'abord car, comme le relève C. Grimaldi, l'apparition à Rome des contrats réels a été liée à la volonté des Romains de donner pleine exécution à des contrats ne respectant pas le formalisme imposé. Le réalisme était donc lié à la volonté d'assouplir le formalisme. Ce réalisme n'a plus guère de sens dans le système juridique consensualiste actuel puisque, au contraire, ce réalisme conduit à limiter les cas où ces contrats pourraient produire quelqu'effet. Ce renversement de perspective n'a pas complètement échappé à la doctrine qui a parfois tenté de réhabiliter les contrats réels en voyant dans le réalisme un instrument de protection du consentement [1510]. Cette nouvelle analyse repose sur l'idée que tant que le *tradens*

1508. H. Capitant, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Dalloz, 1923, URL : http://gallicalabs.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5726708t, n° 23, p. 46. Rappr. J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, sous la dir. de P. Raynaud, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ, n° 75.

1509. C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois, n° 817.

1510. Sur cette tentative, cf. *ibid.*, n° 807. Rappr. D. Deroussin, « Article 1107 : les contrats réels », *RDC,* 2015,

n'a pas pris conscience des conséquences de son acte en remettant le bien objet du contrat, alors le contrat n'est pas formé. Cependant, même ainsi perçu, le caractère réaliste de ces contrats n'échappe pas à la critique. Cette fois ce n'est plus l'anachronisme du réalisme qui peut être dénoncé, mais son peu de cohérence avec le droit positif actuel [1511].

En effet, si un ordre juridique opte pour le réalisme dans le souci de protéger le consentement, quelle cohérence y a-t-il lorsque ce même ordre juridique valide les promesses de contrats réels et sanctionne leur violation par l'attribution de dommages-intérêts ? Or, telle est justement la position du droit français qui admet les promesses portant sur les contrats réels de restitution [1512], étant précisé néanmoins que celles-ci ne sont sanctionnées que par l'allocation de dommages-intérêts [1513].

Enfin, cette analyse des contrats réels est peu explicative. En effet, comme l'a relevé un historien du droit, commentant le maintien de la catégorie des contrats réels dans le nouveau code civil [1514] : « la trop grande attention portée à cette restitution fait oublier que la remise n'est qu'un simple fait qui ne renseigne pas sur le *negotium* accompli et que, économiquement et rationnellement, l'opération n'a pas pour but de faire naître une obligation de restitution mais de mettre la chose à la *disposition* de l'autre partie ou de la lui confier » [1515].

Pour toutes ces raisons, il apparaît justifié d'appréhender les contrats réels de restitution au moyen des contrats synallagmatiques et de cantonner ainsi le réalisme à une impossibilité de demander l'exécution en nature du bien, comme l'a suggéré Cyril Grimaldi. Ainsi analysées, ces opérations peuvent se voir appliquer la conception du contrat que nous avons proposée. Dans ces opérations, l'on trouve bien en effet une pluralité de normes conditionnées : le *tradens* s'engage à remettre un bien à l'*accipiens*, à condition que celui-ci le lui restitue, et, réciproquement, l'*accipiens* s'engage à restituer un bien, à la condition qu'un tel bien ou un bien semblable lui soit préalablement remis. Cette analyse des contrats réels précités les rend donc compatibles avec la conception ici proposée du contrat et permet en conséquence, sans trop modifier les

p. 735. Pour un exemple récent d'une nouvelle tentative de réhabilitation, cf. G. Loiseau, « Le contrat de don d'éléments et produits du corps humain. Un autre regard sur les contrats réels », *D.,* 2014, reprenant cependant les idées plus anciennes de A.-F. Eyraud, *Le contrat réel : essai de renouveau par le droit des biens*, sous la dir. de M. Fabre-Magnan, thèse de doct., Université Paris I, 2003. L'analyse de G. Loiseau ne repose cependant qu'indirectement sur cette idée d'instrument de protection. Pour cet auteur, ce qui caractérise directement les contrats réels, c'est la gratuité, même s'il indique que celle-ci implique une protection accrue du consentement.

1511. Sur cette critique, cf. C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois, n° 813.

1512. Sur cette admission, cf. Cass., 1re, 20 juil. 1981, n° 80-12.529, *Bull.,* I, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007008529 et M.-N. Jobard Bachelier, « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif », *RTD civ.,* 1985. Différente semble être la solution pour le don manuel où, la remise du bien faisant office de substitut à la solennité, il ne paraît pas possible d'admettre une promesse consensuelle de don manuel : *ibid.*, nos 15-16.

1513. Cass., 1re, 20 juil. 1981, n° 80-12.529, *Bull.,* I, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007008529 : « la cour d'appel a considéré qu'à défaut de réalisation du contrat de prêt, M. André X...et M. André Y...ne pouvaient être tenus qu'à des dommages-intérêts en raison de leur manquement fautif à leur engagement de prêter des fonds ».

1514. Art. 1109, al. 3, nouv. c. civ. : « Le contrat est réel lorsque sa formation est subordonnée à la remise d'une chose ».

1515. D. Deroussin, « Article 1107 : les contrats réels », *RDC,* 2015, p. 734.

habitudes des juristes, de continuer à parler à leur égard de contrats. Elle s'avère en revanche impuissante à assurer la compatibilité des autres contrats réels — principalement le don manuel — avec l'analyse proposée.

407. Les donations. *Plan.* Pour le don manuel, comme pour toute autre donation, il n'est pas possible d'appliquer un tel raisonnement car la donation, en raison de sa qualification même, interdit toute restitution de la chose. Il peut certes y avoir parfois une révocation, mais celle-ci n'est nullement systématique et l'on ne saurait y voir une obligation volontairement consentie par le donataire. Une autre solution doit donc être trouvée.

Pour y parvenir, il n'est pas inutile de revenir aux écrits de Marcel Mauss. Cet auteur, étudiant les formes de l'échange dans les sociétés archaïques, a mis en évidence que, dans ces sociétés, tout don repose sur trois obligations : donner, recevoir et rendre [1516]. De telles conclusions pourraient sembler étrangères à nos sociétés actuelles et donc *a priori* sans intérêt pour les juristes positivistes. Pourtant, Marcel Mauss, dès l'introduction de son ouvrage sur le don, indique que la morale et l'économie du don qu'il va mettre en lumière « fonctionnent encore dans nos sociétés de façon constante et pour ainsi dire sous-jacente » [1517]. Or, à rebours de la présentation habituelle du don en droit, il n'est pas impossible de discerner, dans les normes du droit positif, la présence de cette trilogie, qui pourrait alors remettre en cause le caractère unilatéral de la donation, la faisant ainsi revenir dans le giron des contrats synallagmatiques. Nous verrons que la donation paraît bien impliquer une obligation de rendre ; mais cette obligation ne tire pas sa source de la donation elle-même, ce qui exclut de se fonder sur elle pour établir le caractère synallagmatique du contrat. Plus fructueuse s'avère en revanche l'identification d'une obligation de recevoir, laquelle permettra effectivement de retenir l'analyse de contrat synallagmatique.

408. *L'absence d'obligation contractuelle de rendre.* Tout d'abord, la lecture de l'article 955, 3° du code civil pourrait suggérer la présence d'une obligation de rendre pesant sur le donataire. Plus précisément, il s'agirait d'une obligation alimentaire qui ne serait donc exigible qu'en cas de besoin du donateur. Bien que subordonnée à une condition — l'état de besoin du donateur —, l'obligation existerait dès la donation [1518]. L'on pourrait donc conclure à cet égard que pèse sur le donataire une obligation d'aliments et qu'à ce titre la donation est un contrat synallagmatique.

L'on hésite cependant à franchir le pas et cela pour deux raisons. D'abord, l'article 955, 3° est diversement interprété par les auteurs. Si certains y voient bien une obligation alimentaire,

1516. M. Mauss, *Essai sur le don : Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, 2e éd., PUF, 2012, p. 82 s. et 142 s.
1517. *Ibid.*, p. 65.
1518. En effet, la condition affecte non pas l'existence de l'obligation, mais son exigibilité : M. Latina, *Essai sur la condition en droit des contrats*, sous la dir. de D. Mazeaud, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2009, LGDJ, nos 20-37. *Contra* P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.*, 1999, n° 43.

d'autres considèrent, en s'en tenant à la lettre du texte, qu'il ne confère au donateur qu'un droit de révocation de la donation en l'absence d'aliments versés par le donataire [1519].

Ensuite, quand bien même serait admise la présence d'une obligation d'aliments, voire plus largement une obligation de respect du donataire envers le donateur, il ne semble pas que cela permette de retenir la qualification de contrat synallagmatique, eu égard à l'absence d'interdépendance de ces obligations. En effet, l'obligation d'aliments, à supposer qu'elle existe, a une origine légale que le donateur n'a pas en vue lorsqu'il s'engage ; d'ailleurs, le texte qui la fonde ayant été jugé d'ordre public [1520], les parties ne pourraient pas l'écarter, ce qui montre que leur volonté n'a pas d'emprise sur cette obligation. Dès lors, quand le donateur donne, il paraît artificiel de dire qu'il le fait à la condition que l'autre lui rende s'il venait à être dans le besoin. Dès lors ces obligations ne sont pas interdépendantes et donc [1521] la qualification de contrat synallagmatique de la donation ne peut pas être retenue si l'on considère ces seules obligations [1522]. Ceci paraît en revanche possible pour l'obligation de *recevoir* identifiée par Marcel Mauss.

409. *L'existence d'une obligation contractuelle de recevoir.* Bien que ni les textes ni la doctrine n'évoquent explicitement l'existence d'une obligation de recevoir pesant sur le donataire, il paraît possible de soutenir l'opinion contraire. Pour cela, il faut, dans un premier temps, relever que le consentement du donataire à la donation est nécessaire, comme l'indique formellement le code civil [1523]. Il n'est pas neutre en effet de s'enrichir : juridiquement, l'acquisition de la propriété s'accompagne toujours de certaines charges (fiscales notamment) et l'on comprendrait que le donataire, prenant conscience de ces charges, refuse finalement la donation qui lui a été accordée [1524]. Le Conseil constitutionnel ne s'y est pas trompé lorsqu'il a affirmé que l'absence de consentement d'une personne bénéficiaire d'un transfert de propriété contreviendrait « au principe du libre consentement qui doit présider à l'acquisition de la propriété, indissociable de l'exercice du droit de disposer librement de son patrimoine » [1525].

1519. Sur ce débat, cf. Ph. Malaurie et C. Brenner, *Les successions, les libéralités*, 6e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2014, n° 481.

1520. 1re civ., 22 nov. 1977, *Bull.*, I, n° 432, p. 342, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006999927.

1521. Il est en effet permis de penser que l'interdépendance des obligations est ce qui caractérise le contrat synallagmatique dans la conception actuelle du contrat. Cf. Cass., AP, 24 fév. 2006, n° 04-20.525, *Bull.*, AP, n° 1, p. 1, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007050785, où est reconnu le caractère synallagmatique d'une transaction en présence « d'engagements réciproques interdépendants ».

1522. Rappr., à propos du cautionnement, M. Séjean, *La bilatéralisation du cautionnement*, sous la dir. de D. Houtcieff, thèse de doct., Université d'Évry-val-d'Essonne, 2011, LGDJ et Lextenso, n° 123, note 155.

1523. Art. 894 c. civ. (nous soulignons) : « 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 ».

1524. Rappr. C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois, n° 801 : « l'acceptation du donataire paraît à ce titre difficilement contournable, en raison des charges inhérentes à la qualité de propriétaire ».

1525. CC, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, 29 juil. 1998, n° 98-403 DC, *JORF*, URL : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1998/98403dc.htm, cons. 40. Cette règle a été énoncée par le Conseil constitutionnel afin de censurer une disposition qui conduisait à attribuer la propriété du bien d'un débiteur saisi au créancier poursuivant, lorsqu'aucune enchère n'était intervenue lors de l'adjudication dudit

Or, et c'est là le deuxième temps de la démonstration, à quoi sert ce consentement, quel est précisément son effet ? À accepter de *recevoir* le bien que lui remet le contrat. Est-ce là pour autant une obligation contractuelle ? Il semble bien. Pour s'en rendre compte, envisageons l'hypothèse d'une donation faite par acte authentique et portant sur un bien dont le donateur souhaite se débarrasser au plus vite. Supposons à présent que le donataire refuse de réceptionner le bien, ce qui lui est matériellement possible puisque, dans tout don, l'un tend et l'autre prend. Le donateur peut-il alors assigner le donataire ? Une réponse affirmative nous paraît justifiée. Le donataire a accepté la donation ; par là, il a fait naître des attentes légitimes pour le donateur et ces attentes méritent d'être entendues par l'ordre juridique. L'exécution forcée de la donation doit donc pouvoir être ordonnée, ce qui implique en amont de reconnaître l'existence d'une obligation de recevoir du donataire. Or, une telle obligation ne paraît trouver son origine que dans l'engagement du donataire qui a accepté de recevoir cette donation ; ce n'est pas la loi par exemple qui l'y contraint.

Dans ces conditions, les propos de Marcel Mauss paraissent dotés de quelque pertinence pour comprendre la donation aujourd'hui. La donation, en tant que contrat, implique effectivement au moins une obligation de donner et une obligation de recevoir. Il faut alors se résoudre à qualifier la donation de contrat synallagmatique.

Si cette analyse de la donation contrarie quelque peu la tradition juridique, elle n'est pas un obstacle dirimant à sa diffusion. D'abord, car la donation constitue une opération sur la nature de laquelle les débats demeurent ouverts [1526]. Ensuite, car cette analyse n'est pas tout à fait étrangère à la tradition civiliste, du moins si au lieu d'examiner la donation à l'aune du droit (civil) des libéralité, on l'examine à l'aune du droit (civil) des contrats spéciaux et plus précisément des contrats réels de restitution évoqués plus haut. En effet, il est parfois reconnu, pour ces contrats, l'existence d'une semblable obligation de recevoir pesant sur le *tradens*. Comme l'a nettement perçu Jérome Huet, il ne suffit pas, pour rendre fidèlement compte du dénouement de ces contrats, d'affirmer que seul l'*accipiens* est tenu de restituer la chose. Il faut aussi ajouter que le *tradens* est tenu de recevoir la chose. L'*accipiens* n'a en effet pas vocation à conserver éternellement un bien que le *tradens* ne voudrait pas récupérer, hypothèse qui peut se présenter pour un bien encombrant ou dangereux. Il faut donc permettre à l'*accipiens* de disposer du droit d'obtenir l'exécution forcée de l'obligation du *tradens* de réceptionner le bien. Or, la reconnaissance d'un tel droit implique nécessairement la reconnaissance d'une obligation de recevoir le bien [1527]. La contrariété à la tradition juridique n'est donc que relative, pour peu que l'on prenne un peu de hauteur de vue en rapprochant le droit des libéralités du droit

bien. Il ne s'agissait donc pas de l'hypothèse d'une donation. Il nous semble pourtant, au regard de la généralité de la formule adoptée par le Conseil, que cette règle doit aussi trouver à s'appliquer aux donations.

1526. Cf., encore récemment, B. Haftel, *La notion de matière contractuelle en droit international privé : Étude dans le domaine du conflit de lois*, sous la dir. de D. Bureau, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2008, n°s 133-167, réfutant la qualification contractuelle de la donation.

1527. J. Huet et al., *Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2012, n° 33140.

des contrats spéciaux. Au demeurant, avec cet exemple tiré du droit des contrats spéciaux, l'on trouve un nouvel argument pour considérer les contrats réels de restitution précédemment envisagés comme des contrats synallagmatiques. En effet, dans ces contrats, même à supposer qu'il n'y ait pas d'obligation initiale de mise à disposition du bien, il y aura néanmoins, lors de la survenance du terme, une obligation de restituer le bien pesant sur l'*accipiens* et une obligation de le reprendre pesant sur le *tradens*.

Compte tenu des développements précédents, il apparaît que les contrats réels de restitution et la donation ne sont nullement des « contrats unilatéraux ». Il s'agit bien de contrats synallagmatiques au sens que ce terme a dans la théorie classique et plus simplement de contrat dans notre théorie. En effet, les contrats réels de restitution révèlent bien la présence d'obligations interdépendantes, pour reprendre les termes de la conception traditionnelle, ou, pour reprendre notre conception du contrat, d'un ensemble de normes, créées par des actes juridiques distincts et conditionnées pour leur vigueur à l'existence d'autres normes de cet ensemble. Tous ces contrats révèlent bien ainsi la présence de deux normes conditionnées : d'une part l'engagement du *tradens* de remettre le bien, à la condition que l'*accipiens* s'engage à le recevoir et, d'autre part, l'engagement de l'*accipiens* à recevoir le bien, à la condition que le *tradens* s'engage à le remettre.

Cette analyse renouvelée des contrats précités reposant, on le voit, sur une analyse plus fine de la remise du bien, elle n'est pas applicable aux « contrats unilatéraux » pour lesquels toute remise d'un bien est absente, à savoir, principalement : la promesse unilatérale *lato sensu* — c'est-à-dire englobant tant la promesse unilatérale de contracter que le pacte de préférence —, le cautionnement et la garantie autonome. Pour ces contrats, une autre approche doit être adoptée si l'on souhaite montrer leur compatibilité avec la conception renouvelée du contrat.

ii. Des « contrats unilatéraux » dissimulant des actes unilatéraux

410. Plan. L'étude des « contrats » de promesse ou des « contrats » emportant la constitution de sûreté permet de mettre à jour la nature d'acte unilatéral de ces objets pris isolément, c'est-à-dire analysés sans tenir compte d'une éventuelle levée d'option de la promesse ou acceptation de la garantie par le créancier. L'idée pourra paraître saugrenue tant la doctrine semble unanime à affirmer la qualification contractuelle de ces opérations. Il doit cependant être observé que quelques rares auteurs ont défendu plus ou moins nettement cette qualification d'acte unilatéral [1528]. Surtout, il peut être montré que cette qualification d'acte unilatéral ne

1528. Pour une négation affirmée de la qualification contractuelle de la garantie autonome, cf. Th. Bonneau, *Droit bancaire*, 9e éd., Montchrestien et Lextenso éditions, 2011, n° 672 et les nombreux auteurs suisses cités dans Ph. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, 5e éd., LexisNexis, 2015, n° 903, note 34. Pour une négation seulement suggérée de cette qualification, pour la promesse de contrat, cf. G. Wicker, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, sous la dir. de J. Amiel-Donat, thèse de doct., Université de Perpignan, 1997, LGDJ, n° 137 qui indique, nous soulignons : « L'action du bénéficiaire n'a (...) pas pour objet la mise en œuvre des prérogatives afférentes à ses droits subjectifs ; elle n'est ni un engagement, ni même

rencontre pas d'obstacles sérieux en droit positif et que, en outre, une analyse de l'acceptation du bénéficiaire de la promesse ou de la garantie permet de faire apparaître que celle-ci n'est nullement un acte juridique, ce qui exclut tout qualification contractuelle.

411. Réfutation des obstacles à cette requalification. Trois séries d'obstacles peuvent être opposées à la proposition de qualifier d'actes unilatéraux les promesses de contrat et les garanties que constituent le cautionnement et la garantie autonome. Le premier tient au principe constitutionnel de liberté, le deuxième aux textes du code civil et le troisième à la jurisprudence. Réfutons les tour à tour.

412. *L'absence d'obstacle constitutionnel.* Concernant tout d'abord l'argument tiré de la liberté constitutionnelle du bénéficiaire, il pourrait être argüé que reconnaître la qualité d'acte unilatéral au cautionnement, en niant pour cela la nécessité d'une acceptation du créancier, porterait atteinte à la liberté de ce créancier, puisque cela génèrerait pour lui des contraintes inhérentes à sa qualité de bénéficiaire d'un cautionnement. N'ayant pas accepté ces contraintes, la liberté de ce créancier serait atteinte.

Cet argument n'est guère convaincant et repose, semble-t-il, sur une confusion de l'obligation et de l'incombance [1529]. En effet, promouvoir la qualification d'acte unilatéral pour les promesses de contrat ou les garanties ne vient nullement porter atteinte à la liberté du bénéficiaire en faisant peser sur ses épaules des obligations auxquelles il n'a pas consenti. Ces simples promesses ou sûretés n'entraînent pour lui aucune contrainte sur son patrimoine.

Certes, la qualité de bénéficiaire d'un cautionnement, et éventuellement d'une garantie autonome, implique quelques contraintes pour le créancier, qualifiées par la doctrine d'incombances [1530]. Ainsi ce créancier est par exemple tenu d'informer la caution de l'existence d'un tel engagement [1531]. Cependant, la sanction attachée à la violation de ces incombances — et c'est cela qui les distingue de réelles obligations — est seulement la perte de tout ou partie du droit du créancier d'appeler son garant. Or, par hypothèse — le créancier n'ayant pas à ce stade accepté le cautionnement et la caution n'ayant pas encore été appelée —, un tel droit n'est pas encore entré dans le patrimoine du créancier. Où l'on voit que ces incombances ne constituent

une autorisation à pénétrer dans sa sphère réservée, son domaine d'exclusivité. Il faut donc en conclure que, n'étant pas en rapport avec l'exercice d'un droit subjectif, la volonté du bénéficiaire est dépourvue de toute efficacité juridique ; elle n'est pas une volonté juridique. En fait, par son acte volontaire, le bénéficiaire ne fait que prendre acte de l'engagement du promettant. Tout au plus est-il possible de considérer que la volonté du bénéficiaire a la valeur d'un fait objectif, sur lequel vient prendre appui la volonté du promettant ».

1529. Sur ce terme, cf. M. Séjean, *La bilatéralisation du cautionnement*, sous la dir. de D. Houtcieff, thèse de doct., Université d'Évry-val-d'Essonne, 2011, LGDJ et Lextenso, n° 275.

1530. *Ibid.*

1531. Existe également l'incombance à fournir un cautionnement proportionné aux ressources et l'incombance de préserver le recours subrogatoire de la caution. Sur ces incombances et leurs effets, cf. F. Luxembourg, *La déchéance des droits : Contribution à l'étude des sanctions civiles*, sous la dir. de A. Ghozi, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2007, Éditions Panthéon-Assas, n°s 91 s. M. Séjean, *La bilatéralisation du cautionnement*, sous la dir. de D. Houtcieff, thèse de doct., Université d'Évry-val-d'Essonne, 2011, LGDJ et Lextenso, n°s 273 s.

nullement, pour le créancier, une contrainte susceptible de porter atteinte à sa liberté.

413. ***L'absence d'obstacles dans le code civil.*** Outre cet argument d'ordre constitutionnel, il pourrait être objecté que le rejet de la qualification contractuelle est condamné par les textes du code civil. S'agissant tout d'abord de la promesse de contrat, les textes nouveaux du code civil qualifient en effet la promesse unilatérale et le pacte de préférence de contrat [1532]. L'argument ne serait cependant pas déterminant. En effet, d'une part, le risque d'erreur de qualification du législateur n'est pas à exclure [1533]. D'autre part, cette qualification de contrat se trouve contredite par l'article 1589-1 du code civil, encore en vigueur — l'ordonnance réformant le droit des contrats n'ayant malheureusement pas modifié les titres consacrés aux contrats spéciaux [1534], — qui suggère plutôt la qualification d'acte unilatéral des promesses de contrat. En effet, ce texte qualifie la promesse unilatérale de vente d'« engagement unilatéral », terme généralement défini comme l'« acte juridique unilatéral » créateur d'obligation [1535].

Quant aux garanties *lato sensu* (cautionnement ou garantie autonome), il pourrait être opposé à la qualification d'acte unilatéral ici défendue que plusieurs textes sur le cautionnement indiquent que celui-ci est « contracté » [1536].

À ceci il pourrait néanmoins être répondu que c'est là une affirmation bien timide du contrat. Surtout, il pourrait être relevé qu'aucun texte n'impose l'acceptation du créancier, bénéficiaire de la garantie ; ce qui contraste fortement avec la donation, autre opération pour laquelle la qualification contractuelle n'est pas expressément mentionnée par les textes [1537], mais où cette acceptation est expressément requise [1538].

414. ***L'absence de réel obstacle jurisprudentiel.*** Enfin, pour tenter de récuser l'analyse ici proposée, l'on pourrait s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, la Cour a qualifié à plusieurs reprises ces opérations de contrats, en relevant parfois l'exigence d'un consentement du bénéficiaire de la promesse ou de la garantie [1539]. Cependant, tant dans le

1532. Art. 1123 et 1124 nouv. c. civ.
1533. Cf. Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 6e éd., Defrénois et Lextenso éditions, 2012, n° 19, évoquant le contrat de « vente de voyage ».
1534. Sur les problèmes que cela entraîne, cf. P.-Y. Gautier, « Morceaux de code », *RTD civ.,* 2015.
1535. Comp. avec la rédaction du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, lequel analyse expressément les promesses unilatérales de contrat et les pactes de préférence comme des contrats. Art. 1124 : « La promesse unilatérale est le contrat [...] ». Art. 1125 : « Le pacte de préférence est le contrat (...). ».
1536. Not. art. 2290 al. 2 et 2292 c. civ.
1537. Sur les raisons de ce silence, liée à la réticence de Napoléon Bonaparte de qualifier la donation de contrat, cf. B. Haftel, *La notion de matière contractuelle en droit international privé : Étude dans le domaine du conflit de lois*, sous la dir. de D. Bureau, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2008, n° 151.
1538. Art. 894 c. civ. : « 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 ».
1539. Pour le cautionnement, cf. Cass., 1re civ., 26 mai 1994, n° 92-10.941, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007213062, où la qualification de « contrat unilatéral » est retenue, ainsi que la présence d'une acceptation du créancier. *Idem* pour la promesse de contrat : Cass., 3e civ., 12 juil. 1976, n° 74-15.124, *Bull.,* I, n° 317, p. 242, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006996803.

champ des promesses unilatérales que des garanties, semble se dessiner ces dernières années une tendance jurisprudentielle à la remise en cause de cette qualification contractuelle. Ambiguë pour les promesses de contrat, cette tendance est en revanche plus nette pour la garantie autonome.

Pour les promesses de contrat, les dernières décisions rendues par la Cour de cassation peuvent donner à croire que ce qui a motivé la décision de la Cour de sanctionner l'inexécution de la promesse par de simples dommages-intérêts, c'est le refus de voir dans une telle promesse un véritable contrat. En effet, bien que les textes visés soient ceux applicables au contrat — les articles 1101 et 1134 du code civil —, l'étude des arrêts dans lesquels ces textes ont été visés par le passé [1540] permet au contraire de conclure que, aux yeux de la Cour, la simple promesse de contrat est biens moins un contrat qu'un acte unilatéral.

Ainsi, s'agissant tout d'abord du visa de l'article 1101, une recherche des occurrences de ce texte dans la motivation de la Cour laisse apparaître que, jusqu'à présent, la Cour ne s'est explicitement fondée sur lui que lorsqu'elle entendait refuser à une opération la nature de contrat, compte tenu de l'absence d'une acceptation [1541] ou de l'absence d'un lien contractuel [1542]. Elle a même quelque fois visé ce texte pour justifier le caractère obligatoire de l'offre [1543], qu'elle a pu récemment qualifier d'« acte unilatéral » [1544]. Dès lors, le fait que la Cour vise ce texte dans des contentieux relatifs à la promesse unilatérale de vente, loin de confirmer la nature contractuelle de cet acte, tendrait plutôt à confirmer sa nature d'acte unilatéral.

Quant au visa de l'article 1134, on ne saurait argüer de sa présence pour prétendre qu'il signifierait nécessairement qu'aux yeux de la Cour la promesse est un contrat. En effet, ces dernières années, la Cour de cassation a eu l'occasion d'appliquer ce texte à l'offre, qui n'est assurément pas un contrat. Elle a ainsi visé ce texte à au moins deux reprises, afin de reconnaître le caractère obligatoire de la simple offre, non encore acceptée, et de condamner l'offrant qui s'était indûment rétracté [1545]. Dans ces conditions, le visa des articles 1101 et 1134, textes

1540. Cass., 3e civ., 25 mar. 2009, n° 08-12.237, *Bull.,* III, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000020453481 et Cass., 3e civ., 11 mai 2011, n° 10-12.875, *Bull.,* III, n° 77, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000024171948.

1541. Cass., civ., 25 mai 1870, *Bull.,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006952891 ; Cass., 3e civ., 20 mar. 1979, n° 77-15.045, *Bull.,* III, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007003075 ; Cass., 1re civ., 16 avr. 1996, n° 98-16.528, *Bull.,* I, n° 181, p. 126, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007037982.

1542. Cass., 1re civ., 5 nov. 1996, n° 94-18.280, *Bull.,* I, n° 381, p. 266, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007035941.

1543. Cass., 3e civ., 7 mai 2008, n° 07-11.690, *Bull.,* III, n° 79, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000018804800. Il y a néanmoins semble-t-il une confusion puisqu'habituellement la Cour vise plutôt dans cette hypothèse l'article 1134 du code civil. Cf. les développements qui suivent.

1544. Cass., 1re civ., 25 juin 2014, n° 13-16.529, *Bull.,* I, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000029153101.

1545. Cass., 3e civ., 10 déc. 1997, n° 95-16.461, *Bull.,* III, n° 223, p. 150, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007039661 se fondant sur l'article 1134 pour justifier

également visés pour l'offre, paraît bien pouvoir être analysé comme signifiant que la promesse unilatérale ne correspond pas à la définition du contrat posée par l'article 1101 du code civil. Aux yeux de la Cour, la promesse unilatérale paraît donc devoir être assimilée à une offre.

Ajoutons que ce rapprochement de l'offre et de la promesse unilatérale s'observe parfois dans le vocabulaire même de la Cour. Ainsi, dans l'arrêt du 11 mai 2011 précité, la Cour de cassation écrit, sans aucunement mettre de guillemets, comme elle le fait lorsqu'elle souhaite montrer qu'elle désapprouve les termes de la cour d'appel : « en vertu de la promesse unilatérale de vente Mme Z...-X...devait maintenir son offre ». N'est-ce pas là une preuve supplémentaire de l'identité de l'offre et de la promesse unilatérale ? Il est permis de le penser.

Si cette interprétation des arrêts rendus par la troisième chambre relativement à la promesse unilatérale de vente pourra paraître audacieuse, elle n'en demeure pas moins crédible, surtout si ces arrêts sont lus en contemplation d'un récent arrêt de cette même chambre, où la Cour a expressément qualifié une garantie autonome d'acte unilatéral, alors que la doctrine majoritaire, comme en matière de promesse unilatérale, y voit bien davantage un contrat unilatéral [1546].

Dans au moins quatre arrêts rendus ces dernières années [1547], les juridictions du fond et la Cour de cassation ont qualifié la garantie autonome d'« acte unilatéral » dans les rapports entre le garant et le bénéficiaire. Ce faisant, ces cours se sont ralliées à une doctrine, présentée parfois comme minoritaire [1548], qui soutient cette qualification d'« acte unilatéral » au nom d'une plus grande efficacité de la garantie. L'idée est que la garantie autonome est une sûreté bien plus efficace si elle prend effet dès son émission par le garant, sans qu'il soit nécessaire que le créancier l'accepte. Cela limite en effet, pour le créancier, le risque d'une rétractation ou d'une caducité qu'impliquerait la qualification d'offre de garantie tant que celle-ci n'aurait pas été acceptée [1549].

Une telle justification, fondée sur la faveur faite au créancier, de la qualification d'acte unilatéral ne peut toutefois être transposée au cautionnement. Toute l'histoire récente de la législation du cautionnement est de restreindre son efficacité pour protéger au mieux la caution. Ainsi, comme l'indique Michel Séjean, « depuis la fin des années soixante-dix, le législateur consumériste et le juge solidariste suivent une politique juridique tendue vers la lutte contre

l'obligation au maintien de l'offre ou Cass., 3e civ., 7 mai 2008, n° 07-11.690, *Bull.,* III, n° 79, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000018804800, invoquant ce texte pour condamner un offrant, s'étant rétracté prématurément, à ne pas pouvoir récupérer son dépôt de garantie, qui paraît alors pouvoir être assimilé à des dommages-intérêts forfaitaires.

1546. Ph. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, 5e éd., LexisNexis, 2015, n° 903.

1547. CA Nîmes, *SAS Foncière sagesse retraite*, 17 jan. 2008, n° 05/03678, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000018726045 ; CA Paris, *BNP Paribas c/ J & F KRUTH*, 24 mai 2012, n° 10/20395, n° lexbase A0117IMB ; Cass., com., 2 oct. 2012, n° 11-23.401, *inédit,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000026467400 ; Cass., 3e civ., 17 juin 2015, n° 14-19.863, *À paraître,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030760074.

1548. Ph. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, 5e éd., LexisNexis, 2015, n° 903.

1549. Rappr. Th. Bonneau, *Droit bancaire*, 9e éd., Montchrestien et Lextenso éditions, 2011, n° 672, qui soutient notamment qu'une telle qualification serait impliquée par les règles uniformes sur la garantie à première demande.

les abus commis par les créanciers, ou, pour le dire autrement, vers la protection de la caution contre ces excès » [1550].

Pour autant, compte tenu de la très grande proximité existant entre la garantie autonome et le cautionnement, il est permis de penser que la jurisprudence pourrait, techniquement, étendre l'analyse unilatérale de celle-la à celui-ci. Cette extension serait d'autant plus judicieuse qu'il peut être positivement établi que l'acceptation de l'« offre de promesse de contrat », pas plus que l'acceptation de la garantie, lorsqu'elle est présente, ne constituent des actes juridiques, ce qui rend impossible la qualification contractuelle des promesses de contrat, du cautionnement et de la garantie autonome.

415. Les raisons de la requalification. Dans la promesse de contrat d'un côté, et le cautionnement ou la garantie autonome non acceptés de l'autre, l'acceptation du bénéficiaire n'a pas du tout la même fonction, ni les mêmes effets, que l'acceptation dans un véritable contrat [1551].

D'une part, s'agissant de la fonction de l'acceptation, le rapprochement de la garantie autonome et du cautionnement laisse apparaître que le consentement du créancier est en partie un instrument de protection de la caution. En subordonnant la validité du cautionnement au consentement du créancier, on permet à la caution de se dégager de son engagement tant que ce dernier n'a pas été accepté. À l'inverse, dans la garantie autonome, le fait de ne pas exiger le consentement du bénéficiaire est un moyen de renforcer l'efficacité de la sûreté, au bénéfice donc des créanciers, ce qui montre bien, *a contrario*, la fonction de protection du consentement pour le garant. Quant à la promesse unilatérale, le consentement du bénéficiaire apparaît également comme un moyen de protéger le promettant. L'acceptation du bénéficiaire est un moyen pour le promettant de prendre conscience de la réalité de son engagement : sa promesse n'est pas seulement une parole en l'air qui sera sans conséquences. Par son acceptation le créancier témoigne à la caution des attentes qu'il place dans cette promesse.

D'autre part, s'agissant des effets de l'acceptation par le bénéficiaire d'une promesse, d'un cautionnement ou d'une garantie, il peut être montré que cette volonté ne crée aucune norme. Si les privatistes n'ont jusqu'à présent guère aperçu ce point, c'est en raison de leur compréhension imprécise des effets de l'acte juridique. Dire que l'acte juridique « produit des effets de droit » n'est pas assez précis. Pour bien identifier l'acte juridique, il doit être indiqué que celui-ci « crée une (ou plusieurs) norme(s) ». À défaut, l'on prend le risque de confondre acte juridique et fait juridique [1552]. Or, c'est justement ce qui se produit avec la prétendue acceptation de la promesse, du cautionnement ou de la garantie autonome. En effet, lorsque les auteurs observent l'acceptation du bénéficiaire de la promesse ou de la garantie, ils constatent

1550. M. Séjean, *La bilatéralisation du cautionnement*, sous la dir. de D. Houtcieff, thèse de doct., Université d'Évry-val-d'Essonne, 2011, LGDJ et Lextenso, n° 7, p. 12.
1551. Rappr. A. Reinach, *Les fondements* a priori *du droit civil*, Vrin, 2004, p. 71, où l'auteur souligne « l'obscurité et l'équivocité du concept d'acceptation ».
1552. Sur les difficultés à distinguer ces deux concepts si l'on se contente du critère de l'effet de droit, cf. *supra* n° 265, 240.

que celle-ci produit bien un effet de droit, puisque, en droit positif — à l'exception peut-être de la garantie autonome —, ce n'est qu'à compter de cette acceptation que naît le droit du bénéficiaire (droit d'option pour la promesse simple, droit de préférence dans le pacte de préférence et droit au bénéfice de la garantie pour le cautionnement) —, d'où cette conséquence par exemple que tant que l'acceptation n'a pas eu lieu, le promettant et la caution peuvent se rétracter [1553]. Pourtant, cela ne signifie pas nécessairement que ces effets, certes produits par un acte volontaire, constituent des normes. Nous avons en effet indiqué plus haut [1554] qu'il existait des situations dans lesquelles le comportement volontaire d'un individu, bien que créant des effets de droit, pouvait ne produire aucune norme, en ce que ce comportement était analysé par l'ordre juridique comme un simple fait juridique, déclenchant l'application d'autres effets intégralement prévus par une norme distincte. En l'espèce, l'on se situe bien dans cette situation puisque les effets produits par l'acceptation sont déjà intégralement contenus dans la promesse ou le cautionnement, à l'égard desquels l'acceptation du bénéficiaire ne constitue qu'un simple fait juridique, permettant l'entrée en vigueur de la norme contenue dans la promesse ou le cautionnement.

Ceci peut être confirmé au moyen de deux arguments supplémentaires. D'abord, tant pour la promesse de contrat que pour le cautionnement, cette volonté du bénéficiaire n'est nullement indispensable pour que celui-ci puisse bénéficier du droit que lui octroie le promettant. En effet, une simple offre aurait pu lui conférer la même prérogative [1555]. Où l'on voit bien que l'acceptation du bénéficiaire, même manifestée par une signature [1556], n'ajoute aucune norme qui n'était pas déjà créée par l'offre [1557].

1553. Pour la promesse unilatérale, cf. Cass., 1re civ., 19 oct. 2011, n° 10-30.655, *inédit,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000024703047. Pour le cautionnement cf. Ph. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, 5e éd., LexisNexis, 2015, n° 132.

1554. *Supra* n° 315.

1555. La possibilité de recourir à une offre au lieu d'une promesse unilatérale ne fait guère de doute. Puisque l'on enseigne souvent que les contrats peuvent être formés soit de manière informelle, par la rencontre d'une offre et d'une acceptation, soit de manière formelle au moyen d'avant-contrats. Pour le cautionnement, c'est moins évident car celui-ci est unanimement perçu comme un contrat où l'acceptation du créancier bénéficiaire est nécessaire. Pourtant, il n'est pas impossible de considérer qu'une caution s'engage en cette qualité auprès d'un créancier, en disposant que l'acceptation du créancier n'est pas nécessaire. Aucune raison d'ordre public ne paraît imposer que la caution puisse, contrairement aux règles d'usage, disposer que son engagement prendra effet sans qu'il soit nécessaire que le créancier ne l'accepte. La mention d'une telle phrase par la caution révèle ainsi suffisamment à celle-ci qu'elle est d'ores et déjà engagée et qu'il ne s'agit pas de paroles « en l'air » qu'elle pourra rétracter tant que le créancier ne lui aura pas donné son acceptation.

1556. Cette signature n'a en effet nullement ici la signification que le bénéficiaire de la promesse prétendrait en être le bénéficiaire. Elle signifie seulement qu'il est témoin de cette promesse qui lui est faite. Rappr. E. Dockès, « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Droit social,* 1994, p. 228 : « La signature d'un tiers qui peut apparaître au bas de l'acte d'engagement, que ce soit celle d'un délégué du personnel, d'un comité d'entreprise, ou encore d'un membre du comité de grève, n'a pas d'autre valeur que celle qui est accordée à la signature d'un témoin apposée au bas d'un acte solennel comme le mariage ».

1557. Ce n'est pas là dire pour autant que les deux procédés (offre et promesse acceptée) produisent exactement les mêmes résultats. L'on pourrait en effet concevoir qu'en raison des attentes plus importantes du bénéficiaire de la promesse par rapport au bénéficiaire de l'offre, davantage de dommages puissent être réparés. Par exemple en présence d'une simple offre de vente d'un bien immobilier, offre par la suite rétractée, ne pourraient être remboursées que les frais en rapports directs avec la vente, tels les frais liés à l'expertise du bien. En revanche, en présence d'une promesse unilatérale de vente, il serait envisageable de réparer également le préjudice moral ou

Ensuite, l'absence de norme créée par ce consentement apparaît nettement lorsqu'on envisage l'application du régime des vices du consentement à cette acceptation. Une telle hypothèse est tout simplement inenvisageable : le droit qui est octroyé au bénéficiaire ne générant pour lui aucune contrainte, une action tendant à l'annulation de son « consentement » ne reposerait sur aucun intérêt à agir [1558]. Peut-être pourra-t-il exister un décalage entre ce que le bénéficiaire a compris de l'objet de la norme posée par le promettant ; pour autant la résolution de cette difficulté ne sera pas traitée grâce aux vices du consentement, mais grâce aux règles d'interprétation [1559]. Dès lors, même si la volonté du bénéficiaire est bien exigée pour permettre à celui qui s'est engagé de prendre conscience de l'importance de son engagement, cette volonté n'est qu'un fait juridique qui ne crée aucune norme nouvelle pouvant être annulée grâce aux règles sur les vices du consentement.

Une telle « acceptation » n'étant pas un acte juridique, mais un simple fait juridique, la combinaison de la promesse ou de la garantie avec cette première ne peut en aucun cas être qualifié de contrat, au sens qui a été donné à ce mot, à savoir un ensemble de normes créées par des actes juridiques distincts. Or, en l'espèce, les normes examinées ne proviennent que d'un seul acte juridique, ce qui rend donc la qualification contractuelle impossible. Par conséquent, la promesse de contrat et la garantie personnelle ne sont pas des contrats et, en l'absence de levée d'option ou d'appel du garant, ils ne peuvent être que des actes unilatéraux.

---

encore le préjudice lié aux différents achats que le bénéficiaire a fait en vue de préparer au mieux son installation dans le nouveau bien immobilier. L'idée serait en effet que dans une telle hypothèse l'auteur de la promesse savait que son destinataire compterait fortement dessus, de sorte qu'il pouvait imaginer que le bénéficiaire prendrait déjà des dispositions en vue de son achat imminent du bien. Il est donc normal que dans ce cas-là davantage de dommages soient réparés. La différence ne serait néanmoins pas ici de nature, mais simplement de degré.

Il serait en outre tentant, au regard des textes nouveaux disposant que la révocation de la promesse n'empêche pas la formation du contrat (art. 1124 nouv. c. civ.), de considérer que l'offre et la promesse ont un régime tout à fait différent. Ce point serait toutefois trompeur comme le révèle le droit du travail où, jusqu'à un arrêt de 2017, l'offre de contrat, même non présente dans un acte contre-signé par le bénéficiaire, pouvait lorsqu'elle manifestait suffisamment l'intention de l'employeur de s'engager, ne pas être révocable. Cf. Cass., soc., 15 déc. 2010, n° 08-42.951, *Bull.*, V, n° 296, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000023251794 ; Cass., soc., 25 nov. 2015, n° 14-19.068, inédit, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000031542722, où la Cour affirme, en des termes révélant toutefois une confusion des concepts d'offre / promesse et de contrat que « constitue une promesse d'embauche valant contrat de travail l'écrit qui précise l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction » (1er arrêt). Même si la solution est désormais abandonnée (Cass. soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103) — et encore l'abandon s'est trouvé justifié moins par des raisons juridiques résultant de la réforme que par des raisons d'opportunité (N. Molfessis, « Promesses d'embauche : la chambre sociale retrouve la voie du droit civil mais s'égare dans la motivation enrichie », *JCP G,* 2017, vol. doctr. 47) — l'on voit que la question du point de savoir si la révocation est valable, autrement dit s'il est possible d'obtenir ou non l'exécution forcée du contrat en cas d'acceptation ultérieure à la révocation, peut ne pas tant dépendre de la présence d'une signature du bénéficiaire de l'offre / promesse, que de la plus ou moins grande confiance que le bénéficiaire pouvait légitimement accordé dans la promesse.

1558. Rappr. Ph. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, 5e éd., LexisNexis, 2015, n° 136.

1559. Concrètement, l'on imagine le cas où une caution s'engagerait auprès d'un créancier à cautionner uniquement les dettes commerciales de X, mais où le créancier comprendrait que la caution s'engagerait pour toutes les dettes. Si la caution venait à être poursuivie par le créancier pour l'ensemble des dettes, son moyen de défense ne consisterait pas à prétendre que sa volonté a été viciée ; non, elle consisterait à dire que la norme produite par sa volonté n'a pas le sens que lui prête le créancier.

416. Bilan sur les « contrats unilatéraux ». Au terme de cet examen, il apparaît que nombre d'opérations présentées comme des contrats unilatéraux peuvent conserver la qualification contractuelle au sein de notre analyse. Quant à celles qui ne le pourraient pas, elles ne sauraient être qualifiées de contrat, dans la mesure où ce concept nous semble impliquer l'existence de deux actes juridiques. Cette mise à l'écart de la catégorie de contrat unilatéral pourra apparaître choquante car heurtant de front une distinction millénaire [1560]. Cependant, au regard de son rôle très marginal dans la représentation sociale du contrat [1561], il est permis de penser que cet abandon pourra être accepté par la collectivité des juristes. Ceci se trouve d'ailleurs confirmé à la lecture d'une thèse récente sur le contrat unilatéral, dont l'auteur a pu observer que ce concept avait pour fonction de soutenir la définition classique du contrat [1562]. En quelque sorte, à ses yeux, le concept de contrat unilatéral est un accessoire de la théorie classique du contrat. Or, dès lors que la définition classique du contrat est ici abandonnée au profit d'une conception renouvelée, il n'est guère surprenant que les contrats unilatéraux disparaissent. Cette disparition concernant un élément accessoire, elle ne paraît pas susceptible de pouvoir remettre en cause le concept de contrat ici proposé et, plus généralement, la réorganisation de la classification des actes unilatéraux, contrats et délibérations.

Le concept de contrat unilatéral ayant disparu, il apparaît alors que tout contrat est synallagmatique. L'on ne s'étonnera pas, dès lors, que la définition du contrat synallagmatique retenue par la Cour de cassation corresponde peu ou prou à celle que nous avons proposée pour le contrat. En effet, la Cour de cassation, pour caractériser l'existence d'un tel contrat, exige la présence d'un lien de dépendance nécessaire entre les obligations [1563]. Or, cela se rapproche fortement de l'idée d'interdépendance des normes [1564] utilisée plus haut pour rendre de compte de manière simple de l'idée suivant laquelle les normes, présentes dans les ensembles que sont le contrat ou la délibération, sont chacune conditionnée, pour leur vigueur, à l'existence d'autres normes de ces ensembles [1565].

2. Les intérêts de la distinction

417. Plan. La distinction ici proposée du contrat et de l'acte unilatéral a permis d'approfondir la conception du contrat et de mettre en lumière la vacuité du concept de contrat unilatéral. Cette remise en cause d'un concept traditionnel se trouve cependant accompagnée

1560. Sur l'histoire de ce concept, cf. M.-O. Barbaud, *La notion de contrat : analyse fonctionnelle*, sous la dir. de B. Teyssié, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2012, n°s 688-844.
1561. Le caractère unilatéral se situe dans la seconde périphérie de la représentation sociale du contrat ; cf. *supra* n° 138.
1562. M.-O. Barbaud, *La notion de contrat : analyse fonctionnelle*, sous la dir. de B. Teyssié, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2012, n° 911.
1563. Cass., com., 15 jan. 2002, n° 99-10.362, *Bull.,* IV,n° 12, p. 12, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007044422.
1564. Le concept de normes interdépendantes est cependant plus précis et évite par exemple d'avoir à qualifier de contrat l'ensemble constitué par une loi qui *dépendrait* nécessairement pour son application d'un décret.
1565. *Supra* n° 400.

d'un certain nombre d'avantages qui contribuent à renforcer l'analyse ici proposée ; avantages qui répondent en partie aux inconvénients rencontrés par l'ancienne classification des actes juridiques selon le nombre de leurs auteurs [1566]. En effet, il peut être montré que la conception du contrat ici proposée permet de disposer d'un instrument plus perfectionné de qualification du contrat, où il devient plus aisé de discerner ce qui est un contrat et ce qui est un acte unilatéral (**a.**). Par ailleurs, la distinction ici proposée permet de mieux rendre compte du régime juridique du contrat (**b.**).

a. Les intérêts de la distinction au stade de la qualification

418. L'un des problèmes de la définition traditionnelle du contrat provenait de l'imprécision de l'expression « rencontre des volontés ». Cette expression renvoyait en effet à l'idée d'une distance réduite entre les auteurs des actes juridiques, ce qui donnait lieu à bien des difficultés toutes les fois que pour, des raisons temporelles, spatiales ou idéologiques, les auteurs de ces actes paraissaient trop éloignés [1567]. En outre, dans la mesure où la distance est un concept qui laisse place à une grande subjectivité, la qualification de contrat pouvait dépendre d'un observateur à l'autre [1568].

Cette imprécision ne se retrouve plus pour la définition proposée du contrat, à savoir un ensemble de normes interdépendantes et créées par des actes juridiques distincts.

419. Une telle définition permet de retenir la qualification contractuelle même lorsque la distance est importante entre les deux volontés censées se « rencontrer ». Par exemple, elle permet de dissiper toute hésitation sur la qualification du testament et de la donation *post mortem*, en particulier dans le cadre d'une assurance-vie. Contrairement aux opinions doctrinales plus ou moins majoritaires [1569], la qualification contractuelle de l'ensemble formé par le testament et l'acceptation doit être affirmée, tout comme celle de la donation *post mortem* et de son acceptation. Le fait que l'article 1117 nouveau du code civil, dans le prolongement d'une jurisprudence au demeurant critiquée [1570], déclare l'offre caduque par le décès n'y change rien. D'une part, en effet, il peut être argüé que les dispositions sur les successions sont des dispositions spéciales qui peuvent déroger à ce texte. D'autre part, il peut être soutenu que ce

1566. On ne s'étonnera pas, dès lors, de retrouver ici un plan similaire à celui évoqué précédemment *supra* n° 348.
1567. Cf. *supra* n° 70.
1568. M.-L. Mathieu-Izorche, « Outils mathématiques pour l'étude du droit : l'exemple de la notion de distance », *Cahiers des Écoles doctorales de la Faculté de Montpellier,* 2003, vol. 3, n°s 94-95.
1569. Pour le testament, la négation de la qualité contractuelle est majoritaire. Cf. not. M. Grimaldi, *Droit civil - Successions*, 6e éd., 2001, n° 272. En revanche, celle-ci est minoritaire pour la donation ; cf. not. B. Haftel, *La notion de matière contractuelle en droit international privé : Étude dans le domaine du conflit de lois*, sous la dir. de D. Bureau, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2008, n° 148.
1570. Cass., 1re civ., 25 juin 2014, n° 13-16.529, *Bull.,* I, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000029153101 et pour les remarques critiques, cf. not. *RDC,* déc. 2014, sous la dir. de Y.-M. Laithier.

texte est supplétif et qu'il serait loisible aux parties de prévoir que l'offre est maintenue malgré le décès.

Cette qualification contractuelle permettrait en outre de rendre plus compréhensibles certaines des règles applicables au testament. Cela éviterait par exemple les contorsions auxquelles est parfois conduite la doctrine pour justifier que l'article 1116 ancien du code civil s'applique *in extenso* à l'acte unilatéral, y compris, donc, dans ses dispositions indiquant que le dol doit émaner du cocontractant, alors que, en principe, pour les actes unilatéraux, la doctrine admet communément que le dol peut émaner d'un tiers [1571]. Déjà cependant, c'est s'avancer sur les avantages de cette conception du contrat sur le régime de celui-ci.

b. Les intérêts de la distinction au stade du régime du contrat

420. Plan. L'analyse du contrat comme un ensemble de normes interdépendantes créées par plusieurs actes juridique permet de rendre compte de plusieurs règles relatives tant à la formation du contrat (**i.**) qu'à son exécution (**ii.**).

i. Les intérêts de la distinction au stade du régime de la formation du contrat

421. Une définition du contrat rendant compte de la cause objective. S'agissant tout d'abord de la formation du contrat, l'analyse du contrat comme un ensemble de normes, dont la vigueur de chacune est conditionnée à l'existence d'une autre norme, permet de rendre compte des mécanismes subordonnant la validité du contrat à une telle conditionnalité.

Le mécanisme auquel on songe en premier lieu est celui de la cause objective [1572]. Ce mécanisme, dans ses diverses déclinaisons [1573], s'explique pleinement par la structure conditionnelle des normes contractuelles. Si chaque norme se présente comme conditionnée à une autre norme, alors l'absence de réalité de cette condition doit, soit empêcher l'application de la norme affectée de cette condition, soit annuler — réputer non écrite disent les arrêts — la norme faisant obstacle à la réalisation effective d'une telle condition (clause de prescription abrégée à propos des clauses couperet en droit des assurances [1574], clause d'irresponsabilité dans l'affaire *Chronopost* [1575], etc.).

1571. Pour un exemple d'application *in extenso* de l'anc. art. 1116 c. civ., cf. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : Le contrat — Le consentement*, 2013, n° 1432 écrivant : « il semblerait plus logique d'exiger que le dol ait été commis [seulement] par leur bénéficiaire. Certes, l'article 1116 vise l'autre partie, mais il ne concerne expressément que les conventions. Dès l'instant qu'on applique ce texte aux actes unilatéraux, une adaptation s'impose, et celle-ci doit respecter la nature essentielle du dol ».

1572. Art. 1131 c. civ., scindé en deux articles dans les textes nouveaux : art. 1169 et art. 1170.

1573. Absence de contrepartie, contrepartie dérisoire, contrepartie illusoire, ou — hypothèse plus récente — paralysie de la contrepartie par une autre clause du contrat, telle une clause venant réduire à peau de chagrin le droit découlant de cette contrepartie (Cass., com., *Chronopost*, 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *Bull.*, IV, n° 261, p. 223, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007035966).

1574. Cass., 1re civ., 19 déc. 1990, n° 88-12.863, *Bull.*, I, n° 303, p. 212, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007025437.

1575. Cass., com., *Chronopost*, 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *Bull.*, IV, n° 261, p. 223, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007035966.

Naguère, la notion de cause permettait de bien rendre compte du lien qu'il y avait entre toutes ces hypothèses. Sa disparition dans les nouveaux textes rend d'autant plus utile la définition du contrat que nous avons proposée et qui permet de rendre compte efficacement de ces mécanismes.

422. Une définition du contrat permettant de mieux comprendre la jurisprudence afférente à la formation du contrat. Une deuxième série d'exemples des avantages de l'analyse ici défendue peut être développée à propos de la formation du contrat et tout d'abord de deux « avant-contrats » que sont la promesse unilatérale de vente et le pacte de préférence. En effet, l'application à ces promesses de contrat de la définition renouvelée du contrat permet de faire apparaître que, prises isolément, ces promesses ne sauraient constituer des contrats. Dès lors, il n'est pas surprenant que la violation de ces promesse ne pouvaient pas, dans l'état du droit antérieur à la réforme de 2016 [1576], entraîner l'exécution forcée du contrat objet de ces promesses — comme l'a pourtant longtemps préconisé la majorité de la doctrine — et qu'elles donnaient simplement lieu à l'attribution de dommages-intérêts, à l'image de l'offre [1577].

Ajoutons que l'analyse ici développée du contrat permet également de rendre compte d'une des « bizarreries » actuelle du régime du pacte de préférence en cas de violation de celui-ci. La Cour de cassation a en effet pu affirmer que, à certaines conditions, la violation du pacte de préférence par le promettant pouvait entraîner la nullité du contrat conclu en violation de ce pacte et la substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers [1578]. Cette jurisprudence a été critiquée par la doctrine notamment pour des raisons théoriques tenant au fait qu'on ne pouvait pas rationnellement annuler le contrat conclu avec le tiers et substituer le bénéficiaire dans les droits du tiers. L'annulation du contrat empêche logiquement la substitution. Malgré cette critique, cette jurisprudence a été réaffirmée à plusieurs reprises [1579]. Or, l'analyse du contrat comme une pluralité d'actes juridiques permet de dépasser cette critique et de montrer que ce n'est pas tant le contrat qui est annulé, en cas de concert frauduleux entre le promettant et le tiers, que l'acceptation de ce contrat par le tiers. Dès lors, la volonté du promettant de vendre demeure et le bénéficiaire, auquel le promettant n'a nullement signifié qu'il retirait

1576. Dans le nouveau code civil une distinction est introduite entre l'offre et la promesse unilatérale de vente (art. 1116 al. 3 pour l'offre et 1124 al. 2 pour la promesse unilatérale). Il y a fort à parier cependant que cette différence de régime génère un important contentieux sur la qualification des actes en cause : quel pourra donc être le critère utilisé pour distinguer l'offre de la promesse unilatéral ? Gageons que la thèse de Jean-Luc Aubert, cherchant à identifier les cas dans lesquels une offre peut être rétractée et ceux dans lesquels elle ne peut pas l'être redeviendra d'actualité (J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, sous la dir. de J. Flour, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ).

1577. La lecture attentive des quelques arrêts dans lesquels la Cour de cassation a pu paraître retenir l'exécution forcée de telles promesses révèle que ce n'est pas tant l'exécution forcée du contrat qui a été ordonnée, que l'exécution forcée d'une clause pénale ou d'une indemnité d'immobilisation, lesquelles sont bien davantage proches des dommages-intérêts consécutifs à la violation de l'offre que de l'exécution forcée du contrat objet de la promesse.

1578. Cass., Ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376, *Bull.*, mixte, n° 4, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007055468.

1579. Not. Cass., 3e civ., 14 fév. 2007, n° 05-21.814, *Bull.,* III, n° 25, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000017635515.

(fautivement) sa promesse, peut lever l'option que lui conférait le pacte de préférence pour le jour où le promettant se déciderait à vendre.

Enfin, cette analyse du contrat et des actes juridiques contribuant à sa formation permet de mieux comprendre la jurisprudence qu'a pendant un temps adopté la chambre sociale relativement aux promesses d'embauches, jurisprudence que la doctrine travailliste peinait et peine encore rétrospectivement à expliquer techniquement. Plusieurs spécialistes dans cette matière ont en effet écrit que cette jurisprudence passée était incohérente [1580], puisque certains arrêts affirmaient que la promesse d'embauche vaudrait contrat de travail [1581] là où d'autres le refusait plus ou moins explicitement [1582]. Pourtant une analyse comparée de ces arrêts, à l'aide des concepts ici mis en avant, permet de redonner une cohérence à cette jurisprudence qui semble n'avoir été abandonnée que par des raisons d'opportunité et pour en raison de se prétendue incohérence avec les autres solutions retenues en droit civil [1583]. Dans notre analyse, d'abord, la promesse d'embauche constitue un acte juridique concourant à la formation du contrat de travail. Elle doit donc nécessairement être distinguée de celui-là, comme l'affirme justement la doctrine et une partie de la jurisprudence. Ensuite, parce qu'au regard de notre analyse la promesse d'embauche constitue un acte juridique, tout comme la révocation que prétend en faire l'employeur, il faut se demander si l'employeur est habilitée à révoquer les normes produites par cette promesse. C'est à cette question que la jurisprudence a pendant un temps répondu négativement lorsqu'elle affirmait que la promesse d'embauche valait contrat. En effet, l'on constate que dans tous les arrêts où cette formulation a été retenue, il s'est agit pour la jurisprudence de faire obstacle à la révocation par l'employeur de son offre, en disant que cette promesse serait un contrat, sous-entendant par là que, en application du droit commun des contrats [1584], ce contrat ne pourrait pas être révoqué unilatéralement. La formulation retenue par la Cour

1580. En ce sens : J. Mouly, « Le formalisme du CDD ne s'applique pas à la promesse d'embauche : encore la distinction de la promesse et du contrat de travail », *Droit social,* 2016, p. 687 s. S. Tournaux, « La promesse d'embauche vaut contrat de travail... si le salarié l'accepte ! », *Rev. trav.,* 2016, p. 700 s. « Les exigences légales relatives à la forme et au contenu du CDD ne s'appliquent pas à une promesse d'embauche », *Rev. trav.,* 2016, note sous Cass. soc. 6 juill. 2016, p. 616 s.

1581. Cass., soc., 15 déc. 2010, n° 08-42.951, *Bull.*, V, n° 296, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000023251794 ; Cass., soc., 25 nov. 2015, n° 14-19.068, inédit, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000031542722, où l'affirmation est posée pour permettre au bénéficiaire d'une promesse d'embauche qui l'accepte après sa révocation par l'employeur de se prévaloir néanmoins du statut de salarié et ainsi de prétendre avoir été licencié sans cause réelle et sérieuse.

1582. Cass., soc., 12 juin 2014, n° 13-14.258, *Bull.*, V, n° 138, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000029081034, où la Cour dissocie promesse d'embauche et contrat de travail afin d'admettre que l'employeur puisse insérer dans le contrat de travail une clause ne figurant pas dans la promesse d'embauche ; Cass., soc., 6 juil. 2016, n° 15-11.138, *Bull.*, V, à paraître, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000032868133, où il est jugé que le formalisme applicable à la promesse d'embauche n'est pas celui du contrat de travail ou encore Cass., soc., 7 juil. 2016, n° 14-26.163, inédit, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000032874074, où il est jugé que la promesse d'embauche vaut contrat si elle est signée par les deux parties.

1583. N. Molfessis, « Promesses d'embauche : la chambre sociale retrouve la voie du droit civil mais s'égare dans la motivation enrichie », *JCP G,* 2017, vol. doctr. 47.

1584. Art. 1193 nouv. c. civ.

de cassation était cependant maladroite et c'est elle qui a donné l'impression aux auteurs que la jurisprudence de la Cour sur les promesses d'embauche était confuse voire contradictoire. En effet, la promesse d'embauche ne vaut pas par elle-même contrat de travail. Il ne peut en aller ainsi que si la promesse d'embauche est acceptée par le salarié (ce qui était bien le cas dans les arrêts précités où le salarié, parce qu'il prévalait en justice de l'existence d'un contrat, manifestait suffisamment par cette demande son acceptation). Il est permis de penser que si la Cour a eu du mal à exprimer clairement son message, c'est sans doute parce qu'elle a pu avoir quelques difficultés intellectuelles à reconnaître « force obligatoire » à un acte qui n'était pas contractuel : la promesse d'embauche. En effet, en droit des contrats, il est souvent enseigné que la révocation de l'offre est possible (même s'il y a parfois des dommages-intérêts), alors que la révocation du contrat ne le serait pas. Dès lors, du fait de cette vision inexacte de la formation du contrat, qui ne tient pas suffisamment compte de la nature d'acte juridique de l'offre, la chambre sociale a sans doute pu penser que si elle voulait interdire la révocation par l'employeur de sa promesse, il lui était nécessaire de requalifier celle-ci en contrat. À l'inverse, si la Cour avait eu conscience de ce que la promesse constitue véritablement un acte juridique, produisant donc des normes juridique ne pouvant être rétractée qu'à certaines conditions (au même titre par exemple que les engagements unilatéraux pris par l'employeur vis-à-vis de ces salariés ne peuvent être révoqués qu'à certaines conditions), elle n'aurait sans doute pas eu besoin d'assimiler la promesse d'embauche et le contrat de travail. Où l'on voit comment est-ce que les concepts ici proposés permettent de mieux éclairer la jurisprudence passée et, espérons-le, peuvent aider les magistrats à améliorer la qualité de leur motivation quant aux règles relatives à la formation du contrat.

Là n'est pas le seul avantage de la conception du contrat ici proposée. Celle-ci permet également de mieux rendre compte du régime de l'exécution du contrat.

ii. Les intérêts de la distinction au stade du régime de l'exécution du contrat

423. La mise en évidence du caractère conditionnel des normes constituant le contrat permet de rendre compte d'une règle importante du droit des contrat [1585] : l'exception d'inexécution [1586].

En effet, parce que les contrats sont des ensembles de normes conditionnées les unes aux autres, la méconnaissance d'une norme peut théoriquement avoir des conséquences sur la vigueur d'une autre norme contractuelle. En effet, si un individu A s'est engagé à se conformer

1585. Bien que rattachées au contrat, ces normes ne sont pas propres à celui-ci. Elles constituent un élément de définition des normes interdépendantes, peu importe que ces normes résultent ou non d'un contrat. En effet, de telles normes ne résultent pas toujours d'un contrat. Cf. les règles sur la révocation des legs pour ingratitude ou encore la gestion d'affaire où ce mécanisme paraît jouer. Rappr. W. Dross, « L'exception d'inexécution : essai de généralisation », *RTD Civ.,* 2014, n° 15.

1586. En revanche, le mécanisme ne s'applique nullement à la résolution pour inexécution, laquelle nécessite autre chose qu'une simple sortie de vigueur de la norme. Rappr. Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, sous la dir. de L. Leveneur, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2007, LGDJ, n° 92, où l'auteur nie que la résolution pour inexécution puisse être comprise comme un mécanisme conditionnel.

au modèle de conduite C_1 sous condition que B s'engage au modèle de conduite C_2, alors il est cohérent que la méconnaissance par B de son engagement conduise à ce que l'engagement de A ne soit plus en vigueur et qu'il n'ait donc plus à le respecter. Où l'on aura reconnu le mécanisme de l'exception d'inexécution, lequel n'affecte que la vigueur de la norme à laquelle est tenue la victime de cette inexécution [1587].

424. Bilan du 1. L'étude comparée de l'acte unilatéral, du contrat et de la délibération a permis de mettre en lumière un critère de distinction opératoire entre l'acte unilatéral d'un côté et le contrat et la délibération de l'autre. Appliqué au contrat, ce critère, qui tient à la présence de plusieurs actes juridiques créant des normes interdépendantes dans leur vigueur, vient heurter de front la distinction des contrats unilatéraux et synallagmatiques puisque, dans la conception du contrat ici défendue, le contrat ne peut être que synallagmatique. Pour autant, il a été montré que les actes présentés comme des actes unilatéraux n'en étaient point, de sorte que le changement opéré n'était guère problématique. Enfin, il a été montré que cette disparition du concept de contrat unilatéral était largement compensée par les nombreux intérêts de cette présentation du contrat tant sur l'opération de qualification que sur ses conséquences, à savoir le régime du contrat. Cette conception s'avère en revanche insuffisante pour distinguer le contrat de la délibération, distinction qui implique la recherche d'un autre critère de distinction.

B. Les modalités d'affinement de la distinction du contrat et de la délibération

425. L'insuffisance des distinctions traditionnelles - Plan. Jusqu'à présent le contrat et la délibération ont été définis de manière identique, en disant qu'ils étaient des ensemble de normes, créées par des actes juridiques distincts et dépendant chacune pour leur vigueur de l'existence d'autres normes de ces ensembles. Si, une telle définition, en ce qu'elle tend à assimiler le contrat et la délibération, ne déplairait pas aux auteurs pour qui le concept « d'acte juridique collectif » se confond avec celui de contrat ou d'acte unilatéral [1588], elle ne serait en revanche pas acceptée par la doctrine majoritaire, qui considère qu'il existe bien une différence entre le contrat et la délibération. Reste à présent à rechercher cette différence.

Pour les auteurs s'intéressant à la délibération, celle-ci se distingue du contrat au regard de l'intérêt des parties à cette opération : alors que, dans le contrat, les parties expriment une pluralité d'intérêts, il y a, dans la délibération, des intérêts communs, identiques [1589].

1587. Si l'existence de cette norme devait être affectée, alors cela signifierait que l'obligation de la victime ne pourrait pas réapparaître en cas de remise en vigueur de la norme méconnue. Or, tel n'est pas le cas puisque, en raison du caractère proportionné de l'exception d'inexécution, la victime de l'inexécution est à nouveau tenue de s'exécuter lorsque son cocontractant en fait de même, réintroduisant ainsi dans l'ordre juridique la norme individuelle qu'il avait autrefois abrogée par son comportement.

1588. Outre la doctrine allemande évoquée *infra* n° 374, rappr. B. Haftel, *La notion de matière contractuelle en droit international privé : Étude dans le domaine du conflit de lois*, sous la dir. de D. Bureau, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2008, n° 125.

1589. G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, sous la dir. de G. Marty, thèse de doct.,

Néanmoins, tout cela n'est guère précis et peut aisément laisser place à la critique. Par exemple, n'est-il pas excessif de dire d'une délibération, adoptée par une organisation internationale, qu'elle manifeste l'intérêt commun de ses membres, si, à l'occasion de cette délibération, il y a eu une opposition farouche entre les membres de cette organisation ? De même, n'y a-t-il pas quelqu'excès à évoquer une opposition d'intérêts en présence d'un contrat-coopération où les deux parties ont des intérêts très proches [1590] ? Où l'on voit que si, intuitivement, il paraît bien exister une plus grande union des intérêts en présence dans une délibération, cette intuition ne peut pas être traduite techniquement par la notion d'intérêt. D'autres éléments distinctifs doivent être trouvés.

Le contrat et la délibération pouvant chacun être constitué d'un nombre non limité d'actes juridiques, leur distinction ne peut pas résider dans un critère quantitatif. Elle ne paraît pouvoir résider que dans un critère qualitatif, tenant aux normes créées. Pour identifier ce ou ces critères, il convient donc de scruter les normes présentes dans un contrat et une délibération, afin de comprendre ce qui leur donne une physionomie propre (**1.**). Puis, comparant ces éléments caractéristiques, il sera possible de faire apparaître ce qui distingue techniquement le contrat de la délibération (**2.**).

1. Les caractéristiques des normes présentes dans le contrat et la délibération

426. Plan. Examinons successivement les caractéristiques des normes présentes dans le contrat (**a.**) puis celles des normes présentes dans l'acte juridique (**b.**)

a. Les caractéristiques des normes présentes dans le contrat

427. Énoncé des caractéristiques. Les normes contenues dans un contrat ont pour point commun, nous l'avons vu, d'être interdépendantes, en ce sens que leur vigueur est conditionnée à l'existence d'autres normes. Là n'est pourtant pas le seul point commun de ces normes. Pour s'en rendre compte, prenons un exemple simple, celui du contrat de vente. Dans la vente, l'acte volontaire du vendeur crée une norme fixant pour lui un modèle de conduite, à savoir livrer un bien à l'acheteur, sous condition que soit édictée une autre norme, à savoir l'obligation pour l'acquéreur de payer le prix. Quant à l'acte volontaire de l'acquéreur, il crée une norme fixant pour lui un modèle de conduite, à savoir payer le prix au vendeur, sous condition d'une autre norme, à savoir l'obligation pour le vendeur de livrer le bien.

La comparaison de ces deux normes permet de faire apparaître trois éléments intéressants et susceptibles de constituer un élément caractéristique du contrat :

Université de Toulouse, 1961, LGDJ, p. 14-15 ; A.-L. Pastré-Boyer, *L'acte juridique collectif en droit privé français*, sous la dir. de D. Ferrier, thèse de doct., Université de Montpellier I, 2006, LGDJ, n° 82, p. 77. Certains auteurs, dépassant l'idée d'intérêt, indiquent que les volontés auraient le même contenu. Cf. les auteurs cités dans G. de Bézin, « Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe », *Recueil de législation de Toulouse,* 1905, URL : https://archive.org/stream/s2recueil01acaduoft#page/288/mode/2up, n° 3.

1590. S. Lequette, *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, sous la dir. de C. Brenner, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2012, Économica, n°s 200 s.

— Le modèle de conduite posé par chaque norme est distinct du modèle de conduite auquel cette norme est subordonnée. Ainsi, l'obligation de livrer le bien est subordonnée à une obligation distincte, le paiement du prix, tout comme l'obligation de paiement du prix est subordonnée à une obligation distincte, la livraison du bien.
— Chaque norme a pour assujetti la personne qui l'a créée : la norme obligeant l'acquéreur au paiement du prix a été créée par l'acquéreur, tout comme la norme obligeant le vendeur à livrer le bien a été créée par le vendeur.
— Ces normes sont symétriques : le modèle de conduite et les destinataires de l'une correspondent à la condition de vigueur de l'autre et réciproquement.

428. Vérification de ces caractéristiques. Pour vérifier si ces éléments peuvent être considérés comme des caractéristiques du contrat, il importe de vérifier s'ils se retrouvent dans tous les contrats. Examinons donc un à un ces différents éléments : la différence des modèle de conduite, le rapport entre l'assujetti et l'auteur de la norme et, enfin, la structure symétrique des normes créées par les actes juridiques composant le contrat.

429. *La différence des modèles de conduite.* L'idée que le contrat aurait comme caractéristique de comprendre des actes juridiques créant des normes posant des modèles de conduites distincts paraît au premier abord séduisante. D'abord, car elle coïncide avec les idées communes du contrat que peuvent avoir les juristes, compte tenu de leur pratique quotidienne de cet outil. En effet, cette caractéristique se retrouve dans les contrats que concluent régulièrement les juristes : vente, bail, contrat d'entreprise, contrat de travail. Dans tous ces contrats, les parties au contrat s'engagent à des modèles de conduite distincts.

Pourtant cette conception du contrat aboutit à refuser la qualification contractuelle à des opérations auxquelles la qualification contractuelle est assez largement reconnue. Elle conduirait par exemple à refuser la qualification contractuelle au pacte compromissoire. Dans un tel contrat, en effet, chaque partie s'engage à se soumettre à un arbitrage, sous réserve que l'autre s'y soumette également. Ici, le modèle de conduite, objet de ces normes, est donc identique au modèle de conduite auquel ces normes sont subordonnées : se soumettre à l'arbitrage. Dès lors, intégrer cette première précision à la définition du contrat aboutirait inéluctablement à refuser la qualification contractuelle au pacte compromissoire. Le même résultat s'observerait pour des contrats visant à imposer une obligation de renégociation ou encore aux contrats imposant une conciliation préalable car, dans les deux cas, le modèle de conduite auquel est tenu chaque partie est le même. Cette caractéristique ne saurait donc être considérée comme une caractéristique du contrat.

430. *Le rapport entre l'assujetti et l'auteur.* Comme pour la précédente caractéristique, ériger comme élément de définition du contrat l'identité de l'auteur et de l'assujetti des normes contractuelles paraît une idée séduisante au regard des conceptions du contrat communément partagées par les publicistes ou les privatistes. En effet, les premiers écrivent souvent — lorsqu'ils

distinguent le contrat de l'acte unilatéral — que le contrat se caractérise par le fait que les destinataires des normes contractuelles sont les mêmes que les auteurs du contrat [1591]. Quant aux seconds, cette approche du contrat coïnciderait bien avec l'un des courants philosophiques sous-tendant le contrat, à savoir la doctrine de l'autonomie de la volonté. Cette philosophie implique en effet que les auteurs du contrat soient les auteurs des normes contractuelles (*auto nomos*), ce qui s'adapte bien avec l'idée selon laquelle le contrat serait un ensemble de normes dont les destinataires seraient aussi les auteurs. Aux yeux d'un privatiste, « il est de l'essence du [contrat] de ne lier que ceux qui l'ont conclu » [1592].

À l'examen, cependant, ériger cette caractéristique en élément de définition du contrat aboutirait à des solutions contraires aux usages actuels. Son adoption impliquerait en effet de refuser la qualification contractuelle à tous les contrats conclus entre un mandataire et un tiers pour le compte de son mandant, car un tel acte ne produit pas de normes à l'égard du mandataire, mais seulement à l'égard du mandant. De même, il faudrait refuser la qualification de contrat aux actes que le dirigeant d'une société conclut avec des tiers, dès lors que le dirigeant, auteur de l'acte juridique engageant sa société, n'est pas l'assujetti des normes ainsi créées. Ne pourraient pas non plus être qualifiés de contrat les accords internationaux — souvent qualifiés de « traités-lois » — par lesquels les états entendent conférer des droits à des citoyens tiers à l'acte. Pour de mêmes motifs, il faudrait refuser la qualification de contrat aux nombreux accords collectifs conclus en droit du travail entre syndicats de travailleurs et d'employeurs ou, en droit de la santé, à ceux conclus entre représentants de caisses d'assurance et professionnels de santé. Où l'on voit qu'en l'état, cette précision conduit à écarter la qualification contractuelle dans toutes les hypothèses où un mécanisme de représentation intervient. Or, outre la contrariété aux usages d'une telle précision, il est permis de penser qu'elle entraînerait une distinction injustifiée de ces situations alors que, dans les deux cas, il existe bien une interdépendance des obligations.

L'on peut néanmoins tenter de « sauver » cette précision, en proposant simplement de considérer que la personne assujettie à la norme est soit son auteur, soit la personne que ce dernier représente. Auquel cas, en effet, tous les exemples précédents, auxquels la qualification contractuelle était déniée, peuvent recevoir cette qualification.

431. ***La structure symétrique des normes.*** S'agissant enfin du caractère symétrique des normes, celui-ci n'est pas directement en relation avec les représentations sociales du contrat. Cependant, l'idée d'interdépendance des normes qui le sous-tend l'est en revanche bel et bien. Ainsi, l'adjectif synallagmatique fait partie du noyau de la représentation du contrat et l'exigence de réciprocité est quant à elle un « élément contrasté » de cette représentation, dont la place ne doit pas être négligée.

1591. Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, Tome 1, p. 419-421.
1592. C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois, n° 60.

En outre, l'on ne trouve pas un contrat où cet élément n'est pas présent. Même dans les contrats prétendument unilatéraux, l'événement servant de condition à une norme est le modèle de conduite de la norme posée par l'autre acte juridique composant le contrat. Il en va de même dans les accords multipartites où la « symétrie » peut s'observer, même si elle peut être plus complexe que dans un contrat bilatéral.

432. ***Bilan.*** En retenant finalement comme élément de définition du contrat les deux dernières caractéristiques, quelque peu amendée pour la deuxième, il apparaît que l'ensemble des normes que forme le contrat peut être défini au moyen des deux attributs suivants : **1°** chaque norme est conditionnée pour sa vigueur à un élément servant également de modèle de conduite à une autre norme de cet ensemble et **2°** chaque norme a pour assujetti leur auteur ou la (ou les) personne(s) que cet auteur représente.

b. Les caractéristiques des normes présentes dans la délibération

433. En procédant comme pour le contrat, il convient, à partir d'un exemple simple, de rechercher les caractéristiques communes à l'ensemble des normes que constitue une délibération. Soit la délibération de l'assemblée générale d'une société visant à modifier ses statuts. Comme nous l'avons vu plus haut [1593], les opérations de vote constituant cette délibération peuvent être comprises comme une série d'actes juridiques par lesquels chaque votant pose un modèle de conduite — la modification ou le refus de modification des statuts —, dont la vigueur est conditionnée à l'existence du même modèle de conduite créé par un certain nombre d'autres membres du groupement, ce nombre dépendant des règles de majorité définies par la loi constitutive du groupement [1594].

L'analyse de cet exemple fait apparaître que chacune des normes créées par le vote est conditionnée pour sa vigueur à l'existence d'une autre norme, dont le modèle de conduite est identique à celui de la première norme. Autrement dit, pour chacune de ces normes, le modèle de conduite conditionnant est identique au modèle de conduite conditionné. Ainsi, dans l'exemple précédent, chaque vote positif peut être compris comme demandant la modification des statuts (modèle de conduite conditionnant), à condition qu'un certain nombre d'autres membres du groupement (ou leur représentant) la demandent également (modèle de conduite conditionné).

Un autre élément caractéristique des ensembles collectifs paraît résider dans les destinataires des normes de cet ensemble. Si l'on reprend l'exemple de la modification des statuts, il apparaît que, quel que soit le vote de chaque associé (acceptation ou refus de la modification des statuts), le modèle de conduite posé par ce vote a le même assujetti, la personne morale. Il en serait de même pour une délibération visant par exemple à autoriser le gérant d'une société à recourir à

1593. Cf. *supra* n° 341.
1594. Rappr. É. Lagrange, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international : Une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, sous la dir. de J.-P. Queneudec, thèse de doct., 2002, Kluwer Law International, p. 376 s.

l'arbitrage, dans une hypothèse où les statuts exigeraient une telle autorisation. Quel que soit le sens du vote des associés, leur vote aurait également pour assujetti le gérant, autorisé ou non à recourir à l'arbitrage.

Rassemblées, ces deux caractéristiques, qui ne paraissent pas contredites par l'expérience, permettent de définir les normes collectives au moyen des deux attributs suivants : **1°** toutes les normes collectives sont conditionnées pour leur vigueur à l'existence d'une norme dont le modèle de conduite est identique à celui de la norme conditionnée et **2°** toutes les normes collectives ont le même assujetti.

Disposant à présent des caractéristiques tant des normes collectives que des normes contractuelles, il est permis de les confronter pour bien comprendre ce qui les distingue.

2. La distinction des ensembles contractuels et collectifs

434. La comparaison des ensembles contractuels et collectifs laisse apparaître deux différences quant à la condition et aux assujettis des normes composant cet ensemble. En premier lieu, alors que, dans un ensemble collectif, la condition affectant chaque norme comporte un modèle de conduite identique à celui présent dans la norme elle-même, cela n'est pas une caractéristique du contrat.

Dans le contrat de vente, par exemple, le vendeur s'engage à livrer le bien sous condition que l'acheteur (ou son représentant) s'engage à le lui payer. Le modèle de conduite présent dans la norme conditionnée (livrer le bien) et celui présent dans la norme conditionnant (payer le prix) sont bien distincts. À l'inverse, dans une délibération visant par exemple à autoriser le gérant à recourir à l'arbitrage, chaque vote positif habilite le gérant à recourir à l'arbitrage sous condition que d'autres membres du groupement (ou leur représentant) l'y habilitent également. Cette fois, donc, les modèles de conduite conditionnés et conditionnant sont identiques.

Cette différence n'est cependant pas toujours déterminante car l'on peut envisager des contrats dans lesquels ces deux modèles de conduite seront identiques, tel par exemple le pacte compromissoire évoqué plus haut. Dès lors, l'on ne saurait retenir comme critère distinctif l'identité des modèles de conduite de la norme conditionnée et de la norme conditionnant.

Toutefois, en présence d'un ensemble de norme où cette identité ne serait pas présente, l'on pourra toutefois conclure à l'existence d'un contrat et non d'une délibération. Même si cette identité des modèles de conduite n'est pas à proprement parler un critère, l'on perçoit nettement qu'elle peut parfois être pertinente pour séparer le contrat de la délibération. Or, ce faisant, l'on retrouve l'idée commune suivant laquelle la délibération témoignerait d'une plus grande « union des intérêts » que le contrat. Cette « union des intérêts » est encore plus manifeste lorsqu'on examine les assujettis des normes contenues dans les ensembles contractuels et collectifs.

435. Le contrat se caractérise notamment par le fait que les normes de cet ensemble ont pour assujetti leur auteur ou la (ou les) personne(s) que celui-ci représente. Cette idée a pour corollaire que, dans un contrat, existe plusieurs assujettis, autant que de parties au contrat. En

revanche, dans un ensemble collectif, les normes ont toutes le même assujetti. **Là se trouve l'élément distinctif entre ces deux ensembles**.

L'on remarquera, pour finir, que ce critère s'agence parfaitement avec le critère intuitif de distinction généralement proposé par les auteurs : « l'union des intérêts ». En effet, le fait que les normes contenues dans un ensemble collectif aient toutes le même assujetti témoigne de cette plus grande union des intérêts que dans un contrat où ces assujettis diffèrent.

Conclusion du Chapitre 2

436. La définition du concept d'acte juridique proposé nous a conduit à appréhender différemment les rapports que le concept d'acte juridique entretient avec des concepts habituellement présentés comme des « espèces d'acte juridique ». En effet, il nous a semblé que ces classifications résultaient de la confusion précédemment dénoncée entre l'acte et la norme, de sorte qu'il était nécessaire de les affiner.

Afin de justifier la nécessité de cet affinement, il a été montré, dans un premier temps, que les classifications des espèces d'acte juridique selon leur contenu ou le nombre de leurs auteurs provoquaient un certain nombre de difficultés lors de l'identification ou de la réglementation des actes juridiques. En particulier, il a été vu que cette distinction des espèces d'actes juridiques empêchait de penser les actes juridiques ayant des effets susceptibles de se rattacher à plusieurs espèces, tels un contrat produisant effets à la fois réglementaires et contractuels, ou encore les actes juridiques qui, combinant plusieurs volontés, ne se rattachaient à aucune espèce connue et pour lesquels, dès lors, la détermination des règles les régissant devenait problématique. Par ailleurs, concernant la classification des actes juridiques selon le nombre de leurs auteurs, il a été montré que cette classification était erronée dans la mesure où certains des objets qu'elle prétendait classer, en particulier le contrat et la délibération — nom que nous avons donné à l'acte collectif ou à l'acte conjonctif — n'étaient pas des actes juridiques, mais plutôt des ensembles de normes.

437. Fort du constat de ces insuffisances, nous avons proposé, dans un second temps, d'affiner ces classifications en déplaçant pour cela leur objet de l'acte juridique vers les normes. Ainsi, il a été proposé de considérer que la distinction du contrat et du règlement était une distinction portant sur les normes, d'où la possibilité d'envisager qu'un même acte puisse produire tant des normes contractuelles que des normes réglementaires.

Quant à la distinction de l'acte unilatéral, du contrat et de la délibération, le déplacement de l'objet de cette classification nous a permis d'identifier un critère de distinction plus efficace entre ces différents objets. Concernant tout d'abord la distinction de l'acte unilatéral d'un côté et du contrat et de la délibération de l'autre, nous avons proposé de chercher dans la structure de la norme le critère de distinction. Cette recherche nous a permis de mettre à jour que **ce qui distingue le contrat et la délibération d'un côté, d'une somme**[1595] **d'actes unilatéraux de l'autre, ce sont les liens existant entre les normes de ces ensembles**. Plus précisément, les normes présentes dans le contrat et la délibération sont interdépendantes pour leur vigueur, c'est-à-dire qu'elles sont toutes conditionnées pour leur vigueur à l'existence d'autres normes rattachées à ces ensembles ; idée que l'on exprime traditionnellement pour le

1595. Nous disons « somme » car il faut comparer ce qui est comparable. Or, dès lors que le contrat est un ensemble de normes procédant de plusieurs actes juridiques, celui-ci ne peut être comparé avec l'acte unilatéral que si l'on considère une somme d'actes unilatéraux produisant un ensemble de normes juridiques.

contrat au moyen du concept imprécis de cause de l'obligation ou encore, dans des propositions récentes de redéfinition du contrat, au moyen du concept d'intérêt qui permettrait de relier les éléments « subjectifs » et « objectifs » de la définition du contrat [1596]

Ainsi, dans un contrat de vente, l'obligation qu'a le vendeur de donner le bien est conditionnée, pour sa vigueur, à l'existence de l'obligation de payer le prix pesant sur l'acquéreur. Réciproquement, l'obligation de payer le prix pesant sur le vendeur est conditionnée pour sa vigueur à l'existence d'une obligation de donner le bien pesant sur le vendeur. À l'inverse, si l'on considère deux actes unilatéraux, leurs normes ne sont jamais interdépendantes ; elles ne peuvent être aux mieux, à considérer leur seule vigueur, que dépendantes. Ainsi, à considérer l'ensemble formé par un décret et un arrêté d'application de ce décret, l'on observe que si la vigueur du décret est bien subordonnée à l'existence d'un arrêté, la vigueur de l'arrêté ne dépend pas en revanche de l'existence d'un décret. Si, sans doute, l'existence du décret a une influence sur l'arrêté, cette influence concerne non la vigueur de ce décret, mais sa validité. Il n'y a donc pas interdépendance des normes quant à leur vigueur.

Quant au contrat et à la délibération, ils se distinguent par l'identité des personnes assujetties par les normes de ces ensembles. Alors que dans une délibération les assujettis sont les mêmes, dans un contrat les assujettis diffèrent : chaque norme contractuelle a pour assujetti son auteur ou la (ou les) personne(s) que cet auteur représente.

1596. D. Galbois, *La notion de contrat : Esquisse d'une notion*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2018 ; S. Lequette, « La notion de contrat : Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD Civ.,* 2018, p. 541-566, n° 26.

Conclusion du Titre 2

438. Afin de permettre au concept d'acte juridique, tel que précédemment défini, d'être accepté par les acteurs du droit et de la science du droit, mais aussi de tirer toutes les conséquences de cette conception renouvelée, nous avons entrepris de l'articuler avec des concepts voisins dont il est traditionnellement distingué, soit que ces concepts voisins soient présentés comme opposés à l'acte juridique, soit qu'ils soient présentés comme des espèces de celui-ci.

Concernant tout d'abord les concepts auxquels l'acte juridique est opposé, il est apparu que le concept de volonté, qui constitue l'un des éléments constitutifs de l'acte juridique, permet de distinguer l'acte juridique de la coutume, le premier étant à l'origine de normes édictées, la seconde de normes spontanées. De même, le critère de l'ordre juridique nous a permis de distinguer l'acte juridique de l'acte normatif, mais aussi de l'acte non juridique. Alors que l'acte juridique est un acte volontaire créateur de normes dans un ordre juridique, l'acte normatif est l'acte volontaire qui crée des normes dont un ordre juridique n'a pas encore indiqué s'il les reconnaissait ou non. Quant à l'acte non juridique, il désigne l'acte créateur de normes qui sont cette fois non reconnues par un ordre juridique donné. Enfin, le lien entre l'acte et la norme nous a permis de distinguer l'acte juridique du fait juridique : alors que le premier crée des normes, le second se contente de rendre applicable, dans un cas donné, des normes déjà créées par un autre acte juridique.

S'agissant ensuite des concepts présentés comme des espèces d'actes juridiques, nous avons montré qu'il était préférable de ne plus y voir des espèces d'actes juridiques mais seulement des variétés de normes. En effet, classer les espèces d'acte juridique selon leur contenu ou le nombre de leurs auteurs nous a paru être source d'importantes difficultés. Voilà pourquoi nous avons proposé d'affiner ces distinctions en modifiant leur objet pour qu'elles portent non plus sur des actes juridiques, mais sur des normes créées par des actes juridiques. Ce faisant, nous n'avons fait que reprendre les enseignements évoqués au début de ce travail, à savoir la nécessité de mieux séparer l'acte juridique des normes que celui-ci crée. Ceci nous a alors conduit à retenir les définitions suivantes des concepts de contrat, de délibération et d'acte unilatéral :

— Le contrat est un ensemble de normes, créées par des actes juridiques distincts, dont chacune, d'une part, est conditionnée pour sa vigueur à l'existence d'une ou plusieurs autres normes de cet ensemble et, d'autre part, a pour assujetti son auteur ou la (ou les) personne(s) que celui-ci représente.

— La délibération est un ensemble de normes, créées par des actes juridiques distincts, dont chacune est conditionnée pour sa vigueur à l'existence d'une ou plusieurs autres normes de cet ensemble et qui ont toutes pour assujetti la même personne.

— L'acte unilatéral — et il vaudrait mieux parler de norme unilatérale — est la ou les normes créées par un acte juridique et qui n'est pas interdépendante, pour sa vigueur, d'une autre norme.

Conclusion de la Partie 1

439. Cette première partie destinée à l'affermissement de la définition du concept d'acte juridique a permis de mettre en lumière les principales insuffisances de la définition actuelle du concept d'acte juridique, à savoir d'une part la place trop importante accordée à l'intention de l'auteur de l'acte, indépendamment de la perception de cette intention par les tiers et de sa conformité à l'ordre juridique et, d'autre part, une distinction insuffisante de l'acte juridique et de la norme, laquelle empêche de penser convenablement l'un et l'autre.

Contrairement aux limites rencontrées par le concept de contrat, ces insuffisances ne nous ont pas semblé incurables, en particulier compte tenu de la faible implantation du concept d'acte juridique dans la science juridique française. Voilà pourquoi, plutôt que de créer un nouveau concept, nous avons pris le parti de renforcer le concept d'acte juridique en en proposant seulement une définition renouvelée, échappant aux écueils de la définition actuelle. En définissant l'acte juridique comme l'« acte volontaire reconnu dans un ordre juridique comme créant une ou plusieurs normes », nous avons tenté de bien mettre en lumière les quatre éléments constitutufs ce concept composé (l'acte, la volonté, l'ordre juridique et la norme) ainsi que les liens entre ces éléments (un lien d'implication entre la volonté et l'acte, un lien d'imputation entre l'acte et la norme et un lien de reconnaissance entre, d'une part, l'ordre juridique et d'autre part, les autres éléments considérés en eux-mêmes et articulés entre eux). La définition obtenue évite le premier écueil de l'approche traditionnelle, puisqu'il n'est nullement suggéré que l'individu doit avoir une intention de créer des normes, il est seulement dit qu'il doit y avoir des normes dont l'ordre juridique reconnaît qu'elles sont créées par un acte volontaire. Quant au second écueil, la définition tente d'y échapper en insistant sur le fait que l'acte juridique est d'abord un *acte*, ce que ne permettait guère la définition traditionnelle, usant de l'expression manifestation de volonté, laquelle avait en outre l'inconvénient de n'être pas toujours comprise par les juristes de droit public.

Ce travail de définition réalisé, il a été nécessaire de rechercher de quelle manière le concept d'acte juridique ainsi défini s'articulait avec des concepts voisins. En effet, dans la mesure où nous avions amodié la définition de ce concept, il était légitime de penser que ceci eût pu avoir une influence sur la manière de concevoir les liens entre ce concept et d'autres concepts auxquels il est traditionnellement associé. Tel a été effectivement le cas, tant pour la remise en cause d'une approche trop subjective, que pour la remise en cause du lien trop étroitement établi

entre l'acte juridique et la norme.

En effet, le rejet d'une conception trop subjective de l'acte juridique nous a permis de mieux distinguer l'acte juridique du fait juridique et de l'acte non juridique. Alors que la doctrine traditionnelle utilisait pour ce faire le critère de l'intention de créer des effets de droit qui, de manière fort peu logique, était prétendument capable de distinguer l'acte juridique de deux objets pourtant différents, nous avons proposé une analyse plus fine et permettant surtout de mieux rendre compte de la pratique des juges lorsque ceux-ci se posent de telles questions de qualification. Ainsi, pour la distinction de l'acte juridique de l'acte non juridique, tout en gardant l'idée d'une intention de créer des effets de droit, nous avons combiné cet élément avec deux autres, l'un tenant à la perception par les tiers de l'acte juridique et l'autre à l'opportunité pour l'ordre juridique de reconnaître cet acte comme juridique. Quant aux faits juridiques, il a été proposé de remplacer le critère de l'intention de créer des effets de droit par celui de la création d'une norme. L'acte juridique crée une ou plusieurs normes, en ce sens que la ou les normes sont imputables à leur auteur ; le fait juridique ne crée aucune norme imputable à son auteur. Grâce à ce critère, il est alors permis d'expliquer pourquoi il n'est pas possible de qualifier d'acte juridique l'acte délictueux commis par une personne recherchant les conséquences juridiques de cette infraction. Un tel acte, s'il est bien volontaire, ne *crée* pas de normes juridiques, il ne fait que rendre applicable des normes déjà créées par d'autres et dont il ne saurait usurper l'autorité — entendue ici comme la prétention à se dire l'auteur de la norme.

Par ailleurs, cette définition renouvelée de l'acte juridique, au sein de laquelle l'acte et la norme étaient mieux distingués, nous a permis de porter un regard neuf sur les classifications d'espèces d'acte juridique. Si, à l'examen, le principe même de ces classifications est apparu pertinent, nous avons montré que celles-ci étaient en l'état sources d'importantes difficultés théoriques ou pratiques, lesquelles commandaient de faire porter ces distinctions non plus sur les actes juridiques eux-mêmes, mais sur les normes créées par des actes juridiques. Ceci nous a alors conduit à distinguer l'acte unilatéral d'une part, du contrat et la délibération d'autre part, au moyen d'un critère tiré du lien entre les normes. Plus précisément, il est apparu que le contrat et la délibération étaient des ensembles de normes, créées par des actes juridiques distincts et qui étaient conditionnées pour leur vigueur à l'existence d'autres normes présentes dans ces ensembles. À l'inverse, pour les normes présentes dans deux actes unilatéraux, aucune semblable interdépendance ne pouvait être observée. Poursuivant plus avant nos efforts, nous avons pu montrer que la différence entre les normes comprises dans un contrat et une délibération procédait des destinataires de la norme et plus précisément des personnes assujetties. Alors que dans le contrat les normes ont toujours pour assujetti leur auteur ou la (ou les) personne(s) que cet auteur représente, dans la délibération les normes ont toujours le même assujetti.

Deuxième partie

Les propriétés de l'acte juridique

440. Une question peu abordée. La recherche du régime théorique du concept d'acte juridique, autrement dit, des propriétés attachées à ce concept, n'est guère chose aisée, comme l'on relevé plusieurs membres de la Commission de réforme du code civil d'après-guerre.[1597]. Bien que quelques auteurs aient pu appeler de leurs vœux la création d'un tel régime[1598], force est de constater que la doctrine n'a jusqu'à présent guère réalisé cet effort. La rareté et la brièveté des développements consacrés à cette question[1599] contrastent avec l'importance des débats autour de la définition de l'acte juridique, contraste qui s'explique en partie par l'idée, souvent répandue, suivant laquelle l'intérêt d'une théorie de l'acte juridique s'épuiserait dans la définition de celui-ci[1600]. Même lorsque les auteurs s'emploient à préciser telle ou telle propriété de l'acte juridique, ils ne le font souvent que dans une discipline juridique limitée, sans chercher à étendre leur analyse aux autres disciplines.

441. Plan. Compte tenu de la rareté des sources consacrées à ce sujet, la présentation des propriétés de l'acte juridique qui sera ici entreprise s'avère donc périlleuse. Afin de réduire le risque d'erreur et de mieux emporter l'adhésion de ceux qui pourraient douter de la pertinence des propriétés identifiées[1601], il apparaît nécessaire de ne pas se contenter de présenter ici les propriétés qui semblent être celles du concept d'acte juridique. L'identification des propriétés

1597. Jean-Paulin Niboyet parlait à cet égard de « travail énorme » (*Travaux de la Commission de réforme du code civil. 1945-1946*, Sirey, 1947, p. 146). De même, Marcel Oudinot, au moment de choisir la rubrique du livre préliminaire que la Sous-Commission « Partie générale » commencerait à rédiger pour servir de test, s'opposait à ce que soit rédigée la rubrique consacrée à l'acte juridique, au motif que le sous-titre III sur les actes juridiques est « le plus long à faire » (*ibid.*, p. 150) ou « celui qui donnera le plus de peine » (*ibid.*, p. 155). Enfin, une fois les textes rédigés, Roger Houin, au moment de les présenter à la Commission tout entière, appelait l'indulgence de ses collègues en disant que « [l]es textes présentés sont d'une élaboration difficile et la Sous-Commission ne prétend pas leur avoir donné une rédaction définitive » (*ibid.*, p. 192).

1598. J. Héron, « Réflexions sur l'acte juridique et le contrat à partir du droit judiciaire privé », *Droits,* 1988, p. 87, qui invite à identifier les propriétés de l'acte juridique en les distinguant de celles du contrat.

1599. Rappr. *Travaux de la Commission de réforme du code civil. 1945-1946*, Sirey, 1947, p. 192, où le secrétaire général de la Sous-Commission « Partie générale », Roger Houin, indique, au moment de présenter à la Commission les textes concernant l'acte juridique : « La théorie générale des actes juridiques n'est pas faite par les auteurs de Droit privé qui, le plus souvent, leur étendent simplement les règles applicables aux contrats. Les auteurs de Droit public se bornent, de leur côté, à établir des définitions et des classifications nouvelles, mais ils abordent rarement de façon complète la réglementation proprement dite des actes qu'ils étudient. Quant aux Codes étrangers, ce serait une erreur de croire que ceux qui ont réglementé les actes juridiques, comme les Codes allemand, brésilien, ou chinois, aient donné un ensemble de règles générales. Le plus souvent, ce sont des règles particulières aux contrats qu'ils édictent ».

1600. *Ibid.*, p. 141, où Henri Mazeaud, après avoir refusé l'idée d'une théorie proposant un régime unique pour tous les actes juridiques, cantonne cette théorie à la définition de l'acte juridique : « Évidemment, quand nous avons dit acte de volonté, nous avons tout dit ». *Idem*, p. 146, où il dit, plus clairement encore : « [u]ne seule chose est commune, c'est un acte de volonté ; quand on a dit cela, on a tout dit ; on ne peut rien ajouter de plus précis ».

1601. Lors de la Commission de réforme du code civil, malgré la justesse théorique et les avantages pratiques procurés par des textes relatifs à l'acte juridique, Henri Mazeaud avait continué à refuser de tels textes au motif qu'il ne lui était nullement rapporté la preuve que ces textes s'appliqueraient identiquement dans les mêmes matières (*ibid.*, p. 205). Roger Houin, également, faisait preuve de son embarras à l'égard de ces textes qu'il avait lui-même grandement contribué à rédiger en indiquant à ses collègues : « est-il possible actuellement, je veux dire en l'absence de la doctrine sur ce point, d'émettre des règles suffisamment évidentes pour s'imposer, sans qu'on se demande à chaque mot : "Ce que j'ai dit là est-il vrai, est-il faux ? Est-ce vrai pour tous les actes ? Que cela donnera-t-il dans l'application ?" On n'en sait absolument rien » (*ibid.*, p. 214).

de l'acte juridique (**I**), devra être suivie de leur vérification (**II**).

Titre I

Identification des propriétés

442. Une question débattue. Les discours doctrinaux relatifs aux propriétés de l'acte juridique font apparaître d'importantes différences entre les disciplines et même, au sein d'une discipline donnée, entre les auteurs.

Un privatiste, Claude Witz, estime par exemple que le régime de l'acte juridique devrait comprendre des règles relatives aux vices du consentement, à la capacité, au choix entre la théorie de l'émission et celle de la réception, à l'interprétation des actes, aux conflits de lois dans le temps [1602]. À cela, il faudrait sans doute ajouter le caractère obligatoire de l'acte juridique. En effet, souvent mentionné comme un effet du contrat (la *force obligatoire* du contrat), il serait sans doute considéré par les privatistes comme une propriété de l'acte juridique, dans la mesure où il est souvent affirmé que les règles sur le contrat sont extensibles aux autres actes juridiques [1603]. Rémy Libchaber semble ainsi partager cette opinion, puisqu'outre « les vices du consentement, la question des nullités, les modalités d'interprétation », l'auteur évoque « pour partie, la matière des effets du contrat », ainsi que la question de la durée des engagements [1604]. La jurisprudence la plus récente sur l'offre pourrait également être invoquée au soutien de l'idée suivant laquelle la force obligatoire serait une propriété de l'acte juridique. En effet, la Cour de cassation a récemment visé l'ancien article 1134 (1103 nouveau) du code civil pour justifier le respect de la force obligatoire de l'offre, avant même son acceptation par le bénéficiaire [1605]. Or, dans sa lettre, ce texte ne concerne que le contrat, qualification que ne peut pas recevoir l'offre qui tend plutôt aujourd'hui à être considérée par les magistrats comme un « acte unilatéral » [1606]. Dès lors, avec un tel visa, la Cour de cassation fait de l'article 1134 du code civil un texte de droit commun de l'acte juridique.

Charles Eisenmann, un publiciste, estime quant à lui que le régime de l'acte juridique (de droit public) se résume au principe de légalité [1607], qu'il décline ensuite comme les différentes règles auxquelles l'auteur d'un acte administratif doit se conformer lorsqu'il élabore un tel acte. Un autre publiciste, Bertrand Seiller, estime pour sa part que le régime de l'acte juridique doit comprendre les règles relatives à l'élaboration de l'acte (sa validité) — ce qui se rapproche du principe de légalité —, à son entrée en vigueur, à l'autorité des normes produites et à la disparition de ces normes [1608].

Même lorsque les auteurs s'accordent sur un élément de régime, ils ne sont pas d'accord sur

1602. C. Witz, « Georges Rouhette et l'acte juridique » *in Hommage à Georges Rouhette*, Dalloz, 2014, p. 57.
1603. Sur cette assimilation et sa critique L. Mayer, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, sous la dir. de L. Cadiet, thèse de doct., 2009, IRJS, p. 453-508.
1604. R. Libchaber, « Regrets liés à l'avant-projet de réforme du droit des contrats – Le sort des engagements non bilatéraux », *RDC,* 2015, n° 10.
1605. Cass., 3e civ., 10 déc. 1997, n° 95-16.461, *Bull.,* III, n° 223, p. 150, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007039661, se fondant sur ce texte pour rappeler l'obligation au maintien de l'offre ou Cass., 3e civ., 7 mai 2008, n° 07-11.690, *Bull.,* III, n° 79, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000018804800 se fondant sur ce texte pour permettre au bénéficiaire de conserver le dépôt de garanti que lui avait remis l'offrant ayant rétracté prématurément son offre.
1606. Cf. *supra* n° 334.
1607. Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, Tome 1, p. 448.
1608. B. Seiller, « Acte administratif (II – Régime) » *in Répertoire de contentieux administratif*, janv. 2010, Dalloz.

ses contours. Ceci s'observe pour les conditions de validité, lesquelles cristallisent bon nombre de divergences. Ainsi, là où un auteur exclut que l'objet, la cause et les vices du consentement (à l'exception de la violence) puissent relever du régime de l'acte juridique [1609], un autre plaide au contraire pour leur intégration [1610].

443. Plan. Compte tenu de l'importance des débats et des sources relatives aux conditions de validité de l'acte juridique, ainsi que de la pluralité de ces conditions, il paraît nécessaire de consacrer à cette propriété de l'acte juridique des développements à part (**2**). Ceci ne sera cependant fait qu'après avoir recherché l'ensemble des propriétés de l'acte juridique (**1**).

1609. L. Mayer, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, sous la dir. de L. Cadiet, thèse de doct., 2009, IRJS, n°s 456-458.

1610. M. Jaouen, *La sanction prononcée par les parties au contrat : Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, sous la dir. de D. Mazeaud, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2013, Économica, n° 217.

Chapitre 1

Recherche des propriétés

444. Méthodologie et plan. Le rapide examen des discours doctrinaux sur les propriétés de l'acte juridique a permis de faire apparaître d'importantes différences d'opinion. Ces différences d'opinion sont naturelles. En effet, au regard de la grande variété des normes que peut produire un acte acte juridique, il est très difficile d'approcher globalement ce dernier concept et de trouver un régime valable pour l'ensemble des actes juridiques. La difficulté est d'autant plus grande que les auteurs retiennent parfois une conception extensive de l'acte juridique, où celui-ci se trouve confondu avec la norme.

Cette divergence d'opinion ne doit pas décourager le chercheur, car elle peut constituer pour lui une richesse lui permettant d'identifier au mieux les propriétés du concept d'acte juridique. En effet, plutôt que de tenter d'identifier ces propriétés à partir du magma que constitue le droit positif, il est plus simple de prendre comme point de départ les différentes propositions que la doctrine a pu formuler à ce sujet. Compte tenu de la diversité de ces opinions, il est permis d'espérer que leur examen permette de balayer l'ensemble des propriétés potentielles de l'acte juridique. Cette diversité impose néanmoins de faire un tri. Voilà pourquoi il conviendra, dans un premier temps, d'exposer les différentes conditions de validité proposées par les auteurs (**Section I**), puis, dans un second temps, de sélectionner parmi ces propositions celles qui nous semblent être effectivement des propriétés de l'acte juridique (**Section II**).

Section I Exposé des propriétés proposées par la doctrine

445. Les éléments de convergence doctrinale. L'on constate un relatif accord des auteurs pour rattacher trois propriétés à l'acte juridique : la validité, la « vie » et le caractère obligatoire de l'acte.

Tous les auteurs s'intéressant au régime de l'acte juridique retiennent comme propriété la

validité de cet acte juridique ou plutôt, dans la conception ici retenue de l'acte juridique, la validité des normes de cet acte. Tantôt les auteurs désignent cette propriété par des synonymes, tel le mal nommé [1611] principe de légalité en droit public ; tantôt ils n'en évoquent que certains des aspects, telles des conditions particulières de validité (vices du consentement, capacité, objet, etc.) ou telles les conséquences que peut avoir, sur la validité des normes créées par l'acte, la survenance de nouvelles règles supérieures avec lesquelles ces premières se trouvent en conflit (hypothèse du conflit de lois dans le temps évoquée par Cl. Witz [1612]).

La deuxième propriété, qui revient dans nombre d'écrits, a trait à ce que certains auteurs appellent la « vie de l'acte juridique » [1613] et qu'il conviendrait plutôt d'appeler, au regard de notre conception de l'acte juridique, la « vie de la norme ». Sous cette expression seraient rassemblées les questions relatives à la naissance des normes et à leur extinction. C'est à cette rubrique que se rattachent les propositions suggérant d'intégrer aux propriétés de l'acte juridique la question du choix entre la théorie de la réception et celle de l'émission [1614], celle de la « durée de l'engagement » [1615], ou encore de l'« entrée en vigueur de l'acte » [1616].

La troisième propriété tiendrait au caractère obligatoire des normes générées par l'acte juridique, c'est-à-dire le fait que les organes de l'ordre juridique prêtent main forte à toutes les personnes destinataires de ces normes et qui en demandent l'application. En effet, les publicistes insistent sur le caractère exécutoire des actes administratifs. Cela les conduit souvent d'ailleurs à souligner la prétendue spécificité de ce caractère exécutoire par rapport au droit privé puisque, selon eux, les actes administratifs seraient les seuls à bénéficier du privilège du préalable [1617]. Quant aux privatistes, ils ont tendance à souligner que l'un des effets du contrat, l'une de

1611. Ce principe est mal nommé en ce sens que les normes issues d'actes administratifs ne doivent pas être seulement conformes à la loi au sens matériel. Elles doivent aussi être conformes à la Constitution, aux traités internationaux mais aussi aux actes réglementaires issus d'autorités supérieures (tel un arrêté par rapport à un décret). On ne saurait ici invoquer que le mot loi est entendu au sens formel pour désigner toute norme juridique car le principe de légalité vise à souligner une hiérarchie entre deux normes. Or, seul le sens formel du mot loi permet de souligner une telle hiérarchie vis-à-vis des actes de l'administration.

1612. C. Witz, « Georges Rouhette et l'acte juridique » *in Hommage à Georges Rouhette*, Dalloz, 2014, p. 57.

1613. D. Truchet, *Droit administratif*, 3e éd., PUF, 2010, p. 240 s. qui, évoquant cette question à propos des actes administratifs unilatéraux, parle de « vie de l'acte ».

1614. C. Witz, « Georges Rouhette et l'acte juridique » *in Hommage à Georges Rouhette*, Dalloz, 2014, p. 57.

1615. R. Libchaber, « Regrets liés à l'avant-projet de réforme du droit des contrats – Le sort des engagements non bilatéraux », *RDC,* 2015, n° 10. La question de la durée de la norme nous semble en effet équivalente à celle de son extinction. En effet, s'intéresser à la durée d'une norme, c'est se demander quand est-ce que cette norme prend fin.

1616. B. Seiller, « Acte administratif (II – Régime) » *in Répertoire de contentieux administratif*, janv. 2010, Dalloz, nos 292 s. Le concept d'entrée en vigueur comprend chez cet auteur à la fois les questions de date d'existence, d'opposabilité (publicité et notification) et d'applicabilité.

1617. Il a été montré toutefois qu'un tel « privilège du préalable » n'existait pas (Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, Tome 2, p. 741-779 ; X. Dupré de Boulois, *Le pouvoir de décision unilatérale : Étude de droit comparé interne*, sous la dir. de J.-J. Bienvenu, thèse de doct., Paris II, 2006, LGDJ, p. 8-13). En effet, ce « privilège » signifie que les règles de conduite de l'administration s'appliquent de plein droit sans que l'accord du destinataire soit nécessaire. Or, un tel privilège existe aussi pour les actes unilatéraux de droit privé, telle la mise en œuvre d'une clause résolutoire, lesquels actes s'appliquent eux aussi sans l'accord du destinataire. Dans les deux cas, ces actes doivent être respectés, sauf pour la personne à laquelle l'acte est opposé, à contester la légalité de cet acte devant les juridictions et à obtenir gain de cause (rappr. Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, Tome 2, p. 772).

ses propriétés, serait d'avoir force obligatoire[1618], propriété que ces auteurs semblent prêts à étendre à tous les actes juridiques[1619]. À côté de ces éléments de convergence, dont on pourrait penser, sans trop de risques, qu'ils participent bien du régime de l'acte juridique, d'autres éléments sont parfois mentionnés par les auteurs sans faire l'unanimité.

446. Les points de divergence. Les questions d'interprétation sont souvent évoquées par les auteurs de droit privé comme des propriétés de l'acte juridique[1620]. En revanche, les auteurs de droit public ne les mentionnent pas, semble-t-il parce qu'ils ont conscience que les questions d'interprétation relèvent plus de la norme que de l'acte juridique. En effet, alors qu'en droit privé les questions d'interprétation peuvent avoir tendance à être perçues au travers des dispositions du code civil consacrées à l'interprétation des contrats, une telle tendance ne s'observe pas en droit public, où il n'existe pas, semble-t-il, de telles dispositions pour l'interprétation des actes administratifs. Ceci a conduit les auteurs de droit public à construire une théorie de l'interprétation à portée générale et directement applicable à toutes les normes et détachées d'un type particulier d'acte juridique. Reste à savoir si ce rattachement des questions de l'interprétation à une théorie de la norme plus qu'à une théorie de l'acte juridique est pertinent.

Section II Sélection des propositions pertinentes de propriétés de l'acte juridique

447. Méthode. Pour déterminer si les différentes propriétés avancées par la doctrine constituent bien des propriétés du concept d'acte juridique, il convient de s'assurer que celles-ci sont bien propres à cet objet. Comme son nom l'indique, la propriété est ce qui est propre. La détermination des propriétés n'est pas toujours aisée en présence d'un concept composé[1621]. Il faut en effet s'assurer que le régime juridique associé à ce concept lui est bien propre, c'est-à-dire qu'il ne se retrouve dans aucun autre concept. Or, comme ce concept est composé de plusieurs concepts élémentaires, il faut prendre garde à ne pas prendre pour une propriété du concept composé, ce qui n'est qu'une propriété du concept élémentaire. À défaut de prendre de telles précautions, l'on risque de refuser de reconnaître à d'autres concepts composés le bénéfice d'un régime prétendument réservé au concept étudié. Où l'on aperçoit une distinction entre le

1618. Cf. not. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 438, qui envisage la question de la force obligatoire du contrat dans un chapitre intitulé « La vigueur du lien contractuel », chapitre lui-même situé dans un Sous-titre 2 intitulé « Les effets du contrat ».
1619. Not. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations : 1 - Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., PUF, 2012, p. 730 ou R. Libchaber, « Regrets liés à l'avant-projet de réforme du droit des contrats – Le sort des engagements non bilatéraux », *RDC,* 2015, n° 10.
1620. *Ibid.*, n° 10 ou C. Witz, « Georges Rouhette et l'acte juridique » *in Hommage à Georges Rouhette*, Dalloz, 2014, p. 57.
1621. Sur l'idée de concept composé, cf. *supra* n° 47.

régime et la propriété. Le régime rassemble toutes les règles associées à ce concept composé, tandis que les propriétés ne rassemblent que les règles propres à ce concept.

Concrètement, pour montrer qu'un élément de régime r_1 est bien une propriété d'un concept c_1, il faut s'assurer que r_1 soit bien en lien avec chacun des éléments constitutifs de c_1. À l'inverse, pour montrer que r_1 n'est pas une propriété de c_1, il suffit de trouver un concept c_2 qui est également régi par r_1. En effet, si r_1 est commun à c_1 et c_2, cela signifie que r_1 n'est la propriété d'aucun des deux concepts étudiés, mais qu'il est la propriété d'un autre concept, c_3, dont sont composés c_1 et c_2.

Pour bien comprendre cela, prenons l'exemple suivant. Considérons l'objet « chaise », défini comme un objet à quatre pieds, surmonté d'un plateau horizontal auquel s'ajoute un dossier. Il serait tentant de considérer qu'une des propriétés de la chaise est de pouvoir s'asseoir sur elle. Ceci ne serait toutefois pas exact puisqu'il existe de nombreux autres concepts ayant pour propriété de permettre à un individu de s'y asseoir, tel par exemple le concept de sol. Dès lors, le fait pour un objet de pouvoir accueillir un être humain en position assise est moins une propriété de la chaise, que la propriété de tout objet comprenant un plan horizontal. Si l'on cherchait à identifier une propriété de la chaise, il faudrait rechercher quelles conséquences découlent de l'articulation de tous ses éléments constitutifs avec d'autres concepts, tels celui d'homme. Or, ainsi considéré, il semble que le fait pour la chaise d'être constituée de quatre pieds, surmontés d'un plateau, auquel s'ajoute un dossier confère à la chaise une *bonne assise*. Telle serait alors la propriété de la chaise par rapport aux êtres humains : conférer une bonne assise.

Muni de cette règle méthodologique, il convient à présent d'en faire application et notamment de déterminer si les quatre éléments de régime identifiés plus haut — la validité des normes issues d'un acte juridique (**§ 1.**), l'interprétation de ces normes (**§ 2.**), l'effet obligatoire de ces normes (**§ 3.**) et la « vie » de ces normes (**§ 4.**) — sont bien des propriétés du concept d'acte juridique et non des propriétés d'un autre concept.

§ 1. La validité des normes, une propriété de l'acte juridique ?

448. La question du rattachement de la validité des normes au concept d'acte juridique est délicate. D'un côté, l'acte juridique ayant été défini comme un acte de volonté reconnu *dans un ordre juridique donné* comme créant une ou plusieurs normes, il n'est pas incohérent que des organes de cet ordre juridique, une fois ce modèle de conduite établi, décident *a posteriori* de prononcer la nullité de cette norme, au motif qu'elle serait contraire à d'autres normes également contenues dans cet ordre juridique. C'est là un point commun à tous les actes juridiques, car tout acte juridique peut potentiellement créer des normes contraires à la charte constitutive de l'ordre juridique auquel il prétend s'intégrer. Voilà pourquoi il peut sembler exact d'affirmer que l'une des propriétés de l'acte juridique est le caractère annulable des normes qu'il produit [1622]. Cependant, ce serait occulter qu'il existe un second type d'instrument créateurs de normes juridiques, la coutume, et que les normes ainsi créées peuvent aussi être annulées [1623]. Par conséquent, il faut conclure que l'annulation n'est pas une propriété de l'acte juridique, mais plutôt du concept de norme juridique, commun aux concepts d'acte juridique et de coutume.

Cette affirmation n'exclut pas en revanche qu'il puisse exister des cas d'annulation propres aux actes juridiques. Pour qu'il en soit ainsi, il faudrait que ces cas soient en lien avec tous les éléments constitutifs du concept d'acte juridique et notamment les concepts élémentaires d'acte et de volonté.

S'agissant tout d'abord de l'acte, dans la mesure où la norme annulée est bien la conséquence d'un acte, il est possible de relier l'annulation à l'acte.

Pour la volonté, en revanche, le rattachement est plus délicat. Il semble en effet que, dans bien des cas, l'ordre juridique ne s'intéresse guère à la volonté des individus lorsqu'il annule une norme. La seule contrariété de la norme à d'autres normes supérieures présentes dans l'ordre juridique suffit. Le droit des contrats fournit toutefois un exemple de conditions de validité manifestement reliées à la volonté, à savoir les vices du consentement tels que prévus par les articles 1109 et suivants du code civil (1130 nouveau). En effet, en posant comme condition de validité du contrat l'exigence d'un consentement de qualité, ces textes établissent une condition de validité en lien avec la volonté, élément constitutif de l'acte juridique. Dès lors, il semble exister des conditions de validité propres aux actes juridiques et l'on ne peut qu'approuver, à cet égard, les propos de certains privatistes [1624] qui, plutôt que d'intégrer, d'une manière générale, la validité au sein des propriétés de l'acte juridique, se sont contentés d'y intégrer certaines

1622. Rappr. J.-P. Jacqué, « Acte et norme en droit international public » *in Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 227, Brill |Nijhoff, 1991, URL : http://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*-ej.9780792317852.357_417, p. 369 : « Il n'existe pas de théorie des actes sans théorie de la validité ».
1623. Cf. *infra* n° 451.
1624. Not. C. Witz, « Georges Rouhette et l'acte juridique » *in Hommage à Georges Rouhette*, Dalloz, 2014, p. 57.

conditions de validité. C'est, semble-t-il, la même analyse qu'il faut développer à propos de la question de l'interprétation des normes.

§ 2. L'interprétation des normes, une propriété de l'acte juridique ?

449. Bien que les questions d'interprétation soient, en droit positif ou en doctrine, trop souvent rattachées à des objets considérés comme des actes volontaires, tels les contrats [1625] ou la loi [1626], la question de l'interprétation concerne tous les énoncés, qu'ils puissent être considérés comme créés ou non par un acte juridique. En effet, pour les pratiques coutumières constituant des normes, se pose aussi un problème de compréhension de la portée de ces pratiques, problème qui paraît bien se rattacher à l'opération d'interprétation. Par conséquent, il paraît difficile d'affirmer que les règles d'interprétation seraient en soi des propriétés attachées au concept d'acte juridique.

Néanmoins, comme pour le caractère annulable, il semble bien que la présence d'un acte juridique ait quelqu'influence sur les méthodes d'interprétation disponibles, puisque cette origine va permettre de procéder à une interprétation recourant à l'intention de l'auteur de l'acte juridique telle que perçue par les tiers [1627]. Il y a bien là, dès lors, une autre propriété de l'acte juridique [1628], ce qu'avaient au demeurant bien perçu les auteurs de la Commission de réforme du code civil qui, en 1945, avaient proposé d'introduire, au titre des règles communes aux actes juridiques, une disposition sur leur interprétation conformément à la volonté de leur auteur [1629].

1625. Art. 1156-1164 c. civ.
1626. J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Droit privé, PUF, 2001, p. 231 s. qui évoque les questions d'interprétation dans un chapitre intitulé « Les méthodes d'interprétation de la loi ».
1627. Dire que cette méthode d'interprétation est disponible ne préjuge en revanche en rien de ses résultats. Il est tout à fait possible que, en raison de l'imbrication de plusieurs actes juridiques, comme c'est le cas au Parlement, il ne soit pas possible, à partir de cette seule méthode, de déterminer ce que devrait être le sens d'un texte. Sur ces difficultés, cf. not. H. Capitant, « Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois » *in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Sirey, 1934, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5433888t/f219.image et, plus mesuré, V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2014, n° 645.
1628. Rappr. F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 1919, Tome 1, n° 98 p. 266 : « En définitive [...], l'interprétation d'un texte législatif ressemble, de fort près, à l'interprétation d'un acte juridique [...]. Comme la volonté, qui l'a créé est l'âme de tout acte juridique, ainsi la volonté législative doit seule animer la formule qui la révèle ». Comp. H. Capitant, « Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois » *in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Sirey, 1934, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5433888t/f219.image, Tome 2, p. 214 : « En résumé, l'interprétation des lois gagnerait en certitude, en autorité si l'on faisait abstraction complète des travaux préparatoires ».
1629. *Travaux de la Commission de réforme du code civil. 1945-1946*, Sirey, 1947, p. 164, art. 17.

§ 3. Le caractère obligatoire des normes, une propriété de l'acte juridique ?

450. Si toute norme n'est pas nécessairement obligatoire, au sens ici de sanctionnée par une voie de droit, en atteste par exemple la *soft law*[1630], toute norme *juridique* paraît bien obligatoire. C'est en effet parce que cette norme s'insère dans un ordre juridique qu'elle est obligatoire. Certes, il se peut qu'au jour où un individu cherche à s'en prévaloir, celle-ci n'ait plus ce caractère obligatoire, mais elle l'a bien eu par le passé. Dans ces conditions, il paraît difficile de considérer que le caractère obligatoire de la norme soit une propriété de l'acte juridique. C'est bien davantage une propriété de la norme juridique[1631].

§ 4. La « vie » de la norme, une propriété de l'acte juridique ?

451. Pour que les questions afférentes à la vie de la norme puissent relever des propriétés de l'acte juridique, il faudrait que la présence d'un acte juridique ait des conséquences sur la naissance de la norme, son entrée en vigueur, sa durée et son extinction. Pour tenter d'identifier l'éventuelle influence de l'acte juridique sur la vie de la norme, il paraît judicieux de comparer une norme issue d'un acte juridique avec une norme coutumière, cette dernière n'étant pas, à proprement parler, issue d'un acte juridique[1632].

Si l'on s'intéresse tout d'abord à la date d'existence de la norme (sa « naissance »), il ne semble pas y avoir de différence entre la norme créée par un acte juridique et la norme issue d'une coutume. Dans les deux cas, la norme va exister à partir du moment où elle se sera manifestée dans l'ordre juridique. Certes, les événements devant être manifestés seront plus nombreux pour la coutume, ce qui rendra l'identification de sa date de naissance plus complexe. Pour autant, le critère est le même : l'extériorisation d'un comportement.

1630. Sur celle-ci, cf. en dernier lieu V. Lasserre, *Le nouvel ordre juridique : Le droit de la gouvernance*, sous la dir. de F. Terré, LexisNexis, 2014.

1631. Rappr. G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, sous la dir. de M. Troper, thèse de doct., Université Paris X-Nanterre, 2006, Dalloz, n° 687 montrant que dire d'une convention qu'elle a force obligatoire, cela équivaut à dire que cette convention crée des normes juridiques. Où l'on voit que selon cet auteur l'« obligatoriété » est bien une propriété de la norme juridique.

1632. Les positivistes ont tendance à dire que le juge serait l'auteur de la coutume. Cette affirmation nous semble reposer sur une confusion. Le juge constate la coutume, il ne la crée pas. Pour preuve, si l'on devait considérer que le juge crée la coutume, autrement dit si l'on devait assimiler les opérations de création de normes à celles de reconnaissance de la norme dans l'ordre juridique, alors il faudrait admettre que le juge crée tout le droit. L'on pourrait en effet dire du juge, appliquant une disposition législative ou un contrat, qu'il a préalablement reconnu ce contrat et qu'il en est désormais l'auteur ou à tout le moins le co-auteur. Or, ce ne serait pas là satisfaisant ni théoriquement, ni démocratiquement. L'on ne peut manquer de faire ici le parallèle avec l'abandon par le Conseil d'État (CE, *Union syndicale des magistrats administratifs*, 11 juil. 2007, n° 302040, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000018006984) de sa jurisprudence suivant laquelle, en sa fonction consultative, il était co-auteur des textes devant lui être soumis. Pour une critique plus approfondie de cette idée cf. P. Deumier, *Le droit spontané*, sous la dir. de J.-M. Jacquet, thèse de doct., Université Toulouse 1, 2002, Économica, n°s 256 s.

La question de l'entrée en vigueur paraît en revanche constituer une spécificité de la norme. Comme l'a récemment rappelé Guillaume Drouot, « [l]'idée de droit transitoire pour les coutumes est ainsi considérée par la doctrine comme hors de propos » [1633]. En effet, la coutume résulte notamment d'une série de pratiques, à partir desquelles s'installe une norme. Dès lors, lorsque la norme vient au monde, elle s'applique aussitôt. Dans ces conditions, la possibilité d'un décalage entre l'entrée en vigueur et l'existence n'est pas envisageable. Par conséquent, la possibilité de dissocier entrée en vigueur et existence constitue une propriété des normes créées par un acte juridique.

Quant à la disparition de la norme, la comparaison de la norme issue d'un acte juridique avec celle issue d'une coutume laisse également apparaître une différence entre ces deux sources de normes. L'existence des coutumes peut cesser, soit par voie d'abrogation [1634], soit par leur perte de vigueur, désignée par le terme « désuétude ». En effet, parce que l'exigence d'une application de la coutume est consubstantielle à celle-ci, l'existence d'une norme coutumière dépend de la vigueur de cette norme. En revanche, pour l'acte juridique, si les normes que celui-ci crée peuvent bien disparaître par leur abrogation, elles ne le peuvent pas par la voie de la désuétude. Par exemple, l'absence d'application d'une loi n'entraîne nullement sa désuétude [1635], même si,

1633. G. Drouot, *La rétroactivité de la jurisprudence : Recherche sur la lutte contre l'insécurité juridique en droit privé*, sous la dir. de C. Brenner, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2014, n° 14, note 3.

1634. L'abrogation des coutumes est un phénomène peu relevé par les auteurs. Pourtant, on en trouve des manifestations historiques, qu'il s'agisse de l'abrogation des « mauvaises coutumes » au Moyen-Âge (cf. not. J. Gaudemet, *Les naissances du droit : Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, 2e éd., Montchrestien, 1999, p. 45-46 ou J. Krynen, « Entre science juridique et dirigisme : le glas médiéval de la coutume », *Cahiers de recherches médiévales et humanistes,* 2000, 7, url : http://crm.revues.org/892, nos 18-24) ou de l'abrogation de certaines coutumes de l'Ancien Droit lors par l'article 7 de la loi 30 ventôse an XII promulguant le code civil. Plus près de nous, l'on peut citer l'abrogation des coutumes « indigènes » par le colonisateur français (V. K. Mbambi, « Les droits originellement africains dans les récents mouvements de codification : le cas des pays d'Afrique francophone subsaharienne », *Les Cahiers de droit,* 2005, vol. 46, 1-2, url : https://www.erudit.org/revue/cd/2005/v46/n1-2/043841ar.pdf, p. 324). En droit contemporain peuvent également être mentionnées les coutumes kanakes écartées par les juges car contraires à l'ordre public (cf. R. Lafargue, *La coutume face à son destin : Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, avec une préf. d'A. Christnacht, t. 22, Droit et Société, LGDJ et Lextenso éditions, 2010, p. 299 s.) ou, exemple plus discutable car il n'est pas sûr qu'il s'agisse de véritables coutumes (*supra* n° 545), aux usages non reconnus par la jurisprudence en droit du travail (cf. J. Colonna, « Les usages en droit du travail » *in La coutume dans tous ses états : Actes du colloque international des 15 au 17 juin 2010 à l'occasion de la célébration du 500e anniversaire de la rédaction de la coutume d'Auvergne*, sous la dir. de F. Garnier et J. Vendrand-Voyer, La Mémoire du droit, p. 240). L'on ne saurait argüer qu'il s'agirait dans ces deux derniers exemples — usage au travail et coutume kanake — moins d'une abrogation que d'une absence de reconnaissance. En effet, ne pas reconnaître ces coutumes comme des normes juridiques plongerait alors les rapports qu'elles régissent dans le non droit. Or, tout au contraire, il ne s'agit pas ici de laisser les individus libres de se régir comme ils le souhaitent, mais bien plutôt de leur interdire d'appliquer certaines règles. On est donc bien dans un mécanisme d'abrogation de la norme et non d'absence de reconnaissance de celle-ci. Les anciens auteurs ne parlaient d'ailleurs pas de non reconnaissance et même s'ils n'employaient pas le terme d'abrogation, mais celui d'abolition, ils acceptaient cependant que les mots d'abrogation et d'abolition puissent être pris pour équivalents (P.-J. Brillon et A.-F. Prost de Royer, *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts : Nouvelle édition du dictionnaire de Brillon*, Aimé de La Roche, 1781, url : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k111345w, *Vo Abolition*, n° 1).

1635. En ce sens, F. Terré, *Introduction générale au droit*, 9e éd., Dalloz, 2012, n° 487 et les arrêts cités en note 4. Encore faut-il avoir conservé la mémoire des textes des temps passés...

conformément à l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII [1636], un justiciable sera sans doute surpris de voir son litige tranché en application de normes résultant d'ordonnances royales, de coutumes *codifiées* du Moyen-Âge [1637], voire de textes de droit romain [1638]. Il semble donc, à cet égard, qu'il n'y ait pas de mode spécifique de disparition des normes produites par des actes juridiques, celles-ci disparaissent par la voie de l'abrogation, procédé commun à la disparition de toute norme.

1636. « À compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code ». *A contrario*, ce texte signifie que ne sont pas abrogés les lois romaines et les textes de l'ancien droit qui ont un domaine d'application distinct de celui des règles contenues dans le code civil.

1637. Pour des exemples d'utilisation d'anciennes coutumes, cf. P. Deumier, « Coutume ou coutumes : existe-t-il une notion uniforme de la « coutume » en droit français ? » *in La coutume dans tous ses états : Actes du colloque international des 15 au 17 juin 2010 à l'occasion de la célébration du 500e anniversaire de la rédaction de la coutume d'Auvergne*, sous la dir. de F. Garnier et J. Vendrand-Voyer, La Mémoire du droit, 2013, p. 226, note 59.

1638. Le droit romain ayant parfois pu jouer au Moyen-Âge le rôle de « bouche-trous », en cas de déficience de la coutume (cf. N. Balat, *Essai sur le droit commun*, sous la dir. de M. Grimaldi, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2014, nos 277 s.), il serait possible de l'invoquer dans des situations où n'existe aucune autre disposition. Pour une illustration, cf. CAA Paris, 25 mar. 2004, n° 00PA02132, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007444190, refusant de considérer un aqueduc gallo-romain comme appartenant au domaine public, au motif que cette notion n'existait pas en droit romain.

452. Certains auteurs, sans doute issus du droit public, pourraient, sur le fond [1639], contester cette analyse, en invoquant l'existence d'un mécanisme de retrait qui serait propre aux actes juridiques (administratifs). En effet, en droit public, les auteurs distinguent couramment le retrait et l'abrogation — distinction qui a été récemment consacrée par une ordonnance [1640] — de sorte que ces auteurs pourraient être tentés de voir dans le retrait une forme spécifique d'extinction des actes juridiques administratifs. Ces auteurs pourraient même espérer quelque soutien de la doctrine civiliste puisque, pour l'offre, les auteurs évoquent souvent la question de son retrait, lequel paraît se rapprocher du retrait de l'acte juridique administratif.

Si une telle opinion venait à être soutenue, elle encourrait la critique suivante : l'abrogation rétroactive d'une norme — que les publicistes qualifient de retrait — n'est nullement une spécificité des normes créées par un acte juridique. L'on pourrait en effet pleinement envisager qu'une coutume soit abrogée de manière rétroactive. Dès lors, il semble bien que nous ayons eu raison de dire que l'abrogation (*lato sensu*) était le seul mode d'extinction des normes créées

1639. Une critique de forme pourrait également émaner de ces auteurs. Elle reposerait sur le fait que nous méconnaissions la notion d'abrogation puisque nous incluons dans l'abrogation des hypothèses que ces auteurs rattachent au retrait. Ainsi formulée, cette critique n'est cependant pas recevable puisqu'elle méconnaît l'acception que nous avons donnée dans cet exposé à l'abrogation. En parlant d'abrogation, a été seulement désigné un mode d'extinction volontaire des normes, sans que soit donnée aucune indication sur la portée temporelle de cette extinction, autrement dit, son éventuelle rétroactivité.

Ces auteurs, poursuivant leur critique, pourraient alors déplacer celle-ci et prétendre que l'acception ici proposée méconnaît la tradition du droit administratif. L'argument pourrait être à nouveau contesté au moyen de plusieurs éléments tirés de la nécessité d'adopter un vocabulaire uniforme dans un même système de pensée. De là, il pourrait être avancé, premièrement, que la distinction entre le retrait et l'abrogation est propre au droit administratif, de sorte qu'elle les acceptions retenues n'ont pas plus de « droits » que d'autres acceptions à prétendre valoir comme concepts de référence pour la théorie du droit. Deuxièmement, il pourrait être relevé que cette distinction n'est nullement générale en droit administratif, de sorte qu'on comprendrait mal, *a fortiori*, comment ses promoteurs pourraient prétendre la faire rayonner dans tout le droit. En effet, cette distinction a été développée par les auteurs de droit public en adoptant uniquement le point de vue de l'auteur de l'acte (l'administration), en oubliant ainsi que cet auteur de l'acte n'est pas forcément celui qui annulera la norme. Or, le terme de retrait convient fort mal aux annulations judiciaires, lorsque celles-ci sont rétroactives. Cette doctrine ne dirait pas d'un juge qu'il retire l'acte ; elle dirait qu'il l'annule. Pourtant, à s'en tenir à la définition du retrait retenue par cette doctrine, il faudrait que l'opération par laquelle le juge supprime rétroactivement une norme soit qualifiée de retrait. Où l'on voit les incohérences auxquelles mènerait cette tradition publiciste si l'on désirait vraiment l'adopter pour la théorie du droit.

Certains auteurs de droit public ont nettement perçu cette difficulté puisque, évoquant le régime de l'acte administratif, ceux-ci ont préféré, plutôt que de distinguer l'abrogation du retrait, opposer la disparition pour l'avenir et la disparition rétroactive de l'acte. Ainsi ont-il pu aborder la question de l'annulation de la décision par le juge dans la rubrique consacrée à la disparition rétroactive (B. Seiller, « Acte administratif (II – Régime) » *in Répertoire de contentieux administratif*, janv. 2010, Dalloz, n°s 459-574). Ce système n'est toutefois pas idéal. D'une part, il méconnaît que la disparition judiciaire d'une norme n'est pas toujours rétroactive, puisque le juge administratif s'est reconnu le pouvoir de moduler dans le temps les effets de ses décisions de justice (CE, ass., *Association AC !*, 11 mai 2004, n° 255886, *Rec.*, URL : http://legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008196795). D'autre part, le choix du terme « disparition » est quelque peu malheureux puisqu'il ne suggère pas assez l'origine volontaire de cette extinction ; ce terme pourrait par exemple tout à fait convenir pour rendre compte de la désuétude. Au contraire, le terme d'abrogation que nous avons choisi d'employer révèle mieux, par son étymologie, cet aspect volontaire. Abroger vient de *ab-rogare*, *rogare* signifiant interroger. Or l'interrogation est assurément une action volontaire.

1640. *Ordonnance relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration*, *JORF*, 23 oct. 2015, n° 2015-1341, 25/10/2015, p. 19872, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2015/10/23/PRMX1516009R/jo/texte. Cette distinction ressort très nettement de l'article L. 240-1 du CRPA qui définit le retrait et l'abrogation.

par l'acte juridique, de sorte que, s'agissant de l'extinction des normes, l'acte juridique ne présenterait aucune spécificité.

453. Cette dernière affirmation conduirait néanmoins à oublier que l'auteur d'un acte juridique peut, de lui-même, prévoir l'abrogation automatique de sa norme au moyen d'une condition — *lato sensu*[1641] — résolutoire. Or, dans ce mécanisme d'extinction, il est possible de voir une spécificité de l'acte juridique. En effet, il paraît inenvisageable qu'une coutume prévoit d'elle-même son terme. Le mécanisme de désuétude suffit amplement à assurer cette extinction. Dès lors, l'extinction automatique d'une norme, par la réalisation de la condition résolutoire l'affectant, apparaît bien comme une spécificité des normes créées par un acte juridique.

1641. Sur les raisons de l'acception large du mot condition, cf. *supra* n° 390.

Conclusion du Chapitre 1

454. Au terme de cette recherche ont été identifiées les quatre propriétés suivantes de l'acte juridique :

— Des cas spécifiques de nullité des normes ;
— La présence d'une méthode spécifique d'interprétation des normes créées ;
— Une dissociation possible de l'existence et de la vigueur des normes créées ;
— Un mode d'extinction automatique de la norme créée, à savoir la réalisation de la condition résolutoire affectant cette norme.

Les deux dernières propriétés de l'acte juridique n'exigent pas d'être davantage précisées. En effet, les précisions nécessaires à une bonne compréhension de la dissociation de l'existence et de la vigueur de la norme ont déjà été évoquées plus haut, lors de l'étude du concept de norme. Quant à la méthode d'interprétation spécifique des normes recourant à l'intention de l'auteur, elle a déjà été fort bien décrite par les auteurs [1642] et il n'y pas lieu de revenir sur ces travaux. En revanche, il importe de s'attarder sur les cas de nullité spécifiques aux normes produites par un acte juridique car, à l'heure actuelle, il n'existe guère dans la doctrine ou l'ordre juridique français de textes généraux les énonçant. En outre, si nous avons brièvement identifié plus haut deux règles de validité susceptibles d'être des propriétés de l'acte juridique, il convient encore de s'assurer qu'il n'en existe aucune autre.

1642. Cf. not. J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Droit privé, PUF, 2001, p. 240-243 ou V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2014, p. 642-646.

Chapitre 2

Approfondissement des conditions de validité propres aux actes juridiques

455. Plan. Rechercher les conditions de validité propres actes juridiques peut apparaître comme un projet insensé ou impossible [1643], ce dont pourraient témoigner les travaux de la Commission de réforme du code civil puisque, malgré les efforts déployés par les membres de cette commission pour forger un régime de l'acte juridique, ceux-ci n'y sont point parvenus [1644]. Compte tenu de la très grande diversité des actes juridiques, d'aucuns pourraient douter de la possibilité d'identifier des règles de validité communes à tous les actes juridiques. Comme le font souvent remarquer les privatistes, il serait par exemple vain d'essayer de trouver une application du dol à l'ensemble des actes juridiques alors que sa réglementation semble impliquer la présence d'un acte juridique bilatéral [1645].

Pour autant, les récentes perspectives offertes par le concept de normes d'habilitation appellent à plus d'optimisme. En effet, grâce à ce concept, Guillaume Tusseau a pu mettre en évidence que les *normes d'habilitation*, c'est-à-dire des normes indiquant les conditions de validité d'un acte juridique, présentaient toutes la même structure tant pour les énoncés habilitants présents en droit public que pour ceux présents droit privé [1646]. Autrement dit, cet auteur a

1643. Rappr. *Travaux de la Commission de réforme du code civil. 1945-1946*, Sirey, 1947, p. 101, où le président de la Commission, Léon Julliot de la Morandière, indique, à la suite des propos d'Henri Mazeaud se demandant « si nous pouvons tracer des règles communes pour tous les actes juridiques », « [c]'est impossible pour la théorie de la cause et pour celle de l'erreur ». Plus tard, Henri Mazeaud ira dans le même sens en disant qu'« il faut une théorie différente pour chacun des actes de volonté ». Comp. le plus grand optimisme des membres du Conseil d'État Marcel Oudinot et le président Roger Latournerie. Pour ces derniers, il serait possible d'identifier le « squelette de la théorie de l'acte juridique » : *ibid.*, not. p. 142 et 148.

1644. Sur cet échec en particulier, cf. J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, sous la dir. de P. Raynaud, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ, n°s 26-27. Sur l'échec en général de ces travaux, cf. D. Nemtchenko, *La commission de réforme du Code civil de 1945 à 1962*, sous la dir. de N. Hakim, mém.de mast., Université Bordeaux IV, 2011, p. 77 s.

1645. L. Mayer, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, sous la dir. de L. Cadiet, thèse de doct., 2009, IRJS, n° 441, p. 476. Comp. toutefois J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, sous la dir. de J. Flour, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ, n° 173, qui évoque plusieurs arguments susceptibles de justifier l'admission du dol pour les actes unilatéraux.

1646. G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, sous la dir. de M. Troper, thèse de doct., Université Paris

pu montrer que dans toute norme d'habilitation, l'on retrouvait toujours un certain type de condition de validité. Or, ne pourrait-on pas envisager qu'au-delà de ces types communs, il y ait même des conditions de validité communes à tous les actes juridiques ? L'espoir est permis et, à partir d'une recherche de ces propriétés en droit des contrats, nous verrons que tout acte juridique paraît soumis à deux conditions de validité, l'une tenant à la qualité de cette volonté, déjà aperçue plus haut [1647], et l'autre tenant aux motifs la sous-tendant (**Section I**). Ces deux conditions de validité identifiées, il conviendra d'en approfondir encore l'étude en recherchant les éléments sous-tendant la mise en œuvre de ces conditions de validité (**Section II**).

Section I Recherche des conditions de validité communes aux actes juridiques

456. Justification du *corpus* de départ. Pour identifier les conditions de validité communes aux actes juridiques, il paraît de bon aloi de partir d'un acte juridique donné ou à tout le moins d'une notion juridique composée elle-même d'un ou plusieurs actes juridiques et, une fois cet acte choisi, de tenter d'abstraire de celui-ci des conditions de validité qui pourraient être propres à l'ensemble des actes juridiques.

Pour choisir au mieux ce substrat de base, il importe notamment, avons-nous dit plus haut [1648], de rechercher une situation de base relativement solide, c'est-à-dire ici une situation pour laquelle la question de la validité a fait l'objet d'une intense attention des acteurs de l'ordre juridique et de la science juridique. En effet, d'une manière générale, il nous semble que la qualité de la réponse juridique apportée à une question donnée dépend de l'importance accordée par les juristes à cette question. Cette importance peut être quantitative. Tel sera le cas pour un problème se posant dans de très nombreuses situations. La solution juridique sera finement élaborée car elle aura été édictée en considération de tout la variété des situations que cette règle peut être amenée à régir. Cette importance peut être également qualitative. Tel sera le cas pour un problème considéré comme crucial. La règle de droit sera finement élaborée car elle aura été édictée après de mûres réflexions compte tenu des enjeux attachés aux problèmes qu'elle vise à résoudre.

La notion de contrat paraît satisfaire ces pré-requis mieux que toute autre et notamment mieux que celle d'acte administratif. En effet, le droit des contrats est une matière où les questions de validité ont été abordées par les juristes depuis de nombreux siècles et ont donné lieu à nombre d'applications jurisprudentielles et réflexions doctrinales. Cette question occupe en outre une place centrale dans la formation des juristes, de sorte qu'elle concentre une grande

X-Nanterre, 2006, Dalloz, n° 721.
1647. *Supra* n° 448.
1648. *Supra* n° 51.

partie de l'attention de la doctrine s'intéressant à cette matière. Sans doute, le droit administratif contient-il aussi des règles sur l'acte administratif unilatéral, mais celles-ci ne semblent pas présenter les mêmes gages de stabilité que celles du droit des contrats. L'élaboration des conditions de validité de l'acte unilatéral est beaucoup plus récente en droit administratif et, à prendre comme *corpus* de départ le droit administratif, l'on risquerait de passer à côté de certains cas d'annulation dont on peut espérer qu'ils n'aient pas échappé aux civilistes réfléchissant à ces questions depuis bientôt vingt siècles. En particulier, la question de la qualité du consentement est, en apparence, totalement absente de la plupart des ouvrages de droit administratif[1649], alors pourtant qu'elle est présentée par nombre d'auteurs (principalement privatistes) comme une condition de validité susceptible d'être commune à tous les actes juridiques[1650]. En outre, si l'on devait désigner le droit public comme *corpus* de départ, la tâche en serait grandement compliquée car, en l'absence de texte reprenant toutes ces conditions de validité[1651], il faudrait faire le tri entre de nombreuses opinions doctrinales. Certes, les textes du code civil n'envisagent peut-être pas toutes les conditions de validité, mais la jurisprudence semble pourvoir à ces lacunes — qu'on songe par exemple à l'erreur-obstacle ou à l'erreur dans la déclaration de volonté. Dans ces conditions, il apparaît bien justifié de se servir du droit des contrats comme *corpus* de départ d'une recherche pratique des conditions de validité communes aux actes juridiques.

457. Rappel des conditions de validité du contrat - Plan. Si l'ancien article 1108 du code civil (article 1128[1652] nouveau) est bien connu des civilistes et leur paraît sans doute d'une grande banalité, il doit néanmoins être souligné que ce texte est l'un des rares à tenter de présenter de manière synthétique les principales conditions de validité des actes juridiques. Ce texte, qui est le fruit d'un long travail de maturation des sources du droit romain par une succession de juristes, laquelle ne se résume pas à Jean Domat et Robert-Joseph Pothier, est d'une grande qualité. Cette qualité, bien que quelque peu entamée par la réforme du droit des contrats[1653], apparaît très nettement si l'on compare l'article 1108 ancien du code civil

1649. Lorsque les auteurs s'intéressent à la validité d'un acte administratif, ils ne mentionnent généralement pas l'exigence d'un consentement non vicié de son auteur. Néanmoins, cette exigence réapparaît subrepticement lorsque les auteurs, s'intéressant à ce qu'ils appellent la « légalité interne » de l'acte administratif, traitent des vices de légalité relatifs aux « motifs de l'acte » (R. Chapus, *Droit administratif général*, 14e éd., 2000, nos 1232-1241), également appelés « conditions de l'acte » (P.-L. Frier et J. Petit, *Droit administratif*, 5e éd., Montchrestien et Lextenso éditions, 2008). Or, dans cette rubrique, ils s'intéressent notamment aux erreurs de droit, de fait et de qualification. Cependant, ces motifs d'illégalité sont moins présentés comme des vices du consentement de l'auteur de l'acte que comme une incompétence de celui-ci.

1650. Cf. les références indiquées *supra* no 442.

1651. Le récent code des relations entre le public et l'administration ne résout pas ce problème puisque, s'il consacre tout un livre aux « actes unilatéraux pris par l'administration », l'on cherchera en vain dans ce livre une rubrique consacrée aux conditions de validité de ces actes. Certes, certaines règles spéciales de validité parsèment ici et là ce livre, cependant il n'y a aucune présentation complète et systématique de ces différentes règles.

1652. « 1o Le consentement des parties ; / 2o Leur capacité de contracter ; / 3o Un contenu licite et certain ».

1653. L'article 1128 nouveau a en effet fait disparaître la cause, laquelle est désormais dispersée dans différents textes rattachés à la rubrique « contenu du contrat ». Or, c'est là une erreur dans la mesure où la cause,

avec les textes décrivant les conditions de validité d'autres notions comprenant un ou plusieurs actes juridiques, qu'il s'agisse de la loi, des actes administratifs ou encore du jugement. L'on chercherait en vain dans la Constitution, le code des relations entre le public et l'administration ou encore les différents codes de procédure civile, des textes d'une telle qualité pédagogique. Si l'on trouve parfois quelques dispositions synthétiques, celles-ci se cantonnent à l'énoncé de la procédure qui doit être suivie pour établir cet acte — y compris les conditions de forme — passant ainsi sous silence ses conditions de fond [1654].

Quoi qu'il en soit, l'ancien article 1108 ancien du code civil énonce quatre conditions de « formation » : le consentement, la capacité de contracter, l'objet certain, une cause licite. La lecture des textes qui suivent permet de faire apparaître que chacune de ces conditions renvoie à plusieurs exigences — pas toujours en adéquation d'ailleurs avec ce qu'annonce l'article 1108 [1655] — qu'il nous faut à présent examiner dans le détail, afin de déterminer si elles peuvent ou non constituer des propriétés de l'acte juridique. En suivant l'ordre de ce texte, l'on examinera successivement l'exigence du « consentement », de la « capacité », de l'« objet certain » et de la « cause licite ». Ces conditions seront néanmoins regroupées deux à deux, suivant en cela la tradition civiliste. Dans un premier temps l'on examinera ce que les acteurs de la science juridique appelle les conditions relatives au contractant, à savoir la volonté et la capacité (**§ 1.**), puis, dans un second temps, les conditions relatives au contrat lui-même, à savoir l'objet et la cause (**§ 2.**).

§ 1. Examen des conditions de formation relatives aux contractants

458. Plan. En suivant l'ordre retenu par le code civil, l'on examinera successivement les conditions de consentement (**A.**) et de capacité (**B.**)

A. Examen de l'exigence d'un consentement

459. Contenu de cette exigence. L'exigence de consentement, énoncée par l'article 1108 ancien du code civil, et qu'on retrouvera dans l'article 1128 nouveau du même code, est quelque peu ambiguë. En effet, l'on pourrait penser, à la seule lecture de cet article 1108, que celle-ci renvoie à l'existence du consentement. Tel n'est semble-t-il pas le cas [1656]. En effet, cette

dans son versant cause du contrat, concerne moins le contenu du contrat que les objectifs poursuivis par les parties, lesquels ne ressortent pas toujours du contenu de ce contrat. Sur cette critique, cf. M. Fabre-Magnan, « Critique de la notion de contenu du contrat », *RDC,* 2015, p. 639-646.

1654. Cf. not. art. 39 s. de la Constitution de 1958 pour la loi, art. 211-1 s. CRPA pour l'acte administratif ou art. 454-456 CPC pour le jugement civil.

1655. Tel est par exemple le cas de l'« objet certain ». Cette condition ne renvoie pas seulement aux questions d'existence et de certitude de l'objet, elle renvoie aussi à sa licéité.

1656. Comp. néanmoins l'art. 1129 nouv. c. civ. qui consolide cette confusion. Sur la critique de cet article, cf. *infra* n°s 482 s.

exigence d'un consentement existant est déjà comprise dans l'ancien article 1101 du code civil, dont la numérotation n'a pas changé malgré les nouveaux textes. En outre, la lecture des textes que le code civil consacre plus en détail à cette première condition du consentement révèle que cette dernière concerne moins l'existence que la qualité de ce consentement. En effet, les articles 1109 et suivants (1128 et suivants nouveaux) traitent principalement des différents vices susceptibles d'affecter ce consentement.

460. Une propriété de l'acte juridique ? Cette exigence d'un consentement de qualité peut-elle être perçue comme une propriété de l'acte juridique ? Une réponse positive s'impose compte tenu de ce que nous avons dit plus haut lors de la recherche des conditions de validité communes aux actes juridiques à partir d'une approche théorique [1657].

B. Examen de l'exigence d'une capacité

461. Le rapprochement discutable de la capacité de la volonté. La plupart des manuels contemporains de droit des obligations traitent de la capacité dans des rubriques consacrées aux contractants ou à leurs volontés. Ce faisant, ces auteurs rapprochent les deux premières conditions de validité posées par l'article 1108 du code civil, consentement et capacité, et les distinguent ainsi nettement des deux suivantes, objet et cause. Ainsi, François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette envisagent la capacité dans un chapitre consacré à « L'accord des volontés », tandis que l'objet et la cause sont placés dans un chapitre sur « Le contenu du contrat » [1658]. Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau et Yves-Marie Serinet adoptent une démarche similaire, lorsqu'ils traitent de la capacité dans leur première partie intitulée « Le consentement », alors que l'objet et la cause font l'objet d'une deuxième partie simplement dénommée « L'objet et la cause » [1659]. Enfin, renouant avec la pensée d'Eugène Gaudemet [1660], Alain Bénabent et Muriel Fabre-Magnan, dans leurs ouvrages respectifs, traitent de la capacité dans une rubrique consacrée aux « Conditions relatives aux contractants », alors que l'objet et la cause sont envisagés dans une autre rubrique intitulée « Conditions relatives au contrat lui-même » [1661]. Aucune de ces classifications n'apparaît cependant satisfaisante.

462. Tout d'abord, le rattachement de la capacité à l'accord des volontés repose sur une vision restrictive de la capacité. Cette présentation est, semble-t-il, liée au fait que de nos jours

1657. *Supra* n° 528.
1658. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, p. 1580-1581.
1659. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : Le contrat — Le consentement*, 2013. Rappr. Ch. Larroumet et S. Bros, *Les obligations. Le contrat*, Économica, 2014, p. 1087.
1660. E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, p. 89, où l'auteur distingue les « conditions de fond subjectives » (consentement et capacité) des « conditions de fond objectives » (objet et cause). Cette distinction n'est cependant pas essentielle aux yeux d'E. Gaudemet, puisque les développements relatifs aux conditions de fond du contrat ne sont pas structurés autour d'elle.
1661. A. Bénabent, *Droit des obligations*, 13e éd., Montchrestien, 2012, p. 715-716. Rappr. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations : 1 - Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., PUF, 2012, p. XII-XIV. On retrouve cette dichotomie dans d'autres types de travaux universitaires. Cf. not. C. Filippone, *La contractualisation des droits de la personnalité*, sous la dir. de P. Delebecque, thèse de doct., Université Panthéon-Sorbonne, 2001, n° 325.

de plus en plus d'incapacités paraissent commandées par un souci de protection du consentement, ce qui tend à occulter les autres fonctions que remplissent les incapacités et à rapprocher ainsi celles-ci des règles concernant le consentement. Pourtant l'incapacité sert aussi à sanctionner un individu, c'est ce qu'on appelle parfois les incapacités de défiance par opposition aux incapacités de protection [1662]. Tel était le cas autrefois de la mort civile (art. 25 anc. c. civ.). Elle sert également à assurer la suprématie d'un individu sur un autre ; qu'on songe à l'incapacité d'antan de la femme mariée (art. 215 anc.) ou à l'incapacité de l'esclave en droit romain. L'incapacité peut de plus servir à protéger le cocontractant de la personne frappée d'incapacité ; voyez par exempl aujourd'hui les incapacités spéciales frappant les professionnels de santé qui voudraient accepter les présents offerts par leurs patients (art. 909 al. 1er c. civ.). Cette conception restrictive des incapacités n'est donc pas fondée. Au demeurant, elle n'était nullement partagée par les auteurs du début du XXe siècle qui, à une époque où les incapacités remplissaient de manière évidente des fonctions multiples, ne rapprochaient nullement, dans le plan de leur ouvrage, la capacité et le consentement [1663].

463. Ensuite, le rattachement de la capacité aux conditions de validité relatives aux contractants n'apparaît pas non plus pertinent. Il occulte le fait que les incapacités combinent toujours un élément personnel avec un élément matériel. Ainsi, l'incapacité des mineurs ne vaut que pour certaines matières déterminées [1664]. De même, pour les majeurs sous tutelle, la loi ôte à leurs représentants le pouvoir de faire les « actes dont la nature implique un consentement strictement personnel » [1665]. Il en allait de même, autrefois, pour la femme mariée qui pouvait par exemple tester [1666]. Même la personne condamnée à la mort civile conservait la possibilité de contracter, à l'exception de la donation ou du mariage [1667]. À Rome, enfin, même l'esclave avait le droit de prêter serment lorsque, juste avant son affranchissement, il jurait de respecter certaines obligations, c'était le *iusiurandum liberti* [1668]. Tous ces exemples montrent que l'exigence de capacité ne concerne pas uniquement, contrairement aux apparences, les contractants, elle précise également le contenu des normes que cette personne peut créer. Ceci apparaît d'ailleurs particulièrement nettement dans l'article 1145 alinéa 2 nouveau du code civil qui, étendant

1662. Not. R. Houin, « Les incapacités », *RTD Civ.,* 1947. Pour des exemples développés d'incapacité de défiance, cf. I. Maria, *Les incapacité de jouissance : Étude critique d'une catégorie doctrinale*, sous la dir. de P. Ancel, thèse de doct., 2010, Defrénois et Lextenso Éditions, p. 67 s.
1663. Cf. E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, p. 498-499.
1664. Art. 389-3 et 408 du code civil mentionnant « les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise le mineur à agir lui-même ».
1665. Art. 458 c. civ.
1666. Art. 226 ancien c. civ. : « La femme peut tester sans l'autorisation de son mari ».
1667. Art. 25 ancien c. civ., al. 1er à 7 : « Par la mort civile, le condamné (...) ne peut plus ni recueillir aucune succession, ni transmettre, à ce titre, les biens qu'il a acquis par la suite. / Il ne peut ni disposer de ses biens, en tout ou en partie, soit par donation entre-vifs, soit par testament, ni recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'alimens [*sic*]. / Il ne peut être nommé tuteur, ni concourir aux opérations relatives à la tutelle. / (...) Il ne peut procéder en justice, ni en défendant, ni en demandant, que sous le nom et par le ministère d'un curateur spécial, qui lui est nommé par le tribunal où l'action est portée. / Il est incapable de contracter un mariage qui produise aucun effet civil. ».
1668. Cf. R. Jacob, « *Jus* ou la cuisine romaine de la norme », *Droit et Cultures,* 2004, vol. 2004/2, p. 46.

la notion de capacité aux personnes morales qu'elle ne semblait jusqu'alors guère concerner, indique : « La capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts [...] ».

Ainsi comprise, la capacité ne se distingue que difficilement de la licéité de l'objet puisque, bien souvent, les règles rattachées par la jurisprudence à l'objet combinent elles aussi un élément matériel à un élément personnel, en ne limitant la capacité à agir qu'à l'égard de certaines personnes. Prenons par exemple la disposition du code monétaire et financier indiquant que ne peuvent réaliser à titre habituel des opérations d'investissement que les personnes ayant été habilitées à la suite d'un agrément [1669]. Cette règle peut tout aussi bien être comprise comme une règle relative à l'objet de la convention — analyse d'ailleurs retenue par la Cour de cassation [1670] — que comme une règle instaurant une incapacité spéciale, pour tous ceux qui n'auraient pas reçu d'agrément.

Où l'on voit finalement que la capacité se rattache tant aux conditions tenant aux contractants qu'à celle tenant au contrat lui-même.

464. Le fait que la capacité s'attache notamment aux contractants en fait-elle pour autant une condition de validité propre aux actes juridiques ? Pour qu'il en soit ainsi, il faudrait notamment que la capacité présente un lien étroit avec la volonté. Or, quel que soit le versant de la capacité qu'on observe (versant matériel ou personnel), l'on n'y trouve point de trace de cette volonté. Ainsi, le versant matériel de la capacité paraît indépendant de la volonté. En effet, pour être annulée sur le fondement de la capacité, il suffit que la norme créée par l'acte juridique ne rentre pas dans le champ d'habilitation reconnu à l'auteur de l'acte juridique, peu importe la volonté de ce dernier. Par exemple, les normes coutumières, créées sans réelle volonté, peuvent être annulées si en découlent des normes contraires à d'autres normes supérieures [1671]. Quant au versant personnel de la capacité, le fait qu'il concerne la personne n'implique pas nécessairement qu'il soit en lien avec la volonté. La meilleure preuve peut en être tirée de la coutume où cette exigence de capacité paraît également s'appliquer. Pour le comprendre, prenons l'exemple d'une collectivité d'individus qui aurait adopté une pratique contraire à la loi. Le fait que ces individus ne soient pas le législateur lui-même fait que ceux-ci ne sont pas compétents pour édicter de telles normes *contra legem*. Où l'on voit bien que la qualité de l'auteur de la norme peut aussi jouer un rôle dans les normes coutumières, quand bien même ces normes n'aurait pas à proprement parler d'auteur individualisable. Dès lors la capacité, dans son versant personnel, ne saurait non plus être une propriété de l'acte juridique.

1669. Art. L. 532-1 CMF.
1670. Cass., com., 4 nov. 2008, n° 07-19.805, *Bull.*, IV, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000019739760.
1671. Sur l'abrogation des coutumes, cf. *supra* n° 451.

§ 2. Examen des conditions de formation relatives au contrat lui-même

465. Plan. En suivant l'ordre des textes anciens du code civil, l'on examinera successivement les conditions de formation du contrat concernant l'« objet certain » (**A.**) puis la « cause licite » (**B.**).

A. Examen de l'exigence d'un *objet certain*

466. La « certitude de l'objet », une condition aux multiples facettes. Les conditions de formation rassemblées sous la notion d'« objet certain » sont multiples en droit positif et ne paraissent en outre pas toutes pouvoir se rattacher à l'idée de « certitude » de l'objet présente dans l'ancien article 1108 du code civil. Derrière la certitude de l'objet, se cachent quatre règles qu'a bien su mettre en évidence la doctrine. L'objet, lit-on souvent, doit **1°** exister, **2°** être possible, **3°** être déterminé et **4°** être licite. Ces quatre conditions correspondent aux articles 1126 à 1130 anciens du code civil [1672] sous deux réserves. D'une part, l'exigence d'un objet possible n'est pas mentionnée explicitement dans les règles actuelles sur l'objet, mais elle a semble-t-il été dégagée par la jurisprudence [1673], à partir d'un rapprochement des textes relatifs à la condition [1674] et à l'objet [1675]. La règle se trouve en outre en partie consacrée dans l'article 1163 nouveau [1676]. D'autre part, le code civil, dans sa version actuelle, n'exige pas à proprement parler la licéité de l'objet ; est seulement évoquée, au travers de l'article 1128 du code civil, la licéité de la chose objet de la prestation [1677]. Cette conception restrictive de la licéité de l'objet a néanmoins été dépassée par la jurisprudence, qui n'a pas hésité à parler de licéité de l'objet tant pour la prestation elle-même que pour l'objet sur lequel elle porte, solution qui a été reprise dans l'article 1162 nouveau [1678].

Compte tenu de ces multiples facettes de l'objet, il convient d'examiner chacune d'entre elles séparément afin de rechercher si certaines peuvent constituer des conditions de validité communes à tous les actes juridiques.

1672. Textes qu'on retrouve notamment dans les articles 1162 à 1171 nouveaux, lesquels comprennent également nombre des mécanismes autrefois rattachés à la cause.
1673. Pour une référence à cette condition, cf. Cass., 1re civ., 28 juin 1988, n° 86-17.060, *inédit,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007083202 et Cass., 3e civ., 25 mai 2011, n° 10-10.790, *inédit,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000024087101.
1674. Art. 900 et 1172 c. civ.
1675. Art. 1126 et 1130 c. civ.
1676. « Celle-ci [la prestation] doit être possible ». La consécration n'est que partielle, puisque la possibilité n'est envisagée qu'à propos de la prestation elle-même. Or l'on peut semble-t-il envisager des hypothèses où un contrat prévoirait plusieurs prestations dont aucune ne serait par elle-même impossible et où ne serait impossible que la combinaison de ces prestations.
1677. Il faut néanmoins mentionner l'article 1130 ancien qui, en prohibant les pactes sur succession future, déclare bien illicite l'objet même du contrat et non la chose sur laquelle porte la prestation.
1678. « Le contrat ne peut [pas] déroger à l'ordre public [...] par ses stipulations [...] ».

467. L'existence de l'objet. L'exigence d'un objet existant, posée par l'article 1126 du code civil (article 1163, alinéa 1er nouveau [1679]), signifie que l'objet sur lequel porte la convention doit exister. Tel ne sera par exemple pas le cas d'une vente d'un bien immobilier qui, la veille de la vente a été détruit par cas fortuit à l'insu des parties au contrat. Cette exigence doit être bien distinguée de la présence même d'un objet mentionné dans le contrat, car alors se pose non plus un problème d'existence de l'objet, mais de détermination de celui-ci, ce qui renvoie à la deuxième facette de l'objet.

Cette condition relative à l'existence de l'objet porte sur le contenu même de la norme contractuelle. De ce fait, à l'instar de ce que nous avons dit plus haut [1680] à propos de l'aspect matériel de la capacité, elle ne saurait constituer une propriété de l'acte juridique : le respect par une norme juridique des normes qui lui sont supérieures n'est pas une propriété de l'acte juridique, mais une propriété de la norme juridique en général, qu'on retrouve aussi dans les normes coutumières.

468. La détermination de l'objet. L'exigence d'un objet déterminé — ou « déterminable », d'après le nouvel article 1163, alinéa 2 —, affirmée par l'ancien article 1129 du code civil, a pour fonction première de disqualifier les contrats dont l'objet n'aurait pas la consistance suffisante pour être considéré par l'ordre juridique comme produisant une norme [1681]. Cette exigence ne se rattache donc pas tant à la validité du contrat qu'à sa qualification même, à son existence [1682]. En effet, un contrat ayant un objet indéterminé serait équivalent à un contrat ne produisant pas de norme, de sorte que manquerait là l'un des éléments constitutifs du contrat, au sens de l'article 1101 du code civil [1683].

Cette affirmation doit néanmoins être nuancée car l'exigence d'un objet déterminé joue un rôle ambigu. En effet, l'analyse des arrêts se fondant sur l'article 1129 du code civil laisse apparaître que le caractère indéterminé de l'objet ne conduit pas toujours à refuser tout effet juridique à un contrat. Parfois, l'objectif recherché par les juridictions est de lutter contre l'arbitraire d'une des parties qui, grâce à l'indétermination de l'objet, pourrait modeler unilatéralement les contours du contrat [1684]. Dans ce cas, qui semble rentrer dans ce que la doctrine et l'actuel code civil [1685] appellent l'objet déterminable, l'objet paraît bien jouer le rôle d'une

1679. « L'obligation a pour objet une prestation présente ou future ». L'exigence n'est cependant pas formulée de manière très explicite, ce que l'on pourrait regretter.
1680. *Supra* n° 464.
1681. Rappr. de l'offre qui, pour exister, doit être précise. Pour une application, cf. Versailles, 2 nov. 1995, n° 12018/93, Disponible sur Lexbase, p. 7, qui rejette la qualification de promesse de contrat en raison de l'absence de précision d'un contrat de *sponsoring*.
1682. Rappr. L. Mayer, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, sous la dir. de L. Cadiet, thèse de doct., 2009, IRJS, n° 480, p. 517, qui y voit un cas d'inexistence de l'acte juridique « faute de manifestation d'une volonté de *créer un effet juridique* ».
1683. Sur les éléments constitutifs du contrat, cf. *supra* n° 60.
1684. Rappr. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : L'objet et la cause — Les nullités*, 2013, p. 76 et 93 qui, évoquant la détermination de la chose, traite dans un §1 de « [l]a nécessité structurelle d'un objet déterminé », puis dans un §2, du « contrôle de la détermination arbitraire de l'objet ».
1685. Art. 1163, al. 2 : « [c]elle-ci [la prestation] doit être [...] déterminée ou déterminable ».

règle de validité. Est-ce alors pour autant une condition susceptible de constituer une propriété de l'acte juridique ? Cela est douteux car, à nouveau, cette condition porte sur le champ d'habilitation, de sorte que, comme nous l'avons indiqué plus haut à propos de la capacité [1686], elle relève moins des propriétés de l'acte juridique que des normes contractuelles elles-mêmes.

469. La licéité et la possibilité de l'objet. Les règles sur la licéité et la possibilité de l'objet encadrent elles aussi le champ d'habilitation dont disposent les parties au contrat. Dès lors, il n'est pas non plus possible d'y voir des propriétés de l'acte juridique.

Finalement, l'étude de l'objet du contrat ne permet de mettre à jour aucun élément susceptible de constituer une propriété de l'acte juridique. Qu'en est-il à présent pour l'exigence d'une « cause licite » ?

B. Examen de l'exigence d'une « cause licite »

470. La « cause licite », une condition aux multiples facettes. Comme pour l'objet, l'exigence d'une cause, mentionnée par l'ancien article 1108 du code civil — mais qui disparaît de l'article 1128 nouveau —, renvoie à plusieurs conditions de formation du contrat. Tout d'abord, pour reprendre la terminologie retenue par la Cour de cassation depuis 1989 [1687], la cause de l'obligation, aussi appelée cause immédiate, cause objective, cause contrepartie, cause efficiente. Cette cause de l'obligation permet de vérifier que l'obligation de chacune des parties présente une justification objective : l'existence d'une « contreprestation » contractuelle, voire d'une « contreprestation » extérieure au contrat, comme c'est le cas pour les ensembles contractuels, lorsque la cause d'une obligation se situe dans un autre contrat de cet ensemble. Cette condition de validité, prévue par l'ancien article 1131 ancien du code civil [1688], et qu'on retrouve dans les articles 1169 [1689] et 1170 [1690] nouveaux du même code, ne s'applique, dit la doctrine, qu'aux contrats à titre onéreux, ce qu'indique explicitement l'article 1170 nouveau précité. Pour les contrats à titre gratuit, la cause objective — qui résulte alors de l'intention libérale du gratifiant — joue un rôle de qualification : c'est parce qu'il y a une intention libérale que le contrat sera à titre gratuit [1691].

Ensuite, existe la cause du contrat, aussi appelée cause médiate, cause subjective, cause motif déterminant, cause finale. Cette cause du contrat permet de contrôler la conformité des fins poursuivies par les parties au contrat avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique [1692].

1686. *Supra* n° 464.
1687. Cass., 1re civ., 12 juil. 1989, n° 88-11.443, *Bull.*, I, n° 293, p. 194, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007023312.
1688. « L'obligation sans cause [...] ne peut avoir aucun effet ».
1689. « 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. »
1690. « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. »
1691. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 349.
1692. Hier l'ordre public et les bonnes mœurs (anc. art. 1131 c. civ.), aujourd'hui le seul ordre public (art. 1102 al. 2 et 1162 al. 1er nouv.). Comp. la version contenue dans le projet d'ordonnance qui, dans le seul article 1102, ajoutait à l'ordre public les « droits et libertés fondamentaux ».

Cette exigence figure à l'ancien article 1131 du code civil (article 1162 nouveau) énonçant notamment que l'obligation reposant sur une cause illicite « ne peut avoir aucun effet ».

Compte tenu de cette dualité d'aspect, il convient d'examiner chacun d'entre eux séparément, afin de rechercher s'ils pourraient constituer une propriété du concept d'acte juridique.

471. La cause de l'obligation. Dans la doctrine contemporaine, l'exigence d'une cause de l'obligation est souvent présentée comme une condition de validité du contrat. Une telle analyse est discutable au regard de l'analyse des normes contractuelles effectuées plus haut. En effet, si la cause de l'obligation désigne la contrepartie attendue par celui qui s'engage, alors dire que les obligations de chacune des parties au contrat ont une cause signifie qu'elles sont subordonnées l'une à l'autre. Or, l'on retrouve ici l'un des éléments de la définition du contrat exposée plus haut, à savoir l'exigence que chacune des normes produites par le contrat soit conditionnée à un élément constituant le modèle de conduite d'une autre norme contractuelle. Il apparaît donc que la cause de l'obligation ne saurait être appréhendée comme une règle de validité des actes juridiques contractuels. Elle n'est qu'une condition de qualification, ce qu'avait semble-t-il naguère aperçu Jean Hauser [1693].

Une telle analyse de la cause objective pourrait heurter quelque peu la tradition. Pourtant, elle a le mérite de redonner à la cause de l'obligation une cohérence qu'elle n'avait pas jusqu'alors. En effet, dans la conception traditionnelle, celle-ci était perçue tantôt comme une condition de validité (contrats à titre onéreux), tantôt comme une condition de qualification (contrats à titre gratuit) [1694]. Or, dans la conception ici proposée, la cause de l'obligation est

Il n'est pas sûr cependant que cette solution empêche le juge de se fonder sur les bonnes mœurs. D'une part, en effet, malgré l'article 6 qui distingue les bonnes mœurs de l'ordre public, elles pourraient être intellectuellement intégrées à l'ordre public, au même titre que les droits et libertés fondamentaux qui, au vu des travaux préparatoires de l'ordonnance, semblent désormais l'avoir intégré. En effet, il est permis de se demander si la distinction de l'ordre public et des bonnes mœurs n'est pas la trace d'une opposition, aujourd'hui dépassée en doctrine, entre le droit et la morale. De plus, on ne peut s'empêcher de remarquer la proximité des notions d'ordre public et d'ordre juridique. Ne se pourrait-il pas d'ailleurs que le concept d'ordre public, né à Rome, soit un ancêtre du concept d'ordre juridique, de sorte que l'on pourrait finalement dire que la conformité à l'ordre public est la conformité à l'ordre juridique et notamment aux valeurs (morales) défendues par les membres de cet ordre juridique ? D'autre part, l'on peut penser que le juge pourrait se fonder sur l'article 6 du code civil, en tant que texte de droit commun, pour sanctionner un contrat contraire aux bonnes mœurs. Certes, l'article 1102 al. 2 est un texte de droit spécial ; mais, en l'absence de dérogation expresse à l'article 6, l'on peut se demander si les plaideurs ne demeureraient pas libres de choisir entre l'article 6 et l'article 1102 nouveau (rappr. N. Balat, *Essai sur le droit commun*, sous la dir. de M. Grimaldi, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2014, n° 795 s.).

1693. J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, sous la dir. de P. Raynaud, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ. Celui-ci proposait en effet de retenir comme critère de l'acte juridique la cause. Certes, la proposition diffère des critères que nous avons retenus ; cependant, dans la mesure où cet auteur cantonne son analyse au droit privé et principalement aux contrats, il n'est guère surprenant qu'il aboutisse au critère de la cause.

1694. À la réflexion, toutefois, il n'est pas certain que même en restant dans l'analyse traditionnelle du contrat, il soit possible de distinguer le rôle de la cause selon qu'il s'agit d'un contrat à titre onéreux ou à titre gratuit. En effet, dire que le bénéficiaire de l'acte à titre gratuit ne s'engage à rien est quelque peu excessif. Comme nous l'avons montré plus haut à propos de la donation, ce bénéficiaire s'engage véritablement à recevoir le bien. Dès lors, il est possible de considérer que chaque obligation est causée : l'un s'oblige à donner à condition que l'autre reçoive et l'autre s'engage à recevoir à condition que l'un donne.

toujours une condition de qualification des normes contractuelles, que ces normes soient à titre onéreux ou gratuit.

Quoi qu'il en soit, la cause de l'obligation étant un élément de qualification de celui-ci, elle ne peut pas être également une condition de validité du contrat car, pour qu'une norme contractuelle soit valide, il faut d'abord qu'elle existe. De ce fait, pas plus qu'elle n'est une condition de validité du contrat, la cause de l'obligation ne peut être une condition de validité commune à tous les actes juridiques.

472. La cause du contrat. L'exigence de cause du contrat est bien une condition de validité de celui-ci et non une condition d'existence, de qualification. La question de la licéité ne se pose que pour un contrat existant. Cette condition de validité est-elle pour autant une propriété de l'acte juridique ? Autrement dit, une condition en rapport avec l'ensemble des éléments constitutifs de l'acte juridique et en particulier avec la volonté [1695] ?

La lecture de plusieurs sources suggérant que la cause du contrat se rapporterait non aux contractants, et donc à leur volonté, mais au contrat lui-même, pourrait inviter à répondre par la négative à cette question. Ainsi la doctrine classe très fréquemment les règles sur la cause dans une rubrique consacrée au « contenu du contrat » ou aux conditions relatives au contrat [1696]. De même, les nouveaux textes du code civil entretiennent cette idée puisque le nouvel article 1162 du code civil, qui reprend cet aspect de la cause, est placé dans une sous-section intitulée « Le contenu du contrat » [1697]. Enfin, ce rapprochement pourrait être justifié par la confusion existant parfois en jurisprudence ou en doctrine, en particulier pour la relation médicale [1698], entre les notions de cause et d'objet, ce qui montre la proximité de ces termes. L'on pourrait d'ailleurs ajouter que le choix de la jurisprudence de désigner cet aspect de la

1695. Le lien entre la cause et les autres éléments constitutifs de l'acte juridique ne pose guère de difficultés. En effet, le contrôle de la licéité du motif vise à apprécier la conformité à l'*ordre juridique* de *normes* créées par un *acte* donné.

1696. Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 12e éd., LexisNexis, 2012, n° 241 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013 ou A. Bénabent, *Droit des obligations*, 14e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2014, plaçant la cause dans une rubrique intitulée « Le contenu du contrat » ou M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations : 2 - Responsabilité civile et quasi-contrats*, 3e éd., PUF, 2013, la plaçant dans la rubrique « Les conditions relatives au contrat ». Rappr. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 5e éd., Defrénois, 2011, n° 456 et J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : Le contrat — Le consentement*, 2013, n° 661, qui regroupent ensemble l'objet et la cause, en les séparant de l'exigence d'un accord des volontés pour les premiers auteurs et du consentement pour les seconds. Comp. Ch. Larroumet, *Les obligations. Le contrat. 1re partie : conditions de formation*, Économica, 2007, n° 230 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, 15e éd., Dalloz, 2012, n° 120 et P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, Bruylant, 2010, nos 130 s. qui se contentent de lister les différentes conditions de formation du contrat sans recourir à la distinction des conditions relatives aux contractants ou à celle relatives au contrat lui-même.

1697. Sur cette rubrique, cf. M. Fabre-Magnan, « Critique de la notion de contenu du contrat », *RDC,* 2015, p. 639-646.

1698. L'illicéité de la cause et de l'objet ne sont pas toujours très bien distinguées lorsque ces notions sont appliquées en jurisprudence : les tribunaux se contentent parfois de relever l'illicéité de l'acte, sans préciser si c'est un problème d'objet ou de cause cf. TGI Bobigny, 15 déc. 1976, *D.*, 1977, 2, p. 245. Faisant un même constat, cf. M.-A. Hermitte, « Le corps hors du commerce, hors du marché », *APD,* 1988, p. 326 ; rappr. G. Mémeteau, « De la nullité du contrat médical ? » *in Mélanges en l'honneur de Michel Bélanger. Modernité du droit de la santé*, LEH Édition, 2015.

cause par l'expression de « cause du contrat », plutôt par exemple que celle de cause objective, contribue également à entretenir l'idée que la cause se rattacherait au contrat lui-même plutôt qu'aux parties.

À la réflexion, cependant, cette approche de la cause n'est pas exacte et procède sans doute du rattachement à la cause de règles fort différentes [1699], rendant difficile un classement unifié des règles regroupées sous ce concept. Or, la cause du contrat renvoie au but poursuivi par les parties au contrat ou, mieux encore, au motif les animant [1700] ; elle n'a rien à voir avec le contenu du contrat entendu comme les normes que celui-ci contient [1701]. À cet égard, il est regrettable que les réformateurs récents du code civil, qui ont pourtant tenté de scinder ces différents aspects de la cause, n'aient pas tiré toutes les conséquences de leurs actions en extrayant la « cause du contrat » — maladroitement appelée but au lieu de motif [1702] — de la catégorie des conditions de validité relative au contractant. Parce que cette cause du contrat concerne les motifs, elle se rapporte à la volonté. En effet, le motif est le moteur de la volonté. Compte tenu de ce lien entre la volonté et la cause du contrat, il semble bien que cette dernière, entendue plus précisément comme les motifs poursuivis par les parties aux contrat, puisse être une propriété du concept d'acte juridique.

473. Bilan de la Section 1. La recherche des conditions de validité communes aux actes juridiques à partir des différentes conditions de validité du droit des contrats a permis de mettre à jour deux conditions : une première condition relative à la manière dont cette volonté s'est

1699. Où l'on retrouve l'idée de la cause comme concept « fourre-tout » ou « *container concept* » pour reprendre les mots d'Alex Geert Castermans, cité dans C. Cousin et al., « Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *D.,* 2015, note 3.

1700. Sur l'avantage du terme de motif par rapport à celui de but, cf. *infra* note n° 1702.

1701. Rappr. J. Ghestin, « Observations générales », *LPA,* 4 sept. 2015, n° 177 ; M. Fabre-Magnan, « Critique de la notion de contenu du contrat », *RDC,* 2015, p. 642. Pour cette dernière, « [l]a seconde notion visée par le texte [l'art. 1162 nouv. c. civ.], celle de "but", n'est donc, par définition même, pas incluse dans celle de "contenu" ». Cette approche critiquable n'est pas propre aux privatistes, certains publicistes tendent aussi à analyser les buts comme un élément du contenu de l'acte ; cf. S. Théron, *La notion de condition : Contribution à l'étude de l'acte administratif*, sous la dir. de J.-A. Mazères, thèse de doct., Université de Toulouse 1, 2001, L'Harmattan, p. 235.

1702. Rappr. *Travaux de la Commission de réforme du code civil. 1945-1946*, Sirey, 1947, p. 189, où Roger Latournerie indique que le mot de but, utilisé par les membres de la Commission en remplacement de celui de cause, n'était pas adéquat car le but est tourné vers l'avenir alors qu'ici ce que l'on entend désigner a précédé l'acte juridique, ce que rend mieux le terme de motif. Ces critiques seront entendues par les membres de la Commission ; cf. *ibid.*, p. 197, art. 22. Il est intéressant d'ailleurs de remarquer qu'à l'époque cette proposition de supprimer la cause n'avait guère soulevé de contestations des civilistes présents dans la Commission, sans doute car l'« invention de la tradition » de la cause n'avait pas encore eu lieu... Sur le mécanisme d'invention de la tradition, cf. *L'invention de la tradition*, sous la dir. de E. Hobsbawm et T. Ranger, trad. par C. Vivier, Éditions Amsterdam, 1996, spé. p. 11, où E. Hobsbawm écrit : « des "traditions" qui semblent anciennes ou se proclament comme telles ont souvent une origine très récente et sont parfois inventées ». On lira à profit la quatrième de couverture de cet ouvrage : « Les différentes études réunies dans ce recueil décrivent comment les États-nations modernes en gestation, mais aussi les mouvements anti-systémiques qui se développèrent en leur sein et les sociétés dites "traditionnelles", ont délibérément cherché, souvent avec succès, à réinterpréter radicalement ou à inventer, parfois de toutes pièces, des traditions et des "contre-traditions" pour se légitimer, s'inscrire dans la longue durée, assurer la cohésion de la communauté ou encore garantir le contrôle des métropoles impériales sur les sujets coloniaux ».

formée et a été exprimée — *i. e.* l'exigence d'une volonté de qualité — et une seconde relative au moteur de cette volonté — *i. e.* l'exigence d'un motif licite. Ces conditions de validité ayant été identifiées, il reste à présent à tenter de les préciser davantage en recherchant les éléments permettant de mettre en œuvre ces deux conditions de validité.

Section II Recherche des éléments nécessaires à la mise en œuvre de ces conditions de validité

474. Un approfondissement impossible ? Les deux conditions de validité des actes juridiques identifiées ne satisfont pas pleinement l'esprit. Les efforts déployés jusqu'à présent pour cerner le concept d'acte juridique paraitraient bien vains s'ils ne devaient se traduire que par ce mince résultat, qui plus est évident pour un civiliste. La formulation de ces conditions doit être précisée, mais jusqu'où la quête de précision peut-elle être menée ? Assurément, il serait vain de chercher à énoncer des règles communes à tous les actes juridiques relativement à la procédure de l'action en nullité (délai pour agir ? intérêt à agir [1703] ?) ou des règles sur la conséquence de cette nullité (caractère rétroactif ? répétition de l'indû ?). Prenons par exemple la question du délai pour agir en nullité. Il y a actuellement une telle diversité en droit positif [1704] — alors même que la matière des prescriptions a été récemment réformée [1705] —, qu'il paraît vain d'espérer trouver des règles communes. D'autant que cette question paraît relever de la politique juridique, de sorte qu'il ne serait guère envisageable de trouver, grâce à la théorie du droit, un délai déterminé commun à tous les ordres juridiques.

Pour autant, il ne paraît pas impossible de préciser les deux conditions de validité identifiées, en particulier en recherchant précisément quels éléments doivent être réunis pour que ces conditions se trouvent remplies. La possibilité d'un tel projet était partagée par certains membres de la Commission de réforme du code civil qui pensaient qu'il leur serait possible d'identifier le « squelette de la théorie de l'acte juridique » [1706], ce qui les avait ainsi conduits à préciser dans plusieurs textes les conditions de validité relatives à la qualité du consentement et à la licéité du motif [1707]. Voilà pourquoi il est permis de penser qu'il est possible d'approfondir les deux conditions de validité identifiées plus haut.

1703. Comp. toutefois *infra* note n° 534.
1704. Cinq ans pour la nullité d'un contrat (art. 2224 et, hier, 1304 anc. c. civ.), trois ans en principe pour la nullité d'une société et ses délibérations (art. L. 235-9 c. com.), deux mois pour la légalité d'un acte administratif (art. R. 421-1 CJA), etc.
1705. *Loi portant réforme de la prescription en matière civile* 17 juin 2008, n° 2008-561, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019013696.
1706. L'expression est employée par Marcel Oudinot (*Travaux de la Commission de réforme du code civil. 1945-1946*, Sirey, 1947, not. p. 142 et 148), puis reprise par Roger Latournerie (*idem*).
1707. Cf. les art. 8 à 23 de l'*Avant-projet de rédaction de la Section du Livre préliminaire relative aux conditions de fond des actes juridiques in ibid.*, p. 194-197.

475. Méthodologie. Pour approfondir ces deux conditions de validité il sera recourru à la méthode déjà utilisée précédemment et consistant à partir d'une matière donnée, le droit des contrats, pour rechercher comment les conditions de validité relatives à la qualité du consentement et à la cause y sont présentées. Cependant, l'on ne suivra pas toujours la présentation de cette matière retenue par les acteurs de l'ordre juridique ou de la science juridique. En effet, certains des points d'ores et déjà mis à jour dans ce travail imposent de se détacher de cette présentation traditionnelle. Tel est le cas en particulier du lien qu'entretiennent la qualité du consentement et la licéité des motifs. En effet, ces deux conditions se rattachent toutes deux à l'auteur de l'acte, ce qui invite à penser que, par delà leurs divergences, ces conditions de validité pourraient partager un ou plusieurs éléments communs. Ce n'est qu'une fois ce ou ces caractéristique(s) commune(s) identifiée(s) (**§ 1.**), que l'on pourra se mettre en quête des caractéristiques propres à chacune de ces deux conditions de validité (**§ 2.**).

§ 1. L'élément commun à ces conditions de validité

476. Plan. La lecture des différents textes que le code civil consacre à la qualité du consentement et aux motifs du contrat ne permet pas de faire apparaître des caractéristiques communes à ces conditions de validité. Cependant, la consultation des différents ouvrages traitant de cette question, ainsi que de la jurisprudence et des réformes projetées par la doctrine ou le gouvernement laisse apparaître un point commun : il s'agit du caractère déterminant du vice du consentement ou du motif illicite. En effet, dans la mesure où les conditions de validité relatives au consentement ou aux motifs sont d'ordre psychologique, leur mise en œuvre implique que soit rapportée la preuve que la mauvaise qualité du consentement ou l'illicéité du motif aient été déterminantes de la norme produite, autrement dit que sans elles la norme n'aurait pas été produite.

Pendant un temps, il existait semble-t-il une deuxième caractéristique commune aux exigences d'un consentement de qualité et d'une cause licite : à savoir le caractère commun de l'élément vicié ou du motif illicite. Cette condition a néanmoins été abandonnée pour la cause du contrat en 1998 [1708], car elle n'était satisfaisante ni pour l'intérêt général — qui aurait dû l'emporter sur l'intérêt du cocontractant ignorant l'illicéité du motif — ni pour les intérêts particuliers — puisqu'elle empêchait la personne ayant ignoré l'illicéité du contrat d'agir en nullité [1709]. Certes, quand l'action en nullité provenait de la partie au contrat ayant poursuivi

1708. Cass., 1re civ., 7 oct. 1998, n° 96-14.359, *Bull.*, I, n° 285, p. 198, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007038714. La solution antérieure reposait semble-t-il sur un rapprochement indu des règles relatives à la validité et de celles relatives à la responsabilité (C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, sous la dir. de J. Ghestin, thèse de doct., Université Paris I, 1992, LGDJ, nos 413 s.). La solution issue de la jurisprudence de 1998 se trouve désormais consacrée dans l'article 1162 nouveau : « Le contrat ne peut [pas] déroger à l'ordre public [...] par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ».

1709. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 367.

un but illicite, les prévisions de son cocontractant se trouvaient déjouées, mais ce dernier n'en disposait pas moins d'une action en responsabilité contre le premier [1710].

Le lien qu'entretiennent entre elles ces deux conditions de validité se traduit donc par un seul point commun : le caractère déterminant. Vérifions brièvement la présence de ce caractère d'abord dans la cause — primauté à la protection de l'intérêt général — (**A.**), puis dans les vices du consentement (**B.**).

A. Le caractère déterminant dans la cause illicite

477. L'exigence d'une cause déterminante n'est pas mentionnée dans les anciens textes du code civil relatif à la cause, ni dans les nouveaux évoquant le but licite du contrat. Elle a cependant été dégagée par la jurisprudence afin de disposer d'un outil lui permettant de rejeter des actions en nullité lorsqu'elle estime que le motif invoqué, bien qu'illicite, a été sans influence sur les normes créées [1711]. Souvent, l'adjectif « déterminant », que l'on trouve dans les arrêts, est précédé de l'adjectif impulsif. Il nous semble cependant que cette accumulation d'adjectifs est inutile. Cette opinion paraît implicitement partagée par les auteurs qui, tout en faisant usage de ces deux adjectifs, traitent de ce point sous une rubrique dont le titre ne comporte que l'adjectif *déterminant* [1712].

478. Cette exigence du caractère déterminant de la cause a été ces dernières années fréquemment critiquée en doctrine, au point que son rejet semble devenir une opinion doctrinale majoritaire [1713]. L'on pourrait même arguer qu'elle n'existe plus en droit positif, puisque ce caractère déterminant ne figure plus expressément dans les textes nouveaux [1714]. Cette critique du caractère déterminant de la cause (ou du but dans les nouveaux textes) part du constat que lorsque le juge découvre un motif illicite, il a toujours tendance à le considérer comme déterminant. Les auteurs en concluent que « lorsque parmi les multiples motifs qui animent un contractant, un juge découvre un motif illicite ou immoral, il a tendance à le qualifier de déterminant alors même qu'il n'a pas été plus décisif que les autres » [1715]. Malgré son ancien-

1710. Rappr. C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, sous la dir. de J. Ghestin, thèse de doct., Université Paris I, 1992, LGDJ, n° 426.

1711. Not. Cass., 1re civ., 12 juil. 1989, n° 88-11.443, *Bull.*, I, n° 293, p. 194, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007023312, mentionnant une « cause impulsive et déterminante ».

1712. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : L'objet et la cause — Les nullités*, 2013, n° 1011 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, 15e éd., Dalloz, 2012, n° 268 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 5e éd., Defrénois, 2011, n° 626 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 367.

1713. Seuls, parmi les auteurs français de manuels de droit des obligations, A. Bénabent et M. Fabre-Magnan ne reprennent pas cette critique.

1714. Cf. art. 1162 nouv. c. civ. : « Le contrat ne peut [...] déroger à l'ordre public [...] par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ». Toute idée d'un but déterminant a disparu.

1715. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 366. Dans le même sens J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, 15e éd., Dalloz, 2012, n° 268 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : L'objet et la cause — Les nullités*, 2013, n° 1011.

neté [1716], cette critique n'a jamais été entendue par la jurisprudence qui continue de se référer au caractère déterminant du vice, sans même hésiter parfois à rejeter une action en nullité fondée sur l'illicéité de la cause, au motif que l'élément illicite n'aurait pas été déterminant du consentement [1717]. Sans doute, lorsque le juge parvient à identifier un motif illicite, c'est souvent parce que ce motif, au regard de son importance, était décelable aux yeux du juge. Pour autant, on ne peut pas exclure l'hypothèse dans laquelle le juge pratiquerait un contrôle si fin qu'il parviendrait à identifier des motifs secondaires illicites. Certes, l'hypothèse paraît rare, ce qui explique qu'on en trouve peu d'exemples en jurisprudence, mais elle n'en est pas moins envisageable. Certes, encore, il peut arriver que le juge valorise l'importance de cet élément dans les motivations de l'acteur, ce qui peut conduire à faire d'un motif secondaire un motif déterminant. Pour autant, même cette valorisation n'est semble-t-il pas systématique, et elle ne devrait exister que pour les fins fondamentales de l'ordre juridique. En conséquence, l'exigence d'un caractère déterminant nous paraît bien demeurer. S'en débarrasser au motif qu'elle n'est que rarement écartée n'est satisfaisant ni pratiquement — dans les cas où elle est effectivement écartée —, ni théoriquement — car elle permet de garder en tête la nature commune de la cause du contrat et de l'erreur qui se rapportent toutes deux à la volonté des parties au contrat.

B. Le caractère déterminant dans les vices du consentement

479. Si l'exigence d'un vice du consentement déterminant n'est pas expressément mentionnée dans le code civil, elle transparaît néanmoins de l'article 1109 ancien du code civil. Ce texte énonce en effet (nous mettons en gras) : « 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 ». Par les adverbes « ne . . . que », le code civil semble suggérer une telle condition.

Surtout, ce caractère déterminant est régulièrement mentionnée par la jurisprudence à propos de l'erreur [1718] ou du dol [1719]. Pour la violence, la reconnaissance de cette exigence est plus rare [1720]. Pour autant, il ne faut pas y voir une hésitation de la jurisprudence à y reconnaître ce caractère. Cette discrétion résulte de la très grande prégnance de ce caractère déterminant, mais sous une autre forme, si bien que les juges ne ressentent pas le besoin de le reconnaître

1716. La critique se trouve initialement semble-t-il dans G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., LGDJ, 1949, n° 35, reproduite ensuite dans le traité de G. Ripert et J. Boulanger. Cette critique a ensuite été reprise dans la plupart des manuels contemporains et dans quelques articles (not. M. Défossez, « Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause des obligations », *RTD Civ.,* 1985) ou thèses (not. A.-S. Lucas-Puget, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, sous la dir. de M. Fabre-Magnan, thèse de doct., 2005, LGDJ, n° 468). Elle est aujourd'hui battue en brèche notamment par Ph. Simler, « Fasc. 30 : Contrats et obligations – Cause – Illicéité ou immoralité de la cause » *in JCl Civil code*, 2010, n° 26, alors même que le manuel de droit des obligations publié par cet auteur avec deux de ses collègues défend l'opinion inverse !

1717. Cf. les arrêts cités dans *ibid.*, n° 26.

1718. Cass., com., 1er oct. 2002, n° 00-13.189, *Bull.,* IV, n° 131, p. 149, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007046037.

1719. Cass., com., 7 fév. 2012, n° 11-10.487, *Bull.,* IV, n° 24, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000025353237.

1720. Cass., 3e civ., 7 fév. 1984, n° 82-14.163, *Bull.,* III, n° 27, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007012903.

explicitement. En effet, lorsque l'article 1112 indique que la violence n'est admise que lorsque les éléments ayant causé l'erreur d'expression sont de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'ils peuvent lui inspirer la crainte d'exposer la personne ou la fortune de ses proches ou la sienne à un mal considérable et présent, cet article ne fait rien d'autre qu'exprimer le caractère déterminant de cette erreur. En effet, si la menace n'est pas imminente, alors cela signifie que ce n'est pas elle qui est à l'origine d'un décalage entre la volonté interne de l'individu et sa volonté déclarée, autrement dit, cela signifie que la violence n'a pas déterminé le consentement.

Enfin, ce caractère déterminant est explicitement mentionné dans l'article 1130 nouveau du code civil qui reprend sur ce point les avant-projets de réforme dirigés respectivement par Pierre Catala et François Terré [1721].

§ 2. Les éléments propres à ces conditions de validité

480. Plan. Étudier les éléments propres aux conditions de validité rattachées au concept d'acte juridique est relativement simple pour la condition tenant au motif. Ne pourra donner lieu à une action en nullité que le motif (déterminant) illicite, c'est-à-dire poursuivant une fin prohibée par des normes juridiques supérieures.

Les choses sont en revanche plus complexes pour les vices du consentement compte tenu à la fois de la pluralité de ces vices dans les discours des acteurs de l'ordre et de la science juridiques, et de la variation de ce derniers discours, tous les auteurs ne s'entendant pas, par exemple, sur le nombre et le contenu des conditions propres à ces vices. Voilà pourquoi les présents développements se concentreront uniquement sur la condition de validité relative au consentement. Pour tenter de parvenir à une présentation simple et cohérente des caractéristiques que doit revêtir le consentement dans un acte juridique, il paraît de bon aloi de commencer par retravailler l'architecture des règles actuelles sur le consentement (**A.**). Ce n'est qu'une fois ce travail fait qu'il sera possible d'examiner les éléments particuliers à la condition de validité relative à la qualité du consentement (**B.**).

A. Pour une architecture renouvelée des règles relatives au consentement

481. Plan. La conception renouvelée de l'acte juridique et du contrat proposée plus haut éclaire d'un jour nouveau la distinction doctrinale — qu'on trouve dans la plupart des manuels — entre les règles concernant l'*absence de consentement* et celles concernant le *vice du consentement*. Cette conception renouvelée fait apparaître, cela sera montré, que les règles placées dans la catégorie « absence de consentement » soit devraient être rattachée aux vices du consentement, soit devraient être rattachées aux éléments constitutifs du contrat et non à ses conditions de validité. Dès lors, la conception renouvelée du contrat conduit à ôter toute

1721. Art. 1111-1 pour le premier et art. 36 pour le second.

pertinence à cette distinction doctrinale des règles relatives au consentement (**1.**). Pour autant, il semble bien qu'il existe une différence de nature entre d'un côté les éléments classiquement rattachés à l'absence de consentement et ceux rattachés aux vices du consentement. Seulement, la différence n'est pas là où on le pense classiquement. Cette différence paraît davantage se situer dans la nature du vice affectant la volonté (**2.**).

1. Critique de la distinction traditionnelle des règles relatives au consentement

482. Rappel de la présentation traditionnelle. L'exposé traditionnel des règles afférentes au consentement pour contracter est bien connu de tous, de sorte qu'il n'est guère nécessaire de le rappeler longuement. Aujourd'hui, il existe deux types de règles afférentes au consentement. Les unes concernent l'existence même du consentement, les autres la qualité de ce consentement, laquelle implique l'absence de tout vice du consentement.

Les règles relatives à l'existence du consentement sont au nombre de deux. La première résulte de l'exigence que l'auteur de l'acte ne soit pas atteint d'un trouble mental [1722]. Pour un grand nombre d'auteurs, la présence d'un tel trouble révèle une absence de consentement. La seconde résulte de l'exigence que les volontés des parties au contrat portent bien sur la même chose. À défaut, en présence de ce que la jurisprudence appelle parfois, dans la lignée de la doctrine, une erreur-obstacle, le consentement est généralement considéré comme absent.

Quant aux règles relatives à l'absence de vice du consentement, elles imposent qu'aucune des volontés à la source du contrat ne soit viciée par une erreur, un dol ou une violence [1723].

Le rattachement de l'insanité d'esprit et de l'erreur-obstacle à la catégorie de l'absence de consentement, et non à celle des vices du consentement, trouve un soutien fort tant en doctrine

1722. Art. 414-1 c. civ. La règle est prévue pour les actes juridiques en général et s'étend donc aux actes juridiques formant le contrat. Antérieurement à ce texte, la jurisprudence déduisait cette règle de l'article 1108 du code civil. L'article 1129 nouv. opère désormais un renvoi à l'art. 414-1.
1723. Art. 1130 à 1144 c. civ.

qu'en jurisprudence [1724] et cette approche vient d'être inscrite dans le code civil [1725].

483. Critique de cette analyse - Plan. Cette analyse est cependant critiquable, en particulier parce qu'elle est la conséquence de la conception traditionnelle de l'acte juridique que nous avons plus haut dénoncée. Pour mémoire, l'étude des principaux défauts de la conception traditionnelle de l'acte juridique a permis de mettre à jour deux insuffisances importantes de cette conception. D'abord, la trop grande importance accordée à la volonté de l'auteur de créer des normes. Ensuite, la confusion de l'acte juridique avec les normes qu'il produit, ce qui nous a conduit à proposer de ne plus voir dans le contrat un unique acte juridique, mais les effets d'au moins deux actes juridiques. Or, l'application de cette grille de lecture aux deux séries de règles comprises dans la catégorie de l'absence de consentement aboutit à douter de la pertinence de cette catégorie. Ainsi, l'intégration de l'insanité d'esprit dans la catégorie de l'absence de consentement paraît résulter de la trop grande importance donnée à l'intention juridique dans la définition de l'acte juridique (**a.**). Quant à l'erreur-obstacle, son analyse comme un cas d'absence de consentement semble résulter de la confusion entre l'acte et les normes qu'il crée (**b.**).

a. Le cas de l'insanité d'esprit

484. Distinction entre qualité et absence du consentement. Le rattachement de l'insanité d'esprit à la catégorie de l'absence de consentement peut, dans le contexte actuel, surprendre quelque peu. À une période où la science médicale, dont les conclusions pénètrent progressivement dans le droit [1726], établit qu'il est indispensable, pour la guérison du malade,

1724. Pour l'erreur-obstacle, cf. TGI Paris, 26 juin 1979, parlant d'une « absence totale de consentement » ; Cass., 3e civ., 1er fév. 1995, n° 92-16.729, *Bull.*, III, n° 36, p. 23, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007033200, soulignant que les volontés ne se sont pas rencontrées sur le même objet ou encore, Poitiers, 17 déc. 2008, refusant la qualification d'erreur-obstacle « dans la mesure où elle ne remet pas en cause l'existence même du consentement ». Cette analyse s'inscrit dans le prolongement des travaux doctrinaux à l'origine de l'introduction en droit français de cette notion : P. Gaudeffroy, *L'erreur-obstacle*, sous la dir. de R. Demogue, thèse de doct., Université de Paris, 1924, Vulliez, not. p. 1 à 6, qui oppose les vices du consentement à l'inexistence du consentement. L'analyse est reprise par une partie importante de la doctrine contemporaine. Cf. not. E. Palvadeau, *Le contrat en droit pénal*, sous la dir. de V. Malabat, thèse de doct., Bordeaux IV, 2011, n° 89 et les références citées.

Pour l'insanité d'esprit, cf. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 99, qui l'évoquent dans une rubrique intitulée « L'absence de consentement ». *Contra* P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, « Le consentement » *in Pour une réforme du droit des contrats*, sous la dir. de F. Terré, Dalloz, 2008, p. 148 : « le rattachement à "l'existence du consentement" laisse sceptique [...] le consentement donné sous l'empire d'un trouble mental existe ; il est seulement dépourvu de qualité. On aurait donc préféré que le vice de défaut de santé mentale vienne dans la sous-section 2 relative à la qualité du consentement ». Comp. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : Le contrat — Le consentement*, 2013, n° 1020, où les auteurs parlent plutôt d'une dégradation ou altération de la volonté et semblent vouloir regrouper ces hypothèses, ainsi que les vices du consentement, dans l'expression « qualité du consentement ».

1725. L'article 1129 nouv. c. civ. traite ainsi de cette règle dans un paragraphe intitulé « L'existence du consentement ».

1726. L'on observe en effet, ces dernières années, un souci de donner une plus grande autonomie juridique aux personnes atteintes de troubles mentaux. En droit interne ceci se manifeste par la plus grande autonomie

d'intégrer celui-ci à la société et de lui conférer une autonomie progressive, il est quelque peu surprenant que les discours juridiques continuent à affirmer que ces personnes n'auraient aucune volonté. L'affirmation aurait pu se comprendre à une période où il s'agissait d'enfermer le « fou », de nier son existence (et donc sa volonté). Elle ne se comprend plus aujourd'hui. Que les juristes, dans un souci de protection de l'individu, refusent de faire produire quelqu'effet à cette volonté, cela se conçoit. En revanche, l'on ne conçoit pas en quoi ce souci de protection implique, théoriquement, la négation de l'existence du consentement. En outre, si l'on devait, en droit, refuser l'existence d'une volonté au motif qu'elle ne correspond pas aux standards juridiques, alors il faudrait également soutenir qu'en présence d'une erreur, d'un dol ou d'une violence, aucune volonté n'existe en droit, ce que nul auteur ne fait. Cette difficulté, d'ordre humaniste, n'a semble-t-il pas échappé à quelques auteurs qui parlent désormais de consentement vicié plutôt que de consentement absent ou inexistant [1727].

Si cette catégorisation de l'insanité d'esprit perdure, alors même que l'idéologie qui pouvait la justifier a disparu, c'est peut-être parce que cette approche de l'insanité d'esprit est également sous-tendue par une autre raison : la conception excessivement volontariste de l'acte juridique. En effet, en définissant l'acte juridique comme l'acte fait dans *l'intention* de créer des effets de droit, il est impossible, pour la doctrine classique, de considérer que le « fou », qui ignore le plus souvent l'ordre juridique qui l'environne, puisse avoir une intention de créer des effets de droit. D'où la qualification d'absence de consentement. Cependant, sitôt que l'on prend conscience du caractère excessif du critère de l'intention de créer des effets de droit, alors il apparaît que la distinction entre le fou et l'*errans* est faible. Tous deux ont bien une volonté et, dans les deux cas, cette volonté est viciée.

Où l'on aperçoit finalement que l'insanité d'esprit ne saurait être rattachée aux règles relatives à l'absence de consentement. Il en est de même pour l'erreur-obstacle.

b. Le cas de l'erreur-obstacle

485. Précisions sur les contours de l'erreur-obstacle. L'appréhension de l'erreur- obstacle dans la doctrine et la jurisprudence n'est guère chose aisée, en particulier car le phénomène se présentant peu souvent et n'étant pas évoqué dans le code civil, il est délicat de le théoriser. D'importants travaux ont néanmoins permis ces dernières années d'apporter une vision plus précise du mécanisme de l'erreur-obstacle [1728] et de comprendre en premier lieu que celui-

reconnue aux majeurs protégés par la loi du 4 mars 2002 relative au droits des malades, puis par la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs. Le mouvement est aussi manifeste en droit international, cf. *Convention [des Nations-Unies] relative aux droits des personnes handicapées* 13 déc. 2006, URL : http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-f.pdf, art. 12, 1. : « [l]es États Parties réaffirment que les personnes handicapées ont droit à la reconnaissance en tous lieux de leur personnalité juridique ».

1727. V. Peltier, « Contribution à l'étude de la notion d'inexistence en droit privé », *RRJ,* 2000, n° 22 qui, pour une telle personne, parle de consentement vicié plutôt que d'inexistence ou d'absence de consentement.

1728. F. Limbach, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales des contrats. De l'utilité du concept de la déclaration de volonté*, sous la dir. de C. Witz et S. Peruzetto, thèse de doct., Université

ci recouvrait deux mécanismes nettement distincts [1729], l'un seulement paraissant mériter la qualification d'erreur-obstacle :

— D'abord, l'erreur-obstacle *stricto sensu*, aussi dénommée malentendu ou dissentiment caché. D'après Sylwia Wyszogrodzka, l'erreur-obstacle se définit comme le désaccord des volontés internes des parties portant sur un élément essentiel et qui, par suite d'un malentendu, trompe au moins l'une des parties sur l'intention de l'autre [1730]. Dit autrement, cette erreur résulte notamment [1731] d'un décalage entre la signification réelle du consentement exprimé par un individu et la perception de ce consentement par le destinataire de cette expression de volonté. Par exemple, Primus, qui a indiqué sur l'ouvrage qu'il vend, le prix de 30, sans unité, pense le vendre 30 € alors que Secundus pense l'acheter 30 Fr.

— Ensuite, l'erreur dans la déclaration de volonté, qui provient d'un décalage entre la volonté réelle d'un individu et son expression aux tiers. Par exemple, Primus veut vendre son bien 100 €, mais un problème informatique conduit à afficher un prix de 50 €.

La mise en lumière des deux facettes de ce que l'on entend habituellement par erreur-obstacle oblige à les analyser séparément pour déterminer si leur rattachement à la catégorie de l'absence de consentement est justifié.

486. L'analyse de l'erreur dans la déclaration de volonté. L'erreur dans la déclaration de volonté traduit la présence d'un dysfonctionnement dans l'émission de la volonté. La volonté existe bien, seulement elle a été imparfaitement exprimée, d'où ensuite des difficultés pour les tiers d'accéder à la volonté interne de l'individu [1732]. Il faut donc replacer cette hypothèse dans la catégorie des vices du consentement et lui appliquer en conséquence les mêmes règles

Toulouse 1 et Université de la Sarre, 2004, LGDJ ; I. Rihm, *L'erreur dans la déclaration de volonté : Contribution à l'étude du régime de l'erreur en Droit Français*, sous la dir. de G. Wiederkehr, thèse de doct., 2006, PUAM ; S. Wyszogrodzka, *Étude comparative de l'erreur-obstacle en droit français et du dissentiment en droit polonais*, sous la dir. de D. Legeais, thèse de doct., Université Paris Descartes, 2011.

1729. Sur ce dualisme, cf. not. F. Limbach, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales des contrats. De l'utilité du concept de la déclaration de volonté*, sous la dir. de C. Witz et S. Peruzetto, thèse de doct., Université Toulouse 1 et Université de la Sarre, 2004, LGDJ, n°s 305-307 ; I. Rihm, *L'erreur dans la déclaration de volonté : Contribution à l'étude du régime de l'erreur en Droit Français*, sous la dir. de G. Wiederkehr, thèse de doct., 2006, PUAM, n° 114 ; L. Mayer, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, sous la dir. de L. Cadiet, thèse de doct., 2009, IRJS, n° 459 et S. Wyszogrodzka, *Étude comparative de l'erreur-obstacle en droit français et du dissentiment en droit polonais*, sous la dir. de D. Legeais, thèse de doct., Université Paris Descartes, 2011, n°s 295-309.

1730. *Ibid.*, n° 41.

1731. Nous disons « notamment » car, comme l'indique S. Wyszogrodzka, ce n'est pas là le seul élément constitutif de ce concept.

1732. La doctrine distingue parfois l'erreur dans la déclaration de volonté et l'erreur dans la formation de la volonté, tout en voulant néanmoins rattacher les deux erreurs à la catégorie d'erreur-obstacle (I. Rihm, *L'erreur dans la déclaration de volonté : Contribution à l'étude du régime de l'erreur en Droit Français*, sous la dir. de G. Wiederkehr, thèse de doct., 2006, PUAM, n° 157). Cette distinction ne nous paraît pas opportune. De deux choses l'une en effet, soit l'erreur dans la formation de la volonté résulte d'un problème de compréhension d'une volonté interne mal exprimée et elle se rattache alors à l'erreur dans la déclaration de volonté, soit l'erreur dans la formation de la volonté résulte véritablement d'une erreur du cocontractant et alors elle se rattache à la catégorie traditionnelle d'erreur sur la substance.

que les vices du consentement et notamment l'absence de nullité en présence d'une erreur inexcusable [1733].

487. L'analyse de l'erreur-obstacle. Quant à l'erreur-obstacle *stricto sensu*, son rattachement à la catégorie des règles relatives à l'absence de consentement apparaît également contestable. En effet, les deux parties au contrat ont bien consenti dans une telle hypothèse. La seule difficulté est que ces consentements ne se sont pas « rencontrés » [1734]. Pourquoi, dès lors, parler d'absence de consentement ? Cela s'explique semble-t-il par deux raisons, l'une théorique, l'autre terminologique.

D'abord, sur un plan théorique, la compréhension de l'erreur-obstacle n'est guère aisée dans l'approche traditionnelle du contrat. En effet, alors même que c'est la seule solution théoriquement satisfaisante, il n'est théoriquement pas possible, dans le modèle traditionnel du contrat, de dire que l'erreur-obstacle est un problème relatif à la vigueur des normes contractuelles : ces normes existent mais, en l'absence de réalisation de la condition à laquelle leur vigueur est subordonnée — les normes ne se « répondent pas » —, ces normes ne produisent aucun effet. Cette affirmation est impossible car, dans le modèle traditionnel, les normes du contrat sont toujours pensées ensemble, faute d'être rattachées à des actes juridiques distincts. Dès lors, pour comprendre l'absence d'effets qu'entraîne l'erreur-obstacle, les auteurs ne peuvent, théoriquement, que recourir à la validité de la norme. Or, comme intuitivement l'erreur-obstacle paraît être un problème de volonté, il est cohérent d'y voir là un cas de nullité concernant la volonté. Cependant, comme les auteurs pressentent bien que ce cas d'ouverture à nullité est distinct des vices habituels du consentement, ils vont chercher à le rattacher à un autre concept, et c'est ainsi que va s'opérer le rattachement à la catégorie d'absence de consentement.

Le rattachement de l'erreur-obstacle aux règles relatives à l'absence de consentement résulte, ensuite, d'une ambiguïté terminologique. En effet, les défenseurs de ce rattachement « jouent » sur l'ambiguïté du mot de consentement. Ce mot peut signifier tout à la fois le consentement bilatéral — *cum sentum*, senti avec — et le consentement unilatéral [1735]. Quand l'expression d'absence de consentement est utilisée à propos de l'erreur-obstacle, c'est dans un sens bilatéral que le mot est entendu. Si un tel sens est effectivement en usage, cet usage ne nous semble cependant pas souhaitable en droit, dans la mesure où le code civil retient une acception unilatérale du consentement. Voyez ainsi l'article 1108 ancien du code civil qui mentionne le consentement de *la partie* qui s'engage [1736]. De même, quand on parle de vice du consentement,

1733. Cf. S. Wyszogrodzka, *Étude comparative de l'erreur-obstacle en droit français et du dissentiment en droit polonais*, sous la dir. de D. Legeais, thèse de doct., Université Paris Descartes, 2011, n° 692 s. La jurisprudence paraît aller en ce sens, cf. Cass., 1re civ., *Cartier*, 4 juil. 1995, n° 93-16.198, *Bull.*, I, n° 303, p. 212, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007035079 évoquée *infra* n° 511.
1734. Sur l'ambiguïté de l'expression « rencontre des volontés », cf. *supra* n° 352.
1735. Rappr. S. Wyszogrodzka, *Étude comparative de l'erreur-obstacle en droit français et du dissentiment en droit polonais*, sous la dir. de D. Legeais, thèse de doct., Université Paris Descartes, 2011, n° 43, qui parle de « signification unilatérale » et « bilatérale » du consentement.
1736. Comp. l'art. 1128 nouveau qui est plus ambigu en évoquant « Le consentement des parties ». Néanmoins l'article 1109 nouveau dissipe l'ambiguïté en parlant bien de l'« échange des consentements ». Toutes les autres

on désigne le consentement d'un seul individu. Dès lors, placer sur le même plan les vices du consentement et l'absence de consentement entretient une confusion regrettable, puisque cela conduit à placer sur le même plan deux objets tout à fait distincts, le mot de consentement n'ayant pas le même sens dans l'une et l'autre expression [1737]. Voilà pourquoi, pour l'erreur-obstacle, il vaudrait mieux parler, à l'image du code civil italien [1738], d'absence de rencontre des consentements (ou des volontés), plutôt que d'absence de consentement.

Il est regrettable, à cet égard, que l'article 1109-1 de l'« avant-projet Catala » de réforme du droit des obligations et de la prescription ait reproduit cette ambiguïté. Ce texte dispose en effet : « il n'y a point de consentement lorsque les volontés ne se sont pas rencontrées sur les éléments essentiels du contrat ». L'ambiguïté est ici d'autant plus critiquable qu'elle invite à faire une opposition entre le consentement (bilatéral) et la volonté (unilatérale), distinction qui n'est nullement en usage, les deux termes étant plutôt pris pour synonymes ou du moins comme compris comme ayant une signification analogue mais dans des fors distincts : le for interne pour la volonté et le for externe pour le consentement [1739].

De telles difficultés cessent si l'on adopte la conception du contrat proposée plus haut. En comprenant le contrat comme un ensemble de normes conditionnées l'une à l'autre, il apparaît très nettement que, dans l'erreur-obstacle, le problème ne vient pas des consentements, mais des effets produits par ces derniers. En effet, en présence d'une erreur-obstacle, les normes produites par chacun des actes juridiques ne se « répondent plus » ou, pour le dire plus techniquement, la norme créée par l'individu A ne correspond pas à la norme à laquelle était subordonnée la vigueur de la norme créée par B et, réciproquement, la norme créée par B ne correspond pas à la norme à laquelle était subordonnée la vigueur de la norme créée par A. Les volontés et les actes juridiques qu'elles soutiennent existent bien, tout comme les normes créées, seulement, ces normes ne sont pas entrées en vigueur, contrairement à ce qu'avait pu faire croire aux parties une analyse trop rapide des normes créées par leur cocontractant. Il apparaît donc que l'erreur-obstacle *stricto sensu* n'a nullement sa place au sein des conditions de validité propres aux actes juridiques. L'erreur-obstacle concerne non pas la validité des normes créées par l'acte, mais la vigueur de ces normes.

488. Bilan. Finalement, au sein de l'erreur-obstacle *lato sensu*, seule l'erreur dans la déclaration de volonté peut être rattachée aux conditions de validité. Elle ne relève pas cependant, nous l'avons vu, des mécanismes relevant de l'absence de consentement, mais se rattache à la

acceptions du terme consentement sont très nettement unilatérales. Le seul cas où le nom de consentement est utilisé dans un sens bilatéral il est néanmoins suivi de l'adjectif mutuel, ce qui suggère bien que, aux yeux des réformateurs du code civil, le terme doit bien être entendu dans un sens unilatéral.

1737. Rappr. S. Wyszogrodzka, *Étude comparative de l'erreur-obstacle en droit français et du dissentiment en droit polonais*, sous la dir. de D. Legeais, thèse de doct., Université Paris Descartes, 2011, n° 43 qui, tout en admettant la dualité des significations du mot consentement (« signification unilatérale » et « signification bilatérale ») estime contestable l'opinion suivant laquelle l'erreur-obstacle se traduirait par une absence de consentement.

1738. Du moins à en croire *ibid.*, p. 5.

1739. Rappr. M.-A. Frison-Roche, « Volonté et obligation », *APD,* 2000.

catégorie des vices du consentement, à côté de l'erreur, du dol et de la violence. Malgré cette identité de rattachement, l'on pressent néanmoins qu'il existe une différence entre ces objets. Reste à présent à rechercher cette différence.

2. Exposé d'une nouvelle distinction des règles relatives au consentement

489. Identification d'un autre critère de classification. Les efforts doctrinaux pour distinguer d'un côté l'insanité d'esprit et l'erreur dans la déclaration de volonté et de l'autre l'erreur, le dol et la violence, reposent sur une intuition. Si les juristes à l'origine de cette distinction ont voulu l'élaborer, c'est parce qu'ils ont « senti », à juste titre, que quelque chose les distinguait. À l'examen, cette différence paraît moins résulter de l'absence ou d'un vice du consentement, que de l'objet de ce vice.

Pour s'en rendre compte, comparons l'erreur sur la substance et l'erreur dans la déclaration de volonté :

— L'erreur sur la substance est souvent définie comme la perception erronée de la réalité de la substance du contrat. L'expression ne suffit cependant pas à identifier clairement d'où provient le vice de la volonté. Si l'on veut le faire comprendre, il faut indiquer que ce vice concerne l'analyse de la réalité par l'individu. Par exemple, une personne veut acheter tel bien parce qu'elle pense qu'il correspond à ses besoins ; or, il s'avère que ce bien ne convient pas. Le vice provient bien ici de l'analyse de l'individu, laquelle s'avère déficiente.

— Dans l'erreur dans la déclaration de volonté, le vice est tout autre. Il affecte non l'analyse de la réalité, mais l'expression de cette analyse. Par exemple, une personne veut vendre un bien en euros, mais le site internet où elle a mis son bien en vente a inscrit un prix en dollars [1740].

Compte tenu de cette différence, et pour simplifier à l'avenir le vocabulaire, on parlera d'une part d'*erreur d'analyse* pour désigner l'erreur sur la substance et plus généralement toutes les formes d'erreur sur l'objet du contrat ou la personne du cocontractant [1741] et d'autre part d'*erreur d'expression* [1742] pour désigner l'erreur dans la déclaration de volonté.

1740. Sur les différentes causes de ces erreurs, cf. not. S. Wyszogrodzka, *Étude comparative de l'erreur-obstacle en droit français et du dissentiment en droit polonais*, sous la dir. de D. Legeais, thèse de doct., Université Paris Descartes, 2011, n° 197.

1741. Certains auteurs ont proposé de fondre ces erreurs dans un concept d'erreur sur la cause tiré de l'ancien article 1131 c. civ (C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois, n°s 958-973). Cette approche, bien que légitime d'un point de vue historique (cf. P.-C. Timbal, « *Dolus dans causam contractui* dans la jurisprudence du parlement au XIVe siècle », *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands,* 1970, vol. 30, p. 326, montrant le rapprochement du dol et de la cause), ne nous semble cependant pas souhaitable au regard des risques de confusion tenant à la très grande polysémie du terme cause (rappr. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : L'objet et la cause — Les nullités*, 2013).

1742. Les termes « erreur d'expression » ont été préférés à ceux d'« erreur dans la déclaration », compte tenu du caractère réducteur du terme déclaration qui ne paraît pouvoir désigner que les paroles exprimées à l'oral ou à l'écrit (cf. *supra* n° 247).

Appliquons à présent cette grille de lecture aux autres règles relatives à la validité du consentement et voyons comment elles s'y classent :

— La présence d'un dol affecte l'analyse de la réalité par l'*errans*. Du fait de la tromperie, l'*errans* ne parvient pas à analyser correctement la réalité et à se forger en conséquence une juste opinion. Le dol relève donc de la première catégorie, dont il constitue une espèce particulière. Pour bien montrer ce lien de genre à espèce, l'on distinguera désormais l'erreur d'analyse *spontanée* de l'erreur d'analyse *provoquée* par un dol.

— La violence n'affecte pas tant la perception de la réalité que son expression. Une personne subissant une violence a clairement conscience de ce que serait, dans l'absolu, la meilleure solution pour elle. Cependant, compte tenu d'une contrainte forte pesant sur elle, elle n'est pas en mesure d'exprimer sa volonté. La déficience de sa volonté paraît donc se situer lors de l'expression de cette volonté : la violence vient dévier cette volonté de la direction vers laquelle elle tendrait naturellement. La violence relève donc de la deuxième catégorie, dont elle constitue une espèce particulière. Pour bien montrer ce lien de genre à espèce, l'on distinguera désormais l'erreur d'expression *spontanée*, de l'erreur d'expression *provoquée* par la violence [1743].

— L'insanité d'esprit est plus complexe à analyser et, à la réflexion, il ne semble pas possible de rattacher toutes les formes d'insanité d'esprit à la même catégorie d'erreur [1744]. Dans les formes d'insanité d'esprit affectant l'entendement, c'est l'analyse que l'individu « malade » peut faire de son environnement qui est déficiente. Cette forme d'insanité d'esprit se rattache donc à l'erreur d'analyse (spontanée ou provoquée). En revanche, dans les formes d'insanité d'esprit affectant les zones cérébrales chargées de l'expression par un individu de sa volonté (aphasie et dysphasie notamment), la déficience se rattache à l'erreur d'expression. Compte tenu de cette dualité, l'insanité d'esprit ne sera,

1743. Cette utilisation du terme d'erreur heurtera sans doute les spécialistes du droit des contrats, lesquels ont restreint le sens du mot « erreur » pour ne désigner que la « discordance entre la croyance de l'une des parties et la réalité » (J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : Le contrat — Le consentement*, 2013, n° 1111) assimilant l'erreur à un décalage. Il semble cependant qu'un sens plus large du mot puisse être retenu. En effet, si avec le *Vocabulaire juridique*, l'on définit l'erreur comme le fait de se tromper (sens I), alors il faut reconnaître qu'on peut se tromper soit au stade de l'analyse de la réalité, soit à celui de l'expression de sa volonté. D'ailleurs, un *lapsus*, qui rentrerait dans ce que nous avons appelé une erreur d'expression, signifie bien en latin se tromper (sens 3 dans le *Gaffiot*). Pour pouvoir admettre que le terme d'erreur d'expression puisse s'appliquer à la violence, il reste à admettre que l'erreur, d'une manière générale puisse aussi désigner l'erreur provoquée par un tiers. Or, cela, les juristes l'admettent fort bien puisque le dol est parfois désigné par eux comme une « erreur provoquée ». Par conséquent, il ne paraît pas illégitime d'utiliser ici le mot « erreur ».

Néanmoins, si d'aucuns trouvaient l'usage de ce mot discutable, leur critique pourrait être aisément dépassée en remplaçant le terme d'« erreur » par celui de « vice » ; d'où les expressions suivantes : vice d'analyse, vice d'expression, vice spontané, vice provoqué, vice exploité et, plus généralement, vice du consentement. L'on relèvera néanmoins que le terme de vice n'est pas exempt de défauts lorsqu'on envisage son application en dehors du droit des contrats. En effet, appliqué notamment au législateur ou au juge, il impliquerait de dire que la volonté du législateur ou du juge est viciée, ce qui serait semble-t-il mal perçu par ces derniers. Quoi qu'il en soit, dans le présent travail, nous tiendrons les termes d'erreur et de vice pour synonyme et les emploieront donc indifféremment.

1744. Que François Lemoyne de Forges soit ici remercié pour son éclairage médical.

dans les propos qui viennent, plus évoquée, étant entendu qu'elle doit être régie tantôt par les règles que nous dégagerons pour l'erreur d'analyse, tantôt par celles concernant l'erreur d'expression.

490. Les degrés de l'erreur. Il est remarquable que l'étude de ces différents vices du consentement fasse apparaître que, pour chacune de ces catégories d'erreurs, il existe au moins deux degrés d'implication du cocontractant dans la survenance de cette erreur : l'erreur spontanée et l'erreur provoquée. En effet, l'erreur peut avoir été commise par l'*errans* soit sans aucune intervention du tiers qui est donc de bonne foi (erreur spontanée), soit avec une intervention du tiers qui est alors de mauvaise foi (erreur provoquée).

À la réflexion, la mauvaise foi du tiers ne se limite pas à la seule erreur provoquée. En effet, dans la réticence dolosive, le tiers provoque moins l'erreur, qu'il ne l'exploite [1745]. Le même phénomène s'observe pour la violence, lorsque celle-ci n'est pas le fait du cocontractant mais résulte d'un tiers, voire des circonstances, ce qu'on appelle parfois alors « violence économique » ou « état de nécessité ». En effet, dans cette hypothèse, le cocontractant ne provoque pas l'erreur d'expression, il ne fait qu'exploiter l'erreur d'expression commise par son cocontractant. À côté des erreurs *spontanée* et *provoquée* existe donc aussi l'erreur *exploitée*. Tels sont les trois degrés de l'erreur.

491. Compatibilité de cette analyse avec la présentation doctrinale actuelle. La classification des vices du consentement en deux grandes catégories, comprenant chacune trois degrés, pourrait, sur le fond [1746], être contestée en ce qu'elle vient perturber quelque peu les classifications habituelles. Même les membres de la Commission de réforme du code civil, très novateurs sur l'acte juridique, n'en avaient pas usé [1747].

Il convient cependant de relever que la doctrine avait d'ores et déjà posé les jalons de cette présentation renouvellée. S'agissant tout d'abord de la séparation de la violence des deux autres vices du consentement, Cyril Grimaldi avait déjà, dans son étude des conditions de validité afférentes à son concept d'engagement, distingué la violence d'un côté et l'erreur et le dol de l'autre. Pour cet auteur, en effet, la violence procède d'un « décalage [entre la volonté interne et la volonté déclarée] *conscient* mais *imposé* », tandis que pour l'erreur et le dol ce décalage « est *inconscient*, *suggéré* (dol) ou *naturel* (erreur) » [1748]. Ensuite, le rapprochement du dol et de

1745. Cf. G. Lardeux, « La réticence dolosive n'est pas un dol comme les autres », *D.*, 2012, p. 2986, où l'auteur parle également d'erreur exploitée pour désigner la réticence dolosive.
1746. Pour une anticipation des critiques sur la forme qui pourraient lui être faites relativement à un emploi trop extensif du terme d'erreur, cf. *supra* n° 1743.
1747. Cf. *Travaux de la Commission de réforme du code civil. 1945-1946*, Sirey, 1947, p. 194-197, où figure le projet présenté par la Sous-Commission « Partie générale » à la Commission. Ce projet évoquait l'erreur sur un « élément essentiel », le dol, la réticence dolosive, la violence et « les erreurs purement matérielles dans l'expression de la volonté ».
1748. C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois, n° 677. Rappr. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : Le contrat — Le consentement*, 2013, n° 1096 : « [r]ationnellement, il n'existe que deux vices du consentement, l'erreur et la contrainte engendrée par la violence ». *Adde* B. Waltz, *Le dol dans la formation des contrats :*

l'erreur au sein d'une catégorie unique des erreurs d'analyse, s'il aurait heurté les Romains qui confondaient les questions de responsabilité et de nullité [1749], il est de nos jours moins choquant, notamment car la doctrine distingue bien désormais les questions de validité et de responsabilité et admet que tant le dol que l'erreur peuvent, selon les cas, donner lieu à des actions en nullité ou des actions en responsabilités [1750]. Enfin, quant à la séparation de la réticence dolosive et du dol ou la séparation de la violence ayant pour origine le cocontractant et celle ne l'ayant pas, ceci ne paraît pas complètement étranger aux conceptions doctrinales actuelles qui consacrent des développements spécifiques à la réticence dolosive et à la contrainte économique. Ainsi, une autrice a pu récemment souligner « l'impossibilité même d'assimiler entièrement la réticence au dol tel qu'envisagé à l'article 1116 du code civil » [1751]. A-Les textes nouveaux accréditent d'ailleurs cette idée en consacrant des dispositions spécifiques à la réticence dolosive (art. 1137 al. 2) et à l'abus de dépendance. Pour toutes ces raisons, il nous semble que la conception ici présentée n'est pas totalement déconnectée de la doctrine et des textes actuels, ce qui pourrait conduire d'autres auteurs à la reprendre, d'autant plus qu'elle permet de simplifier la présentation des différents vices du consentement. Au lieu d'avoir à évoquer pêle-mêle l'erreur sur la substance et la personne, le dol, la réticence dolosive, la violence, la contrainte économique, l'erreur-obstacle, l'erreur matérielle, il serait désormais possible de donner davantage de cohérence à cet exposé et d'en faciliter ainsi l'apprentissage pour les étudiants. Cette simplification ne concernerait pas seulement l'exposé des différents vices du consentement, elle paraît aussi pouvoir s'appliquer à leur régime, comme nous allons à présent le voir.

essai d'une nouvelle théorie, sous la dir. de S. Porchy-Simon, thèse de doct., Université Jean Moulin - Lyon III, 2011, n°s 451 s. qui, après avoir proposé d'autonomiser le dol des autres vices du consentement, conclut qu'il n'existe que deux vices du consentement, l'erreur et la violence. Néanmoins, n'étant pas parvenue à élargir la violence à l'erreur d'expression en général, cette autrice en vient à se demander si la violence ne se rapprocherait pas du dol et ne devrait pas elle aussi être abandonnée (n° 649).

1749. En effet, en droit romain ancien, les actions nées du dol (*idem* pour la violence) n'entraînaient pas la nullité du contrat et étaient uniquement sanctionnées par des actions *pénales*. Puis, progressivement, les préteurs romains ont introduit des actions en nullité tout en conservant les actions pénales. Les actions pénales pour dol et violence n'entraînaient pas les mêmes conséquences juridiques, ce qui justifie que les Romains les aient distinguées : l'action pour dol entraînait une condamnation à une amende au simple, équivalente au montant des dommages-intérêts subis. L'action fondée sur la violence était en revanche une action au quadruple, autrement dit les dommages-intérêts étaient multipliés par quatre. C'est sans doute à cause de ces différences historiques, reposant sur une confusion de la nullité et de la responsabilité, que nous est parvenue, dans le code civil, la distinction tripartite de l'erreur, du dol et de la violence. Sur le dol et la violence en droit romain, cf. J. Macqueron, *Histoire des obligations. Le droit romain*, 2e éd., Association Auguste Dumas, 1975, URL : www.histoiredudroit.fr/Documents/Sources/macqueron_obligations.pdf, p. 220-232 ou J.-Ph. Dunand, B. Schmidlin et B. Winiger, *Droit privé romain II*, Bruylant et Schulthess, 2010, p. 148-154.

1750. Sur cette distinction cf. not. C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, sous la dir. de J. Ghestin, thèse de doct., Université Paris I, 1992, LGDJ.

1751. G. Lardeux, « La réticence dolosive n'est pas un dol comme les autres », *D.,* 2012, p. 2990.

B. Pour une approche renouvelée des différents vices du consentement

492. Adopter une approche renouvelée des différents vices du consentement examinés plus haut nous semble passer par l'identification des règles communes à tous ces vices et de celles qui sont propres au type d'erreur ou au degré de participation du cocontractant dans la survenance de cette erreur.

Ce souci de distinguer le commun du spécial n'est pas étranger aux préoccupations des récents réformateurs du code civil. En effet, les différents projets de réforme du droit des contrats ont tous entrepris de procéder à une simplification des règles du code civil en tentant d'identifier les règles communes à tous ces vices du consentement. C'est ainsi que les différents projets s'ouvrent par un texte indiquant que les vices du consentement ne sont pris en compte qu'autant qu'ils ont été déterminants [1752], règle que reprend l'article 1130 actuel du code civil. L'effort de systématisation s'arrête cependant là et les règles exposées ensuite reprennent très largement l'architecture et les notions existantes.

Il nous semble pourtant que cette présentation peut être doublement améliorée. D'abord, en approfondissant la réflexion sur les règles communes à tous les vices du consentement (**1.**). Ensuite, en édictant un droit spécial des vices du consentement, distingant les concepts uniquement au regard de l'objet du vice et ne mélangeant pas les questions de validité et de responsabilité [1753] (**2.**).

1. Propositions de règles communes

493. Plan. Outre le caractère déterminant du vice, condition déjà évoquée plus haut, il peut être montré que, en droit des contrats, tout vice du consentement est soumis à deux autres conditions. Ces deux conditions, qui sont destinées à ménager les intérêts du cocontractant dont la volonté n'a pas été viciée, sont les suivantes. D'abord, la connaissance par ce cocontractant du caractère déterminant de l'erreur (**a.**). Ensuite, le caractère excusable de l'erreur (**b.**). Bien que ces autres conditions ne soient pas souvent mentionnées telles quelles en doctrine et en droit positif, nous montrerons qu'elles sont présentes en droit des contrats pour toutes les catégories d'erreur.

a. La connaissance du caractère déterminant

494. Origine du concept et plan. L'exigence de la connaissance par le cocontractant du caractère déterminant de l'erreur commise par l'*errans* n'est à l'heure actuelle pas formulée pour tous les vices du consentement identifiés par la doctrine et le code civil. Cette exigence

1752. Art. 1111-1 « avant-projet Catala », art. 36 « avant-projet Terré ».
1753. Sur l'influence de cette confusion sur la distinction de l'erreur, du dol et de la violence, cf. *supra* n° 1749. Rappr. C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois, n° 974 écrivant, à propos du dol : « Il est malheureux que l'on en ait fait un vice du consentement autonome alors qu'il ne constitue qu'un banal délit civil (c'est la conception romaine) ayant causé une erreur ».

n'apparaît nettement que pour l'erreur du code civil — que nous avons ici désignée sous le vocable d'erreur d'analyse — puisque les acteurs de la science juridique admettent qu'elle ne peut entraîner la nullité du contrat qu'à la condition d'être « commune ». Cette condition, dont la formulation maladroite est parfois soulignée, revient à exiger (souligné par nous) la « connaissance, par l'une des parties, du caractère substantiel que présentait, pour l'autre, la qualité sur laquelle celle-ci s'est méprise » [1754].

Pour l'erreur d'expression, la trace de cette exigence est moins visible en droit français, ce qui contraste avec les droits suisse et italien qui exigent que l'erreur d'expression soit *reconnaissable* [1755]. Néanmoins, quelques auteurs, à propos de l'erreur dite matérielle, laquelle est assimilable à l'erreur d'expression spontanée, écrivent (souligné par nous) : « la partie qui, par sa faute, a créé une erreur matérielle qui lui cause préjudice, ne peut la faire rectifier, si l'autre partie n'avait pu s'en rendre compte : selon qu'il y a eu ignorance ou connaissance, les tribunaux refusent ou accordent la rectification » [1756]. Ajoutons enfin que certains textes spéciaux semblent faire allusion à cette exigence. Tel est le cas de l'article 464 du code civil qui, relatif à l'insanité d'esprit — cause d'erreur d'analyse ou d'erreur d'expression [1757] —, permet au juge (nous soulignons) de réduire les obligations résultant des actes accomplis par une personne protégée moins de deux ans avant la publicité du jugement d'ouverture de la mesure de protection, « sur la seule preuve que son inaptitude à défendre ses intérêts, par suite de l'altération de ses facultés personnelles, était notoire ou connue du cocontractant à l'époque où les actes ont été passés ». Tous ces éléments suggèrent donc la possibilité d'une telle condition commune aux actes juridiques. Reste à présent à s'en assurer en étudiant successivement l'erreur d'analyse (**i.**) et l'erreur d'expression (**ii.**), en examinant systématiquement chacun des trois degrés d'erreur.

i. La connaissance du caractère déterminant dans l'erreur d'analyse

495. Pour l'erreur d'analyse spontanée. D'après l'article 1110 ancien du code civil, pour être admise, l'erreur doit porter sur la substance de la chose ou sur la personne lorsque les qualités de celle-ci ont été déterminantes (contrat *intuitu personnae*). À cette condition,

1754. J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, 15e éd., Dalloz, 2012, n° 208.
1755. En ce sens I. Rihm, *L'erreur dans la déclaration de volonté : Contribution à l'étude du régime de l'erreur en Droit Français*, sous la dir. de G. Wiederkehr, thèse de doct., 2006, PUAM, n° 177 et S. Wyszogrodzka, *Étude comparative de l'erreur-obstacle en droit français et du dissentiment en droit polonais*, sous la dir. de D. Legeais, thèse de doct., Université Paris Descartes, 2011, n° 698.
1756. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 5e éd., Defrénois, 2011, n° 507.
1757. Cf. *supra* n° 489.

certains arrêts[1758] et écrits doctrinaux[1759] ont pu ajouter l'exigence d'une erreur commune. Il semble pourtant que les deux notions correspondent à un même concept. En effet, lorsque la jurisprudence recherche si l'erreur porte sur la substance de l'objet, elle recherche si cette qualité était jugée comme telle par l'*errans*, mais également par son cocontractant[1760]. Cette démarche nous paraît identique à celle que les juges adoptent lorsqu'ils recherchent si l'erreur a été commune, c'est-à-dire lorsqu'ils recherchent si « le cocontractant [a] connu les raisons qui ont déterminé le consentement de la victime de l'erreur »[1761]. Eu égard à cette identité d'approche, il paraît possible d'affirmer que les conditions d'erreur commune et d'erreur substantielle sont identiques.

Il faut cependant avouer que la terminologie à laquelle il est recouru dans ces notions est quelque peu défectueuse. Ce défaut, souvent relevé pour le caractère « commun », l'est moins pour le caractère « substantiel ». Sur l'adjectif « commun », les auteurs écrivent par exemple que, « [e]ntendue au sens littéral des mots, la question [de l'erreur commune] ne signifie rien : il n'est certainement pas nécessaire que les deux parties se soient trompées »[1762]. Quant à l'adjectif « substantiel », outre son rattachement parfois dénoncé à la métaphysique[1763], il est un peu vieilli et peu approprié pour désigner les personnes ou les qualités que l'*errans* prête à la chose mais qui ne lui sont pas inhérentes. Le recours à l'adjectif « substantiel » est également problématique lorsque l'erreur porte sur le droit applicable au contrat et non sur une qualité concrète du bien objet du contrat. Pour toutes ces raisons les auteurs substituent souvent l'expression « erreur sur les qualités essentielles » à celle d'« erreur substantielle »[1764] et tel a été au demeurant le terme choisi dans les textes nouveaux (articles 1134 et 1136). Cependant, même ainsi exprimée, l'on peine à voir ce qui sous-tend cette exigence, à savoir la

1758. Cf. not. Cass., com., 19 nov. 2003, n° 01-01.859, *Bull.*, III, n° 122, p. 189, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007046874 ; Cass., 3e civ., 21 mai 2014, n° 13-11.785, *inédit*, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000028978886. Ces arrêts semblent considérer, assez nettement, que les deux notions sont distinctes. On lit dans le premier (nous soulignons) : « attendu que c'est sur le fondement de l'article 1110, alinéa 2, du code civil que la cour d'appel a retenu l'existence d'une erreur commune aux parties lors de la conclusion du contrat de cautionnement portant sur une qualité substantielle du débiteur principal » et dans le second : « ayant retenu souverainement l'existence d'une erreur commune aux parties portant sur une qualité substantielle du bien vendu [...] ».

1759. L'opinion tend à se raréfier aujourd'hui (cf. toutefois, M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations : 1 - Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., PUF, 2012, p. 320), les auteurs prenant conscience de l'identité des caractères substantiels et communs (not. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : Le contrat — Le consentement*, 2013, n° 1241 ou J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, 15e éd., Dalloz, 2012, n° 210), ce qui conduit semble-t-il certains d'entre eux à ne même plus mentionner ce caractère (A. Bénabent, *Droit des obligations*, 14e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2014, nos 75 s.) ou à évoquer le caractère commun au sein de développements consacrés au caractère substantiel (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 217 ou Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 12e éd., LexisNexis, 2012, n° 173).

1760. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, nos 214-217.

1761. J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, 15e éd., Dalloz, 2012, n° 208.

1762. *Ibid.*, n° 208.

1763. Cf. Ch. Demolombe, *Cours de code Napoléon : Traité des contrats - 1*, 1868, URL : https://books.google.fr/books?id=zghHAAAAcAAJ&hl=fr&pg=PP9#v=onepage&q&f=false, n° 86.

1764. Prenant nettement ce parti, cf. A. Bénabent, *Droit des obligations*, 12e éd., Montchrestien, 2010, n° 78. *Adde Travaux de la Commission de réforme du code civil. 1945-1946*, Sirey, 1947, p. 195, art. 2.

possibilité pour le cocontractant, *connaissant* ce qui détermine son partenaire à conclure, d'avoir conscience du risque d'annulation s'il existait une erreur sur cet élément et, ainsi, de se prémunir éventuellement contre ce risque d'annulation, par exemple en s'assurant contre ce dernier ou en vérifiant lui-même que son cocontractant n'a commis aucune erreur. Comme le dit fort bien Alain Bénabent, en amont des développements consacrés au caractère substantiel de l'erreur (nous soulignons), « le délicat équilibre entre la **protection du contractant** qui s'est trompé et la sauvegarde d'une certaine **sécurité juridique** assurant à l'autre partie un minimum de stabilité contractuelle », implique de ne pas s'en tenir à la psychologie de l'*errans*, mais de « savoir aussi si [l'autre contractant] pouvait déceler cette erreur de l'autre ou s'il pouvait la prévoir ». En effet, si cette erreur était décelable, alors, poursuit A. Bénabent, le cocontractant « devait la dissiper et le juge éprouvera moins de scrupules à sacrifier ses intérêts » [1765]. Où l'on voit donc que l'exigence d'une erreur sur les qualités essentielles repose bien sur la connaissance par le cocontractant des raisons déterminantes du consentement de l'*errans*.

Ajoutons que cette analyse présente conceptuellement un intérêt supplémentaire par rapport à l'analyse actuelle de l'erreur sur la substance. En effet, elle permet de faire apparaître que la connaissance du caractère déterminant de l'erreur est une condition de l'erreur, au même titre que son caractère excusable, alors qu'aujourd'hui elle n'est, semble-t-il, jamais présentée comme telle [1766]. C'est d'ailleurs peut-être parce que les juges et les auteurs ne perçoivent pas bien que le caractère substantiel est une condition de l'erreur, qu'ils défendent parfois une condition équivalente, mais redondante, celle d'une erreur commune.

496. Pour l'erreur d'analyse provoquée. Comme cela a déjà été suggéré par plusieurs auteurs [1767], le dol ne constitue qu'un cas particulier d'erreur d'analyse : l'erreur provoquée par le cocontractant. La jurisprudence paraît aller en ce sens lorsqu'elle use, elle aussi, de

1765. A. Bénabent, *Droit des obligations*, 12e éd., Montchrestien, 2010, n° 75. Rappr. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations : 1 - Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., PUF, 2012, p. 320 : « [l]e fondement de cette protection supplémentaire [l'exigence d'une erreur commune] est le souci de sécurité juridique et la volonté de protéger le cocontractant de l'*errans*, qui primera ponctuellement l'objectif de protection de la victime de l'erreur : il ne serait pas juste en effet d'imposer à une partie l'annulation du contrat alors qu'elle n'était pas consciente que son cocontractant recherchait une qualité particulière dans le contrat ». *Adde* Th. Piazzon, *La sécurité juridique*, sous la dir. de L. Leveneur, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2009, Defrénois et Lextenso éditions, n° 154, p. 299, où l'auteur souligne que « la conception traditionnellement restrictive des vices du consentement en droit français [serait] la rançon de la sécurité des échanges économiques ».

1766. L'étude du plan des différents ouvrages de droits des contrats révèle que le caractère substantiel est généralement abordé lorsque les auteurs énoncent les types d'erreurs admises ou le domaine de l'erreur. Il n'est en revanche jamais repris lorsque les auteurs listent les caractères ou le régime de cette erreur (cf. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, nos 209-224 ou A. Bénabent, *Droit des obligations*, 14e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2014, n° 78). Certes, quelques auteurs parlent du caractère substantiel de l'erreur dans la rubrique consacrée au régime de l'erreur, mais ils n'en parlent pas alors comme d'une condition à part entière : leurs développements sont intégrés dans ceux consacrés au caractère déterminant de l'erreur (cf. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : Le contrat — Le consentement*, 2013, n° 1198 s.).

1767. Not. C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois, n° 975.

l'expression « erreur provoquée » [1768].

Cette identité de nature du dol et de l'erreur se retrouve dans les propriétés du dol qui obéit aux mêmes conditions que l'erreur et notamment à l'exigence que le cocontractant ait connu le caractère déterminant de l'erreur commise par l'*errans*.

Si l'on examine tout d'abord le cas du dol au sens strict, cette condition peut logiquement être considérée comme remplie à partir du seul examen de la raison d'être des conditions encadrant l'admission de l'erreur. Ces conditions visant à concilier les intérêts du tiers avec ceux de l'*errans*, elles n'ont plus de raison d'être lorsque le tiers s'est montré indigne de cette protection en provoquant l'erreur commise par l'*errans*. En présence d'un dol, il serait donc cohérent de réputer acquise la connaissance du caractère déterminant. Cette explication logique se trouve également confirmée par des considérations pratiques : quel intérêt aurait eu le cocontractant à tromper l'*errans* — compte tenu des risques attachés à cette tromperie — s'il n'était pas persuadé qu'ainsi il parviendrait à convaincre l'*errans* de contracter ? Si l'erreur a été provoquée par le cocontractant, c'est bien parce que celui-ci avait connaissance du caractère déterminant de l'erreur provoquée.

C'est semble-t-il ainsi qu'ont raisonné les juges lorsqu'ils ont admis qu'un dol puisse être caractérisé, alors même que l'erreur n'était pas substantielle [1769]. Leur formulation est néanmoins quelque peu maladroite, puisque la Cour de cassation affirme que la cour d'appel « pouvait prononcer la nullité du contrat sans que l'erreur qui [...] résultait [des manœuvres dolosives] portât sur les qualités substantielles de la chose » [1770]. La Cour de cassation semble suggérer que le fait que l'erreur porte sur les qualités substantielles ne serait pas une condition exigée pour le dol. Il y a là assurément une maladresse de style, liée aux déficiences signalées plus haut de la notion d'erreur substantielle [1771]. Il semble que ce que la Cour de cassation ait voulu dire dans ces arrêts est que certes la qualité en cause n'était pas objectivement essentielle, comme l'avait relevé la cour d'appel, mais qu'elle l'était néanmoins subjectivement, compte tenu de ce que le cocontractant de l'*errans* avait justement trompé son cocontractant sur cette information dont il connaissait pour lui le caractère déterminant.

1768. Cass., 3e civ., 21 fév. 2001, n° 98-20.817, *Bull.*, III, n° 20, p. 17, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007043792 ou Cass., com., n° 14-23.135, *inédit*, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000032196510. L'expression est toutefois maladroitement utilisée puisqu'il s'agissait moins d'une erreur provoquée, que d'une erreur exploitée *via* une réticence dolosive.

1769. Cass., com., 19 déc. 1961, III, *Bull.*, III, n° 492, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006958737 et Cass., 3e civ., 2 oct. 1974, n° 73-11.901, *Bull.*, III, n° 330, p. 251, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006992321.

1770. Citation extraite du premier arrêt. Dans le second on lit une formule similaire : « l'erreur provoquée par le dol peut être prise en considération, même si elle ne porte pas sur la substance de la chose qui fait l'objet du contrat ».

1771. Dans sa conception objective, qui est première, la substance renvoie à la matière même du bien. Or, dans ces deux arrêts, il n'y avait effectivement aucune erreur portant sur une telle substance ; l'erreur portait sur une propriété subjectivement considérée comme substantielle.

497. Pour l'erreur d'analyse exploitée. Ces arguments, développés pour le dol émanant directement du cocontractant, peuvent être étendus à l'hypothèse où le dol a été provoqué par un tiers complice du cocontractant — l'on sait en effet que la jurisprudence accepte dans ce cas de tempérer la règle suivant laquelle le dol doit émaner du cocontractant [1772]. En effet la complicité de ce dernier suffit à montrer que ce cocontractant avait connaissance du caractère déterminant de la tromperie pour le cocontractant. Un argument proche peut également être mobilisé en présence d'un dol commis par le représentant de l'autre partie : le mandataire étant censé agir pour le compte du mandant, il est normal de supposer que ce mandataire est poussé à agir ainsi par son mandant qui, dès lors, est réputé connaître le caractère déterminant pour l'*errans* de l'information sur laquelle ce dernier a été trompé.

Un tel argument ne pourra plus en revanche être utilisé lorsque, demain, entrera en vigueur l'article 1138 nouveau du code civil [1773], qui étend le dol à l'hypothèse dans laquelle le cocontractant de l'*errans* n'est pas auteur du dol, mais a simplement connaissance de celui-ci. Il faudra en effet alors prouver la connaissance par le cocontractant de ce dol, laquelle ne pourra plus être déduite des circonstances. L'on peut cependant se demander si l'on demeure bien dans le champ du dol au sens classique et si l'on n'entre pas alors plutôt dans celui de la réticence dolosive, le cocontractant étant alors en effet sanctionné pour n'avoir pas révélé à l'*errans* qu'il était induit en erreur par autrui.

En présence d'une réticence dolosive, la connaissance du caractère déterminant paraît également présente, même si elle n'apparaît pas comme telle au grand jour. Ce caractère paraît résulter de la notion même de réticence dolosive qui suppose, dit-on en doctrine et en jurisprudence, la violation par le cocontractant d'une obligation d'information. Or, comme l'a montré Muriel Fabre-Magnan, une obligation d'information n'est imposée à l'une des parties au contrat, en amont de sa formation, que lorsque cette partie *connaît* une information et qu'elle sait que cette information est *déterminante* pour la décision de son partenaire contractuel [1774]. Dès lors, subordonner l'admission de la réticence dolosive à l'inexécution de l'obligation d'information, c'est en réalité exiger la connaissance par le cocontractant du caractère déterminant, pour l'*errans*, de l'information tue. Les textes nouveaux le disent désormais trs clairement puisque l'article 1137 indique (souligné par nous) : « 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. »

1772. Cass., com., 25 mar. 1974, n° 73-10.910, *Bull.*, IV, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006992085. *Adde* J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : Le contrat — Le consentement*, 2013, n° 1429.

1773. « 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 ».

1774. Cf. M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : Essai d'une théorie*, sous la dir. de J. Ghestin, thèse de doct., 1992, LGDJ, p. 139 s. et 188 s.

ii. La connaissance du caractère déterminant dans l'erreur d'expression

498. Pour l'erreur d'expression spontanée. La connaissance du caractère déterminant de l'erreur d'expression commise par l'*errans* apparaît assez nettement lors de l'examen de la jurisprudence, même si cette exigence n'apparaît pas comme telle dans la motivation des décisions. Pour le démontrer, il est possible de partir de deux contentieux distincts que nous retrouverons plus loin. L'un relatif aux erreurs matérielles commises par des banques lors du calcul des sommes à restituer par l'emprunteur, l'autre relatif aux loteries publicitaires.

499. *L'exemple de l'erreur matérielle commise par la banque.* La comparaison de deux arrêts, relatifs à des erreurs matérielles commises par des banques et rendus par la Cour de cassation en 1995 [1775] et 1998 [1776], permet de montrer que la jurisprudence exige bien la connaissance par le cocontractant du caractère déterminant pour l'*errans* de l'erreur d'expression. Dans la première affaire, une banque commet une erreur matérielle dans le calcul des mensualités d'un emprunteur : au lieu de consister en 180 versements de 4 590,58 Fr chacun, le prêt aurait dû comporter 180 versements de 5 216,99 Fr, soit une différence de 11 %. Se rendant compte de son erreur postérieurement à la conclusion du contrat, la banque prélève directement sur le compte bancaire des emprunteurs les sommes qu'elle prétend dues. Les emprunteurs, contestant cette décision de la banque, l'assignent alors en remboursement des sommes prélevées. Déboutés par la cour d'appel, ils se pourvoient en cassation et la Cour leur donne raison, au visa de la loi du 13 juillet 1979. Pour la Cour, « *l'offre préalable présentée par le prêteur et acceptée par l'emprunteur fait la loi des parties et [...] le juge ne peut, sous couvert d'interprétation de leur volonté, aggraver la situation de l'emprunteur en modifiant les stipulations contractuelles* ».

Dans la seconde affaire, la même difficulté se pose puisque les mensualités inscrites dans le contrat de prêt sont de 3 139,68 Fr, alors qu'elles auraient dû être de 5 139,68 Fr, soit une différence de 39 %. Cette fois, la Cour de cassation rejette le pourvfoi des emprunteurs aux motifs suivants : « *Attendu [...] d'une part, qu'ayant constaté qu'il se déduisait des éléments figurant dans l'offre de prêt que le montant des mensualités devait être de 5 139,68 francs et que la volonté des parties s'était rencontrée sur l'offre de prêt dans son intégralité et non uniquement sur le montant mensuel des échéances, la cour d'appel, en décidant que la divergence résultait d'une erreur matérielle de frappe qu'il y avait lieu de rectifier, s'est bornée à fixer le sens de la convention, par une interprétation souveraine de la commune intention des parties* ». Comme on le voit, la Cour de cassation est très circonstanciée dans le deuxième arrêt puisqu'elle se réfugie derrière les constatations des juges du fond, sans nullement formuler de règle générale.

Analysant le second arrêt, ses commentateurs y ont généralement vu un revirement de jurisprudence par rapport au premier arrêt. Une autre analyse, conciliant mieux les deux ar-

1775. Cass., 1re civ., 21 fév. 1995, n° 93-10.256, *inédit,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007254224.

1776. Cass., 1re civ., n° 96-10.040, *inédit,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007382756.

rêts, est cependant possible et, avec le recul, c'est celle qui semble aujourd'hui retenue par les auteurs [1777]. Il est en effet permis de penser que si les magistrats de la Cour de cassation ont considéré dans la seconde espèce que l'annulation était justifiée, c'est parce que le cocontractant de la banque avait conscience du caractère déterminant de l'erreur de la banque. Contrairement au premier arrêt, où la différence entre les sommes inscrites au contrat et les sommes perçues n'était que de 11 %, elle était de 39 % dans le second [1778]. La différence entre le montant annoncé et le montant des mensualités était telle que la Cour de cassation a sans doute considéré que l'emprunteur avait connaissance de l'erreur de la banque et savait en outre que, si la banque avait pris conscience de cette erreur, elle l'aurait rectifiée, de sorte que cette erreur était bien déterminante. Où l'on voit que, loin de différer l'une de l'autre, ces jurisprudences vont dans la même direction : l'exigence d'une connaissance par le cocontractant du caractère déterminant de l'erreur commise.

500. ***L'exemple des lotteries publicitaires.*** La jurisprudence relative aux loteries publicitaires permet également de vérifier la pertinence de cette exigence, du moins si l'on accepte de voir dans ces hypothèses un contrat [1779], auquel pourrait donc s'appliquer les règles relatives aux vices du consentement. En effet, depuis les arrêts de chambre mixte ayant fixé la jurisprudence [1780] sur les loteries publicitaires, la motivation des décisions de la Cour de cassation afférentes à ce contentieux laisse apparaître que les juges s'assurent que le destinataire de l'annonce de gain n'avait pas connaissance de l'erreur (volontaire) commise par l'annonceur. Ainsi la Cour énonce-t-elle souvent (nous soulignons) : « l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire, à le délivrer ». L'importance de cette condition est parfois encore mieux mise en évidence par les juges. Dans un arrêt de février 2013, les magistrats de la Cour de cassation indiquent par exempl (nous soulignons) : « l'aléa affectant l'attribution du prix doit être mi[s] clairement en évidence, à première lecture » [1781].

Or, si demain ces loteries publicitaires recommençaient à être perçues comme des contrats, les conditions aujourd'hui posées par la jurisprudence pour donner plein effet à ces annonces de gain seraient maintenues car elles équivaudraient aux conditions exigées pour admettre l'erreur, en particulier la connaissance du caractère déterminant. En effet, si l'annonceur a mis en évidence l'aléa, son destinataire ne peut pas ignorer l'erreur d'expression de l'annonceur. Par

1777. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 5e éd., Defrénois, 2011, n° 507.
1778. Outre cette différence quantitative entre les deux arrêts, il y a également une différence qualitative puisque, dans le second arrêt, il s'agissait d'une renégociation d'un prêt, ce qui donne à penser que les emprunteurs étaient sans doute familiers avec les contrats de prêt et étaient à même vérifier que les mensualités correspondaient au montant total à rembourser. Cette différence pourrait aussi expliquer que les juges aient pu se montrer dans cette espèce relativement exigeant pour déterminer si les emprunteurs avaient ou non pu reconnaître l'erreur déterminante de leur cocontractant.
1779. Pour la défense de cette analyse, cf. *infra* n° 512.
1780. Cass., ch. mixte, 6 sept. 2002, n° 98-22.981 et 98-14397, *Bull. ch. mixte,* nos 4 et 5.
1781. Cass., 1re civ., 6 fév. 2013, n° 12-10.251, *inédit,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027053140.

conséquent, si l'annonceur cherche ensuite à annuler son engagement pour erreur d'expression, le bénéficiaire ne pourra pas s'y opposer en tentant de montrer qu'il n'avait pas connaissance du caractère déterminant de l'erreur.

501. ***Bilan sur l'erreur d'expression spontanée.*** Dans ces conditions, il apparaît bien que la jurisprudence, même si elle ne mentionne pas explicitement l'exigence d'une connaissance du caractère déterminant de l'erreur, n'accepte d'annuler un contrat entaché d'une erreur que lorsque le cocontractant de l'*errans* pouvait avoir connaissance de l'erreur et de son caractère déterminant [1782].

502. Pour l'erreur d'expression provoquée. Pour attester, dans l'erreur d'expression provoquée par la violence du contractant, de la présence de l'exigence de la connaissance d'une erreur déterminante, l'on peut utiliser le même type d'argument que celui avancé plus haut pour le dol : la violence étant le fait du cocontractant, l'erreur d'expression qui en résulte était nécessairement perçue par le cocontractant : sans cette violence créée par le cocontractant, l'*errans* n'aurait pas contracté à ces conditions. En outre, étant lui-même à l'origine de cette violence, il ne mérite pas la protection que lui accordent les conditions encadrant l'admission de la nullité pour vice du consentement. Dès lors, il faut considérer que les conditions subordonnant une telle nullité sont, à son égard, automatiquement remplies.

503. Pour l'erreur d'expression exploitée. Les arguments mobilisés à propos de l'erreur d'expression provoquée par le cocontractant ne sont en revanche pas mobilisables pour l'erreur d'expression qui aurait été simplement exploitée par le cocontractant, lequel n'aurait fait que profiter de la contrainte qu'exerce sur son cocontractant un tiers ou un événement extérieur. Dans cette hypothèse, il y a lieu de rechercher s'il est possible de retrouver cette condition. Menons cette recherche en nous intéressant d'abord à la violence d'un tiers, puis à celle résultant des événements.

504. ***La violence d'un tiers.*** Lorsque les auteurs français [1783] étudient l'hypothèse où la violence est le fait d'un tiers, ils ne semblent guère s'émouvoir de ce que l'admission de la violence pourrait heurter la sécurité juridique du contractant, dans l'hypothèse où celui-ci n'aurait pas connaissance de la violence subie par son cocontractant. Charles Demolombe affirmait jadis que, dans un contrat de société, la nullité du contrat doit être admise même si les

1782. *Contra* S. Wyszogrodzka, *Étude comparative de l'erreur-obstacle en droit français et du dissentiment en droit polonais*, sous la dir. de D. Legeais, thèse de doct., Université Paris Descartes, 2011, n°s 698-699, qui avance deux arguments : l'absence d'une telle condition dans la jurisprudence et un parallèle avec l'apparence qui n'est admise que lorsque le tiers n'avait pas connaissance de la réalité. Le premier argument nous paraît erroné au regard de ce que nous avons dit plus haut sur l'erreur matérielle. Le second nous échappe en revanche, tant il semble que l'argument par analogie exposé par l'auteur commande au contraire de reconnaître l'existence de cette exigence.

1783. Comp. avec le regard critique porté sur notre droit par une autrice anglaise : C. Kennefick, « *Violence* in the Reformed Napoleonic Code: the Surprising Survival of Third Parties » *in The Code Napoléon Rewritten : French Contract Law after the 2016 Reforms*, sous la dir. de J. Cartwright et J. Whittaker, Hart Publishing, 2016.

autres associés n'ont pas connaissance de la violence [1784]. René Demogue, reprenant les idées de Théophile Huc [1785], affirmait encore plus clairement : « [p]eu importe que le contractant ne fût pas complice ou ignorât la violence » [1786]. R. Demogue, à la différence de Ch. Demolombe et Th. Huc [1787], était néanmoins conscient que cette solution était contestable, mais il semblait se satisfaire de ce que le cocontractant, qui subissait l'annulation alors qu'il ignorait tout de la violence, disposât néanmoins d'une action en responsabilité contre l'auteur de la violence [1788]. Cet auteur semblait cependant conscient que parfois cette solution conduirait à quelqu'injustice dans la mesure où la « personne innocente supporte les risques de l'absence de recours, ou de recours inefficace » [1789].

S'agissant des auteurs contemporains, du moins les auteurs français, nombre d'entre eux n'évoquent pas ou peu la question de la violence n'émanant pas du cocontractant [1790]. Quant à ceux qui s'y attardent, ils s'accommodent de la rigueur des solutions qu'impliquerait une analyse littérale du code civil soit parce que, « d'un point de vue social, le trouble causé par la violence [est] en soi plus dangereux [que celui causé par le dol] » [1791], soit parce qu'ils estiment que le cocontractant « sera donc en réalité le plus souvent complice » [1792].

La même indifférence se retrouve également en jurisprudence, ce qui s'explique peut-être par le fait que les plaideurs fourbissent leurs armes en partie à partir des instruments que leur fournit la doctrine, laquelle, nous venons de le voir, n'est guère critique vis-à-vis des conséquences auxquelles conduit l'interprétation littérale de l'actuel article 1111 ancien du code civil (article 1142 nouveau). Aucun plaideur — du moins jusqu'à il y a peu — n'avait invoqué cet argument pour faire obstacle à la nullité du contrat. Des occasions se sont pourtant présentées [1793], mais les avocats n'ont pas su s'en saisir et, le moyen n'étant pas d'ordre public, les juridictions

1784. Ch. Demolombe, *Cours de code Napoléon : Traité des contrats - 1*, 1868, URL : https://books.google.fr/books?id=zghHAAAAcAAJ&hl=fr&pg=PP9#v=onepage&q&f=false, n° 157.
1785. Th. Huc, *Commentaire théorique et pratique du code civil*, Pichon, 1894, n° 32.
1786. R. Demogue, « De la violence comme vice du consentement », *RTD Civ.*, 1914, n° 28.
1787. Th. Huc ne voit même pas le problème puisque, envisageant toutes les hypothèses que recouvrerait selon lui la violence commise par un tiers, il considère toujours que les tiers ont agi dans l'intérêt du cocontractant. Th. Huc justifie le fait que la violence puisse émaner d'un tiers inconnu du cocontractant par les difficultés qu'il y aurait, pour la personne violentée, à identifier l'auteur de la violence. Cependant, c'est là mélanger les deux aspects de la violence (l'aspect délictuel et l'aspect contractuel). En effet, lorsqu'on se demande si le consentement a été vicié, il importe peu de savoir qui est l'auteur de la violence. Seule compte l'influence de cette violence sur le consentement.
1788. R. Demogue, « De la violence comme vice du consentement », *RTD Civ.*, 1914, n° 9.
1789. *Ibid.*, n° 9.
1790. Ph. Chauvel, *Le vice du consentement*, sous la dir. de P. Malaurie, thèse de doct., Université Paris II, 1981, p. 337 s. qui, traitant longuement de l'origine de la violence, ne s'intéresse qu'à la question de savoir si la violence peut ne pas être d'origine humaine et résulter des événements.
1791. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 246.
1792. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations : 1 - Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., PUF, 2012, p. 339. *Adde* J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : Le contrat — Le consentement*, 2013, n° 1492.
1793. Not. Cass., com., 4 juin 1973, n° 72-10.782, *Bull.*, IV, n° 193, p. 174, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006990804, où la banque, qui tentait de s'opposer à l'annulation du cautionnement par la cour d'appel, aurait pu, semble-t-il, tenter de montrer qu'elle n'avait aucune connaissance des violences subies par la caution.

n'ont pas pu pallier cette insuffisance. Récemment, deux décisions de cour d'appel ont semblé subordonner l'admission d'une telle violence à la connaissance par le cocontractant du caractère déterminant de la violence exercée sur l'*errans*. Ainsi, dans un premier arrêt rendu par la cour d'appel de Douai en 2006, une banque tentait d'échapper à la nullité pour violence en relevant, semble-t-il [1794], qu'elle n'avait pas connaissance de la violence ; or, les conseillers ont rejetté cet argumentaire, non en disant qu'il était inopérant, mais en relevant que dans les faits la banque avait bien connaissance de cette violence [1795], ce qui suggère qu'à leurs yeux l'argument avait quelque pertinence. Un autre arrêt, rendu par la cour d'appel de Paris quatre ans plus tard, est encore plus clair. On y lit en effet, nous soulignons : « par application de l'article 1111 du [c]ode civil, la violence exercée par un tiers est susceptible d'entraîner la nullité de la convention, encore est-il nécessaire que ces violences aient pu être connues du cocontractant qui a consenti le crédit » [1796]. Ces arrêts, parfois relevés par les auteurs [1797], ne s'accordent pas avec l'idée dominante en doctrine suivant laquelle la violence peut émaner d'un tiers, peu important que ce tiers ait ou non connu la violence s'exerçant sur son cocontractant. S'agit-il d'arrêts d'espèce sans lendemain ? Cela n'est pas sûr pour deux raisons. D'abord, car la solution proposée par ces arrêts est conforme aux principes directeurs des vices du consentement, à savoir la conciliation des intérêts de l'*errans* et de son cocontractant, fréquemment affirmée en doctrine dans les développements liminaires aux vices du consentement [1798]. Ensuite et surtout, cette solution nous paraît conforme avec l'esprit de l'article 1111 ancien du code civil que les rédacteurs — plus ou moins directement [1799] — ont emprunté à Robert-Joseph Pothier. Développons.

Sans doute pressés par le temps, les rédacteurs du code civil ne se sont pas suffisamment

1794. L'arrêt retranscrit très imparfaitement l'argumentaire de la banque qui, s'agissant d'un arrêt d'appel, n'est pas reproduit en annexe de la décision.

1795. CA Douai, 8e chambre, 29 juin 2006, n° 05/00784, n° JurisDate 2006-321046 : « la Société Générale ne peut tirer argument de la lettre adressée par Mme X. à M. Y, versée aux débats par celle-ci, par laquelle elle s'oppose à la demande de cautionnement en écrivant "Je sais aussi que si je refuse de signer, c'est toutes les cautions qui seront obligées de payer et c'est bien pour cela que je vais signer" dès lors que cette banque occulte la fin de la phrase "mais ce n'est pas dans la plus grande liberté" ; Que cette phrase est l'expression de la violence collective qui s'exerçait à l'encontre de Mme X et traduit son impossibilité de se désolidariser du groupe ».

1796. CA Paris, Pôle 4, chambre 9, 16 sept. 2010, n° 08/09705, JurisData n° 2010-017648.

1797. B. Petit et S. Rouxel, « Art. 1110, Fasc. unique : Erreur » *in JCl. Civil Code*, 2014, n° 13.

1798. Cf. not. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 207 ; Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 12e éd., LexisNexis, 2012, n° 156 ou Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 5e éd., Defrénois, 2011, n° 495. Ces derniers auteurs en déduisent que, dans tous les vices du consentement, la loi exige « une certaine participation de l'autre partie au vice du consentement, dont, en outre, l'importance dépend de sa nature ». *Adde supra* n° 495.

1799. La disposition est peut-être reprise de l'un des projets de code réalisés lors de la période révolutionnaire — on trouve par exemple une disposition similaire dans l'article 719 du projet de code réalisé par Jean-Jacques-Régis de Cambacérès (*Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, sous la dir. de P.-A. Fenet, Videcoq, 1836, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1134629/f5.image, p. 278 ; comp. avec l'art. 149 du deuxième projet : *ibid.*, p. 124) — et sur lesquels les rédacteurs du code civil se sont aussi très largement appuyés. Sur l'influence de ces avant-projets sur le code civil finalement adopté, ainsi que parfois sur leur prévalence par rapport aux travaux des pères officiels du code civil que sont Domat et Pothier, cf. J. Gaudemet, « Pothier et Jacqueminot. À propos des sources du Code civil de 1804 » *in Le rôle de la volonté dans les actes juridiques : Études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, 2000 ; J.-L. Halpérin, « L'histoire de la fabrication du code. Le code : Napoléon ? », *Pouvoirs,* 2001, vol. 107.

efforcés de rendre compte de la pensée de R.-J. Pothier lorsqu'ils ont rédigé l'article 1111 ancien du code civil en s'appuyant sur ses écrits. En effet, l'on ne retrouve dans l'article 1111 ancien que les seuls propos liminaires du §23 du *Traité des obligations* et non ce qui suit. Plus précisément, le §23 débute ainsi (nous soulignons) : « [l]orsque la violence qu'on a exercée contre moi pour me forcer à contracter a été exercée par un tiers, sans que celui avec qui j'ai contracté en ait été participant, le droit civil ne laisse pas de venir à mon secours, et il rescinde toutes les obligations contractées par violence, de quelque part que soit venue la violence ». Cependant la réflexion de R.-J. Pothier ne se limite pas à cela, comme l'ont peut-être cru les rédacteurs du code civil. R.-J. Pothier ajoute ensuite que Hugo Grotius n'est pas tout à fait d'accord avec ce que lui-même vient d'écrire puisque, pour H. Grotius, l'action ouverte en cas de violence n'existe pas « aux termes du pur droit naturel ». R.-J. Pothier relativise toutefois l'autorité de cette opinion en indiquant que « Pufendorf et Barbeyrac pensent au contraire [de Grotius] que dans les termes mêmes du pur droit naturel, lorsque j'ai été contraint par violence à contracter, le contrat ne m'oblige point, quoique celui avec qui j'ai contracté n'ait aucune part à la violence » et R.-J. Pothier expose ensuite longuement les justifications de cette idée. Puis — et c'est là le second appui de la pensée de R.-J. Pothier sur la question de la violence du fait d'un tiers — débute un §24 où R.-J. Pothier indique que Samuel Pufendorf pose une exception à la règle selon laquelle le contrat ne serait pas obligatoire en cas de violence exercée par un tiers, à savoir l'hypothèse dans laquelle « j'aurais promis quelque chose à quelqu'un pour qu'il vînt à mon secours, et qu'il me délivrât de la violence qu'un autre exerçait sur moi. Par exemple, si, étant attaqué par des voleurs, j'aperçois quelqu'un à qui je promets une somme pour qu'il me vienne délivrer d'entre leurs mains, cette obligation, quoique contractée sous l'impression de la crainte de la mort, sera valable » [1800]. À s'en tenir à la lecture du seul §24 il peut sembler que R.-J. Pothier se désolidarise de cette opinion. En effet, au début du §23, R.-J. Pothier a indiqué une règle générale à laquelle déroge l'opinion de S. Pufendorf exposée dès le début du §24, d'où l'impression que peut avoir le lecteur d'une opposition entre les opinions du premier et du second. En outre, le §24 se termine par une phrase de R.-J. Pothier qui semble s'écarter de l'opinion de S. Pufendorf suivant laquelle est valable l'obligation contractée avec un tiers pour qu'il délivre une personne d'un attaque de voleurs qu'elle subit. En effet R.-J. Pothier estime que dans une telle hypothèse, « [n]éanmoins si j'avais promis une somme excessive, je pourrais faire réduire mon obligation à la somme à laquelle on apprécierait la juste récompense du service qui m'a été rendu ». L'adverbe « néanmoins » paraît ici, à première vue, signifier une opposition entre S. Pufendorf et R.-J. Pothier. S. Pufendorf dirait que l'obligation serait valable, alors que pour Pothier elle ne le serait pas tout à fait, puisqu'elle pourrait être réduite.

Cependant, une lecture plus attentive du §24, à la lumière du §23, révèle qu'il n'y a nulle opposition entre R.-J. Pothier et S. Pufendorf et que le premier adhère au §24 à l'opinion du second — tout comme, au §23, le premier avait déjà adhéré à une autre opinion du second.

1800. Le passage original se trouve dans le Livre III, Chapitre 6, n° 11 de l'ouvrage, *De jure naturae et gentium*, paru en 1672.

Certes, à la fin du §24, R.-J. Pothier paraît prendre quelque peu ses distances avec S. Pufendorf lorsqu'il envisage l'hypothèse d'une réduction du prix. Cependant, cette distance doit être sérieusement relativisée car elle ne constitue nullement une dérogation aux idées de S. Pufendorf, mais bien davantage une précision de ces idées. En effet, S. Pufendorf adhérait aussi à l'idée d'une révision du prix en cas d'excès et, s'il n'a pas pris la peine de l'évoquer dans le passage cité par R.-J. Pothier, c'est parce que S. Pufendorf, qui admettait d'une manière générale la révision lorsque la lésion était considérable [1801], n'avait pas besoin, dans le cas particulier de la violence, de rappeler la possibilité d'une telle révision.

Quoi qu'il en soit, il apparaît que le texte de R.-J. Pothier n'est pas particulièrement clair, ce qui pourrait expliquer la confusion des rédacteurs du code civil. Le manque de clarté s'aggrave en outre lorsque, retrouvant les propos de S. Pufendorf sur lesquels R.-J. Pothier s'appuie, l'on prend conscience que R.-J. Pothier a bien maladroitement retranscrit la pensée de ce juriste allemand. En effet, R.-J. Pothier, au lieu de mentionner l'idée générale défendue par S. Pufendorf — ce qui aurait rendu son propos beaucoup plus clair —, se contente de citer l'exemple de la personne attaquée par des voleurs que S. Pufendorf donne pour illustrer son idée. L'idée directrice de Pufendorf était la suivante : la violence n'entraîne la nullité du contrat, lorsqu'elle est le fait d'un tiers, que si ce tiers est l'instigateur de la violence ou s'il en est le complice. À défaut, dit-il : « il est vrai sans aucune hésitation » que la personne violentée demeure obligée [1802]. Ayant sans doute égaré la référence du passage où Pufendorf exposait cette idée [1803], R.-J. Pothier a exposé de tête la pensée de Pufendorf et c'est dans sa mémoire l'exemple frappant qui a pris le pas sur l'idée générale.

Dès lors, si les rédacteurs du code civil avaient voulu traduire dans le code civil toute la complexité de la pensée de R.-J. Pothier — à supposer qu'ils l'aient lu attentivement et qu'ils n'aient pas seulement recopié l'article 1111 dans un des précédents projets de code [1804] —, ils auraient dû tenir compte de l'exception mentionnée par S. Pufendorf et complétée par R.-J. Pothier. Mais qu'aurait-il fallu alors ajouter ? Comment synthétiser les remarques de R.-J. Pothier ayant passé sous silence la *ratio legis* de l'exemple rapportée par S. Pufendorf ? La

1801. D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, 2e éd., Économica, 2012, p. 414.

1802. Voici le passage, tel qu'on peut le lire dans une traduction en anglais du XVIIIe siècle : « For this is true beyond Dispute, that in case I have taken an *Obligation* upon me through Fear or Mischief, threatened by a *third Person*, neither at the Instigation, nor with the Confederacy of the Party to whom the Engagement was made, I stand firmly bound to perform what I promis'd him.

For there appears no Fault in him, which might render him incapable of acquiring a *Right* upon me ; and on the contrary, he may justly challenge a Requital, in that he lent me his Assistance, in warding off the Danger I apprehended from another Quarter. Thus, if I hire a Guard of Soldiers to defend me against Robbers, I am no doubt obliged strictly to apply them the Price of their Service » (S. Pufendorf, *Of the laws of nature and nations*, avec une préf. de B. Kennet, L. Lichfield, 1703, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k95829z, p. 219).

1803. Lorsque R.-J. Pothier, dans son *Traité des obligations*, cite S. Pufendorf, il indique généralement ses sources (cf. not. §19 ou §111 du traité). Or, tel n'est pas le cas aux §23 et 24 que nous venons de citer. Son oubli à cet endroit, ainsi que l'imprécision de la citation, portent à croire que R.-J. Pothier a écrit ce paragraphe sans avoir sous les yeux le *De jure naturae et gentium* de S. Pufendorf, annoté par J. Barbeyrac et sur lequel R.-J. Pothier travaillait.

1804. Rappr. *supra* note n° 1799.

tâche a pu paraître sans doute délicate aux rédacteurs du code civil qui, n'ayant pas forcément l'ouvrage de S. Pufendorf sous la main, et quand bien même ils l'auraient eu, n'ayant pas le temps de chercher une référence aux écrits de S. Pufendorf que R.-J. Pothier n'avait pas donnée, ont pu se contenter d'écrire l'article 1111 du code civil à la seule lumière du début du §23 du *Traité des obligations* de R.-J. Pothier, occultant ainsi la suite de l'enseignement de R.-J. Pothier.

Aujourd'hui, il nous semble pourtant que l'exigence tenant à la connaissance du caractère déterminant permet de traduire fidèlement la pensée de R.-J. Pothier. Si, dans l'hypothèse où le tiers a obtenu un avantage excessif, R.-J. Pothier se prononce pour la révision du contrat (autrement dit son annulation partielle suivie de sa réformation [1805]), c'est parce que le cocontractant de la personne violentée, ayant assisté à l'agression du passant par les voleurs, sait que le prix qui est demandé à ce passant — ou que ce dernier propose pour mieux convaincre son interlocuteur de l'aider — est excessif et que ce passant ne l'aurait pas accepté s'il n'avait pas été agressé. Autrement dit, dans l'exemple donné par R.-J. Pothier, la personne qui propose son assistance sait que, si la personne agressée accepte son offre comportant un prix excessif, son acceptation est déterminée par l'agression que subit cette personne. Au contraire, dans l'hypothèse où le prix est juste, ce qui correspond à l'hypothèse envisagée par S. Pufendorf [1806], alors la violence est sans incidence sur le contrat, car celle-ci n'a entraîné aucun décalage entre la volonté interne et la volonté déclarée : l'individu ayant demandé de l'assistance aurait contracté dans les mêmes conditions si le mal auquel il était confronté n'avait été que futur et non si oppressant par son caractère actuel.

Au regard de ces éléments historiques, l'on ne peut que se réjouir que les cours d'appel de Paris et de Douai, dans les arrêts précités, aient pu renouer avec les sources réelles (R.-J. Pothier et S. Pufendorf) [1807] du code civil et redonner ainsi à l'article 1111 ancien de ce code un sens que ses rédacteurs avait rendu inaccessible et que n'ont pas perçu les réformateurs actuels du code civil [1808]. La violence émanant du tiers ne peut entraîner la nullité du contrat que si son caractère déterminant a été connu du cocontractant. Ce faisant, le code civil rejoint

1805. Ph. Chauvel, *Le vice du consentement*, sous la dir. de P. Malaurie, thèse de doct., Université Paris II, 1981, n° 972 pour qui « dans l'esprit de l'auteur [R.-J. Pothier], la convention serait nulle, au moins pour la partie qui dépasse la juste rémunération du service rendu ».
1806. Cet auteur admettant la lésion, il ne pouvait pas envisager, comme le fait Pothier, l'hypothèse d'un prix excessif. Cf. *supra*, p. 471.
1807. La source formelle pouvant être l'article l'article 719 du « troisième projet Cambacérès » : *supra* n° 1799.
1808. L'art. 1142 nouveau dispose en effet que « La violence est une cause de nullité qu'elle ait été exercée par une partie ou par un tiers ».

les codifications les plus récentes qui, à l'instar du code civil néerlandais [1809] ou du DCFR [1810], adoptent une telle solution [1811].

505. ***La violence émanant des éléments.*** Lorsque la violence procède des événements, autrement dit qu'elle résulte d'un état de nécessité ou d'une contrainte économique, et que le tiers exploite ces circonstances, la jurisprudence actuelle admet désormais sans trop d'hésitations que la personne subissant cette violence puisse obtenir la nullité du contrat. Néanmoins, cette admission de la violence est subordonnée à des conditions spéciales dont l'étude permet également de faire apparaître l'exigence de la connaissance par le cocontractant du caractère déterminant de l'erreur.

En effet, lorsque la jurisprudence accepte de prendre en considération la violence résultant des événements, elle ne le fait que lorsque le cocontractant de l'*errans* pouvait avoir conscience du décalage existant entre la volonté interne et la volonté déclarée de l'*errans*, décalage résultant de l'état de nécessité dans lequel celui-ci était placé et qui l'a conduit à demander du secours à d'autres, en espérant qu'autrui interviendrait, attiré par l'appât du gain. En effet, la nullité n'est prononcée que lorsque les juges estiment, notamment [1812] au vu du déséquilibre manifeste des prestations, que le cocontractant avait nécessairement connaissance de l'état de violence et de son caractère déterminant pour le consentement. Ainsi, dans un arrêt du 24 mai 1989, la Cour de cassation a refusé d'annuler un contrat sur le fondement de l'état de nécessité, équivalent notionnel à la violence [1813], au motif que le cocontractant de l'*errans* n'avait pas

1809. Art. 3:35 du code civil néerlandais. Ce texte, traduit par nos soins avec l'aide de P. W. Hollander que nous remercions ici, dispose : « À l'encontre d'une personne qui, compte tenu des circonstances, a pu raisonnablement interpréter la déclaration ou le comportement d'une autre personne comme une déclaration d'un certain contenu qui lui était adressé, nul ne peut soutenir qu'il n'y a pas une volonté correspondant à cette déclaration. » Exiger, comme le fait ce texte, que le cocontractant ait « pu raisonnablement interpréter » la déclaration qui lui était adressée, implique l'exigence que ce cocontractant n'ait pas eu connaissance du caractère déterminant de l'erreur d'expression car, sinon, son interprétation ne serait assurément pas « raisonnable ».

1810. Art. II.—7:208 DCFR (traduction par nous) : « (1) Quand une tierce personne, dont l'une des parties au contrat est responsable ou qui agit avec l'accord d'une de ces parties, est impliquée dans la formation d'un contrat : / (a) soit cause une erreur ou connaît ou pouvait raisonnablement avoir connaissance d'une telle erreur, / (b) soit est coupable de fraude, coercition, menace ou d'exploitation abusive, alors les remèdes prévus par cette Section sont disponibles comme si le comportement ou la connaissance avaient été ceux de la partie au contrat ».

1811. Pour un état des lieux des différentes législations européennes sur cette question, cf. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, sous la dir. de C. von Bar, E. Clive et H. Schulte-Nölke, Sellier, 2009, URL : http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf, p. 530-531.

1812. « [S]i les juges doivent tenir compte de tous les éléments concourant à révéler l'abus de situation de dépendance économique, l'avantage excessif peut certainement en être l'un de ses indicateurs, surtout lorsqu'il aboutit à confisquer l'intérêt du contrat. Il n'est cependant pas le seul » (J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : Le contrat — Le consentement*, 2013, n° 1508).

1813. Sur cette équivalence, cf. Cass., 1re civ., 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Bull.*, 1, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007043709, affirmant que « la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion ». L'hésitation avait été un temps permise, compte tenu de certains arrêts insistant avant tout sur le déséquilibre des prestations, sans relever l'influence de ce déséquilibre sur le consentement de la personne souffrant du déséquilibre. Les textes nouveaux maintiennent cette analyse ; cf. art. 1143 c. civ. : « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte

« impos[é] des conditions anormalement onéreuses » [1814]. De même, mais acceptant cette fois la violence, la chambre sociale, en 1965, avait approuvé une cour d'appel d'avoir prononcé la nullité d'un contrat sur le fondement de la violence, après avoir constaté que l'employeur avait imposé au salarié, subissant la violence des événements, des « clauses draconiennes » [1815].

D'autres fois, sans passer par le biais d'un déséquilibre significatif, la jurisprudence ouvre la porte à la violence si se trouve rapportée la preuve d'une « exploitation abusive d'une situation de dépendance économique », semblant exiger par là que le cocontractant de l'*errans* ait eu (ou aurait dû avoir) connaissance de ce que l'*errans* n'aurait pas contracté à de telles conditions s'il n'avait pas été en situation de dépendance économique [1816]. Ainsi, dans un arrêt récent de 2002, la Cour a censuré des juges du fond qui avaient admis la violence dans une pareille hypothèse, alors qu'ils n'avaient pas caractérisé une « exploitation abusive » par le cocontractant de la violence subie par l'*errans* [1817]. À l'inverse, la chambre sociale, en 1965, avait approuvé une cour d'appel d'avoir prononcé la nullité d'un contrat sur le fondement de la violence, après avoir constaté que l'employeur avait imposé au salarié, subissant la violence des événements, des « clauses draconiennes » [1818].

Il apparaît donc que la connaissance par le cocontractant du caractère déterminant de l'erreur se retrouve dans la violence exploitée par celui-ci, que cette violence provienne d'un tiers ou qu'elle résulte des événements.

b. Le caractère excusable de l'erreur

506. Plan. La lecture des développements consacrés par les auteurs aux différents vices du consentement étudiés (erreur d'analyse, dol, violence et erreur d'expression) ne permet pas *a priori* de conclure à leur commune subordination à l'exigence d'une erreur excusable. En effet, une telle exigence n'est évoquée par les auteurs et la jurisprudence que pour l'erreur sur la substance, le dol et la réticence dolosive, autrement dit, pour toutes les formes d'erreur d'analyse (**i.**). Cependant, il sera montré que cette exigence se retrouve aussi dans l'erreur

et en tire un avantage manifestement excessif ».

1814. Cass., 1re civ., 24 mai 1989, n° 87-10.654, *Bull.,* I, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007022961.

1815. Cass., soc., 5 juil. 1965, *Bull.,* V, n° 545, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006969540.

1816. Jusqu'à présent, la jurisprudence n'a pas donné une telle interprétation de l'expression « exploitation abusive d'une situation de dépendance économique ». Cependant l'on ne peut s'empêcher de constater qu'elle se trouve en adéquation avec le courant jurisprudentiel admettant la violence lorsque le déséquilibre est manifestement excessif. En effet, ce qui est manifeste est connu. D'autre part, l'exigence d'une connaissance par le cocontractant du caractère déterminant de l'erreur est une règle qu'on retrouve partout ailleurs et qui permet de ménager les intérêts du cocontractant ; il est donc raisonnable de penser qu'elle pourrait ici aussi être appliquée. Avec un tel critère, l'exigence d'un abus de dépendance, dont le caractère flou est souvent précisé (not. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : Le contrat — Le consentement*, 2013, n° 1504), gagnerait sensiblement en précision.

1817. Cass., 1re civ., 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *Bull.,* I, n° 108, p. 84, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007046814.

1818. Cass., soc., 5 juil. 1965, *Bull.,* V, n° 545, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006969540.

d'expression (**ii.**). Dans chacune de ces erreurs, la démonstration sera menée pour les trois degrés d'erreur examinés plus haut : l'erreur spontanée, provoquée ou exploitée.

i. Le caractère excusable de l'erreur d'analyse

507. Pour l'erreur d'analyse spontanée. L'exigence du caractère excusable [1819] ne fait, pour l'erreur d'analyse spontanée, aucun doute à la lecture de la jurisprudence n'acceptant la nullité qu'en cas d'erreur excusable [1820]. Par ce caractère excusable, la jurisprudence cherche, semble-t-il, à sanctionner l'*errans* négligent — l'on ne parlera pas pour autant de faute — auquel il incombait de se renseigner [1821].

Le *concept* d'erreur excusable ici retenue ne se limite pas toutefois à la seule *notion* d'erreur excusable, telle que reconnue en droit positif ; il semble qu'il faille également intégrer au concept d'erreur excusable, l'erreur sur la valeur. En effet, le refus de prise en compte de cette dernière comme vice du consentement en droit positif peut être compris comme la sanction d'une négligence de l'*errans* à s'informer sur la valeur du bien. Sans doute, dans la mesure où la notion d'obligation de se renseigner n'a été que tardivement découverte, les auteurs n'ont pas initialement rattaché l'erreur sur la valeur au caractère excusable. Même les membres de la Commission de réforme du code civil, si novateurs à certains égards — notamment par la reconnaissance d'une « obligation de déclaration » justifiant l'admission de la réticence dolosive —, n'avaient pas songé à rapprocher ces deux notions juridiques. Pourtant, grâce au concept d'obligation de s'informer, il est permis d'intégrer le concept d'erreur sur la valeur dans celui d'erreur inexcusable : si l'erreur sur la valeur est une « erreur indifférente », comme le disent parfois les auteurs [1822], c'est parce qu'elle révèle que l'*errans* ne s'est pas suffisamment informé

1819. Sur cette exigence, cf. not. B. Waltz, *Le dol dans la formation des contrats : essai d'une nouvelle théorie*, sous la dir. de S. Porchy-Simon, thèse de doct., Université Jean Moulin - Lyon III, 2011, n°s 173-180.

1820. Not. Cass., 1re civ., 14 sept. 2004, n° 01-03.523, I, n° 326, p. 271, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007049859.

1821. Sur l'« obligation » de se renseigner, cf. P. Jourdain, « Le devoir de *se* renseigner », *D.,* 1983, chron., XXV, p. 140. Il s'agit cependant moins d'une *obligation* que d'une *incombance* (sur ce concept cf. M. Séjean, *La bilatéralisation du cautionnement*, sous la dir. de D. Houtcieff, thèse de doct., Université d'Évry-val-d'Essonne, 2011, LGDJ et Lextenso, n°s 273 s. ; F. Luxembourg, *La déchéance des droits : Contribution à l'étude des sanctions civiles*, sous la dir. de A. Ghozi, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2007, Éditions Panthéon-Assas, n°s 91 s. B. Freleteau, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, sous la dir. de L. Sautonie-Laguionie, thèse de doct., Université de Bordeaux, 2017, LGDJ et Lextenso éditions). En effet, la violation de cette « obligation » de se renseigner n'est pas sanctionnée en soi, mais seulement si l'*errans* entend invoquer son erreur. Le fait qu'il s'agisse d'une incombance plutôt que d'une obligation nous conduit à ne pas parler de *faute* pour désigner l'hypothèse d'un non-respect de l'incombance, le terme de faute paraissant plutôt utilisé pour les obligations. Pour l'incombance, il est d'usage de parler plutôt de déchéance ou tout simplement de méconnaissance de l'incombance. L'usage ne paraît toutefois pas toujours très suivi ; cf. not. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations : 1 - Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., PUF, 2012, p. 319 disant « une erreur inexcusable, au sens de la jurisprudence, est tout simplement une erreur fautive, c'est-à-dire une erreur qui est la conséquence de la propre faute de l'*errans* ». *Adde* Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 5e éd., Defrénois, 2011, n° 507 écrivant que « la partie qui, par sa faute, a créé une erreur matérielle qui lui cause préjudice, ne peut la faire rectifier, si l'autre partie n'avait pu s'en rendre compte ».

1822. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 220.

alors qu'il aurait pu le faire [1823]. Or, le manquement à cette obligation paraît bien être l'un des principaux cas où le caractère excusable de l'erreur n'est pas admis.

508. Pour l'erreur d'analyse provoquée. Le caractère excusable de l'erreur s'observe également pour l'erreur provoquée par le dol du cocontractant. Ainsi, dans un arrêt de 1977, la Cour de cassation a approuvé des juges du fond d'avoir affirmé, en présence d'un dol, que l'erreur était excusable, sans avoir à motiver davantage leur décision [1824]. Par là, il semble que la Cour de cassation ait voulu signifier que la caractérisation d'un dol est, en soi, une justification suffisante à l'établissement du caractère excusable de l'erreur. Ceci se confirme à la lecture d'une décision de 2001 où la Cour a affirmé, certes à propos de la réticence dolosive, que la « réticence dolosive (...) rend toujours excusable l'erreur provoquée » [1825]. Affirmée par la première chambre civile, la solution a depuis été reprise, notamment par la chambre commerciale [1826] de la Cour de cassation.

Un tel raisonnement doit être bien compris. Il ne signifie pas que la condition d'erreur excusable n'est pas présente dans le dol. Il signifie plutôt que, aux yeux de la Cour, cette condition est toujours remplie. La formule est-elle juste ? Pas vraiment, car elle oublie que le dol n'est pas forcément mauvais. Il y a le bon et le mauvais dol [1827]. Or, seul le mauvais dol est sanctionné. Dès lors, affirmer que le dol rend toujours l'erreur excusable est inexact. Mieux vaut affirmer que le mauvais dol rend toujours l'erreur excusable. Quoi qu'il en soit, l'on voit qu'en présence d'une erreur provoquée, la jurisprudence constate bien la présence du caractère excusable de l'erreur. Ceci s'explique pour les mêmes raisons que celles évoquées plus haut à propos de l'exigence que le cocontractant connaisse le caractère déterminant de l'erreur : à partir du moment où ce caractère excusable vise à protéger l'intérêt du cocontractant, il est normal que cette condition soit remplie lorsque le cocontractant est de mauvaise foi, compte tenu du mauvais dol dont il est l'auteur.

509. Pour l'erreur d'analyse exploitée par le cocontractant. Le raisonnement développé par la Cour de cassation à propos du dol a été, nous l'avons mentionné, par la suite

1823. Une telle obligation de se renseigner sur la valeur du bien résulte de l'article 1118 ancien c. civ. qui refuse, en principe, de sanctionner la lésion (rappr. article 1168 nouveau). Or, la non sanction de la lésion n'est qu'un des corollaires d'une telle obligation de chacune des parties au contrat de s'informer sur la justesse du prix. Cf. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 220 ou G. Lardeux, « La réticence dolosive n'est pas un dol comme les autres », *D.,* 2012, p. 2990, liant ainsi erreur sur la valeur et refus de la lésion. On peut également l'inférer, dans le nouveau code civil de l'article 1137 al. 3.

1824. Cass., 1re civ., 23 mai 1977, n° 76-10.716, *Bull.,* I, n° 244, p. 191, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006998951 : « la cour d'appel, ayant retenu que c'était le silence du mandataire des vendeurs, qui revêtait un caractère dolosif, qui avait provoqué l'erreur des époux Z..., a par là-même justifié le caractère excusable qu'elle a reconnu à cette erreur ».

1825. Cass., 3e civ., 21 fév. 2001, n° 98-20.817, *Bull.,* III, n° 20, p. 17, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007043792.

1826. Cass., com., 13 fév. 2007, n° 04-16.520, *inédit,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007506728.

1827. Cf. É. Casimir, « Le *dolus bonus*, une notion à réhabiliter » *in Les pilliers du droit civil*, sous la dir. de N. Laurent-Bonne, N. Pose et V. Simon, Mare & Martin, 2014.

étendu à la réticence dolosive [1828], ce qui n'était guère surprenant au regard du rattachement habituel de la réticence dolosive au dol. Une telle extension a cependant été critiquée par Jean Mouly qui, fort justement, a entendu montrer l'illogisme de cette solution [1829]. Comme l'indique le titre même d'un des articles de cet auteur, « [l]a réticence dolosive suppose, mais ne rend pas l'erreur excusable ». Cette affirmation procède de ce que lorsqu'il y a une réticence dolosive, c'est qu'en réalité pèse sur le contractant une obligation de renseigner son cocontractant victime d'une erreur. Or, selon J. Mouly, le fait qu'il pèse une telle obligation sur le cocontractant de l'*errans* signifie que, à l'inverse, aucune obligation de se renseigner ne pèse sur l'*errans*. L'auteur invoque en ce sens une raison d'économie conceptuelle [1830]. À cet argument, l'on peut en ajouter un autre. Raisonnons par l'absurde : si l'*errans* était également tenu de se renseigner, son cocontractant pourrait lui opposer sa négligence de façon à faire obstacle à l'action en nullité, mais l'*errans* pourrait alors lui répondre que lui aussi a été négligent. Si une telle situation devait se présenter à un juge, ce dernier serait bien en peine de décider s'il doit ou non prononcer la nullité. S'agissant d'une question de nullité et non de responsabilité, ce juge ne pourrait pas prononcer une demi-nullité, alors qu'il pourrait prononcer une responsabilité aux torts partagés. Pour ces deux raisons, il convient donc de considérer qu'il ne peut exister, sur un même objet, qu'une seule obligation d'information : soit une obligation de s'informer, soit une obligation d'informer autrui. Ceci étant précisé, il est alors possible de comprendre les propos de J. Mouly : s'il est faux de dire que la réticence dolosive rend l'erreur excusable, c'est parce que cette phrase signifierait que la réticence dolosive, à l'image du dol, pourrait effacer la négligence de l'*errans*, laquelle serait alors *rendue* excusable. Or, dit J. Mouly, en présence d'une réticence dolosive, l'*errans* ne peut en aucun cas avoir commis une négligence à s'informer, car c'est son cocontractant qui devait l'informer. Dès lors, le caractère excusable est bien l'une des conditions qui doit être vérifiée pour qu'il y ait réticence dolosive. C'est en ce sens que J. Mouly peut affirmer que la réticence dolosive *suppose* le caractère excusable de l'erreur. Où l'on voit donc que si, dans le dol comme dans la réticence dolosive, l'erreur

1828. Cass., 3e civ., 21 fév. 2001, n° 98-20.817, *Bull.,* III, n° 20, p. 17, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007043792 ou Cass., com., 13 fév. 2007, n° 04-16.520, *inédit,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007506728.

1829. J. Mouly, « La réticence dolosive suppose, mais ne rend pas excusable l'erreur de l'autre partie », *JCP G,* 17 sept. 2012, n° 981.

1830. *Contra* G. Lardeux, « La réticence dolosive n'est pas un dol comme les autres », *D.,* 2012, p. 2988. Tout en parvenant à une conclusion similaire à celle de J. Mouly — la réticence dolosive ne rend pas l'erreur excusable —, cette autrice estime que deux obligations d'information peuvent exister concomitamment. Cependant, à ses yeux, la méconnaissance par l'*errans* de son obligation d'information est bien plus grave que le silence de son cocontractant. Dès lors, l'on ne saurait admettre que la réticence dolosive suffise à rendre l'erreur excusable. Le raisonnement ne séduit pas pleinement. En effet, à quoi sert-il que pèse sur l'*errans* une obligation de s'informer dont son cocontractant serait le créancier si ce créancier ne dispose d'aucun droit pour agir ? Plus fondamentalement, pour qu'une norme soit juridique, encore faut-il que le bénéficiaire de cette norme dispose de voies de droit pour en demander le respect. Or, tel n'est pas le cas en l'espèce puisque le cocontractant de l'*errans* ne pourra semble-t-il jamais se plaindre de cette prétendue « faute » de l'*errans*. Dès lors, il apparaît bien préférable, comme le fait J. Mouly, de refuser que, sur un même objet, puisse exister à la charge de l'*errans* une obligation de s'informer, obligation dont son cocontractant serait créancier, et à la charge du cocontractant une obligation d'informer l'*errans*, dont ce dernier serait bénéficiaire.

excusable est bien présente, sa preuve n'est pas rapportée de la même façon. Alors que, dans le dol, le caractère excusable est automatiquement déduit de la provocation de l'erreur par un mauvais dol [1831], dans la réticence dolosive, il doit être positivement prouvé en établissant que l'obligation d'information pesait non sur l'*errans*, mais sur son cocontractant.

510. Comparaison entre l'erreur d'analyse provoquée et l'erreur d'analyse exploitée. Une telle différence d'approche n'est pas neutre ; elle conduit notamment à une divergence des solutions en présence d'une erreur sur la valeur. En effet, alors que l'erreur sur la valeur est toujours admise en présence d'un dol, elle ne l'est en revanche que très exceptionnellement en présence d'une réticence dolosive [1832]. Précisons. En présence d'un dol *stricto sensu*, la Cour a pu par exemple affirmer que « l'erreur du cessionnaire sur la valeur des titres sociaux, dès lors qu'elle a été provoquée par une manoeuvre du cédant, peut justifier l'annulation de l'acte de cession pour dol » [1833]. Si la Cour en a décidé ainsi c'est parce qu'elle a estimé que, du fait de ses provocations, le cocontractant ne méritait aucune protection et que les conditions destinées à le protéger devaient donc être réputées accomplies. Telle n'a pas été sa démarche lorsqu'en 2007 [1834] ou, moins clairement, en 2000 [1835], la Cour de cassation a refusé, au visa de l'article 1116 du code civil, de prononcer la nullité d'un contrat où une réticence dolosive était invoquée. Pour la Cour, « l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis ». Certes, l'action de l'acquéreur pouvait paraître moralement critiquable. Cependant, comme en l'espèce il pesait déjà sur le vendeur une obligation de s'informer sur la valeur du bien, la Cour a refusé d'imposer à l'acquéreur une obligation d'information. D'où le rejet de la demande en nullité. Où l'on aperçoit d'ailleurs l'intérêt de distinguer, plus nettement qu'en droit positif [1836], l'erreur exploitée de l'erreur provoquée.

1831. Comp. S. Lequette, *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, sous la dir. de C. Brenner, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2012, Économica, n° 377, qui semble suggérer que la réticence dolosive supposerait en outre que l'information soit « essentielle ». À la réflexion, cette exigence n'est que l'application de l'exigence du caractère déterminant de l'erreur. L'on ne saurait donc y voir, comme le fait cette autrice à propos des « contrats-coopération », une spécificité de la réticence dolosive.

1832. À partir de 1996 (Cass., com., *Vilgrain*, 27 fév. 1996, n° 94-11241, *Bull.*, IV, n° 65, p. 50, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?&idTexte=JURITEXT000007035060&fastReqId=1281565192), cela a été admis à propos de la cession de droits sociaux faite par un associé d'une société au dirigeant social de celle-ci dès lors que celui-ci était tenu d'un devoir de loyauté particulier à l'égard de celui-là. Sur les raisons de cette jurisprudence, cf. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : Le contrat — Le consentement*, 2013, n°s 1418 s.

1833. Cass., com., 12 mai 2015, n° 14-12.473, *inédit*, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030606051.

1834. Cass., 3e civ., 17 jan. 2007, n° 06-10.442, *Bull.*, III, n° 5, p. 3, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000017626339.

1835. Cass., 1re civ., *Baldus*, 3 mai 2000, n° 98-11.381, *Bull.*, I, n° 131, p. 88, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007043587.

1836. La réticence dolosive est en effet rattachée au dol. Le rattachement était le fait naguère de la jurisprudence, il résulte désormais du code. Cf. art. 1137 al. 2 : « Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle [...] ». Relevons toutefois que l'ordonnance de ratification du droit des contrats a accentué le détachement du dol de la réticence dolosive en explicitant le fait que la réticence portant sur la valeur du bien n'était pas dolosive (art. 1137 al. 3).

À ce stade, il est permis de se demander si le caractère excusable de l'erreur est bien une condition de l'erreur lorsque celle-ci est provoquée. En effet, si cette condition est toujours remplie dans une telle hypothèse, ce qui permet notamment d'admettre la prise en compte de l'erreur lorsqu'elle porte sur la valeur, n'est-ce pas en réalité parce que cette condition n'est pas exigée lorsque le cocontractant a eu un comportement tel qu'il ne mérite plus d'être protégé contre le risque d'annulation ? Nous laissons pour l'instant cette question en suspens, dans la mesure où sa réponse nécessite d'autres éléments qui seront ultérieurement apportés [1837]. Gardons pour l'instant à l'esprit l'idée initiale : le caractère excusable est toujours exigé pour l'erreur d'analyse, même si la preuve de ce caractère est, pour l'erreur provoquée, toujours établie.

ii. Le caractère excusable de l'erreur d'expression

511. Pour l'erreur d'expression spontanée. La confusion de l'erreur-obstacle et de l'erreur d'expression paraît avoir induit en erreur la jurisprudence et la doctrine quant à l'exigence d'une erreur d'expression *excusable*. En effet, si cette exigence n'a aucun sens pour l'erreur-obstacle [1838], elle est au contraire pertinente pour l'erreur d'expression spontanée, c'est-à-dire celle non provoquée par la violence. Comme l'ont récemment relevé plusieurs auteurs, aussitôt que l'on admet que la protection de la sécurité juridique du cocontractant de l'*errans* implique de restreindre le jeu de l'action en nullité [1839], alors il n'y a aucune raison de ne prévoir ces conditions que pour l'erreur d'analyse et non pour l'erreur d'expression. Le caractère excusable s'impose pour tous ces types d'erreurs [1840].

1837. *Infra* n° 534.

1838. Parce qu'il ne s'agit pas d'annuler le contrat, mais uniquement de déterminer si les normes créées par chacune des parties sont ou non en vigueur, il n'est pas nécessaire de protéger la partie souffrant de l'annulation en restreignant les conditions d'une telle annulation.

1839. L'opinion contraire a cependant été soutenue, notamment par C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, sous la dir. de J. Ghestin, thèse de doct., Université Paris I, 1992, LGDJ, n° 430, pour qui la nullité ne devrait être subordonnée qu'au caractère déterminant de l'erreur. Pour cette autrice, imposer d'autres conditions, reviendrait à exiger l'absence de faute de l'*errans* or se fonder ici sur la faute serait, toujours selon elle, confondre les techniques de nullité et de responsabilité. Pour une réfutation de cette opinion, cf. F. Limbach, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales des contrats. De l'utilité du concept de la déclaration de volonté*, sous la dir. de C. Witz et S. Peruzetto, thèse de doct., Université Toulouse 1 et Université de la Sarre, 2004, LGDJ, n° 426 : « s'il est vrai qu'il ne faut pas confondre les concepts de nullité et de responsabilité, celui de la faute a ici un domaine plus large que celui de la responsabilité et il peut tout à fait jouer un rôle en matière de consentement et de nullité des contrats ». Les deux arguments semblent pertinents et, ainsi formulés, il paraît difficile de trancher. Il semble néanmoins possible de concilier ces deux opinions en remarquant qu'ici il ne s'agit pas tant d'une faute, au sens de violation d'une obligation dont serait débiteur le contractant de l'*errans*, que du non-respect d'une incombance pesant sur l'*errans* : pour pouvoir agir en nullité pour erreur, il lui incombait d'analyser correctement la réalité et de s'assurer que l'élément déterminant de son consentement était connu de son cocontractant. De cette façon, la critique de C. Guelfucci-Thibierge se trouve désamorcée, puisqu'il n'est plus alors question de faute mais seulement de non-respect d'une incombance.

1840. *Ibid.*, n° 425, note 73 ; I. Rihm, *L'erreur dans la déclaration de volonté : Contribution à l'étude du régime de l'erreur en Droit Français*, sous la dir. de G. Wiederkehr, thèse de doct., 2006, PUAM, n° 130 et S. Wyszogrodzka, *Étude comparative de l'erreur-obstacle en droit français et du dissentiment en droit polonais*, sous la dir. de D. Legeais, thèse de doct., Université Paris Descartes, 2011, n°s 692-697.

La jurisprudence ne paraît pas insensible à cette idée, même si, pour éviter de se contredire — car souvenons-nous que la jurisprudence ne distingue pas l'erreur-obstacle de l'erreur d'expression —, elle ne saurait dire expressément que le caractère excusable de l'erreur est également exigé pour l'erreur d'expression, puisqu'elle le refuse dans l'erreur-obstacle *stricto sensu*. Ainsi, dans un arrêt du 4 juillet 1995 [1841], la Cour de cassation a pu rejeter un pourvoi qui cherchait à obtenir la nullité d'un contrat de vente de bijou pour erreur d'étiquetage, laquelle erreur est généralement analysée par la doctrine comme un erreur d'expression. Or, comme l'ont relevé certains commentateurs de la décision [1842], c'est sans doute le caractère inexcusable de l'erreur commise par le vendeur dans l'expression de sa volonté qui justifie cette solution. De même, dans un arrêt du 2 juin 1987, la Cour de cassation a refusé qu'un transporteur aérien, qui avait commis une erreur d'expression dans le prix du billet vendu, puisse réclamer à son client le prix réel de ce billet. Pour la Cour, ce transporteur était « responsable » de cette erreur de calcul dans le prix du billet [1843], ce qui semble être une manière de dire que son erreur était inexcusable. Un autre arrêt, rendu le 21 février 1995, paraît également aller dans ce sens. Dans cet arrêt, la Cour de cassation refuse qu'une banque puisse obtenir la rectification d'une erreur prétendument matérielle commise par elle. Certes, là encore, la Cour n'évoque nullement dans sa motivation le caractère inexcusable de l'erreur commise par la banque [1844]. Néanmoins, comme le relève un commentateur avisé [1845], la solution retenue s'explique par la négligence commise par la banque qui, plus précisément, n'a pas respecté l'incombance pesant sur elle. Or, c'est contre la méconnaissance par l'*errans* de l'incombance de se renseigner que le caractère excusable de l'erreur protège le cocontractant [1846].

512. Ajoutons que cette analyse de l'erreur d'expression éclaire d'un jour nouveau le contentieux de la loterie publicitaire et permet de soutenir, à rebours de l'état actuel du droit positif et, semble-t-il, de la doctrine majoritaire, la pertinence du fondement contractuel. Revenons brièvement sur ce contentieux, avant de montrer en quoi l'analyse contractuelle a été sans doute un peu trop vite écartée.

Pendant un temps la jurisprudence avait accepté d'analyser comme un contrat les effets

1841. Cass., 1re civ., *Cartier*, 4 juil. 1995, n° 93-16.198, *Bull.,* I, n° 303, p. 212, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007035079.
1842. *D.,* 1997, note A.-M. Luciani, p. 206. *Adde* S. Wyszogrodzka, *Étude comparative de l'erreur-obstacle en droit français et du dissentiment en droit polonais*, sous la dir. de D. Legeais, thèse de doct., Université Paris Descartes, 2011, n° 695.
1843. Cass., 1re civ., 2 juin 1987, n° n° 85-14.461, *Bull.,* I, n° 182, p. 136, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007018658.
1844. Cass., 1re civ., 21 fév. 1995, n° 93-10.256, *inédit,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007254224, pour qui « l'offre préalable présentée par le prêteur et acceptée par l'emprunteur fait la loi des parties et que le juge ne peut, sous couvert d'interprétation de leur volonté, aggraver la situation de l'emprunteur en modifiant les stipulations contractuelles ».
1845. *Defrénois,* 1996, n° 36272, note D. Mazeaud.
1846. Cf. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations : 1 - Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., PUF, 2012, p. 319 : « une erreur inexcusable, au sens de la jurisprudence, est tout simplement une erreur fautive, c'est-à-dire une erreur qui est la conséquence de la propre faute de l'*errans* ». On regrettera toutefois chez cette autrice l'utilisation du terme de « faute » pour désigner la simple méconnaissance d'une incombance.

découlant d'annonces de gains fallacieuses, ensuite réclamées par leur destinataire [1847]. Cependant, face aux critiques doctrinales, les juridictions ont changé d'avis et, après avoir oscillé entre diverses qualifications [1848], l'opinion de la Cour de cassation s'est figée sur la qualification de quasi-contrat [1849]. Il n'est pas certain toutefois que cette solution donne à terme entièrement satisfaction. En effet, qualifier de quasi-contrat la seule annonce de gains faite à personne dénommée et dans laquelle l'existence d'un aléa n'aurait pas été mise mise en évidence à première lecture est problématique à deux égards. D'abord, car déterminer à partir du quasi-contrat le régime juridique des relations nouées entre l'annonceur et le destinataire mène à une impasse car, rappelons-le, il n'existe pas de règle sur le quasi-contrat. Au contraire, pour le contrat, de telles règles existent et il semble même qu'elles soient d'ores et déjà mises en œuvre. Il faut en effet relever que l'interprétation de l'annonce de gains suit le « guide-âne » que le code civil contient en matière d'interprétation : le contrat s'interprète contre celui qui l'a rédigé [1850]. Ensuite et surtout, analyser cette annonce comme un quasi-contrat a pour conséquence que, au jour de l'annonce et sans qu'aucune acceptation ne soit nécessaire, son destinataire est créancier de la somme annoncée [1851]. Or, un tel enrichissement non consenti serait assurément contraire au principe de liberté de disposer de son patrimoine évoqué plus haut [1852]. Dès lors, il ne paraît pas inutile de s'interroger une nouvelle fois sur la possibilité de retenir une analyse contractuelle.

Si l'analyse contractuelle a jadis été condamnée, c'est au motif qu'il n'était pas possible d'y voir un échange des consentements. Plus précisément, il a semblé aux auteurs que reconnaître ici un contrat se heurterait à deux difficultés [1853]. D'abord, l'absence d'offre ferme et précise. Ensuite, l'absence d'acceptation. Inutile de revenir sur le second argument, nous y avons déjà répondu plus haut en montrant comment l'exigence constitutionnelle de libre disposition de son patrimoine impliquait l'exigence d'une acceptation [1854]. Quant au premier argument, il

1847. Not. Cass., 2e civ., 11 fév. 1998, n° 96-12.075, *Bull.,* II, n° 55, p. 34, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007040029.

1848. Sur cette question cf. C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois, nos 103 s.

1849. Cass., ch. mixte, 6 sept. 2002, n° 98-22.981 et 98-14397, *Bull. ch. mixte,* nos 4 et 5. En dernier lieu, Cass., 1re civ., 19 mar. 2015, n° 13-27.414, *Bull.,* I, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030382549.

1850. Art. 1162 c. civ. : « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ».

1851. En ce sens C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois, n° 138.

1852. *Supra* n° 409.

1853. Sur ces critiques de la qualification contractuelle, cf. C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois, nos 136 s.

1854. Si l'opinion contraire a pu être soutenue en doctrine, c'est semble-t-il parce qu'une confusion s'est installée sur l'objet de l'acceptation. Lorsque les auteurs ont pu soutenir par le passé qu'aucune acceptation n'était nécessaire, c'est semble-t-il parce qu'ils avaient en tête l'acceptation de l'organisation même de la loterie (en ce sens *ibid.*, n° 138). Or, assurément, le bénéficiaire de l'annonce n'a pas à consentir à cela. Cependant, l'on ne saurait, sans introduire dans les esprits la confusion, tirer de cette absence d'acceptation-ci l'absence de toute acceptation. Le bénéficiaire doit toujours accepter la qualité de créancier qui lui est proposée par l'annonce de gains et point n'est besoin d'un acte juridique formel d'acceptation. Le simple fait de réclamer le gain promis manifeste suffisamment son acceptation.

repose sur le dogme suivant lequel le droit français « fait prévaloir la volonté interne sur la volonté déclarée » [1855]. La seule affirmation de ce dogme, sans autre forme de justification, n'est cependant pas suffisante, surtout depuis qu'il a été montré que l'opposition entre les droits français (primauté de la volonté interne) et allemand (primauté de la volonté déclarée) n'était pas aussi nette que la doctrine de la fin du XIXe et du début du XXe avaient voulu le faire croire [1856]. Dès lors, l'on peut avoir des doutes sur la justesse de l'idée selon laquelle le droit français privilégierait la volonté interne sur la volonté déclarée. En outre, cet argument dogmatique repose sur une conception restrictive du contrat et de l'acte juridique, conception qui n'accepte cette qualification qu'en présence d'une intention de créer des effets de droit. Or, c'est là une conception qui doit être rejetée comme cela a été suffisamment démontré plus haut [1857]. Pour toutes ces raisons, les arguments avancés pour réfuter la qualification contractuelle de la relation se nouant entre l'annonceur et le destinataire n'apparaissent pas suffisants.

La pertinence de l'analyse contractuelle peut également être démontrée par la preuve de ce que cette qualification permettrait d'obtenir les mêmes effets que ceux actuellement recherchés par les magistrats optant pour la qualification de quasi-contrat [1858], sans rencontrer pour autant les obstacles auxquels l'analyse quasi-contractuelle est confrontée. En effet, si, au lieu de s'en tenir à l'opposition dogmatique entre volonté interne et volonté déclarée et aux « étonnantes contorsions » et « arabesques » que celle-ci impose [1859], l'on examine les mécanismes juridiques contractuels, alors il apparaît que la qualification contractuelle des loteries publicitaires se justifie pleinement au regard du régime du contrat. D'abord, considérons le sens à donner à l'acte juridique de l'annonceur. Par application de l'article 1162 ancien du code civil — « [d]ans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation » —, les juges peuvent en déduire que cet acte juridique doit être compris, malgré son ambiguïté, comme signifiant que l'annonceur s'est engagé à remettre des sommes d'argent à un individu, à condition que celui-ci les accepte [1860]. Sans doute, cet annonceur peut alors tenter d'argüer la nullité de son engagement, en invoquant une erreur dans l'expression de sa volonté,

1855. C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois, n° 137.

1856. Sur cette démonstration, cf. A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, sous la dir. de R. Perrot, thèse de doct., Université de Strasbourg, 1961, LGDJ.

1857. *Supra* n° 151.

1858. Il existerait néanmoins des différences en matière de compétence juridictionnelle ou de loi applicable. Pour un exemple à propos de la compétence juridictionnelle (internationale), cf. Cass., 1re civ., 7 mai 2010, n° 08-16.071, *Bull.,* I, n° 108, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000022214336 et surtout CJUE, *Engler*, 20 jan. 2005, n° C-27/02, URL : http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=49850&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=425757, § 50 à 58, où se trouve posée la question du rattachement de la loterie publicitaire à la notion de « matière contractuelle ».

1859. R. Libchaber, « Regrets liés à l'avant-projet de réforme du droit des contrats – Le sort des engagements non bilatéraux », *RDC,* 2015, n° 10.

1860. La solution est la même sous l'empire du droit nouveau, même si l'article 1162 a évolué. Voyez l'article 1190 distinguant le cas du contrat de gré à gré de celui d'adhésion.

erreur liée à l'ambiguïté de ses propos. Cependant, pour que son action en nullité soit admise, il faudrait qu'elle présente les trois caractères de l'erreur d'expression. Or, si l'on admet, comme nous le soutenons, que l'erreur d'expression est aussi régie par le caractère excusable, alors tout porte à croire que, dans une telle espèce, l'erreur commise par l'annonceur serait inexcusable car ce dernier a sciemment produit des propos ambigus. Le contrat serait donc préservé et l'annonceur condamné à verser les gains qu'il a fait miroiter. À l'inverse, si l'on considère, comme une partie de la doctrine, que l'erreur dans l'expression n'a pas à être excusable, alors l'analyse contractuelle se trouverait prise en défaut. Où l'on voit bien que l'exigence d'une erreur d'expression *excusable* correspond non seulement aux solutions retenues par le droit positif à propos de l'« erreur matérielle », mais qu'elle contribue à réintroduire la loterie publicitaire dans une approche contractuelle dont elle avait été chassée un peu rapidement. Cette exigence d'une erreur excusable ne se retrouve pas seulement dans l'erreur d'expression spontanée, jusqu'à présent évoquée, on la trouve également dans l'erreur d'expression provoquée ou exploitée.

513. Pour l'erreur d'expression provoquée. Dans la violence, ni la doctrine ni la jurisprudence n'exigent que l'erreur de l'*errans* soit excusable. Cette absence n'implique pas nécessairement que cette condition soit absente. En effet, une telle condition peut être déduite de deux éléments.

En premier lieu, les différents articles encadrant la violence dans le code civil témoignent suffisamment que le code n'admet la violence que lorsque les pressions exercées sur le cocontractant sont telles qu'il est excusable qu'il y succombe. Cela ressort très nettement de l'ancien article 1112 (nouvel article 1140) du code civil suivant lequel « il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent ». Il en va de même dans l'article 1140 nouveau qui dispose : « 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 ».

En second lieu, il pourrait être soutenu que dans la violence, à l'image du dol *stricto sensu*, l'erreur d'expression est toujours excusable. En effet, eu égard à la finalité de l'exigence d'une erreur excusable — protéger un cocontractant qui mérite de l'être contre le risque d'une annulation —, une telle condition doit à tout le moins être réputée remplie lorsque le cocontractant a provoqué l'erreur en usant de violence. Cette analyse paraît pouvoir être confirmée par le souci des juges de s'assurer que la violence du cocontractant, à l'image du dol qui doit être *mauvais* pour être sanctionné, est illégitime ou injuste dit-on parfois. Cette exigence, qui résulte de la *ratio legis* de l'ancien article 1114 du code civil et qu'on aurait été en droit d'attendre des textes réformés — ce qui n'a malheureusement pas été le cas [1861] —, a été très tôt mise en évi-

1861. Cf. art. 1141 nouv. qui, au lieu d'énoncer cette règle, se contente d'en donner une illustration. Néanmoins, il ne s'agit plus cette fois de la crainte révérencielle, mais de l'usage d'une voie de droit. Sur ce point néanmoins, la réforme est fidèle aux avant-projets dirigés par Pierre Catala et François Terré qui ne mentionnaient pas non plus cette exigence.

dence par la doctrine [1862], puis ultérieurement reprise par la jurisprudence [1863], au point que les membres de la Commission de réforme du code civil avaient proposé de l'ajouter expressément au code civil [1864]. Or, en exigeant que la violence soit injuste, l'ordre juridique s'assure que le cocontractant de l'*errans* a eu un comportement tel qu'il ne mérite plus la protection de la loi, ce qui semble ainsi rendre nécessairement excusable l'erreur commise par l'*errans*.

Compte tenu de ces deux éléments, il semble bien que le caractère excusable se retrouve dans l'erreur d'expression provoquée

514. Pour l'erreur d'expression exploitée. Qu'en est-il à présent pour l'erreur d'expression exploitée ? Là encore, l'on ne trouve aucune décision mentionnant le caractère excusable de l'erreur commise par l'*errans* en présence d'une erreur d'expression exploitée par le cocontractant. Cependant, parce que la contrainte économique — l'un des cas d'erreur d'expression exploitée — a été rattachée par la jurisprudence à la violence [1865], il semble que celle-ci doive obéir aux mêmes conditions textuelles que la violence et notamment à celles posées par l'ancien article 1112 précité (1140 nouveau). L'étude de la jurisprudence relative à la contrainte économique confirme cette analyse. Ainsi, dans un arrêt de 2002, où la Cour de cassation s'est efforcée de préciser les contours de la contrainte économique, l'on peut lire que cette forme de violence, pour être admise, suppose « la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne ». Où l'on retrouve les conditions de l'article 1112 du code civil, et donc le caractère excusable de l'erreur d'expression exploitée par le cocontractant. D'ailleurs, si dans cet arrêt la violence n'a pas été admise, c'est semble-t-il parce que la Cour de cassation a considéré que le mal auquel était soumis l'*errans* n'était pas suffisamment caractérisé. En l'espèce, un employé avait cédé à son employeur ses droits sur un ouvrage qu'il avait créé, en une période où l'entreprise connaissait des difficultés. Ultérieurement, cette salariée avait invoqué la nullité de son engagement en arguant de l'exploitation abusive par son employeur de la dépendance dans laquelle elle se situait. La cour d'appel avait accueilli la demande mais la Cour de cassation a cassé l'arrêt pour défaut de base légale, en reprochant à la cour d'appel de n'avoir pas recherché si la salariée était directement concernée par un plan de licenciement. Où l'on voit semble-t-il que, pour la Cour de cassation, la salariée n'était pas exposée à un mal considérable, de sorte que, dirions-nous, l'erreur d'expression commise par celle-ci n'était pas excusable.

1862. Cf. les auteurs cités par R. Demogue, « De la violence comme vice du consentement », *RTD Civ.*, 1914, n° 21, note 2.
1863. Cass., com., 20 mai 1980, n° 78-10.833, *Bull.*, IV, n° 212, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007005301 ou Cass., 1re civ., 22 avr. 1986, n° 85-11.666, *Bull.*, I, n° 98, p. 98, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007016675.
1864. Cf. *Travaux de la Commission de réforme du code civil. 1945-1946*, Sirey, 1947, p. 196, art. 16 : « La violence doit être injuste. La seule crainte révérencielle envers les père et mère ou autres personnes ayant autorité, sans qu'il y ait eu autre violence exercée, ne suffit point pour vicier l'acte juridique ».
1865. Cass., 1re civ., 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Bull.*, 1, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007043709.

515. Bilan du 1. L'étude des différents vices du consentement des parties au contrat a permis de démontrer que ceux-ci n'entraînaient la nullité qu'à deux conditions, outre celle précité d'une erreur déterminante : la connaissance du caractère déterminant de l'erreur par le cocontractant [1866] et le caractère excusable de l'erreur commise par l'*errans*. Si ces points communs conduisent à relativiser l'opposition traditionnelle qui pourrait être faite entre les quatre vices du consentement existant en droit civil (erreur d'analyse, dol, erreur d'expression et violence), il ne faudrait pas en déduire que toute différence se trouve abrogée entre ces différents vices du consentement. Ces mécanismes conservent leur spécificité.

2. Propositions de règles spéciales

516. Plan. La présence de conditions communes aux vices du consentement ne fait pas disparaître toute différence entre ces vices, comme nous allons le voir. Cependant, notre sujet nous imposant de décrire avant tout les règles communes à tous les actes juridiques, ces différences ne seront évoquées que brièvement et seulement pour mieux mettre en évidence la pertinence qu'il y aurait à abandonner la distinction des règles relatives au consentement, selon que celui-ci est absent ou vicié, et à les remplacer par une distinction portant sur l'objet du vice (erreur portant sur l'analyse de la réalité ou sur l'expression de la volonté). D'abord, nous verrons que certains de ces trois conditions de l'admission de l'erreur ne se vérifient pas de la même façon dans l'erreur d'analyse et dans l'erreur d'expression (**a.**). Ensuite, il sera montré qu'au sein même de ces deux types d'erreur, existent des règles propres à chacun des trois degrés d'erreur vu plus haut [1867] (erreur spontanée, exploitée ou provoquée) (**b.**).

a. Les règles propres aux erreurs d'analyse et aux erreurs d'expression

517. Si le caractère déterminant du consentement s'apprécie de manière uniforme dans les erreurs d'analyse et d'expression — ce qui explique sans doute pourquoi les auteurs sont parvenus à identifier cette règle commune aux vices du consentement —, tel n'est pas le cas pour le caractère excusable de l'erreur [1868] ainsi que pour la connaissance de son caractère déterminant pour le cocontractant.

S'agissant tout d'abord du caractère excusable, il sera déterminé dans l'erreur d'analyse à partir de l'étude des différentes obligations [1869] de renseignement des parties. L'*errans* a-t-il

1866. Laquelle n'est pas la connaissance de l'erreur elle-même. Seul doit être connu le caractère déterminant de l'information sur laquelle une erreur a été commise, ce qu'on a appelé, par raccourci, la connaissance du caractère déterminant de l'erreur.

1867. *Supra* n° 490.

1868. Comp. F. Limbach, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales des contrats. De l'utilité du concept de la déclaration de volonté*, sous la dir. de C. Witz et S. Peruzetto, thèse de doct., Université Toulouse 1 et Université de la Sarre, 2004, LGDJ, n° 416, qui rapproche excessivement les deux manières d'établir le caractère excusable de l'erreur. L'auteur essaye de montrer, en forçant quelque peu le sens des mots, que dans l'erreur d'expression l'*errans* se trompe aussi sur les qualités substantielles.

1869. Obligation étant ici entendu dans un sens large, regroupant tant les obligations au sens technique que les incombances. Sur ce point, cf. *supra* n° 507.

manqué à l'obligation de s'informer ou bien est-ce son cocontractant qui a manqué à l'obligation de l'informer ? Dans l'erreur d'expression, en revanche, le caractère excusable sera déterminé à partir de l'analyse des obligations concernant l'expression d'une volonté réelle. L'*errans* a-t-il manqué à son obligation d'exprimer la réalité de sa volonté (sa volonté interne) ou bien est-ce son cocontractant qui a manqué à son obligation d'aider l'*errans* à formuler une volonté correspondant à sa volonté interne ?

Quant à la connaissance du caractère déterminant de l'erreur, dans l'erreur d'analyse, il faudra rechercher si le cocontractant pouvait avoir connaissance du caractère déterminant de l'élément sur lequel porte l'erreur d'analyse, tandis que, dans l'erreur d'expression, il conviendra de rechercher si le cocontractant pouvait avoir connaissance de ce qu'il y avait eu une erreur d'expression l'ayant déterminé à contracter à des conditions sans rapport avec celles réellement souhaitées.

b. Les règles propres aux trois degrés d'erreur

518. Pour le caractère excusable. L'examen des trois différents degrés de participation du cocontractant à l'erreur commise par l'*errans* révèle l'existence de caractéristiques propres à chaque degré.

Concernant d'abord le caractère excusable, dans l'erreur spontanée il se prouve en démontrant que l'*errans* a bien respecté, à l'égard de son cocontractant, ses obligations de s'informer et d'exprimer sa volonté réelle [1870].

Dans l'erreur exploitée, le caractère excusable se prouve en démontrant que le contractant de l'*errans* a manqué à son obligation précontractuelle d'information ou à son obligation d'aider l'*errans* à exprimer réellement sa volonté.

Dans l'erreur provoquée, enfin, le caractère excusable se prouve en montrant que le cocontractant a lui-même illégitimement vicié la volonté de son cocontractant en lui fournissant des informations fausses ou en l'empêchant d'exprimer sa volonté réelle.

519. Pour la connaissance du caractère déterminant. Quant à l'exigence que le cocontractant connaisse le caractère déterminant de l'erreur, dans l'erreur spontanée, cette preuve devra être directement rapportée. Dans l'erreur d'analyse, par exemple, il faudra montrer que le cocontractant avait été informé du caractère essentiel de l'élément sur lequel portait l'erreur ou à tout le moins qu'il aurait dû en avoir connaissance (approche subjective ou objective de l'élément essentiel). Dans l'erreur d'expression, il faudra montrer que le cocontractant avait connaissance du décalage entre la volonté interne et la volonté déclarée, ou à tout moins qu'il aurait dû le percevoir (ce qui est le cas par exemple de l'erreur matérielle manifeste).

1870. Rappr. S. Wyszogrodzka, *Étude comparative de l'erreur-obstacle en droit français et du dissentiment en droit polonais*, sous la dir. de D. Legeais, thèse de doct., Université Paris Descartes, 2011, n° 693 : « L'erreur doit être considérée comme inexcusable en particulier lorsque la divergence entre la volonté et sa manifestation était volontaire ou résultait d'une grave négligence de la part de l'*errans* ».

Dans l'erreur exploitée, sera suffisante la seule preuve d'une obligation d'information ou d'une obligation d'aider l'*errans* à exprimer sa volonté réelle. En effet, de telles obligations présupposent que le cocontractant de l'« errans » avait connaissance du caractère déterminant de l'erreur. Cela est très net pour l'obligation d'information [1871] et il est permis de penser qu'il en sera de même pour l'obligation d'aider l'*errans* à exprimer clairement sa volonté. En effet, il paraît possible de considérer que celui qui contracte avec un tiers à un très bas prix est tenu de s'informer sur les raisons de ce prix anormalement bas pour s'assurer que son cocontractant n'est pas victime de la contrainte économique ou, plus généralement, pour s'assurer que le service qui lui est fourni respecte certaines règles de l'ordre juridique (interdiction de la contrefaçon ou du travail non déclaré par exemple).

Enfin, dans l'erreur provoquée, la preuve de la connaissance du caractère déterminant de l'erreur sera rapportée par la seule preuve du caractère provoqué de l'erreur. En effet, si le cocontractant a provoqué cette erreur, c'est bien parce qu'il savait que ses propres agissements seraient susceptibles de conduire le futur *errans* à conclure avec lui.

1871. Une obligation d'information n'est imposée à l'une des parties au contrat, en amont de sa formation, que lorsque cette partie *connaît* une information et qu'elle sait que cette information est *déterminante* pour la décision de son partenaire contractuel, M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : Essai d'une théorie*, sous la dir. de J. Ghestin, thèse de doct., 1992, LGDJ, p. 139 s. et 188 s. Dans le même sens F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 259 (nous mettons en gras) : « une personne ne pourra être tenue de renseigner son partenaire que si elle détient une information "pertinente". On entend par là une **information dont la connaissance par le partenaire est de nature à conduire celui-ci à modifier son comportement**, soit qu'il renonce à son projet de conclure le contrat, soit qu'il persévère dans celui-ci en en réexaminant les conditions ». Bien que ces auteurs n'utilisent pas l'adjectif « déterminant », les propos que nous avons soulignés révèlent suffisamment que c'est bien à cette idée qu'ils pensent en recourant à l'adjectif « pertinent ».

Conclusion du Chapitre 2

520. Afin de tenter d'identifier les règles de validité propres au concept d'acte juridique, nous sommes partis du droit des contrats tels qu'anciennement codifié, en considérant que cette matière, compte tenu de son ancienneté, était celle où les juristes avaient le plus réfléchi aux conditions de validité. Nous avons alors pris une à une l'ensemble des conditions de validité du contrat et avons recherché si celles-ci pouvaient être des propriétés du concept d'acte juridique ou si elles n'étaient que des propriétés du concept de norme juridique. À l'issu de cet examen, il est apparu que les règles sur l'objet, la capacité et la cause de l'obligation n'étaient pas des propriétés de l'acte juridique mais constituaient, pour les unes — existence de l'objet, caractère déterminé de celui-ci et cause de l'obligation — des conditions de qualification du contrat et, pour les autres — capacité, licéité de l'objet et caractère déterminable de celui-ci —, des conditions de validité propres aux normes juridiques et non à l'acte juridique. Seules deux conditions de validité sont apparues propres aux actes juridiques : celle relative aux vices du consentement et celle relative aux motifs poursuivis par les parties — appelée « but du contrat » dans les textes nouveaux du code civil et « cause du contrat » dans ceux d'hier.

Cherchant à préciser plus avant le régime de ces conditions de nullité propres à l'acte juridique, nous avons à nouveau recouru au droit des contrats. L'étude de ce droit a permis de montrer qu'il existait une condition commune à ces deux cas d'annulation, à savoir le caractère déterminant de l'erreur commise — l'erreur ayant été ici entendue dans un sens large, synonyme de vice — ou du motif poursuivi. Par cette exigence, il s'agit de s'assurer que la norme dont la nullité est recherchée n'existe qu'en raison de cette erreur ou de ce motif.

Ensuite, des conditions propres à chacun de ces cas de nullité ont été mises à jour. Concernant l'exigence d'une volonté non viciée, il a été vu que la méconnaissance de cette exigence n'entraînait la nullité du contrat que si l'erreur commise était excusable et si le cocontractant de l'*errans* pouvait avoir connaissance du caractère déterminant de l'erreur. Il a été montré que ces deux conditions, justifiées par le souci de protection d'un cocontractant qui n'est pas forcément à l'origine de l'erreur, ne se retrouvaient pas dans le deuxième cas d'annulation, celui tenant à l'illicéité du motif poursuivi. Dans ce cas, la seule preuve de l'illicéité du motif, c'est-à-dire de sa contrariété aux fins établies par des normes supérieures à la norme créée par l'acte juridique, suffit. En effet, l'intérêt protégé par ces normes supérieures commande que l'annulation ait lieu, même si celle-ci peut préjudicier au contractant qui, le cas échéant, pourra engager une action en responsabilité contre son cocontractant.

521. Le lecteur spécialiste du droit des contrats qui nous aura suivi au cours de cette démonstration aura peut-être été heurtée par la réorganisation assez importante des concepts juridiques à laquelle il est opéré, quand bien même cette réorganisation s'appuie sur des éléments pour la plupart déjà aperçus en doctrine. Dans la construction proposée s'effacent en

effet assez largement les notions et concepts traditionnels d'erreur sur la substance ou sur la personne, d'erreur sur la valeur, d'erreur matérielle, d'erreur-obstacle, d'erreur sur la cause, d'erreur sur les motifs, de dol, de réticence dolosive, de violence ou encore de contraintes économiques. De même en va-t-il pour les catégories rassemblant ces règles : absence de consentement d'un côté, vice de consentement de l'autre. Tous ces instruments juridiques sont remplacés par d'autres. Ainsi, dans le régime de l'acte juridique ici proposé et qui a vocation à s'appliquer notamment aux normes contractuelles, il n'existe, relativement au contrôle de l'intégrité de la volonté, plus qu'un seul concept-mère, celui d'erreur, lequel connaît deux types (l'erreur d'analyse et l'erreur d'expression) et trois degré (l'erreur spontanée, exploitée et provoquée). Le concept d'erreur ainsi retenu englobe tous les mécanismes existant dans une architecture considérablement simplifiée et plus cohérente que l'architecture existante. Cette présentation renouvelée de l'erreur permet par exemple de réintégrer l'erreur-obstacle au droit commun, alors qu'elle en était jusqu'à présent mise à l'écart [1872]. Enfin, cette jurisprudence permet de dissiper quelques confusions et hésitations, en clarifiant la différence de régime existant entre l'erreur provoquée et l'erreur exploitée. Tel est le cas à propos de l'erreur d'analyse, où cette distinction permet de comprendre pourquoi, malgré l'affirmation suivant laquelle le dol (incluant la réticence dolosive) rend toute erreur excusable, le traitement de l'erreur sur la valeur diffère selon qu'il s'agit d'une erreur provoquée — où effectivement la provocation de l'erreur rendra celle-ci excusable — ou de l'erreur simplement exploitée — où l'erreur sur la valeur n'est cette fois pas admise [1873]. Tel est encore le cas pour la violence émanant de tiers au contrat : alors que le code civil semble l'admettre largement, une jurisprudence récente, renouant avec les écrits de Samuel Pufendorf et de Robert-Joseph Pothier, paraît exiger que le cocontractant ait eu connaissance de cette violence [1874].

1872. *Supra* n° 511.
1873. *Supra* n° 510.
1874. *Supra* n° 504.

Conclusion du Titre 1

522. Bien que la question du régime de l'acte juridique ait été peu évoquée par la doctrine, nous avons pu néanmoins tirer profit des travaux de quelques auteurs ayant dessiné les contours de ce que pourraient être les propriétés de l'acte juridique. En combinant ces travaux, nous avons pu faire apparaître une liste de candidats potentiels au titre de « propriété de l'acte juridique ». Puis, nous avons sélectionné ces candidats en vérifiant s'ils étaient bien des propriétés de l'acte juridique et non des propriétés des éléments dont l'acte juridique est composé, en particulier l'élément « norme juridique ». Pour ce faire, nous avons soit recherché si ces candidats pouvaient être reliés à l'ensemble des éléments constitutifs de l'acte juridique, soit si ces candidats étaient aussi des éléments du régime d'autres concepts. Au terme de cet examen, nous avons conclu que l'acte juridique était doté de quatre propriétés : **(1)** une méthode d'interprétation spécifique des normes qui en était issues, à savoir le recours à la volonté de l'auteur, **(2)** une dissociation possible de l'existence de la norme et de sa vigueur, **(3)** un mode d'extinction de la norme spécifique et **(4)** des cas de nullités spécifiques restant à préciser.

N'ayant pas été en mesure, à ce stade de l'analyse, de préciser quels étaient les cas spécifiques de nullité propres à l'acte juridique, nous avons alors entrepris de les rechercher. Pour cela, changeant quelque peu de méthode, nous sommes partis d'une matière donnée, le droit des contrats, et avons examiné un à un les différents cas de validité envisagés par cette matière, afin de savoir s'ils pouvaient être propres à l'acte juridique. Au terme de cet examen ont été mises à jour deux conditions de validité propres aux actes juridiques et tenant toutes deux à la volonté de l'auteur de cet acte juridique. D'une part, la norme créée par l'acte juridique n'est valide que si son auteur a émis un consentement d'une certaine qualité, c'est-à-dire dépourvu de toute erreur. D'autre part, la norme créée par l'acte juridique n'est valide que si son auteur poursuit un motif licite.

Enfin, poursuivant nos efforts de précision, nous avons recherché s'il ne serait pas possible d'indiquer les éléments permettant de mettre en œuvre ces deux cas d'annulation. Partant à nouveau du droit des contrats, sans pour autant en reproduire les mécanismes qui nous ont paru parfois excessivement complexes ou inexacts, nous avons pu montrer que la nullité pour vice du consentement ou illicéité des motifs n'était obtenue que si ce vice ou ce motif avait été déterminant du consentement de l'auteur. En outre, pour le vice du consentement, il a été établi que, dans un souci de protection du cocontractant, la nullité du contrat ne pouvait être obtenue par l'*errans* que si celui-ci n'avait pas commis d'erreur inexcusable et si, en outre, le caractère déterminant de cette erreur était connu du cocontractant.

Les propriétés de l'acte juridique ayant été ainsi ébauchées à partir d'une situation de base qu'est le contrat, il convient à présent, conformément à la méthodologie indiquée en introduction de ce travail [1875], de les vérifier.

1875. *Supra* n° 52.

Titre II

Vérification des propriétés

523. Étendue de la vérification. Dans un souci d'économie, il n'apparaît pas nécessaire de vérifier une à une l'ensemble des propriétés du concept d'acte juridique ci-avant dégagées. Ceci ne doit être fait qu'à propos des propriétés qui ont été extraites d'un substrat donné et qui pourraient de ce fait être biaisées [1876].

Compte tenu de cette directive, il n'apparaît pas nécessaire de s'attarder outre mesure sur les propriétés tenant à l'interprétation, au décalage entre vigueur et existence, ainsi qu'au mode d'extinction spécifique. Les matériaux qui ont servi à l'énoncé de ces propriétés sont suffisamment génériques pour penser qu'ils n'ont entraîné aucun biais d'analyse. Tel n'est pas, en revanche, le cas des conditions de validité, dont la dualité et les composantes n'ont été établies qu'à partir du seul droit des contrats.

524. Plan. Afin de s'assurer de la justesse de ces conditions de validité, il importe de les soumettre à plusieurs tests. D'abord, il conviendra de s'assurer qu'elles peuvent théoriquement être étendues à des actes juridiques prenant place en dehors des actes juridiques par lesquels se forme un contrat (**1**). Ensuite, ces propriétés devront être confrontées à la pratique juridique, ce qui imposera de vérifier si, pour des actes juridiques très différents du contrat, ces conditions de validité se retrouvent en droit positif (**2**).

1876. Sur cette méthode, cf. *supra* n° 52.

Chapitre 1

Vérification théorique des cas d'annulation propres à l'acte juridique

525. Plan. La vérification théorique des conditions de validité identifiées plus haut implique tout d'abord de vérifier s'il est rationnellement concevable d'étendre les cas de validité rencontrées pour le contrat à tous les actes juridiques (**Section I**). Ensuite, cela implique de rechercher si le régime de ces conditions de validité — à savoir le caractère déterminant de l'erreur, son caractère excusable et la connaissance de ce caractère déterminant — peuvent être étendus à des objets non contractuels (**Section II**).

Section I Vérification de la généralité des cas d'annulation

526. Plan. Pour vérifier si les deux conditions de validité identifiées à partir du droit des contrats sont bien généralisables à tous les actes juridiques, il est permis de procéder de deux manières. D'abord, l'on peut se demander si, du point de vue de la théorie du droit, il est logique que tout acte juridique puisse être annulé en cas de consentement vicié ou de motif illicite (**§ 1.**). Ensuite, en s'éloignant un peu de la discipline juridique, l'on peut rechercher si, en philosophie morale, discipline proche du droit, les auteurs s'étant intéressés au concept de promesse, ont pu mettre en lumière des conditions de validité similaires à celles dégagées à partir du droit des contrats (**§ 2.**).

§ 1. Vérification du caractère généralisable à partir de la théorie du droit

527. La théorie du droit aurait pu fournir, au travers du concept de norme d'habilitation, une liste de conditions de validité toujours présentes dans une telle norme. Il ne semble pas pour autant que la doctrine ait pour l'instant pris cette voie. Ainsi, dans sa thèse consacrée aux normes d'habilitation, si Guillaume Tusseau met bien en évidence les éléments constitutifs de toute norme d'habilitation — ce qu'il appelle la structure de la norme d'habilitation [1877] —, il ne cherche pas à identifier s'il existerait des éléments qui seraient présents dans chaque norme d'habilitation et qui, de ce fait, pourraient constituer des conditions de validité communes à tous les actes juridiques [1878]. La confrontation des propriétés jusqu'à présent identifiées avec le travail de cet auteur permet néanmoins de faire apparaître que très probablement ces cas de nullité propres à l'acte juridique peuvent se rattacher à l'un des éléments constitutifs du concept de norme d'habilitation mis en évidence par Guillaume Tusseau, à savoir l'acteur habilité [1879]. En reprenant l'ordre dans lequel ont été présentées plus haut les conditions communes de validité, montrons-le d'abord pour la qualité du consentement et ensuite pour la licéité du motif.

528. La condition de validité relative au consentement constitue une règle propre aux actes juridiques. En effet, l'examen de cette règle laisse tout d'abord apparaître l'ensemble des éléments constitutifs du concept d'acte juridique. Ainsi, l'existence de règles de validité relatives au consentement témoigne du souci de l'ordre juridique de s'assurer que les normes qui sont rattachées à un auteur peuvent bien être considérées comme créées par lui. À cet égard, l'on peut parler d'un souci de réalisme de l'ensemble des règles de validité relatives au consentement, en ce sens que ces règles, partant du postulat que les « sujets sont capables d'erreur » [1880], visent à s'assurer qu'il y a une certaine adéquation entre d'un côté la volonté de l'individu, telle que traduite par les actes de ce dernier, et de l'autre la signification normative conférée à ces actes. Où l'on aperçoit les éléments de définition de l'acte juridique : ces règles concernent l'*acte volontaire*, le respect de ces règles a une influence sur les *normes* et la justification de ces règles procède de l'insertion de cet acte de volonté *dans un ordre juridique* comprenant d'autres normes avec lesquelles les normes créées doivent pouvoir être articulées.

1877. G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, sous la dir. de M. Troper, thèse de doct., Université Paris X-Nanterre, 2006, Dalloz, n° 593 : « Si l'acteur *a* réalise l'action — c'est-à-dire suit la procédure — *p*, ayant la signification subjective d'une norme *n* relative au champ d'application *ca* et comprise dans le champ de réglementation *cr*, alors sa signification objective de norme doit être ».

1878. Il ne faut pas cependant y voir une quelconque insuffisance de ces travaux. Ce silence s'explique simplement par le fait que la recherche de conditions de validité communes à tous les actes juridiques ne rentrait pas dans les objectifs de la recherche menée par Guillaume Tusseau.

1879. Ce rattachement n'est pas fait par l'auteur qui ne semble nullement envisager les vices du consentement ou l'illicéité du motif lorsqu'il développe ce qu'il convient d'entendre par acteur habilité. L'auteur n'évoque pas non plus ces conditions de validité lorsqu'il évoque les autres composantes de la norme d'habilitation, le champ d'habilitation ou la procédure.

1880. J.-L. Gardies, *Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique*, sous la dir. de R. Aron, thèse de doct., Université Paris 4, 1972, LGDJ, p. 239.

Par ailleurs, ce caractère propre à l'acte juridique de l'exigence d'un consentement de qualité se trouve confirmé par l'examen comparé de l'acte juridique et de la coutume. Ainsi, dans la coutume, il n'est pas envisageable d'invoquer une nullité de la coutume pour vice du consentement. Le consentement des individus n'a pas sa place au stade de la formation de la coutume [1881]. Voilà pourquoi il est permis de conclure que l'existence de règles de validité concernant la qualité du consentement est bien une propriété du concept d'acte juridique.

529. Quant à l'exigence d'un motif licite, l'on peut recourir ici à l'idée que les acteurs habilités ne sont pas seulement tenus de créer des normes conformes aux normes supérieures, ils doivent aussi, dès lors qu'ils relèvent de cet ordre, ne pas contrarier les objectifs poursuivis par d'autres acteurs. La justesse de cette affirmation paraît se retrouver dans le mécanisme même de la fraude à la loi — parfois un peu hâtivement distingué du mécanisme de licéité de la cause [1882] —, dont les auteurs reconnaissent bien souvent la généralité. En effet, pour être admise, la fraude repose sur un contrôle de la licéité de l'intention de l'auteur dont l'on recherche s'il a voulu en eux-mêmes les effets de la norme produite par son acte ou s'il n'a effectué l'acte que pour empêcher l'application d'une norme concurrente qui s'imposait à lui. Ce faisant, il semble bien que la fraude puisse constituer une des illustrations du contrôle des fins. Or, comme la fraude est un mécanisme général, ceci implique également que le contrôle des fins soit un mécanisme général. Pour ces deux raisons, il semble bien que, du point de vue de la théorie du droit, il soit cohérent d'affirmer que tout acte juridique est soumis à deux conditions de validité propres : la qualité du consentement et la licéité des motifs poursuivis. Ce point se trouve également conforté par les écrits de philosophie morale portant sur la promesse.

§ 2. Vérification du caractère généralisable à partir de la philosophie morale

530. La philosophie morale, qui s'intéresse aux questions éthiques et donc notamment aux questions juridiques, s'est depuis de nombreux siècles intéressée aux raisons justifiant le caractère obligatoire d'une promesse, de sorte qu'il peut être opportun, brièvement, de rechercher si les enseignements de cette discipline sont en adéquation avec les conditions de validité ici proposée. Pour ce faire, l'on partira d'un récent ouvrage d'Alain Boyer, dans lequel cet auteur

1881. *Supra* n° 294. D'ailleurs, même si l'on souhaitait reconnaître que la coutume est consentie, l'on éprouverait alors de sérieuses difficultés à mettre en pratique les vices du consentement. Quels consentements faudrait-il scruter ?

1882. Plaidant pour leur distinction : J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit privé français : le principe* fraus omnia corrumpit, sous la dir. de G. Marty, thèse de doct., Université de Toulouse, 1957, Dalloz, p. 333 s. L'opinion ne paraît pas très prégnante en doctrine. Cf. not. Ph. Simler, « Fasc. 30 : Contrats et obligations – Cause – Illicéité ou immoralité de la cause » *in JCl Civil code*, 2010, n° 17, donnant comme exemple d'illicéité de la cause la fraude fiscale. *Adde* L. Sautonie - Laguionie, *La fraude paulienne*, sous la dir. de G. Wicker, thèse de doct., Université Montesquieu - Bordeaux IV, 2008, LGDJ et Lextenso éditions, n°s 564-614 montrant bien les liens entre les deux notions.

a entrepris de faire une synthèse de ces différents travaux de philosophie morale. Au terme de son travail, cet auteur a pu établir une liste des hypothèses dans lesquelles une promesse n'avait pas à être suivie [1883]. Parmi ces hypothèses, il en est deux qui concernent le moment de formation de la promesse — l'auteur mêle indistinctement les règles concernant la formation et l'exécution des promesses — et qui paraissent donc correspondre à ce que les juristes nomment les conditions de validité de l'acte juridique. La première concerne le cas où le destinataire de la promesse avait une raison de ne pas faire confiance à la volonté dont il a pris connaissance. La seconde concerne l'hypothèse où la promesse n'est pas conforme à des valeurs morales.

Or, il semble bien que dans ces deux hypothèses l'on retrouve les deux cas d'annulation envisagés plus haut. En effet, quand A. Boyer parle de l'hypothèse dans laquelle le cocontractant avait une raison de ne pas faire confiance à la promesse, ceci paraît bien englober l'hypothèse des vices du consentement [1884]. En effet, dans les vices du consentement, nous l'avons vu, la nullité n'est admise que lorsque le cocontractant de l'*errans* a connaissance du caractère déterminant de l'erreur commise, ce qui paraît donc bien en adéquation avec l'idée suivant laquelle ce cocontractant avait des raisons de ne pas se fier à la promesse qui lui était faite.

Quant au deuxième cas, à savoir la contrariété aux valeurs morales, l'on retrouve là en partie l'exigence de cause dont nous avons dit qu'elle visait à s'assurer de la conformité des motifs aux normes fondamentales — mais l'on pourrait dire aussi aux valeurs — de l'ordre juridiques.

Section II Vérification de la généralité du régime des conditions de validité

531. Délimitation de la vérification – Plan. Pour pouvoir extrapoler le régime des vices du consentement ou de la cause illicite à tout acte juridique, il convient que l'énoncé des règles comprises dans ce régime ne fasse aucune allusion au contrat ou à l'idéologie qui le sous-tend. Dans les propos précédents, tout en tâchant de donner une présentation fidèle du droit positif, nous nous sommes d'ores et déjà efforcés d'exposer le régime de ces conditions de validité en nous abstrayant du primat de la volonté qui paraît dominer dans cette matière. D'où notamment les efforts fournis, dans le cadre de l'étude de la violence émanant d'un tiers au contrat, pour relativiser le primat de la volonté interne sur la volonté déclarée [1885]. Il n'en reste pas moins que les contours des conditions de validité dégagés l'ont été à partir des contrats, c'est-à-dire d'opérations où il est assez aisé d'examiner les intérêts devant être protégés par le droit et de mettre en place des règles destinées à concilier la protection de ces intérêts. Or, une telle

1883. A. Boyer, *Chose promise. Étude de la promesse, à partir de Hobbes et de quelque autres*, PUF, 2014, p. 386.
1884. L'on n'ose pas dire ici « recouvrir » plutôt qu'« englober » car l'on pourrait également ajouter à cette hypothèse les cas où la promesse faite n'est pas sérieuse et ne manifeste aucune volonté réelle de s'engager.
1885. Cf. *supra* n° 504.

simplicité ne se retrouve pas dans les autres actes juridiques. Si, sans doute, ceci ne paraît guère avoir de conséquences pour le contrôle des motifs, où doit l'emporter l'intérêt protégé par la norme dont les fins ont été méconnues, cela peut en revanche s'avérer problématique pour les vices du consentement, où il s'agit effectivement d'arbitrer les intérêts de l'auteur de l'acte juridique et ceux des tiers. Pour autant, tous les caractères de ces vices du consentement n'ont pas pour fonction d'assurer un équilibre des intérêts. Il faut distinguer. En effet, parmi les trois caractères de l'erreur examinés plus haut — **1°** une erreur *déterminante*, **2°** une erreur dont le caractère déterminant est *connu* des tiers et **3°** une erreur *excusable* —, tous n'ont pas pour but de protéger les tiers et donc tous ne sont pas sensibles au nombre d'intérêts en présence. Ainsi, le caractère déterminant de l'erreur a simplement pour fonction de s'assurer que la norme a bien été créée par erreur, en ce sens que ce caractère permet de vérifier que, sans cette erreur, la norme n'aurait pas été créée. En revanche, les deux autres caractères de l'erreur (*connaissance* du caractère déterminant et caractère *excusable* de l'erreur) ont bien pour but la protection des intérêts des tiers, de sorte qu'ils risquent d'être sensibles à l'augmentation du nombre d'intérêts en présence. En reprenant l'ordre suivi précédemment, l'on vérifiera la possibilité d'étendre à des actes juridiques non contractuels, d'abord, l'exigence de « connaissance » du caractère déterminant de l'erreur (**§ 1.**), ensuite, le caractère *excusable* de cette erreur (**§ 2.**).

§ 1. La vérification de l'exigence de connaissance du caractère déterminant de l'erreur

532. Lorsqu'a été abordée plus haut l'exigence de connaissance du caractère déterminant de l'erreur commise par l'*errans*, il était question de connaissance par le cocontractant. Que faire, en l'absence de cocontractant ? Est-il possible d'étendre cette condition en remplaçant simplement le mot cocontractant par celui de tiers ? Un retour à la *ratio legis* de cette exigence, ainsi qu'à son fonctionnement technique en droit des contrats, impose une réponse positive.

En droit des contrats, l'exigence d'une connaissance par le cocontractant du caractère déterminant de l'information sur laquelle l'*errans* s'est mépris provient du souci de l'ordre juridique de protéger les intérêts de ce cocontractant, en ce qu'il est bénéficiaires des normes créées par l'*errans*. L'idée est, en quelque sorte, d'éviter que ce cocontractant ne soit pris au dépourvu et ne subisse une annulation qu'il ne pouvait pas éviter compte tenu de l'ignorance dans laquelle il était de l'importance pour son cocontractant d'un élément donné. Dès lors, pour étendre cette condition à des actes juridiques mettant en jeu les intérêts de plusieurs personnes, autrement dit ayant plusieurs bénéficiaires, il suffit de tenir compte de la connaissance que peuvent en avoir les bénéficiaires de la norme.

L'on pourra objecter que l'auteur de l'acte juridique n'a pas toujours le moyen d'informer ces personnes de ce qui est déterminant de son consentement, de sorte que cela risquerait de réduire drastiquement les cas d'annulation. L'argument n'est cependant guère pertinent car il repose

sur un postulat erroné, à savoir que l'auteur de l'acte juridique devrait toujours préalablement informer les tiers des éléments à ses yeux déterminants. Si, sans doute, cette possibilité lui est offerte, elle n'est pas indispensable. Le fonctionnement technique de ce caractère en droit des contrats révèle que les juges combinent une approche subjective — à partir de ce que le contractant a indiqué être déterminant — et objective — à partir de ce qui est considéré comme tel par une personne raisonnable [1886]. C'est au demeurant cette approche qui est consacrée par la réforme aux articles 1133 à 1135 du code civil. Compte tenu de l'existence d'une approche objective, il semble bien que l'exigence de connaissance du caractère déterminant puisse être étendue sans réelle difficulté aux actes juridiques autres que ceux concourant à la formation d'un contrat et produisant leurs effets à l'égard d'un très grand nombre de destinataires. Qu'en est-il du caractère excusable de l'erreur ?

§ 2. La vérification de l'exigence d'une erreur excusable

533. Nature procédure du caractère excusable. En droit des contrats, le caractère excusable de l'erreur se trouve aussi justifié par le souci de protéger les intérêts du cocontractant de l'*errans*. Ceci a pour conséquence que ce caractère est considéré par la jurisprudence comme toujours présent lorsque le cocontractant n'a pas empêché l'*errans* de commettre une erreur alors qu'il en avait les moyen ou a lui-même provoqué cette erreur. Où l'on voit que pour apprécier du caractère excusable de l'erreur il faut tenir compte tant du comportement de l'*errans* que de son cocontractant Cette présentation, si elle peut apparaître satisfaisante en droit des contrats, ne l'est guère dans d'autres matières, tel le droit administratif, dans lesquelles les actes juridiques ont des conséquences sur un grand nombre de personne. En effet, il sera alors très difficile voire impossible de se prononcer sur ce caractère excusable de l'erreur car cela impliquerait d'examiner le comportement de chacune des personnes intéressées par la norme dont l'annulation est recherchée.

Pour sortir de cette difficulté, il faut changer d'approche et adopter une démarche d'avantage processuelle. Pour cela, il convient de se demander quel serait dans une instance le statut de ce caractère excusable : une condition de la demande en nullité ou un moyen de défense ? Compte tenu de ce que nous avons dit plus haut, lors de la vérification en droit des contrats du caractère excusable pour les trois degrés d'erreur, il paraît difficile de faire de ce caractère une condition de l'action en nullité. En effet, à propos de l'erreur d'analyse provoquée, la jurisprudence considère que le (mauvais) dol rend toujours l'erreur excusable. Dès lors, il semble bien que, pour l'erreur provoquée, l'*errans* qui agirait en nullité n'a pas besoin de rapporter la

1886. Sur cette dernière notion et sa nature de standard prescriptif, on consultera avec profit F. Viney, *La personne raisonnable : Contribution à l'étude de la distinction des standards normatifs et descriptifs*, sous la dir. de G. Loiseau, thèse de doct., Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, 2013, Partie 2. Sur cette double approche, subjective et objective, rappr. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, nos 215 s. etJ. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : Le contrat — Le consentement*, 2013, nos 1242 s.

preuve du caractère excusable. Qu'en est-il dans les autres erreurs ? Le point est peu abordé en doctrine, même si l'on trouve cependant quelques auteurs qui prennent position. Pour ces auteurs la charge de la preuve n'incombe pas à l'*errans*[1887]. La jurisprudence, assez rare sur ce point, va dans le même sens. Nous avons trouvé au moins un arrêt de 1979 prenant implicitement mais nécessairement position sur ce point[1888]. Dans cet arrêt, la Cour de cassation rejette un pourvoi qui prétendait qu'il « appartiendrait au demandeur en nullité de prouver que l'erreur qu'il allègue est excusable ». La Cour va en effet considéré que la cour d'appel n'a pas inversé la charge de la preuve et qu'en l'espèce l'existence d'une erreur inexcusable n'était pas établie, ce qui sous-entend nécessairement que pour les magistrats du quai de l'horloge il appartenait au défendeur à l'action en nullité d'établir ce caractère inexcusable. Où l'on aperçoit bien que ce caractère inexcusable de l'erreur constitue moins une condition de l'action en nullité qu'un moyen de défense. D'où l'intérêt, d'ailleurs, de parler de caractère excusable de l'erreur plutôt que de condition d'erreur excusable.

Le fait que le caractère excusable de l'erreur relève des moyens de défense et non des conditions de la demande en nullité permet de sortir du problème rencontré à propos de l'extension de ce caractère en dehors du contrat : le caractère excusable n'étant plus une condition de l'action, le demandeur à l'action en nullité n'a plus à en rapporter la preuve, de sorte que peu importe le nombre de personnes intéressées par les normes dont l'annulation est demandée. Il appartiendra aux personnes intéressées et, le cas échéant au juge dans le cadre de son pouvoir de relever d'office certains arguments, de s'opposer à cette action, en démontrant que l'erreur est inexcusable. Toute difficulté dans la mise en œuvre du caractère excusable de l'erreur en dehors du contrat se trouve donc désactivée.

534. Le caractère excusable et la légitimité de l'intérêt à agir. Que faire cependant, dans cette approche processuelle, de la règle suivant laquelle le (mauvais) dol rend toujours l'erreur excusable[1889] ? Comment comprendre que le défendeur à l'action en nullité ne puisse pas se prévaloir du caractère inexcusable de l'erreur commise par l'*errans* lorsqu'il a lui-même provoqué cette erreur. D'un point de vue processuel, le fait que le défendeur ne puisse pas se prévaloir du moyen de défense tenant au caractère inexcusable de l'erreur paraît résulter de l'irrecevabilité d'un tel moyen de défense ; l'irrecevabilité tenant à l'illégitimité de l'intérêt à agir sous-tendant ce moyen de défense. Rappelons en effet que toute demande ou tout moyen de défense doit, par application de l'article 31 du code de procédure civile, être légitime, ce qui conduit notamment le juge à refuser les actions contraires à la moralité. Or, dans l'hypothèse envisagée, c'est bien semble-t-il parce que les juges perçoivent cette illégitimité de la défense du défendeur à l'action en nullité qu'ils entendent rejeter cette action. Dès lors, lorsque les juges

1887. B. Petit et S. Rouxel, « Art. 1110, Fasc. unique : Erreur » *in JCl. Civil Code*, 2014, n° 83, lesquels citent J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : Le contrat — Le consentement*, 2013, n° 1227.

1888. Cass., 1re civ., 24 jan. 1979, n° 77-11.519, *Bull.*, I, n° 34, p. 29, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007002725.

1889. Sur cette règle, cf. *supra* n° 508.

déclarent que le (mauvais) dol rend toute erreur excusable, ils ne font semble-t-il que pour déclarer irrecevable l'argumentation du défenseur.

Cette analyse permet de répondre à la question laissée plus haut en suspens [1890] relativement au point de savoir si, en présence d'une erreur provoquée, ce caractère excusable est toujours exigée. Cette réponse résulte de la nature de fin de non-recevoir attribuée à l'argument du défendeur suivant lequel l'*errans* aurait commis une erreur inexcusable. Le fait que cet argument soit rejeté uniquement pour défaut d'intérêt à agir révèle que les autres conditions habituellement requises pour cet argument demeurent inchangés. L'intérêt à agir et les autres conditions de défense sont donc sur deux plans distincts. Voilà pourquoi, même dans l'erreur provoquée, le caractère excusable de l'erreur demeure ; il ne peut seulement plus être invoqué par la personne ayant provoqué l'erreur compte tenu de l'irrecevabilité de son action. Par conséquent, il est faux de considérer, comme y invite pourtant la Cour de cassation lorsqu'elle affirme que le dol rend toute erreur excusable, que l'erreur est excusable soit quand l'*errans* a été diligent soit quand elle a été provoquée par le défendeur à l'action en nullité. Le caractère excusable de l'erreur se limite à l'exigence d'absence de négligence de l'*errans*. La solution particulière retenue par la jurisprudence en droit des contrat, à propos de l'erreur provoquée, ne résulte donc pas d'un mécanisme propre aux conditions de validité des actes juridiques ; elle n'est que l'application d'une règle générale de procédure civile relative à la légitimité de l'intérêt à agir.

1890. *Supra* n° 510.

Conclusion du Chapitre 1

535. Au terme de ce chapitre, nous avons pu vérifier que les propriétés tenant aux conditions de validité des normes créées par un acte juridique pouvaient être *théoriquement* généralisées à l'ensemble des actes juridiques.

Plus précisément, concernant d'abord les conditions de validité elles-mêmes, il a été montré qu'il était rationnel de considérer que tout acte juridique pouvait être annulé en cas de vice du consentement ou de motif illicite. En effet, l'acte juridique étant un acte volontaire, il est cohérent que les organes de l'ordre juridique puissent tenir pour nulles des normes créées par une volonté viciée. De même, s'agissant du motif, nous avons montré qu'il était normal que les organes de l'ordre juridique puissent tenir pour nuls des actes motivés par des fins contraires aux fins admises par l'ordre juridique. Par ailleurs, l'examen rapide des sources de philosophie morale traitant de la promesse a permis de confirmer la pertinence de ces deux conditions de validité, également identifiées par les philosophes.

Ensuite, examinant le régime de ces deux cas de nullité, nous avons montré que l'exigence d'une erreur ou d'un motif déterminant pouvait aisément être transposée à des actes juridiques mettant en jeu un plus grand nombre d'intérêts que le contrat, dans la mesure où cette exigence se rapporte seulement à l'auteur de l'acte et est indépendante des tiers.

En revanche, s'agissant du régime propre aux vices du consentement, nous avons dû apporter des modifications aux règles précédemment dégagées, afin de leur permettre de s'appliquer dans des hypothèses où il existait une pluralité d'intérêts à protéger. D'abord, concernant la connaissance du caractère déterminant, nous avons indiqué que cette connaissance devait être partagée par tous les bénéficiaires de la norme souffrant de l'annulation. Quant au caractère excusable, nous avons montré que cette exigence ne concernait pas seulement l'*errans*, mais qu'elle s'appliquait plus généralement à toute personne formulant une demande en nullité ou concluant au rejet de la nullité. Cette prise de conscience a alors rendu nécessaire de modifier la conception habituelle de cette exigence afin d'en faire moins une condition de la demande en nullité pour erreur, qu'un moyen de défense à cette action.

Ces vérifications théoriques achevées, il convient à présent d'éprouver les propriétés dégagées de l'acte juridique à partir de faits empiriques, tirés de l'étude du droit positif.

Chapitre 2

Vérification empirique des propriétés identifiées

536. Première vérification. La lecture des ouvrages de droit des obligations qui traitent des actes juridiques non contractuels apporte une première vérification aux propriétés que nous avons ici identifiées. En effet, ces ouvrages mentionnent souvent que les règles sur les vices du consentement ont pu être appliquées par la Cour de cassation à des « actes unilatéraux ». Par exemple, la Cour a pu parfois déclarer que « les causes de nullité qui atteignent le consentement sont applicables aux actes unilatéraux » [1891]. De même, les règles sur l'illicéité de la cause ont pu être appliquées à propos d'une reconnaissance de dette [1892], laquelle n'est pas aujourd'hui considérée comme un contrat. L'on ne saurait cependant se contenter de telles vérifications pour deux raisons au moins. D'une part, car les actes juridiques en cause concernent souvent des situations proches du droit des contrats [1893]. D'autre part, car il faudrait encore vérifier que les conditions précisant la mise en œuvre de ces cas de nullité des normes sont remplies. Qu'en est-il par exemple du caractère déterminant de l'erreur ou du motif licite ? Qu'en est-il également de l'absence de négligence de celui invoquant un vice du consentement ? etc. Une vérification plus approfondie s'impose donc.

1891. Cass., civ., 24 mai 1948, *D.*, 1948, J., p. 517. Rappr. Cass., 2e civ., 15 oct. 2009, n° 07-20.129, *Bull.,* II, n° 245, p. 224, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000021167980, qui annule une renonciation à l'action en justice au visa des articles 1109 et 1110 du code civil ou encore Cass., 3e civ., 20 oct. 2010, n° 09-66.113, *Bull.,* III, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000022946030 qui, au visa de l'article 1109 c. civ., censure un arrêt d'appel ayant admis la nullité d'une offre de vente, alors que l'erreur était inexcusable, selon les magistrats du quai de l'Horloge.

1892. Cass., 1re civ., 1er oct. 1986, n° 85-13.514, *Bull.,* I, n° 230, p. 220, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007017022. Rappr. Cass., 1re civ., 28 mai 2008, n° 07-14.066, *Bull.,* I, n° 161, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000018896283, appliquant l'article 1130 du code civil à un acte unilatéral, ce qui est sans doute l'acte principal auquel ce texte s'applique en pratique.

1893. Cass., 1re civ., 1er oct. 1986, n° 85-13.514, *Bull.,* I, n° 230, p. 220, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007017022, pour une reconnaissance de dette ou Cass., 3e civ., 20 oct. 2010, n° 09-66.113, *Bull.,* III, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000022946030, pour une offre de vente.

537. Vérification approfondie - Plan. Afin de vérifier au mieux les hypothèses de nullité dégagées à partir du droit des contrats, il convient, avons nous dit en introduction [1894], de rechercher des situations complexes et éloignées de la situation de base (le substrat précité), afin à la fois d'identifier d'éventuels biais d'analyse et surtout de tester la solidité de la construction élaborée.

La vérification — qui sera parfois difficile compte tenu de la complexité des situations de vérifiabilité choisies — sera réalisée à partir des quatre actes juridiques suivants :

— D'abord, le *mariage* (**Section I**) car il est souvent opposé au contrat, en particulier sur la question des vices du consentement [1895], et n'est guère appréhendé comme un instrument économique mais davantage perçu comme un mécanisme permettant d'établir des liens durables entre les époux et leurs enfants.

— Ensuite, le droit pénal retiendra notre attention, car il est un droit où la protection des individualités est, contrairement au contrat, reléguée en arrière-plan. C'est la protection de la société qui prime avant tout. Sera ici étudié le *consentement de la victime* dont nous montrerons qu'il est un acte juridique susceptible de vérifier les conditions élaborées plus haut (**Section II**).

— Une troisième vérification aura lieu à propos de la *décision de justice* (**Section III**), car il s'agit d'un acte juridique intervenant en droit processuel, matière que l'on oppose habituellement aux droits substantiels, parmi lesquels figure le droit des contrats. En outre, à la différence des actes juridiques contractuels, la décision de justice crée des normes auxquelles les destinataires n'ont pas consenti.

— Enfin, une vérification sera menée pour le *vote* au sein des assemblées parlementaires (**Section IV**), car il s'agit là d'une opération que l'on ne songerait guère à rapprocher du contrat. En outre, ce vote appartient à une matière située à la frontière du droit et des sciences politiques, le droit parlementaire, de sorte que l'on pourrait s'attendre à ce que les règles sur l'acte juridique y soient prises au dépourvu.

Section I Vérification des conditions de validité de l'acte juridique à l'aune du mariage

538. Plan. L'étude des normes conditionnant la validité du mariage laisse apparaître un contrôle tant de la volonté des époux de se marier (**§ 1.**), que des fins qu'ils poursuivent en se mariant (**§ 2.**).

1894. *Supra* n° 52.

1895. « Quel rapport voyez-vous entre le mariage et un contrat ? Aucun. La théorie des vices du consentement dans le mariage est tout à fait différente de la théorie du vice du consentement dans les contrats, et heureusement ». Tels sont les propos d'Henri Mazeaud, rapportés dans *Travaux de la Commission de réforme du code civil. 1945-1946*, Sirey, 1947, p. 140.

§ 1. Le contrôle de la volonté

539. Plan. L'étude du contrôle de la volonté des époux permet de faire apparaître les différentes variétés d'erreurs identifiées plus haut (**A.**). En outre, l'étude des conditions de prise en compte de cette erreur révèle qu'elles correspondent à celles que nous avons proposées (**B.**).

A. La présence des variétés d'erreurs

540. Les types d'erreurs. L'étude des différentes règles afférentes au consentement des époux révèle la présence des deux types d'erreurs dégagés plus haut. D'une part, l'article 180 alinéa 1er donne à voir, avec la violence, un cas d'erreur d'expression provoquée. D'autre part, l'alinéa 2 du même texte révèle la présence d'une erreur d'analyse, avec l'erreur sur la personne ou les qualités essentielles.

541. Les degrés d'erreurs. La lecture des textes du code civil peut susciter quelques doutes sur la possibilité d'existence des trois degrés d'erreurs indiqués plus haut : l'erreur spontanée, l'erreur exploitée et l'erreur provoquée. L'hésitation concerne uniquement les degrés des erreurs d'*analyse*, compte tenu du rejet du dol comme cause de nullité du mariage. La portée de ce rejet doit cependant être bien comprise au regard du concept d'erreur ici retenu.

Dire que le dol est rejeté pour les actes juridiques créant le mariage peut être compris de deux façons distinctes [1896]. Soit cela peut être compris comme le rejet du dol comme cause de nullité. Soit cela peut être compris comme le refus de faciliter l'admission de l'erreur en cas de dol. La première approche du rejet du dol n'est nullement problématique au regard de l'analyse du dol ici développée, puisque nous avons dit que le dol n'était pas un cas de nullité distinct de l'erreur, mais qu'il s'agissait d'une des différentes formes que peut revêtir l'erreur d'analyse. Dès lors, le rejet du dol, dans la mesure où il n'est pas accompagné du rejet de l'erreur, n'est pas problématique. La seconde approche pourrait en revanche être plus problématique puisque, dans la conception de l'erreur ici retenue, l'existence de conditions visant à limiter le jeu de l'erreur dépend des intérêts à prendre en considération. Dès lors, si le dol venait à être refusé, cela signifierait qu'il ne peut en aucun cas faciliter l'admission de la preuve de l'erreur, alors que nous avons vu plus haut qu'en cas d'erreur provoqué, il était plus aisé pour l'*errans* d'obtenir l'annulation, puisque la seule preuve d'actes illicites du cocontractant permettait de prouver le caractère excusable de l'erreur et la connaissance de son caractère déterminant [1897]. Or, comme nous allons le voir plus loin, il n'en est rien puisque, en jurisprudence, la preuve d'un mauvais dol rend toujours excusable l'erreur commise par l'époux, ce qui accroît les cas de nullité pour

1896. Rappr. B. Moore, « L'absence d'intention conjugale : Mariage simulé ou erreur sur la personne ? », *Revue du Notariat,* 2000, URL : https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/1391/Absence%20d'intention%20conjugale.Mariage%20simul%C3%83%C2%A9%20ou%20erreur%20sur%20la%20personne.pdf?sequence=1.

1897. *Supra* nos 508, 513 et 518 pour le caractère excusable et 496, 502 et 519 pour la connaissance du caractère déterminant.

erreur. Par conséquent, comme le suggérait — contrairement aux idées reçues — Antoine Loysel, il ne faut pas accorder trop d'importance à l'idée suivant laquelle « en mariage il trompe qui peut » [1898].

B. La présence des caractères de l'erreur

542. La lecture de l'article 180 du code civil ne permet guère au premier abord d'apercevoir les conditions auxquelles nous avons proposé que soit subordonnée l'admission d'une nullité pour erreur. Cependant, une étude de la jurisprudence et de l'évolution qu'a connu cet article permet de révéler la présence de ces conditions. Vérifions-le successivement pour le caractère déterminant (**1.**) et excusable de l'erreur (**2.**), ainsi que pour la connaissance du caractère déterminant de l'erreur (**3.**).

1898. A. Loysel, *Institutes coutumières...*, Abel L'Angelier, 1607, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/btv1b8626826z.r=Institutes%20coustumi%C3%83%C2%A8res%20par%20A.%20Loisel, liv. I, tit. II, n° 3, p. 7. Il faut en effet observer que le passage d'où est tirée cette phrase commence par l'expression « On dit communément etc. » Lorsque les auteurs citent A. Loysel, ils oublient l'adverbe « communément », qui a pourtant ici, semble-t-il, une importance essentielle. En effet, une recherche systématique effectuée dans une édition numérisée des *Institutes* disponible sur Gallica révèle que c'est la seule occurrence de l'adverbe « communément » au début d'un adage rapporté par A. Loysel. La présence d'un tel adverbe, inédit, donne à penser qu'A. Loysel avait un certain détachement vis-à-vis de cet adage qu'il ne tenait donc sans doute pas pour tout à fait exact, tout comme d'ailleurs les auteurs contemporains l'ayant étudié dans le détail (cf. not. J.-J. Lemouland, *L'intégrité des consentements au mariage : La théorie des vices du consentement*, sous la dir. de J. Hauser, thèse de doct., Université de Bordeaux I, 1984, n°s 638 s.). Cette analyse, suggérée par la présence de l'adverbe « communément », se trouve confirmée par les propos écrits par A. Loysel juste après cet adage et qui, eux aussi, ne sont de nos jours presque jamais reproduits. A. Loysel indique que l'expression commune « en mariage il trompe qui peut [...] procède de ce que nos Maîtres nous apprennent que *dolus dans causam contractui matrimonii non reddit illum ipso jure nullum* », c'est-à-dire, en français, que « le dol ayant déterminé la conclusion d'un mariage ne le rend pas nul de plein droit ». Par cette précision, A. Loysel explique d'où provient l'adage populaire et suggère surtout qu'il faut accorder moins d'importance à l'opinion commune qu'à l'opinion des Maîtres, d'où d'ailleurs l'emploi du latin pour rapporter la seconde. Or, la parole des « Maîtres » ne dit nullement que le dol n'est pas admis dans le mariage, elle dit seulement que le dol ne rend pas nul de *plein droit* le mariage. *A contrario*, ceci semble signifier que la nullité pourra être admise, mais qu'elle ne le sera pas de plein droit. Qu'est-ce à dire ? Ceci pourrait signifier deux choses — compte tenu des principaux sens que l'expression *ipso jure* avait alors —, soit que l'annulation ne sera possible que par voie d'exception, soit que des éléments supplémentaires doivent être rapportés. Nous pencherions plutôt pour la deuxième interprétation car il semblerait, à en croire les auteurs ayant étudié l'adage rapporté par A. Loysel, que l'une des justifications de cet adage provienne de la croyance que le dol dans le mariage était légitime du fait du « jeu naturel » de la séduction. Dès lors, parce que le dol y était naturel, il ne peut pas à lui seul être sanctionné ; doivent s'ajouter d'autres éléments. D'où la formule *dolus dans causam contractui matrimonii non reddit illum ipso jure nullum.*

Relevons ici que cette opinion des Maîtres d'A. Loysel n'est pas tout à fait exacte et repose sur une confusion, déjà dénoncée plus haut, du dol et du mauvais dol. Les Maîtres en question ont raison d'affirmer que le dol n'entraîne jamais, à lui seul (*ipso jure*), la nullité du mariage. Pour qu'il y ait nullité, il faut encore qu'il s'agisse d'un *dolus malus*, d'un mauvais dol. Cependant, ces Maîtres ont tort lorsqu'ils affirment que ce serait là une particularité du mariage. La même règle s'applique aux autres contrats (cf. É. Casimir, « Le *dolus bonus*, une notion à réhabiliter » *in Les pilliers du droit civil*, sous la dir. de N. Laurent-Bonne, N. Pose et V. Simon, Mare & Martin, 2014). Ces Maîtres se seront sans doute laisser abusés par la rareté du bon dol en droit des contrats, de sorte qu'ils en seront venus à croire que tout dol est sanctionné, ce qu'ils ne pouvaient assurément pas admettre pour le contrat de mariage où, à l'inverse du droit des contrats, le bon dol a, du fait de la séduction, une place beaucoup plus importante. Sur cette confusion du dol et du mauvais dol, cf. *supra* n° 508.

1. Le caractère déterminant de l'erreur

543. Le caractère déterminant. L'erreur n'est admise que dans un certain nombre d'hypothèses limitées, à savoir lorsque l'erreur est « dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne » [1899] ; la première portant sur l'identité physique ou civile de la personne, en particulier lorsque l'un des époux s'est attribué une fausse identité, et la seconde sur des qualités telles que l'« intégrité physique, morale ou même judiciaire de l'individu » [1900].

Il est possible de voir, dans cette liste limitative, une manifestation du caractère déterminant de l'erreur. En effet, bien souvent, une erreur portant sur l'identité de la personne ou sur ses qualités essentielles sera déterminante du consentement. Ainsi, lorsqu'est admise la nullité d'un mariage pour impuissance, c'est parce que les juges considèrent que la capacité à procréer était un élément déterminant du consentement de l'autre époux. D'ailleurs, en quelques occasions, la jurisprudence a explicitement mentionné que l'erreur commise avait été déterminante [1901], d'où la mention de cette condition dans certains écrits doctrinaux [1902].

2. Le caractère excusable de l'erreur

544. Une condition oubliée. À la différence du caractère déterminant qui est parfois mentionné par la jurisprudence ou la doctrine, le caractère excusable de l'erreur n'est semble-t-il jamais évoqué. La thèse imposante de Jean-Jacques Lemouland, qui traite longuement de l'erreur et du dol, n'évoque par exemple nullement le caractère excusable de l'erreur, pas plus, semble-t-il, que les manuels contemporains de droit de la famille [1903]. Ce point n'est pas sans surprendre lorsqu'on constate que les auteurs ne manquent pourtant pas de faire des comparaisons entre les vices du consentement en matière contractuelle et matrimoniale [1904], de sorte qu'on pourrait s'attendre à ce qu'il transpose au second l'exigence d'une erreur excusable dégagé pour le premier. Cette absence de référence au caractère excusable surprend également lorsqu'on sait que, dans la tradition canonique, dont les influences sont encore présentes dans notre droit du mariage, notamment au travers du prétendu rejet du dol, d'importants efforts

1899. Art. 180 al. 2 à propos de l'erreur.
1900. F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil. La famille*, 8e éd., Dalloz, 2011, p. 104.
1901. Not. Cass., 1re civ., 19 fév. 1975, n° 73-13.761, *Bull.,* I, n° 70, p. 63, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006992726 ou Cass., 1re civ., 2 déc. 1997, n° 96-10.498, *inédit,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007366078.
1902. J.-J. Lemouland, *L'intégrité des consentements au mariage : La théorie des vices du consentement*, sous la dir. de J. Hauser, thèse de doct., Université de Bordeaux I, 1984, n° 522 et les nombreuses références citées ou G. Raymond et M.-L. Cicile-Delfosse, « Fasc. 10 : MARIAGE – Les conditions à réunir dans la personne des époux » *in JCl Civil Code*, 2014, n° 89.
1903. Comp. O. Langlès, « Vices du consentement et droit du mariage : une rencontre originale », *JCP N,* 27 mar. 1998, n° 20, qui parle d'une « erreur excusable » de l'époux, sans pour autant développer cette question. Les juristes québecois, très fortement nourris de la pensée juridique française, l'évoquent en revanche nettement. Cf. A. Roy, « Fasc. 22 : Canada (Québec) – Droit civil – Mariage - Régimes matrimoniaux – Divorce – Union civile – Filiation » *in JCl Droit comparé*, 2011, nos 7 s.
1904. Telle par exemple la situation du dol dans le mariage où les auteurs relèvent ainsi que, contrairement au droit des contrats, le dol n'est pas admis dans le mariage.

sont déployés pour maintenir les unions, de sorte qu'on pourrait s'attendre à ce que le caractère excusable de l'erreur, caractère qui contribue à réduire les cas d'annulation, soit justement utilisé pour limiter les cas d'annulation des unions matrimoniales. Comment expliquer, dès lors, que ce caractère excusable ne se retrouve ni en jurisprudence ni en doctrine ? Une double explication peut en être donnée. D'une part, cette absence provient de la solution radicale retenue par la Cour de cassation, dans l'arrêt *Berthon* de 1862 [1905], pour limiter les cas d'erreurs admis. D'autre part, cette absence résulte de considérations pratiques, tenant à la rareté des situations dans lesquelles cette condition pourrait être mise en évidence. Expliquons-nous.

545. Les raisons d'un oubli. *L'influence de l'arrêt* Berthon. La lecture des conclusions du procureur général André Dupin rendues sous l'arrêt *Berthon* laisse apparaître que si la Cour a ainsi entendu restrictivement l'erreur sur la personne, c'est pour trouver un moyen simple — mais excessivement rigide [1906] — pour restreindre les cas d'annulation. Ayant ainsi radicalement réduit les cas d'annulation, la Cour n'a plus eu besoin de développer d'autres outils pour limiter les cas d'annulation et protéger ainsi les intérêts du conjoint de l'*errans*, de ses proches et plus généralement de la société intéressée à la stabilité des unions. L'exigence du caractère excusable de l'erreur dans la personne devenait superflue du fait de cette décision. Ce caractère excusable, auquel aurait été adjoint l'exigence de connaissance du caractère déterminant que nous examinerons plus loin, aurait-il pu pour autant être utilisé en lieu et place de la solution retenue dans l'arrêt *Berthon* ? Assurément. En effet, la lecture des premiers mots du procureur général A. Dupin laisse apparaître que la première raison qui conduit ce magistrat à refuser la nullité au cas d'espèce, avant même la protection des intérêts de la société sur laquelle il s'arrêtera par la suite longuement, c'est le refus d'accorder l'action en nullité à un conjoint négligent. Le Procureur A. Dupin écrit en effet : « Au nombre des pièces du mariage, se trouve un certificat du maire de Valence, relatif au numéro obtenu par lui au tirage de la conscription. / Une simple lettre écrite à ce fonctionnaire par la dame Herbin [la mère de la mariée] eût obtenu de lui tous les renseignements désirables. On pouvait aussi s'adresser au magistrat qui l'avait patronné, et qu'il avait signalé comme son protecteur. Mais le jeune fiancé plaisait ; sa personne était pleinement agréée, on n'en demanda pas davantage » [1907]. Où l'on voit bien l'importance que ce magistrat accorde à la négligence des personnes agissant en nullité. Si le procureur général Dupin ne recourt pas pour autant à la notion d'erreur inexcusable, c'est sans doute d'une part parce que cette notion n'avait pas alors été dégagée par la doctrine et la

1905. Cass., Ch. réun., *Berthon*, 24 avr. 1862, *Bull.*, n° 57, p. 99, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006951617. Sur cet arrêt, cf. not. H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 13e éd., Dalloz, 2015, Tome 1, n° 35.

1906. Cet arrêt détermine par avance les erreurs admises : les erreurs sur l'identité civile. Comme l'a montré G. Cornu, ce système de l'erreur « déterminée », par opposition à un système de l'« erreur déterminante », « se caractérise (et, selon nous, se condamne) par son excessive rigidité » (G. Cornu, « Centenaire », *D.*, 1959, chron., p. 218).

1907. *S.*, 1862, I, concl. A. Dupin, p. 342.

jurisprudence en droit des contrats [1908], et d'autre part que les magistrats ont préféré limiter l'erreur au moyen d'un critère simple et, disons-le, un peu grossier.

Force est cependant de constater que, peu après l'arrêt *Berthon*, les juges ne vont pas totalement oublier le raisonnement qu'ils adoptaient parfois jusqu'alors et qui les conduisait à équilibrer de manière plus nuancée les différents intérêts en présence. Ainsi, quatre ans après l'arrêt *Berthon*, la Cour impériale de Bordeaux, tout en reprenant à la fin de son raisonnement la motivation de l'arrêt *Berthon*, n'en prend pas moins la peine de souligner préalablement, en l'espèce, la négligence de l'époux qui avait tous les éléments en main pour s'apercevoir de son erreur sur la filiation (naturelle et non légitime) de son épouse, mais qui, emporté par la passion, indique l'arrêt, n'a point pris la peine de mener ces vérifications [1909]. Où l'on voit que, peu après l'arrêt *Berthon*, certains juges ont conservé une motivation plus nuancée que celle que leur permettait la Cour de cassation, comme s'ils avaient conscience que cette solution n'était pas optimale et qu'ils se sentaient obligés, pour que leur décision soit mieux reçue et donc mieux respectée, de se justifier autrement que par le seul constat brutal que la violation ne portait pas sur l'identité civile de la personne. Or, justement, dans cet arrêt de la Cour impériale de Bordeaux, transparaît le caractère inexcusable de l'erreur commise par l'époux. Emporté par sa passion, cet époux s'est montré négligent et n'a pas voulu voir ce qu'il aurait dû : celle qu'il aimait était une enfant naturelle.

Cette tendance des juridictions à ne pas se contenter du raisonnement posé par la Cour de cassation dans l'arrêt *Berthon* s'est par la suite poursuivie, même s'il a fallu semble-t-il attendre quelques années pour que s'estompe la force qui lui était attachée. Comme le relevait en effet Gérard Cornu [1910], s'il « y a bien eu, sans doute une "jurisprudence Berthon" très vive, au moins jusqu'aux lendemains de la première guerre mondiale », cette fidélité n'est que d'apparence car « [e]n réalité, leur conformité à l'arrêt *Berthon* laisse quelques doutes » ; et l'auteur de montrer que nombre de décisions contiennent des éléments qui auraient permis de rejeter l'annulation sans avoir à s'appuyer sur cet arrêt de principe. « Bien mieux, dans les motifs des décisions, apparaissent des considérations nouvelles, comme le dol ou le caractère déterminant de l'erreur dont l'arrêt *Berthon* ne faisait nul cas. Ainsi, pour annuler le mariage, le juge vise volontiers la tromperie d'un époux et le caractère déterminant de l'erreur chez l'autre [...] ou à l'inverse, en rejetant la nullité, l'absence de dol et le caractère non déterminant de l'erreur » [1911]. Or, si l'on se souvient que la seule particularité du (mauvais) dol est d'être une erreur toujours excusable,

1908. Rappelons en effet que le caractère excusable n'était, jusqu'à la réforme de 2016, pas mentionné dans le code civil. Il est désormais évoqué aux articles 1135 et 1139

1909. C. imp. Bordeaux, ch. réun., 21 mar. 1866, *D.,* II, p. 87-88, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k57462181/f87.item, où les juges relèvent trois séries d'éléments que l'époux n'aurait pas dû ignorer et qui l'auraient conduit à percevoir son erreur, puis soulignent « qu'il l'a prise [son épouse] avec son état civil, incontesté alors, mais sans ignorer ce qu'il pouvait avoir de contestable et sans s'en préoccuper » et enfin indiquent que, d'une manière générale, l'« erreur partielle » sur la personne est « due le plus souvent à l'imprudence [des] informations incomplètes [de l'*errans*] ».

1910. G. Cornu, « Centenaire », *D.,* 1959, chron., p. 216.

1911. *Ibid.*, p. 216.

il n'y a qu'un pas à franchir pour dire que le juge vérifie le caractère excusable de l'erreur toutes les fois qu'il relève la présence de manœuvre dolosives de son cocontractant. Où l'on voit donc que, bien que le caractère excusable de l'erreur ait été rendu inutile par l'arrêt *Berthon*, les juridictions ont conservé une motivation fine, recourant à des critères dont certains ne sont pas sans rappeler ce caractère excusable.

Avec l'abandon de la jurisprudence *Berthon* par la loi de 1975 sur le divorce, l'on aurait pu s'attendre à ce que le caractère excusable surgisse au grand jour puisque, du fait de l'adoption d'un système plus souple, les juges auraient pu avoir intérêt à recourir explicitement au caractère inexcusable de l'erreur commise par l'*errans* pour rejeter des actions dans des cas où cela ne leur apparaissait pas justifié. Tel n'a cependant pas été le cas, ce qui conduit à penser que ce silence sur le caractère excusable a également une autre cause.

546. Les raisons d'un oubli. *La rareté des cas d'application*. Si le caractère excusable n'est jamais mis en avant, c'est semble-t-il également parce que les hypothèses où il pourrait l'être sont rares. Comme l'avait relevé G. Cornu, en matière de mariage « [o]n aurait beau jeu de montrer qu'en fait l'erreur d'un époux résulte presque toujours d'une dissimulation de la part de l'autre » [1912]. Or, ce n'est qu'en dehors de telles hypothèses que le caractère excusable a des chances d'être mis en avant. En effet, en présence d'un dol d'un des époux, les juges n'ont aucune raison de chercher à limiter les cas d'ouverture de la nullité pour protéger le conjoint de l'*errans*. Dans cette hypothèse, l'exigence d'une erreur excusable n'a par conséquent aucune chance d'apparaître dans les décisions de justice.

Pour autant, bien que non explicitement mentionnée, cette exigence transparaît dans les décisions toutes les fois où le juge relève la présence de manœuvres dolosives, voire exige de telles manœuvres pour prononcer la nullité [1913]. En outre, cette exigence transparaît au travers des propos doctrinaux relevant que, en présence d'un dol du conjoint, l'erreur est beaucoup plus facilement admise, tout comme, en matière de contrat, le mauvais dol rend toujours l'erreur excusable.

Surtout, il est permis de trouver des décisions qui, en l'absence de toute pratique dolosive, paraissent rejeter l'action en nullité en s'appuyant sur le caractère inexcusable de l'erreur. Outre l'arrêt précité de la Cour impériale de Bordeaux, particulièrement net, on peut également citer un arrêt rendu en 1920, par le tribunal civil de la Seine, dans lequel les magistrats, pour rejeter la nullité pour erreur sur la nationalité du conjoint, relèvent, d'une part, que « la dame G... a cohabité durant plusieurs années avec K... [...] et que, pendant cette existence commune, la dame G... n'a pas pensé à s'enquérir de la nationalité de son concubin » et, d'autre part, qu'il suffisait à la dame G..., « pour être fixée sur la véritable nationalité de K..., de consulter son acte de naissance, pièce annexe de l'acte de mariage, ou de se renseigner auprès du père de K...,

1912. G. Cornu, « Centenaire », *D.*, 1959, chron., p. 217. L'auteur relevait néanmoins par la suite quelques cas où, du fait du caractère commun de l'erreur, il n'y avait aucun dol.
1913. TGI Lille, 17 mai 1962.

qui était lui-même présent au mariage » [1914]. De semblables motivations existent également dans des arrêts plus récents, bien que les propos des magistrats soient moins nets. Tel est le cas d'un arrêt rendu en 1996, par la cour d'appel de Paris, dans lequel les magistrats rejettent une action en nullité pour insanité d'esprit au motif que « si Mme X... avait présenté des troubles mentaux profonds, M. Y... n'aurait pu manquer de s'en apercevoir » [1915]. Peut également être mentionné un arrêt rendu en 2012 par la cour d'appel de Toulouse où, pour rejeter l'action en nullité liée à l'addiction d'un époux à une plante considérée comme stupéfiante, les magistrats prennent la peine de relever que les époux s'étaient rencontrés lors d'un stage sur la culture pygmée au cours duquel les deux époux avaient goûté de cette plante [1916]. Si les actions en nullité ont été rejetées par les magistrats dans ces deux arrêts, où aucun mauvais dol n'était caractérisé, n'est-ce pas parce qu'ils ont considéré, dans le premier cas, que l'époux aurait dû s'apercevoir de l'insanité d'esprit de sa concubine et, dans le second cas, que l'épouse aurait dû s'apercevoir de l'addiction de son époux à cette plante qualifiée de stupéfiante ? Il est permis de le penser.

L'ensemble des éléments précédents permet donc de conclure que l'exigence d'une erreur excusable est bien prise en compte dans le mariage, même si les magistrats n'ont guère l'occasion de relever cette condition, eu égard à l'omniprésence des pratiques dolosives.

3. La connaissance du caractère déterminant

547. Intérêt de l'étude - Plan. L'étude de la connaissance du caractère déterminant de l'erreur par les tiers est particulièrement intéressante dans le mariage, car elle permet de s'échapper du biais contractuel résultant de ce que, dans le contrat, seuls les intérêts du co-contractant sont protégés, de sorte que la connaissance du caractère déterminant de l'erreur n'est appréciée que par rapport à lui et non par rapport aux tiers. Or, pour le mariage, nous allons voir qu'en raison de la pluralité des intérêts en jeu — l'intérêt du conjoint, des enfants et plus généralement de la société —, l'exigence d'une connaissance du caractère déterminant de l'erreur s'apprécie tant par rapport au conjoint que par rapport à la société. Si ceci transparaît très nettement depuis la réforme de 1975, qui a admis que l'erreur puisse porter sur des qualités essentielles, l'exigence se manifestait également, plus discrètement, dès avant cette réforme.

548. Avant la loi de 1975. Si, avant l'entrée en vigueur au 1er juillet 1976 de la réforme de 1975 [1917], l'exigence d'une connaissance du caractère déterminant de l'erreur par les tiers était peu apparente, cela s'explique, comme pour le caractère excusable, par la jurisprudence

1914. T. civ. Seine, 2 jan. 1920, *DP,* 1920, II, p. 79, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k426039c/f265.item.
1915. CA Paris, 7 nov. 1996, n° 95/80017, JurisData n° 1996-024397.
1916. CA Toulouse, 4 fév. 2012, n° 10/02377, JurisData n° 2012-006638.
1917. *Loi portant réforme du divorce* 11 juil. 1975, n° 75-617, art. 25.

Berthon[1918]. En effet, cette jurisprudence rendait pratiquement inutile cette condition, en ce sens que, restreignant considérablement les cas d'annulation, cette jurisprudence protégeait suffisamment les intérêts des tiers, de sorte que, pratiquement, l'exigence d'une connaissance du caractère déterminant de l'erreur n'avait alors guère d'utilité.

Il y a lieu de relever par ailleurs que certains des arguments justifiant la solution retenue dans l'arrêt *Berthon* sont les mêmes que ceux sous-tendant l'exigence d'une connaissance par les tiers du caractère déterminant de l'erreur. En effet, lorsqu'A. Dupin souligne les dangers de l'admission de la nullité en cas d'erreur sur les qualités, il le justifie par le fait que les qualités ouvrant le droit à la nullité pourraient être des qualités auxquelles la société n'apporte aucune importance. Or, dire que la société n'apporte aucune importance à ces qualités, n'est-ce pas dire que les membres de cette société sont légitimes à ne pas *connaître le caractère déterminant de cette erreur* ?

Si, en pratique, donc, cette exigence n'avait guère d'intérêt avant la loi de 1975, il convient tout de même de relever une hypothèse où les juges y ont recouru pour affiner la règle grossière contenue dans l'arrêt *Berthon*. Ainsi, à propos de l'erreur sur la nationalité, qui constitue assurément un cas d'erreur sur l'identité civile[1919] pris en compte d'après l'arrêt *Berthon*, les juges se sont parfois écartés de la jurisprudence de cet arrêt fondateur, pour n'accepter cette erreur que lorsque celle-ci avait porté sur un « élément essentiel »[1920] et avait été déterminante du consentement de l'*errans*[1921]. Or, comme l'avait fort justement relevé G. Cornu, à propos toutefois du caractère déterminant — mais ceci vaut également pour l'exigence d'une erreur sur un « élément essentiel » —, l'arrêt *Berthon* ne mentionne nullement une telle exigence[1922]. Où l'on voit que les magistrats, pour éviter d'admettre la nullité d'unions dans des cas où celle-ci leur apparaissait inéquitable, n'ont pas hésité à ajouter des conditions à la jurisprudence *Berthon*, et notamment le caractère « essentiel » de l'erreur. Or, qu'est-ce que cette exigence d'un « élément essentiel », si ce n'est l'exigence d'une connaissance par les tiers intéressés — principalement le conjoint et les familles des époux — que la nationalité est un élément

1918. Cass., Ch. réun., *Berthon*, 24 avr. 1862, *Bull.*, n° 57, p. 99, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006951617.

1919. F. Terré et D. Fenouillet, *Les personnes : Personnalité - Incapacité - Protection*, 8e éd., Dalloz, 2012, n° 127.

1920. T. civ. Seine, 4 fév. 1918, *DP,* 1920, II, 78, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k426039c/f266.item, nous soulignons : « Attendu que la nationalité est un des éléments de la personnalité civile ; que si, en règle générale, elle peut n'avoir qu'une importance secondaire dans la pensée de ceux qui contractent mariage, elle en devient un élément essentiel en temps de guerre lorsqu'il s'agit du mariage d'une Française avec un homme qui s'est dit alsacien, c'est-à-dire attaché à la France, alors qu'il est établi, par des renseignements ultérieurs, qu'il n'est que le sujet d'une puissance ennemie à laquelle il est resté profondément dévoué ».

1921. T. civ. Seine, 2 jan. 1920, *DP,* 1920, II, p. 79, URL : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k426039c/f265.item, nous soulignons : « Attendu, en effet, que [...] si, la nationalité étant un des éléments de la personnalité civile, il a pu être décidé qu'elle a, dans certains cas, une importance telle que, s'il y a eu mensonge sur la nationalité, la nullité du mariage peut s'ensuivre [caractère essentiel], c'est à la condition qu'il soit de la dernière évidence que, si la nationalité véritable de l'époux avait été connue de celui avec lequel il a contracté mariage, ce dernier aurait refusé son consentement et incontestablement repoussé la proposition qui lui était faite ».

1922. G. Cornu, « Centenaire », *D.,* 1959, chron., p. 216.

important [1923] ?

549. Après la loi de 1975. Postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, l'article 180 du code civil s'est trouvé modifié afin que la nullité pour erreur soit étendue aux qualités essentielles, reprenant ainsi, semble-t-il, une proposition de G. Cornu [1924]. Ce faisant, les règles sur l'erreur dans les actes juridiques formant le mariage se sont considérablement rapprochées de celles concernant l'erreur dans les contrats. En effet, en droit des contrats, la jurisprudence considère que l'erreur sur la personne n'est admise que lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la personne [1925]. De la même façon, en droit du mariage, l'erreur n'est admise que lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la personne. Certes, l'article 180 paraît distinguer l'erreur sur les qualités essentielles de l'erreur dans la personne, laissant ainsi entendre que l'erreur serait plus largement admise dans le mariage que dans les contrats. Mais c'est là un leurre. En effet, l'erreur sur l'identité civile est la plupart du temps une erreur sur les qualités essentielles [1926] et, quand elle ne l'est pas, la jurisprudence se refuse généralement à la prendre en compte, comme nous l'avons montré pour la nationalité. Dès lors, dans les deux cas — le mariage et le contrat —, il est exigé une erreur sur les qualités essentielles. Or, comme nous l'avons montré plus haut [1927] dire que l'erreur d'analyse porte sur un élément essentiel revient à dire que le caractère déterminant doit être connu du cocontractant et, plus généralement, des tiers à l'acte juridique dont les intérêts sont protégés. Dès lors, depuis 1976, le code civil comporte bien l'exigence d'une connaissance par les tiers du caractère déterminant de l'erreur commise par l'*errans*.

La seule différence (de degré) entre le contrat et le mariage concerne le nombre de tiers protégés. Alors que, dans le contrat, cette exigence ne va protéger que les intérêts des cocontractants, dans le mariage, elle protégera les intérêts de toute la société. D'où des différences dans la manière d'apprécier cette connaissance. Dans le contrat, celle-ci sera appréciée par rapport au(x) seul(s) cocontractant(s) ; dans le mariage elle sera appréciée par rapport à la société [1928]. Comme l'indiquent fort bien des magistrats lillois, la qualité de la personne doit être appréciée « eu égard aux fins propres du mariage telles qu'elles sont définies par la loi ou

1923. Rappr. *supra* n° 495, à propos de l'erreur sur les qualités essentielles.
1924. G. Cornu, « Centenaire », *D.,* 1959, chron., p. 218-220.
1925. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : Le contrat — Le consentement*, 2013, n° 1181.
1926. Rappr. G. Cornu, « Centenaire », *D.,* 1959, chron., p. 219-220.
1927. *Supra* n° 495.
1928. L'on dit parfois, suivant en cela G. Cornu (*ibid.*, p. 220), que cette appréciation sera « sociologique », en ce sens que le juge recherchera, selon l'opinion commune, si l'élément sur lequel l'erreur a été commise est déterminant. Cependant, c'est méconnaître là le rôle de filtrage du juge qui n'est pas ici un simple sondeur. Cf. not. CA Paris, 20 juil. 1943, *DA,* 1944, I, p. 7, où des magistrats, en pleine occupation allemande, ont courageusement décidé, une fois n'est pas coutume, que l'erreur sur la « race » du requérant (musulmane et non juive) n'était pas essentielle. Plus précisément, les juges ont considéré qu'elle ne portait pas sur l'identité civile. Cependant, à une époque où les personnes étaient juridiquement identifiées par leur « race », il semble que ce qui a déterminé les magistrats à ne pas y voir une erreur dans la personne, c'est le caractère à leurs yeux non essentiel de la « race ».

résultent des principes moraux généralement admis » [1929].

§ 2. Le contrôle des motifs

550. La présence d'un contrôle des fins. Le contrôle des fins poursuivies est très présent dans le mariage même si, en raison de l'absence de textes sur la cause du mariage et de l'adage « pas de nullité sans texte », les juges, mais également la doctrine [1930], rattachent ce contrôle à la condition d'existence d'un consentement (article 146 du code civil).

Ce contrôle des fins se rencontre toutes les fois que les juges décident d'annuler un mariage lorsqu'un des époux a recherché une fin étrangère à l'union matrimoniale. À titre d'illustration récente d'un tel contrôle, peut être cité arrêt de 2012 annulant un mariage que l'un des époux avait conclu afin d'appréhender le patrimoine de son conjoint [1931].

551. Le fait que la jurisprudence ait accepté de sanctionner l'illicéité des fins poursuivies par les époux, en l'absence de texte le lui permettant expressément, est particulièrement intéressant car cela montre que ce contrôle des fins peut toujours ressurgir si les juges en ressentent le besoin. Ceci nous amène d'ailleurs à douter de l'existence de droits discrétionnaires, pouvant être utilisés dans n'importe quelle fin. Certes, le contrôle des fins sera parfois peu visible, lorsque les occasions de méconnaître les valeurs fondamentales défendues par un ordre juridique seront rares. Pour autant, ce n'est pas parce qu'un type d'acte juridique n'a donné lieu, à un instant *t*, à aucun contentieux sur ses fins, qu'il en sera toujours ainsi. De même, ce n'est pas parce que certaines fins ne sont explicitement pas contrôlées que, d'une manière générale, tout contrôle des fins doit être tenu pour impossible.

En nous éloignant temporairement du mariage, prenons par exemple le testament [1932]. Au milieu du XXe siècle, il n'était pas rare de lire que le droit de tester était un droit *discrétionnaire*, c'est-à-dire un droit qui pouvait être exercé sans que ses motifs puissent être contrôlés. En effet, disait-on, le testateur a le droit d'exhéréder ses héritiers pour des causes perçues comme illégitimes, ce qui implique, disaient les auteurs, le caractère discrétionnaire de ce droit [1933].

1929. TGI Lille, 17 mai 1962. Rappr. CA Rennes, 6e chambre, 11 déc. 2000, n° 00/00272, JurisData n° 2000-136475, p. 3, énonçant, nous soulignons, que « la qualité essentielle doit être communément considérée comme telle et doit subjectivement avoir joué un rôle déterminant dans le consentement de sorte que, si le conjoint avait connu la vérité, il n'aurait pas accepté de donner son consentement ». Cf. également CA Douai, 1re civ., 17 nov. 2008, n° 08/03786, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000020200394, où les juges affirment que la virginité « n'est pas une qualité essentielle en ce que son absence n'a pas d'incidence sur la vie matrimoniale ».

1930. Cf. Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *La famille*, 4e, 2011, n° 191 ou F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil. La famille*, 8e éd., Dalloz, 2011, n° 102.

1931. Cass., 1re civ., 19 déc. 2012, n° 09-15.606, *Bull.*, I, n° 267, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000026814939.

1932. Pour une démonstration voisine à propos du désistement d'instance où, bien que certaines juridictions aient considéré celui-ci valable quels qu'en soient les mobiles, d'autres n'ont pas hésité à priver d'effet un désistement dont les motifs étaient illégitimes, cf. L. Mayer, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, sous la dir. de L. Cadiet, thèse de doct., 2009, IRJS, n° 94, p. 86.

1933. A. Rouast, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD Civ.*, 1944, n° 15.

Un tel raisonnement nous paraît toutefois reposer sur une induction non fondée. Ce n'est pas parce que, dans un cas donné (l'exhérédation), les fins ne sont pas contrôlées, qu'il faut en conclure que, d'une manière générale, les motifs ayant conduit le testateur à édicter cet acte juridique ne seront pas contrôlés. Preuve en est que, déjà à l'époque, il existait au moins une hypothèse où la jurisprudence acceptait de contrôler les fins de cet acte juridique. Cela concernait le cas où un père, n'ayant pas reconnu sa paternité, consentait une libéralité à son enfant illégitime, du fait du lien de sang les unissant [1934]. En censurant un tel testament, la jurisprudence cherchait à assurer la pleine efficacité de l'article 908 du code civil, texte déclarant l'enfant illégitime incapable de recevoir les libéralités consenties par son père. En effet, si la jurisprudence s'en était tenue à contrôler la conformité des normes contenues dans le testament avec ce texte — sans examiner les motifs du testateur —, elle aurait dû se résoudre à valider un tel testament dont les termes ne contenaient aucune allusion à l'illégitimité du lien de filiation entre le testateur et le bénéficiaire qui, juridiquement, n'était pas son fils. Seul un contrôle des fins a permis à la jurisprudence de censurer les libéralités faites à des enfants illégitimes non reconnus, lorsqu'était constaté que le motif déterminant du testateur avait été de gratifier le destinataire, du fait de leur lien de sang. Où l'on voit que ce n'est pas parce que, à un moment donné, le caractère discrétionnaire d'un droit est affirmé, dans une certaine hypothèse, qu'il faut en déduire que cela vaut pour toutes les hypothèses.

Ce possible contrôle des fins s'explique pleinement si on en revient à la définition de l'acte juridique. En effet, l'ordre juridique dans lequel cet acte s'insère ne saurait prendre le risque de donner un blanc seing aux individus et leur permettre ainsi de produire des normes violant les valeurs fondamentales de cet ordre. Que les auteurs puissent être dispensés de motiver leur acte soit, mais que ceci exclue par principe tout contrôle, non. L'on comprendrait en effet mal pourquoi les organes de l'ordre juridique ne pourraient pas annuler des actes juridiques qui apparaitraient par trop contraires aux valeurs de l'ordre dont ils relèvent [1935].

552. La présence des conditions normales de ce contrôle. Pour en revenir au contrôle des fins dans le mariage, il y a lieu de relever que ce contrôle est soumis à la même condition que celle que nous avons dégagée plus haut, à savoir le caractère déterminant de la cause illicite. En effet, ne sont annulés que les mariages pour lesquels le but illicite recherché est déterminant du consentement. Ainsi, la jurisprudence a-t-elle refusé d'annuler un mariage lorsque l'un des époux recherchait tant à acquérir la nationalité qu'à s'unir à son conjoint, dès lors que, pour

1934. V. en dernier lieu, Cass., 1re civ., 20 mai 1957, *D.*, 1957, J., p. 541.

1935. Rapp. A. Bénabent, « Le discrétionnaire » *in Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, LexisNexis, 2007, nos 12-13, évoquant une tendance doctrinale à admettre l'existence de droits « semi-discrétionnaires » dont l'exercice n'a pas à être motivé, mais trouvant en revanche discutable l'existence de droits « purement discrétionnaires », échappant à toute application de la théorie de l'abus de droit. Il semble ainsi que si l'on cherchait à doter le concept de droit discrétionnaire d'un contenu pertinent, il faudrait y voir davantage un droit dont l'exercice n'a pas à être motivé. Rappr. P. Hilt, *Le couple et la convention européenne des droits de l'homme*, thèse de doct., 2004, PUAM, url : http://books.openedition.org/puam/1212?lang=fr, no 180, où l'auteur semble qualifier de discrétionnaire le droit d'opposition à mariage des parents, antérieurement à la loi du 8 avril 1927 ayant obligé les parents à préciser le motif et le fondement légal de leur opposition.

les magistrats, l'acquisition de la nationalité n'était pas à leurs yeux déterminante [1936].

Il pourrait néanmoins nous être opposé, tant à partir de l'exemple précité que d'arrêts plus récents [1937], que ce caractère déterminant est apprécié ici avec plus de rigueur qu'habituellement puisque la jurisprudence ne semble prête à sanctionner le mariage en raison de l'illicéité des motifs que si le motif illicite était « exclusif ». Cependant, la différence de formulation ne constitue nullement une dérogation au caractère déterminant de l'erreur. En effet, dire que la nullité du mariage n'est admise que lorsqu'un des époux a poursuivi un but exclusif étranger au mariage, cela implique deux choses : **1°** que ce motif était unique et **2°** que, sans ce motif, la personne n'aurait pas contracté de mariage, autrement dit que ce motif était déterminant. Où l'on voit donc que le caractère déterminant est bien présent. Certes, il lui est ici ajouté une exigence supplémentaire : le fait que ce motif soit l'unique motif ayant déterminé les époux. Pour autant, cela n'entraîne nullement une dérogation par rapport au modèle proposé puisque, jamais, il n'a été prétendu que la condition d'un motif déterminant était toujours la seule, quel que soit l'objet de l'action en nullité. Il a seulement été soutenu que cette condition était la seule commune à toutes les actions en nullité fondées sur l'illicéité du motif.

Section II Vérification des conditions de validité de l'acte juridique à l'aune du consentement de la victime

553. Plan. Après le mariage, intéressons-nous à présent au consentement de la victime, c'est-à-dire à l'acte juridique [1938] par lequel une personne, qui pourrait se prétendre victime

1936. Versailles, 15 juin 1990, *D.*, 1991, p. 268. L'espèce ne concernait toutefois pas à proprement parler l'annulation d'un mariage puisque les arguments sur l'intention des époux étaient invoqués par la voie de l'opposition à mariage, c'est-à-dire avant-même l'expression du consentement des époux en présence de l'officier d'état civil. Néanmoins, le raisonnement suivi par la cour d'appel de Versailles paraît pouvoir être étendu pour le cas où serait engagée, *a posteriori*, une action en annulation du mariage.

1937. Not. Cass., 1re civ., 19 déc. 2012, n° 09-15.606, *Bull.,* I, n° 267, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000026814939.

1938. Pour un exemple de l'emploi de cette expression à propos du consentement de la victime, cf. X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, sous la dir. de P. Maistre du Chambon, thèse de doct., Université de Grenoble, 2002, LGDJ, n° 115 ou X. Pin, « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand », *RSC,* 2003, note 117. L'auteur semble néanmoins avoir un temps pris du recul avec cette qualification puisqu'on ne la trouve plus mentionnée dans les trois derniers articles que cet auteur a fait paraître sur le sujet : X. Pin, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal : Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits,* 2009, vol. 49 ; X. Pin, « L'infraction juste » *in Mélanges Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012 ; X. Pin, « Retour sur le consentement de la victime » *in La victime de l'infraction pénale*, sous la dir. de C. Ribeyre, Dalloz, 2016. En outre, dans une correspondance privée, qu'il nous adressait le 1er décembre 2016, il nous indiquait d'ailleurs : « Faute de contradicteurs, j'avais même abandonné l'idée qu'il puisse y avoir des actes juridiques dans le domaine de l'infraction, et je pensais que j'avais fait fausse route, au point de reléguer le consentement de la victime à un simple fait juridique, dans mes écrits postérieurs », avant d'ajouter, le lendemain, en commentant ces propos, que ces derniers « reflètent vraiment le sentiment que j'ai eu durant plusieurs année. . .avant de vous lire. ».

d'une infraction, va exonérer volontairement l'auteur de cette infraction de sa responsabilité pénale. L'examen des conditions[1939] auxquelles un tel consentement est subordonné permet de vérifier que l'on retrouve des règles tendant à encadrer tant la volonté (**§ 1.**) que les fins poursuivies par l'auteur de l'acte juridique (**§ 2.**).

§ 1. Le contrôle de la volonté

554. Plan. L'étude du consentement de la victime révèle la présence de plusieurs hypothèses dans lesquelles s'opère un contrôle de la volonté semblable à celui identifié pour l'acte juridique (**A.**). Cette similitude est d'autant plus frappante qu'il paraît également possible de distinguer dans certaines applications jurisprudentielles du contrôle du consentement de la victime, l'ensemble des conditions auxquelles il a été proposé de subordonner l'annulation du contrat pour erreur (**B.**).

A. La présence des variétés d'erreurs

555. La présence des différents types d'erreurs. À propos du consentement de la victime, on trouve plusieurs jurisprudences refusant de faire produire effet au consentement de la victime d'un vol, en particulier lorsque les facultés mentales de cette personnes sont altérées par la maladie ou l'âge et que son cocontractant, usant parfois de la violence, en tire profit pour lui demander un prix exorbitant[1940]. Dans ces hypothèses, la victime a commis une erreur d'expression puisque l'altération de ses facultés, combinée aux pressions exercées sur elle, ne lui a pas permis d'exprimer correctement sa volonté interne.

L'on trouve également des illustrations d'une discordance entre la volonté réelle et la volonté déclarée. Ainsi, la jurisprudence a par exemple refusé de faire produire quelqu'effet au consentement donné par un individu afin d'autoriser des agents de police à pénétrer en son domicile pour le perquisitionner en dehors de tout cadre légal[1941]. Le consentement de cet individu ayant été vicié, la Cour de cassation a considéré que les agents de police avaient eux-même commis une infraction — la violation de domicile — et que les preuves obtenues à la suite de cette violation du domicile devaient être écartées du dossier de procédure.

1939. Sur ces conditions, cf. X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, sous la dir. de P. Maistre du Chambon, thèse de doct., Université de Grenoble, 2002, LGDJ, n°s 114-158.

1940. Cf. not. Cass., crim., 4 mai 1973, n° 72-91.624, *Bull.*, crim., n° 207, p. 493, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007057527, à propos d'un chauffeur de taxi exigeant de son client qu'il lui paye une course pourtant prépayée et pour un prix exorbitant, sous la menace de l'abandonner sur la route. *Adde* les références citées dans X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, sous la dir. de P. Maistre du Chambon, thèse de doct., Université de Grenoble, 2002, LGDJ, p. 128 et 184.

1941. Cass., crim., 25 juin 1909, *S.*, 1912, 1, p. 541. À l'inverse, s'il apparaît que la remise d'un document, bien qu'intervenue lors d'une perquisition illicite, a été libre, alors peu importe la nullité de la perquisition. Le document ainsi remis peut être maintenu dans le dossier de procédure ; en ce sens Cass., crim., 20 sept. 1995, n° 95-81.140, *Bull. crim.*, crim., n° 276, p. 770, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007066846.

556. La présence des degrés d'erreurs. Compte tenu de la rareté des infractions sanctionnant de simples omissions en droit pénal [1942], la jurisprudence offre surtout des illustrations d'erreurs provoquées par l'auteur de l'infraction. Il n'est pas impossible cependant que puissent à l'occasion se rencontrer des erreurs spontanées de la victime, en particulier pour des infractions d'omission relatives aux biens, tel l'abus de confiance [1943].

B. La présence des caractères de l'erreur

557. Le caractère déterminant. Bien que la jurisprudence n'évoque pas, semble-t-il, l'exigence d'une erreur déterminante du consentement de la victime, cette exigence est parfois mentionnée en doctrine, pour expliquer certaines solutions jurisprudentielles. Ainsi, pour expliquer la solution jurisprudentielle refusant de sanctionner, sur le terrain du vol, la personne qui accepte le bien que lui remet une autre, à la suite d'une erreur sur sa personne, Xavier Pin a recouru au caractère déterminant de l'erreur. Dans cette hypothèse, cet auteur indique que la personne de l'*accipiens* n'a pas été déterminante de la volonté de la victime de transférer la possession ; cela n'a déterminé que le choix de la personne à qui cette possession devait être transférée [1944]. Or, comme le vol vient seulement sanctionner la *dé*-possession, l'auteur indique que l'erreur n'a pas été ici déterminante, au regard du vol, et qu'il n'est donc pas possible de remettre en cause le consentement de la victime et, ce faisant, de caractériser un vol.

558. Le caractère excusable. L'exigence d'une erreur excusable n'est pas très apparente dans le contentieux relatif au consentement de la victime sans doute car, comme pour le mariage, les tromperies sont très fréquentes. Le droit pénal se concentrant *a priori* sur les comportements les plus répréhensibles, rares sont les hypothèses où le consentement erroné de la victime n'aura pas été provoqué par le mauvais dol du prévenu. En outre, dans les quelques cas où l'erreur ne serait pas excusable, il est difficile d'identifier des arrêts mettant en œuvre un tel contrôle car, nous l'avons vu, le consentement de la victime n'est pas analysé au moyen du concept d'acte juridique, ce qui complexifie la tâche du chercheur. Voilà sans doute pourquoi, à notre connaissance, ni la jurisprudence ni la doctrine ne parlent d'erreur excusable [1945].

1942. Sur cette rareté, cf. J. Pradel, *Droit pénal général*, 17e éd., Éditions Cujas, 2008, n° 363.

1943. En effet, la jurisprudence a accepté de faire de l'abus de confiance une infraction d'omission afin de sanctionner la rétention injuste d'un mandataire. Cf. not. Cass., crim., 11 mar. 1991, n° 90-84.649, *inédit,* URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007549746, cité par J. Pradel, *Droit pénal général*, 17e éd., Éditions Cujas, 2008, n° 364. L'on pourrait dès lors concevoir qu'une personne ayant conclu un contrat de mandat à la suite d'une erreur spontanée puisse, confrontée à un refus de restitution de son bien par le mandataire, poursuivre celui-ci sur le terrain pénal. Dans une telle hypothèse, l'auteur prétendu de l'infraction ne pourrait pas échapper à la répression en invoquant le consentement de la victime, compte tenu du caractère vicié de ce consentement.

1944. X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, sous la dir. de P. Maistre du Chambon, thèse de doct., Université de Grenoble, 2002, LGDJ, n° 154 : « ce qui est déterminant c'est moins la personne de l'*accipiens* que la volonté de la victime de transférer la possession ». Comp. avec la solution retenue à propos d'une femme se méprenant sur son partenaire sexuel, parce que celui-ci a secrètement pris la place de son mari : Cass., crim., 25 juin 1857, *S.*, 1857, 1, p. 711. Cette fois l'erreur est bien admise.

1945. Cet oubli est quelque peu surprenant chez X. Pin qui analyse pourtant le consentement de la victime comme un acte juridique et qui, en outre, lorsqu'il évoque l'erreur commise par l'auteur de l'infraction — et non

Il semble néanmoins possible de trouver une illustration de la mise en œuvre de cette exigence dans le contentieux relatif au retrait d'espèces à un distributeur automatique, dans l'hypothèse où les espèces délivrées par l'automate sont plus importantes que ce que permet le solde disponible sur le compte bancaire du tiré. Confrontés à ces hypothèses, les magistrats ont généralement refusé la qualification de vol au motif que la soustraction n'avait pas été frauduleuse [1946]. Cependant, la motivation avancée par les magistrats, pour rejeter la qualification du vol, n'est pas toujours des plus satisfaisantes et elle a suscité bien des controverses doctrinales [1947]. Or, ces difficultés auraient pu être évitées, nous allons le voir, si les magistrats avaient recouru au concept d'erreur inexcusable.

Pour rejeter la qualification de vol dans l'hypothèse examinée, les magistrats ont parfois pu indiquer que « la remise n'a pas été volontaire » [1948], ou encore que le prévenu s'est conformé aux « règles techniques d'emploi de l'appareil » [1949]. Ces motivations ne sont pas pleinement satisfaisantes. Dans le premier cas, il paraît excessif d'affirmer que la banque a *volontairement* remis des sommes d'argent à une personne ; alors que le solde du compte de cette personne était insuffisant. En effet, s'il y a sans doute eu une volonté, cette volonté n'en a pas moins été viciée, ce qu'occulte le raisonnement des magistrats. Quant à la seconde motivation, on ne voit pas en quoi le respect de la réglementation technique d'emploi de l'automate suffirait à éviter toute soustraction frauduleuse : le respect d'une réglementation ne suffit pas à lui seul à garantir l'absence d'une négligence [1950] ni, *a fortiori*, l'absence d'une fraude. Mieux encore, la fraude est définie notamment par l'absence de violation d'un texte. Dès lors, on ne comprend pas en quoi le respect d'une réglementation, qui plus est purement technique, pourrait éviter toute fraude.

Le raisonnement des magistrats aurait été semble-t-il beaucoup plus convaincant si, à l'ins-

plus l'erreur commise par la victime — relève que la jurisprudence vérifie, avant de décider de sanctionner le mis en cause ayant commis une erreur, que cette erreur était inexcusable (X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, sous la dir. de P. Maistre du Chambon, thèse de doct., Université de Grenoble, 2002, LGDJ, n° 190). Pour un autre exemple d'oubli surprenant, cf. E. Raschel, *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, sous la dir. de M. Danti-Juan et R.-N. Schütz, thèse de doct., Université de Poitiers, 2013, qui ne traite de l'erreur excusable que dans les développements consacrés à l'erreur de la victime dans le cadre de l'action civile engagée devant le juge civil et non dans celui de l'action publique. Sans doute cet oubli est-il lié à la faible place que la doctrine civiliste accorde à l'erreur excusable : ce caractère de l'erreur ressortant peu de la consultation des manuels de droit des obligations, les auteurs non spécialisés dans cette matière ne l'auront point aperçu.

1946. En ce sens *D.*, 1987, note J. Pradel, p. 426.

1947. X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, sous la dir. de P. Maistre du Chambon, thèse de doct., Université de Grenoble, 2002, LGDJ, n°s 217-219.

1948. Bordeaux, 25 mar. 1987, *D.*, 1987, J., p. 424-427.

1949. Cass., crim., 24 nov. 1983, n° 82-90.672, *Bull. crim.*, n° 315, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007061606.

1950. Rappr. Cass., 2e civ., 14 juin 1972, n° 71-11.318, *Bull.*, II,n° 180, p. 146, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006987512 : « le fait que la loi ou le règlement autorisent un acte, en le subordonnant à certaines conditions édictées dans l'intérêt des tiers, n'a pas pour effet de relever ceux qui accomplissent cet acte de l'obligation générale de prudence et de diligence civilement sanctionnée par la disposition de l'article 1382 du code civil ».

tar de certains juristes allemands des siècles passés [1951], ils avaient analysé le consentement de la victime au travers du concept d'acte juridique et avaient mobilisé les propriétés qui sont à nos yeux attachées à ce concept. Il semble, en effet, que si, dans les deux arrêts précités, les magistrats ont refusé la qualification de vol, c'est parce qu'il leur a semblé que le consentement de la banque, bien que vicié par une erreur, ne devait pas emporter l'annulation de son consentement. Pourquoi ? Parce que l'erreur de la banque était inexcusable : étant maître du système de retrait par automate qu'elle avait elle-même décidé de mettre en œuvre, il lui appartenait de prendre toutes les mesures nécessaires pour s'assurer que les automates ne délivrent pas d'espèces lorsque le solde du compte bancaire tiré est insuffisant. En ne le faisant pas, la banque a été négligente, de sorte qu'elle ne mérite pas la protection de la loi pénale. Comme l'écrit Xavier Pin, « il n'y a pas de raison de vouloir à tout prix protéger pénalement les étourdis » [1952]. Voilà pourquoi, techniquement, la soustraction n'est pas considérée comme frauduleuse. Il nous semble donc que le caractère excusable est bien présent dans le raisonnement des juges et qu'il gagnerait, afin d'accroître la qualité du droit, à être explicité. Il en va de même quant à l'exigence d'une connaissance du caractère déterminant de l'erreur par les tiers intéressés.

559. La connaissance du caractère déterminant de l'erreur. L'exigence d'une connaissance du caractère déterminant de l'erreur par les tiers intéressés n'est guère mentionnée par la jurisprudence ou la doctrine. Malgré nos recherches, nous ne sommes pas parvenus à en trouver des applications. Ceci tient sans doute au fait que, comme pour le caractère excusable, la personne mise en cause est très souvent de mauvaise foi en matière pénale, de sorte qu'elle ne pourrait pas invoquer son ignorance du caractère déterminant de l'erreur commise par l'*errans* afin d'échapper à sa responsabilité pénale.

Il est néanmoins permis de penser à des hypothèses où cette condition pourrait jouer. Prenons par exemple une personne qui, opérée par un médecin n'ayant commis aucune faute médicale, poursuit ensuite ce médecin sur le terrain pénal des violences, en invoquant que son consentement à l'acte médical a été vicié par l'ignorance de ce que ce médecin prenait également en charge de patients atteints du VIH, maladie que ce patient redoutait par dessus tout. Dans l'hypothèse où cette personne établirait que la connaissance de cette information aurait été pour elle déterminante, le juge n'aurait pas d'autres moyens, pour rejeter son action pénale, que d'invoquer l'absence de connaissance par le médecin du caractère déterminant de cette information : le médecin cocontractant n'ayant pas été informé de l'importance de

1951. Sur ce courant doctrinal, cf. X. Pin, « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand », *RSC,* 2003, n° 32. Ce courant a été abandonné car les auteurs allemands, confondant l'acte juridique et la norme, ont cru que retenir la qualification d'acte juridique pour le consentement de la victime aurait impliqué une identité de nature des normes civiles et pénales, alors que, à leurs yeux, ces normes avaient une différence de finalité. Cependant, comme le relève Xavier Pin, il semble néanmoins qu'aujourd'hui « la jurisprudence et la doctrine majoritaire raisonnent sur un schéma proche de l'acte juridique » : *ibid.*, n° 32.

1952. X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, sous la dir. de P. Maistre du Chambon, thèse de doct., Université de Grenoble, 2002, LGDJ, n° 216.

cette information pour son patient, manquerait une condition d'admission de l'erreur. Dès lors, l'autorisation donnée par le patient au médecin, afin que celui-ci puisse porter atteinte à son intégrité corporelle, ne pourrait donc pas être annulée et le médecin pourrait s'en prévaloir comme fait justificatif de l'atteinte à l'intégrité corporelle réalisée.

Avec cette hypothèse, l'on perçoit qu'il ne faudrait pas déduire du silence jurisprudentiel et doctrinal sur cette question l'inexistence de cette condition en la matière. D'ailleurs, aucune des sources consultées n'indique que cette exigence n'est pas nécessaire ; ces sources sont simplement silencieuses sur ce point.

Au terme de cette étude, il apparaît donc nettement que les conditions d'admission de l'erreur se retrouvent — ou devraient se retrouver — à propos du consentement de la victime. Il en va de même pour les conditions de validité afférentes aux fins poursuivies par ce consentement de la victime.

§ 2. Le contrôle des motifs

560. Comme l'indique Xavier Pin, le consentement de la potentielle victime ne « neutralise une incrimination », que si la « *la loi* le permet ou ne l'interdit pas » [1953]. Or, toutes les fois que la « loi », *lato sensu*, vient restreindre les finalités poursuivies, il sera possible d'y voir un contrôle des fins poursuivies par la victime lorsqu'elle a donné son consentement. Un tel exemple réside dans l'article 16-3 du code civil qui constitue une autorisation de la loi permettant aux médecins de porter atteinte à l'intégrité corporelle — et d'échapper en conséquences aux infractions pénales protégeant l'intégrité physique — à condition de poursuivre une fin médicale. Dès lors, si un médecin réalise une intervention qui, bien que consentie par le patient, ne répond à aucune fin médicale, alors il engagera sa responsabilité pénale et ne pourra nullement, en cas de poursuite, se prévaloir du consentement de son patient [1954]. Par conséquent, il semble que, une fois de plus, l'on retrouve, à propos du consentement de la victime, les différentes règles de validité dégagées plus haut pour l'acte juridique. Quittons à présent la matière pénale pour la matière processuelle.

1953. *Ibid.*, n° 116.

1954. Rappr. Cass., avis, 6 juil. 1998, n° 98-00.006, *Bull.,* avis, n° 10, p. 11, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007041140, prohibant la ligature des trompes de Fallope à des fins strictement contraceptives.

Section III Vérification des conditions de validité de l'acte juridique à l'aune du jugement

561. Vérification de la qualification d'acte juridique du jugement. S'il est commun, pour un civiliste, d'opposer l'acte juridique au jugement [1955], cette analyse n'est pas opportune car, comme nous l'avons souligné, elle conduit à restreindre l'acte juridique à l'acte produit par des personnes privées. Cette analyse a été fort heureusement combattue par les processualistes. Depuis longtemps [1956], ils reconnaissent aux actes du procès la qualification d'acte juridique et, aujourd'hui, aucun ne semble remettre en cause cette qualification [1957]. En effet, comme l'a bien montré Lucie Mayer, même en retenant une définition classique de l'acte juridique (« manifestation de volonté destinée à créer des effets de droit »), le jugement mérite d'être ainsi qualifié. Il peut donc constituer un objet de vérification de la théorie ici exposée et, en particulier, des règles de validité relatives à la qualité de la volonté (**§ 1.**) ou à la licéité des motifs poursuivis (**§ 2.**).

§ 1. Le contrôle de la volonté

562. À lire la doctrine ayant réfléchi à l'application aux jugements des vices du consentement, l'on pourrait douter de l'existence en cette matière de règles de validité relatives à la volonté du juge. En effet, comme l'avait écrit Roger Perrot, en réponse à un article de Gérard Cornu qui proposait d'appliquer ces règles de validité aux actes de procédure, « tous les nombreux actes du procès qui sont l'œuvre d'un juge, d'un technicien ou d'un auxiliaire de justice [...], loin d'exprimer la volonté des parties, ont simplement pour objet de *constater la régularité d'une opération procédurale en application des prescriptions de la loi* » [1958]. La doctrine contemporaine doute également de cette possibilité. Ainsi, dans son travail de doctorat, L. Mayer considère que les règles de validité relatives aux vices du consentement n'ont pas à être nécessairement étendues aux autres actes juridiques et notamment aux actes du procès [1959]. Ceci la conduit alors à rejeter l'application des règles relatives aux vices du consentement aux autres actes juridiques, à l'exception de celles relatives à la discordance entre la volonté interne

1955. Le terme « jugement » est ici entendu dans un sens large, comme synonyme de décision de justice.
1956. V. déjà *D.*, 1977, J., note G. Cornu.
1957. Rappr. L. Mayer, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, sous la dir. de L. Cadiet, thèse de doct., 2009, IRJS, n° 16, qui ne cite aucun auteur rejetant la qualification d'acte juridique. Le seul débat est de savoir quelles sont les règles régissant l'acte juridique. C'est à la résolution de cette question que la thèse de L. Mayer est consacrée.
1958. *RTD Civ.*, 1977, note R. Perrot, p. 818 sous Cass., 2e civ., 20 mai 1976, n° 75-11.401, *Bull.*, II, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006997107 ; Cass., 2e civ., 19 jan. 1977, n° 75-40.578, *Bull.*, II, n° 13, p. 10, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006998459&fastReqId=76620444.
1959. L. Mayer, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, sous la dir. de L. Cadiet, thèse de doct., 2009, IRJS, n° 456.

et la volonté déclarée [1960] dont cette autrice montre qu'elles sont effectivement applicables aux actes du procès et notamment au jugement [1961].

La lecture de la jurisprudence paraît confirmer au premier abord cette analyse. En effet, comme l'a écrit L. Mayer : « À notre connaissance, aucune décision n'a fait application des règles relatives aux vices du consentement à un acte du juge ou à un acte du technicien ». Cependant, un rapide survol du contentieux relatif aux analyses du technicien nommé en application de l'article 1843-4 du code civil jette un doute sur cette analyse. La Cour de cassation ne décide-t-elle pas, de manière constante, que le rapport du tiers estimateur peut-être écarté en cas d'« erreur grossière » ? Sans doute, n'est-il pas question ici d'erreur sur la substance, mais l'on retrouve bien le concept d'erreur d'analyse dégagé plus haut. Dans ces conditions, il est permis de penser que la variété des erreurs susceptibles de se rencontrer pour un acte juridique peut se trouver vérifiée (**A.**). Il conviendra également de s'assurer que l'admission de ces erreurs est subordonnée à des conditions conformes aux propriétés de l'acte juridique ci-avant proposées (**B.**).

A. La présence des variétés d'erreurs

L'étude des sources du droit positif permet de mettre en lumière tans les différents types d'erreurs identifiés (**1.**) que les degrés de celle-ci (**2.**).

1. La présence des types d'erreurs

563. L'erreur d'expression. La possibilité pour les normes d'un jugement d'être annulées en cas d'erreur d'expression ne fait guère de doute [1962]. Le juge ayant rendu une décision entachée d'une « erreur matérielle » peut en effet, lorsqu'il est saisi d'une demande en ce sens, rectifier cette erreur [1963]. L'on relèvera que le texte permettant cette rectification fait partie du droit commun du procès [1964] ; il indique que cette erreur peut être corrigée même lorsque le jugement est passé en force de chose jugée, ce qui montre que cette erreur pourra être rectifiée à l'encontre de tout jugement [1965].

564. L'erreur d'analyse. L'admission des erreurs d'analyse paraît vigoureusement rejetée par la doctrine processualiste contemporaine [1966]. Ce rejet doit cependant être bien compris.

1960. *Ibid.*, n°s 458-462.
1961. *Ibid.*, n° 475.
1962. *Ibid.*, n° 475
1963. Art. 462 CPC.
1964. Il est en effet situé dans le livre I du CPC intitulé : « Dispositions communes à toutes les juridictions ».
1965. Cela ne signifie pas pour autant que l'action en rectification sera perpétuelle. Cette action est soumise à un délai de prescription. Lequel ? C'est là une question difficile compte tenu de l'absence d'un délai de droit commun de la prescription (N. Balat, *Essai sur le droit commun*, sous la dir. de M. Grimaldi, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2014, n° 566). Si les juges venaient à être saisis d'un tel litige il est probable néanmoins qu'ils appliqueraient le délai de cinq ans prévu par l'article 2224 du code civil. Rappr. *ibid.*, n° 631.
1966. L. Mayer, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, sous la dir. de L. Cadiet, thèse de doct., 2009, IRJS, n°s 455 s.

Ce n'est pas sur la possibilité même d'une annulation des normes judiciaires en cas d'erreur, que se porte le rejet. C'est sur la possibilité d'utiliser les vices du consentement pour obtenir cette annulation. Raisonnant à partir de l'acte administratif, L. Mayer écrit par exemple : « *l'acte administratif unilatéral ne voit pas ses effets subordonnés à un contrôle de l'intégrité du consentement. Certes, si l'auteur d'un acte administratif vient à commettre une erreur, un recours pour excès de pouvoir peut être intenté contre l'acte. Mais le moyen d'illégalité invoqué ne sera pas le vice psychologique ayant entaché la volonté de l'auteur, mais l'illégalité interne de l'acte qui en est résultée, donc un vice entachant objectivement l'acte lui-même, et non spécialement la volonté de son auteur. L'acte peut ainsi être annulé en cas d'erreur de droit, d'erreur de qualification juridique des faits, ou encore en raison d'une erreur de fait* » [1967].

Puis, s'appuyant sur ces considérations tirées de la doctrine publiciste, l'auteur en étend la portée aux actes juridiques du juge. Plus précisément, elle estime que « *l'anéantissement d'un acte entaché d'un vice du consentement est justifié par des considérations de nature morale* » [1968], autrement dit, selon elle, par le « *contexte dans lequel ces actes juridiques sont accomplis. L'application de ces conditions à d'autres types d'actes juridiques, qui s'inscrivent dans un contexte différent, ne va donc pas de soi ; elle suppose une appréciation en opportunité* » [1969]. Or, l'auteur va justement estimer qu'une telle opportunité fait défaut pour le jugement. Pour L. Mayer « *[l]a raison tient à ce que le droit administratif, matière dont relèvent les actes du juge, s'attache à assurer le respect de l'intérêt général davantage que celui des volontés individuelles. Dès lors, la légalité de l'acte juridique est appréciée au regard du respect de l'intérêt général, sans égard pour les vices susceptibles d'affecter la volonté de son auteur. Si le juge a commis une erreur de fait dans son jugement, ce n'est pas le vice de son consentement qui sera pris en compte dans le cadre d'un recours, mais le seul caractère erroné des faits contenus dans la décision* » [1970].

565. Ces propos peuvent être diversement appréciés selon le sens qu'on leur donne. Autant il nous paraît peu contestable de dire que les règles posées par les anciens articles 1108 et suivants du code civil ne sont pas applicables, en l'état, au jugement, autant il est plus discutable de soutenir que les instruments mentionnés dans cet article sont inapplicables au jugement. Expliquons-nous.

Assurément, la lettre même de ces textes empêche de les étendre aux jugements puisque ces textes mentionnent explicitement qu'ils s'appliquent à la convention. De même, il n'est pas question ici d'étendre les règles de prescription des actions en nullité alors qu'existent en procédure civile des délais spéciaux. Cependant, il n'est pas interdit de penser que les notions utilisées par ces textes (erreur, dol, violence) et les concepts construits à partir de ces

1967. L. Mayer, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, sous la dir. de L. Cadiet, thèse de doct., 2009, IRJS, n° 456.
1968. *Ibid.*, n° 466.
1969. *Ibid.*, n° 467.
1970. *Ibid.*, n° 477.

textes peuvent s'appliquer au jugement. Pourtant, L. Mayer refuse cette extension. À ses yeux, « si le jugement a commis une erreur de fait dans son jugement ce n'est pas le vice de son consentement qui sera pris en compte dans le cadre d'un recours, mais le seul caractère erroné des faits contenus dans la décision » [1971]. Est-il bien vrai cependant que soient conceptuellement distincts un recours fondé sur un « vice du consentement » et un recours fondé sur le « caractère erroné des faits contenus dans la décision » ? Il est permis d'en douter. Pour le démontrer, il convient de revenir à la structure même de tout jugement.

D'après l'article 455 du code de procédure civile, tout jugement comporte trois parties : **1°** l'exposé succinct des prétentions respectives des parties et leurs moyens (voire un renvoi vers ces conclusions), **2°** les motifs, à savoir l'exposé du raisonnement suivi par le juge et **3°** la décision proprement dite, le dispositif. Tous ces éléments sont consignés par écrit [1972], parfois après le prononcé de la décision [1973], lequel peut être limité au prononcé du dispositif [1974]. Lorsqu'un recours est exercé contre un jugement, pour des arguments tenant au fond, il peut être exercé soit contre le dispositif (principalement pour incompétence et excès de pouvoir), soit contre les motifs (principalement pour erreur de fait, de qualification ou de droit). Or, lorsque le recours se fonde sur les motifs, il peut être assimilé à une demande en nullité pour vice du consentement puisque, dans les deux cas, il s'agit d'obtenir l'annulation d'un acte pour erreur d'analyse. Certains auteurs l'admettent très nettement. Citons par exemple cet extrait d'un des manuels de référence dont les auteurs, pour distinguer l'erreur matérielle d'autres erreurs, en viennent à écrire : « [l]'erreur matérielle suppose une pensée du juge déformée par sa transcription matérielle : la pensée est exacte, mais son expression ne l'est pas. L'erreur intellectuelle, l'erreur de raisonnement du juge, ne relèvent pas de cette procédure, mais des voies de recours normales » [1975]. Cependant, il est peu probable que ces auteurs accepteraient de dire qu'il y a là un vice du consentement. Pourquoi une telle résistance ? L'explication paraît résulter de ce que le juge met par écrit le raisonnement qu'il a suivi. Expliquons-nous.

566. Tout jugement doit comprendre les motivations qui ont conduit le juge à rendre sa décision. La mise par écrit des motivations du juge contraste fortement avec le droit des contrats où les motivations des parties sont rarement mentionnées. Il est permis de penser que cette mise par écrit contribue à objectiver la volonté du juge, à la rendre tangible, ce qui pourrait peut-être expliquer que les auteurs de droit processuel éprouvent des difficultés à parler de vices de consentement à propos des décisions de justice. En présence d'une transcription du raisonnement du juge, les processualistes n'ont pas besoin de recourir au concept de volonté

1971. *Ibid.*, n° 477.
1972. Arg. art. 450 al. 2 CPC, parlant d'une mise à disposition au greffe du jugement et arg. art. 454 énonçant les indications que doit contenir le jugement. Ces exigences n'ont de sens que si le jugement existe en tant qu'*instrumentum*.
1973. Art. 450 CPC.
1974. Art. 452 al. 2 CPC.
1975. S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile : Droit interne et droit de l'Union européenne*, 32e éd., Dalloz, 2014, n° 1118, p. 795.

ou de consentement pour annuler des normes créées à la suite d'une erreur. Ayant directement accès au raisonnement du magistrat grâce à l'écrit, ils adoptent une approche plus objective du raisonnement et oublient ainsi la volonté du juge sous-tendant ce raisonnement.

Cette approche doctrinale a en outre probablement été confortée par le modèle du « juge automate », simple « bouche de la loi », pour reprendre les images — mal comprises ? [1976] — diffusées par Montesquieu [1977]. En effet, cette approche de l'activité judiciaire conduit à faire de la volonté du juge un *impensé* [1978]. Très révélateurs sont, à cet égard, les propos de R. Perrot qui, pour rejeter l'application de la théorie des vices du consentement aux actes du procès, écrit (nous soulignons) « tous les nombreux actes du procès qui sont l'œuvre d'un juge, d'un technicien ou d'un auxiliaire de justice [...], loin d'exprimer la volonté des parties, ont simplement pour objet de *constater la régularité d'une opération procédurale en application des prescriptions de la loi* » [1979]. Pour cet auteur, le juge ne fait que *constater*. La seule volonté que cet auteur considère, c'est la « volonté des parties », laquelle est ici inopérante puisqu'on s'interroge sur les actes du juge ou des auxiliaires de justice et non ceux des parties. Où l'on perçoit bien ce caractère impensé de la volonté judiciaire.

Ces deux éléments qui entretiennent l'idée que la volonté du juge ne pourrait pas être viciée — la mise par écrit du jugement et l'image du juge automate — sont cependant de plus en plus fragilisés. S'agissant tout d'abord de l'argument reposant sur le caractère explicite du raisonnement du juge par rapport aux raisonnements ayant conduit les parties au contrat à s'engager, celui-ci doit être doublement relativisé. En premier lieu, il existe des situations où les motivations guidant les parties au contrat sont mises par écrit. Ceci peut être notamment utilisé pour insérer « dans le champ contractuel » un « mobile », ce qui permettrait, en cas d'erreur affectant ce « mobile », d'obtenir l'annulation du contrat. En second lieu, il arrive également qu'une décision judiciaire fasse l'objet d'un recours fondé sur une erreur d'analyse avant même que les motivations du juge n'aient été « couchées » par écrit. Tel est notamment le cas, en matière pénale, pour les décisions prononcées en dernier ressort sur le siège, en présence du mis en cause et sans que les motifs soient indiqués oralement au condamné. Dans cette hypothèse, si le condamné attend que le magistrat rédige son jugement et que cet écrit soit ensuite transmis au greffe par lettre simple, il risque d'être forclos, eu égard au bref délai de cinq jours dans lequel

1976. Cf. F. Saint-Bonnet, « L'"autre" séparation des pouvoirs de Montesquieu » *in La séparation des pouvoirs : Théorie contestée et pratique renouvelée*, sous la dir. de A. Pariente, avec une préf. de F. Mélin-Soucramanien, Dalloz, 2007.
1977. Montesquieu, *Esprit des lois*, URL : http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/de_esprit_des_lois_tdm.html, Liv. XI, chap. VI : « les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ».
1978. Comp., aujourd'hui J.-P. Costa, « La Cour européenne des droits de l'homme : un juge qui gouverne ? » *in Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, p. 67 : « Loin du modèle de la "bouche de la loi", la Cour de Strasbourg a nécessairement un rôle créateur comme tout interprète ».
1979. *RTD Civ.*, 1977, note R. Perrot, p. 818.

le pourvoi en cassation doit être formé [1980]. Où l'on voit que, dans cette situation, le condamné a tout intérêt à se pourvoir en cassation, alors même que le raisonnement du tribunal n'a pas été retranscrit. Compte tenu de ces éléments, il apparaît très nettement que l'on ne saurait accorder trop d'importance à la transcription des motifs de l'auteur de l'acte juridique. Cet argument ne saurait donc être utilisé pour justifier l'inapplication au jugement des règles de validité relatives à la volonté .

Quant au second élément, le dogme du juge « bouche de la loi », celui-ci ne semble plus guère prégnant aujourd'hui [1981], même s'il continue à sous-tendre nombre d'analyses juridiques [1982], et il serait pour le moins anachronique de fonder la spécificité des règles encadrant la volonté du juge sur cet argument. Pour toutes ces raisons, il est pleinement justifié de considérer que les jugements peuvent aussi être annulés en présence d'une erreur d'analyse. Se trouve donc ici confirmée la présence pour le jugement des deux types d'erreurs identifiés dans notre théorie de l'acte juridique, tant l'erreur d'expression que l'erreur d'analyse. Vérifions à présent si se retrouvent également les différents degrés d'erreurs.

2. La présence des degrés d'erreurs

567. L'étude des différentes voies de recours ouvertes aux plaideurs à l'encontre des décisions de justice permet de mettre à jour à la fois la présence de l'erreur spontanée du juge et de l'erreur provoquée. Les hypothèses d'erreurs spontanées sont assurément les plus nombreuses et l'erreur matérielle évoquée par l'article 462 du code de procédure civile en est un exemple. Quant aux erreurs provoquées, elles sont également prises en compte par les textes qui, en leur présence, prévoient des recours que la doctrine qualifie d'extraordinaires. Ainsi, dans l'hypothèse où le jugement a été « surpris par fraude », l'article 595 du code de procédure civile prévoit qu'un recours en révision est ouvert, alors même que la décision serait revêtue de l'autorité de la chose jugée. La proximité entre ce texte et le dol prévu par l'article 1109 ancien du code civil est surprenante. Rappelons en effet que ce dernier texte prévoit qu'« [i]l n'y a point de consentement valable, si le consentement [...] a été [...] surpris par dol ». Là où le code civil parle de dol, le code de procédure civile parle de fraude. Cette différence de vocabulaire est regrettable car, comme le confirme la lecture de la jurisprudence publiée dans les codes annotés sous cet article, le terme de fraude renvoie bien à l'hypothèse de tromperies et de mensonges.

1980. Art. 568 CPP.

1981. « Le juge automate, le juge soldat, le juge bouche de la loi, désormais, n'existe plus » M. Luciani, « Giurisdizione e legittimazione nello stato costituzionale di diritto (ovvero : di un aspetto spess dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia) », *Politica del diritto,* 1998, 3, URL : https://www.rivisteweb.it/doi/10.1437/3163 ; la traduction étant de I. Boucobza, *La fonction juridictionnelle*, sous la dir. de P. Pasquino, thèse de doct., Université Paris X, p. 362, note 247.

1982. Sur ce point, cf. *ibid.*, n° 417. Rappr. F. Malhière, *La brièveté des décisions de justice : Contribution à l'étude des représentations de la justice*, sous la dir. de D. Rousseau, thèse de doct., Université de Montpellier, 2013, n° 58 : « l'image du juge "bouche de la loi", bien qu'elle ne soit plus partagée par l'"opinio juris" majoritaire, reste bien vivante dans l'imaginaire collectif qui a irrigué la pensée des juristes contemporains ».

Le terme de fraude inclut également la réticence dolosive. La Cour de cassation a ainsi pu affirmer que la réticence d'information pouvait constituer un cas de fraude, ce qu'elle a notamment appliqué dans une affaire où des époux avaient demandé à changer de régime matrimonial en dissimulant cependant au juge la présence d'un enfant naturel [1983]. Par conséquent, l'on retrouve bien pour le jugement les trois degrés d'erreurs dégagés plus haut : l'erreur spontanée, l'erreur exploitée et l'erreur provoquée. Reste à présent à vérifier si l'admission de ces erreurs est soumise aux conditions impliquées par notre théorie.

B. La présence des caractères de l'erreur

568. Plan. Suivant la méthode adoptée jusqu'alors, nous vérifierons successivement les trois caractères de l'erreur : son caractère déterminant (**1.**), son caractère excusable (**2.**) et la connaissance du caractère déterminant par les tiers (**3.**).

1. La vérification du caractère déterminant

569. Dans l'erreur d'analyse. Le caractère déterminant de l'erreur est présent en différents endroits. Il se rencontre d'abord dans le recours extraordinaire qu'est le recours en révision. En effet, lorsqu'un requérant cherche à bénéficier de cette voie de recours en invoquant l'existence d'une fraude, il devra rapporter la preuve d'une fraude et celle de son caractère déterminant (souvent appelé décisif) [1984].

Cette exigence se retrouve également pour le pourvoi en cassation pour lequel les parties invoqueraient une erreur d'analyse du magistrat. En effet, pour que le recours puisse aboutir, il faut que les parties invoquent, dit la doctrine spécialisée, une « erreur causale ». Si tel n'est pas le cas, le moyen sera dit *inopérant* [1985], car portant sur un motif *surabondant* [1986]. Or, la lecture des écrits doctrinaux relatif à l'erreur causale révèle son identité avec l'exigence d'une erreur déterminante. MM. Boré écrivent ainsi, à propos de l'erreur causale (nous soulignons) : « un

1983. Cass., 1re civ., 5 jan. 1999, n° 96-22.914, I, *Bull.*, 1999, I, n° 11, p. 6, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007040115.

1984. Cf. not. Cass., 2e civ., 12 juin 2008, n° 07-15.962, *Bull.*, II, n° 141, à propos d'une déclaration sur l'honneur, établie dans le cadre de l'article 271 c. civ. (prestation compensatoire), qui était entachée de fraude. La cour d'appel avait refusé l'action au motif que l'élément sur lequel portait la fraude n'avait pas été « décisif ». La décision est censurée par la Cour de cassation pour qui, nous soulignons, « le patrimoine est un élément d'appréciation expressément prévu par la loi dont le juge doit tenir compte pour fixer la prestation compensatoire, de telle sorte que la dissimulation par l'épouse de l'existence d'un patrimoine immobilier lui appartenant était nécessairement déterminante dans la fixation de la prestation compensatoire » et sans que pour autant cette fraude ait été décisive.

1985. Sur le moyen inopérant, qui ne se limite pas à l'erreur causale, cf. not. en droit privé J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile*, 5e éd., 2015, nos 83 s. et en droit public F. Poulet, *L'inopérance des moyens en droit administratif français*, sous la dir. de O. Gohin, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2014, URL : https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/7995a933-47b1-4e76-9f73-a8b7215b98a2.

1986. Sur le caractère surabondant, cf. J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile*, 5e éd., 2015, nos 83.31 s. ou F. Poulet, *L'inopérance des moyens en droit administratif français*, sous la dir. de O. Gohin, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2014, URL : https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/7995a933-47b1-4e76-9f73-a8b7215b98a2, p. 415 s.

moyen de cassation ne peut conduire à l'annulation de l'arrêt attaqué que s'il démontre que l'erreur du juge a été causale et a exercé une influence déterminante sur le dispositif critiqué ». À l'inverse, le motif surabondant est celui qui n'a pas été déterminant. Où l'on voit donc que le caractère déterminant de l'erreur est bien présent pour l'erreur d'analyse.

570. Dans l'erreur d'expression. Quant à l'erreur d'expression, ce caractère déterminant pourrait également être observé si une juridiction, lors de la rectification d'une erreur matérielle, en profitait pour modifier une autre partie du jugement qui n'aurait pas été déterminée par cette erreur matérielle. Si une telle décision était prise, il semble qu'elle pourrait être censurée du fait de la méconnaissance de l'exigence d'une erreur déterminante [1987]. En pratique, cependant, l'annulation se fera sur le fondement de la règle, à la formulation maladroite, suivant laquelle il est interdit au juge « de restreindre, d'étendre ou de modifier les droits résultant pour les parties de leur jugement » [1988]. En effet, dans cette hypothèse, l'erreur matérielle n'est pas *déterminante* de la partie du dispositif à tort rectifiée et l'on ne saurait se servir d'une prétendue erreur d'expression pour rectifier en réalité une erreur d'analyse dont la correction est soumise à une autre procédure [1989].

2. La vérification du caractère excusable

571. Premières impressions. La vérification du caractère excusable pose *a priori* quelques difficultés. En effet, la justice devant être un service public irréprochable, l'on concevrait mal que la nullité d'une décision de justice soit écartée au motif que l'erreur du juge est inexcusable. Pire, même dans les hypothèses où ce caractère excusable paraît être pris en compte, c'est tout l'inverse qui se produit : le jugement n'est annulé que si l'erreur du juge est inexcusable. Songeons par exemple à la cassation d'une décision pour dénaturation des faits ou encore à la cassation d'une décision qui interviendrait pour le motif que le juge s'est approprié les conclusions d'une expertise entachée d'une erreur grossière [1990].

L'analyse de ces deux exemples permet toutefois de comprendre que ceux-ci sont tout à fait étrangers à la question que nous nous posons ici. Ceci tient au fait que ces deux situations concernent moins le consentement du juge que son office, son pouvoir. Pour bien s'en rendre compte, il suffit de renverser les deux exemples précités : est-il juste de dire que, lorsque la Cour de cassation n'annule pas une décision des juges du fond entachée d'une simple erreur

1987. En ce sens *Droit et pratique de la procédure civile : Droits interne et de l'Union européenne*, sous la dir. de S. Guinchard, 2014, n° 522.93, qui s'appuie toutefois sur des arrêts ne concernant pas cette hypothèse.
1988. Cass., 2e civ., 8 mai 1969, *Bull.,* n° 145, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006979735.
1989. Cf. Cass., 2e civ., 17 mai 2001, n° 99-15.368, *inédit,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007418238, cassant un arrêt d'appel ayant, à l'occasion d'une rectification matérielle, modifié une erreur de droit jugée sans rapport avec cette erreur.
1990. Cf. par exemple, à propos d'une estimation ordonnée en application de l'article 1843-4 c. civ., Cass., com., 3 mai 2012, n° 11-12.717, *inédit,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000025811385, qui approuve une cour d'appel d'avoir annulé une estimation pour laquelle le magistrat avait imposé au tiers estimateur la date d'évaluation à retenir.

de fait, c'est en raison du caractère excusable de l'erreur ? De même, est-il juste de dire que, lorsque la Cour de cassation n'annule pas une décision des juges du fond qui auraient repris une estimation réalisée dans le cadre de l'article 1843-4 du code civil, c'est en raison du caractère excusable de l'erreur ? Non, cela ne l'est pas. En effet, si dans ces deux cas la simple erreur n'est pas contrôlée, c'est parce que cela ne rentre pas dans l'office du juge : afin de ne pas multiplier les contentieux et la durée des procédures, les contestations sont limitées aux erreurs les plus graves. La différence avec le caractère excusable apparaît très nettement lorsqu'on se remémore la finalité de cette condition : sanctionner la négligence de l'*errans*. Or, cela ne correspond nullement au but poursuivi par les deux mécanismes précité (dénaturation des faits et erreur grossière). Il faut donc se débarrasser de cette première impression trompeuse et repartir en quête d'exemples reflétant le caractère excusable de l'erreur.

572. L'examen du contexte dans lequel se pose la question du caractère excusable de l'erreur commise par un juge paraît rendre difficile l'identification de cette condition. En effet, les hypothèses dans lesquelles un juge peut corriger de lui-même son erreur sont rarissimes, de sorte que l'on n'aurait guère de chance de trouver des manifestations du caractère excusable dans cette direction. Des perspectives s'ouvrent en revanche sitôt qu'on cherche du côté du demandeur à l'action en nullité, car il est alors permis d'imaginer des négligences de sa part, négligences susceptibles de faire obstacle à l'action en nullité. Cependant, apprécier le caractère excusable de l'erreur dans une personne autre que l'*errans* ne correspond pas au schéma que nous avons jusqu'ici proposé. Dès lors, avant de pouvoir poursuivre la vérification dans cette voie, il convient de s'assurer préalablement que la construction de l'erreur élaborée plus haut n'est pas ici prise en défaut par ce renversement de perspective. Autrement dit, il convient de vérifier que la construction jusqu'ici présentée ne fait pas obstacle à l'appréciation des caractères de l'erreur dans une personne autre que l'*errans*.

573. Deux raisonnements d'inégales valeurs peuvent être utilisées pour tenter de justifier que le caractère excusable puisse ici être apprécié par rapport à un tiers à l'acte juridique, autrement dit quelqu'un qui n'en serait pas l'auteur. En premier lieu, il pourrait être recouru à la théorie de la représentation : par analogie avec le mandat, l'on pourrait dire que l'erreur du mandataire commun des parties que serait le juge, reflèterait en réalité l'erreur de l'une des parties. Cette approche pourrait néanmoins être contestée à plus d'un titre. D'abord, compte tenu de la double fiction sur laquelle elle repose. En effet, à la fiction inhérente à toute représentation [1991], s'ajoute la fiction consistant à nier que le juge n'est que rarement saisi à la suite d'un accord des parties qu'il pourrait alors conjointement représenter. En outre, même à admettre ces deux fictions, il faudrait encore admettre que le juge est un mandataire, ce qui

1991. La théorie de la représentation, appliquée à l'erreur spontanée, postule que la volonté du juge s'assimile à la volonté des parties et qu'ainsi, lorsque le juge se trompe, c'est en réalité que les parties se sont trompées. La fiction résulte de ce que cette théorie nie que l'erreur ait été commise par le juge.

est fort discutable [1992]. Une autre analyse doit dès lors être trouvée.

Pour tenter d'expliquer pourquoi le caractère excusable peut être apprécié autrement que par rapport au seul *errans*, il est utile de revenir, en second lieu, à la fonction même remplie par le caractère excusable de l'erreur. Comme nous l'avons indiqué plus haut, le caractère excusable tient à la volonté de l'ordre juridique d'assurer une protection équilibrée des tiers qui pourraient pâtir de l'annulation. Dans toutes les hypothèses rencontrées jusqu'à présent, l'action en nullité pour erreur émanait de l'*errans* lui-même et, imprégnés par le contexte du droit des contrats, il n'a pas un instant été envisagé que l'action en nullité pour erreur puisse être accueillie lorsqu'elle émanait de tiers. Rappelons en effet que, en droit des contrats, cette action en nullité est qualifiée de « relative », ce qui implique que seul l'*errans* puisse s'en prévaloir [1993]. Dès lors, la question d'une action émanant d'une personne autre que l'*errans* n'est pas pensée — d'où d'ailleurs des difficultés importantes lorsque la question des vices du consentement se pose pour un contrat passé en vertu d'un mandat [1994]. Cependant, si, au lieu de penser le caractère excusable comme une condition dont la preuve doit être rapportée par l'*errans*, celui-ci est pensé, comme nous l'avons proposé plus haut [1995], comme un moyen de défense, qui peut être opposé à l'*errans* lorsqu'il s'est montré négligent, alors il devient plus aisé d'appliquer cette condition à l'hypothèse du recours contre le jugement et, plus généralement, contre des actes unilatéraux (en particulier en droit administratif) contestés par des personnes qui n'en sont pas les auteurs. Dans de telles situations, vérifier le caractère excusable de l'erreur implique de se placer non pas du côté de l'*errans*, mais du côté du demandeur à l'action en nullité — indépendamment ou non de sa qualité d'*errans* — et rechercher si ce demandeur n'a commis, à l'égard des tiers intéressés par cet acte, aucune négligence en lien avec l'action qu'il exerce. Où l'on voit que, plutôt que de parler d'exigence d'une erreur excusable, il serait préférable de parler d'incombance d'éviter l'erreur commise. Ainsi comprise, cette exigence peut être observée dans plusieurs textes encadrant l'annulation des décisions de justice.

574. Le meilleur exemple de l'absence de négligence du demandeur à l'action réside sans doute dans l'existence d'un délai de recours particulièrement bref, qualifié de délai de forclusion et non de prescription. Par ce bref délai, il s'agit de protéger les tiers intéressés à cette action en justice, en leur garantissant qu'au-delà de ce délai la décision ne pourra plus être contestée. Dès lors que ce délai est connu de tous, et notamment de la personne formulant le recours, la méconnaissance de ce délai s'apparente à une négligence, qui pourra être invoquée soit par le juge d'office, soit par les autres parties au procès.

1992. La qualification étant critiquée pour le choix de recourir à l'arbitrage, elle paraît encore plus discutable pour le choix de recourir à un juge.
1993. Cass., 1re civ., 1er mar. 1988, n° 86-17.492, *Bull.*, I, n° 56, p. 37, URL : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007020054.
1994. La question délicate qui se pose en doctrine est de savoir dans la personne de qui la nullité pour erreur ou pour dol doit être appréciée : dans la personne du mandataire ou dans la personne du mandant ?
1995. Cf. *supra* n° 533.

La possibilité de rattacher cette hypothèse de non respect du délai de forclusion à l'erreur inexcusable paraît confortée par la lecture des hypothèses dans lesquelles le recours peut néanmoins être déclaré recevable alors que le délai est expiré. À considérer ainsi le *relevé de forclusion*, il apparaît que ce mécanisme permet d'autoriser une personne à interjeter appel alors même que le délai de recours est expiré, pourvu que cette personne établisse qu'elle n'a pas eu connaissance du jugement en temps utile et qu'il y a en outre une « absence de faute » de sa part [1996]. Où l'on retrouve l'idée qui sous-tendait le caractère excusable de l'erreur : l'absence de négligence du demandeur à l'action en nullité.

Relevons également que, comme pour le dol en droit des contrats, lorsque l'erreur est provoquée par l'autre partie au procès, le recours en nullité sera néanmoins possible, malgré l'éventuelle négligence d'une des parties qui n'aurait pas formé de recours contre la décision. Certes, celui-ci aura lieu sur le fondement d'une action en révision et non d'un appel ou d'un pourvoi en cassation mais, conceptuellement, cela ne changera rien au résultat de cette action : l'annulation du jugement pour erreur. L'on retrouve donc bien ici le même mécanisme que celui observé en droit des des contrats, où, dans le cadre de l'erreur provoquée, celui qui l'a provoqué ne peut pas se prévaloir du caractère inexcusable de l'erreur commise par l'*errans* [1997]. Ainsi se trouve par conséquent vérifiée la présence du caractère excusable de l'erreur ou, plus exactement, de l'absence de négligence du demandeur à l'action en nullité pour erreur.

3. La connaissance du caractère déterminant de l'erreur

575. Si la connaissance du caractère déterminant de l'erreur par les tiers — au sens de non-auteur de l'acte — n'est pas explicitée dans les textes ou la jurisprudence, la présence de cette condition est néanmoins bien présente. Celle-ci découle de ce que la motivation de cet acte juridique étant mise par écrit, les tiers ont nécessairement connaissance du caractère

1996. Art. 540 et 541 CPC.

1997. Une hésitation pourrait être néanmoins permise quant à la réalité de la suppression de l'absence de négligence du demandeur. En effet, l'article 595 CPC, relatif au recours en révision, dispose *in fine* que le recours en révision n'est ouvert que si le demandeur n'a commis aucune « faute ». N'est-ce pas là une dérogation à la possibilité pour ce demandeur d'agir en cas de fraude du défendeur que nous venons d'annoncer ? Nous n'en pensons rien car l'étude de la jurisprudence rendue en application de cette question laisse apparaître que dans tous les cas où la faute du demandeur a été retenu il n'y avait en réalité pas d'erreur provoquée par le défendeur à l'action. En effet, la lecture des deux arrêts mentionnés en illustration de cette hypothèse (Cass., 2e civ., 14 mai 1997, n° 95-14.343, *Bull.,* II, n° 146, p. 185, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007036557 et Cass., 2e civ., 25 juin 1997, n° 95-14.569, *inédit,* URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007346359) par un des ouvrages de référence (*Droit et pratique de la procédure civile : Droits interne et de l'Union européenne*, sous la dir. de S. Guinchard, 2014, n° 552.51) laisse apparaître qu'une telle faute n'a jamais été retenue dans des hypothèses où le défendeur avait trompé le juge en faisant preuve de réticence dolosive. À lire ces arrêts, en effet, il apparaît que cette réticence n'était nullement fautive car l'information tue avait été aisément accessible, par le passé, au demandeur à l'action en révision. Dès lors, à reprendre le raisonnement sur l'obligation d'information développée plus haut, il ne pouvait peser sur son adversaire (le défendeur) au procès aucune obligation d'information, de sorte que son silence n'était nullement blâmable et ne pouvait donc pas recevoir la qualification de « fraude » au sens de l'article 595 *in fine* du CPC. Par conséquent, il était normal que la faute du demandeur ne lui permette pas ici de former un recours en révision puisque les autres conditions mêmes de ce recours (la présence d'une fraude) n'étaient pas réunies.

déterminant qu'a pu avoir une erreur d'analyse lors de la création de la norme judiciaire. De même, le support écrit du raisonnement permet aux tiers de déceler les erreurs matérielles. Par conséquent, il semble bien que toutes les erreurs susceptibles d'entraîner l'annulation du jugement vérifient la condition de la connaissance du caractère déterminant de l'erreur.

Ainsi s'achève la vérification des règles relatives au contrôle du consentement. Reste à présent à s'assurer que les règles relatives au contrôle des fins existent également pour le jugement.

§ 2. Le contrôle des motifs

576. Bien que discret, il est possible d'identifier pour les jugements des hypothèses de contrôle des motifs poursuivis par les juges ayant rendu le jugement (**A.**). L'étude de ces cas permet également de s'assurer de la présence du caractère déterminant du motif illicite poursuivi (**B.**).

A. La présence d'un contrôle des motifs

577. L'existence de règles encadrant la finalité des normes produites par les juges n'est pas évidente à la lecture des ouvrages de procédure civile. La consultation des classifications habituelles des voies de recours contre les jugements ne fait pas en effet apparaître de recours qui seraient fondés sur l'illicéité du but poursuivi par le magistrat. En outre, les quelques discussions que nous avons pu avoir avec des juristes spécialisés en procédure civile ou en arbitrage ont révélé que ce n'était pas une question que ces juristes se posaient généralement en ces termes [1998]. Pourtant, il ne paraît pas impossible d'admettre qu'un juge, en particulier lorsqu'il s'agit d'un juge nommé par les parties — un arbitre —, agisse guidé par des motifs illicites. Reste à trouver des hypothèses. L'on pourrait tout d'abord songer à identifier des hypothèses de détournement d'institution. Ainsi, ne pourrait-on pas dire que toutes les fois que les juges ont refusé de priver d'effet un détournement d'institution, ils ont méconnu la finalité de la loi ? L'exemple ne serait cependant pas tout à fait probant car ces hypothèses sont généralement appréhendées au moyen d'une erreur d'analyse commise par le magistrat ayant rendu la décision annulée : il s'est trompé sur la finalité de la règle, dira la juridiction de contrôle. Il faudrait donc identifier des hypothèses où un jugement ne pourrait pas être annulé sur le fondement de l'erreur et où seule serait possible une censure fondée sur l'illicéité du motif poursuivi.

Ce cas de figure peut être envisagé dans toutes les hypothèses où le contrôle du juge, du fait d'un changement d'ordre juridique, se fait avant tout sur le terrain de l'ordre public et non plus de l'erreur d'analyse ; le juge du for contrôlant le juge d'un autre ordre ne s'estimant alors pas légitime à apprécier la régularité du raisonnement tenu par son homologue. Une telle situation se produit toutes les fois qu'un juge vient exercer un contrôle sur les décisions rendues par un juge

1998. Qu'Anne Lise Saunier et Paul Giraud soient remerciés pour leurs éclairages.

situé dans un autre ordre juridique : contrôle par un juge national d'une sentence arbitrale [1999] ou d'une décision étrangère, ou contrôle par un juge international d'une décision juridictionnelle nationale. En effet, dans ces hypothèses, le juge de contrôle n'étant pas, en quelque sorte, le « supérieur » du juge ayant rendu la décision, il ne peut guère contrôler le raisonnement des autres juges et dire que ceux-ci auraient commis une erreur. Tout ce qu'il peut faire c'est, sans nécessairement porter un regard critique sur la décision de justice étrangère, considérer que cette décision méconnaît les principes essentiels de son ordre juridique en particulier l'« ordre public international » [2000].

À titre d'exemple d'un contrôle des fins poursuivies lors du contrôle d'une sentence arbitrale, peut être cité l'arrêt *Thalès c/ GIE Euromissile*. Dans cet arrêt, se posait la question de savoir si le juge français pouvait annuler une sentence arbitrale au motif qu'elle ne s'était pas prononcée sur la conformité du contrat à la prohibition de certaines ententes prévues par le droit communautaire. Le juge a répondu positivement à cette question, en exigeant toutefois que le caractère illicite de cette entente soit flagrant [2001], ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Or, dans la mesure où les règles sur la prohibition des ententes paraissent pouvoir se rattacher aux motifs — les parties ont agi dans le dessein de porter atteinte au droit de la concurrence [2002] —, il est permis de voir dans cet arrêt une illustration d'un contrôle de la licéité des motifs poursuivis par l'arbitre. En effet, si se trouve caractérisée la contrariété manifeste d'un contrat aux règles du droit de la concurrence, le fait que l'arbitre ait maintenu malgré tout ce contrat paraitra suffisant au juge chargé du contrôle de la sentence pour que celui-ci considère que l'arbitre a poursuivi une fin illicite : faire produire effet à un contrat manifestement illicite.

L'on pourrait en donner un autre exemple avec le contrôle des motifs que la Cour européenne des droits de l'homme exerce sur les atteintes à la vie privée. En effet, toutes les fois que ces atteintes procèdent d'interprétation jurisprudentielle, le contrôle du juge européen portera en

1999. Il est en effet possible de considérer qu'elle appartient bien à un ordre juridique distinct de l'ordre juridique étatique. En ce sens E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Nijhoff, 2008, p. 60 s. et J. Jourdan-Marques, *Le contrôle étatique de la sentence arbitrale*, sous la dir. de T. Clay, thèse de doct., Université de Versailles St-Quentin-en-Yvelines, 2014, n°s 630 s.

2000. Sur celui-ci, cf. not. D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé. Tome 1. Partie générale*, 3e éd., PUF, 2014, n°s 268 s.

2001. CA Paris, 1re ch., *SA Thalès Air défense c/ GIE Euromissile*, 18 nov. 2004, n° 2002/19606, Juris-Data n° 2004-264585. Solution confirmée dans une autre affaire : Cass., 1re civ., 4 juin 2008, n° 06-15.320, *Bull.*, I, n° 162, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000018947552.

2002. Une telle analyse pourrait être contestée au motif que les partie n'ont pas toujours réellement pour but de porter atteinte à la concurrence, de sorte qu'il serait artificiel de rattacher ces règles à la cause. Cependant, à quelle règle du code civil faudrait-il alors rattacher la prohibition de la concurrence ? À l'objet ? Non, cela paraît impossible car la convention ne contient pas en elle-même des règles contraires au droit de la concurrence. C'est seulement à l'aune des effets concrets de cette situation qu'il sera possible de savoir si elle a restreint ou non la concurrence. Des auteurs ont alors proposé de créer une nouvelle condition de validité du contrat reposant sur les effets de l'obligation (N. Rontchevsky, *De l'effet de l'obligation*, sous la dir. de A. Ghozi, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 1998, Économica). La solution n'est pourtant pas satisfaisante car elle complique inutilement le droit des contrats alors que, pour résoudre le problème de classifications des règles encadrant les effets des obligations, il suffit simplement, comme nous l'avons montré (*supra* n° 184) d'adopter une conception plus large de la cause. Voilà pourquoi il nous semble justifié de recourir à la cause pour comprendre l'arrêt *Thalès*.

réalité sur les motifs guidant l'action des magistrats. Il serait par exemple envisageable de penser que dans l'affaire du « sexe neutre », actuellement pendante devant la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour décide que les motifs poursuivis avancés par la Cour de cassation pour rejeter l'inscription d'un sexe neutre ne répondaient pas à un but légitime [2003], à l'image de ce qu'elle a pu suggérer par le passé à propos d'une loi turque encadrant sans raison le changement de sexe [2004].

B. Les conditions du contrôle des fins

578. L'examen du premier exemple précité — l'affaire *Thalès* — montre que si les juges n'ont pas eu besoin d'évoquer expressément le caractère déterminant de la fin, c'est parce que celui-ci était bien rempli en l'espèce, de sorte qu'il n'y avait aucune utilité à le relever. En effet, il ne fait pas de doute que la violation des règles européennes encadrant les fins poursuivies par les parties au contrat — ici la prohibition des ententes ayant pour effet de restreindre la concurrence — était déterminante de la sentence arbitrale. Le juge n'aurait pas pu se fonder sur le contrat si celui-ci avait été annulé.

579. Tous ces exemples attestent suffisamment de l'existence d'un contrôle des fins poursuivies par les auteurs d'un jugement, contrôle subordonné au caractère déterminant du but poursuivi. Sans doute les occasions d'un tel contrôle sont-elles rares. Cependant, elles n'en existent pas moins, de sorte que se trouve vérifiée, pour le jugement, la présence de règles de validité relatives aux motifs poursuivis et, plus généralement, l'ensemble des propriétés de l'acte juridique que nous avons identifiées concernant les cas particuliers de nullité.

580. Conclusion de la Section 3. La vérification des conditions de validité à propos du jugement a permis de mettre à jour une légère erreur — rapidement corrigée — dans le modèle théorique proposé. L'exigence du caractère excusable, dégagée à partir du droit des contrats, était en effet quelque peu trompeuse car elle ne permettait pas de prendre conscience de ce que cette exigence s'attachait moins à l'erreur qu'au comportement du demandeur à l'action en nullité. Voilà pourquoi, plutôt que de parler d'erreur excusable, il conviendra, une fois les vérifications ici entreprises achevées, de parler d'absence de négligence du demandeur à l'action en nullité pour erreur.

Les vérifications ici entreprises pour l'acte juridique que constitue le jugement paraissent pouvoir être étendues aux actes juridiques administratifs. En effet, les jugements sont très proches des actes juridiques administratifs : comme eux, ils sont produits par une autorité

2003. En ce sens B. Moron-Puech, « Le rejet du sexe neutre : une "mutilation juridique" ? », *D,* 2017, p. 1404-1408.

2004. CEDH, *Y.Y. c/ Turquie*, 10 mar. 2015, n° 14793/08, URL : http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-152779&filename=AFFAIRE%20Y.Y.%20c.%20TURQUIE.pdf. Sur le raisonnement suivi dans cet arrêt lors de l'appréciation du but légitime, cf. *La revue des droits de l'homme,* note Moron-Puech, n°s 23-31.

publique ; comme eux, une grande autorité leur est généralement attachée (« la force exécutoire ») ; comme eux, ils sont aujourd'hui considérés comme des actes unilatéraux ; comme eux, enfin, l'obligation de motivation [2005] des actes a conduit quelque peu à occulter leur caractère, ainsi que la présence de mécanismes similaires à ceux en œuvre dans la théorie civiliste des vices du consentement [2006]. La seule différence est que les premiers résultent du pouvoir judiciaire, alors que les seconds procèdent du pouvoir exécutif. Il est intéressant de relever que la doctrine processualiste paraît consciente de ce rapprochement puisque, par exemple, Lucie Mayer, dans sa thèse consacrée aux actes du procès, va abondamment utiliser la doctrine de droit public pour nourrir son analyse critique à l'égard de l'application des règles du droit des contrats aux actes juridiques du procès [2007]. Voilà pourquoi, bien que nous ne l'ayons pas vérifié de manière systématique, il est permis de penser que l'analyse ici développée s'applique également aux actes juridiques de l'administration, même si, à l'image du jugement, les administrativistes n'utilisent pas le vocable du droit des contrats. Les vices du consentement et la cause illicite sont ainsi remplacés par l'erreur sur les motifs (de fait ou de droit) de l'acte et le détournement de pouvoir [2008]. La pertinence des propriétés ici proposées ayant été examinée pour l'acte juridictionnel et l'acte administratif, il reste, si l'on veut terminer l'examen des actes produits par les trois grands pouvoirs de notre démocratie — judiciaire, exécutif et législatif —, à examiner si ces propriétés s'observent aussi pour les actes législatifs.

Section IV Vérification des conditions de validité à l'aune de la loi

581. Précision sur l'objet de l'expérimentation. La loi, entendue comme « l'acte délibéré par l'Assemblée nationale et le Sénat, et promulguée par le Président de la République » [2009], ne constitue pas, à proprement parler, un acte juridique. Elle est plutôt un ensemble de normes résultant d'une pluralité d'actes juridiques, constitués avant tout, dans la représentation sociale de cet objet juridique, par les vote des parlementaires [2010]. Outre ces

2005. Cette obligation n'est cependant pas générale. Sur son étendue, cf. art. L. 211-5 CRPA.

2006. La seule hypothèse où les vices du consentement sont pris en compte c'est en droit des contrats administratifs. Ailleurs, les erreurs d'analyse sont prises en compte non pas au travers de la notion de vice du consentement, mais au travers du contrôle de la motivation de l'acte dans lequel le juge administratif vérifie l'absence d'erreur de fait, de droit ou de qualification. Sur ce contrôle de la motivation, cf. B. Seiller, « Acte administratif (II – Régime) » *in Répertoire de contentieux administratif*, janv. 2010, Dalloz, n°s 256 s.

2007. L. Mayer, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, sous la dir. de L. Cadiet, thèse de doct., 2009, IRJS, not. n°s 455 ou 469.

2008. Sur ces conditions de validité des actes administratifs, cf. not. P.-L. Frier et J. Petit, *Droit administratif*, 5e éd., Montchrestien et Lextenso éditions, 2008, n°s 510 s.

2009. P. Avril, J. Gicquel et J.-É. Gicquel, *Droit parlementaire*, 5e éd., LGDJ et Lextenso édditions, 2014, n° 213.

2010. Si l'on voulait décrire rigoureusement ce qu'est la loi, il faudrait également y intégrer les actes juridiques suivants : le dépôt d'une proposition ou d'un projet de loi, la décision d'inscription de ce texte à l'ordre du jour,

actes juridiques, de nombreux faits juridiques interviennent dans le processus d'élaboration des normes législatives. Il s'agit principalement d'actes matériels de transmission du texte entre les différentes personnes participant à l'adoption de la loi (transmission au sein des différents organes de l'assemblée, transmission entre les deux assemblées, transmission éventuelle à la commission mixte paritaire ou au Conseil constitutionnel, transmission au Président de la République).

Pour vérifier dans quelle mesure les conditions de validité des normes produites par un acte juridique se retrouvent à propos de la loi, nous nous intéresserons principalement au vote des parlementaires, le contentieux se concentrant surtout sur cet acte juridique. Afin d'éviter toute erreur dans la procédure de vérification, il convient de s'assurer préalablement de ce que le vote constitue bien un acte juridique. D'abord, le vote paraît bien être un acte volontaire, en ce qu'il résulte d'une action d'un parlementaire (être présent ou représenté dans l'hémicycle et exprimer sa volonté). Cet acte est bien volontaire puisqu'il résulte d'une réflexion du parlementaire. Ensuite, cet acte produit bien des normes puisque, s'agissant d'un acte participant d'une opération de délibération, il doit être compris comme signifiant : « moi, parlementaire, je décide que cette norme est prise à condition qu'un certain nombre de parlementaires prennent la même décision ». Enfin, cette norme s'inscrit bien dans un ordre juridique, puisqu'elle peut faire l'objet d'un contentieux devant un organe de résolution des conflits. Cet organe est d'abord le Président de séance au cours de laquelle le vote intervient, puisque c'est lui qui, prononçant le scrutin, décide si ce scrutin est ou non régulier [2011]. Cette décision du Président de séance semble pouvoir être remise en cause — en quelque sorte par la voie d'un appel — en cas de contestation présentée devant le Bureau de l'Assemblée. Celui-ci bénéficie en effet de « tous pouvoirs pour régler les délibérations de l'Assemblée » [2012]. Ces décisions juridictionnelles prises au sein de l'Assemblée nationale et du Sénat s'inscrivent bien dans l'ordre juridique français, puisque le Conseil constitutionnel, en sa qualité de juge de la régularité de la procédure législative, peut être amené à se prononcer sur leur bien fondé. Le Conseil constitutionnel a par exemple affirmé qu'il lui « appartient, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution d'une loi votée par le Parlement et en instance de promulgation, non seulement de se prononcer sur la conformité des dispositions de cette loi à la Constitution mais encore d'examiner si elle a été adoptée dans le respect des règles de valeur constitutionnelle relatives à la procédure législative » [2013]. Or, parmi ces règles, il en existe plusieurs qui sont susceptibles de concerner les opérations de vote et de justifier ainsi de l'existence d'un contrôle du Conseil sur la validité des normes produites par le vote et donc de justifier la pertinence de la qualification

la production des différents rapports et avis, les propositions d'amendement, la décision éventuelle de création d'une commission mixte paritaire, la saisine éventuelle du Conseil constitutionnel et la décision qui s'ensuit et, enfin, le décret de promulgation (sur ce dernier, cf. *supra* note n° 1093).

2011. Pour l'Assemblée nationale, cf. art. 66, al. 4 du règlement de l'Assemblée nationale.

2012. Article 14, al. 1 du règlement de l'Assemblée nationale.

2013. CC, *Loi supprimant la patente et instituant une taxe professionnelle*, 23 juil. 1975, n° 75-57 DC, *JORF*, URL : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1975/7557dc.htm, cons. n° 1.

d'acte juridique retenue pour le vote. Peuvent ici être mentionnés le principe de sincérité des débats, lequel paraît impliquer l'existence de mécanismes destinés à protéger la volonté des parlementaires au moment du vote [2014], ou encore le principe suivant lequel les parlementaires ne peuvent faire aucun usage « manifestement excessif de [leurs] droits » [2015], ce qui inclut [2016] l'interdiction des détournements de procédure [2017]. Compte tenu de la valeur constitutionnelle des règles précitées, les opérations de vote peuvent être examinées par le Conseil constitutionnel, de sorte qu'elles s'insèrent bien dans l'ordre juridique français et peuvent donc, de ce fait, recevoir la qualification d'acte juridique [2018].

Ces précisions faites sur l'objet de la vérification ici entreprise, le vote, nous pouvons à présent rechercher si l'on retrouve dans le vote de la loi un contrôle de la volonté (**§ 1.**) et un contrôle de la licéité des motifs poursuivis (**§ 2.**).

§ 1. Le contrôle de la volonté

582. Plan. Bien que le droit parlementaire affiche le principe du *vote acquis* [2019], c'est-à-dire le principe selon lequel il n'est pas possible de remettre en cause le vote d'un parlementaire, il est possible d'y retrouver des exemples des différentes variétés d'erreurs identifiées (**A.**). En outre, les conditions auxquelles ces erreurs peuvent entraîner la nullité des normes créées par le vote semblent correspondre aux conditions que nous avons énoncées (**B.**).

2014. CC, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*, 25 juin 2009, n° 2009-581 DC, *JORF,* URL : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2009/2009581dc.htm, cons. n° 3 (nous soulignons) : « aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : "La loi est l'expression de la volonté générale..." ; qu'aux termes du premier alinéa de l'article 3 de la Constitution : "La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants..." ; que ces dispositions imposent le respect des exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire ». Ce principe de sincérité des débats l'a notamment conduit à rechercher s'il était constitutionnel de remettre en cause un vote par un vote ultérieur (CC, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, 21 avr. 2005, n° 2005-512 DC, *JORF,* URL : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2005/2005512dc.htm, n° 4).

2015. CC, *Loi autorisant le Gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à réformer la protection sociale*, 30 déc. 1995, n° 95-370 DC, *JORF,* URL : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1995/95370dc.htm, cons. n° 11.

2016. Comp. la présentation donnée par les *Tables analytiques* des décisions du Conseil constitutionnel qui considèrent comme séparées les règles sur l'usage manifestement excessif et le détournement de procédure (§1.5.6.12 *Règles de valeur constitutionnelle relatives à la procédure législative [articles 42 à 45]*).

2017. Pour des exemples de contrôle d'un détournement de procédure, cf. CC, *Résolution tendant à modifier certains articles du règlement du Sénat*, 17 mai 1973, n° 73-49 DC, *JORF,* URL : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1973/7349dc.htm ou CC, *Loi relative à l'élection des députés et autorisant le Gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales*, 2 juil. 1986, n° 86-208 DC, *JORF,* URL : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1986/86208dc.htm, cons. n°s 8 s.

2018. Le fait que ce contrôle n'intervienne qu'au moment où la loi dans son ensemble est déférée au Conseil constitutionnel n'y change rien. En effet, lorsque nous avons tenté de préciser plus haut les conditions de validité propres aux actes juridiques, nous n'avons nullement indiqué que ce contrôle devait être possible dès la survenance de l'acte juridique. Rappr., *supra* note n° 1139, à propos du contentieux différé des actes juridiques « préparatoires » en droit public.

2019. P. Avril, J. Gicquel et J.-É. Gicquel, *Droit parlementaire*, 5e éd., LGDJ et Lextenso édditions, 2014, n° 194.

A. La présence des variétés d'erreurs identifiées

L'étude des textes et de la pratique parlementaire met à jour la présence des différents types d'erreurs identifiées — erreur d'analyse ou erreur d'expression — (**1.**), ainsi que certains des degrés d'erreurs possibles (**2.**).

1. La présence des types d'erreurs

583. Plan. Malgré le principe du *vote acquis*[2020], la consultation des normes parlementaires générales[2021] et des décisions individuelles prises par les organes de résolution des conflits afférents à la procédure législative révèle la présence de situations où des erreurs d'analyse ou d'expression peuvent entraîner la nullité des normes produites par une vote. Cette reconnaissance de l'erreur étant particulièrement nette pour l'erreur d'expression, l'on commencera par celle-ci, puis l'on examinera une hypothèse paraissant se rattacher à l'erreur d'analyse.

584. L'erreur d'expression. Dans l'histoire de la Ve République, l'erreur d'expression a été semble-t-il admise pour la première fois par une décision prise par le président de séance Robert Pandreaud lors d'un scrutin sur une question préalable[2022] intervenue le 5 avril 1990. Cette décision du président de séance fait suite aux contestations qui ont suivi la clôture du scrutin et la proclamation des résultats. Certains des députés, s'étant tardivement aperçus qu'ils avaient omis de faire voter des députés absents pour lesquels ils détenaient des délégations de vote, ont commencé à se déplacer vers les travées des absents au moment où la clôture du scrutin a été prononcée. Au vu de cette erreur, le président de séance a accepté, après une quinzaine de minutes d'échanges vigoureux avec les députés présents, d'accueillir la demande du Garde des sceaux tendant à l'annulation du scrutin et à l'organisation d'un nouveau scrutin[2023].

2020. Ce principe est explicitement mentionné dans l'article 68 du règlement de l'Assemblée nationale, disposant qu'« aucune réclamation de vote n'est admise après la clôture du scrutin ». L'énoncé même de ce texte révèle néanmoins que ce principe n'est pas aussi absolu que voudraient bien l'indiquer ces deux mots « vote acquis ». En effet, lu *a contrario*, l'article 68 suggère que des réclamations sont possibles avant la clôture du scrutin.

2021. Plusieurs dispositions des règlements des assemblées parlementaires suggèrent qu'il pourrait être possible d'invoquer une erreur. Outre l'interprétation *a contrario* de l'article 68 cité à la note précédente, peuvent être mentionnés les art. 108 al. 5 du règlement de l'Assemblée nationale ou 48 al. 7 du règlement du Sénat. Ces textes prévoient qu'il est possible, lors de la navette parlementaire, de modifier les textes adoptés par l'assemblée émettrice du texte s'il s'agit par là de corriger une erreur matérielle. Ce faisant, ces textes admettent bien la présence d'une erreur d'expression. De même, l'instruction générale du bureau du Sénat énonce dans la rubrique XIV, al. 7 : « Les votes par délégation ne peuvent donner lieu à rectification qu'en cas d'erreur matérielle portant sur les bulletins de vote [...] », ce qui montre là encore l'admission de l'erreur d'expression.

2022. Cette question préalable, plus exactement la motion de rejet préalable, est une procédure permettant aux parlementaires de voter le rejet du texte qui leur est soumis avant tout examen. Sur cette procédure, cf. not. art. 91 al. 5 du règlement de l'Assemblée nationale.

2023. Les propos du Garde des sceaux méritent d'être rapportées tant ils témoignent de son désarroi face à une difficulté non envisagée par les textes (nous soulignons) : « M. Bonnemaison continuait à voter. Nous l'avons tous vu. Vous l'avez d'ailleurs reconnu immédiatement, monsieur le président. Une erreur manifeste a été commise. Je demande qu'en fonction de cette erreur, que vous reconnaissez vous-même [il s'adresse au président de séance], vous décidiez — il y a sûrement dans le règlement une disposition qui le permet — que le vote soit annulé et qu'il soit procédé à un nouveau vote » (*JOAN*, Compte-rendu intégral, séance du 5 avr. 1990, p. 169).

Pour justifier cette décision, il a soutenu qu'il y avait là une erreur matérielle [2024] et a ajouté qu'il préférait « laisser le souvenir d'un président de séance qui interprète la volonté réelle des députés que celui qui s'incline devant une technique tout à fait discutable » [2025]. L'on retrouve là exactement le même vocabulaire que celui qu'emploierait un civiliste pour rendre compte d'une erreur d'expression. Cette décision du président de séance Robert Pandreaud fut semble-t-il contestée par Pierre Mazeaud devant le Bureau de l'Assemblée nationale, mais celui-ci n'obtint pas gain de cause [2026].

Cette jurisprudence [2027], bien que rare et, semble-t-il, non assumée [2028] — ce qui explique sans doute en partie pourquoi elle n'a pas été codifiée dans les règlements ou instructions générales des bureaux des assemblées —, a été par la suite reproduite, en 2001, à l'occasion du vote de la loi relative à la Corse [2029].

585. L'erreur d'analyse. Le droit parlementaire paraît assez réticent quant à la possibilité d'annuler un acte juridique en présence d'une erreur d'analyse (trace du dogme d'une volonté générale toute puissante et omnisciente ?). Outre l'article 68 du règlement de l'Assemblée nationale, énonçant qu'« aucune réclamation de vote n'est admise après la clôture du scrutin », ceci paraît ressortir à première vue de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En effet, dans une décision rendue en 2011, le Conseil a refusé de priver d'effet une procédure législative, au cours de laquelle des parlementaires prétendaient avoir retiré leurs amendements suite à des explications prétendument inexactes du gouvernement [2030]. Dans la mesure où la demande des parlementaires auteurs de la saisine peut être analysée comme une action en nullité pour erreur, cette décision nous semble pouvoir être perçue comme le refus du Conseil d'admettre des nullités pour erreur d'analyse.

Il ne semble pas toutefois que ces deux éléments impliquent une impossibilité définitive de remettre en cause un vote, pour lequel une telle discordance existerait. S'agissant tout d'abord du règlement de l'Assemblée nationale, il convient de remarquer que ne sont exclues que les

2024. « J'y réfléchis et plus j'y réfléchis, plus je me dis qu'effectivement, moi-même étant témoin de l'erreur matérielle — je pense que ni le Garde des sceaux ni personne ne me fait le procès de vouloir jouer avec l'électronique —, nous pouvons revenir sur ce vote électronique et revoter sur la question préalable » (*ibid.*, p. 171).

2025. *Idem.*

2026. Nous n'avons pas pu avoir accès à la décision du bureau, le service des archives ayant multiplié les arguties pour refuser de nous la communiquer. La teneur de cette décision nous est néanmoins connue grâce à un article du journal *Le Monde* daté du 14 avr. 1990. Dans cet article, le président L. Fabius expliqua pourquoi le président de séance R. Pandreaud avait eu raison de prendre la décision d'annuler le scrutin et d'en organiser un autre.

2027. Le terme est utilisé à neuf reprises, lors de cet incident, par les députés de tout bord et par le président de séance lui-même (*ibid.*, p. 171-173). Seul Pierre Mazeaud le met un instant entre guillemets, mais moins pour en critiquer l'usage que pour signaler le caractère erroné à ses yeux de cette jurisprudence (*ibid.*, p. 172).

2028. Nos demandes d'accès aux décisions du bureau ont en effet été refusées en haut lieu, alors même que ces décisions du bureau ne contenaient semble-t-il aucune information qui ne soit déjà connue, soit par les comptes-rendus intégraux des débats, soit par les entretiens donnés à la presse par les principaux protagonistes de ces événements.

2029. *JOAN*, compte-rendu intégral, 2e séance du 18 déc. 2001, p. 9588.

2030. CC, *Loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel*, 20 jan. 2011, n° 2010-624 DC, *JORF*, URL : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2010624dc.htm.

« réclamation[s] de vote », ce qui pourrait être interprété comme n'excluant pas les actions en nullité.

Quant à la décision du Conseil constitutionnel précitée, on ne peut s'empêcher de remarquer qu'en l'espèce l'erreur du député n'était sans doute pas excusable, ce qui pourrait peut-être expliquer la décision du Conseil et ne fermerait donc pas définitivement la voie de l'admission de l'erreur d'analyse. Cette interprétation souple de cette décision du Conseil peut être corroborée par la lecture du commentaire officiel de la décision — texte rédigé par les juristes mêmes du Conseil constitutionnel, lesquels collaborent très étroitement à l'élaboration de la décision [2031]. Ce commentaire laisse en effet apparaître que les commentateurs n'ont pas véritablement exclu toute possibilité de contrôler l'erreur. D'après les auteurs du commentaire officiel, en affirmant dans sa décision qu'il ne lui appartient pas « de contrôler les motifs pour lesquels l'auteur d'un amendement décide de le retirer », le Conseil a simplement refusé de « se substituer aux acteurs parlementaires dans leur appréciation » et ce, compte tenu de la grande liberté que doivent avoir les parlementaires dans leur droit d'amendement. Cette interprétation de la décision de 2011 se trouve enfin corroborée par la lecture d'une décision antérieure de 1987 [2032], au demeurant citée dans le document préparatoire à l'arrêt de 2011 précité. Dans cette décision de 1987, le Conseil constitutionnel avait explicitement admis de remettre en cause un scrutin si une personne titulaire d'une délégation de vote avait commis une erreur d'analyse quant à la volonté de son délégant, autrement dit si elle avait mal analysé la réalité des intentions de son délégant.

Pour toutes ces raisons, il est permis de penser que l'erreur d'analyse fait bien partie des erreurs pouvant donner lieu à la nullité des normes produites par un vote. Vérifions à présent si, pour le vote, se retrouvent les différents degrés d'erreur.

2. La présence des différents degrés d'erreur

586. La présence de l'erreur spontanée ne fait guère de doute. Ainsi, dans le cadre du contentieux survenu et réglé le 5 avril 1990 [2033], il y avait eu une erreur d'expression puisque certains députés n'avaient pas pu exprimer leur voix en raison des difficultés rencontrées par leur représentant pour s'exprimer en leur nom.

Quant à l'erreur provoquée, il semble que le contentieux survenu et résolu le 18 décembre 2001 à l'Assemblée nationale en constitue un exemple [2034]. En l'espèce, l'erreur commise ce jour-là par les députés, dans le cadre de l'examen de la future loi du 22 janvier 2002 relative à la Corse, résultait de la précipitation des opérations de vote, qui, selon les demandeurs à

2031. Tel était du moins le cas lorsque nous étions en stage au Conseil constitutionnel en 2011. L'importance du service juridique dans l'élaboration des décisions est notamment évoquée dans D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Gallimard, 2010, p. 286-287.

2032. CC, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, 23 jan. 1987, n° 86-225 DC, *JORF,* URL : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1987/86225dc.htm.

2033. Sur ce contentieux, cf. *supra* n° 584.

2034. Sur cet incident, cf. *JOAN*, compte-rendu intégral, 2e séance du 18 déc. 2001, p. 9588 et P. Avril et J. Gicquel, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *Pouvoirs,* 2002, vol. 101, p. 155.

l'annulation du scrutin, avait été sciemment orchestrée selon eux par le président de séance pour les empêcher de voter. La réalité de ces faits paraît avérée puisque suite à la clôture houleuse du scrutin, le président de séance a été immédiatement changé, ce qui peut être compris comme une forme de sanction de son comportement.

A minima, l'on pourrait à tout le moins voire dans ces faits une erreur exploitée : les députés de la majorité ayant seulement exploité l'erreur d'expression de leur collègues qui tardaient à voter.

B. La présence des caractères de l'erreur

587. Une erreur déterminante. Le caractère déterminant de l'erreur n'est pas explicitement mentionné dans les hypothèses à l'occasion desquelles la possibilité d'invoquer l'erreur a été admise. Néanmoins, l'étude des deux hypothèses précitées d'erreur d'expression (en 1990 et 2001) révèle que, à chaque fois, l'erreur avait concerné suffisamment de personnes pour avoir potentiellement une influence sur le résultat du scrutin. Ainsi, lors de l'incident survenu le 5 avril 1990, c'est semble-t-il les boutons de trois travées qui n'avaient pas été actionnés ce qui, s'il s'agissait des travées du haut, peut représenter une trentaine de personnes. Or, l'écart de voix pour le scrutin contesté, bien qu'important, comme l'avait relevé le député P. Mazeaud, n'en était pas moins inférieur à trente (245 voix contre la question préalable et 269 pour) [2035]. Dès lors, cette erreur collective aurait pu être déterminante du résultat du scrutin. De même, s'agissant de l'incident du 18 décembre 2001, l'écart entre les pour et les contre était faible (12 voix d'écart) et là encore c'est tout un groupe de députés qui prétendait n'avoir pas eu le temps de voter, de sorte que l'erreur était bien aussi, semble-t-il, déterminante. Certes, dans la première hypothèse, le président de séance s'est défendu de vouloir subordonner l'annulation du vote à la condition que cette erreur ait été déterminante du résultat du scrutin. Cependant, les faits sont là : l'erreur était bien susceptible de remettre en cause le scrutin au regard du nombre de travées concernées.

D'ailleurs, lorsque le Conseil constitutionnel a eu à se prononcer, dans l'arrêt de 1987 précité, sur la possibilité d'annuler les normes produites par un parlementaire qui représentait son collègue et qui aurait voté dans un sens contraire aux intentions de ce dernier, il n'a admis cette possibilité que pour le cas où, « sans la prise en compte de ce ou ces votes, la majorité requise n'aurait pu être atteinte » [2036]. Autrement dit, le Conseil n'accepte de remettre en cause un vote que s'il a été déterminant de la décision prise globalement par l'assemblée collective.

2035. *JOAN*, Compte-rendu intégral, séance du 5 avr. 1990, p. 169.

2036. CC, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, 23 jan. 1987, n° 86-225 DC, *JORF,* URL : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1987/86225dc.htm, cons. n° 4. Dans le même sens, CC, *Loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel*, 20 jan. 2011, n° 2010-624 DC, *JORF,* URL : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2010624dc.htm, cons. n° 9. Précisons que le Conseil n'a admis ce cas d'annulation que dans les hypothèses où le nombre de suffrages exprimés est supérieur au nombre de députés effectivement présents dans l'hémicycle.

588. Une erreur excusable. Le caractère excusable de l'erreur ressort également de certaines des hypothèses précitées. Ainsi, s'agissant de l'incident intervenu le 18 décembre 2001, ce caractère résultait de la précipitation — précipitation qu'un civiliste aurait sans doute considéré comme résultant d'une manœuvre dolosive — dans laquelle le scrutin avait été organisé : compte tenu de cette précipitation, l'erreur d'expression des députés se trouvait excusée [2037].

À l'inverse, s'agissant de la décision du Conseil constitutionnel précitée de 2011 [2038], l'erreur des députés ayant retiré leur amendement était semble-t-il inexcusable : disposant des moyens matériels pour vérifier les dires du Gouvernement et étant institutionnellement un pouvoir distinct du Gouvernement, le Conseil a pu penser qu'il appartenait aux parlementaire de se montrer plus vigilants en s'informant par eux-mêmes.

589. La connaissance du caractère déterminant de l'erreur. Enfin, la dernière condition d'admission de l'erreur, à savoir la connaissance par les tiers du caractère déterminant de l'erreur, transparaît très nettement de l'incident ayant eu lieu le 5 avril 1990. Comme l'a indiqué à la presse L. Fabius [2039], alors président de l'Assemblée nationale, l'erreur matérielle était en l'espèce « manifeste ». Autrement dit, si l'erreur a été ici prise en compte, c'est parce que tout un chacun aurait pu l'apercevoir. Comme l'expliquait en séance R. Pandreau, pour justifier la décision prise : « [j]'ai estimé, parce que j'avais assisté à ce qui s'était passé, que la question préalable ne pouvait être considérée comme adoptée, compte tenu des déclarations des uns et des autres et de ma connaissance des groupes politiques » [2040]. Il en va de même de l'incident intervenu le 18 décembre 2001 puisque, lorsque le contentieux a été porté devant le bureau de l'assemblée, qui comprend des membres de tous les groupes, tous ont reconnu que ce vote était nul [2041], montrant par là qu'il était clair, à leurs yeux, que le sens donné aux actes de certains députés (abstention) ne correspondait pas à leur volonté réelle (voter contre le texte). Pour toutes ces raisons, il semble bien que l'ensemble des conditions d'admission de l'erreur se retrouvent pour le vote. Le droit parlementaire permet donc, du moins pour le vote, de vérifier la présence des conditions de validité relatives au consentement. Qu'en est-il des règles de validité afférentes aux motifs poursuivis ?

2037. Dans l'incident survenu le 5 avril 1990, le caractère excusable de l'erreur des parlementaires était moins net même s'il semble à la lecture du compte-rendu des débats parlementaires que, au moment où le président de séance s'apprêtait à clore le scrutin, des députés lui demandaient d'attendre car ils avaient encore des boutons à actionner dans certaines travées.

2038. CC, *Loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel*, 20 jan. 2011, n° 2010-624 DC, *JORF*, URL : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2010624dc.htm.

2039. *Le Monde*, 14/04/1990.

2040. *JOAN*, Compte-rendu intégral, séance du 5 avr. 1990, p. 173. Voir déjà, quelques minutes plus tôt (p. 171) où le même indique : « je me dis qu'effectivement, moi-même étant témoin de l'erreur matérielle [...] nous pouvons revenir sur ce vote électronique et revoter sur la question préalable ».

2041. Cf. les informations données par le président de séance Raymond Forni sur le délibéré du Bureau (*JOAN*, compte-rendu intégral, 2e séance du 18 déc. 2001, p. 9588).

§ 2. Le contrôle des motifs

590. Un contrôle discret. Contrairement au contrôle des énoncés législatifs, le contrôle des fins poursuivies par le législateur, notamment lors du vote, se fait très discret, tout comme d'ailleurs celui que peut exercer la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'elle examine si les autorités nationales ont poursuivi un but légitime en portant atteinte à l'un des droits protégés par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [2042].

Si le Conseil se refuse à contrôler de manière ouverte les motifs du législateur, c'est pour ne pas susciter chez ce dernier un effet vexatoire [2043]. Qu'on songe par exemple à l'effet qu'aurait la décision de juges qui, à l'instar de ce que peut parfois écrire la Cour de cassation pour de simples particuliers, diraient d'un ou plusieurs parlementaires qu'ils sont « animé[s] par une intention de lucre et de cupidité » [2044]. La légitimité des membres du Conseil constitutionnel est trop fragile pour qu'ils puissent, sur la foi d'un élément subjectif (les motifs), qui plus est difficilement vérifiable par « l'homme de la rue » [2045] au nom duquel les juges sont censés agir, apparaître en donneur de leçon envers les membres du Parlement. Ceci leur est d'autant plus difficile que, bien souvent, l'affirmation que le motif poursuivi était illicite impliquerait de souli-

2042. Les arrêts par lesquels la Cour européenne des droits de l'homme constatent l'absence de but légitime sont rarissimes (F. Sudre, *Droit européen et interntional des droits de l'homme*, 10e éd., PUF, 2011, p. 225). La Cour l'indique d'ailleurs parfois elle-même : « la pratique de la Cour est d'être plutôt succincte lorsqu'elle vérifie l'existence d'un but légitime » (CEDH, gr. ch., *S.A.S. c/ France*, 1er juil. 2014, n° 43835/11, URL : http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-145240&filename=001-145240.pdf&TID=xdvmrpyqsp, n° 114 ou CEDH, *Y.Y. c/ Turquie*, 10 mar. 2015, n° 14793/08, URL : http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-152779&filename=AFFAIRE%20Y.Y.%20c.%20TURQUIE.pdf, n° 76). Même lorsqu'elle estime nécessaire « de se prononcer de manière plus circonstanciée » (CEDH, gr. ch., *S.A.S. c/ France*, 1er juil. 2014, n° 43835/11, URL : http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-145240&filename=001-145240.pdf&TID=xdvmrpyqsp, n° 114 ou CEDH, *Y.Y. c/ Turquie*, 10 mar. 2015, n° 14793/08, URL : http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-152779&filename=AFFAIRE%20Y.Y.%20c.%20TURQUIE.pdf, n° 77), elle n'en conclut généralement pas à l'absence de motif légitime : soit parce qu'adoptant une approche très souple des motifs autorisés elle finit par admettre qu'un des motifs est légitime (not. CEDH, gr. ch., *S.A.S. c/ France*, 1er juil. 2014, n° 43835/11, URL : http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-145240&filename=001-145240.pdf&TID=xdvmrpyqsp, nos 113-122), soit parce qu'après avoir suggéré que tous les motifs étaient illégitimes, elle ne va finalement pas estimer nécessaire de l'écrire car elle aura décidé de condamner l'état partie sur un autre fondement (*La revue des droits de l'homme,* note Moron-Puech, nos 35, 40 et 84).

2043. Rappr. O. De David Beauregard-Berthier, « Le contrôle du détournement de procédure en matière d'élaboration des lois », *RFDC,* vol. 2009/3, 79, p. 451-476, URL : https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2009-3-page-451.htm, n° 74.

2044. Cass., 1re civ., 19 déc. 2012, n° 09-15.606, *Bull.,* I, n° 267, URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000026814939.

2045. L'expression est reprise à Georges Vedel qui écrivait (nous soulignons) qu'il est toujours délicat d'affirmer « l'existence d'intentions qui ne sont jamais évidentes même si elles sont hautement probables. Au contraire, la motivation retenue par la décision s'appuyait sur des constatations de fait indiscutables et à portée de l'homme de la rue regardant un kiosque à journaux et ne mettait à la charge du Parlement qu'une erreur juridique objective sans malignité » (G. Vedel, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) », *Cahiers du Conseil constitutionnel,* 1997, vol. 2, URL : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-2/exces-de-pouvoir-administratif-et-exces-de-pouvoir-legislatif-ii.52882.html, n° 40).

gner la malice du législateur [2046]. Ceci déclencherait probablement un conflit institutionnel dont le législateur sortirait sans doute vainqueur, compte tenu de ce qu'il est sociologiquement perçu comme incarnant mieux l'intérêt général que le Conseil [2047]. Le législateur serait d'autant mieux placé pour dénoncer cette situation que, malgré les invitations de Robert Badinter en 1986, les parlementaires ont refusé, lorsque la question leur a été posée, d'être partie à l'instance prenant place devant le juge constitutionnel, semble-t-il justement pour éviter de faire du Conseil une véritable juridiction et donc, par là, l'empêcher de concurrencer la légitimité du Parlement [2048]. Dès lors, le procès d'intention qui pourrait être fait à l'encontre des parlementaires serait d'autant moins légitime que les parlementaires ne pourraient pas se défendre.

Voilà pourquoi, aussi souvent que cela lui a été possible, le Conseil constitutionnel s'est efforcé de ne pas censurer une loi en recourant au seul contrôle subjectif de licéité des motifs [2049], pour s'en tenir à un contrôle objectif de l'énoncé de la norme. Bien souvent, d'ailleurs, ce contrôle s'est avéré suffisant car, comme l'avait relevé Georges Vedel, la souplesse des normes de contrôle qu'utilise le Conseil constitutionnel lui permettent la plupart du temps de n'avoir nul besoin de recourir au contrôle des motifs [2050].

On constate cependant d'une part que le Conseil constitutionnel a parfois admis la possibilité de censurer un acte à partir du seul contrôle des motifs, lorsqu'il s'agissait de questions de procédure et non de questions de fond ; d'autre part, qu'il a mis en place des instruments qui lui permettent de contrôler la licéité des motifs poursuivis sans avoir nullement à le dire. Examinons tour à tour ces deux points.

591. Le contrôle du détournement de procédure. Si le Conseil a très nettement fermé la porte à la possibilité de contrôler le détournement de pouvoir du législateur [2051], il a en

2046. Rappr. *ibid.*, n° 40 : « Sans doute le Conseil constitutionnel répugne-t-il d'élever contre le législateur, détenteur d'une légitimité politique et juridique de premier plan, le reproche d'avoir usé son pouvoir, peut-être malicieusement, à des fins qui lui étaient interdites par la Constitution ».

2047. « Il en est d'autant plus ainsi [l'auteur évoque la répugnance du Conseil à contrôler les motifs du législateur] que, si le pouvoir législatif s'exerce dans le domaine qui lui est réservé, il est réputé le faire au nom de l'intérêt général tel qu'il le définit librement sans que le juge puisse contredire cette appréciation dans la très grande majorité des cas » : *ibid.*, n° 40.

2048. Sur cette question, cf. D. Rousseau, *Sur le Conseil constitutionnel, la doctrine Badinter et la démocratie*, Descartes, 1997, p. 50-54.

2049. Ceci a semble-t-il été pendant longtemps mal compris par les constitutionnalistes qui ont toujours été très réservés par la possibilité d'un contrôle des motifs. Valérie Goesel-Le Bihan a néanmoins montré dans plusieurs articles publiés ces dernières années que cette analyse doctrinale méconnaissait la réalité du contrôle du Conseil qui, presque toujours, accepte de contrôler les motifs du législateur (not. V. Goesel-Le Bihan, « contrôle de l'objectif poursuivi par le législateur dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel », *RFDC,* 2014, n° 298). Une chose en effet est le contrôle, une autre est l'issue donnée à ce contrôle et notamment l'annulation de la loi.

2050. G. Vedel, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) », *Cahiers du Conseil constitutionnel,* 1997, vol. 2, url : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-2/exces-de-pouvoir-administratif-et-exces-de-pouvoir-legislatif-ii.52882.html, n° 40.

2051. CC, *Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public*, 12 sept. 1984, n° 84-179 DC, *JORF,* url : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1984/84179dc.htm, n° 14, où l'on peut lire : « les députés auteurs de l'une des saisines font valoir que le caractère pernicieux des effets de la loi serait révélateur

revanche accepté de contrôler les intentions de ce dernier si elles concernaient une question de procédure. En effet, bien qu'il n'ait pas encore rendu de décision censurant un détournement de procédure [2052], il n'en a pas moins admis la possibilité d'un tel contrôle [2053] et la doctrine estime possible qu'un tel contrôle intervienne en pratique [2054]. Cette relative timidité du Conseil à contrôler les motifs du législateur lorsqu'il met en œuvre une procédure législative est encore plus marquée dans le détournement de pouvoir. Ce dernier n'est en effet jusqu'à présent pas admis par le Conseil constitutionnel [2055].

592. Le contrôle de proportionnalité. Affinant ces instruments de contrôle de la loi, le Conseil constitutionnel, semble-t-il à partir des années quatre-vingt-dix, a mis sur pied un contrôle de proportionnalité des moyens mis en œuvre par le législateur pour atteindre les buts qu'il poursuivait [2056]. Ce faisant, et sans le dire, le Conseil s'est doté d'un instrument de contrôle des motifs illicites.

Pour bien comprendre la démarche du Conseil et son lien avec le contrôle des motifs, il convient de rechercher de quelle manière, en général, un juge pourrait concrètement, lors d'un litige, établir que les motifs poursuivis par les parties sont illicites. Deux situations peuvent se présenter : soit l'auteur de l'acte reconnait que son action a été guidée par un motif illicite, soit il le refuse et avance d'autres motifs. Dans le second cas ; soit le juge dispose de documents par lesquels la personne elle-même reconnaît l'illicéité des motifs qui l'ont animée, contrairement à ce qu'elle affirme devant lui, soit le juge est en mesure de déduire cette illicéité au regard de la différence entre les moyens mis en œuvre pour l'atteindre et les motifs affichés. C'est par exemple à un tel contrôle que le juge judiciaire se livre lorsque, dans le cas d'une fraude, il

des intentions du législateur, selon eux, contraires à la Constitution ; que cette critique qui porte en réalité sur l'opportunité de la loi ne saurait être retenue ».

2052. O. De David Beauregard-Berthier, « Le contrôle du détournement de procédure en matière d'élaboration des lois », *RFDC,* vol. 2009/3, 79, p. 451-476, URL : https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2009-3-page-451.htm.

2053. CC, *Résolution tendant à modifier certains articles du règlement du Sénat*, 17 mai 1973, n° 73-49 DC, *JORF,* URL : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1973/7349dc.htm, cons. n° 8 ; CC, *Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés*, 8 jan. 2009, n° 2008-573 DC, *JORF,* URL : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2009/2008573dc.htm, cons. n°s 12-14 ou CC, *Loi de réforme des collectivités territoriales*, 9 déc. 2010, n° 2010-618, *JORF,* URL : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/2010618dc.htm, cons. n°s 2-11.

2054. Cf. O. De David Beauregard-Berthier, « Le contrôle du détournement de procédure en matière d'élaboration des lois », *RFDC,* vol. 2009/3, 79, p. 451-476, URL : https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2009-3-page-451.htm, n° 61, interprétant *a contrario* la décision CC, *Résolution tendant à modifier certains articles du règlement du Sénat*, 17 mai 1973, n° 73-49 DC, *JORF,* URL : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1973/7349dc.htm relative à un détournement de procédure concernant le sous-amendement.

2055. On pourra rapprocher cette prudence du Conseil de celle de la Cour européenne des droits de l'homme qui, lorsqu'elle contrôle les motifs poursuivis par le législateur lorsqu'il a porté atteinte à des droits fondamentaux, ne constate pratiquement jamais l'illégitimité du but poursuivi et se contente seulement d'émettre des doutes F. Sudre, *Droit européen et interntional des droits de l'homme*, 10e éd., PUF, 2011, p. 225.

2056. V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Cahier du Conseil constitutionnel,* juin 2007, vol. 22, URL : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-22/le-controle-de-proportionnalite-exerce-par-le-conseil-constitutionnel.50709.html.

constate l'artificialité de la situation dans laquelle s'est placé le requérant : les moyens mis en œuvre par le requérant pour exercer son droit ne sont nullement adaptés à un exercice normal de ce droit ; c'est en cela qu'ils sont artificiels. Puis le juge, une fois constaté l'inadéquation entre les moyens mis en œuvre et le motif poursuivi, est en mesure de conclure que le motif que lui indique le requérant est mensonger et dissimule en réalité un motif illicite.

593. Dans le cadre du contrôle de la licéité des motifs du législateur, *via* le contrôle de proportionnalité, le juge constitutionnel réalise exactement ce cheminement intellectuel, si ce n'est qu'il n'ose pas en tirer la conclusion qu'en tirerait un juge judiciaire, à savoir que le motif affiché par le législateur est mensonger et dissimule un motif illicite. Cependant, pour éviter que cette absence de conclusion ne l'empêche, lui, de prononcer la nullité des normes créées pour atteindre ce motif illicite, le Conseil a « objectivé son contrôle » en créant une règle lui permettant, non pas de contrôler les motifs poursuivis, mais l'adéquation entre les moyens mis en œuvre et le motif licite que le législateur est présumé poursuivre.

Cette technique de contrôle — dont pourrait sans doute s'inspirer plus largement le juge judiciaire lorsqu'il ne souhaite pas froisser les justiciables de manière à ce que sa décision soit pour eux plus acceptable et donc mieux respectée — n'est pas sans rappeler la théorie de l'aiguilleur que Georges Vedel avait proposée pour dissimuler la sanction prononcée par le Conseil constitutionnel en cas de violation par le législateur de dispositions constitutionnelles. Cependant, alors que le concept d'aiguilleur n'était nullement nécessaire, compte tenu du caractère déjà objectif du contrôle réalisé la plupart du temps par le Conseil, le concept de contrôle de proportionnalité — plus précisément de « contrôle de l'adéquation » [2057] — l'est bien, puisqu'il permet de remédier à l'impossibilité dans laquelle se trouve le Conseil de contrôler explicitement les fins poursuivies par le législateur [2058].

Eu égard à la présence d'instruments permettant au Conseil constitutionnel de contrôler le détournement de procédure et l'adaptation des moyens mis en œuvre par le législateur pour atteindre certaines fins, il est permis de penser que le contrôle des motifs poursuivis par les parlementaires au moment du vote existe réellement. Les propriétés du concept d'acte juridique sont donc bien toutes vérifiées en présence du principal acte juridique parlementaire qu'est le vote.

2057. Recourant à un tel concept, cf. *ibid.* L'autrice définit ce concept comme le contrôle « de l'appropriation de la mesure prise à l'objectif poursuivi ».

2058. Rappr. *ibid.* précisant ainsi les rapports entre le détournement de pouvoir et le contrôle de l'adéquation : dans le contrôle de l'adéquation, « le cœur même du détournement, en tant qu'il consiste à surprendre la mauvaise foi de l'auteur de l'acte, n'a pas été touché : une intention subjective du législateur, différente de celle mise en avant et étrangère à l'intérêt général, n'a jamais été recherchée par le Conseil. Le contrôle de l'adéquation permet toutefois de saisir une telle intention, dès lors qu'elle s'incarne dans l'acte adopté lui-même et que la mesure prise ne permet pas d'atteindre l'objectif avancé ».

Conclusion du Chapitre 2

594. L'examen de quatre actes juridiques fort distincts du contrat a permis de confirmer la pertinence des propriétés du concept d'acte juridique relatives aux conditions de validité de celui-ci.

Certes, il n'a pas toujours été aisé de réaliser ces vérifications, soit parce que les discours portant sur les actes examinés tendaient à réfuter la place de la volonté — c'était le cas pour le jugement où l'idée d'un vice du consentement du juge ne correspond pas à l'idéal d'un juge automate —, soit parce que ces discours tentaient de s'opposer au contrat — c'était le cas pour le mariage, en particulier à propos du dol —, soit parce que les actes examinés n'étaient guère appréhendés au moyen du concept d'acte juridique — comme en droit pénal, pour le consentement de la victime —, soit enfin parce que la possibilité d'annuler ces actes était masquée pour ne pas affaiblir le pouvoir des auteurs de ces actes — comme c'était le cas pour la loi.

Pourtant, malgré ces difficultés, l'ensemble des propriétés attenantes à la validité des normes produites par les actes juridiques a pu être vérifié, en ce que nous n'avons rencontré ni contre-exemple ni contre-épreuve aux propriétés proposées.

Mieux, ces vérifications pratiques ont permis d'améliorer la théorie jusqu'à présent exposée. En effet, s'agissant du caractère excusable de l'erreur, la vérification de cet élément à propos du jugement a mis en évidence que ce caractère ne concernait pas seulement l'*errans* et s'appliquait plus généralement à celui qui agissait en justice afin d'obtenir l'annulation des normes créées à la suite d'une erreur. Si d'aventure cette personne n'avait pas empêché cette erreur ou ne l'avait pas dissipé suffisamment tôt alors qu'elle en avait les moyens, l'action en nullité pour erreur lui sera fermée.

Ces vérifications pratiques ont également permis d'éclairer certains contentieux passés qui, faute de s'inscrire dans un cadre théorique suffisamment solide, étaient peu compréhensible. Tel a été le cas pour une partie de la jurisprudence relative à l'annulation du mariage pour erreur [2059], de celle relative à l'application du vol aux retraits réalisés à des distributeurs automatiques de billets [2060] ou encore de celle annulant des opérations de vote législative, en dépit du principe du *vote acquis* [2061].

2059. *Supra* n° 545.
2060. *Supra* n° 558.
2061. *Supra* n°s 583 et 584.

Conclusion du Titre 2

595. Ayant identifié, dans le Titre 1, des propriétés du concept d'acte juridique à partir d'un acte juridique donné — l'acte concourant à la formation d'un contrat —, il était nécessaire de procéder à un certain nombre de vérifications permettant d'une de s'assurer théoriquement du caractère généralisable de ces propriétés d'une part et, d'autre part, d'éprouver leur solidité, en recherchant empiriquement si ces propriétés se retrouvaient dans des hypothèses radicalement distinctes du contrat.

La vérification théorique nous a conduit à préciser les propriétés dégagées à partir du droit des contrats sur deux points relatifs à la nullité pour vice du consentement. En effet, afin de pouvoir généraliser les exigences d'une erreur excusable et dont le caractère déterminant était connu du cocontractant, nous avons dû apporter les précisions suivantes. D'abord, il a été précisé que l'erreur excusable était moins une condition de l'action en nullité pour erreur qu'un moyen pouvant être utilisé par qui souhaitait s'opposer à cette action [2062]. Ensuite, l'exigence d'une connaissance du caractère déterminant de l'erreur par le *cocontractant* a été remplacée par celle de la connaissance du caractère déterminant par le *bénéficiaire* de la norme dont l'annulation était recherchée [2063].

La vérification empirique a conforté nos analyses : ni le mariage, ni le consentement de la victime, ni le jugement, ni le vote de la loi, n'ont permis de prendre à défaut les propriétés que nous avons dégagées à partir du contrat. Ces vérifications empiriques ont en outre permis d'améliorer encore la perception de certaines des règles de validité, en particulier le caractère excusable de l'erreur. Il est en effet apparu que ce caractère excusable ne concernait pas seulement l'*errans* négligent, mais s'appliquait plus largement à toute personne demandant la nullité pour erreur, de sorte qu'il était préférable de désigner cette exigence comme celle d'une incombance d'éviter l'erreur commise [2064].

Compte tenu des tests réalisés et de la démonstration théorique de la possible application des propriétés vérifiées à l'ensemble des actes juridiques, il est permis de penser que ces propriétés disposent d'une solidité suffisante pour pouvoir être appliquées, sans grand risque d'erreur, à l'ensemble des actes juridiques.

2062. *Supra* n° 532.
2063. *Supra* n° 532.
2064. *Supra* n° 573 *in fine*.

Conclusion de la Partie 2

596. Partis à la recherche des propriétés du concept d'acte juridique dont nous avions dans la Partie 1 précisé la définition, nous avons pu identifier, à partir d'une synthèse des discours doctrinaux s'étant intéressés au régime de l'acte juridique, quatre propriétés. Estimant que l'une des propriétés (celle relative à l'existence de conditions de validité propres à l'acte juridique) méritait d'être précisée à partir d'une matière donnée, suivant en cela la méthode exposée en introduction [2065], nous avons porté notre attention sur le droit des contrats tel qu'anciennement codifié. À partir de cette matière ont été abstraites des règles de validité susceptibles de constituer des propriétés pour tout acte juridique.

Cette propriété relative à la validité des normes ayant été obtenue par abstraction, à partir du droit des contrats, il a été nécessaire, conformément là encore aux règles méthodologiques posées en introduction [2066], d'en vérifier la pertinence. Il s'est agi d'abord de s'assurer, théoriquement, que cette propriété pouvait être généralisée à tous les actes juridiques et ensuite de vérifier qu'elle se retrouvait dans des situations forts distinctes du droit des contrats. À la suite de ces vérifications, les propriétés initiales ont été légèrement ajustées, sans que cela remette en cause la construction initialement dégagée.

597. Compte tenu de ces vérifications, il apparaît possible d'affirmer que les propriétés d'un acte juridique sont les suivantes :

- L'existence d'une norme créée par un acte juridique peut être dissociée de la vigueur de cette norme ;
- L'existence d'une norme créée par un acte juridique peut prendre fin par elle-même lorsqu'elle est affectée d'une condition résolutoire ;
- La norme créée par un acte juridique fait l'objet d'une méthode spécifique d'interprétation, recourant à l'intention de l'auteur de l'acte ;
- La norme créée par un acte juridique est soumise à deux conditions de validité propres :
  - L'absence de vice du consentement, pour lequel il faut apporter les deux précisions suivantes :
    - Ce vice doit **(1)** avoir été déterminant de l'*errans* et **(2)** ce caractère déterminant doit être connu des bénéficiaires des normes concernées par l'annulation ;

2065. *Supra* n° 51.
2066. *Supra* n° 52.

  - La nullité peut être refusée s'il est établi que le demandeur à l'action en nullité n'a pas fourni les efforts qui lui incombait pour éviter que cette erreur ne soit commises ; néanmoins, si la personne s'opposant à cette action en nullité n'a elle-même pas mis en œuvre les moyens qui lui incombait pour éviter l'erreur commise par l'*errans*, alors l'action en nullité pourra prospérer vis-à-vis de cette dernière personne ;
- Des règles encadrant les fins poursuivies et prévoyant la nullité en cas de motif illicite si celui-ci a été déterminant de la volonté de l'auteur de l'acte.

Conclusion générale

598. Résumé de la démarche. Parti du constat que le contrat était un instrument souvent contesté dans des matières situées à la périphérie du droit civil, nous nous sommes posés la question de savoir si le contrat ne devait pas être remplacé par un concept concurrent, récemment consacré en droit français : l'acte juridique.

Pour répondre à cette question, nous avons d'abord cherché à prendre le pouls de la critique adressée au contrat, en partant pour cela d'une situation où la critique du contrat est particulièrement développée : la relation médicale. Un examen préparatoire de l'ensemble des critiques adressées au contrat depuis le milieu des années 1980 nous a convaincu que l'instrument contractuel présente deux faiblesses structurelles, les unes tenant à la technique même du contrat, les autres à la représentation sociale de cet objet.

Concernant les faiblesses techniques, il est apparu que la définition du contrat est relativement imprécise, tant au regard de ses critères — qu'est-ce que cette *rencontre* des volontés ? — que du lien entre ces critères — jusqu'où faut-il aller dans l'exigence d'une *intention* de créer des effets de droit ? En outre, il a été souligné que le contrat est un outil techniquement limité puisqu'il ne permet pas d'appréhender les relations créées par un seul consentement (hypothèse qu'on rencontre dans la relation médicale lorsque le patient est inconscient) d'une part et qu'en présence de plus de deux consentements le maniement de l'instrument contractuel n'est guère aisé d'autre part. De même, nous avons montré que l'ambivalence du contrat, objet désignant à la fois une certaine procédure et un certain effet, venait limiter la capacité de cet objet à s'appliquer aux situations qui, bien qu'ayant pris naissance à la suite d'une rencontre des volontés, ne se rapprochaient nullement par leur régime du régime du contrat, ce qui était le cas de la relation médicale semblant toute entière régie par des textes impératifs étrangers au droit des contrats.

Concernant ensuite les faiblesses psychosociales, nous avons montré qu'il existe un décalage important entre la représentation sociale du contrat et sa définition juridique. En effet, compte tenu de leur pratique quotidienne du contrat, nous avons pu voir que les juristes avaient tendance à voir dans le contrat tantôt un instrument d'échanges économiques libres, tantôt un instrument formaliste, ayant une force obligatoire telle qu'il n'était pas possible de revenir dessus. D'où la négation de la qualification contractuelle de la relation médicale qui, si elle correspond bien à la définition juridique du contrat, ne ressemble en rien à cette image du contrat.

Ayant montré, pour chacune de ces faiblesses, qu'elles ne sont guère surmontables, notamment car les solutions envisageables impliqueraient un bouleversement en profondeur du contrat, bouleversement qui ne serait pas accepté par la communauté des juristes, nous avons alors proposé de recourir au concept d'acte juridique afin de pallier ces insuffisances du contrat. Dans notre esprit, ce concept d'acte juridique ne doit nullement remplacer le contrat mais au contraire le soutenir toutes les fois où le contrat se trouve pris en défaut. Ainsi, le contrat et l'acte juridique nous ont semblé non pas être concurrents, comme cela est parfois suggéré, mais complémentaires. Pour permettre néanmoins à cette complémentarité d'opérer et empêcher notamment que l'acte juridique ne soit écrasé sous le poids du « vieil édifice » [2067] contractuel qu'il ne pourrait pas dès lors soutenir, il nous a semblé nécessaire de renforcer le concept d'acte juridique délaissé par la doctrine française et soumis désormais, en « tant que de raison » [2068], aux règles du contrat. Pour ce faire, nous avons entrepris, d'une part, de retravailler la définition de l'acte juridique, afin de faciliter l'usage du concept, mais aussi de mieux l'articuler au contrat et, d'autre part, de doter l'acte juridique d'un régime propre, lui permettant d'exister indépendamment du contrat censé le régir « en tant que de raison ».

Ainsi, dans le cadre d'une première partie, nous nous sommes efforcés d'abord de montrer que la définition actuelle de l'acte juridique n'est guère satisfaisante, notamment car elle reproduit certaines des insuffisances du contrat. Si, certes, ne se retrouve plus l'imprécision relatives à la rencontre de volontés, persistent les difficultés relative à l'intention de créer des effets de droit ou à l'ambivalence de l'acte, à la fois procédure de création de normes et normes elles-mêmes. Cette fois, cependant, compte tenu de la faible pénétration du concept d'acte juridique dans la pensée des juristes et de l'absence d'une représentation sociale en décalage avec la définition de l'acte juridique, il nous a semblé possible de refondre ce concept, ce que nous avons alors entrepris.

Cherchant alors à éviter les écueils précédents, il a été proposé de comprendre l'acte juridique comme un *acte volontaire reconnu dans un ordre juridique comme créant une ou plusieurs normes*. Si cette définition s'éloigne quelque peu de la définition traditionnelle, qu'on retrouve dans l'article 1100-1 nouveau du code civil, nous avons souligné qu'une telle définition renouvelée permet néanmoins d'éviter les deux écueils de la définition traditionnelle. En effet, en insistant sur le mot acte, la définition proposée vient souligner que l'acte juridique doit s'entendre uniquement comme la procédure de création d'effets de droit, de norme, faudrait-il

2067. Rappr. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, 2e éd., LGDJ, 1955, n° 2, p. 4-5 (nous mettons en gras) : « Nul ne songe parmi les juristes que la science du droit se réduise à l'étude d'institutions indestructibles et à l'application de règles établies pour toujours. De tout temps on a considéré comme les plus grands esprits ceux qui, dénonçant l'infirmité ou la nocivité des lois de leur époque, ont contribué à faire établir des règles nouvelles. La critique du droit existant est indispensable pour la réalisation des réformes. Mais le juriste qui dénonce la sénescence de certaines règles et en propose d'autres n'a pas le dessein d'ébranler le statisme du droit. Pour lui l'esprit de réforme se concilie parfaitement avec l'esprit de conservation. **Réparer le vieil édifice c'est empêcher qu'il risque de s'écrouler**. L'adaptation des règles anciennes à des situations nouvelles est une forme heureuse de la conservation ».

2068. Art. 1100-1 nouv. c. civ.

plutôt dire. En outre, la définition proposée évite une approche trop subjective de l'acte juridique, laquelle empêche ce concept de s'appliquer dans des matières où, comme en droit pénal, la volonté de l'individu paraît souvent reléguée au second plan.

Compte tenu de cette définition renouvelée de l'acte juridique, il a été nécessaire de réexaminer les concepts voisins à celui-ci, en particulier ceux qui étaient articulés à l'acte juridique au moyen d'éléments de la définition traditionnelle que nous avions rejetés. C'est ainsi qu'il a fallu réexaminer les rapports entre l'acte juridique et l'acte non juridique ou le fait juridique, puisque, jusqu'à présent, ces concepts étaient distingués au moyen de l'intention de créer des effets de droit. Ceci nous a par exemple conduit à considérer que *ce qui distingue l'acte juridique du fait juridique c'est que le premier crée une norme nouvelle, alors que le second se contente de rendre applicable une norme déjà créée.* De même, il fallu reprendre l'articulation de l'acte juridique et des espèces d'actes juridiques, dans la mesure où celles-ci paraissaient être la manifestation d'une association trop étroite de l'acte juridique et de la norme. Et, effectivement, il est apparu que les différentes classifications des actes juridiques gagneraient à être perçues comme des classifications des normes elles-mêmes plutôt que comme des classifications des actes. D'où cette conséquence que l'acte unilatéral, le contrat et enfin l'acte collectif ou conjonctif — appelés dans ce travail délibération — ne sont pas des actes juridiques, mais seulement des normes ayant des caractéristiques particulières que nous avons précisées. Ainsi, *l'acte unilatéral, ou plutôt la norme unilatérale, est la norme qui, pour sa vigueur, n'est pas interdépendante d'une autre norme* ; à l'inverse, *le contrat et la délibération sont des ensembles de normes interdépendantes pour leur vigueur*, c'est-à-dire que chacune des normes de ces ensembles est conditionnée pour sa vigueur à l'existence d'une autre norme de ces ensembles. Nous avons par ailleurs montré que, *pour distinguer le contrat de la délibération, il faut scruter les assujettis des normes composant l'ensemble examiné : si l'assujetti est le même d'une norme à l'autre, alors il s'agit d'une délibération ; si l'assujetti varie et se trouve être l'auteur de la norme ou la personne que celui-ci représente, alors il y a contrat.*

Une fois ces définitions précisées, nous avons entrepris de poursuivre les travaux de fortification du concept d'acte juridique, en recherchant son régime ou, plus précisément, ses propriétés. D'abord, à partir d'une synthèse de différents discours doctrinaux les quatre propriétés suivantes du concept d'acte juridique ont été dégagées : la possible dissociation de la vigueur de la norme et de son existence ; la présence d'un mode d'extinction automatique des normes créées ; la présence d'une règle d'interprétation propre reposant sur l'intention de l'auteur de l'acte et enfin l'existence de cas de validité spécifiques. Cette dernière propriété a été également précisée en partant du droit des contrats. Cette matière a permis de révéler deux conditions de validité propres à l'acte juridique : d'une part l'exigence d'une volonté non viciée et d'autre part l'exigence d'une volonté sous tendue par des motifs licites. Approfondissant encore ces conditions, il a été montré que celles-ci étaient subordonnées à une condition commune, le caractère déterminant de l'erreur, et des conditions propres — l'illicéité du motif dans un cas et l'existence d'un vice, dont le caractère déterminant est connu du cocontractant et ne procède

pas d'une erreur inexcusable de l'*errans*.

Ensuite, ont été entreprises des vérifications théoriques et empiriques des propriétés tirées du droit des contrats. Les vérifications théoriques ont permis d'établir que ces cas de validité pouvaient bien être extrapolés en dehors du droit des contrats, à condition toutefois, pour la connaissance du caractère déterminant du vice, d'exiger cette connaissance non plus du cocontractant, mais du bénéficiaire de la norme litigieuse. Ces vérifications ont en outre permis de comprendre que le caractère excusable était moins une condition de la nullité qu'un moyen de défense pour ceux qui voudraient s'y opposer. Quant aux vérifications pratiques, consistant à rechercher si ces conditions se retrouvaient dans des actes radicalement distincts de ceux rencontrés en droit des contrats, elles ont permis d'asseoir la pertinence des propriétés trouvées, puisque celle-ci n'ont pas été mises à mal dans dans les situations où elles ont été testées. Ces vérifications pratiques ont cependant permis de réaliser un léger biais relativement au caractère excusable. En effet, l'étude du jugement (et de l'acte administratif unilatéral) a permis de prendre conscience que le caractère excusable ne concernait pas que l'action en nullité introduite par l'*errans* ; cette exigence s'appliquait à toute personne introduisant une action en nullité fondée sur l'erreur de l'auteur de la norme. Aussi, plutôt que de parler de l'exigence d'un erreur excusable, il a été proposer de parler d'incombance d'éviter l'erreur commise. Ces vérifications pratiques ont en outre permis de découvrir que le caractère excusable de l'erreur était totalement indépendant du comportement des tiers, contrairement à ce que suggérait l'étude du droit des contrats. En effet, même lorsque les tiers sont à l'origine de l'erreur, ceci n'a pas d'influence sur la manière d'apprécier ce « caractère excusable », mais seulement sur la recevabilité de la défense des tiers tentant de s'opposer à l'action en nullité, en invoquant pour cela la négligence du demandeur, lequel n'a pas su éviter cette erreur.

Ayant ainsi renforcé l'acte juridique, à la fois en lui donnant une définition solide, lui permettant d'être articulé au mieux avec les concepts actuels, et en le dotant d'un régime propre, distinct de celui du contrat, il semble désormais que ce concept pourra constituer un utile soutien au contrat dans toutes les hypothèses où les faiblesses de ce dernier l'empêchent de s'appliquer. Là n'est pas toutefois le seul intérêt du concept d'acte juridique qui, à l'avenir, nous paraît pouvoir constituer une ressource fort utile pour les juristes.

599. L'acte juridique, quel avenir ? Au cours de cette étude nous avons pu apercevoir ici ou là les intérêts que pourrait présenter le concept d'acte juridique pour les acteurs du droit et de la science du droit. Pour terminer ce travail, nous voudrions simplement en rappeler les principaux, espérant par là susciter chez le lecteur d'autres applications potentielles du concept ici refondu.

Lors des développements précédents, nous avons pu apercevoir que l'acte juridique, tel que nous l'avons défini, peut constituer une ressource pour les acteurs du droit. À commencer tout d'abord par les plaideurs, il nous semble que ceux-ci peuvent trouver dans l'acte juridique une ressource utile dans tous les contentieux afférents à un acte juridique qui n'aurait pas été

réglementé. Grâce au concept d'acte juridique tel qu'ici identifié, les plaideurs disposeront par exemple d'un outil sûr pour remettre en cause des actes juridiques dont le consentement de l'auteur aurait été vicié.

La conception de l'acte juridique ici exposée peut également constituer une ressource pour le juge, lui permettant de mieux expliquer ses solutions lorsqu'il retient la qualification d'un acte juridique pour lequel il ne serait pas établi que son auteur aurait eu l'intention de créer des effets de droit. De même, il peut constituer pour lui un outil permettant de rendre plus compréhensibles les décisions qu'il rend à propos de la promesse de contracter ou du pacte de préférence : dès lors que ces notions ne sont pas des contrats mais seulement des actes unilatéraux, il est légitime que l'inexécution des normes contenues dans ces actes ne produisent pas les mêmes effets que l'inexécutions des normes relevant d'un contrat. De même, encore, le concept d'acte juridique peut permettre aux juges d'éviter des affirmations peu claires, telles celles rencontrées dans le contentieux médical où le Conseil d'État a pu affirmer qu'une relation née d'un contrat n'était pas contractuelle.

L'acte juridique peut enfin constituer une ressource pour le législateur, en ce que ce dernier peut s'en saisir pour encadrer de manière plus simple tous les actes juridiques ayant un objet donné. Ainsi, tous les actes juridiques auront un régime juridique commun d'une part et le législateur n'aura plus à rappeler ce droit commun pour chaque acte juridique auquel il s'intéresse [2069].

Si l'on se tourne à présent vers les acteurs de la science du droit, le concept d'acte juridique nous paraît être en mesure de leur apporter plusieurs satisfactions.

D'abord, ce concept vient simplifier le travail des acteurs de la science du droit. Au stade de la qualification, cet outil leur permet de gagner du temps en sortant des nombreux débats sans fin existant souvent en doctrine sur les questions de qualification des actes juridiques. Grâce à lui, il peut être mis rapidement fin aux débats portant sur la nature contractuelle ou unilatérale d'un objet, sa nature contractuelle ou statutaire ou encore sa nature d'acte ou de fait juridique. De même, cet outil permet aux acteurs de la science du droit de ne pas avoir à multiplier les concepts destinés à remédier aux insuffisances de l'acception traditionnelle de l'acte juridique. Désormais, il n'est plus nécessaire de recourir aux accord, pacte, institution, apparence de contrat, quasi-engagement, contrat judiciaire, acte juridique *sui generis*, etc. La qualification d'acte juridique suffit.

Le concept d'acte juridique ici développé vient également simplifier les vices du consentement, puisqu'au lieu de reposer sur une typologie foisonnante des vices du consentement (erreur

2069. Rappr. C. Brenner, « Sources des obligations dans le Code civil rénové : passage à l'acte ou acte manqué ? », *JCP G,* 2 mai 2016, 524, où l'auteur relève fort justement que faute de comporter d'un régime de l'acte juridique, le code civil est contraint de rappeler à de nombreux reprises que l'acte juridique unilatéral en cause obéit également aux vices du consentement. Cf. les articles 777 (option de l'héritier), 887 (partage de la succession), 901 (création d'une libéralité), 930 (renonciation anticipée à l'action en réduction), 1178-5 (renonciation de l'héritier dans le cadre de donation-partage), 1182 (confirmation d'un acte juridique) et 1844-16 (nullité de la société) dudit code.

sur la substance et la personne, dol, violence, contrainte économique, erreur-obstacle, etc.), dont les règles sont présentées différemment les unes des autres, il n'existe plus qu'un seul et même type de vice du consentement, avec certes des déclinaisons diverses, mais obéissant toutes à des conditions communes. De même, grâce à la dissociation plus étroite de l'acte juridique et des normes, le concept proposé évite de multiplier les concepts censés rendre compte de l'inefficacité d'un acte : nullité, inopposabilité, réputé non écrit, nullité-réduction, non reconnaissance, non invocabilité, etc. Le seul concept de nullité suffit. Ce concept d'acte juridique pourrait également permettre de simplifier l'enseignement du droit. En effet, si le concept d'acte juridique était enseigné en profondeur dès le cours d'introduction en droit, ceci éviterait des redites par la suite et permettrait aux étudiants de disposer de repères pour l'ensemble des actes juridiques rencontrés au cours de leurs études en droit.

Outre la simplification, le concept d'acte juridique permet en outre de rendre plus compréhensibles certaines règles ou situations. Ainsi, parce que la définition proposée évite de donner trop d'importance à la volonté des individus, elle permet de mieux rendre compte des hypothèses où la qualification d'acte juridique est retenue par des juges alors même que l'intention des individus était incertaine voire très nette quant à son refus de s'insérer dans un ordre juridique. De même, cette approche de l'acte juridique, parce qu'elle dissocie fermement l'acte juridique de la norme, conduit à adopter une approche élémentaire de l'acte juridique où l'effet de chaque volonté est recherché. C'est grâce à une telle analyse que nous avons pu percer le « mystère » de la rencontre des volontés et prendre conscience que ce qu'on appelait rencontre n'était en réalité rien d'autre que l'interdépendance des normes présentes dans un contrat. De même, c'est grâce à cette analyse élémentaire que nous avons pu trouver une explication satisfaisante des mécanismes de cause de l'obligation ou d'exception d'inexécution. De même encore, cette analyse nous a permis de mieux comprendre les effets du consentement du donataire ou du bénéficiaire d'une promesse ou d'un cautionnement.

On le voit, les ressources offertes par le concept d'acte juridique sont nombreuses et nous ne pouvons que nous réjouir que la notion d'acte juridique cohabite désormais, dans le code civil, avec celle de contrat.

Annexes

Annexe 1 Échanges avec Guillaume Meunier, magistrat en charge de la rédaction de l'ordonnance du 10 février 2016

Courriel adressé à Guillaume Meunier le 18 novembre 2016

Cher Monsieur,

J'espère que vous allez bien.

Il y a quelques mois, au cours d'une conférence organisée par Bénédicte Fauvarque-Cosson et que vous donniez à société de législation comparée, mon collègue Clément Cousin et moi-même vous avions, me semble-t-il, alerté sur l'importance de conserver les travaux préparatoires à l'ordonnance du 16 février 2016, lesquelles peuvent fort utilement contribuer au débat à donner aux nouveaux textes. À plusieurs reprises ces derniers mois, j'ai ressenti à nouveau l'importance de ces travaux.

Ainsi, lors de ma soutenance de thèse, consacrée à l'acte juridique, il m'a été demandé si je savais pourquoi est-ce que ce concept d'acte juridique était apparu *in fine* dans l'ordonnance alors qu'on ne le trouvait pas dans les versions précédentes. Ne disposant pas des travaux préparatoires — et le rapport au Président n'y suppléant pas sur ce point —, je n'ai pas été en mesure d'apporter une réponse bien affirmée aux membres de mon jury et me suis contenté d'avancer quelques hypothèses.

Retravaillant en ce moment ma thèse dans la perspective d'une éventuelle publication ainsi que du concours d'agrégation, je m'intéresse de nouveau à cette question : pourquoi les rédacteurs de l'ordonnance ont-ils introduit l'acte juridique ? [...] Vous serait-il possible de me donner accès aux travaux préparatoires de l'ordonnance que vous auriez pu conserver sur ce point ou, à tout le moins, de m'accorder un entretien pour en discuter ?

Réponse de Guillaume Meunier le 1er décembre 2016

Bonjour,

Après quelques petites recherches menées par le bureau du droit des obligations, les dispositions sur l'acte juridique ont été introduites suite à la consultation publique en juin 2015 en réponse aux observations de plusieurs universitaires qui regrettaient que ne soient pas évoquées les différentes sources des obligations, et notamment l'acte juridique unilatéral, pourtant évoqué dans le projet à plusieurs reprises.

Initialement, le projet ne contenait en effet aucune disposition énonçant les différentes sources d'obligations autres que celles visées dans les différents sous-titres. Une telle absence conduisait à écarter l'acte juridique unilatéral, pourtant évoqué à plusieurs reprises dans le projet, ce que de nombreux auteurs ont déploré.

Ainsi J. Ghestin (mail du 21 avril 2015) : « Un tel choix semble cependant justifié par la vocation pratique d'un code civil. Tout au plus conviendrait-il d'ajouter aux quasi-contrats, dans ce troisième sous-titre, l'engagement unilatéral, en renvoyant pour celui-ci, en tant que de besoin, au régime du contrat. Il pourrait être également mentionné, en s'inspirant de l'article 1101 de l'avant-projet Catala, que "certains effets de droit naissent également de l'autorité seule de la loi, comme les obligations de voisinage et les charges publiques dont il est traité dans les matières qui les concernent". »

Thomas Genicon, mail du 30/4/2015 : « Ne faudrait-il pas envisager un texte introductif énonçant les diverses sources des obligations qui sont ensuite l'objet des sous-titre I à III ? Il est frappant qu'aucune place ne soit faite à l'engagement unilatéral de volonté alors que la jurisprudence ne cesse d'y avoir davantage recours et que, sans nécessairement créer une théorie de l'acte juridique sur le modèle allemand, il suffirait de renvoyer en tant que de besoin aux règles relatives au contrat (ce qui fait que l'appareil de texte pourrait être léger). Le silence gardé par l'ordonnance sur l'EUV risque fortement de relancer le débat sur son existence alors qu'un consensus moderne et le droit comparé vont nettement dans le sens de la consécration du mécanisme (qui par ailleurs est largement pratiqué en droit du travail, par exemple) »

Groupe Mekki (mail du 15 avril 2015) [2070] : « le projet n'a pas choisi d'élaborer une théorie générale de l'acte juridique. Pourtant, les obligations conventionnelles se rattachent à une catégorie générique – celle d'acte juridique – incluant tout à la fois les actes juridiques unilatéraux, les contrats et les actes collectifs. Le texte en présence n'envisage pas cette catégorie pas plus que les éléments qui la composent et se borne à définir et réglementer le contrat. Cela dit, le terme d'acte juridique apparaît tout de même à quatre reprises dans le projet dans les dispositions relatives à la validité du contrat électronique et à la preuve du contrat . Il est donc d'autant plus regrettable de ne pas avoir défini cette notion. Deux remarques peuvent être formulées quant à ce choix. Premièrement, il semble justifier de conserver, en tant que « figure centrale » des actes juridiques, le contrat. Le Code civil de 1804 était en ce sens en ce qu'il repose bien sur le contrat. D'autres codificateurs ont fait un choix différent spécialement les

2070. Ces propos se retrouvent dans la contribution suivante que l'éditeur nous a autorisé à reproduire ici : N. Blanc, « Dispositions préliminaires - Analyse des articles 1101 à 1110 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gazette du Palais,* 2016, 120.

Allemands puisque le BGB centre ses dispositions sur l'acte juridique et non sur le contrat. Les auteurs du projet restent sur ce point fidèles à la conception juridique française. La volonté de simplifier et de clarifier le droit des obligations imposait ce choix en raison de l'importance du contrat en droit français. Pour autant, et deuxièmement, il aurait été souhaitable d'envisager, en amont et en plus des dispositions consacrées au contrat, la notion d'acte juridique. En effet, cela aurait permis de résoudre les difficultés suscitées par les deux autres catégories d'actes juridiques que sont l'acte collectif et l'acte unilatéral. Afin de compléter utilement le projet, sans remettre en cause la prééminence accordée au contrat, il serait possible de reprendre les propositions faites par l'avant-projet initié par le Professeur Pierre Catala.

Propositions :

Article 1101

Les obligations naissent d'actes ou de faits juridiques.

Certaines obligations naissent également de l'autorité seule de la loi, comme les charges publiques.

Article 1101-1

Les actes juridiques sont des actes de volonté destinés à produire des effets de droit.

L'acte juridique conventionnel est l'accord conclu entre deux ou plusieurs personnes en vue de produire des effets de droit.

L'acte juridique unilatéral est un acte accompli par une seule ou plusieurs personnes unies dans la considération d'un même intérêt en vue de produire des effets de droit dans les cas admis par la loi ou par l'usage.

L'acte juridique collectif est la décision prise collégialement par les membres d'une collectivité.

L'acte unilatéral et l'acte collectif obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats.

Art. 1101-2

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

Le fait qui cause sans droit un dommage à autrui oblige son auteur à le réparer. Cette obligation est régie par le

Sous-titre II La responsabilité extracontractuelle.

Le fait qui procure à autrui un avantage auquel il n'a pas droit constitue un quasi-contrat. Les obligations qui en découlent sont régies par le Sous-titre III Des quasi-contrats.

Deux suppressions seraient alors nécessaires :

— L'article 1101 du projet serait supprimé puisque le contrat serait défini dans l'article 1101-1, al. 2.

— L'article 1300, al. 1er du projet qui définit le quasi-contrat serait supprimé puisque la définition figurerait à l'article 1101-2, al. 3.

Proposition : l'article 1300 devrait être réécrit.

Article 1300

Les quasi-contrats, tels que définis par l'article 1101-2, al. 3, régis par le présent sous-titre sont la gestion d'affaire, le paiement de l'indu et l'enrichissement injustifié. »

Les doctorants de Paris II, sous la direction de L. Leveneur, mail du 20/4/2015 [2071] : « Le projet ne dit mot de l'acte juridique et se contente, fort classiquement, du contrat. Si, sans doute, la réflexion sur l'acte juridique n'est pas suffisamment aboutie, il est possible de regretter que le projet n'en parle pas un seul instant, alors même que la notion existe bien en jurisprudence et qu'elle permet de rendre compte de nombreuses actions que les parties effectuent dans un contexte contractuel : levée d'option, rétractation, congé, résiliation, etc. Sans la notion d'acte unilatéral, que fera un juge du fond si d'aventure, dans un litige, il est confronté à l'argument d'un bailleur qui lui dit qu'il a donné le congé par erreur et qu'il souhaiterait en conséquence obtenir l'annulation de ce congé ? Pour éviter de telles interrogations du juge, et pour contribuer à la qualité du droit français, il serait opportun d'introduire dans le code la notion d'acte juridique unilatéral.

Sans doute, le Gouvernement n'est-il pas habilité à réformer l'ensemble du droit civil, de sorte qu'il lui est impossible d'énoncer la définition et le régime du concept d'acte juridique dont la portée est bien plus étendue que le seul droit des contrats. Pour autant, à défaut d'insérer la notion d'acte juridique en droit français, n'est-il pas possible de faire une place à l'acte juridique unilatéral, lorsqu'il intervient au cours de l'exécution du contrat. Précisons qu'il ne s'agirait nullement alors d'introduire l'engagement unilatéral, c'est-à-dire l'acte juridique unilatéral faisant naître une obligation, au sens d'obligation patrimoniale. Il s'agirait seulement ici de reconnaître qu'en droit des contrats, existent des actes unilatéraux qui ont notamment pour objet de modifier les pouvoirs des parties ou de sanctionner ces dernières.

Pour ne pas modifier l'architecture du projet et éviter d'éventuelles contestations doctrinales, les modifications proposées concernent de manière explicite les seuls effets de l'acte juridique unilatéral. Sont ainsi étendues à l'acte juridique unilatéral les dispositions sur la force obligatoire et l'effet relatif du contrat. Quant à la formation du contrat, rien n'est dit explicitement pour l'acte unilatéral. Néanmoins, l'article 1194-1 (notre version), opère discrètement un renvoi aux règles de formation du contrat. Cet article énonce en effet que les actes unilatéraux doivent être légalement formés. Or, compte-tenu de la proximité de cette formulation avec celle utilisée par le contrat, ses interprètes penseront naturellement à utiliser les règles sur la qualité du consentement et la licéité du contrat, qui sont celles auxquelles renvoie l'article 1194 quand il évoque les contrats légalement formés. Cette application par analogie sera d'autant plus justifiée que les textes sur la formation du contrat mentionnent toujours le consentement au singulier

2071. La contribution citée est la notre ; elle peut être retrouvée dans B. Moron-Puech, « Articles 1101-1186 » *in Observations sur diverses dispositions de la réforme du droit des contrats. Rapport remis à la Chancellerie*, sous la dir. de L. Leveneur, M. Leveneur-Azémar et B. Moron-Puech, 2015, url : https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01376024.

(et non l'accord de volontés), de sorte que leur application à l'acte juridique est pleinement envisageable. Indiquons pour finir que cette modification se fera à droit constant. En effet, la jurisprudence a déjà par le passé appliqué de nombreuses règles du droit des contrats à l'acte juridique unilatéral.

Proposition d'ajout : "Les actes juridiques unilatéraux, pris en application d'un contrat et légalement formés, tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. Ils ne peuvent être modifiés ou révoqués que pour les causes que la loi autorise" ».

Il a donc été fait le choix à l'issue des consultations d'insérer plusieurs articles préliminaires dressant la liste des différentes sources d'obligations, y compris la loi. Ces articles sont inspirés d'un précédent avant-projet.

La rédaction elle-même des articles 1100 à 1100-2 est issue de précédents avant-projets de la Chancellerie, eux-mêmes inspirés des articles 1101 à 1101-2 de l'avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription élaboré sous l'égide du professeur Pierre Catala en 2005.

Ces dispositions sur les différentes sources d'obligations et la définition des actes juridiques figuraient dans le projet de réforme soumis à consultation en juillet 2008 puis dans la version de mai 2009, elles avaient été reprises en 2010 dans l'avant-projet du « groupe ministre » (daté du 21 juillet 2010) et dans celui du « groupe technique » (daté d'octobre 2010) mais avaient été supprimées dans la version finale du « groupe ministre » du 16 février 2011.

Annexe 2 Échanges avec Didier Tabuteau, Conseiller d'État

Liste des questions écrites adressées à Didier Tabuteau, le 25 mai 2014

I) L'élaboration du projet de loi

Pourriez-vous m'indiquer quel a été votre rôle dans la rédaction du projet de loi devant conduire à la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ?

Quelle est votre formation et celle des autres personnes ayant eu une influence importante sur la rédaction de ce projet ? Le droit privé, et en particulier le droit des contrats, y occupe-t-il une place importante ?

II) La qualification de la relation médicale

Lors de l'élaboration de ce projet de loi, avez-vous souhaité prendre parti sur la qualification de la relation médicale ?

Quelles sont les raisons qui ont sous-tendu ce choix ? Pourquoi avoir écarté la qualification contractuelle que le Conseil d'État n'exclut d'ailleurs pas toujours dans les services publics administratifs ?

Y a-t-il eu une divergence du vue sur ce point avec vos collaborateurs ou avec le ministre, ce dernier ayant eu l'occasion de montrer par la suite son attachement à la qualification contractuelle (Séance du 30 janv. 2002 au Sénat) ?

Comment le consentement du patient a-t-il été appréhendé juridiquement par vous-même et vos collaborateurs ?

Réponse de D. Tabuteau, 14 oct. 2014

Je peux vous apporter les éléments de réponse suivants à vos deux questions.

J'ai préparé en qualité de directeur du cabinet du ministre de la santé, Bernard Kouchner, la communication en Conseil des ministres du 17 mars 1993 qui a posé le principe d'un projet de loi sur les droits des malades.

J'ai ensuite auprès de la ministre de l'emploi et de la solidarité, Martine Aubry, préparé le projet de loi, d'abord en qualité de directeur adjoint du cabinet (1997-1999) puis pendant les huit premiers mois de l'année 2000 en qualité de conseiller de la ministre chargé de la préparation du projet de loi, ce qui m'a permis de piloter sa rédaction et de participer à l'ensemble des arbitrages pendant cette période.

J'ai enfin, en qualité de directeur de cabinet du ministre délégué à la santé, Bernard Kouchner, participé à la fin des arbitrages en 2001 et à l'examen par le Parlement du projet de loi jusqu'à son vote début 2002.

De nombreuses personnes ont contribué à la préparation du projet de loi, d'abord au sein des services du ministère notamment à la direction générale de la santé, ensuite dans le cabinet (notamment deux médecins). Le texte a été soumis à une intense concertation pendant plus de huit mois permettant à toutes les organisations et syndicats professionnels comme aux associations de patients de suivre sa rédaction article par article et de contribuer à ses évolutions. Le rôle des associations de patients a été extrêmement important pour la rédaction des dispositions du titre II. Des juristes de droit public et de droit privé ont été appelés à se prononcer sur le projet de texte.

L'une des ambitions du projet était d'unifier les règles applicables à la relation médicale, qu'elle s'établisse dans le cadre de la médecine libérale ou des cliniques privées ou dans celui du service public hospitalier. De plus, l'objectif était d'instaurer un mécanisme d'indemnisation de l'accident médical en l'absence de toute faute, indemnisation qui ne pouvait donc être mise à la charge du professionnel ou de l'institution dispensant les soins.

Le texte s'est donc délibérément écarté de la qualification de relation contractuelle. On en retrouve un écho dans la qualification d'usager du système de santé qui revient de temps à autre dans le texte. Pour autant, les travaux préparatoires se sont focalisés sur les règles qui étaient consacrées ou instituées, notamment en matière de responsabilité et de droits individuels, ce qui explique sans doute la maigreur des débats sur la qualification juridique de la relation médecin/malade.

Tels sont les éléments que je peux, au seul secours de ma mémoire sans doute lacunaire, vous apporter en réponse à vos questions. Je serais très heureux de pouvoir prendre connaissance des éléments que vos travaux de recherche auront pu réunir sur la question de la nature juridique de la relation médicale depuis la loi de 2002.

Annexe 3 Entretien avec Frédérique Dreifuss-Netter, conseiller à la 1re chambre civile de la Cour de cassation, 21 mai 2014

I) Remarques générales sur le fonctionnement de la Cour de cassation

Frédérique Dreifuss-Netter (FDN) — Le renouvellement des conseillers est important à la Cour de cassation et le droit et la société évoluent en permanence. Ce sont des éléments qu'il faut prendre en compte quand on analyse les décisions. Bien sûr, la jurisprudence antérieure sert toujours de référence, mais quand y a une divergence entre des jurisprudences rendues à de longues années d'intervalles, il faut plutôt s'attacher à la jurisprudence récente car il est rare que nous revenions à des solutions anciennes qui peuvent être considérées comme abandonnées.

II) Sur la qualification contractuelle de la relation médicale

Benjamin Moron-Puech (BMP) — La question de la qualification de la relation médicale est-elle importante ? En discutez-vous avec vos collègues de la Cour de cassation ?

FDN — Pas vraiment.

BMP — Quelle qualification a selon vous retenu le législateur ?

FDN — C'est pas du tout évident dans la loi.

BMP — Comment comprenez-vous la référence au contrat dans les travaux parlementaires ?

FDN — Les médecins ne connaissent que l'arrêt Mercier ; ils ont une vision réduite de la réalité juridique. Cela peut s'expliquer : dans la qualification contractuelle, le principe auquel ils sont fondamentalement attachés c'est la liberté de choix du médecin. Pourtant, on pourrait très bien changer de fondement et garder la liberté de choix.

BMP — Quelle est votre opinion sur la qualification de la relation médicale ?

FDN — Il y a un aspect contractuel dans la relation médicale que je ne nie pas. Je l'ai constaté. De plus, quand on est dans l'obligation de sécurité des cliniques, la Cour de cassation continue à viser l'article 1147. S'agissant des produits de santé où l'on vise parfois également 1147 on n'est pas vraiment dans la relation médicale et de plus la directive de 1985 sur les produits défectueux nous le permet puisqu'elle réserve la possibilité de se fonder sur le droit commun.
Sur le plan conceptuel, pour m'exprimer ainsi, je suis toujours frappée par le fait que dans le code de la santé publique, on raisonne toujours en termes de devoirs pour le médecin. Cette architecture n'est sans doute pas très cohérente.
Par ailleurs, il me semble que la relation médicale rentre plus dans le domaine des droits fondamentaux et d'ailleurs nous appliquons constamment la jurisprudence du Conseil constitutionnel ou de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans une logique de droits fondamentaux, le fondement contractuel n'apparaît pas très approprié.

III) Sur la nature de la responsabilité médicale

BMP — Est-ce que pour vous c'est une question importante ?

FDN — En tant que conseiller à la Cour de cassation ce n'est pas fondamental.

BMP — En discutez-vous avec vos collègues de la Cour de cassation ?

FDN — Pas vraiment. Il y a eu un débat au moment où nous avons changé de fondement, mais ce n'est pas un débat fondamental.
En outre, il suffit de changer de visa et on peut obtenir le même résultat. Prenez par exemple les notaires où aujourd'hui on vise tout le temps l'article 1382. Pourquoi ne ferait-on pas pareil avec les médecins dont on peut dire aussi qu'ils ont une mission d'intérêt public ?

BMP — Qu'est-ce qui explique le changement de visa de la Cour de cassation dans les actions en responsabilité médicale ?

FDN — C'était un travail de simplification que la Cour de cassation a fait en passant du fondement contractuel au fondement légal.
Petit à petit, il est apparu aux membres de la Cour de cassation beaucoup plus logique et clair de se fonder sur le code de la santé publique plutôt que de recourir aux subtilités du droit commun où lorsque c'est un contractant il faut mobiliser l'article 1147 et lorsque c'est un tiers recourir à l'article 1382. En outre cette solution traditionnelle pouvait conduire la Cour à rejeter le recours de justiciables.
Dans un souci de continuité avec la jurisprudence antérieure, nous continuons à viser l'article 1147 du code civil pour les affaires antérieures à l'entrée en vigueur de la loi. Néanmoins, il y a des arrêts où nous avons anticipé sur l'application de la loi de 2002 en visant L. 1142-1 du CSP alors même qu'on était dans des espèces avec des faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi. On l'a fait notamment à propos de l'obligation de sécurité du médecin prothésiste où, au lieu de viser 1147 qui nous aurait conduit à retenir une obligation de résultat, nous avons visé L. 1142-1 en réaffirmant l'exigence d'une faute à laquelle tenait le législateur.

BMP — N'y a-t-il pas une volonté de la Cour de cassation de maintenir la qualification contractuelle ? En attesterait le titrage des décisions qui comprennent encore souvent une référence à la responsabilité contractuelle ?

FDN — Je n'ai aucune visibilité sur le titrage.

IV) Les rapports avec le Conseil d'État

BMP — Quelle est votre opinion sur la séparation des contentieux ?

FDN — La distinction entre public et privé me paraît très fragile. Comme je l'ai dit, on se situe plus dans une logique de droits fondamentaux, laquelle dépasse ces clivages.
Le projet de la loi du 4 mars 2002 avait pour but l'unification, mais ses auteurs ne s'en sont pas donné les moyens en procédant à une unification du contentieux.

BMP — Échangez-vous avec le Conseil d'État ?

FDN — Oui, il y a des échanges informels en fonction des contacts de chacun. Pendant un temps cela s'est fait notamment grâce à des collègues de la Cour de cassation détachés au Conseil d'État. Il y a aussi eu ce colloque très fructueux avec le Conseil d'État.

Ces échanges sont importants car nous appliquons le même droit et essayons qu'il n'y ait pas trop de différences. En outre, ces échanges nous permettent d'avancer ensemble sur l'interprétation de textes qui sont parfois extrêmement mal rédigés.
Néanmoins, nous n'arrivons pas toujours à gommer ces différences, principalement parce que nous n'avons pas les mêmes outils.
Cette difficulté est évidente pour le contentieux lié aux vaccinations où se pose la question du lien de causalité entre le produit et la pathologie. La Cour de cassation recourt pour l'instant au mécanisme des présomptions. Ainsi les juges du fond doivent examiner s'il y a des présomptions graves, précises et concordantes. Cependant, dans la même situation, des juges du fond différents pourront arriver à des situations différentes et à la Cour de cassation nous ne pourrons rien y faire, du fait de leur pouvoir souverain d'appréciation. Les présomptions sont un outil général et nous ne pouvons pas dire « ici nous allons contrôler », car cela aurait une influence non désirée sur le reste du contentieux où les présomptions sont utilisées.
En revanche, le Conseil d'État utilise la théorie de l'erreur manifeste d'appréciation, laquelle lui permet — de manière à mon avis pas toujours satisfaisante — de poser des règles et de dire ainsi : « moins de 3 mois il y a un lien de causalité », « au-delà de trois mois, il n'y en a pas ».

BMP — Quel est votre regard global sur la jurisprudence du Conseil d'État au regard de la vôtre ?

FDN — Ce n'est pas très différent de la Cour de cassation.

V) Sur l'influence du discours médical sur les juristes

BMP — Comment vous êtes vous intéressée au droit de la santé ?

FDN — Lorsque je suis arrivée à Paris V, j'enseignais notamment le droit de la famille et m'intéressais beaucoup aux questions de filiation et d'AMP. Puis, au moment des lois de bioéthique, des commissions pluridisciplinaires ont commencé à se former et, un peu par hasard on m'a proposé d'y participer. C'est ainsi que j'ai commencé à travailler avec les médecins et que j'ai écrit dans tous les domaines de la bioéthique.

Par la suite, dans les années 2000, sous l'impulsion du doyen de l'époque, nous avons développé, avec Claudine Esper, le droit de la santé à Paris V. Pour ma part, j'ai monté un centre de recherche en droit médical et Mme Esper a monté un Master en droit de la santé. Nous avons commencé à travailler en liaison avec les centres médicaux de l'Université Paris V.

BMP — Avez-vous des médecins dans votre proche entourage ?

FDN — Non, aucun. J'ai rencontré pour la première fois des biologistes et des cliniciens dans le domaine de la bioéthique lorsque j'ai commencé à m'intéresser au droit de la santé.

BMP — Quelle est votre perception de la déontologie médicale ? Que pensez-vous du fait que ce soit les médecins qui édictent leur propre norme ?

FDN — Les normes déontologiques soit ont été intégrées dans la loi ce qui ne pose aucun problème, soit elles ne sont pas en conformité avec la loi et on ne les appliquera pas. Soit elles sont distinctes, alors ils nous arrive de les appliquer. Par exemple, on s'en est servi pour dire que lorsqu'un patient est pris en charge tant par un chirurgien que par un anesthésiste, alors ce dernier doit assurer un suivi jusqu'au bout du traitement.

BMP — Quelle est votre perception des rapports entre droit et médecine ?

FDN — Ce que je peux vous dire c'est qu'il y a un malentendu fondamental entre les médecins et les juristes, surtout à l'égard des médecins faisant de la bioéthique et qui ont parfois l'impression qu'ils connaissent mieux le droit que les juristes.

J'interviens beaucoup dans des institutions officielles (ONIAM, Académie nationale de médecine) pour essayer de dissiper ces incompréhensions, mais cela n'est guère évident. Chez les cliniciens, c'est un traumatisme que de savoir que leur action est soumise au contrôle de la justice. Encore la semaine dernière, un médecin est venu me voir pour m'indiquer qu'ils étaient terrifiés face à la justice.

BMP — Quelle est votre opinion sur l'insertion de l'activité médicale dans la sphère économique ? Dans un article paru en 2002 dans la revue Responsabilité civile et assurance vous disiez du patient que « celui-ci n'est pas un simple "client" ». De même, en avril 2010, lors du colloque du Master II de Droit privé général, vous disiez, évoquant une décision de la Cour de cassation ayant refusé de soumettre les établissements de santé à la directive de 1985 sur les produits défectueux, que « le soin sort du circuit économique et du système de distribution des produits » et que « la préoccupation principale des professionnels de santé et des établissements de santé c'est le soin et non la participation à une chaîne économique de distribution des produits de santé ».

FDN — Effectivement, avec cet arrêt auquel vous faites références, nous avons voulu dire que les prestataires de soin ont comme préoccupation principale que leur patient aille mieux, ce n'est donc pas la logique économique. Certes, si dans un grand hôpital qui implante chaque année un nombre important de prothèses de hanche on utilise toujours les mêmes prothèses, alors sans doute il y a là un aspect économique, mais sinon ce n'est guère important. Certes, c'est un peu un vœu pieux. Sans doute, les deux aspects [la volonté de soigner le patient et l'intérêt pour l'argent] existent. Dans cet arrêt, nous avons pourtant privilégié l'aspect non-économique afin de parvenir à faire échapper les établissements à la directive de 1985.

Annexe 4 Entretien avec Denis Piveteau, Président de la 4e sous-section de la section du contentieux du Conseil d'État, 8 janv. 2016

I) Débats sur la possibilité de retenir la qualification contractuelle de la relation médicale

Benjamin Moron-Puech (BMP) — (après quelques explications sur l'objet de la thèse) D'après mes recherches, la question de la qualification de la relation médicale s'est posée assez tardivement dans votre jurisprudence.

Denis Piveteau (DP) — En effet, c'est dans les années 1970-1980 que la question s'est posée, notamment dans les conclusions Rougevin-Bainville et Denoix De Saint Marc. Sur cette question de la qualification de la relation médicale, de deux choses l'une : soit la relation médicale en secteur public est un service public — et alors là, tout est chevillé — et le patient est usager d'un service public administratif et n'est par conséquent pas un contractant ; soit ce n'est pas un service public et la question de la qualification contractuelle peut se poser.
Certains ont soutenu qu'avec la loi HPST il n'y avait plus vraiment de service public de la santé, mais seulement des missions spécifiques, limitativement énumérées par la loi et dont certaines relevaient d'un service public. À mon sens, cependant, c'est une analyse erronée pour les soins délivrés par des établissements publics et il faut plutôt considérer que l'usager d'un tel établissement est toujours dans une situation statutaire, même lorsqu'on sort des missions définies par la loi.
D'ailleurs, si on inventait un rapport contractuel, cela voudrait dire qu'on n'est plus dans un service public. Certes, le champ n'est pas extensif avec cet arrêt du tribunal des conflits sur les télévisions dans les chambres [TC, 21 mai 2007, CODIAM] qui dit que relève du juge judiciaire le contrat permettant d'amener la télévision dans les chambres. Cependant, je ne suis pas convaincu par cette solution, car pour moi la télévision est un accessoire du service public.
Pour revenir à la question de la qualification de la relation médicale, vous ne pouvez introduire une relation contractuelle qu'à condition de sacrifier la notion d'usager et donc de sacrifier la notion de service public. Pour avoir un contrat il faudrait extraire le soin du service public. Or, ce n'est pas le cas pour l'instant dans les établissements publics.

BMP — Il semble cependant que par le passé la qualification contractuelle ait été admise pour certains usagers de service public administratif (OPHLM et service postal à l'époque où celui-ci était un SPA).

DP — Ce sont quand même des exceptions. En principe on ne peut pas concilier usager et contrat.

BMP — Ne pourrait-on pas étendre cette situation à la relation médicale ?

DP — Franchement, introduire une relation contractuelle dans la relation médicale, ce serait artificiel car, compte tenu des nombreux textes encadrant cette relation et du pouvoir de l'Administration de modifier cette relation, ceci reviendrait à réintroduire le contrat pour l'altérer aussitôt. Certes, on peut

imaginer que dans le contrat tacite il y ait une mutabilité si le contrat a lui-même prévu cela. Mais ici cela résulte de la loi.

BMP — Admettons néanmoins un instant que la qualification contractuelle soit retenue, pensez-vous que ce contrat pourrait être administratif ?

DP — À première vue, je ne vois pas de prérogatives de puissance publique ou de clause exorbitante du droit commun.

BMP — Ne pourrait-on pas envisager de dire que la possibilité pour l'hôpital de recouvrer ses créances au moyen d'un titre exécutoire serait constitutive d'un régime exorbitant ? L'on pourrait s'appuyer pour cela sur un vieil arrêt du Tribunal des conflits de 1950, *Peulabœuf*, où le Tribunal est allé en ce sens.

DP — S'il y a des voies d'exécution contraignantes pour le justiciable dans le contrat lui-même alors ce serait envisageable. Mais, fondamentalement, on ne voit plus très bien pourquoi, si cette relation était qualifiée de contractuelle et donc ne prenait plus place dans un service public, l'hôpital aurait des prérogatives de puissance publiques pour l'exécution du contrat.

Le principe du contrat, c'est quand même qu'on y ait librement consenti de part et d'autre. La qualification contractuelle serait ici une fiction. Quand vous signez un vrai contrat vous avez le choix. Un contrat de séjour, c'est un peu comme un règlement intérieur.

BMP — Pour revenir sur un point que vous évoquiez tout à l'heure, pourriez-vous m'indiquer ce qui empêche à vos yeux qu'un usager soit dans une situation contractuelle ?

DP — C'est presqu'un peu tautologique. Il faudrait revenir aux fondamentaux, au concept de service public. L'usager est dans une situation unilatérale où on lui propose une offre qu'il ne peut pas négocier.

Votre question est une question philosophique. Pour qu'il y ait un usager, il faut qu'il y ait un intérêt général qui dépasse l'usager.

Lorsque, pour répondre à ce motif d'intérêt général, la personne publique crée un service public, toutes les règles du service public vont alors s'appliquer et l'organisation de ce service se fera par un acte réglementaire.

Par exemple, il y aura un principe d'égalité entre les usagers, lequel n'a pas sa place dans le contrat.

Par ailleurs, il faut garantir la cohérence du système. Je n'exclus pas une sorte de métissage [du contrat et du service public], mais je ne suis pas sûr que cela contribue à la clarté. Au Conseil d'État, on rend mieux service en conservant des concepts un peu nets. Les notions hybrides, si elles peuvent rendre service à court terme, sont des faux amis à long terme. Je pense qu'on s'efforcera assez durablement, tant que cela restera compatible avec la réalité, de maintenir une distinction entre la situation du contractant et celle de l'usager.

II) Débats sur la nature de l'engagement de payer (not. art. R. 6145-4 CSP)

BMP — Le rejet de la qualification contractuelle pour l'usager d'un établissement public de santé n'est-il pas remis en cause par un arrêt récent du 12 novembre 2014 où le Conseil d'État, revenant sans le dire sur l'arrêt *Kilou* de 1995, a doté de force obligatoire un engagement de payer. Pensez-vous que la reconnaissance d'un engagement de payer puisse avoir des conséquences sur la nature de la situation de l'usager ?

DP — Dans cet arrêt, on a été obligé de concilier cette réalité essentielle [l'absence de contrat], avec la nécessité de faire produire effet à un engagement de payer, compte tenu du contrat entre le patient et l'assureur. On ne dote cet engagement d'effet que parce qu'on pense que cela laisse totalement intacte la nature de l'usager. Je ne crois donc pas que l'arrêt que vous citez soit d'un quelconque effet sur la nature de la relation médicale entre le soignant et le soigné.

III) Débats sur la nature du "contrat de séjour" dans un établissement médico-social (art. L. 311-4 CASF)

BMP — Dans des arrêts récents, le Conseil d'État a utilisé la qualification de "contrat de séjour", sans nullement mettre ce terme entre guillemets, comme aurait pu le faire la Cour de cassation si elle avait voulu marquer de la distance avec ce terme. Est-ce une consécration partielle de la nature contractuelle de certaines relations médicales ?

DP — Ce n'est pas parce qu'il y a le mot contrat dans la loi que c'est forcément un contrat au sens plein.
Ce "contrat de séjour" c'est un objet de transparence plus qu'un objet contractuel. Ainsi, pour les personnes handicapées, il y a une orientation, et en principe l'établissement ne peut pas refuser la personne. Si la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées dit qu'il faut accueillir, alors les établissements sont tenus de le faire, sauf à prouver qu'ils n'ont plus de place ou que cette personne ne rentre pas dans leur projet d'établissement.
Par ailleurs, à la lecture des textes, j'observe qu'il est indiqué que l'établissement a le choix entre contrat et document de prise en charge individuelle et que dans le deuxième cas la personne accueillie participe à la décision. La qualification contractuelle ne me semble donc pas très nettement affirmée.

BMP — Je crois me souvenir cependant, sans doute l'avais-je lu dans les travaux préparatoires, que le document individuel est proposé lorsque l'individu n'est pas apte à consentir.

DP — Les textes ne le disent pas en tout cas. Quoi qu'il en soit, le problème du droit médico-social, c'est qu'il est souvent mal rédigé et ne mesure pas toutes les conséquences que les mots utilisés entraînent. En écrivant "contrat" pour les contrats de séjour, on a pu oublier les conséquences que cela entraînait pour les établissements publics.

Annexe 5 Conclusions du Commissaire du gouvernement Renaud Denoix de Saint Marc, sous CE, 30 mars 1984, *Hôpital-hospice de Mayenne* (extraits)

II) Cette affaire présente essentiellement à juger une question de compétence qui n'a été discernée semble-t-il ni par les parties ni par le tribunal administratif et qui est de savoir si les rapports établis entre un hôpital public et un malade payant sont de droit public ou de droit privé.

Si l'on en croit une très ancienne décision du 17 mars 1905, *Société l'Abeille* (*Rec.*, p. 272), il s'agirait de rapport de droit privé. Mais, depuis lors, à notre connaissance, aucune décision du Conseil d'État n'est venue confirmer ni, d'ailleurs, infirmer cette solution. L'occasion aurait pu s'en présenter à propos d'une affaire *Y* [n° 79.853], jugée le 23 avr. 1971 aux conclusions de M. Rougevin-Baville. Mais votre décision n'a pas tranché ce point, la requête ayant été rejetée pour un motif d'irrecevabilité de l'appel. Toutefois, dans ses savantes conclusions, publiées à l'*AJDA* 1971, p. 389, votre commissaire du gouvernement avait nettement pris parti en faveur de l'abandon de la jurisprudence de 1905 [1].

Nous partageons pour notre part totalement le point de vue de M. Rougevin-Baville. L'hôpital est un établissement public administratif. Le malade est, même « payant » dans la situation d'un usager du service. Il n'y a pas de contrat entre l'hôpital et lui-même. La somme qu'il doit verser présente non le caractère du prix d'une prestation mais d'une redevance pour service rendu. Il s'ensuit qu'il est avec l'hôpital dans la situation unilatérale habituelle entre un service public administratif et un usager. C'est à dire dans des rapports de droit public.

C'est donc à bon droit que M. X. a saisi le tribunal administratif, puisque le juge compétent pour connaître de l'opposition à état exécutoire est celui qui est compétnt pour apprécier le bien-fondé de la créance en litige.

[...]

Annexe 6 Conclusions du Rapporteur public Maud Vialettes sous CE, 12 nov. 2014, *C.G.E.E.*

368876

Société centre de gestion pour expatriés et entreprises (C.G.E.E.),

1re et 6e sous-sections réunies, Séance du 20 octobre 2014, Lecture du 12 novembre 2014

À mentionner aux tables

1. Même si cette jurisprudence est toutefois invoquée par l'auteur du Fasc. 500 du J.C.A. qui se fonde sur l'article 2 de la loi du 13 août 1851 sur les hospices et hôpitaux, la loi du 18 juillet 1893 sur l'assistance médicale et gratuite et l'article [680 du CPC] [2]. Mais la consultation de ces textes nous a laissé sur notre faim car ils ne tranchent pas les questions qui vous est soumise ni dans un sens ni dans l'autre

CONCLUSIONS de Maud Vialettes, Rapporteur public

À qui un hôpital doit-il imputer les frais d'hospitalisation, lorsque la personne qui a été soignée est un ressortissant français, résidant à l'étranger, qui n'a pas déclaré être couvert par la sécurité sociale et qu'un organisme privé, œuvrant dans le secteur des assurances, a produit un engagement de les payer ? Telle est la question posée par la présente affaire.

M. P., ressortissant français résidant aux Etats-Unis, a été hospitalisé à l'hôpital Necker du 3 décembre 2005 au 15 janvier 2006, date de son décès. Tout au long de cette hospitalisation, le Centre de Gestion pour Expatriés et entreprises (C.G.E.E.) a adressé à l'hôpital des attestations de prise en charge de toutes les dépenses exposées pour soigner M. P. Le 16 janvier 2006, trois titres de recettes ont été adressés pour ce faire au C.G.E.E., puis le 30 septembre 2008, un commandement de payer d'un montant total de 71 111,66 euros. La société a alors contesté ce commandement de payer par la voie d'un recours gracieux, puis a saisi le juge administratif de conclusions aux fins d'annulation, comme mal fondé, de ce commandement de payer [1]. N'ayant obtenu gain de cause, ni en première instance, ni en appel, elle vous saisit aujourd'hui par la voie d'un pourvoi en cassation.

Indiquons que ce pourvoi nous paraît avoir été régulièrement introduit quand bien même la société, qui est une société à responsabilité limitée, a engagé, à compter du 29 novembre 2007, une procédure de dissolution volontaire, se traduisant par la liquidation de la société, mais, avec survie de la personnalité morale de la société, pour les besoins de la liquidation, jusqu'à publication de clôture de celle-ci, en application de l'article 1844-8 du code civil (cf. au demeurant, pour la recevabilité d'une action engagée par un liquidateur amiable, même après clôture de la liquidation judiciaire, CE, 28 novembre 2008, *SARL Le Club et autres*, n° 298152, aux tables). Par ailleurs, la circonstance que la société ait été radiée, le 9 janvier 2012, du registre du commerce et des sociétés, par application de l'article R. 123-131 du code de commerce, qui prévoit la radiation d'office de la société trois ans après la mention de sa dissolution, ne fait pas davantage obstacle à ce qu'elle este en justice (Cass com., 20 février 2001,

1. En effet, si l'article L. 1617-5 du code général des collectivités territoriales qui a été rendu applicable aux établissements publics de santé (ainsi qu'il en dispose lui-même ; cf. aussi le renvoi fait à cet article par l'article L. 6145-9 du code de la santé publique) régit les titres exécutoires des collectivités territoriales, il ne dit mot du juge compétent pour connaître de recours auxquels ils pourraient donner l'objet, sauf à ce que ce recours soit une « opposition à poursuites » contestant la validité en la forme du commandement de payer qui relève, précise-t-il, du juge de l'exécution mentionné aux articles L. 213-5 et L. 213-6 du code de l'organisation judiciaire (cf. également sur ce point, TC, 12 janvier 1987, Mme L. c/Assistance publique de Paris, n° 02436, Rec. p 443). Hors l'hypothèse de l'opposition à poursuites, le contentieux du recouvrement des créances des hôpitaux, qu'il s'agisse de contester le titre de recettes ou le bien-fondé du commandement de payer, dépend ainsi de la nature de la créance en cause : selon qu'il s'agit d'une créance issue d'une situation ou d'un acte de droit public ou de droit privé, l'ordre administratif ou l'ordre judiciaire seront exclusivement compétents (cf. TC, 24 juillet 1939, Sieur J., Rec. p 671). Et si la jurisprudence n'a pas toujours été en ce sens (CE, 17 mars 1905, société L'Abeille, Rec. p 272), il est clairement jugé depuis une décision du Conseil d'Etat du 30 mars 1984, Hôpital de Mayenne c/B., n° 24621, Rec. p 12 et un arrêt du Tribunal des conflits du 12 janvier 1987, Mme L. c/ Assistance publique de Paris, précité, que le contentieux des créances des hôpitaux relatives aux frais d'hospitalisation d'un malade relève, en principe, du juge administratif, le patient n'étant pas placé dans une situation contractuelle vis-à-vis de ces établissements, mais étant usager du service public hospitalier. Cette solution a, depuis lors, toujours été confirmée (CE, 3 juillet 1987, G., n° 55868, aux tables), y compris en Section du contentieux (cf. CE, Section, 11 janvier 1991 Mme B., n° 93348, au Recueil et Avis CE, Section, 28 juillet 1995, K., n° 168438, au Recueil) et l'a été encore récemment (cf. CE, 13 novembre 2013, Société Viamedis, n° 350428, aux tables).

n° 98-16.842, Bull 2001, IV, n° 44).

Nous en arrivons aux moyens soulevés.

Les premiers ne vous retiendront pas.

Contrairement à ce qui est soutenu, la cour n'a pas dénaturé les écritures de la requérante en retenant que la société réitérait, en appel, la même argumentation que celle présentée devant le tribunal administratif de Paris : elle contestait, en effet, même si c'était de manière plus développée qu'en première instance, le fait qu'elle n'était pas, selon elle, un débiteur au sens du code de la santé publique. Par suite, c'est sans erreur de droit que les juges d'appel ont pu recourir à une motivation par adoption des motifs retenus par les premiers juges, d'autant qu'il n'est pas soutenu que la réponse du tribunal à ce moyen n'était pas suffisante et appelait, en appel, de nouvelles précisions (CE, 27 juin 2005, consorts G., n° 267597, aux tables).

Il est alors invoqué que la cour aurait commis une erreur de droit, faute d'avoir vérifié s'il n'existait pas un organisme d'assurance maladie ou un organisme public, au nombre de ceux mentionnés à l'article R. 6145-4 du code de la santé publique, susceptible de prendre en charge les dépenses exposées. Toutefois, dès lors que cette question n'était pas en débat devant elle et que nul ne contestait que M. P. n'avait pas déclaré relever d'un organisme de sécurité sociale, nous ne voyons pas comment il pourrait être reproché à la cour de ne pas s'y être intéressée d'office. Le moyen ne pourra qu'être écarté.

Restent les moyens qui ont justifié l'inscription de cette affaire devant votre formation de jugement, qui sont tirés de ce que l'arrêt aurait été rendu à la suite d'une erreur de droit, doublée d'une dénaturation des pièces du dossier, pour avoir retenu que la société C.G.E.E. devait être considérée comme débitrice de cette créance.

Rappelons le cadre juridique. L'article L. 6145-11 du code de la santé publique (ancien article L. 714-38) prévoit que « les établissements publics de santé peuvent toujours exercer leurs recours, s'il y a lieu, contre les hospitalisés, contre leurs débiteurs et contre les personnes désignées par les articles 205, 206, 207 et 212 du code civil » [c'est-à-dire les obligés alimentaires]. Cette liste est reprise à l'identique, depuis le 12 janvier 2007, à l'article R. 6145-4 (ancien article R. 716-9-1) qui prévoit que lorsque les frais de séjour ne sont pas susceptibles d'être pris en charge par un organisme d'assurance maladie ou un organisme public [2], ces personnes « souscrivent un engagement d'acquitter les frais de toute nature afférents au régime choisi ». Avant cette rédaction, introduite par le décret n° 2007-46 du 10 janvier 2007 portant dispositions budgétaires et financières relatives aux établissements de santé, et qui n'est pas applicable à la présente affaire, l'article mentionnait en lieu et place des débiteurs des hospitalisés visés par la loi, tout « tiers responsable ». Mais vous avez jugé dans l'avis contentieux de Section K. (Avis CE, Section, 28 juillet 1995, K., n° 168438, au recueil, ccl. C. Maugüe RFDA 1996.386) que ces dernières dispositions réglementaires n'ont pas pour objet et ne peuvent légalement avoir pour effet de déroger à la loi et que par suite, un établissement public de santé ne peut légalement émettre un ordre de recettes ou un état exécutoire à l'encontre d'une personne qui ne serait pas au nombre des personnes pouvant être déclarées légalement débitrices sur le fondement de la loi et qui serait regardée comme

2. Ou le ministre chargé des anciens combattants et victimes de guerre.

« tiers responsable » au seul motif qu'il a signé l'engagement prévu à la disposition réglementaire. En arrière-fond de l'avis K., il y avait ainsi un engagement signé par la personne qui accompagnait celui qui allait être hospitalisé et qui, on l'imagine, n'avait pu faire autrement. Il résulte donc de l'avis K. que ce n'est que si c'est un débiteur au sens de la loi qui a signé l'engagement de payer qu'il peut se voire mettre à sa charge les frais d'hospitalisation, l'engagement, à lui seul, ne suffisant pas, à établir sa qualité de débiteur.

C'est précisément ce dont la société requérante se prévaut. Elle indique ainsi que quand bien même elle a signé trois engagements de prendre en charge les frais d'hospitalisation, son rôle se limiterait à servir d'intermédiaire entre la compagnie d'assurance et l'assuré, que ce soit pour l'encaissement des cotisations ou pour le versement des prestations et que partant, c'est la compagnie d'assurance couvrant le risque maladie qui doit être regardée comme la seule débitrice de la créance au sens de la loi.

Même s'il y a matière à hésitation, nous ne vous invitons pas à la suivre.

En effet, la loi, en mentionnant, de manière générale, les débiteurs de l'hospitalisé, nous semble couvrir toute personne ou organisme qui est dans un rapport d'obligation vis-à-vis de lui pour le paiement de sa dette d'hospitalisation, par exemple, et sans que cette liste ne soit exhaustive, les organismes de sécurité sociale, les compagnies d'assurance, les mutuelles (ccl. Antoine Mendras, sur CAA Paris, 21 décembre 1993, Centre hospitalier François Quesnay de Mantes-la-Jolie c/Mme B., RDSS 1994.251). On peut ainsi relever que l'instruction budgétaire et comptable applicable aux établissements de santé n° 07-005-M21 du 17 janvier 2007 mentionne à ce titre les assurances que les étrangers doivent contracter, dans certains cas, pour séjourner en France et se prémunir, contre d'éventuelles dépenses médicales et hospitalières (cf. l'article L. 211-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile).

Certes, au cas d'espèce, la société C.G.E.E. n'est pas une compagnie d'assurance. Pour autant, il est constant qu'elle avait une fonction d'intermédiation, pour le compte de l'assuré, avec la compagnie d'assurance. Partant, et alors qu'ainsi que vous le voyez désormais de plus en plus au contentieux (cf. CE, 13 novembre 2013, société Viamedis, n° 350428, aux tables), les organismes assurant des fonctions d'intermédiation dans le domaine des dépenses de santé se multiplient, nous ne voyons pas de raison de retenir qu'ils ne seraient pas débiteurs au sens de la loi, quand bien même ils ne seraient pas les débiteurs finaux, à charge pour eux de se retourner contre la compagnie d'assurance qu'ils représentent dans leurs rapports avec l'assuré. A notre sens, et contrairement à ce qui est soutenu, ils ne sont donc pas des « tiers responsables » au sens de ce qui a été prohibé par l'avis K., ils sont, en tout cas auprès de l'assuré, les représentants des débiteurs finaux et partant, ses débiteurs légaux au sens et pour l'application de l'article L. 6145-11 du code de la santé publique.

Partant, nous vous invitons à écarter les deux critiques formulées, à la fois sous l'angle de l'erreur de droit et de la dénaturation, par la requérante.

Par ces motifs, nous concluons au rejet du pourvoi et à ce qu'il soit fait droit à hauteur de 3 000 euros aux conclusions présentées en défense au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Annexe 7 Échanges avec Christian Von Bar, Professeur de droit, oct. 2014

Courriel à Chr. Von Bar (CVB), 8 oct. 2014

Professor Von Bar,

On the advice of Bénédicte Fauvarque-Cosson, I'm writing to ask you a question related to the definition of the juridical act given by the Outline Edition of the DCFR. In deed, I am very much interested on the concept of juridical act which is an important part of my doctoral thesis.

While I was studying the definition of this concept in the DCFR, I've noticed two slight changes between the interim version and final version.

While the interim version said the juridical act « is any statement or agreement or **declaration of intention**, [...] which **has or is intended to** have legal effects », the final version now says that the juridical act « is any statement or agreement, [...] which **is intended to** have legal effects ».

If I think I understood and agree with the first change (deletion of the words « declaration of intention »), I don't for the second (deletion of the words « has or »). In deed, the final version seems to me a bit odd. As Demogue, a french lawyer, once said (Traité des obligations, 1921, n° 13) « Le but qui domine l'acte juridique est un but de fait : on veut détenir tel objet, on veut habiter telle maison, le côté juridique n'apparaît qu'accessoirement dans la pensée » (« the goal that dominates the juridical act is a goal of fact : we want to own that item, we want to live in such a house, the legal aspect only appears incidentally in thought »).

I would be very grateful if you could help me with this question, which I could not solve by looking at the commented version of the DCFR.

Courriel en réponse de CVB, 9 oct. 2014

Dear Benjamin,

Many thanks for your email. Demogue's "acte juridique" is indeed not identical with the "juridical act" of the DCFR (as to which see II.-1:101(2), repeated in the annex). A juridical act is a statement or agreement [...] which is intended to have legal effect as such". The fact that I want to own an item or live in a house is in itself immaterial. Many people want to own the Elysee Palace and say that openly – but so what ? What matters is, that I intend that what I say has by itself a legal effect. A declaration of avoidance, therefore, under the DCFR amounts to a juridical act, also offer and acceptance or a declaration of withdrawal. Whether or not in the end such a juridical act has legal effect is beyond party autonomy ; the legal effect is always attached by the legal order. If, on the other hand, someone turns his detention into possession by pretending that he is the owner, that is, in my view, not a juridical act. He is indeed saying "I want to be seen as the owner", but he is not reasonably intending that ownership passes by that unilateral declaration "as such". And if someone tells me a lie in order to deceive me, that as such is also not intended to have legal effect. Only if I give him what he wants (and he accepts), the one and the other and the ensuing contract amount to juridical acts.

And, by the way, the wish to own an item is not directed to a "goal of 'fact'" ; ownership is not a fact but a concept of law (a right), and whether possession (or detention) are facts (or rather rights based on facts), is an age-old and highly disputed matter. I also do not think that "the legal aspect only appears incidentally in thought". That is so because (i) "intention" is in itself a legal concept (judged from the outside world, not from "within" the speaker) , not a matter of fact, and (ii) because people want to buy a computer, not only talk (physically open their mouth and say : give it to me, I'll pay).

Have I misunderstood your question ? [...]

Courriel à CVB, 9 oct. 2014

Dear Professor, if I may.

[...]

You answer is very helpful. I understand that in your view, when the DCFR says, « has intention », it doesn't mean that the speaker really has such an legal intention. What only matters is what the « outside world » may judge about this intention.

However, if what counts is the interpretation of the will by the « outside world », couldn't the DCFR only say that a juridical act « is a statement or agreement [...] which has legal effect as such » and not « which is intended to have » legal effect ?

Of course, such a formulation would less emphasize on the fact that, to appreciate whether or not a statement or an agreement is a legal act, you have to look at the will of the speaker.

However, couldn't we say that this is already implied by the words « statement » or « agreement », which both suppose to consider the will of the speaker ?

If such an interpretation was correct, then one could say that the expression « intended to » is superfluous and also leads to the impression that :

— (i) it's absolutely necessary that the speaker has a juridical intention. But, such a solution would not allow a court to say that a person is the author of a juridical act when he expressly manifested a will to be only morally bind. Yet, this is what the french Cour de cassation has decided (Cass., com., 23 janv. 2007 : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?&idTexte=JURITEXT000017626520).

— (ii) the DCFR agrees with the doctrine of the autonomous will by emphasizing the intention of individuals, which is apparently not the case when I read your answer ! [...]

Courriel en réponse de CVB, 10 oct. 2014

Dear Benjamin,

Things are getting complicated now. But I think the answer is (i) that a declaration of avoidance, withdrawal (etc) is also a juridical act if for some reason it has no legal effect (e.g. it comes too late). It must therefore do that it is intended to have a legal effect. And, once again, telling lies sometimes amounts to a delict, and in that case it has legal effect, but it is not intended to have legal effect.

And (ii) : if I promise that I feel bound to answer emails in respect of my work, then that is certainly not a juridical act. I do not intend to be legally bound, and that being so I do not have to tell everybody that from Christmas onwards I do not want to answer any longer...

Finally and (iii) : We clearly based the DCFR on party autonomy. But you should think for a while what that really means. In my personal view it is a difficult notion, because you cannot out of your own will produce a legally binding effect. You can only intend to produce it ; whether or not it is binding is decided by the law. And : It seems impossible to say what someone (psychologically) really wants ; you cannot look into brains. Therefore the existence (or absence) of an intention must always be deduced from words or behavior. And that, in turn, is also correct in terms of justice. I must be able to rely on what you say or do, see also the wording of I-1:103 ans I-1:104. A borderline case is the case of an auction where someone raises his hand in order to greet a friend entering the room (the auctioner believing that he wants to buy). You can decide that both ways. I would say that is to be qualified as a juridical act, but I leave the correct answer to you. [...]

Bibliographie

Sources juridiques

Ouvrages généraux, spéciaux et collectifs

Amselek (Paul), *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012.

Annoussamy (David), *Le droit indien en marche*, Société de législation comparée, 2001.

Antonmattei (Paul-Henri) et Raynard (Jacques), *Droit civil. Contrats spéciaux*, 6e éd., Litec.

Atias (Christian), *Épistémologie juridique*, Dalloz, 2002.

Aubert (Jean-Luc) et Savaux (Éric), *Introduction au droit*, 14e éd., Dalloz, 2012.

— *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 15e éd., Dalloz, 2014.

Aubry (Charles) et Rau (Charles-Frédéric), *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C.-S.* Zachariae, 3e éd., Cosse, 1856.

Audit (Bernard), *Droit international privé*, 4e éd., Économica, 2006.

Avant-projet de code civil, Première partie, LGDJ, 1955.

Avril (Pierre), Gicquel (Jean) et Gicquel (Jean-Éric), *Droit parlementaire*, 5e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2014.

Batiffol (Henri), *Aspects philosophiques du droit international privé*, Bibliothèque Dalloz, Y. Lequette (préf.), réimpression, 2002 (1956), Dalloz, 1956.

Béchillon (Denys de), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997.

Bénabent (Alain), *Droit des obligations*, 12e éd., Montchrestien, 2010.

— *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 12e éd., Montchrestien et Lextenso éditions, 2011.

— *Droit des obligations*, 13e éd., Montchrestien, 2012.

— *Droit des obligations*, 14e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2014.

Bergel (Jean-Louis), *Méthodologie juridique*, Droit privé, PUF, 2001.

Bergoignan-Esper (Claudine) et Sargos (Pierre), *Les grands arrêts du droit de la santé*, Dalloz, 2010.

Bernard (Claude), *Introduction à la médecine expérimentale*, Baillière, 1865, url : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/btv1b86120273.

Bernardi (Joseph de), *Cours de droit civil français*, Garnery, 1804, url : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k58327639.

Bonneau (Thierry), *Droit bancaire*, 9e éd., Montchrestien et Lextenso éditions, 2011.

Bonnecase (Julien), *Traité théorique et pratique de doit civil. Supplément*, Sirey, 1924–1925.

Boré (Jacques) et Boré (Louis), *La cassation en matière civile*, 5e éd., 2015.

Brillon (Pierre-Jacques) et Prost de Royer (Antoine-François), *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts : Nouvelle édition du dictionnaire de Brillon*, Aimé de La Roche, 1781, url : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k111345w.

Buffelan-Lanore (Yvaine) et Larribeau-Terneyre (Virginie), *Les obligations*, 13e éd., Sirey, 2012.

Bureau (Dominique) et Muir Watt (Horatia), *Droit international privé. Tome 1. Partie générale*, 3e éd., PUF, 2014.

Capitant (Henri), *Introduction à l'étude du droit civil. Notions générales*, Pedone, 1898, url : http://visualiseur.bnf.fr/CadresFenetre?O=NUMM-5455308&M=notice.

— *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Dalloz, 1923, url : http://gallicalabs.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5726708t.

— *Droit civil approfondi et comparé : les principes fondamentaux du droit des contrats*, Cours de droit, 1932–1933.

Capitant (Henri), Terré (François) et Lequette (Yves), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12e éd., Dalloz, 2007.

— *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 13e éd., Dalloz, 2015.

Carbonnier (Jean), *Les obligations*, 22e éd., PUF, 2000.

— *Flexible droit*, LGDJ, 2001.

— *Droit civil. Introduction*, 27e éd., Droit privé, PUF, 2002.

— *Droit civil*, PUF, 2004.

Carré de Malberg (Raymond), *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1920–1922, url : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9359q.

Carreau (Dominique) et Marrella (Fabrizio), *Droit international*, 11e éd., Pedone, 2012.

Chabas (François), *Leçons de droit civil. Introduction à l'étude du droit*, 9e éd., Montchrestien, 1998.

— *Leçons de droit civil. Obligations. Une théorie générale*, 9e éd., Montchrestien, 1998.

Champeil-Desplats (Véronique), *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2014.

Chapus (René), *Droit administratif général*, 14e éd., 2000.

Code européen des contrats, sous la dir. de G. Gandolfi, Milano et A. Giuffrè, 2004.

Colin (Ambroise) et Capitant (Henri), *Cours élémentaire de droit civil français*, 3e éd., 1921.

Collart-Dutilleul (François) et Delebecque (Philippe), *Contrats civils et commerciaux*, 9e éd., Dalloz, 2011.

Cornu (Gérard), *Linguistique juridique*, 3e éd., Montchrestien, 2005.

— *Droit civil. Introduction au droit*, 13e éd., Montchrestien, 2007.

— *Introduction au droit*, 13e éd., Montchrestien, 2007.

Delvincourt (Claude Étienne), *Cours de Code Napoléon*, P. Gueffier, 1813, url : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k54409717.

Demante (Antoine Marie), *Programme du cors de droit civil français fait à la Faculté de droit de Paris*, A. Gobelet, 1835, url : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6216098j.

Demogue (René), *Traité des obligations en général*, Arthur Rousseau, 1923, url : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65173531/f17.image.

Demolombe (Charles), *Cours de code Napoléon : Traité des contrats - 1*, 1868, url : https://books.google.fr/books?id=zghHAAAAcAAJ&hl=fr&pg=PP9#v=onepage&q&f=false.

Deroussin (David), *Histoire du droit des obligations*, 2e éd., Économica, 2012.

Deumier (Pascale), *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2013.

Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, sous la dir. de A.-J. Arnaud, 2e éd., LGDJ, 1993.

Droit et pratique de la procédure civile : Droits interne et de l'Union européenne, sous la dir. de S. Guinchard, 2014.

Duguit (Léon), *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*, Félix Alcan, 1912.

— *Les transformations du droit public*, A. Colin, 1913, url : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k67925q.

— *Traité de droit constitutionnel : La règle de droit — Le problème de l'État*, 3e éd., Boccard, 1927.

Dunand (Jean-Philippe), Schmidlin (Bruno) et Winiger (Bénédict), *Droit privé romain II*, Bruylant et Schulthess, 2010.

Eisenmann (Charles), *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983.

Fabre-Magnan (Muriel), *Droit des obligations : 1 - Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., PUF, 2012.

— *Droit des obligations : 2 - Responsabilité civile et quasi-contrats*, 3e éd., PUF, 2013.

Fages (Bertrand), *Droit des obligations*, 4e éd., Lextenso éditions, 2013.

Flour (Jacques), Aubert (Jean-Luc) et Savaux (Éric), *Les obligations : 3. Le rapport d'obligation*, 15e éd., Dalloz, 2012.

— *Les obligations, 1. L'acte juridique*, 15e éd., Dalloz, 2012.

— *Les obligations, 1. L'acte juridique*, 16e éd., Dalloz, 2014.

Frier (Pierre-Laurent) et Petit (Jacques), *Droit administratif*, 5e éd., Montchrestien et Lextenso éditions, 2008.

Frier (Pierre-Laurent) et Petit (Jacques), *Droit administratif*, 9e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2014.

Gaillard (Emmanuel), *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Nijhoff, 2008.

Gaudemet (Eugène), *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937.

Gaudemet (Jean), *Les naissances du droit : Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, 2e éd., Montchrestien, 1999.

Gaudemet (Jean) et Chevreau (Emmanuelle), *Droit privé romain*, Montchrestien, 2011.

Gaudin de Lagrange (Émerentienne de), *La crise du contrat et le rôle du juge*, avec une préf. de G. Marty, Sirey, 1935.

Gény (François), *Science et technique en droit positif : Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. 1, Sirey, 1914, url : https://archive.org/details/scienceettechniq01geny.

— *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 1919.

— *Science et technique en droit positif : Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. 3, Sirey, 1921, url : https://archive.org/stream/scienceettechniq03geny.

Ghestin (Jacques), Loiseau (Grégoire) et Serinet (Yves-Marie), *La formation du contrat : Le contrat — Le consentement*, 2013.

— *La formation du contrat : L'objet et la cause — Les nullités*, 2013.

Grimaldi (Michel), *Droit civil - Successions*, 6e éd., 2001.

Gross (Bernard) et Bihr (Philippe), *Contrats civils et commerciaux*, 2e éd., PUF, 2002.

Guettier (Christophe), *Droit des contrats administratifs*, 2e éd., PUF, 2008.

Guinchard (Serge), Chainais (Cécile) et Ferrand (Frédérique), *Procédure civile : Droit interne et droit de l'Union européenne*, 32e éd., Dalloz, 2014.

Hauriou (Maurice), *Précis de droit administratif*, 4e éd., Larose, 1900, url : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k105506c.

— *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits publiées au recueil Sirey de 1892 à 1928*, Librairie du Recueil Sirey, 1929.

Héron (Jacques), *Principes du droit transitoire*, Dalloz, 1996.

Herrera (Carlos Miguel), *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Kimé, 1997.

Huc (Théophile), *Commentaire théorique et pratique du code civil*, Pichon, 1894.

Huet (Jérome) et al., *Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2012.

Jellinek (Georg), *L'État moderne et son droit*, avec une préf. d'O. Jouanjan, Éditions Panthéon-Assas, 2005.

Jèze (Gaston), *Cours de droit public. Le fonctionnement des services publics*, Giard, 1923.

Kelsen (Hans), *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962.

— *Théorie générale des normes*, édition originale : 1979, PUF, 1996.

La nouvelle crise du Contrat, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003.

Lafargue (Régis), *La coutume face à son destin : Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, avec une préf. d'A. Christnacht, t. 22, Droit et Société, LGDJ et Lextenso éditions, 2010.

Lafferière (Édouard), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2e éd., Berger-Levrault, 1896.

Larroumet (Christian), *Les obligations. Le contrat. 1re partie : conditions de formation*, Économica, 2007.

Larroumet (Christian) et Bros (Sarah), *Les obligations. Le contrat*, Économica, 2014.

Lasserre (Valérie), *Le nouvel ordre juridique : Le droit de la gouvernance*, sous la dir. de F. Terré, LexisNexis, 2014.

Laubadère (André de), Moderne (Franck) et Delvolvé (Pierre), *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1983.

Laude (Anne), Mathieu (Bertrand) et Tabuteau (Didier), *Droit de la santé*, 3e éd., PUF, 2012.

Lawson (Frederick Henry), *A common lawyer looks at the civil law*, avec une préf. de H. E. Yntema, University of Michigan Law School, 1955.

Le contrat, mode d'action publique et de production de normes, La documentation française, 2008.

Leclerc (Didier), *Les conventions de cession d'actions : analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Larcier, 2009.

Lévy (Jean-Philippe) et Castaldo (André), *Histoire du droit privé*, 2e éd., Dalloz, 2010.

Lexique des termes juridiques, sous la dir. de S. Guinchard et T. Debard, 17e éd., Dalloz, 2010.

Libchaber (Rémy), *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013.

Linant de Bellefonds (Yves), *Traité de droit musulman comparé. 1 - Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton & Co, 1965.

Lokiec (Pascal), *Droit du travail. Tome 1. Les relations individuelles de travail*, PUF, 2011.

Loysel (Antoine), *Institutes coutumières...*, Abel L'Angelier, 1607, url : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/btv1b8626826z.r=Institutes%20coustumi%C3%83%C2%A8res%20par%20A.%20Loisel.

Lukic (Radomir), *Théorie de l'État et du droit*, Dalloz.

Macqueron (Jacques), *Histoire des obligations. Le droit romain*, 2e éd., Association Auguste Dumas, 1975, url : www.histoiredudroit.fr/Documents/Sources/macqueron_obligations.pdf.

Malaurie (Philippe), Aynès (Laurent) et Gautier (Pierre-Yves), *Les contrats spéciaux*, 6e éd., Defrénois et Lextenso éditions, 2012.

Malaurie (Philippe), Aynès (Laurent) et Stoffel-Munck (Philippe), *Les obligations*, 5e éd., Defrénois, 2011.

Malaurie (Philippe) et Brenner (Claude), *Les successions, les libéralités*, 6e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2014.

Malaurie (Philippe) et Fulchiron (Hugues), *La famille*, 4e, 2011.

Malaurie (Philippe) et Morvan (Patrick), *Introduction au droit*, 5e éd., LGDJ et Lexxtenso éditions, 2014.

Malinvaud (Philippe), *Introduction à l'étude du droit*, 14e éd., LexisNexis, 2013.

Malinvaud (Philippe) et Fenouillet (Dominique), *Droit des obligations*, 12e éd., LexisNexis, 2012.

Marcadé (Victor), *Explication théorique et pratique du code civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, 7e éd., Delamotte, 1873.

Marty (Gabriel) et Raynaud (Pierre), *Les obligations, Tome 1 : Les sources*, 2e éd., 1988.

Mathieu (Marie-Laure), *Logique et raisonnement juridique*, 2e éd., Thémis, 2015.

Maugüé (Christine) et Thiellay (Jean-Philippe), *La responsabilité du service public hospitalier*, LGDJ et Lextenso éd., 2010.

Mayer (Pierre) et Heuzé (Vincent), *Droit international privé*, 8e éd., Montchrestien, 2004.

— *Droit international privé*, 11e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2014.

Mazeaud (Léon), *Le régime juridique des ententes industrielles et commerciales*, avec une préf. de R. Garraud et R. Isay, Sirey, 1928.

Merlin (Philippe-Antoine), *Questions de droit*, Garnery, 1827–1830, url : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5807415x.

Milliot (Louis) et Blanc (François-Paul), *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001.

Nettelbladt (Daniel), *Systema elementare iurisprudentiae positivae Germanorum*, Halae, 1781, url : http://books.google.fr/books?id=iNJDAAAAcAAJ&pg=PA133&dq=inauthor:nettelbladt+actibus&hl=fr&sa=X&ei=7wUYVJvSJoXZat_8gYgH&ved=0CCAQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false.

Œuvres complètes de Pothier : Traités des contrats de bienfaisance, t. 8, Thomine et Fortic, 1821.

Pélissier (Jean), Supiot (Alain) et Jeammaud (Antoine), *Droit du travail*, 24e éd., Dalloz, 2008.

Picod (Yves) et Davo (Hélène), *Droit de la consommation*, 2e éd., Dalloz, 2010.

Porchy-Simon (Stéphanie), *Les obligations*, 8e éd., Dalloz, 2014.

Poumarède (Matthieu), *Droit des obligations*, 3e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2014.

Pour une réforme du droit des contrats, sous la dir. de F. Terré, Dalloz, 2009.

Pradel (Jean), *Droit pénal général*, 17e éd., Éditions Cujas, 2008.

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference, sous la dir. de C. von Bar, E. Clive et H. Schulte-Nölke, Sellier, 2009, url : http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf.

Pufendorf (Samuel), *Of the laws of nature and nations*, avec une préf. de B. Kennet, L. Lichfield, 1703, url : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k95829z.

Ranouil (Véronique), *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, t. 16, PUF, 1980.

Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, sous la dir. de P.-A. Fenet, Videcoq, 1836.

Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, sous la dir. de P.-A. Fenet, Videcoq, 1836, url : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1134629/f5.image.

Reinach (Adolf), *Les fondements* a priori *du droit civil*, Vrin, 2004.

Reuter (Paul), *La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, LGDJ, 1953.

Richer (Laurent), *Droit des contrats administratifs*, 9e éd., LGDJ et Lextenso éditions, 2014.

Rigaux (François), *Ordonnancements juridiques et conversion numérique*, Larcier, 2014.

Ripert (Georges), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., LGDJ, 1949.

— *Les forces créatrices du droit*, 2e éd., LGDJ, 1955.

Rivero (Jean), *Droit administratif*, 1re éd., Dalloz, 1960.

Rochfeld (Judith), *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2012.

Romano (Santi), *L'ordre juridique*, avec une préf. de P. Mayer et P. Francescakis, Dalloz, 2002.

Roubier (Paul), *Droits subjectifs et situations juridiques*, Bibliothèque Dalloz, réimpression, préf. D. Deroussin, 1963 (2005), Sirey.

— *Théorie générale du droit : Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2e éd., Bibliothèque Dalloz, préf. D. Deroussin, réimpression 2005 (1951), Sirey.

Rousseau (Dominique), *Sur le Conseil constitutionnel, la doctrine Badinter et la démocratie*, Descartes, 1997.

Sacco (Rodolfo), *Le droit africain : Anthropologie et droit positif*, Dalloz, 2009.

Saleilles (Raymond), *De la déclaration de Volonté : Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Pichon, URL : http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%2222051%22.

Savatier (René) et al., *Traité de droit médical*, Libraires techniques, 1956.

Simler (Philippe), *Cautionnement et garanties autonomes*, 5e éd., LexisNexis, 2015.

Starck (Boris), Roland (Henri) et Boyer (Laurent), *Introduction au droit*, 5e éd., Litec, 1996.

— *Les obligations : Le contrat*, 6e éd., Litec, 1998.

Stoffel-Munck (Philippe), *Regards sur la théorie de l'imprévision, vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, 1994.

Sudre (Frédéric), *Droit européen et interntional des droits de l'homme*, 10e éd., PUF, 2011.

Tchernoff (Iouda), *Ententes économiques et financières*, avec une préf. d'A. Buisson, Sirey, 1923.

Terré (François), *Introduction générale au droit*, 9e éd., Dalloz, 2012.

Terré (François) et Fenouillet (Dominique), *Droit civil. La famille*, 8e éd., Dalloz, 2011.

— *Droit de la famille*, Dalloz, 2011.

— *Les personnes : Personnalité - Incapacité - Protection*, 8e éd., Dalloz, 2012.

Terré (François), Simler (Philippe) et Lequette (Yves), *Droit civil. Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009.

— *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013.

Thézard (Léopold), *De l'influence des travaux de Pothier et du chancelier D'Aguesseau sur le droit civil moderne*, Auguste Durand, 1866.

Timsit (Gérard), *Thèmes et systèmes de droit*, PUF, 1986.

Toullier (Charles-Bonaventure-Marie), *Le droit civil français*, Warée, 1824, url : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k122928q.

Traité d'économie et de gestion de la santé, sous la dir. de P.-L. Bras, G. de Pouvourville et D. Tabuteau, Presses de Sciences Po, 2009, url : https://www.cairn.info/traite-d-economie-et-de-gestion-de-la-sante--9782724611144.htm.

Travaux de la Commission de réforme du code civil. 1945-1946, Sirey, 1947.

Troper (Michel), *Le droit et la nécessité*, PUF, 2011.

Truchet (Didier), *Droit de la santé publique*, 7e éd., Dalloz, 2009.

— *Droit administratif*, 3e éd., PUF, 2010.

— *Droit administratif*, 5e éd., PUF, 2013.

Van de Kerchove (Michel) et Ost (François), *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988.

Van Ommeslaghe (Pierre), *Droit des obligations*, Bruylant, 2010.

Vedel (Georges) et Delvolvé (Pierre), *Droit administratif*, PUF, 1984.

Viandier (Alain), *OPA, OPE, Garantie de cours, Retrait, OPV : Droit des offres publiques*, 2e éd., Litec, 1993.

Villa (Vittorio), *La science du droit*, trad. par O. Nerhot et P. Nerhot, LGDJ et Story Scientia, 1990.

Virally (Michel), *La pensée juridique*, avec une préf. de P.-M. Dupuy et C. Leben, réimpression, 1998 (1960), LGDJ et Éditions Panthéon-Assas, 1998.

Vocabulaire juridique, sous la dir. de G. Cornu, 8e éd., PUF, 2007.

Wolff (Christian), *Principes du droit de la nature et des gens*, trad. par J.-H.-S. Formey, Réimpression de l'édition de 1758, Presses universitaires de Caen, 1988.

Wright (Georg Henrik von), *Norm and action*, Routledge et Kegan Paul, 1963.

Zachariae von Lingenthal (Karl Eduard), Aubry (Charles) et Rau (Charles-Frédéric), *Cours de droit civil français*, Lagier, 1839.

Zouche (Richard), *Elementa jurisprudentiae, definitionibus : Regulis et sententiis selectionoribus juris civilis, illustrata*, Elsevier, 1652, url : http://books.google.fr/books?id=-WtEAAAAcAAJ&dq=richard%20zouche%20elementa%20jurisprudentiae&hl=fr&pg=PP11#v=onepage&q&f=false.

Thèses et mémoires

Aïdan (Géraldine), *Le fait psychique, objet des normes juridiques*, sous la dir. de É. Picard, thèse de doct., Université Paris I - Panthéon-Sorbonne, 2012.

Alquier (Isabelle), *Le statut du patient en établissement de santé privé*, sous la dir. de L. Dubouis, thèse de doct., Université Paul Cézanne-Aix-Marseille III, 2011.

Ancel (Marie-Élodie), *La prestation caractéristique du contrat*, sous la dir. de L. Aynès, thèse de doct., Université Paris I, 2002, Économica.

Ancel (Pascal), *L'indisponibilité des droits de la personnalité*, sous la dir. de G. Couturier, thèse de doct., Université de Dijon, 1978, url : http://orbilu.uni.lu/request-copy/10993/16812/24419/Th%C3%83%C2%A8se%20de%20doctorat.pdf.

Arrighi de Casanova (Émile), *La responsabilité médicale et le droit commun de la responsabilité civile*, thèse de doct., 1946, Éditions provençales.

Attuel-Mendes (Laurence), *Consentement et actes juridiques*, sous la dir. de D. Mazeaud, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2008, Litec.

Aubert (Jean-Luc), *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, sous la dir. de J. Flour, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ.

Aubry de Maromont (Clotilde), *Essai critique sur la théorie des obligations en droit privé*, sous la dir. de P. Briand, thèse de doct., Université de Nantes, 2015.

Bahans (Jean-Marc), *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*, sous la dir. de J. Hauser, thèse de doct., Bordeaux IV, 1998.

Balat (Nicolas), *Essai sur le droit commun*, sous la dir. de M. Grimaldi, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2014.

Barban (Patrick), *Les entreprises de marché : Contribution à l'étude d'un modèle d'infrastructure de marché*, sous la dir. de F. Drummond, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2014.

Barbaud (Marc-Olivier), *La notion de contrat : analyse fonctionnelle*, sous la dir. de B. Teyssié, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2012.

Barreyre (André), *L'évolution et la crise du contrat : Étude synthétique et critique*, sous la dir. de M. Laborde-Lacoste, thèse de doct., Université de Bordeaux, 1937, Bière.

Bellissent (Jean), *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat : À propos de l'évolution des ordres de responsabilité civile*, sous la dir. de R. Cabrillac, thèse de doct., 2001, LGDJ.

Benisty (Samuel), *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, thèse de doct., Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, 2014, Institut universitaire Varennes.

Berthet (Anne-Charlotte), *L'acte médical imposé*, sous la dir. de D. Viriot-Barrial, thèse de doct., Université d'Aix-Marseille, 2012.

Besson (Éric), *La dimension juridique des sacrements*, sous la dir. de J. Conn, thèse de doct., Université Pontificale Grégorienne, 2004, Pontificia università gregoriana.

Boisson (Julien), *Les libéralités à caractère collectif*, sous la dir. de M. Grimaldi, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2015.

Bollée (Sylvain), *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, sous la dir. de P. Mayer, thèse de doct., Université Paris I, 2004, Économica.

Boucobza (Isabelle), *La fonction juridictionnelle*, sous la dir. de P. Pasquino, thèse de doct., Université Paris X.

Bourdoiseau (Julien), *L'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des obligations*, sous la dir. de F. Leduc, thèse de doct., Université François Rabelais, 2010, LGDJ.

Brenner (Claude), *L'acte conservatoire*, sous la dir. de P. Catala, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 1999, LGDJ.

Brunet (François), *La normativité en droit*, sous la dir. de É. Picard, thèse de doct., Université Panthéon-Sorbonne, 2011, Mare & Martin.

Busseuil (Guillaume), *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, sous la dir. de M.-J. Campana, thèse de doct., 2009, Fondation Varenne et LGDJ.

Cabrillac (Rémy), *L'acte juridique conjonctif*, sous la dir. de P. Catala, thèse de doct., Université Montpellier I, 1990, LGDJ.

Camguilhem (Benoit), *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, sous la dir. de B. Seiller, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2014, Dalloz.

Canselier (Guillaume), *Les données acquises de la science : Les connaissances scientifiques et la faute médicale en droit privé*, sous la dir. de C. Labrusse-Riou, thèse de doct., Université Paris 1, 2010, Les Éditions Hospitalières.

Catherine (Aurore), *Pouvoir du médecin et droits du patient : L'évolution de la relation médicale*, sous la dir. de M.-J. Redor-Fichot, thèse de doct., Université de Caen Basse-Normandie, 2011.

Célice (Bruno), *Les réserves et le non vouloir dans les actes juridiques*, sous la dir. de J. Carbonnier, thèse de doct., 1968, LGDJ.

Chabas (François), *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation*, thèse de doct., Université Paris I, 1967, LGDJ.

Chabas (Jean), *De la déclaration de volonté en droit civil français*, sous la dir. de G. Ripert, thèse de doct., Université de Paris, 1931, Recueil Sirey.

Chauvel (Philippe), *Le vice du consentement*, sous la dir. de P. Malaurie, thèse de doct., Université Paris II, 1981.

Chénédé (François), *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, sous la dir. de A. Ghozi, thèse de doct., 2008, Économica.

Dadoun (Armand), *La nullité du contrat et le droit pénal*, sous la dir. de Y.-M. Sérinet, thèse de doct., Université de Cergy-Pontoise, 2011, LGDJ et Lextenso éditions.

Danis-Fatôme (Anne), *Apparence et contrat*, sous la dir. de G. Viney, thèse de doct., Université Paris I, 2004, LGDJ.

Defoort (Benjamin), *La décision administrative*, sous la dir. de B. Seiller, thèse de doct., 2015, LGDJ et Lextenso éditions.

Deroudille (Alexis), *Les conditions de l'exception « in house » : Contribution à une théorie du contrôle public sur les opérateurs dédiés*, sous la dir. de P.-Y. Monjal, thèse de doct., Université François - Rabelais de Tours, 2015.

Deumier (Pascale), *Le droit spontané*, sous la dir. de J.-M. Jacquet, thèse de doct., Université Toulouse 1, 2002, Économica.

Dexant - de Bailliencourt (Olympe), *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, sous la dir. de H. Synvet, thèse de doct., 2012, Dalloz.

Di Noto (Romuald), *Les conflits de qualification en matière de mariage entre personnes de même sexe et de partenariat enregistré dans le cadre européen*, sous la dir. de M.-L. Niboyet, mém.de mast., Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2011, url : http://www.droit-fr-all-paris-ouest.fr/wp-content/uploads/2012/12/Les-conflits-de-qualification-en-mati%C3%83%C2%A8re-de-mariage-entre-personnes-de-m%C3%83%C2%AAme-sexe-et-de-partenariats-enregistr%C3%83%C2%A9s-dans-le-cadre-europ%C3%83%C2%A9en-1.pdf.

Didier (Philippe), *De la réprésentation en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2004, LGDJ.

Douchy (Mélina), *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, sous la dir. de A. Sériaux, thèse de doct., 1997, Économica.

Dreifuss-Netter (Frédérique), *Les manifestations de volonté abdicatives*, thèse de doct., 1985, LGDJ.

Drouot (Guillaume), *La rétroactivité de la jurisprudence : Recherche sur la lutte contre l'insécurité juridique en droit privé*, sous la dir. de C. Brenner, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2014.

Dumas-Lavenac (Sophie), *L'acte sur le corps dans l'intérêt médical d'autrui*, sous la dir. de B. Feuillet, thèse de doct., Université de Rennes 1, 2012.

Dupré de Boulois (Xavier), *Le pouvoir de décision unilatérale : Étude de droit comparé interne*, sous la dir. de J.-J. Bienvenu, thèse de doct., Paris II, 2006, LGDJ.

Edel (Vincent), *La confiance en droit des contrats*, sous la dir. de R. Cabrillac, thèse de doct., Université de Montpellier, 2006.

Elias (Randolphe), *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale : Étude et critique*, sous la dir. de R. Piédelèvre, thèse de doct., Université de Paris, 1909, Sirey.

Encinas de Muñagorri (Rafael), *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, sous la dir. de A. Lyon-Caen, thèse de doct., Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 1995, LGDJ.

Engel-Créach (Alice), *Les contrats judiciairement formés*, sous la dir. de A. Bénabent, thèse de doct., 2002, Économica.

Eyraud (Anne-France), *Le contrat réel : essai de renouveau par le droit des biens*, sous la dir. de M. Fabre-Magnan, thèse de doct., Université Paris I, 2003.

Fabre-Magnan (Muriel), *De l'obligation d'information dans les contrats : Essai d'une théorie*, sous la dir. de J. Ghestin, thèse de doct., 1992, LGDJ.

Fahmy Abdou (Antoun), *Le consentement de la victime*, sous la dir. de R. Vouin, thèse de doct., Université de Dijon, 1971, LGDJ.

Filippone (Corinne), *La contractualisation des droits de la personnalité*, sous la dir. de P. Delebecque, thèse de doct., Université Panthéon-Sorbonne, 2001.

Forest (Grégoire), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, sous la dir. de F. Leduc, thèse de doct., 2012, Dalloz.

Forray (Vincent), *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, sous la dir. de G. Pignarre, thèse de doct., 2007, LGDJ.

Freleteau (Barbara), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, sous la dir. de L. Sautonie-Laguionie, thèse de doct., Université de Bordeaux, 2017, LGDJ et Lextenso éditions.

Gaillard (Emmanuel), *Le pouvoir en droit privé*, sous la dir. de G. Cornu, thèse de doct., 1985.

Galbois (Diane), *La notion de contrat : Esquisse d'une notion*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2018.

Gallo (Carole), *La décision conditionnelle en droit administratif français*, sous la dir. de B. Seiller, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2017.

Garceries (Sandrine), *L'élaboration juridique d'une notion juridique de service public industriel et commercial : Retour sur un instrument de la mise en œuvre d'une séparation du « politique »et de l'« éconoique »en droit administratif français*, sous la dir. de P. Chrétien, thèse de doct., Université de Cergy-Pontoise, 2010.

Gardies (Jean-Louis), *Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique*, sous la dir. de R. Aron, thèse de doct., Université Paris 4, 1972, LGDJ.

Gatsi (Jean), *Le contrat-cadre*, sous la dir. de M. Béhar-Touchais, thèse de doct., 1996, LGDJ.

Gaudeffroy (Paul), *L'erreur-obstacle*, sous la dir. de R. Demogue, thèse de doct., Université de Paris, 1924, Vulliez.

Gaudemet (Sophie), *La clause réputée non écrite*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2006, Économica.

Genicon (Thomas), *La résolution du contrat pour inexécution*, sous la dir. de L. Leveneur, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2007, LGDJ.

Gerry-Vernières (Stéphane), *Les « petites » sources du droit : À propos des sources étatiques non contraignantes*, sous la dir. de N. Molfessis, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2012, Économica.

Girer (Marion), *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : Essai de remise en cause du contrat médical*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., 2008, LEH.

Gisclard (Thibault), *La personnalité humaine comme élément du patrimoine*, sous la dir. de G. Loiseau, thèse de doct., Université Panthéon-Sorbonne, 2012.

Gleitsmann (Arnold), *Vereinbarung und Gesamtakt*, thèse de doct., Vereinigten Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg, 1900, URL : http://bildsuche.digitale-sammlungen.de/index.html?c=viewer&bandnummer=bsb00066032&pimage=00001&v=2p&nav=&l=en.

Gomaa (Nooman M. K.), *Théorie des sources de l'obligation*, sous la dir. de J. Carbonnier, thèse de doct., Paris, 1968, LGDJ.

Gounot (Emmanuel), *Le principe de l'autonomie de la volonté. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse de doct., Faculté de Paris, 1912, Rousseau.

Grimaldi (Cyril), *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., 2007, Defrénois.

Guelfucci-Thibierge (Catherine), *Nullité, restitutions et responsabilité*, sous la dir. de J. Ghestin, thèse de doct., Université Paris I, 1992, LGDJ.

Guenzoui (Youssef), *La notion d'accord en droit privé*, sous la dir. de C. Hannoun, thèse de doct., Université de Cergy-Pontoise, 2009, LGDJ.

Haftel (Bernard), *La notion de matière contractuelle en droit international privé : Étude dans le domaine du conflit de lois*, sous la dir. de D. Bureau, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2008.

Hage-Chahine (Najib), *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2014.

Hamelin (Jean-François), *Le contrat alliance*, sous la dir. de N. Molfessis, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2012, Économica.

Hauser (Jean), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, sous la dir. de P. Raynaud, thèse de doct., Université de Paris, 1970, LGDJ.

Hecquard-Théron (Maryvonne), *Essai sur la notion de réglementation*, sous la dir. de J.-A. Mazères, thèse de doct., Université de Toulouse, 1977, LGDJ.

Heuzé (Vincent), *La règlementation française des contrats internationaux : étude critique des méthodes*, sous la dir. de P. Lagarde, thèse de doct., Université Paris I, 1990, Joly édition.

Hilt (Patrice), *Le couple et la convention européenne des droits de l'homme*, thèse de doct., 2004, PUAM, url : http://books.openedition.org/puam/1212?lang=fr.

Ho Dinh (Anne-Marie), *Les frontières de la science du droit : Essai sur la dynamique juridique*, sous la dir. de N. Molfessis, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2015.

Houtcieff (Dimitri), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, sous la dir. de H. Muir Watt, thèse de doct., 2001, PUAM.

Issa (Ahmad), *La responsabilité médicale en droit public libanais et français*, sous la dir. de M.-R. Tercinet et F. Farhat, thèse de doct., 2012.

Izorche (Marie-Laure), *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, sous la dir. de J. Mestre, thèse de doct., 1995, PUAM.

Jaouen (Magali), *La sanction prononcée par les parties au contrat : Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, sous la dir. de D. Mazeaud, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2013, Économica.

Japiot (René), *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse de doct., Université de Bourgogne, 1909, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence.

Jarrosson (Charles), *La notion d'arbitrage*, sous la dir. de B. Oppetit, thèse de doct., 1987, LGDJ.

Jourdan-Marques (Jérémy), *Le contrôle étatique de la sentence arbitrale*, sous la dir. de T. Clay, thèse de doct., Université de Versailles St-Quentin-en-Yvelines, 2014.

Juen (Emmanuelle), *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, sous la dir. de É. Loquin, thèse de doct., Université de Bourgogne, 2014.

Juredieu (Franck), *Ratification et acte juridique*, sous la dir. de C. Ophèle, thèse de doct., Université François-Rabelais de Tours, 2013, Institut universitaire Varenne.

Lagrange (Évelyne), *La représentation institutionnelle dans l'ordre international : Une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, sous la dir. de J.-P. Queneudec, thèse de doct., 2002, Kluwer Law International.

Langlais (Michel), *Médecine de secteur public et compétence juridictionnelle : Étude des problèmes de compétence contentieuse en matière de responsabilité des services publics médicaux à l'égard de leurs usagers*, sous la dir. de F.-P. Bénoit, thèse de doct., Rennes, 1966.

Lasserre-Kiesow (Valérie), *La technique législative : Étude sur les codes civils français et allemand*, sous la dir. de M. Pédamon, thèse de doct., 2002, LGDJ.

Laszlo-Fenouillet (Dominique), *La conscience*, sous la dir. de G. Cornu, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 1993, LGDJ.

Latina (Mathias), *Essai sur la condition en droit des contrats*, sous la dir. de D. Mazeaud, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2009, LGDJ.

Laude (Anne), *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, sous la dir. de J. Mestre, thèse de doct., 1992, PUAM.

Lavaine (Mickaël), *L'acte juridictionnel en droit administratif français*, sous la dir. de M. Doat, thèse de doct., Université de Bretagne Occidentale, 2015.

Le Gueut (Thomas), *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, sous la dir. de H. Synvet, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2012.

Lebret (Anne-Sophie), *La distinction des nullités relative et absolue*, sous la dir. de N. Molfessis, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2015.

Ledoux (Patrick), *Le droit de vote des actionnaires*, sous la dir. de P. Merle, thèse de doct., Université Paris II, 2002, LGDJ.

Lemouland (Jean-Jacques), *L'intégrité des consentements au mariage : La théorie des vices du consentement*, sous la dir. de J. Hauser, thèse de doct., Université de Bordeaux I, 1984.

Lemoyne de Forges (Jean-Michel), *Le statut de l'hospitalisé en France*, sous la dir. de R. Drago, thèse de doct., Université de Paris, 1972.

Lequette (Suzanne), *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, sous la dir. de C. Brenner, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2012, Économica.

Leroy (Yann), *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, sous la dir. de C. Marraud, thèse de doct., Unversité Nancy 2, 2011, LGDJ et Lextenso éditions.

Limbach (Francis), *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales des contrats. De l'utilité du concept de la déclaration de volonté*, sous la dir. de C. Witz et S. Peruzetto, thèse de doct., Université Toulouse 1 et Université de la Sarre, 2004, LGDJ.

Linditch (Florian), *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, sous la dir. de J.-A. Mazères, thèse de doct., 1997, LGDJ.

Lokiec (Pascal), *Contrat et pouvoir : Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, sous la dir. de A. Lyon-Caen, thèse de doct., Université Paris X, 2004, LGDJ.

Lucas-Puget (Anne-Sophie), *Essai sur la notion d'objet du contrat*, sous la dir. de M. Fabre-Magnan, thèse de doct., 2005, LGDJ.

Luxembourg (Fanny), *La déchéance des droits : Contribution à l'étude des sanctions civiles*, sous la dir. de A. Ghozi, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2007, Éditions Panthéon-Assas.

Madiot (Yves), *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, sous la dir. de J. Lamarque, thèse de doct., Université de Poitiers, 1971, LGDJ.

Malhière (Fanny), *La brièveté des décisions de justice : Contribution à l'étude des représentations de la justice*, sous la dir. de D. Rousseau, thèse de doct., Université de Montpellier, 2013.

Mansart (Béatrice), *La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient*, sous la dir. de P. Jourdain, thèse de doct., 1999.

Marcus (Laure), *L'unité des contrats publics*, sous la dir. de P. Delvolvé, thèse de doct., 2010, Dalloz.

Maria (Ingrid), *Les incapacité de jouissance : Étude critique d'une catégorie doctrinale*, sous la dir. de P. Ancel, thèse de doct., 2010, Defrénois et Lextenso Éditions.

Marie (Alexis), *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, sous la dir. de J. Combacau, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2013, url : https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/41976650-f1d7-4923-878a-0ab698df207b.

Martin de la Moutte (Jacques), *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, sous la dir. de P. Raynaud, thèse de doct., Université de Toulouse, 1951.

Maumont (Bertrand), *L'acte juridique en droit des personnes et de la famille*, sous la dir. de J. Hauser, thèse de doct., Université de Bordeaux, 2015.

Maurin (Lucien), *Contrat et droits fondamentaux*, sous la dir. de E. Putman, thèse de doct., Université d'Aix-Marseille, 2013, LGDJ.

Mayer (Lucie), *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, sous la dir. de L. Cadiet, thèse de doct., 2009, IRJS.

Mayer (Pierre), *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, sous la dir. de H. Batiffol, thèse de doct., 1973, Dalloz.

Mazeaud (Denis), *La notion de clause pénale*, sous la dir. de F. Chabas, thèse de doct., Université Paris XII, 1992, LGDJ.

Mekki (Mustapha), *L'intérêt général et le contrat : Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, sous la dir. de J. Ghestin, thèse de doct., 2004, LGDJ.

Michel-Xiste (Barbara), *Les relations juridiques entre les praticiens de santé, les cliniques privées et les patients*, sous la dir. de G. Mémeteau, thèse de doct., 2001, LEH.

Morlaas-Courties (Maud), *L'indemnisation des victimes d'accident thérapeutiques*, sous la dir. de J. Calais-Auloy, thèse de doct., Montpellier I, 1999.

Motulsky (Henri), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, sous la dir. de P. Roubier, Bibliothèque Dalloz, réimpression, 2002 (1948), thèse de doct., Sirey.

Mouy (Grégory), *Les effets différés de l'acte juridique*, sous la dir. de G. Viney, thèse de doct., Université Paris 1, 2007.

Muller (Anne-Catherine), *Droit des marchés financiers et droit des contrats*, sous la dir. de H. Synvet, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2007, Économica.

Najjar (Ibrahim), *Le droit d'option : contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, sous la dir. de P. Raynaud, thèse de doct., 1967, LGDJ.

Nemtchenko (Dimitri), *La commission de réforme du Code civil de 1945 à 1962*, sous la dir. de N. Hakim, mém.de mast., Université Bordeaux IV, 2011.

— *La distinction du terme et de la condition*, sous la dir. de G. Wicker, mém.de mast., Université Montesquieu Bordeaux IV, 2012.

Nicinski (Sophie), *L'usager du service public industriel et commercial*, sous la dir. de L. Richer, thèse de doct., Université Paris I, 2001, L'Harmattan.

Palvadeau (Emmanuelle), *Le contrat en droit pénal*, sous la dir. de V. Malabat, thèse de doct., Bordeaux IV, 2011.

Pastré-Boyer (Anne-Laure), *L'acte juridique collectif en droit privé français*, sous la dir. de D. Ferrier, thèse de doct., Université de Montpellier I, 2006, LGDJ.

Payet (Marie-Stéphane), *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, sous la dir. de M.-A. Frison-Roche, thèse de doct., Paris IX, 2001, Dalloz.

Penneau (Jean), *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, sous la dir. de A. Tunc, thèse de doct., Université Paris I, 1972.

Perrier (Jean-Baptiste), *La transaction en matière pénale*, sous la dir. de S. Cimamonti, thèse de doct., Université d'Aix-Marseille, 2014, LGDJ et Lextenso éditions.

Piazzon (Thomas), *La sécurité juridique*, sous la dir. de L. Leveneur, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2009, Defrénois et Lextenso éditions.

Pichard (Marc), *Le droit à : Étude de législation française*, sous la dir. de M. Gobert, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2006, Économica.

Pin (Xavier), *Le consentement en matière pénale*, sous la dir. de P. Maistre du Chambon, thèse de doct., Université de Grenoble, 2002, LGDJ.

Pitcho (Benjamin), *Le statut juridique du patient*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., 2004, LEH.

Porchy (Stéphany), *Volonté du malade et responsabilité du médecin*, sous la dir. de Y. Lambert-Faivre, thèse de doct., Lyon III, 1994.

Posez (Alexis), *L'inexistence du contrat*, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2010.

Poulet (Florian), *L'inopérance des moyens en droit administratif français*, sous la dir. de O. Gohin, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2014, url : https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/7995a933-47b1-4e76-9f73-a8b7215b98a2.

Pradel (Jean), *La condition civile du malade*, sous la dir. de G. Cornu, thèse de doct., 1963, LGDJ.

Prieur (Stéphane), *La disposition par l'individu de son corps*, sous la dir. de É. Loquin, thèse de doct., Université de Dijon, 1999, LEH.

Pronost (Hélène), *Volonté et acte médical*, sous la dir. de B. Beignier, thèse de doct., Université Toulouse I, 2009.

Puiffe de Magondeaux (Odette de), *Les ententes industrielles obligatoires et le corporatisme en France*, thèse de doct., Université de Paris, 1937, LGDJ.

Raschel (Evan), *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, sous la dir. de M. Danti-Juan et R.-N. Schütz, thèse de doct., Université de Poitiers, 2013.

Rieg (Alfred), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, sous la dir. de R. Perrot, thèse de doct., Université de Strasbourg, 1961, LGDJ.

Rihm (Isabelle), *L'erreur dans la déclaration de volonté : Contribution à l'étude du régime de l'erreur en Droit Français*, sous la dir. de G. Wiederkehr, thèse de doct., 2006, PUAM.

Rissel (Aurélien), *L'information médicale. Contribution à l'étude de la relation médicale*, sous la dir. de B. Feuillet, thèse de doct., Université de Rennes 1, déc. 2011.

Rontchevsky (Nicolas), *De l'effet de l'obligation*, sous la dir. de A. Ghozi, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 1998, Économica.

Rooz (Delphine), *L'intégration du droit de l'Union européenne et le droit français des contrats*, sous la dir. de P. Mayer, thèse de doct., Université Panthéon-Sorbonne, 2012.

Rouast (André), *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations*, thèse de doct., Université de Lyon, 1909, A. Rousseau.

Rouaud (Anne-Claire), *Contribution à l'étude de l'opération de marché*, sous la dir. de J.-J. Daigre, thèse de doct., Université Paris I, 2010, IRJS.

Rouhette (Georges), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, sous la dir. de R. Rodière, thèse de doct., Paris, 1965.

Roujou de Boubée (Gabriel), *Essai sur l'acte juridique collectif*, sous la dir. de G. Marty, thèse de doct., Université de Toulouse, 1961, LGDJ.

Sabourau (Julie), *La fin de l'acte juridique : Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, sous la dir. de P. Delmas Saint-Hilaire, thèse de doct., Bordeaux IV, 2011, Éditions universitaires européennes.

Sadi (Damien), *Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé*, sous la dir. de F. Labarthe, thèse de doct., Université Paris-Sud, 2015, Mare & Martin.

Sautonie - Laguionie (Laura), *La fraude paulienne*, sous la dir. de G. Wicker, thèse de doct., Université Montesquieu - Bordeaux IV, 2008, LGDJ et Lextenso éditions.

Savatier (Jean), *Étude juridique de la profession libérale*, thèse de doct., 1947, LGDJ.

Savaux (Éric), *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, sous la dir. de J.-L. Aubert, thèse de doct., Paris I, 1997, LGDJ.

Schlossmann (Siegmund), *Der Wertrag*, thèse de doct., 1876, Breitkopf u. Härtel, url : http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/wrapbooks/%22198077%22.

Schmit (Louis-Marie), *Les définitions en droit privé*, thèse de doct., Université de Toulouse, 2015.

Séjean (Michel), *La bilatéralisation du cautionnement*, sous la dir. de D. Houtcieff, thèse de doct., Université d'Évry-val-d'Essonne, 2011, LGDJ et Lextenso.

Sévely-Fournié (Catherine), *Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé : Contribution à l'étude de l'acte juridique*, sous la dir. de L. Rozès, thèse de doct., Université Toulous 1, 2010, Dalloz.

Simler (Philippe), *La nullité partielle des actes juridiques*, sous la dir. de A. Weill, thèse de doct., Université de Strasbourg, 1969.

Sindres (David), *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, sous la dir. de H. Muir Watt, thèse de doct., Université Panthéon-Sorbonne, 2008.

Storck (Michel), *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, sous la dir. de D. Huet-Weiller, thèse de doct., Université de Strasbourg, 1982, LGDJ.

Suy (Éric), *Les actes juridiques unilatéraux en droit international privé*, sous la dir. de P. Guggenheim, thèse de doct., 1962, LGDJ.

Tehrani (Adrien), *Les investisseurs protégés en droit financier*, sous la dir. de T. Bonneau, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2013.

Terré (François), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, sous la dir. de R. Le Balle, thèse de doct., 1957, LGDJ.

Thaller (Edmond Eugène), *Examen juridique du privilège d'émission de la Banque de France et du billet de banque dans la circulation fiduciaire, et accessoirement du droit de la banque relatif à ses escomptes*, thèse de doct., Université de Paris, 1875.

Théron (Sophie), *La notion de condition : Contribution à l'étude de l'acte administratif*, sous la dir. de J.-A. Mazères, thèse de doct., Université de Toulouse 1, 2001, L'Harmattan.

Todorova (Liliana), *L'engagement en droit*, sous la dir. de Y. Lequette, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2003, ANRT.

Tusseau (Guillaume), *Les normes d'habilitation*, sous la dir. de M. Troper, thèse de doct., Université Paris X-Nanterre, 2006, Dalloz.

Valory (Stéphane), *La potestativité dans les relations contractuelles*, sous la dir. de J. Mestre, thèse de doct., Université d'Aix-Marseille, 1999, PUAM.

Vautrot-Schwarz (Charles), *La qualification juridique en droit administratif*, sous la dir. de D. Truchet, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2009, LGDJ et Lextenso éditions.

Véron (Paul), *La décision médicale*, sous la dir. de F. Vialla, thèse de doct., Université de Montpellier, 2015.

Viaud (Florent), *La relation contractuelle de fait*, sous la dir. de G. Pignarre, thèse de doct., Université de Grenoble, 2010.

Vidal (José), *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit privé français : le principe* fraus omnia corrumpit, sous la dir. de G. Marty, thèse de doct., Université de Toulouse, 1957, Dalloz.

Viney (François), *La personne raisonnable : Contribution à l'étude de la distinction des standards normatifs et descriptifs*, sous la dir. de G. Loiseau, thèse de doct., Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, 2013.

Waltz (Béatrice), *Le dol dans la formation des contrats : essai d'une nouvelle théorie*, sous la dir. de S. Porchy-Simon, thèse de doct., Université Jean Moulin - Lyon III, 2011.

Waterlot (Maxence), *L'effet réel du contrat*, sous la dir. de G. Wicker, thèse de doct., Université de Bordeaux, 2015.

Wester-Ouisse (Véronique), *Convention judiciaire et juridiction pénale*, sous la dir. de L. Cadiet, thèse de doct., Université de Nantes, 1999.

Wicker (Guillaume), *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, sous la dir. de J. Amiel-Donat, thèse de doct., Université de Perpignan, 1997, LGDJ.

Wintgen (Robert), *Étude critique de la notion d'opposabilité : Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, sous la dir. de J. Ghestin, thèse de doct., Université Paris I, 2004.

Worms (René), *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*, thèse de doct., Université de Paris, 1891, Girard.

Wyszogrodzka (Sylwia), *Étude comparative de l'erreur-obstacle en droit français et du dissentiment en droit polonais*, sous la dir. de D. Legeais, thèse de doct., Université Paris Descartes, 2011.

Articles

Alpa (Guido), « Les nouvelles frontières du contrat : Le contrat au début du XXIe siècle » *in Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 1–18.

Amselek (Paul), « Norme et loi », *La loi. Archives de Philosophie du droit,* 1980, p. 89–107.

— « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann » *in La pensée de Charles Eisenmann*, sous la dir. de P. Amselek, Économica et PUAM, 1986, p. 31–65.

— « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits,* 1989, p. 7–10.

— « Les règles juridiques en tant qu'objets mentaux », *Archiv für Rechts — und Sozialphilosophie,* 1993, p. 311–320.

Ancel (Pascal), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.,* 1999, p. 771–810.

— « Contrat de fait et comportements sociaux typiques », *RDC,* 2004, vol. 4, p. 1087 s.

— « Une régression du modèle légal » *in Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations : Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, sous la dir. de G. Pignarre, Thèmes & commentaires, Dalloz, 2005, p. 47–71.

— « Acte juridique et déclaration de volonté : la greffe allemande sur le droit français des obligations » *in Traditions savantes et codifications*, sous la dir. de C. Ophèle et P. Rémy, Université de Poitiers, 2007, p. 161–186.

Antippas (Jeremy), « Retours et avancées sur l'appréhension juridique de l'offre », *JCP G,* 22 sept. 2014, vol. 39, 960.

Atias (Christian), « *De plein droit* », *D.,* 2013, p. 2183.

Atias (Christian), Chevreau (José) et Bachellier (Xavier), « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit » *in L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La documentation française, 1994, p. 73–105.

Aubry (Hélène), « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *RIDC,* 2005, vol. 57, p. 627–651, url : http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2005_num_57_3_19369.

Avril (Pierre) et Gicquel (Jean), *Pouvoirs,* 1984, 29, p. 175.

— « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *Pouvoirs,* 2002, vol. 101.

Bacache (Mireille), « Longue vie à l'arrêt *Mercier* », *RDC,* 2011, 1, p. 335–345.

Bach (Louis), « Conflits de lois dans le temps » *in Rép. civ.* Dalloz, 2006.

Balat (Nicolas), « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », *D.,* 2015, p. 699–701.

Barbier (Hugo), « Le prix dérisoire et le défaut de consentement ramenés dans le giron de la nullité relative : la prise des derniers bastions de la théorie classique par la théorie moderne des nullités », *RTD Civ.,* 2016, p. 343.

Basdevant-Gaudemet (Brigitte), « Un contrat entre l'homme et la femme ? Quelques points à travers l'histoire en Occident » *in La contractualisation de la famille*, sous la dir. de D. Fenouillet et P. de Vareille-Sommières, Économica, 2001, p. 17–38.

Batiffol (Henri), « La crise du contrat et sa portée », *APD,* 1968, vol. XIII, p. 13 s.

Batteur (Annick), « Le consentement sur le corps en matière médicale » *in La libre disposition de son corps*, sous la dir. de J.-M. Larralde, t. 88, Bruylant et Nemesis, 2009.

Bénabent (Alain), « L'hybridation dans les contrats » *in Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 27–31.

— « Le discrétionnaire » *in Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, LexisNexis, 2007, p. 11–16.

Bentham (Jeremy), « Principles of the civil code » *in The Works of Jeremy Bentham*, t. 1, John Bowring, 1810.

Bérard (Émilie) et Steyer (Véronique), « La responsabilité contractuelle à l'hôpital. Un modèle fonctionnel malgré tout ? », *Revue française de gestion,* 2013, vol. ll, 237, p. 147–167, url : www.cairn.info/revue-francaise-de-gestion-2013-8-page-147.htm.

Bergé (Jean-Sylvestre), « Remarques sur l'acte juridique en droit européen », *Revue des contrats,* 2016, p. 341–342.

Bergel (Jean-Louis), « Différence de nature = différence de régime », *RTD Civ.,* 1984, p. 255–272.

Bézin (Guillaume de), « Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe », *Recueil de législation de Toulouse,* 1905, p. 289–351, url : https://archive.org/stream/s2recueil01acaduoft#page/288/mode/2up.

Bienvenu (Jean-Jacques), « Actes juridiques et classification », *Droits,* 1988, 7, p. 21.

Bioy (Xavier), « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction... » *in Les notions juridiques*, sous la dir. de G. Tusseau, Économica, 2010, 21 s.

Blanc (Nathalie), « Contrats nommés et innomés, un article disparu ? », *RDC,* 2015, p. 810–811.

— « Dispositions préliminaires - Analyse des articles 1101 à 1110 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gazette du Palais,* 2016, 120, p. 3.

Bloch (Laurent), « Objectivisme et subjectivisme dans l'acte médical » *in Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Lexisnexis et Dalloz, 2012, p. 737–762.

Borghetti (Jean-Sébastien), « La perte de chance : rapport introductif », *LPA,* 31 oct. 2013, 218, 3 s.

— « Peut-on se passer de la causalité en droit de la responsabilité » *in Quel avenir pour la responsabilité civile*, Dalloz, 2015, p. 11–22.

Bourdoncle (Emmanuel), « Fitzmaurice et la distinction entre traité et obligation conventionnelle » *in Grandes pages du droit international. Les sources*, Pedone, 2016.

Brenner (Claude), « Acte juridique » *in Répertoire civil*, janv. 2013, Dalloz.

— « Sources des obligations dans le Code civil rénové : passage à l'acte ou acte manqué ? », *JCP G,* 2 mai 2016, 524.

Bridge (Christine), « L'engagement des concubins sur les conséquences de leur rupture à l'épreuve du droit des obligations », *RLDC,* 2007, 41, p. 59–66.

Bulygin (Eugenio), « Système juridique et ordre juridique » *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Économica, 2006, p. 223–229.

Calais-Auloy (Jean), « L'attente légitime : une nouvelle source de droit positif ? » *in Mélanges Yves Guyon : Aspects actuels du droit des affaires*, 2003, 171 s.

Capitant (Henri), « Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois » *in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Sirey, 1934, p. 204–216, url : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5433888t/f219.image.

Carbonnier (Jean), « Sociologie et droit du contrat » *in Annales de la faculté de droit de Toulouse*, t. VII, 1959, p. 113–126.

— « Sociologie de la vente », *Travaux et conférences de l'Université Libre de Bruxelles,* 1960, vol. VIII, (reproduit dans *Écrits de Jean Carbonnier*, PUF, 2008, p. 521-525), p. 140–153.

Casimir (Étienne), « Le *dolus bonus*, une notion à réhabiliter » *in Les pilliers du droit civil*, sous la dir. de N. Laurent-Bonne, N. Pose et V. Simon, Mare & Martin, 2014, p. 213–251.

Castres Saint-Martin - Drummond (France), « Le contrat comme instrument financier » *in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Éditions du JurisClasseur, 1999, p. 661–675.

Chartier (Jean-Luc A.), « Jean Foyer In Memoriam » *in Le Droit et l'État chez Saint Thomas d'Aquin*, Litec, 2010, p. 87–96.

Chauvel (Philippe), « Consentement » *in Répertoire civil*, Dalloz, 2007.

Chazal (Jean-Pascal), « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », *RDC,* 2003, 1, 27 s.

Chénédé (François), « Contrat » *in Hommage à Georges Rouhette*, Dalloz, 2014.

Clamour (Guylain), « Les chausses-trapes du contrat », *AJDA,* 2017, 2418 et s.

Colin (Frédéric), « L'utilisation d'indices concordants en droit administratif », *AJDA,* 2007, p. 18–23.

Collart-Dutilleul (François), « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique ? » *in La nouvelle crise du contrat*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 225–241.

Colonna (Joël), « Les usages en droit du travail » *in La coutume dans tous ses états : Actes du colloque international des 15 au 17 juin 2010 à l'occasion de la célébration du 500e anniversaire de la rédaction de la coutume d'Auvergne*, sous la dir. de F. Garnier et J. Vendrand-Voyer, La Mémoire du droit, p. 235–246.

Combacau (Jean), « L'acte juridique. Ouverture », *Droits,* 1988, vol. 7, p. 3–10.

— « Logique de la validité contre logique de l'opposabilité dans la Convention de Vienne sur le droit des traités » *in Mélanges Michel Virally : Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Pedone, 1991, p. 195–203.

Coppens (Philippe), « Sur l'intention et la volonté dans les contrats » *in Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles : Larcier, 2003, p. 83–110.

Corbin (Arthur L.), « Offer and Acceptance, and Some of the Resulting Legal Relations », *The Yale Law Journal,* 1917, 3, p. 169–706, url : http://www.jstor.org/stable/786706.

Cornu (Gérard), « Centenaire », *D.,* 1959, chron., p. 215–220.

— « L'évolution du droit des contrats en France » *in Journées de la Société de législation comparée*, Sociétés, 1979, p. 448–463.

Costa (Delphine), « Lorsque les fictions déjouent les pièges du droit » *in L'imaginaire en droit*, sous la dir. de M. Doat et G. Darcy, Bruylant, 2011, p. 367–382.

Costa (Jean-Paul), « La Cour européenne des droits de l'homme : un juge qui gouverne ? » *in Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, 67 s.

Cousin (Clément) et al., « Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *D.,* 2015, p. 1115–1121.

Couture (Eduardo Juan), « La chose jugée comme présomption légale. Note critique sur les articles 1349 et 1350 du Code civil », *RIDC,* 1954, vol. 6, p. 681–701, url : http://demo.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1954_num_6_4_9089.

Crepet-Daigremont (Claire), « La notion d'accord chez Michel Virally » *in Les grandes pages du droit international. Les sources du droit international*, Pedone, 2015.

Dannemann (Gerhard), « Contracts and other juridical acts in the DCFR » *in The Draft Common Frame of Reference : national and comparative perspectives*, sous la dir. de V. Sagaert, M. Storme et E. Terryn, Intersentia, 2012, p. 9–20.

Danti-Juan (Michel), « Le consentement et la sanction » *in Mélanges offerts à P. Couvrat : la sanction du droit*, PUF, 2001, 367 s.

Davignon (Jean-François), « Fasc. 664 : Concession de service public » *in JCl Administratif*, 2011.

De David Beauregard-Berthier (Odile), « Le contrôle du détournement de procédure en matière d'élaboration des lois », *RFDC,* vol. 2009/3, 79, p. 451-476, url : https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2009-3-page-451.htm.

De Paolis (Velasio), « L'atto giuridico », *Periodica de re canonica,* 2001, vol. XC, p. 185–223, url : http://books.google.fr/books?id=k-PGhNXITYoC&lpg=PA208&ots=or9W6tMlXe&dq=de%20paolis%20%22actus%20juridicus%22%20periodica&hl=fr&pg=PA185#v=onepage&q&f=false.

Decout-Paolini (Rémi), « L'irrecevabilité d'un hôpital détenant une créance sur un usager à demander au juge des référés le versement d'une provision », *RDSS,* 2016, p. 332–337.

Défossez (Michel), « Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause des obligations », *RTD Civ.,* 1985, p. 521–538.

Deguergue (Maryse), « Droits des malades et qualité du système de santé », *AJDA,* 2002, 508 s.

Del Vecchio (Georgio), « L'*homo juridicus* et l'insuffisance du droit comme règle de la vie » *in Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique*, Recueil Sirey, 1935–1936, p. 1–20.

Demogue (René), « De la violence comme vice du consentement », *RTD Civ.,* 1914, p. 435–480.

Deroussin (David), « Bentham, l'utilitarisme et le contrat » *in Histoire, théorie et pratique du droit. Études offertes à Michel Vidal*, Presses universitaires de Bordeaux, 2010, p. 431–453.

— « Article 1107 : les contrats réels », *RDC,* 2015, p. 734–735.

Deshayes (Olivier), « Gratuité et contrat : l'acte à titre gratuit est-il un contrat ? » *in La gratuité un concept aux frontières de l'économie et du droit*, sous la dir. de N. Martial-Braz et C. Zolynski, LGDJ, 2013, p. 133–149.

Despotopoulos (Constantin), « La notion de synallagma chez Aristote », *APD,* 1968, p. 115–127.

Deumier (Pascale), « Coutume ou coutumes : existe-t-il une notion uniforme de la « coutume » en droit français ? » *in La coutume dans tous ses états : Actes du colloque international des 15 au 17 juin 2010 à l'occasion de la célébration du 500e anniversaire de la rédaction de la coutume d'Auvergne*, sous la dir. de F. Garnier et J. Vendrand-Voyer, La Mémoire du droit, 2013, p. 217–234.

Didier (Paul), « Brèves notes sur le contrat-organisation » *in Mélanges en l'honneur de François Terré : L'avenir du droit*, Dalloz, PUF et Éditions du JurisClasseur, 1999, p. 635–642.

Dikoff (L.), « L'évolution de la notion de contrat » *in Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 201–217.

Dissaux (Nicolas), « Vente à vil prix : un dogmatisme absolu pour une nullité relative », *JCP E,* 5 mai 2016, 8, 1251.

Dockès (Emmanuel), « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Droit social,* 1994, p. 227 s.

« Dossier spécial : Le désordre normatif », *RDP,* 2006, 43 s.

Dreifuss-Netter (Frédérique), « Feue la responsabilité civile contractuelle du médecin ? », *RCA,* oct. 2002, chron., 17, p. 4–8.

— « Le droit médical, laboratoire de la responsabilité civile ? *(table ronde)* » *in Quel avenir pour la responsabilité civile ?*, sous la dir. de Y. Lequette et N. Molfessis, Dalloz, 2014, p. 61–65.

Dross (William), « L'exception d'inexécution : essai de généralisation », *RTD Civ.,* 2014, p. 1–28.

Dufau (Jean), « La nature juridique de la concession de service public » *in Mélanges René Chapus : Droit administratif*, Montchrestien, 1992, p. 147–157.

Duguit (Léon), « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », *RDP,* 1907, p. 411–439, url : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k111157c/f410.item.

Durand (Paul), « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », *RTD Civ.,* 1944, p. 73–97.

Eisenmann (Charles), « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD,* 1966, 25 s.

Eisenmann (Charles), « Science du droit et sociologie chez Hans Kelsen » *in Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, sous la dir. de C. Leben, Éditions Panthéon-Assas, 2002, p. 395–404.

— « Sur la théorie kelsénienne du domaine de validité des normes juridiques » *in* sous la dir. de C. Leben, Éditions Panthéon-Assas, 2002, p. 405–412.

Encinas de Muñagorri (Rafael), « Kelsen et la théorie générale du contrat » *in Actualité de Kelsen en France*, sous la dir. de C. M. Herrera, Bruylant et LGDJ, 2001, p. 109–119.

Fabre-Magnan (Muriel), « Critique de la notion de contenu du contrat », *RDC,* 2015, p. 639–646.

Fenouillet (Dominique), « Couple hors mariage et contrat » *in La contractualisation de la famille*, sous la dir. de D. Fenouillet et P. de Vareille-Sommières, Économica, 2001, p. 81–132.

Fenouillet (Dominique) et Vareilles-Sommières (Pascal de), « Avant-propos » *in La contractualisation de la famille*, sous la dir. de D. Fenouillet et P. de Vareille-Sommières, Économica, 2001, p. V–VI.

Fitzmaurice (Malgosia), « Treaties » *in The Max Planck encyclopedia of public international law*, t. IX, Oxford, fév. 2010.

Fontaine (Marcel), « Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats ? » *in Mélanges offert à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, p. 115–133.

— « La théorie de la formation du contrat et la pratique du "*closing*" » *in Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 361–375.

Forray (Vincent), « L'offre et l'acceptation dans les projets de réforme du droit français des contrats : Remarques sur l'écriture doctrinale du droit des contrats », *RTD Civ.,* 2012, p. 231–249.

Foussard (Dominique), « La Cour de cassation française et l'unification du droit » *in Les cours judiciaires suprêmes dans le monde arabe*, Bruylant, 2001, url : http://www.cedroma.usj.edu.lb/pdf/cjsma/fouss.pdf.

Fransen (Gérard), « Le dol dans la conclusion des actes juridiques selon le droit canonique du Moyen-Âge », *Ephemerides theologicae Lovanienses,* 1945, vol. 21, p. 61–96.

Frison-Roche (Marie-Anne), « Le droit financier entre volontés et informations » *in Prospectives du droit économique, Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1991, p. 11–16.

— « La philosophie du procès, propos introductifs », *APD. Le procès,* 1995, p. 19–23.

— « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD Civ.,* 1995, 573 s.

— « Volonté et obligation », *APD,* 2000, p. 129–151.

Fulchiron (Hugues), « Le mariage homosexuel et le droit français », *D.,* 2001, p. 1628.

— « Le droit français et les mariages homosexuels à l'étranger », *D.,* 2006, p. 1253.

Fuller (Lon Louvois) et Perdue (William R.), « The Reliance Interest in Contract Damages », *Yale Law Journal,* p. 52–96, url : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fuller.html.

Gaudemet (Jean), « Les transferts de droit », *L'Année sociologique,* 1976, p. 29–59.

— « Le mariage, un contrat », *Revue des sciences morales et politiques,* 1995, p. 161–173.

— « Pothier et Jacqueminot. À propos des sources du Code civil de 1804 » *in Le rôle de la volonté dans les actes juridiques : Études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, 2000, p. 369–387.

Gautier (Pierre-Yves), « Crise du contrat... ou crise du juge et de la doctrine ? », *RDC,* 2003, 1, p. 277.

— « Morceaux de code », *RTD civ.,* 2015.

Genicon (Thomas), « Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots », *RDC,* 2015, vol. 3, p. 625–633.

Gény (François), « Les bases fondamentales du droit privé en face des théories de L. Duguit », *RTD Civ.,* 1922, p. 779–829.

Georgel (Jacques), « Fasc. 500 : L'hôpital » *in JCl. Administratif*, 1972.

Ghestin (Jacques), « La notion de contrat », *D.,* 1990, p. 147–156.

— « Introduction », *RJ. com.,* nov. 1995, 11, p. 17–22.

— « Observations sur le projet de réforme des contrats », *LPA,* 12 fév. 2009, 31, p. 5 s.

— « Georges Rouhette : un savant » *in Hommage à Georges Rouhette*, Dalloz, 2014, p. 11–15.

— « Observations générales », *LPA,* 4 sept. 2015, n° 177.

Gicquel (Jean-Éric), « Fasc. 30 : Loi » *in JCl Admin.* 2013.

Giesen (Ivo) et Engelhard (Esther), « Medical Liability in the Netherlands » *in Medical Liability in Europe : A Comparison of Selected Jurisdictions*, sous la dir. de B. A. Koch, Walter de Gruyrer, 2011, p. 361–409.

Gigon (Éléonore) et Sponchiado (Lucie), « Recherches sur les actes juridiques unilatéraux à plusieurs auteurs », *Jurisdoctoria,* 2011, vol. 7, p. 17–44.

Girer (Marion), « Le consentement contractuel : mythe et réalité. Pour une autre façon de penser les rapports patients-professionnels », *RGDM,* 2004, 13, p. 41–58.

Girolami (Paolo), « Le contrat de soin », *RGDM,* 2003, vol. 10, p. 81–89.

Goesel-Le Bihan (Valérie), « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Cahier du Conseil constitutionnel,* juin 2007, vol. 22, url : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-22/le-controle-de-proportionnalite-exerce-par-le-conseil-constitutionnel.50709.html.

— « contrôle de l'objectif poursuivi par le législateur dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel », *RFDC,* 2014, n° 298, p. 269–291.

Grimaldi (André) et Lyon-Caen (Olivier), « Pour une réforme du système de santé », *Le Débat,* 1er nov. 2011, vol. n° 167, p. 100–107, doi : 10.3917/deba.167.0100, url : http://www.cairn.info/article.php?ID_ARTICLE=DEBA_167_0100.

Grimaldi (Cyril), « La distinction entre l'acte et le fait juridique », *RDA,* 2013, 7, p. 47–51.

Gros (Cécile), « Transmission de la clause compromissoire dans une chaîne de contrats », *JCP G,* 11 juil. 2001, II, 10567.

Grzegorczyk (Christophe), « L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit », *Droits,* 1988, vol. 7, p. 47–57.

Grzegorczyk (Christophe), « Ordre juridique comme réalité », *Droits,* 2002, vol. 35, p. 103–118.

Guignard (Laurent), « Les ambiguïtés du consentement à l'acte médical en droit civil », *RRJ,* 2000, p. 45–65.

Gulphe (Pierre), « À propos d'une nouvelle lecture de l'Article 708 du CSP », *JCP G,* 1988, 1, 3329.

Gutmann (Daniel), « Le juge doit respecter la cohérence du droit, Réflexions sur un imaginaire article $4^{1/2}$ du Code civil » *in Le titre préliminaire du code civil*, sous la dir. de G. Fauré et G. Koubi, Économica, 2003, p. 109–123.

Hachez (Isabelle), « Précisions et droits de l'homme dans l'ordre juridique belge », *La revue des droits de l'homme,* juil. 2015.

Halperin (Jean-Louis), « L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la doctrine international du XIXe siècle », *Droits,* 2001, vol. 33, p. 41–52.

— « L'idée de culture juridique française est-elle utile au droit comparé ? » *in Le droit comparé au XXIe siècle*, sous la dir. de B. Fauvarque-Cosson, Société de législation comparée, 2015, p. 155–167.

Halpérin (Jean-Louis), « L'histoire de la fabrication du code. Le code : Napoléon ? », *Pouvoirs,* 2001, vol. 107, p. 11–21.

Hammje (Petra), « "Mariage pour tous" et droit international privé », *Rev. crit. DIP,* p. 773–806.

Hébraud (Pierre) et Verdot (René), « Acte » *in Rép. civ.* Dalloz, 1970.

Helleringer (Geneviève), « Quand les parties font leur loi : Réflexions sur la contractualisation du pouvoir judiciaire d'interprétation » *in Repenser le contrat*, sous la dir. de G. Lewkowics et M. Xifaras, Dalloz, 2009, p. 275–305.

Hennebel (Ludocvic) et Lewkowicz (Gregory), « La contractualisation des droits de l'homme » *in Repenser le contrat*, sous la dir. de G. Lewkowicz et M. Xifaras, Dalloz, 2009, p. 221–244.

Hermitte (Marie-Angèle), « Le corps hors du commerce, hors du marché », *APD,* 1988, p. 323–346.

Héron (Jacques), « Réflexions sur l'acte juridique et le contrat à partir du droit judiciaire privé », *Droits,* 1988, p. 85–94.

Heuzé (Vincent), « La notion de contrat en droit international privé » *in Travaux du comité français de droit international privé. Années 1995-1998*, Pédone, 2000, p. 319–335.

Hollander (Philippe Wouter den), « Tort law and the violation of statutory provisions » *in The Draft Common Frame of Reference : national and comparative perspectives*, sous la dir. de V. Sagaert, M. E. Storme et E. Terryn, Intersentia, 2012, p. 241–260.

Houin (Roger), « Les incapacités », *RTD Civ.,* 1947, p. 383–405.

Houtcieff (Dimitri), « Actes de commerce » *in Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2008.

— « Motivation des arrêts de Cour de cassation : ce qui s'énonce clairement se conçoit bien », *GP,* 10 mai 2016, p. 23.

Huet (Jérome), « Le consentement échangé avec la machine », *RJ. com.,* nov. 1995, n° 11, p. 124–132.

Iliopoulou (Anastasia), « Quatre ans d'application de la jurisprudence *Duvignères* », *RFDA,* 2007, p. 477–488.

Jacqué (Jean-Paul), « Acte et norme en droit international public » *in Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 227, Brill |Nijhoff, 1991, url : http://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*-ej.9780792317852.357_417.

Jamin (Christophe), « Pour en finir avec la formation du contrat ! », *LPA,* 6 mai 1998, 25 s.

— « Quelle nouvelle crise du contrat ? : Quelques mots en guise d'introduction » *in La nouvelle crise du contrat*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 7–26.

Jeammaud (Antoine), « La règle de droit comme modèle », *D.,* 1990, p. 199–210.

Jeansen (Émeric), « Entre heures de délégation et discrimination syndicale : précisions et rappels », *JCP S,* 17 fév. 2015, 1058.

Jestaz (Philippe), « Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux-arts : Éléments de métajuridique amusante », *RTD Civ.,* 1979,.

— « Rapport de synthèse » *in La nouvelle crise du contrat*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 243–260.

— « Une révolution inaperçue, à propos de l'acte juridique », *RTD Civ.,* 2014, p. 67–70.

Jèze (Gaston), « Nature juridique de l'engagement militaire », *RDP,* 1917, p. 110–134, url : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k111167q/f110.item.

— « De la rectification des lois par voie d'erratum », *RDP,* 1918, p. 394–400, url : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1111683/f398.item.

Jobard Bachelier (Marie-Noëlle), « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif », *RTD civ.,* 1985, p. 1–62.

Jori (Mario), « Ordre juridique », *APD,* 1984, vol. 29, p. 347–352.

Josserand (Louis), « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le *contrat forcé* et le *contrat légal* (contrat dit *de salaire différé*) », *DH,* 1940, chron., II.

Jouanjan (Olivier), « Faillible droit », *Revue européenne des sciences sociales,* 2000, p. 65–78, url : http://ress.revues.org/672.

Jourdain (Patrice), « Le devoir de *se* renseigner », *D.,* 1983, chron., XXV, p. 149–144.

Julien-Laferrière (François), « Contractualisation *versus* institutionnalisation de l'action publique » *in Contrat ou Institution : un enjeu de société*, sous la dir. de B. Basdevant-Gaudemet, LGDJ, 2004.

Kelsen (Hans), « La théorie juridique de la convention », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique,* 1940, p. 33–76, url : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k888152j/f327.image.

— « What is a Legal Act? », *American Journal of Jurisprudence,* 1984, vol. 29, 9 (Traduction d'un article paru en 1952), p. 199–212.

Kennefick (Ciara), « *Violence* in the Reformed Napoleonic Code: the Surprising Survival of Third Parties » *in The Code Napoléon Rewritten : French Contract Law after the 2016 Reforms*, sous la dir. de J. Cartwright et J. Whittaker, Hart Publishing, 2016, p. 109–133.

Kerchove (Michel van de), « Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle ? » *in La contractualisation de la production normative*, sous la dir. de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, Dalloz, 2008, p. 187–201.

KRYNEN (Jacques), « Entre science juridique et dirigisme : le glas médiéval de la coutume », *Cahiers de recherches médiévales et humanistes,* 2000, 7, p. 171–187, URL : http://crm.revues.org/892.

« La décision », Jurisdoctoria, 2011, 7, sous la dir. de N. FOULQUIER.

LAGARDE (Paul), « Le "Dépeçage" dans le droit international privé des contrats », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale,* 1975, 4.

LAGARDE (Xavier), « L'acte d'investissement. Du contrat à l'acte juridique » *in Les concepts émergents en droit des affaires*, sous la dir. de É. LE DOLLEY, avec une préf. d'É. LE DOLLEY et G. FARJAT, concl. J.-L. BERGEL et T. BONNEAU, LGDJ et Lextenso éditions, 2010, p. 281–294.

LANGLÈS (Olivier), « Vices du consentement et droit du mariage : une rencontre originale », *JCP N,* 27 mar. 1998, p. 483.

LARDEUX (Gwendoline), « La réticence dolosive n'est pas un dol comme les autres », *D.,* 2012, p. 2986–2990.

LARONZE (Fleur), « La norme ISO 26000, une source de droit en matière sociale : L'apport de la théorie du droit à la réflexion sur les normes de la RSO », *Droit social,* 2013, p. 345 s.

LASSERRE-KIESOW (Valérie) et LUZEAUX (Didier), « Le droit civil allemand dans la science juridique française. Plaidoyer pour une meilleure connaissance » *in Une science juridique franco-allemande. Bilan critique et perspectives d'un dialogue culturel*, sous la dir. de O. BEAUD et E. V. HEYEN, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999.

LAURENT-BONNE (Nicolas) et CORNU-THÉNARD (Nicolas), « Projet éditorial », *Tribonien,* 2018.

LE BRAS (Gabriel), « Le mariage dans la théologie et le droit de l'Église du XIe au XIIIe siècle », *Cahiers de civilisation médiévale,* 1968, vol. 42, p. 191–202, URL : http://www.persee.fr/docAsPDF/ccmed_0007-9731_1968_num_11_42_1444.pdf.

LE PEN (Claude), « 6. Calcul économique et décision en santé » 1er juin 2009, p. 63–73, URL : http://www.cairn.info/article.php?ID_ARTICLE=SCPO_BRAS_2009_01_063.

LE TOURNEAU (Philippe), « Rapport introductif » *in Loi et contrat, Colloque tenu à Toulouse le 11 mars 2002*, Université de Toulouse, 2002, URL : http://philippe-le-tourneau.pagesperso-orange.fr/LeTPublications.html#cinqC.

LEBEN (Charles), « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits,* 2001, vol. 33, p. 19–39.

LÉCUYER (Hervé), « Mariage et contrat » *in La contractualisation de la famille*, sous la dir. de D. FENOUILLET et P. de VAREILLE-SOMMIÈRES, Économica, 2001, p. 57–65.

LEDUC (Fabrice), « Causalité civile et imputation », *RLDC,* 2007, vol. 40 - Supplément.

— « Pas de requiem prématuré pour l'arrêt Mercier », *RDC,* 2011, p. 345–357.

LEQUETTE (Suzanne), « La notion de contrat : Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD Civ.,* 2018, p. 541-566.

LEROYER (Anne-Marie), « Personnes protégées - Qualification des actes de gestion du patrimoine », *RTD civ.,* 2009, p. 180–183.

« Les exigences légales relatives à la forme et au contenu du CDD ne s'appliquent pas à une promesse d'embauche », *Rev. trav.,* 2016, note sous Cass. soc. 6 juill. 2016, 616 s.

« Les idées de Portalis sur le mariage » *in Le discours et le code*, Litec, 2004, 113 s.

Lesage (Germain), « La genèse de l'acte juridique », *Revue de l'Université d'Ottawa,* 1951, Suppl. p. 5–31.

Libchaber (Remy), « La société, contrat spécial » *in Dialogues avec Michel Jeantin : Prospectives du droit économique*, Dalloz, 1999, p. 281–289.

Libchaber (Rémy), « Réflexions sur les effets du contrat » *in Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, 211 s.

— « La nuit du 19 juin 2013… », *RDC,* 2013, vol. 1, p. 44.

— « Regrets liés à l'avant-projet de réforme du droit des contrats – Le sort des engagements non bilatéraux », *RDC,* 2015, p. 634–638.

Loiseau (Grégoire), « Le contrat de don d'éléments et produits du corps humain. Un autre regard sur les contrats réels », *D.,* 2014, p. 2252–2258.

Lokiec (Pascal), « La décision médicale », *RTD civ.,* 2004, p. 641–654.

Luciani (Massimo), « Giurisdizione e legittimazione nello stato costituzionale di diritto (ovvero : di un aspetto spess dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia) », *Politica del diritto,* 1998, 3, p. 365–382, url : https://www.rivisteweb.it/doi/10.1437/3163.

Lyon-Caen (Gérard), « Défense et illustration du contrat de travail », *APD. Sur les notions de contrat,* 1968, vol. 13, p. 59–69.

Magdelain (André), « L'acte juridique au cours de l'ancien droit romain » *in Jus imperium auctoritas. Études de droit romain*, Publications de l'École française de Rome, 1990, p. 713–752, url : https://www-persee-fr.bibliopam-evry.univ-evry.fr/web/ouvrages/home/prescript/article/efr_0000-0000_1990_ant_133_1_3984.

Maillols-Perroy (Anne-Catherine), « 10.2 Responsabilité et prescription hors AMM » *in Le grandes décisions du droit médical*, sous la dir. de F. Vialla, 2e éd., LGDJ, 2014, p. 847–861.

Malaurie (Philippe), « La responsabilité civile médicale », *Defr.,* 2002, 37632.

Mathieu-Izorche (Marie-Laure), « Outils mathématiques pour l'étude du droit : l'exemple de la notion de distance », *Cahiers des Écoles doctorales de la Faculté de Montpellier,* 2003, vol. 3, p. 145–194.

Mayer (Pierre), « La "circulation" des conventions d'arbitrage », *Clunet,* 2005, Reproduit *in Choix d'articles de Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 389-400, 251 s.

— « Existe-t-il des normes individuelles ? » *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Économica, 2006, p. 679–691.

— « La reconnaissance : notions et méthodes » *in Choix d'articles de Pierre Mayer*, réimpression d'un article paru dans *La reconnaissance des situations en droit international privé*, sous la dir. de P. Lagarde, Pedone, 2013, LGDJ et Lextenso, 2015, p. 217–222.

Mazeaud (Denis), « La confiance légitime et l'*estoppel* », *RIDC,* 2006, vol. 58, p. 363–392, url : http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2006_num_58_2_19428.

Mbambi (Vincent Kangulumba), « Les droits originellement africains dans les récents mouvements de codification : le cas des pays d'Afrique francophone subsaharienne », *Les Cahiers de droit,* 2005, vol. 46, 1-2, p. 315–338, url : https://www.erudit.org/revue/cd/2005/v46/n1-2/043841ar.pdf.

Mekki (Mustapha), « Le discours du contrat. Quand dire, ce n'est pas toujours faire », *RDC,* 2006, p. 297–310.

Mémeteau (Gérard), « Contrat médical, d'hospitalisation et de soins », *RGDM,* 2007, numéro spécial, p. 33–59.

— « De la nullité du contrat médical ? » *in Mélanges en l'honneur de Michel Bélanger. Modernité du droit de la santé*, LEH Édition, 2015, p. 285–298.

Mescheriakoff (Alain-Serge), « Ordre intérieur administratif et contrat », *RFDA,* 1997, p. 1129–1138.

Mignon (Maxime), « Le fondement juridique de la responsabilité civile des médecins et chirurgiens », *D.,* 1950, chron., 27.

Molfessis (Nicolas), « La perception commune du droit » *in Regards sur le droit*, sous la dir. de F. Terré, Dalloz, 2010, p. 63–75.

— « Droit des contrats : l'heure de la réforme », *JCP E,* 16 fév. 2015, vol. 7, 199.

— « Promesses d'embauche : la chambre sociale retrouve la voie du droit civil mais s'égare dans la motivation enrichie », *JCP G,* 2017, vol. doctr. 47.

Molière (Aurélien), « Et si le concubinage était un acte juridique ? », *RTD Civ.,* 2018, p. 21–44.

Monateri (Giuseppe), « Règles et technique de la définition dans le droit des obligations et des contrats en France et en Allemagne : la synecdocque française », *RIDC,* 1984, vol. 1, p. 7–57.

Moore (Benoît), « L'absence d'intention conjugale : Mariage simulé ou erreur sur la personne ? », *Revue du Notariat,* 2000, p. 245–294, url : https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/1391/Absence%20d'intention%20conjugale.Mariage%20simul%C3%83%C2%A9%20ou%20erreur%20sur%20la%20personne.pdf?sequence=1.

Moreau (Jacques), « À la recherche de l'acte complexe : l'exemple du droit public français », *Droits,* 1988, 83 s.

Morin (Gaston), « Les tendances actuelles de la théorie des contrats et les relations du réel et des concepts. À propos des articles de M. Josserand », *RTD civ.,* p. 553–563.

— « La désagrégation de la théorie contractuelle du code », *APD,* 1940, p. 1–32.

Moron-Puech (Benjamin), « Articles 1101-1186 » *in Observations sur diverses dispositions de la réforme du droit des contrats. Rapport remis à la Chancellerie*, sous la dir. de L. Leveneur, M. Leveneur-Azémar et B. Moron-Puech, 2015, p. 3–13, url : https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01376024.

— « De quelques faiblesses de la définition traditionnelle du contrat », *Droits,* 2017, p. 115-130.

— « Le rejet du sexe neutre : une "mutilation juridique" ? », *D,* 2017, p. 1404-1408.

— « L'usager du service public hospitalier : un contractant ! », *RDSS,* 2017, p. 512-524.

Mouly (Jean), « La réticence dolosive suppose, mais ne rend pas excusable l'erreur de l'autre partie », *JCP G,* 17 sept. 2012, n° 981, p. 1665–1666.

— « Le formalisme du CDD ne s'applique pas à la promesse d'embauche : encore la distinction de la promesse et du contrat de travail », *Droit social,* 2016, p. 687 s.

Mousseron (Pierre), « La France : République coutumière », *RTD Civ.,* 2016, p. 305.

Muir Watt (Horatia), « *Reliance* et définition du contrat » *in Prospectives du droit économique : Dialogues avec Michel* Jeantin, Dalloz, 1991.

NAZ (Raoul), « Chapitre III - Les vices des actes juridiques : la violence, la crainte, le dol et l'erreur (can. 103-104) » *in Traité de droit canonique*, sous la dir. de R. NAZ, Letouzey et Ané, 1946.

N'DAYE (Florence), EDEL (Vincent) et WEILER (Laura), « Faut-il introduire un principe de confiance en droit des contrats ? (table ronde) » *in La confiance en droit privé des contrats*, sous la dir. de V.-L. BÉNABOU et M. CHAGNY, Dalloz, 2008, p. 133–149.

NERSON (Roger), « Le respect par le médecin de la volonté du malade » *in Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 853–880.

NICOLAS (Valérie), « Le désordre normatif », *Pouvoirs,* 1994, vol. 69, p. 35–48.

OPPETIT (Bruno), « L'engagement d'honneur », *D.,* 1979, chron., n° XVII, p. 107–116.

— « Le consentement sans l'échange : le concours des consentements », *RJ. com.,* nov. 1995, 11, p. 69–73.

PELLET (Rémi), « 37. L'Europe et la concurrence en matière de santé », *Hors collection,* 1er juin 2009, p. 353–360, URL : http://www.cairn.info/article.php?ID_ARTICLE=SCPO_BRAS_2009_01_353.

PELTIER (Virginie), « Contribution à l'étude de la notion d'inexistence en droit privé », *RRJ,* 2000, p. 937–976.

PERREAU (Étienne-Ernest-Hippolyte), « Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence », *RTD Civ.,* 1914, p. 481–522.

PETIT (Bruno) et ROUXEL (Sylvie), « Art. 1110, Fasc. unique : Erreur » *in JCl. Civil Code*, 2014.

PFERSMANN (Otto), « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », *RRJ,* 1994, p. 221–243.

— « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », *Droits,* 1998, p. 87–98.

— « Norme » *in Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, Lamy-PUF, 2003.

PIN (Xavier), « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand », *RSC,* 2003, 259 et s.

— « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal : Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits,* 2009, vol. 49, p. 83–105.

— « L'infraction juste » *in Mélanges Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 585–603.

— « Retour sur le consentement de la victime » *in La victime de l'infraction pénale*, sous la dir. de C. RIBEYRE, Dalloz, 2016, p. 95–106.

POSEZ (Alexis), « La théorie des nullités », *RTD Civ.,* 2011, p. 647–675.

POTHIER (Robert-Joseph), « Traité des obligations » *in Œuvres de Pothier*, Siffrein, 1821.

POUMARÈDE (Matthieu), « La place de l'acte juridique dans les projets de réforme du droit des obligations » *in Métamorphoses de l'Acte Juridique*, sous la dir. de M. NICOD, Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitole et LGDJ, 2011, p. 11 s.

PUDDU (Speranza), « Réflexions comparatistes sur la relativité de la faute contractuelle. Retour sur l'arrêt Perruche » *in L'effet relatif du contrat*, sous la dir. de M. BOUDOT, M. FAURE-ABBAD et D. VEILLON, Presse universitaires juridiques de Poitiers, LGDJ et Lextenso éditions, 2015, p. 67–82.

QUINTANE (Guy), « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit » 2010, sous la dir. de G. TUSSEAU, p. 5–20.

Raymond (Guy) et Cicile-Delfosse (Marie-Laure), « Fasc. 10 : MARIAGE – Les conditions à réunir dans la personne des époux » *in JCl Civil Code*, 2014.

Réglade (Marc), « La place de la convention dans une classification des actes juridiques », *APD,* 1940, p. 159–173.

Rémy (Philippe), « Ouverture » *in Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, sous la dir. de P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 3–18.

— « Commentaire de l'article 1er » *in Pour une réforme du droit des contrats*, sous la dir. de F. Terré, Dalloz, 2004, p. 111–112.

— « Réviser le titre III du livre troisième du Code civil », *RDC,* 2004, p. 1169–1187.

— « Plans d'exposition et catégories du droit des obligations » *in Pour une réforme du droit des contrats*, sous la dir. de F. Terré, Dalloz, 2009, p. 83–104.

Rémy-Corlay (Pauline) et Fenouillet (Dominique), « Le consentement » *in Pour une réforme du droit des contrats*, sous la dir. de F. Terré, Dalloz, 2008.

Reuter (Paul), « À propos des ententes industrielles et commerciales (1re partie) », *Droit social,* 1952, p. 442–450.

— « Le traité international, acte et norme », *APD. Le droit international,* 1987, p. 111–117.

Revet (Thierry), « Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999 », *RTD Civ.,* 1999, p. 900–902.

— « Le *contrat-règles* » *in Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008.

Rieg (Alfred), « Le contrat dans les doctrines allemandes du XIXe siècle », *APD,* 1968, p. 31–49.

Ripert (Georges), « Rapport sur la discussion d'un projet de loi sur le statut des Ententes économiques », *Bulletin de la Société d'études législatives,* 1932–1933, Question no 88,.

Robert (Philippe), Soubiran-Paillet (Francine) et Van De Kerchove (Michel), « Normativités et inter-normativités » *in Normes, normes juridiques, normes pénales : Pour une sociologie des frontières*, sous la dir. de P. Robert, F. Soubiran-Paillet et M. Van De Kerchove, 1997, p. 7–29.

Rochfeld (Judith), « Les droits potestatifs accordés par le contrat : Le contrat au début du XXIe siècle » *in Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 747–768.

— « La contractualisation des obligations légales : La figure du "contrat pédagogique" » *in Repenser le contrat*, sous la dir. de G. Lewkowics et M. Xifaras, Dalloz, 2009, p. 261–273.

Rolland (Louis), « La situation juridique des engagés dans la Légion étrangère », *RDP,* 1908, p. 695–706, url : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k111158r/f696.item.

Rouast (André), « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD Civ.,* 1944, p. 1–19.

Rouhette (Georges), « Droit de la consommation et théorie générale du contrat » *in Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 247–272.

— « La doctrine de l'acte juridique : sur quelques matériaux récents », *Droits,* 1988, vol. 7, p. 29–35.

— « Nouvelles réflexions sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », *RDC,* 2007, p. 1371–1426.

Rouvière (Frédéric), « Le revers du principe *différence de nature (égale) différence de régime* » *in Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, url : https://hal.archives-ouvertes.fr/halshs-01141833/document.

— « Autour de la distinction entre règles et concepts », *RRJ. Cahiers de méthodologie juridique,* 2014, *La pensée de Paul Amselek*, 26 (2013-5), p. 2017–2028, url : https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01141831/document.

— « Critique des fonctions et de la nature des fictions » *in Les fictions en droit : Les artifices du droit : les fictions*, sous la dir. de A.-B. Caire, LGDJ et Lextenso, 2015, p. 83–101.

— « Karl Popper chez les juristes : peut-on falsifier un concept juridique ? », *RRJ. Cahiers de méthodologie juridique,* 2015, *L'évolution et la révision des concepts juridiques*, 28 (2014-5), p. 2213–2230.

Roy (Alain), « Fasc. 22 : Canada (Québec) – Droit civil – Mariage - Régimes matrimoniaux – Divorce – Union civile – Filiation » *in JCl Droit comparé*, 2011.

Ruet (Laurent), « La nature juridique de la convention dite de tiers payant », *JCP G,* 1993, vol. I, 3642.

Sacco (Rodolfo), « Acte juridique et *Rechtsgeschäft* deux voisins qui s'ignorent » *in Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Société de législation comparée, 2005, p. 647–661.

Saint-Bonnet (François), « L'"autre" séparation des pouvoirs de Montesquieu » *in La séparation des pouvoirs : Théorie contestée et pratique renouvelée*, sous la dir. de A. Pariente, avec une préf. de F. Mélin-Soucramanien, Dalloz, 2007, p. 49–64.

Salmon (Jean), « Les accords non formalisés ou "*solo consensu*" », *Annuaire français de droit international,* 1999, vol. 45, p. 1–28, doi : 10.3406/afdi.1999.3551, url : http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/afdi_0066-3085_1999_num_45_1_3551.

Sautonie-Laguionie (Laura) et Wicker (Guillaume), « Le ralliement de la chambre commerciale à la théorie moderne des nullités en cas de cession de titres sociaux à vil prix : quand la Cour anticipe sur les réformes du Code civil et de la Cour de cassation », *RDC,* sept. 2016.

Schlossmann (Siegmund), « Willenserklärung und Rechtsgeschäft » *in Festgabe Dr. Albert Hänel*, Lipsius & Tischer, 1907, p. 1–84, url : http://dibiki.ub.uni-kiel.de/viewer/image/PPN734593252/11/LOG_0005/.

Seiller (Bertrand), « Acte administratif (I – Identification) » *in Répertoire de contentieux administratif*, janv. 2010, Dalloz.

— « Acte administratif (II – Régime) » *in Répertoire de contentieux administratif*, janv. 2010, Dalloz.

Servan-Schreiber (Pierre), « L'échange international des consentements », *RJ. com.,* nov. 1995, n° 11, p. 52–61.

Simler (Philippe), « Fasc. 20 : Contrats et obligations. - Cause. - Absence de cause » *in JCl. Civil Code*, LexisNexis, mar. 2010.

— « Fasc. 30 : Contrats et obligations – Cause – Illicéité ou immoralité de la cause » *in JCl Civil code*, 2010.

Sonnenberger (Hans Jürgen), « Le code civil, 1804-2004, Livre du bicentenaire » *in Code civil et* bürgerliches gesetzbuch *: leur fonction de pilier dans la construction de la société civile européenne*, Dalloz, 2004, p. 1011–1034.

Sur (Serge), « Actes, normes, droit : dix mille signes », *Droits,* 1990, vol. 11, p. 58–62.

Sur (Serge), « La créativité du droit international » *in Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 363, Brill |Nijhoff, 2014.

Terré (François), « Sur la sociologie juridique du contrat », *APD,* 1968, p. 71–88.

Théry (Irène) et Biet (Christian), « Portalis ou l'esprit des siècles. La rhétorique du mariage dans le Discours préliminaire au projet de Code civil » *in La famille, la loi, l'État*, Centre Georges Pompidou et Imprimerie Nationale, 1989, p. 104–121.

Thibierge (Catherine), « Sources du droit, sources de droit : une cartographie » *in Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 519–548.

— « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure », *APD. L'égalité,* 2008, vol. 51, p. 351–371.

— « Introduction » *in La force normative : Naissance d'un concept*, LGDJ et Bruylant, 2009, p. 33–53.

Thomas (Yann), « Une invention de la romanistique allemande : l'acte de transfert abstrait », *Droits,* 1988, p. 37–46.

Thouvenin (Dominique), « La disponibilité du corps humain : corps sujet ou corps objet ? », *Actes,* 1985, 49/50, p. 35–41.

— « La référence au contrat de soins dans les expérimentations sur l'Homme » *in Éthique médicale et droit de l'Homme*, Actes Sud et Inserm, 1988, p. 123–146.

— « La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique », *LPA,* 14 déc. 1994, 149, p. 25–28.

— « Le rôle du consentement dans la pratique médicale », *Médecine & Droit,* 1994, 6, p. 57–59.

Timbal (Pierre-Clément), « *Dolus dans causam contractui* dans la jurisprudence du parlement au XIVe siècle », *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands,* 1970, vol. 30, p. 325–330.

Tournaux (Sébastien), « La promesse d'embauche vaut contrat de travail... si le salarié l'accepte ! », *Rev. trav.,* 2016, p. 700 s.

Truchet (Didier), « La décision médicale et le droit », *AJDA,* 1995, p. 611–619.

Vasseur (Michel), « Des effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après d'autres disciplines », *RSC,* 1951, p. 1–48.

Vedel (Georges), « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) », *Cahiers du Conseil constitutionnel,* 1997, vol. 2, 77 s. URL : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-2/exces-de-pouvoir-administratif-et-exces-de-pouvoir-legislatif-ii.52882.html.

Villey (Michel), « Historique à l'étude des notions de Contrat », *APD. Sur les notions de contrat,* 1968, vol. XIII, p. 1.

Virally (Michel), « Le phénomène juridique », *RDP,* 1966, p. 5–64, URL : http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/10/phenomene_juridiquePart-1.pdf.

Vuitton (Xavier), « Fasc. 474 : Référés spéciaux » *in JCl Procédure civile*, 2014.

Weil (Prosper), « Vers une normativité relative en droit international », *RGDIP,* 1982, p. 5–47.

Werckmeister (Jean), « L'apparition de la doctrine mariage contrat dans la doctrine canonique du XIIe siècle », *Revue de droit canonique,* 2003, vol. 53/1, p. 5–25.

Wester-Ouisse (Véronique), « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : fusion des régimes à l'heure internationale », *RTD Civ.,* 2010, p. 419–433.

Whittaker (Simon) et Riesenhuber (Karl), « Conceptions of Contract » *in The common european sales law in context*, sous la dir. de G. Dannemann et S. Vogenauer, Oxford University Press, 2013, p. 121–159.

Wicker (Guillaume), « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit » *in Études à la mémoire du professeur Brunot Oppetit*, Litec, 2009, p. 691–731.

Witz (Claude), « La définition du contrat dans le Code civil français réformé : Retour sur la distinction entre le contrat et la convention » *in Der Bürge Einst und Jetzt : Festschrift für Alfons Bürge*, sous la dir. de U. Babusiaux et P. N. J. Platschek, Schulthess, p. 639–653.

— « Le code civil, 1804-2004, Livre du bicentenaire » *in L'influence des codifications nouvelles sur le code civil de demain*, Dalloz et JurisClasseur, 2004, p. 687–705.

— « Contrat ou acte juridique ? » *in Pour une réforme du droit des contrats*, sous la dir. de F. Terré, Dalloz, 2009, p. 51–65.

— « Georges Rouhette et l'acte juridique » *in Hommage à Georges Rouhette*, Dalloz, 2014, p. 49–58.

Sources non juridiques

Ouvrages généraux, spéciaux et collectifs

Archives de l'académie de médecine - Procès verbaux, 29 sept. 1829.

Ayer (Alfred Jules), *Language, Truth, and Logic*, Victor Gollancz, 1936, url : http://s-f-walker.org.uk/pubsebooks/pdfs/ayerLTL.pdf.

Boyer (Alain), *Chose promise. Étude de la promesse, à partir de Hobbes et de quelque autres*, PUF, 2014.

Bunge (Mario), *La science, sa méthode et sa philosophie*, Vigdor, 2001, url : http://www.vigdor.com/titres/bungeLaScienceMetPhil.htm.

d'Aquin (Thomas), *Somme théologique*, 1266–1273, url : http://docteurangelique.free.fr/bibliotheque/sommes/2sommetheologique1a2a.htm.

Dujarier (Marie-Anne), *Le travail du consommateur : De McDo à eBay : comment nous coproduisons ce que nous achetons*, La découverte, 2008.

Durkheim (Émile), *Les règles de la méthode sociologique*, F. Alcan, 1895, url : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1055050.

Gardner (Howard), *Frame of mind : The Theory of Multiple Intelligences*, Basic Books, 1983.

Godin (Christian), *Dictionnaire de philosophie*, Fayard, 2004.

Grand dictionnaire de la philosophie, Larousse, 2003.

Hart (Herbert Lionel Adophus), *Essays on Bentham : studies in jurisprudence and political theory*, réimpression, 2001 (1982), Oxford University Press.

Hottois (Gilbert), *Penser la logique : Une introduction technique et théorique à la philosophie de la logique et du langage*, 2e éd., De Boeck, 2002.

Kuhn (Thomas), *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 1983.

Lakatos (Imre), *Preuves et réfutations : Essai sur la logique de la découverte mathématique*, Hermann, 1988.

L'invention de la tradition, sous la dir. de E. Hobsbawm et T. Ranger, trad. par C. Vivier, Éditions Amsterdam, 1996.

Mauss (Marcel), *Essai sur le don : Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, 2e éd., PUF, 2012.

Moliner (Pascal) et Guimelli (Christian), *Les représentations sociales*, PUG, 2015.

Monnet (Jean), *Mémoires*, Fayard, 1976.

Montesquieu, *Esprit des lois*, url : http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/de_esprit_des_lois_tdm.html.

Moscovici (Serge), *Psychologie sociale*, 3e éd., PUF, 2014.

Popper (Karl Raimund), *La logique de la découverte scientifique*, Payot, 1973.

Rouquette (Michel-Louis) et Rateau (Patrick), *Introduction à l'étude des représentations sociales*, PUG, 1998.

Saussure (Ferdinand de), *Cours de linguistique générale*, Payot, 1971, url : https://fr.wikisource.org/wiki/Livre:Saussure_-_Cours_de_linguistique_g%C3%83%C2%A9n%C3%83%C2%A9rale,_%C3%83%C2%A9d._Bally_et_Sechehaye,_1971.djvu.

Schnapper (Dominique), *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Gallimard, 2010.

Villerbu (Loïc), *Le contrat en sciences humaines dans les pratiques sociales et de santé*, Annales des cliniques psychologiques, Presses universitaires de Rennes 2, 1988.

Thèses et mémoires

Durkheim (Émile), *De la division du travail social*, thèse de doct., Faculté des lettres de Paris, 1893, Félix Alcan, url : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56859610.

Jaunait (Alexandre), *Comment pense l'institution médicale ? : Une analyse des codes francais de déontologie médicale*, sous la dir. de M. Sadoun, thèse de doct., Institut d'étude politique de Paris, 2005, Dalloz.

Teller-Naigeboren (Ada), *Dédoublements et impasses dans l'épistémologie de Karl Popper*, sous la dir. de R. Boudon, thèse de doct., Université Paris-Sorbonne (Paris 4), 1992.

Articles

Abric (Jean-Claude), « Méthodologie de recueil des représentations sociales » *in Pratiques sociales et représentations*, 2e éd., PUF, 1997, p. 59–82.

Barnay (Thomas) et Béjean (Sophie), « Le marché de la santé : efficience, équité et gouvernance », *Revue économique,* 30 mar. 2009, vol. 60, 2, p. 233–237, doi : 10.3917/reco.602.0233, url : http://www.cairn.info/article.php?ID_ARTICLE=RECO_602_0233.

Bowie (Robert R.), « Réflexions sur Jean Monnet » *in Témoignages à la mémoire de Jean Monnet*, Fondation Jean Monnet pour l'Europe et Centre de recherches européennes, 9 nov. 1989, p. 79–88.

Chatriot (Alain) et Chessel (Marie-Emmanuelle), « L'histoire de la distribution : un chantier inachevé », *Histoire, économie & société,* 2006, vol. 1, p. 67–82, url : https://www-cairn-info.biblionum.u-paris2.fr/revue-histoire-economie-et-societe-2006-1-page-67.htm.

Fontan (Pierre), « Référence philosophique à St Thomas d'Aquin », *RRJ,* 1986, p. 49–59.

Grandclément (Catherine), « Le libre-service à ses origines : mettre au travail ou construire le consommateur ? », *Entreprises et histoire,* 2011, vol. 3, 64, p. 64–75, url : https://www-cairn-info.biblionum.u-paris2.fr/revue-entreprises-et-histoire-2011-3-page-64.htm.

Jacob (Robert), « *Jus* ou la cuisine romaine de la norme », *Droit et Cultures,* 2004, vol. 2004/2, p. 11–62.

Jodelet (Denise), « 13. Représentation sociale : phénomènes, concept et théorie » *in Psychologie sociale*, 3e éd., PUF, 2014, p. 363–384.

Ladrière (Jean), « Concept » *in Dictionnaire de la philosophie*, Encyclopædia universalis et Albin Michel, 2000.

Launat (Dominique), « Alcoolisme : le contrat et la cure » *in Le contrat en sciences humaines dans les pratiques sociales et de santé*, Annales des cliniques psychologiques, Presses universitaires de Rennes 2, 1988, p. 87–99.

Pariente (Jean-Claude), « Bachelard » *in Le vocabulaire des philosophes*, t. IV, Ellipses, 2002.

Pasqualaggi (Gilles), « Les ententes en France. Leur principaux aspects. Les problèmes que pose leur contrôle », *Revue économique,* 1952, vol. 3, 1, p. 63–82, url : http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/reco_0035-2764_1952_num_3_1_406885.

Popper (Karl Raimund), « La logique des sciences sociales » *in De Vienne à Francfort : La querelle allemande des sciences sociales*, Éditions complexes, 1979.

Teller (Ada), « Esquisse pour une épistémologie de cas » 2014, url : http://www.vigdor.com/EpisCas.pdf.

Vasilachis de Gialdino (Irene), « L'interprétation dans la recherche qualitative : problèmes et exigences », *Recherches qualitatives,* 2012, vol. 31/3, p. 155–187.

Verges (Pierre), « L'évocation de l'argent : une méthode pour la définition du noyau central d'une représentation », *Bulletin de Psychologie,* 1992, vol. 45, p. 203–209.

Weiss (Isabelle), « Concept » *in Dictionnaire de la philosophie*, Ellipses, 2007, 115 s.

Index des mots-clefs

A

abrogation, 451–452
  rétractation, 175
  terminologie, 200
acceptation, 171, 335, 338, 356, 391
  donation, 413
  loterie publicitaire, 512
  promesse de contrat, 391, 415
  succession, 391
  sûreté, 415
accord, 157, 164, 186–187, 200, 221
acte
  auteur, 245, 246
  instrumentum, 249
  negotium, 249
  signifié, 243–244
  signifiant (justifications du), 247–249
acte administratif, 3, 564, 580
  vice du consentement, 456
acte collectif, *voir* délibération
acte conjonctif, *voir* délibération
acte conservatoire, 274, 391
acte d'administration et de disposition, 361
acte d'investissement, 352
acte déclaratif, 281
acte de langage, 248
acte de procédure, 361
acte humain, 15, 246, 268, 298
acte juridique, *voir aussi* acte non juridique, acte unilatéral, contrat, délibération, engagement unilatéral, fait juridique, volonté, *voir* délibération
  éléments constitutifs, 238
  abstraction, 20–24
  acte mixte, *voir* ce mot
  articulation avec le contrat, 1, 25, 54
  autonomie de la volonté, 17–18
  classification, 294, 318
  conception élémentaire, 280
  conception syncrétique, 279–280
  décompte, 195–196
  définition
    définition commune, 148
    définition formalisée, 290
    définition proposée, 289
  droit privé et droit public, 245
  espèces (d'), 318–437
  évolution des normes, 198–199
  historique, 2, 12–15, 246, 371
  intérêt (rejet du critère de l'), 177, 425, 434
  intérêts (équilibre des), 145
  intention de créer des effets de droit, *voir* cette entrée
  lien d'implication, 283
  lien d'imputation, 284, 285, 314
  lien de reconnaissance, 287
  « non normateur », 263, 278, 280, 281
  « normateur et non normateur », 312
  ordre juridique, 238
  pluralité d'auteurs, 76
  théorie générale, 3
  unipersonnel et pluripersonnel, 198–199
  volonté
    conditions de prise en compte, 177
  vote parlementaire, 581
acte juridique et norme (confusion), 189–235

acte matériel, *voir* fait juridique
acte mixte, 195, 207–208, 320
    acte de commerce, 359
    relation médicale, 92, 96
acte non juridique, 297–308
    définition, 294
    distinction, 174–175
    identification, 298
acte normatif, 257, 294
acte unilatéral, 318, 361, 400–401, 438, 536
acte-condition, 7, 91, 281, 315
action, 247
annulation
    terminologie, 200
apparence
    droit des contrats, 182
    droit pénal, 193
arbitrage, 159, 577
assentiment, 78
attente légitime, 177
autonomie de la volonté, 104, 118, 177, 178, 367
    acte juridique, 174–175
avant-contrat, *voir* promesse de contrat

B

base de déduction, 270
Berthon, 545
bonnes mœurs, 466

C

cas d'école, 35
cause, *voir aussi* contrat, motif (licéité du)
    de l'obligation, 421, 471
    du contrat, 359, 472
    nullité absolue ou relative, 232
cautionnement, 361, 410–415
CCNE, 124
cession d'action, 352, 353, 359
chambre de compensation, 65, 353
circulaire, 305
clause compromissoire, 159
clause de non concurrence, 227–228
clause réglementaire, 323, 324
clause réputée non écrite, *voir* nullité partielle
Commission de réforme du code civil, 1, 3, 20, 21, 361, 440–441, 455, 474, 513
compétence juridictionnelle, *voir* relation médicale
concept, 41–52
    articulation (avec d'autres), 33, 46
    concept élémentaire, 47
    concept composé, 47, 61, 447
    définition, 43
    élément constitutif, 46
    extension, 44
    intension, 44
    méthode d'élaboration, 51, 456
    propriété, 46, 447
    régime, 46
concept et notion
    distinction, 38
concession de service public, 195
condition
    objet de la condition, 279, 408
    résolutoire, 392, 453
    suspensive, 392
condition d'application, 274
condition d'efficacité, 274
condition de vigueur, 384–393
congé, 359
Conseil constitutionnel
    contrôle de la procédure législative, 581
    contrôle des motifs du législateur, 590
    retrait d'amendement (contrôle du), 585
    service juridique, 307
consentement, *voir aussi* volonté
    terminologie, 256
    trouble mental, 482
consentement de la victime, 553–560
    acte juridique, 355
contrôle de proportionnalité, 592
contrat, *voir aussi* acte juridique, apparence, droit romain
    acte juridique, 345, 370, 373, 375
    ambivalence, 83, 190, 392
    bargain, 117
    capacité, 461–464
    caractéristiques des normes, 427–432, 434

cause, 470–472
conception élémentaire, 354
conditions de validité, 457–472
consentement, 459, 482–519
contrat composite, 196
convention, 61
crise (critiques), 6–9
définition, 339
droit positif, 60–61
droit pénal, 179, 201
effet réglementaire, 205
effet unilatéral, 205
exécution, 243
force obligatoire, 126–128, 131–133
formalisme, 123–125, 130
formation (analyse de la), 332–339
« grand contrat », 101
hôtellerie (d'), 196
hypertrophie, 349
identification (difficultés d')
relation médicale, 80–82
inexistence, *voir* inexistence
instrument d'échanges économiques, 109–110, 116–120
instrument d'information, 119
instrument d'organisation sociale, 119
liberté contractuelle, 104–107, 112, 321
modification unilatérale, 128, 133
objet, 466–469
« petit contrat », 101, 120
préposé (avec un), 81
réforme du droit des contrats, 1
représentation sociale
évolution, 141–143
structure, 136–140
rétractation, 132
révocation, 132
synallagmatique, 198–199, 408
unilatéral, 198–199, 403–416
usager, 88, 91, 96
contrat avec soi-même, 303
contrat de séjour, 85, 97
« contrat judiciaire », 353
contrat public, 61, 359
contrat réel de restitution, 404–406
contrat-cadre, 79
contre-épreuve, 31, 167
contre-exemple, 31, 167
convention
définition, 61
convention collective, 195
convention d'assistance bénévole, 161, 171
Cour de cassation
dénaturation (contrôle de la), 161, 162, 171
unité du droit, 180
coutume, *voir aussi* usage d'entreprise, 294, 448, 451, 464, 528
désuétude, 451
critère cumulatif, 282
critère de qualification (ou de définition), *voir* concept composé

D

DCFR, 173–175
décision
faisant grief, 304
médicale, 76
déclaration de volonté, 247, 280, 370, 371–373
décret de promulgation, 285
définition (norme posant une), 281
délibération
acte juridique, 370, 374
délibération
acte juridique, 346
caractéristiques des normes, 433–434
définition, 326
élaboration (analyse de l'), 340–342
déontologie, 104, 109
dépeçage, 324
dépôt, 198–199, *voir aussi* contrat réel de restitution
détournement
d'institution, 577
de pouvoir, 591, 593
de procédure, 581, 591
devoir, 382
discours juridiques
distinction des discours, 38

distance, 68, 352
dol, *voir* vice du consentement
donation, 132, 353, 407–409, 419, 471
droit à, 275
droit allemand, 20, 247, 280, 364, 370, 372–376
droit anglo-saxon
    formation du contrat, 332
    intention de créer des effets de droit, 165
droit de la concurrence, 164, 186, 221, 577
droit des contrats spéciaux, 195
    difficultés de qualification, 210–214
droit discrétionnaire, 551
droit du travail
    clause de non concurrence, 228
    convention collective, 195, 207
    engagement unilatéral, 415
    modification du contrat, 171
    promesse d'embauche, 415, 422
    refus du contrat, 7
    usage, 158, 451
droit pénal
    abus de confiance, 185
    apparence, 193, 219–220
    autonomie, 180
    refus du contrat, 7
droit romain
    affranchissement, 463
    condition et terme, 390
    contrat, 392, 395
    contrat réel, 404
    ordre public, 466
    théorie générale des contrats (absence d'une), 14
    vice du consentement, 491
droits de la personnalité, 201
    rétractation, 200

E

effet contractuel, 208
effet de droit, 263, 310, *voir aussi* norme
effet de l'obligation, 184, 577
éléments constitutifs, *voir* concept, inexistence
engagement, 87, 311, 314, 368
engagement de payer, 88, 90, 92, 94–95, 99
engagement moral, 154, 164, 165, 303
engagement unilatéral, 294, *voir aussi* acte unilatéral
entrée en vigueur, *voir* norme
erreur, *voir* vice du consentement
    degrés (d'), 490
erreur d'étiquetage, 511
erreur d'analyse, *voir* vice du consentement
erreur d'expression, *voir* vice du consentement
erreur matérielle, *voir* erreur d'expression
erreur sur la valeur, 507, 508
erreur-obstacle, 485–487, 511
essai, 578
exécutoire (effet), 442
exception (à une théorie), 31
exception d'inexécution, 345, 423
expérience empirique et imaginaire, 34
extension (d'un concept), *voir* concept

F

faisceau d'indices, 308
fait juridique, 310–316
    acceptation du contrat, 415
    acte juridique (et), 174–175
    volontaire, 315
fait justificatif, 82
force obligatoire, *voir* norme
fraude, 234, 391, 529

G

gage, *voir* contrat réel de restitution
garantie autonome, 410–415
gentlemen's agreement, *voir* engagement moral
gestation pour autrui, 577

H

hôpitaux et hospices (loi de 1893), 89
hypothèses auxiliaire, 31

I

imputation, 80
incombance, 412, 507, 517
inexistence, 193, 484
    éléments constitutifs, 194
    nullité (distinction), 193

inopposabilité, 234
insanité d'esprit, *voir* vice du consentement
institution, 208
intérêt à agir, 474, 533
intension (d'un concept), *voir* concept
intention, *voir* volonté
intention de créer des effets de droit, 308
    avantages théoriques (absence d'), 172–175
    critère acte juridique (non), 177
    dans le contrat, 71–72
    inconvénients pratiques, 169–171
    insanité d'esprit, 484
    jurisprudence, 152–167
interprétation *a contrario*, 132

J

juge
    « bouche de la loi », 566
    ordre juridique, 258
jugement, 561–580

L

légistique, 361
liberté contractuelle, *voir* contrat
libre service, 257
lien d'implication, *voir* acte juridique
lien d'imputation, *voir* acte juridique
lien entre les critères, *voir* concept composé
loi, 280, 581–593
    élaboration, 581
    portée normative, 307
    principe du « vote acquis », 582
    sincérité des débats, 581
loterie publicitaire, 500, 512

M

majeur protégé, 484
malade payant, 86, 96
manifestation de volonté, 238, 247
mariage, 353, 538–552
    éléments constitutifs, 194
    qualification, 118, 320
médiation pénale, 353
mesure d'ordre intérieur, 304, 306
mesure d'orientation
    définition, 304
méthodes de la science, *voir aussi* principes de non-contradiction, de transparence, de vérifiabilité et du tiers exclu
    méthodes communes, 29–38
    étude des concepts, 49–52
mort civile, 463
motif (licéité du), 529, 530, 593
    jugement, 577
    mariage, 550–552
    motif « commun » (absence de), 476
    vote, 590–593

N

nationalité, 546
non assistance à personne en danger, 104
non invocabilité, 235
normativisme, 37
norme, 263–281
    abrogation, 200–201
    assujetti, 275
    bénéficiaire, 275
    catégorique ou hypothétique, 273
    définition, 267–277
    destinataire, 269
    doublon, 342
    effet de droit, 175
    énoncé (et), 264, 275, 276, 337, 395
    ensemble de normes, 339, 432–434
    existence, 274, 451
    extinction, 445
    force obligatoire, 450
    interdépendance, 400
    interprétation, 449
    modèle de conduite, 269, 273
    norme juridique, 268
    norme scientifique, 269, 277
    nullité, 448
    obligation (et), 265
    origines, 265
    présupposition, 273, 274
    terminologie (justifications de la), 265
    validité, 274
    « vie » de la norme, 442, 451

vigueur, 274, 278–280, 445, 451
norme d'habilitation, 189, 281, 337–338, 455, 527
fait juridique, 315
offre, 334
nullité, *voir aussi* norme
caractère déterminant, 476–479, 491
jugement, 577, 569–577
vote, 587
de plein droit, 231
nullité partielle, 215–216, 226–235
objet de la nullité, 200, 201
renonciation, 243
rétroactivité, 221, 224
théorie des nullités, 232

O

obligation, *voir aussi* incombance
norme (et), 265
offre, 379–382
patrimonial, 117
signification, 382
obligation alimentaire, 408
obligation d'information, 497, 507, 517–519
obligation de sécurité, 159
offre, 280, 334, 338, 356
conditions, 299
invitation à contracter, 299
qualification, 200
rétractation, 200
révocation, 334
ordonnancement juridique, *voir* ordre juridique
ordre étatique, *voir* ordre juridique
ordre juridique, 257–262
acte juridique, 152, 257
communauté des marchands, 258
définition, 258–259
garant, 164
organe, 150
reconnaissance, 287
terminologie (justifications de la), 260–262
ordre normatif, *voir* ordre juridique
ordre public, 466
ordre juridique, 257
ordre social, 154, 262
non juridique, 270

P

P.A.R.E., 314, 315
pacte d'actionnaires, 235
pacte de préférence, *voir* promesse de contrat
« parking de Hambourg » (affaire du), 171
plan local d'urbanisme, 341
préposé (contrat avec un), 82
prérogative contractuelle, 79, 360
président de séance, 581
présupposition, *voir* norme
prêt, 499, *voir aussi* contrat réel de restitution
prescription, 474, 562
prestation caractéristique, 212–213
principe de légalité, 442
principe de non-contradiction, 30–31
principe de transparence, 36–38
dans la démarche, 38
dans les postulats et les valeurs, 37
principe de vérifiabilité, 34–35
principe du tiers exclu, 30
privilège du préalable, 445
produits défectueux, 110
produits de santé, 84, 110
promesse (philosophie de la), 530
promesse de contrat, 119, 280, 410–415, 421
rétractation, 201
propriété, *voir* concept
psychologie sociale, *voir* représentation sociale

Q

qualification, 47
qualification mixte, *voir* acte mixte
requalification judiciaire, 166
sui generis, 350
quasi-contrat, 512

R

recommandation, 268, 277, 281, 304–305
reconnaissance, 298
refus de vente, 104
réfutation d'une théorie, 32
régime, *voir* propriété

relation médicale
acte juridique, 354
analyse économique, 120
assureur, 94–95
compétence juridictionnelle, 86
contractualisation, 124
contrat *sui generis*, 101
contrat de séjour, 99
contrat de soin et d'hospitalisation, 81
décompte des actes juridiques, 195
honoraires, 89
licéité, 472, 560
objet d'étude, 58
parties (identification des), 80, 353
patient inconscient, 75
qualification, 320, 323
qualification mixte, *voir* acte mixte
recouvrement des créances, 92
rétractation, 127
soin obligatoire, 75
statut, 84–95, 107
urgence, 128, 133
vice du consentement, *voir* cette entrée
relevé de forclusion, 574
rencontre des volontés, 65–70, 352
anonymat (influence de l'), 65
représentation (acte juridique), 401, 430
représentation sociale, *voir* contrat
analyse lexico-métrique, 138
analyse prototypique, 138
définition, 100
historique, 134
méthode d'association libre, 137
noyau, 138
périphéries, 138
réputé non écrit, *voir* nullité partielle
responsabilité civile, 348
responsabilité médicale
absence d'irresponsabilité, 58
contact social (par), 82
nature, 84
réticence dolosive, *voir* vice du consentement
rétractation, 200–201, *voir aussi* abrogation, offre, promesse de contrat, relation médicale
rétroactivité, *voir aussi* nullité
condition, 391

S

sécurité juridique, 511
vice du consentement, 495
science du droit
possibilité (d'une), 3
sentence arbitrale, 357
Sherman act, 186
signifiant et signifié, 240
silence, 171, 243
situation contractuelle, *voir* usager
situation juridique, 265
sociologie juridique, 36, 308
soin obligatoire, *voir* relation médicale
standard, 268, 532
statut, 205, 320–323
statuts d'un groupement (nature des), 198–199
sujet de droit, 257
summa divisio
acte et fait juridique, 316
système juridique, *voir* ordre juridique

T

terme (et condition), 391
testament, 391, 419, 551
théorie
exception, 167
preuve (nécessité d'une), 34
tiers payant, 92
tradition juridique
cause, 472
contrat et acte juridique, 4, 51, 368–376
donation, 409
invention, 472
traité international, 156, 280, 336, 347
transplantation juridique, 372

U

usage d'entreprise, 158, 451
usager
contrat, 68
situation contractuelle ou statutaire, 206–207

V

validité, *voir* acte juridique, contrat, nullité
vice du consentement, 256, 491–519, 528, 530, *voir aussi* nullité
connaissance du caractère déterminant, 494–505, 517, 519, 532, 589
dol, 489, 496, 508
bon et mauvais, 508, 513, 541
mariage, 541
équilibre des intérêts, 495, 531, 547, 573
erreur commune, 495
erreur d'analyse, 495–497, 507–508
vote, 585
erreur d'expression, 498, 499, 511–513, 563
vote, 581, 584
erreur d'expression et erreur d'analyse (distinction), 489
erreur déterminante, *voir* nullité
erreur excusable, 506–513, 517, 518, 533, 571–574
mariage, 544
vote, 588
erreur substantielle, 495
insanité d'esprit, 484, 489
jugement, 564–566
mariage, 539–549
protection des tiers, *voir* équilibre des intérêts
réticence dolosive, 497, 508
relation médicale, 90, 113
sécurité juridique, 511
terminologie, 489
violence, 489, 502–505, 513, 531
contrainte économique, 505, 513
légitimité (condition de), 513
violence, *voir* vice du consentement
vol, 257, 557–558
volonté, 250–256
acte juridique, 177
intention, 255
vote
nature, 340–341
responsabilité, 348

Index des auteurs

A

Aïdan, Géraldine, 284, 599
Abric, Jean-Claude, 100, 599
Alpa, Guido, 116, 599
Alquier, Isabelle, 7, 79, 84, 105, 127, 128, 599
Amselek, Paul, 3, 148, 150, 207, 245, 247, 248, 257, 258, 264, 264, 265, 268, 268, 269, 281, 307, 312, 314, 316, 599, 599
Ancel, Marie-Élodie, 212, 232, 599
Ancel, Pascal, 3, 3, 3, 3, 7, 7, 10, 10, 12, 53, 171, 200, 201, 279, 316, 355, 382, 408, 599, 599
Annoussamy, David, 242, 599
Antippas, Jeremy, 334, 334, 334, 599
Antonmattei, Paul-Henri, 212, 212, 599
Arrighi de Casanova, Émile, 71, 599
Atias, Christian, 31, 180, 231, 599, 599
Attuel-Mendes, Laurence, 315, 599
Aubert, Jean-Luc, 3, 115, 117, 200, 246, 264, 265, 279, 334, 334, 335, 356, 363, 364, 364, 368, 379, 381, 386, 422, 455, 472, 477, 478, 494, 495, 599, 599, 599
Aubry, Hélène, 177, 599
Aubry, Charles, 71, 332, 599, 599
Aubry de Maromont, Clotilde, 117, 190, 265, 599
Audit, Bernard, 194, 599
Avril, Pierre, 285, 581, 582, 586, 599, 599
Ayer, Alfred Jules, 34, 599
Aynès, Laurent, 212, 212, 212, 297, 413, 472, 477, 494, 499, 504, 507, 599

B

Béchillon, Denys de, 264, 268, 277, 599
Béjean, Sophie, 116, 599
Bénabent, Alain, 117, 212, 212, 214, 228, 461, 472, 495, 495, 551, 599, 599
Bérard, Émilie, 303, 599
Bézin, Guillaume de, 279, 326, 352, 373, 374, 374, 375, 375, 425, 599
Bacache, Mireille, 101, 599
Bach, Louis, 323, 599
Bachellier, Xavier, 180, 599
Bahans, Jean-Marc, 3, 599
Balat, Nicolas, 53, 210, 451, 470, 563, 599, 599
Barban, Patrick, 10, 10, 599
Barbaud, Marc-Olivier, 402, 416, 599
Barbier, Hugo, 232, 599
Barnay, Thomas, 116, 599
Barreyre, André, 6, 6, 599
Basdevant-Gaudemet, Brigitte, 7, 116, 118, 599
Batiffol, Henri, 6, 100, 114, 321, 599, 599
Batteur, Annick, 79, 354, 599
Bellissent, Jean, 7, 66, 71, 105, 110, 349, 599
Benisty, Samuel, 116, 153, 164, 171, 178, 395, 395, 599
Bentham, Jeremy, 257, 599
Bergé, Jean-Sylvestre, 15, 599
Bergel, Jean-Louis, 46, 315, 449, 454, 599, 599
Bergoignan-Esper, Claudine, 58, 599
Bernard, Claude, 34, 599
Bernardi, Joseph de, 332, 599
Berthet, Anne-Charlotte, 75, 599
Besson, Éric, 12, 13, 599

Bienvenu, Jean-Jacques, 294, 599
Biet, Christian, 118, 599
Bihr, Philippe, 214, 599
Bioy, Xavier, 38, 38, 599
Blanc, François-Paul, 13, 15, 599
Blanc, Nathalie, 210, 599, 599
Bloch, Laurent, 71, 71, 84, 105, 105, 106, 127, 599
Boisson, Julien, 353, 599
Bollée, Sylvain, 235, 258, 268, 270, 274, 357, 599
Bonneau, Thierry, 410, 414, 599
Bonnecase, Julien, 3, 245, 246, 326, 599
Boré, Jacques, 569, 599
Boré, Louis, 569, 599
Borghetti, Jean-Sébastien, 80, 599
Boucobza, Isabelle, 566, 599
Bourdoiseau, Julien, 110, 599
Bourdoncle, Emmanuel, 190, 318, 599
Bowie, Robert R., 186, 599
Boyer, Alain, 530, 599
Boyer, Laurent, 115, 265, 599
Brenner, Claude, 3, 5, 246, 315, 391, 408, 599, 599, 599, 599
Bridge, Christine, 119, 599
Brillon, Pierre-Jacques, 451, 599
Bros, Sarah, 461, 599
Brunet, François, 264, 265, 265, 599
Buffelan-Lanore, Yvaine, 3, 115, 116, 299, 599
Bulygin, Eugenio, 258, 274, 274, 599
Bunge, Mario, 33, 34, 599
Bureau, Dominique, 235, 577, 599
Busseuil, Guillaume, 117, 599

C

Célice, Bruno, 171, 599
Cabrillac, Rémy, 3, 80, 326, 337, 340, 599
Calais-Auloy, Jean, 177, 599
Camguilhem, Benoit, 201, 599
Canselier, Guillaume, 3, 599
Capitant, Henri, 7, 118, 118, 231, 247, 248, 349, 371, 372, 405, 449, 544, 599, 599
Carbonnier, Jean, 1, 16, 20, 21, 72, 101, 115, 137, 144, 171, 256, 265, 274, 297, 297, 382, 599, 599
Carré de Malberg, Raymond, 258, 599
Carreau, Dominique, 157, 599
Casimir, Étienne, 508, 541, 599
Castaldo, André, 14, 599
Castermans, Alex Geert, 472
Castres Saint-Martin - Drummond, France, 7, 9, 65, 599
Catherine, Aurore, 7, 66, 75, 107, 127, 599
Chénédé, François, 114, 115, 316, 389, 599, 599
Chabas, François, 116, 117, 245, 386, 599, 599
Chabas, Jean, 356, 364, 367, 372, 379, 599
Chainais, Cécile, 565, 599
Champeil-Desplats, Véronique, 315, 449, 454, 599
Chapus, René, 99, 456, 599
Chartier, Jean-Luc A., 15, 599
Chatriot, Alain, 257, 599
Chauvel, Philippe, 256, 504, 504, 599, 599
Chazal, Jean-Pascal, 6, 599
Chessel, Marie-Emmanuelle, 257, 599
Chevreau, Emmanuelle, 14, 599
Chevreau, José, 180, 599
Cicile-Delfosse, Marie-Laure, 543, 599
Clamour, Guylain, 96, 98, 599
Colin, Ambroise, 247, 248, 599
Colin, Frédéric, 308, 599
Collart-Dutilleul, François, 112, 116, 178, 257, 599, 599
Colonna, Joël, 451, 599
Combacau, Jean, 215, 234, 266, 278, 280, 280, 281, 599
Coppens, Philippe, 116, 599
Corbin, Arthur L., 332, 332, 334, 395, 395, 599
Cornu, Gérard, 175, 240, 245, 255, 265, 347, 545, 545, 546, 548, 549, 599, 599
Cornu-Thénard, Nicolas, 246, 599
Costa, Delphine, 195, 599
Costa, Jean-Paul, 566, 599
Cousin, Clément, 472, 599
Couture, Eduardo Juan, 276, 599
Crepet-Daigremont, Claire, 157, 599

D

D'Aquin, Thomas, 15, 599
Défossez, Michel, 478, 599
Dadoun, Armand, 10, 599
Danis-Fatôme, Anne, 183, 599
Dannemann, Gerhard, 3, 15, 368, 599
Danti-Juan, Michel, 7, 7, 10, 599
Davignon, Jean-François, 195, 599
Davo, Hélène, 359, 599
De David Beauregard-Berthier, Odile, 590, 591, 599
De Paolis, Velasio, 13, 599
Decout-Paolini, Rémi, 97, 98, 599
Defoort, Benjamin, 76, 257, 263, 281, 281, 294, 304, 599
Deguergue, Maryse, 67, 599
Del Vecchio, Georgio, 171, 274, 275, 599
Delebecque, Philippe, 116, 599
Delvincourt, Claude Étienne, 332, 599
Delvolvé, Pierre, 195, 312, 312, 599, 599
Demante, Antoine Marie, 332, 599
Demogue, René, 171, 246, 249, 257, 504, 513, 599, 599
Demolombe, Charles, 70, 352, 495, 504, 599
Deroudille, Alexis, 303, 599
Deroussin, David, 257, 406, 406, 504, 599, 599
Deshayes, Olivier, 117, 599
Despotopoulos, Constantin, 116, 599
Deumier, Pascale, 158, 158, 261, 265, 294, 294, 298, 451, 451, 599, 599, 599
Dexant - de Bailliencourt, Olympe, 7, 9, 167, 200, 221, 235, 316, 599
Di Noto, Romuald, 194, 599
Didier, Paul, 119, 326, 599
Didier, Philippe, 12, 13, 599
Dikoff, L., 104, 109, 599
Dissaux, Nicolas, 232, 599
Dockès, Emmanuel, 415, 599
Douchy, Mélina, 316, 599
Dreifuss-Netter, Frédérique, 3, 58, 84, 110, 110, 127, 249, 599, 599
Dross, William, 392, 423, 599
Drouot, Guillaume, 231, 274, 274, 451, 599
Dufau, Jean, 195, 599
Duguit, Léon, 7, 15, 88, 91, 107, 128, 175, 246, 248, 257, 261, 264, 326, 370, 599, 599
Dujarier, Marie-Anne, 257, 599
Dumas-Lavenac, Sophie, 7, 24, 79, 120, 599
Dunand, Jean-Philippe, 390, 491, 599
Dupin, André, 545
Dupré de Boulois, Xavier, 258, 445, 599
Durand, Paul, 114, 599
Durkheim, Émile, 134, 205, 246, 599, 599

E

Edel, Vincent, 177, 599, 599
Eisenmann, Charles, 33, 76, 189, 190, 207, 245, 246, 263, 264, 264, 265, 265, 268, 278, 279, 280, 294, 295, 312, 318, 320, 326, 338, 340, 401, 401, 430, 442, 445, 599, 599, 599
Elias, Randolphe, 345, 364, 364, 379, 381, 385, 599
Encinas de Muñagorri, Rafael, 79, 149, 265, 356, 599, 599
Engel-Créach, Alice, 7, 354, 599
Engelhard, Esther, 82, 599
Eyraud, Anne-France, 406, 599

F

Fabre-Magnan, Muriel, 61, 114, 115, 256, 299, 316, 326, 356, 445, 457, 461, 472, 472, 495, 495, 497, 504, 507, 511, 519, 599, 599, 599
Fages, Bertrand, 116, 117, 599
Fahmy Abdou, Antoun, 79, 599
Fenouillet, Dominique, 114, 115, 116, 118, 119, 205, 297, 312, 353, 472, 482, 495, 504, 543, 548, 550, 599, 599, 599, 599
Ferrand, Frédérique, 565, 599
Filippone, Corinne, 10, 200, 461, 599
Fitzmaurice, Malgosia, 157, 599
Flour, Jacques, 3, 115, 117, 200, 264, 334, 472, 477, 478, 494, 495, 599
Fontaine, Marcel, 332, 332, 335, 599
Fontan, Pierre, 14, 599
Forest, Grégoire, 265, 599
Forray, Vincent, 170, 171, 332, 395, 599, 599

Foussard, Dominique, 180, 599
Fransen, Gérard, 13, 599
Freleteau, Barbara, 117, 507, 599
Frier, Pierre-Laurent, 305, 306, 312, 456, 580, 599, 599
Frison-Roche, Marie-Anne, 7, 9, 127, 311, 357, 487, 599
Fulchiron, Hugues, 194, 550, 599, 599
Fuller, Lon Louvois, 18, 177, 599

G

Gény, François, 2, 3, 7, 30, 54, 201, 265, 449, 599, 599
Gaillard, Emmanuel, 340, 577, 599, 599
Galbois, Diane, 21, 56, 61, 116, 190, 265, 347, 437, 599
Gallo, Carole, 189, 200, 274, 390, 599
Garceries, Sandrine, 86, 599
Gardies, Jean-Louis, 528, 599
Gardner, Howard, 307, 599
Gatsi, Jean, 79, 599
Gaudeffroy, Paul, 482, 599
Gaudemet, Eugène, 461, 462, 599
Gaudemet, Jean, 14, 116, 270, 372, 451, 504, 599, 599, 599
Gaudemet, Sophie, 227, 230, 231, 231, 231, 232, 232, 599
Gaudin de Lagrange, Émerentienne de, 6, 599
Gautier, Pierre-Yves, 6, 212, 212, 212, 413, 599, 599
Genicon, Thomas, 281, 423, 599, 599
Georgel, Jacques, 91, 599
Gerry-Vernières, Stéphane, 268, 269, 269, 308, 599
Ghestin, Jacques, 16, 18, 20, 21, 21, 109, 114, 115, 115, 116, 116, 200, 200, 205, 230, 231, 231, 232, 334, 419, 461, 468, 472, 472, 477, 478, 482, 489, 489, 491, 495, 495, 497, 504, 505, 505, 510, 532, 533, 549, 599, 599
Gicquel, Jean, 285, 581, 582, 586, 599, 599
Gicquel, Jean-Éric, 285, 581, 582, 599, 599
Giesen, Ivo, 82, 599
Gigon, Éléonore, 67, 76, 599
Girer, Marion, 7, 58, 67, 75, 78, 79, 80, 81, 84, 85, 105, 105, 106, 110, 127, 128, 195, 207, 349, 599, 599
Girolami, Paolo, 82, 599
Gisclard, Thibault, 9, 200, 599
Gleitsmann, Arnold, 374, 599
Godin, Christian, 44, 599
Goesel-Le Bihan, Valérie, 590, 592, 593, 599
Gomaa, Nooman M. K., 116, 599
Gounot, Emmanuel, 115, 143, 599
Grandclément, Catherine, 257, 599
Grimaldi, André, 109, 599
Grimaldi, Cyril, 3, 18, 30, 35, 177, 183, 279, 310, 311, 311, 312, 334, 334, 338, 359, 359, 368, 368, 402, 405, 406, 406, 409, 430, 489, 491, 492, 496, 512, 512, 599, 599
Grimaldi, Michel, 419, 599
Gros, Cécile, 159, 599
Gross, Bernard, 214, 599
Grotius, Hugo, 504
Grzegorczyk, Christophe, 149, 255, 258, 263, 315, 316, 599, 599
Guelfucci-Thibierge, Catherine, 201, 476, 476, 491, 511, 599
Guenzoui, Youssef, 7, 9, 10, 116, 152, 175, 200, 205, 221, 599
Guettier, Christophe, 303, 599
Guignard, Laurent, 78, 84, 599
Guimelli, Christian, 100, 137, 138, 138, 599
Guinchard, Serge, 565, 599
Gulphe, Pierre, 90, 599
Gutmann, Daniel, 180, 599

H

Hébraud, Pierre, 279, 599
Héron, Jacques, 274, 395, 440, 599, 599
Hachez, Isabelle, 308, 599
Haftel, Bernard, 9, 13, 132, 257, 321, 361, 395, 402, 409, 413, 419, 425, 599
Hage-Chahine, Najib, 116, 117, 264, 380, 599
Halpérin, Jean-Louis, 504, 599
Halperin, Jean-Louis, 51, 258, 599

Hamelin, Jean-François, 116, 207, 599
Hammje, Petra, 194, 599
Hart, Herbert Lionel Adophus, 268, 599
Hauriou, Maurice, 9, 86, 599
Hauser, Jean, 3, 18, 181, 190, 246, 247, 310, 311, 311, 321, 322, 338, 368, 405, 455, 471, 599
Hecquard-Théron, Maryvonne, 148, 246, 401, 599
Helleringer, Geneviève, 119, 599
Hennebel, Ludocvic, 119, 599
Hermitte, Marie-Angèle, 472, 599
Herrera, Carlos Miguel, 265, 599
Heuzé, Vincent, 235, 274, 324, 361, 395, 599, 599, 599
Hilt, Patrice, 551, 599
Ho Dinh, Anne-Marie, 3, 135, 599
Hollander, Philippe Wouter den, 275, 599
Hottois, Gilbert, 44, 599
Houin, Roger, 462, 599
Houtcieff, Dimitri, 232, 334, 359, 599, 599
Huc, Théophile, 504, 599
Huet, Jérome, 195, 210, 212, 212, 212, 243, 409, 599, 599

I

Iliopoulou, Anastasia, 305, 308, 599
Issa, Ahmad, 7, 79, 107, 127, 599
Izorche, Marie-Laure, 3, 153, 308, 308, 599

J

Jèze, Gaston, 88, 246, 285, 599, 599
Jacob, Robert, 463, 599
Jacqué, Jean-Paul, 157, 190, 215, 257, 269, 269, 281, 294, 312, 315, 315, 395, 448, 599
Jamin, Christophe, 6, 115, 599
Jaouen, Magali, 3, 24, 79, 148, 243, 281, 356, 360, 360, 442, 599
Japiot, René, 201, 215, 599
Jarrosson, Charles, 33, 599
Jaunait, Alexandre, 84, 599
Jeammaud, Antoine, 195, 257, 264, 264, 264, 269, 269, 599, 599
Jeansen, Émeric, 158, 599
Jellinek, Georg, 265, 599
Jestaz, Philippe, 148, 245, 246, 257, 265, 273, 281, 599
Jobard Bachelier, Marie-Noëlle, 406, 599
Jodelet, Denise, 100, 134, 599
Jori, Mario, 258, 259, 599
Josserand, Louis, 114, 599
Jouanjan, Olivier, 276, 599
Jourdain, Patrice, 507, 599
Jourdan-Marques, Jérémy, 258, 261, 262, 577, 599
Juen, Emmanuelle, 348, 395, 599
Julien-Laferrière, François, 119, 599
Juredieu, Franck, 3, 263, 599

K

Kelsen, Hans, 83, 148, 189, 190, 204, 258, 262, 262, 268, 268, 270, 274, 276, 284, 298, 338, 395, 599, 599
Kennefick, Ciara, 504, 599
Kerchove, Michel van de, 7, 9, 352, 599
Krynen, Jacques, 451, 599
Kuhn, Thomas, 1, 54, 599

L

Lécuyer, Hervé, 116, 118, 599
Lévy, Jean-Philippe, 14, 599
Labéon, 116
Ladrière, Jean, 41–43, 44, 46, 599
Lafargue, Régis, 451, 599
Lafferière, Édouard, 88, 599
Lagarde, Paul, 324, 599
Lagarde, Xavier, 17, 54, 359, 599
Lagrange, Évelyne, 331, 340, 341, 348, 433, 599
Laithier, Yves-Marie, 419
Lakatos, Imre, 32, 599
Langlès, Olivier, 544, 599
Langlais, Michel, 86, 599
Lardeux, Gwendoline, 490, 491, 507, 509, 599
Laronze, Fleur, 268, 599
Larribeau-Terneyre, Virginie, 3, 115, 116, 299, 599
Larroumet, Christian, 116, 248, 461, 472, 599

Lasserre, Valérie, 258, 281, 450, 599
Lasserre-Kiesow, Valérie, 13, 15, 20, 23, 372, 599, 599
Laszlo-Fenouillet, Dominique, 153, 177, 599
Latina, Mathias, 3, 274, 279, 385, 390, 391, 392, 395, 408, 599
Laubadère, André de, 195, 599
Laude, Anne, 58, 153, 162, 162, 190, 243, 244, 257, 300, 300, 308, 395, 599, 599
Launat, Dominique, 79, 599
Laurent-Bonne, Nicolas, 246, 599
Lavaine, Mickaël, 31, 37, 304, 308, 308, 599
Lawson, Frederick Henry, 12, 13, 15, 599
Le Bras, Gabriel, 118, 599
Le Gueut, Thomas, 312, 599
Le Pen, Claude, 116, 599
Le Tourneau, Philippe, 115, 599
Leben, Charles, 258, 262, 599
Lebret, Anne-Sophie, 232, 599
Leclerc, Didier, 332, 599
Ledoux, Patrick, 340, 599
Leduc, Fabrice, 80, 205, 599
Lemouland, Jean-Jacques, 541, 543, 599
Lemoyne de Forges, Jean-Michel, 66, 91, 107, 128, 599
Lequette, Suzanne, 0, 10, 37, 61, 61, 116, 116, 144, 148, 262, 265, 339, 425, 437, 509, 599, 599
Lequette, Yves, 162, 175, 231, 234, 243, 294, 297, 297, 332, 445, 461, 470, 472, 476, 477, 478, 482, 495, 495, 504, 504, 507, 507, 519, 532, 544, 599, 599
Leroy, Yann, 274, 599
Leroyer, Anne-Marie, 361, 599
Lesage, Germain, 15, 599
Lewkowicz, Gregory, 119, 599
Libchaber, Rémy, 1, 70, 171, 258, 262, 281, 281, 326, 352, 361, 442, 445, 445, 446, 512, 599, 599
Libchaber, Remy, 119, 326, 599
Limbach, Francis, 12, 280, 331, 332, 370, 373, 485, 485, 511, 517, 599
Linant de Bellefonds, Yves, 13, 599
Linditch, Florian, 208, 599
Loiseau, Grégoire, 16, 18, 20, 21, 114, 115, 116, 200, 200, 205, 230, 231, 231, 232, 334, 406, 419, 461, 468, 472, 477, 478, 482, 489, 489, 491, 495, 495, 497, 504, 505, 505, 510, 532, 533, 549, 599, 599
Lokiec, Pascal, 3, 58, 76, 158, 205, 360, 360, 599, 599, 599
Loysel, Antoine, 541, 599
Lucas-Puget, Anne-Sophie, 478, 599
Luciani, Massimo, 566, 599
Lukic, Radomir, 258, 599
Luxembourg, Fanny, 412, 507, 599
Luzeaux, Didier, 15, 599
Lyon-Caen, Gérard, 7, 599
Lyon-Caen, Olivier, 109, 599

M

Mémeteau, Gérard, 82, 472, 599
Macqueron, Jacques, 491, 599
Madiot, Yves, 207, 599
Magdelain, André, 14, 599
Maillols-Perroy, Anne-Catherine, 84, 599
Malaurie, Philippe, 58, 212, 212, 212, 265, 297, 408, 413, 472, 477, 494, 499, 504, 507, 550, 599, 599
Malhière, Fanny, 566, 599
Malinvaud, Philippe, 114, 115, 116, 245, 297, 312, 472, 495, 504, 599
Mansart, Béatrice, 7, 105, 105, 106, 107, 599
Marcadé, Victor, 190, 204, 395, 395, 599
Marcus, Laure, 61, 207, 246, 599
Maria, Ingrid, 462, 599
Marie, Alexis, 24, 244, 599
Marrella, Fabrizio, 157, 599
Martin de la Moutte, Jacques, 175, 356, 364, 373, 375, 386, 599
Marty, Gabriel, 3, 115, 248, 599
Mathieu, Bertrand, 58, 599
Mathieu, Marie-Laure, 30, 599
Mathieu-Izorche, Marie-Laure, 70, 352, 418, 599
Maugüé, Christine, 81, 599
Maumont, Bertrand, 3, 3, 24, 145, 599
Maurin, Lucien, 230, 599

Mauss, Marcel, 407, 599
Mayer, Lucie, 3, 24, 148, 193, 194, 194, 257, 263, 264, 264, 265, 361, 442, 442, 455, 468, 485, 551, 561, 562, 562–564, 564, 565, 580, 599
Mayer, Pierre, 159, 235, 258, 268, 268, 270, 273, 274, 275, 287, 324, 599, 599, 599
Mazeaud, Denis, 177, 205, 207, 599, 599
Mazeaud, Léon, 7, 599
Mbambi, Vincent Kangulumba, 451, 599
Mekki, Mustapha, 78, 116, 119, 599, 599
Merlin, Philippe-Antoine, 357, 599
Mescheriakoff, Alain-Serge, 303, 599
Michel-Xiste, Barbara, 81, 599
Mignon, Maxime, 106, 107, 599
Milliot, Louis, 13, 15, 599
Moderne, Franck, 195, 599
Molfessis, Nicolas, 1, 100, 415, 422, 599
Molière, Aurélien, 3, 118, 119, 145, 599
Moliner, Pascal, 100, 137, 138, 138, 599
Monateri, Giuseppe, 248, 599
Monnet, Jean, 186, 599
Montesquieu, 566, 599
Moore, Benoît, 541, 599
Moreau, Jacques, 337, 599
Morin, Gaston, 7, 112, 599
Morlaas-Courties, Maud, 7, 71, 107, 107, 599
Moron-Puech, Benjamin, 0, 99, 99, 206, 577, 599, 599
Morvan, Patrick, 265, 599
Moscovici, Serge, 100, 599
Motulsky, Henri, 258, 273, 599
Mouly, Jean, 422, 509, 599
Mousseron, Pierre, 294, 599
Mouy, Grégory, 70, 257, 352, 599
Muir Watt, Horatia, 18, 235, 577, 599, 599
Muller, Anne-Catherine, 7, 9, 65, 353, 599

N

N'Daye, Florence, 177, 599
Najjar, Ibrahim, 334, 599
Naz, Raoul, 15, 599
Nemtchenko, Dimitri, 3, 390, 455, 599
Nerson, Roger, 78, 599
Nettelbladt, Daniel, 246, 599
Nicinski, Sophie, 207, 599
Nicolas, Valérie, 258, 599

O

Oppetit, Bruno, 7, 70, 78, 152, 153, 165, 166, 352, 599
Ost, François, 261, 599

P

Pélissier, Jean, 195, 599
Palvadeau, Emmanuelle, 7, 7, 9, 9, 61, 179, 180, 185, 193, 193, 200, 201, 219, 220, 224, 256, 257, 482, 599
Pariente, Jean-Claude, 33, 46, 599
Pasqualaggi, Gilles, 7, 599
Pastré-Boyer, Anne-Laure, 3, 326, 425, 599
Payet, Marie-Stéphane, 114, 599
Pellet, Rémi, 110, 599
Peltier, Virginie, 193, 484, 599
Penneau, Jean, 75, 82, 599
Perdue, William R., 18, 177, 599
Perreau, Étienne-Ernest-Hippolyte, 300, 599
Perrier, Jean-Baptiste, 7, 9, 10, 10, 352, 599
Petit, Bruno, 504, 533, 599
Petit, Jacques, 305, 306, 312, 456, 580, 599, 599
Pfersmann, Otto, 258, 265, 268, 270, 273, 274, 274, 599
Piazzon, Thomas, 495, 599
Pichard, Marc, 269, 275, 276, 307, 599
Picod, Yves, 359, 599
Pin, Xavier, 3, 7, 7, 9, 10, 10, 205, 352, 355, 553, 553, 555, 557, 558, 558, 560, 599, 599
Pitcho, Benjamin, 7, 599
Popper, Karl Raimund, 31, 34, 34, 599, 599
Porchy, Stéphany, 7, 599
Porchy-Simon, Stéphanie, 297, 297, 599
Posez, Alexis, 193, 232, 599, 599
Pothier, Robert-Joseph, 175, 190, 297, 300, 332, 599
Pothier, Robert-Joseph, 504
Poulet, Florian, 569, 599

Poumarède, Matthieu, 1, 3, 12, 14, 256, 297, 299, 368, 599, 599
Pradel, Jean, 66, 556, 599, 599
Prieur, Stéphane, 78, 79, 127, 599
Pronost, Hélène, 7, 58, 75, 84, 599
Prost de Royer, Antoine-François, 451, 599
Puddu, Speranza, 275, 599
Pufendorf, Samuel, 504, 599
Puiffe de Magondeaux, Odette de, 7, 599

Q

Quintane, Guy, 38, 599

R

Réglade, Marc, 294, 337, 599
Rémy, Philippe, 3, 16, 16, 17, 21, 599
Rémy-Corlay, Pauline, 482, 599
Ranouil, Véronique, 104, 115, 599
Raschel, Evan, 7, 7, 9, 9, 10, 58, 65, 127, 558, 599
Rateau, Patrick, 100, 101, 135, 137, 137, 138, 142, 142, 395, 599
Rau, Charles-Frédéric, 71, 332, 599, 599
Raymond, Guy, 543, 599
Raynard, Jacques, 212, 212, 599
Raynaud, Pierre, 3, 115, 248, 599
Reinach, Adolf, 132, 153, 245, 273, 274, 415, 599
Reuter, Paul, 7, 294, 599, 599
Revet, Thierry, 207, 304, 599
Richer, Laurent, 94, 99, 303, 303, 323, 324, 599
Rieg, Alfred, 12, 13, 18, 367, 372, 373, 512, 599, 599
Riesenhuber, Karl, 117, 395, 599
Rigaux, François, 261, 262, 599
Rihm, Isabelle, 485, 486, 494, 511, 599
Ripert, Georges, 7, 50, 367, 368, 478, 598, 599, 599
Rissel, Aurélien, 320, 599
Rivero, Jean, 312, 599
Robert, Philippe, 268, 599
Rochfeld, Judith, 79, 116, 119, 119, 360, 599, 599
Roland, Henri, 115, 265, 599
Rolland, Louis, 88, 91, 599
Romano, Santi, 258, 599
Rontchevsky, Nicolas, 33, 184, 577, 599
Rooz, Delphine, 395, 395, 599
Rouast, André, 207, 551, 599, 599
Rouaud, Anne-Claire, 353, 599
Roubier, Paul, 262, 265, 265, 274, 599
Rouhette, Georges, 1, 9, 12, 13, 14, 57, 70, 115, 116, 116, 120, 143, 147, 148, 153, 177, 177, 190, 227, 243, 256, 257, 257, 316, 321, 334, 347, 352, 359, 359, 395, 599, 599
Roujou de Boubée, Gabriel, 3, 77, 207, 326, 340, 340, 374, 425, 599
Rouquette, Michel-Louis, 100, 101, 135, 137, 137, 138, 142, 142, 395, 599
Rousseau, Dominique, 590, 599
Rouvière, Frédéric, 30, 31, 35, 38, 46, 95, 201, 599
Rouxel, Sylvie, 504, 533, 599
Roy, Alain, 544, 599
Ruet, Laurent, 92, 599

S

Séjean, Michel, 408, 412, 414, 507, 599
Sévely-Fournié, Catherine, 3, 599
Sabourau, Julie, 316, 599
Sacco, Rodolfo, 12, 24, 24, 262, 270, 599, 599
Sadi, Damien, 227, 230, 232, 599
Saint-Bonnet, François, 566, 599
Saleilles, Raymond, 247, 599
Salmon, Jean, 157, 599
Sargos, Pierre, 58, 599
Saussure, Ferdinand de, 240, 599
Sautonie - Laguionie, Laura, 529, 599
Sautonie-Laguionie, Laura, 232, 599
Savatier, Jean, 71, 75, 599
Savatier, René, 107, 599
Savaux, Éric, 3, 3, 35, 115, 117, 200, 246, 264, 265, 334, 472, 477, 478, 494, 495, 599, 599, 599
Schlossmann, Siegmund, 13, 54, 375, 599, 599
Schmidlin, Bruno, 390, 491, 599
Schmit, Louis-Marie, 281, 599

Schnapper, Dominique, 585, 599
Seiller, Bertrand, 148, 189, 207, 257, 264, 274, 304, 382, 393, 442, 445, 452, 580, 599
Serinet, Yves-Marie, 16, 18, 20, 21, 114, 115, 116, 200, 200, 205, 230, 231, 231, 232, 334, 419, 461, 468, 472, 477, 478, 482, 489, 489, 491, 495, 495, 497, 504, 505, 505, 510, 532, 533, 549, 599
Servan-Schreiber, Pierre, 257, 599
Simler, Philippe, 162, 175, 215, 232, 234, 243, 294, 297, 297, 332, 410, 414, 415, 415, 445, 461, 470, 472, 476, 477, 478, 478, 482, 495, 495, 504, 504, 507, 507, 519, 529, 532, 599, 599, 599
Sindres, David, 261, 599
Sonnenberger, Hans Jürgen, 3, 599
Soubiran-Paillet, Francine, 268, 599
Sponchiado, Lucie, 67, 76, 599
Starck, Boris, 115, 265, 599
Steyer, Véronique, 303, 599
Stoffel-Munck, Philippe, 116, 297, 472, 477, 494, 499, 504, 507, 599, 599
Storck, Michel, 149, 599
Sudre, Frédéric, 590, 591, 599
Supiot, Alain, 195, 599
Sur, Serge, 268, 270, 284, 294, 347, 599, 599
Suy, Éric, 257, 599

T

Tabuteau, Didier, 58, 599
Tchernoff, Iouda, 7, 599
Tehrani, Adrien, 3, 24, 246, 248, 352, 359, 599
Teller, Ada, 32, 599
Teller-Naigeboren, Ada, 32, 599
Terré, François, 47, 100, 101, 162, 175, 205, 231, 234, 243, 246, 265, 294, 297, 297, 316, 332, 353, 445, 451, 461, 470, 472, 476, 477, 478, 482, 495, 495, 504, 504, 507, 507, 519, 532, 543, 544, 548, 550, 599, 599, 599, 599
Théron, Sophie, 190, 273, 385, 388, 390, 472, 599
Théry, Irène, 118, 599
Thézard, Léopold, 23, 599
Thaller, Edmond Eugène, 364, 599
Thibierge, Catherine, 190, 190, 203, 268, 269, 308, 395, 599
Thiellay, Jean-Philippe, 81, 599
Thomas, Yann, 14, 599
Thouvenin, Dominique, 7, 65, 65, 104, 107, 115, 127, 352, 599
Timbal, Pierre-Clément, 489, 599
Timsit, Gérard, 33, 599
Todorova, Liliana, 3, 599
Toullier, Charles-Bonaventure-Marie, 332, 599
Tournaux, Sébastien, 422, 599
Troper, Michel, 38, 39, 42, 599
Truchet, Didier, 76, 90, 304, 305, 312, 312, 445, 599, 599
Tusseau, Guillaume, 37, 146, 269, 273, 276, 280, 281, 281, 315, 334, 450, 455, 527, 599

U

Ulpien, 395

V

Véron, Paul, 7, 76, 84, 127, 599
Valory, Stéphane, 79, 360, 599
Van De Kerchove, Michel, 268, 599
Van de Kerchove, Michel, 261, 599
Van Ommeslaghe, Pierre, 472, 599
Vareilles-Sommières, Pascal de, 205, 599
Vasilachis de Gialdino, Irene, 34, 599
Vasseur, Michel, 7, 193, 193, 219, 599
Vautrot-Schwarz, Charles, 47, 599
Vedel, Georges, 312, 312, 590, 590, 599, 599
Verdot, René, 279, 599
Verges, Pierre, 138, 599
Viandier, Alain, 10, 599
Viaud, Florent, 72, 207, 599
Vidal, José, 529, 599
Villa, Vittorio, 33, 38, 599
Villerbu, Loïc, 84, 599
Villey, Michel, 238, 599
Viney, François, 532, 599
Virally, Michel, 258, 268, 274, 275, 276, 599, 599

Vuitton, Xavier, 199, 599

W

Waltz, Béatrice, 491, 507, 599
Waterlot, Maxence, 390, 392, 599
Weil, Prosper, 268, 298, 599
Weiler, Laura, 177, 599
Weiss, Isabelle, 42, 43, 599
Werckmeister, Jean, 118, 599
Wester-Ouisse, Véronique, 7, 80, 353, 599, 599
Whittaker, Simon, 117, 395, 599
Wicker, Guillaume, 3, 20, 207, 232, 262, 334, 384, 410, 599, 599, 599
Winiger, Bénédict, 390, 491, 599
Wintgen, Robert, 234, 234, 316, 599
Witz, Claude, 7, 12, 16, 20, 21, 21, 24, 24, 24, 54, 61, 148, 442, 445, 446, 448, 599
Wolff, Christian, 332, 599
Worms, René, 54, 337, 363, 364, 377, 378, 386, 599
Wright, Georg Henrik von, 193, 245, 269, 270, 270, 270, 273, 276, 599
Wyszogrodzka, Sylwia, 38, 112, 177, 371, 485, 486, 487, 487, 489, 494, 501, 511, 511, 518, 599

Z

Zachariae von Lingenthal, Karl Eduard, 332, 599
Zouche, Richard, 15, 246, 599

Table des matières

Avertissement . . . iii
Remerciements . . . v
Résumé / Abstract . . . ix
Table des abbréviations . . . xi
Sommaire . . . xiii
Introduction . . . 1
Section I Le contrat et l'acte juridique, des concepts à repenser . . . 8
§ 1. L'emprise déclinante du contrat civiliste en droit français . . . 9
§ 2. La fausseté des reproches adressés à l'acte juridique . . . 16
A. Réfutation de la critique extrinsèque relative aux origines du concept d'acte juridique 16
B. Réfutation des critiques intrinsèques . . . 20
1. Un concept individualiste ? . . . 21
2. Un concept trop abstrait ? . . . 22
a. Exposé de la critique . . . 23
b. Réfutation de la critique . . . 24
i. Réfutation de la critique dénonçant l'abstraction même du concept . . . 24
ii. Réfutation de la critique dénonçant des difficultés d'application . . . 27
Section II Méthodes de l'étude . . . 28
§ 1. Les règles méthodologiques communes à toute étude « scientifique » . . . 28
A. Le principe de rationalité . . . 29
1. La soumission de l'étude aux lois de la logique . . . 29
2. L'articulation des énoncés . . . 31
B. Le principe de vérifiabilité . . . 31
C. Le principe de transparence . . . 33
§ 2. Les règles méthodologiques spéciales à cette étude . . . 35
A. Présentation générale du concept . . . 35
1. Le concept en philosophie . . . 36

2. Le concept dans la science du droit . . . 37
B. La construction d'un concept . . . 39
Section IIILes objectifs de la recherche . . . 41
Chapitre préliminaire Les faiblesses du contrat révélées par l'analyse des discours sur la relation médicale . . 45
Section I Les faiblesses techniques du contrat . . . 47
§ 1. Le contrat, un outil imprécis . . . 49
A. L'imprécision du critère de la rencontre des volontés . . . 49
1. L'imprécision du critère de la rencontre des volontés, une source de critiques contre la qualification contractuelle . . . 50
2. L'imprécision du critère de la rencontre des volontés, un problème difficilement soluble . . . 52
B. L'imprécision du lien entre les critères de qualification . . . 53
§ 2. Le contrat, un outil limité . . . 54
A. Le contrat, un outil limité par la présence de deux volontés . . . 55
1. Le contrat, un outil inapte à régir un consentement isolé . . . 55
2. Le contrat, un outil inapte à régir une relation où interviennent plus de deux consentements . . . 56
a. Les difficultés d'appréhension suscitées par la pluralité des consentements du soigné . . . 57
b. Les difficultés d'appréhension suscitées par la pluralité des consentements du soignant . . . 59
B. Le contrat, un outil limité par la confusion de sa formation et de ses effets . . . 62
1. Les difficultés manifestées par la qualification de la relation médicale en droit privé 62
2. Les difficultés manifestées par la qualification de la relation médicale en droit public 66
a. 1905-1936 : Une jurisprudence favorable à la qualification contractuelle . . . 67
b. 1936-2013 : Le rejet de la qualification contractuelle . . . 68
c. 2014-2016 : Un retour du contrat ? . . . 73
i. En droit commun de la relation médicale : un retour partiel et implicite . . . 74
ii. En droit spécial médico-social : le retour apparent du contrat . . . 79
Section II Les faiblesses psychosociales du contrat . . . 84
§ 1. Exposé des limites tirées de la représentation sociale du contrat . . . 85
A. La restriction de l'extension du contrat sous l'influence des « petits contrats » . . . 87
1. La manifestation de cette restriction dans la relation médicale . . . 87
a. Une qualification contractuelle refusée au motif d'une liberté insuffisante . . . 88
b. Une qualification contractuelle refusée au motif d'un caractère économique insuffisamment marqué . . . 91
2. Une restriction indue de l'extension du contrat . . . 93
a. Une définition du contrat n'imposant pas la liberté totale des parties . . . 93
b. Une définition du contrat n'imposant pas un caractère économique marqué . . 96
B. La restriction de l'extension du contrat sous l'influence des « grands contrats » . . 102

1. La manifestation de cette restriction dans la relation médicale 102
a. Une qualification contractuelle refusée au motif d'une formalisation insuffisante 103
b. Une qualification contractuelle refusée au motif d'une absence de force obligatoire 105
2. Une restriction indue de l'extension du contrat 106
§ 2. Portée des limites tirées de la représentation sociale du contrat 110
A. Des éléments profondément inscrits dans cette représentation sociale 111
1. Étude de la structure des représentations sociales du contrat 111
2. Utilisation de cette étude 115
B. Des éléments peu susceptibles d'évoluer au sein de cette représentation sociale . . . 115
Conclusion du Chapitre préliminaire 117

Partie I La définition de l'acte juridique **121**

Titre I La définition positive : les éléments de qualification 125

Chapitre 1 Les limites des éléments actuels de qualification 129

Section I Les limites de l'articulation actuelle des critères de qualification 130

§ 1. Une confusion dans l'articulation des critères de qualification 131
A. Une articulation des critères de qualification contraire au droit positif 131
1. L'intention incertaine de créer des effets de droit 133
a. La forte incertitude quant à l'intention de créer des effets de droit 133
i. La forte incertitude portant sur la totalité des effets 133
ii. La forte incertitude portant sur certains effets de droit 136
b. La faible incertitude quant à l'intention de créer des effets de droit 138
2. L'intention d'exclure tout effet de droit 140
a. Le refus total 140
b. Le refus partiel 142
B. Une articulation des critères de qualification source de difficultés 144
1. L'absence d'avantages pratiques 144
a. Un lien imprécis 144
b. Une articulation des critères non praticable 145
2. L'absence d'avantages théoriques 147
a. Identification des justifications théoriques invocables 148
b. La faiblesse des justifications théoriques avancées 149

§ 2. Une confusion dans l'articulation des critères source de complexité 154
A. La complexité induite par la multiplication des acceptions du « contrat » 155
B. La complexité induite par le développement de qualifications concurrentes 156
1. L'exemple du droit des contrats 157
2. D'autres exemples 158

Conclusion de la Section 1 160

Section II Les limites des critères actuels de qualification 161

§ 1. Une confusion dans les critères de qualification 161
A. L'influence indésirable de la norme sur l'acte juridique 163
1. Les problèmes d'identification des actes juridiques 163
a. Les difficultés de qualification des actes juridiques 164
b. Les difficultés de décompte des actes juridiques 168
2. Les problèmes liés aux évolutions des normes produites par un acte juridique 169
a. Les difficultés induites par la modification des effets de l'acte 170
b. Les difficultés induites par la suppression des normes 171
B. L'influence indésirable de l'acte juridique sur la norme 176

1. Les difficultés à penser ensemble des normes au contenu opposé 176
a. L'exemple du droit commun des contrats 177
i. L'effacement des normes non contractuelles 177
ii. Le recours aux qualifications mixtes 179
b. L'exemple du droit spécial des contrats 181
i. Les manifestations d'un étroit rapprochement de l'acte juridique et de la norme . 182
ii. Les difficultés induites par l'étroit rappochement de l'acte juridique et de la norme 183
2. Les difficultés à penser ensemble des normes à la légalité opposée 186
§ 2. Une confusion des critères de qualification source de complexité 188
A. La complexification des qualifications 188
1. L'exemple du droit pénal 189
2. L'exemple du droit de la concurrence et des marchés financiers 190
B. La complexification du régime de l'acte juridique 191
1. L'ajout d'exceptions au principe de rétroactivité de la nullité 191
2. La multiplication de mécanismes concurrents à la nullité 191
a. Le développement de terminologies concurrentes à celle de nullité partielle . . . 192
b. Le développement d'instruments concurrents à la nullité partielle 194
i. La nullité partielle concurrencée par le réputé non écrit 194
ii. La nullité partielle concurrencée par l'inopposabilité et la non invocabilité 202
Conclusion de la Section 2 205
Conclusion du Chapitre 1 207
Chapitre 2 La reformulation des éléments de qualification . . 209
Section I Les critères de qualification de l'acte juridique 211
§ 1. L'exigence d'un acte 212
A. Précisions sur le signifié 212
1. L'indifférence aux formes 213
2. L'indifférence aux auteurs de l'acte 214
B. Justifications du signifiant choisi 218
§ 2. Le critère de la volonté 221
A. Précisions sur le signifié 222
B. Justifications du signifiant choisi 222
§ 3. Le critère de l'ordre juridique 224
A. Précision sur le signifié 229
B. Justifications du signifiant choisi 232
1. La justification du terme « ordre » 232
2. La justification du terme « juridique » 233
§ 4. Le critère de la norme 235
A. Justifications du signifiant choisi 235
B. Précisions sur le signifié 242
1. Une définition de la norme 242

a. La critique des définitions existantes . . . 243
b. Définition proposée . . . 246
i. Les éléments constitutifs de la norme . . . 248
ii. L'articulation des éléments constitutifs de la norme . . . 255
2. Rejet des acceptions restrictives . . . 257
a. Les acceptions restrictives liées à une confusion de l'existence et de la vigueur de la norme . . . 258
b. Les acceptions restrictives liées à une restriction des actions encadrées par la norme . . . 262
Section II L'articulation des critères de qualification . . . 264
§ 1. Le lien impliqué par l'expression « acte volontaire » . . . 265
§ 2. Le lien impliqué par le verbe « créant » . . . 265
§ 3. Le lien impliqué par la préposition « dans » . . . 267
Conclusion du Chapitre 2 . . . 268
Conclusion du Titre 1 . . . 271
Titre II La définition négative : l'individuation . . . 273
Chapitre 1 L'acte juridique par rapport à l'acte non juridique et au fait juridique . . . 279
Section I L'individuation de l'acte juridique par rapport à l'acte non juridique . . . 279
§ 1. À la recherche d'un critère . . . 280
A. En droit des contrats . . . 281
B. En droit public . . . 283
1. Les actes de l'administration . . . 283
a. Le cas des accords au sein d'une personne morale de droit public . . . 283
b. Le cas des actes administratifs ne faisant pas grief . . . 284
i. Les mesures d'orientation . . . 285
ii. Les mesures d'ordre intérieur . . . 287
2. Les actes du législateur . . . 288
§ 2. Proposition d'une méthode de distinction . . . 290
Section II L'individuation de l'acte juridique par rapport au fait juridique 292
§ 1. L'insuffisance des critères proposés . . . 293
§ 2. Proposition d'un critère de distinction . . . 297
Conclusion du Chapitre 1 . . . 305
Chapitre 2 L'acte juridique par rapport aux espèces d'actes juridiques . . . 307

Section I L'affinement de la distinction des espèces d'actes juridiques selon leur contenu . . . 308
§ 1. Un affinement facilitant l'identification des actes juridiques . . . 308
§ 2. Un affinement facilitant la réglementation des effets des actes juridiques . . . 312
Section II L'affinement de la distinction des espèces d'actes juridiques selon le nombre de leurs auteurs . . . 313
§ 1. Les justifications de l'affinement . . . 314
A. Les difficultés soulevées par la qualification d'acte juridique reconnue au contrat et à la délibération . . . 315
1. Une qualification d'acte juridique erronée . . . 315
a. La qualification d'acte juridique reconnue aux éléments constitutifs du contrat et de la délibération . . . 315
i. Le contrat, résultat d'une succession d'actes juridiques . . . 316
ii. La délibération, résultat d'une succession d'actes juridiques . . . 326
b. La qualification d'acte juridique refusée au contrat et à la délibération . . . 329
2. Une qualification d'acte juridique inopportune . . . 332
a. Une qualification complexifiant l'identification des actes juridiques . . . 334
i. Une méthode d'identification défectueuse . . . 334
ii. Une identification perturbée par l'omniprésence du contrat . . . 339
b. Une qualification complexifiant la réglementation des actes juridiques . . . 341
i. Une qualification rendant théoriquement impossible la réglementation des actes juridiques liés au contrat . . . 341
ii. Une qualification occultant la réglementation des actes juridiques étrangers au contrat . . . 344
B. L'absence d'obstacles à l'abandon de la qualification d'acte juridique du contrat et de la délibération . . . 346
1. Le contournement des obstacles dogmatiques . . . 348
a. Le contournement de l'obstacle lié au dogme de l'autonomie de la volonté . . . 349
b. Le contournement de l'obstacle lié à l'attachement aux théories traditionnelles 350
i. Un abandon compatible avec la tradition française de l'acte juridique . . . 352
ii. Un abandon de la classification compatible avec une certaine tradition allemande de l'acte juridique . . . 356
2. Le contournement des obstacles techniques . . . 358
a. Le contournement des obstacles tenant au concept d'obligation . . . 359
i. Le dépassement des critiques liées à « l'obligation principale » de l'offre . . . 359
ii. Le dépassement des critiques liées à « l'obligation accessoire » de l'offre . . . 360
b. Le contournement des obstacles tenant au concept de condition . . . 362
i. Exposé de la critique . . . 362
ii. Réfutation de la critique . . . 364
§ 2. Les modalités de l'affinement . . . 373
A. Les modalités d'affinement de la distinction des « actes unilatéraux et plurilatéraux » 376
1. Le principe de la distinction . . . 376

a. Énoncé de la distinction 376
b. Vérification de la distinction à l'aune du concept de contrat unilatéral 378
i. Des « contrats unilatéraux » dissimulant des contrats synallagmatiques 379
ii. Des « contrats unilatéraux » dissimulant des actes unilatéraux 385
2. Les intérêts de la distinction 393
a. Les intérêts de la distinction au stade de la qualification 394
b. Les intérêts de la distinction au stade du régime du contrat 395
i. Les intérêts de la distinction au stade du régime de la formation du contrat 395
ii. Les intérêts de la distinction au stade du régime de l'exécution du contrat 398
B. Les modalités d'affinement de la distinction du contrat et de la délibération 399
1. Les caractéristiques des normes présentes dans le contrat et la délibération 400
a. Les caractéristiques des normes présentes dans le contrat 400
b. Les caractéristiques des normes présentes dans la délibération 403
2. La distinction des ensembles contractuels et collectifs 404
Conclusion du Chapitre 2 406
Conclusion du Titre 2 408
Conclusion de la Partie 1 409

Partie II Les propriétés de l'acte juridique . . . **411**

Titre I Identification des propriétés 415

Chapitre 1 Recherche des propriétés 419

Section I Exposé des propriétés proposées par la doctrine 419

Section II Sélection des propositions pertinentes de propriétés de l'acte juridique 421

§ 1. La validité des normes, une propriété de l'acte juridique ? 423

§ 2. L'interprétation des normes, une propriété de l'acte juridique ? 424

§ 3. Le caractère obligatoire des normes, une propriété de l'acte juridique ? 425

§ 4. La « vie » de la norme, une propriété de l'acte juridique ? 425

Conclusion du Chapitre 1 430

Chapitre 2 Approfondissement des conditions de validité propres aux actes juridiques 431

Section I Recherche des conditions de validité communes aux actes juridiques 432

§ 1. Examen des conditions de formation relatives aux contractants 434

A. Examen de l'exigence d'un consentement 434

B. Examen de l'exigence d'une capacité 435

§ 2. Examen des conditions de formation relatives au contrat lui-même 438

A. Examen de l'exigence d'un *objet certain* 438

B. Examen de l'exigence d'une « cause licite » 440

Section II Recherche des éléments nécessaires à la mise en œuvre de ces conditions de validité 444

§ 1. L'élément commun à ces conditions de validité 445

A. Le caractère déterminant dans la cause illicite 446

B. Le caractère déterminant dans les vices du consentement 447

§ 2. Les éléments propres à ces conditions de validité 448

A. Pour une architecture renouvelée des règles relatives au consentement 448

1. Critique de la distinction traditionnelle des règles relatives au consentement . . . 449

a. Le cas de l'insanité d'esprit 450

b. Le cas de l'erreur-obstacle 451

2. Exposé d'une nouvelle distinction des règles relatives au consentement 455

B. Pour une approche renouvelée des différents vices du consentement 459

1. Propositions de règles communes 459

a. La connaissance du caractère déterminant 459

i. La connaissance du caractère déterminant dans l'erreur d'analyse 460

ii. La connaissance du caractère déterminant dans l'erreur d'expression 465
b. Le caractère excusable de l'erreur 474
i. Le caractère excusable de l'erreur d'analyse 475
ii. Le caractère excusable de l'erreur d'expression 479
2. Propositions de règles spéciales 485
a. Les règles propres aux erreurs d'analyse et aux erreurs d'expression 485
b. Les règles propres aux trois degrés d'erreur 486
Conclusion du Chapitre 2 488
Conclusion du Titre 1 490
Titre II Vérification des propriétés 491
Chapitre 1 Vérification théorique des cas d'annulation propres à l'acte juridique 495
Section I Vérification de la généralité des cas d'annulation 495
§ 1. Vérification du caractère généralisable à partir de la théorie du droit 496
§ 2. Vérification du caractère généralisable à partir de la philosophie morale 497
Section II Vérification de la généralité du régime des conditions de validité 498
§ 1. La vérification de l'exigence de connaissance du caractère déterminant de l'erreur 499
§ 2. La vérification de l'exigence d'une erreur excusable 500
Conclusion du Chapitre 1 503
Chapitre 2 Vérification empirique des propriétés identifiées 505
Section I Vérification des conditions de validité de l'acte juridique à l'aune du mariage 506
§ 1. Le contrôle de la volonté 507
A. La présence des variétés d'erreurs 507
B. La présence des caractères de l'erreur 508
1. Le caractère déterminant de l'erreur 509
2. Le caractère excusable de l'erreur 509
3. La connaissance du caractère déterminant 513
§ 2. Le contrôle des motifs 516
Section II Vérification des conditions de validité de l'acte juridique à l'aune du consentement de la victime 518
§ 1. Le contrôle de la volonté 519
A. La présence des variétés d'erreurs 519
B. La présence des caractères de l'erreur 520
§ 2. Le contrôle des motifs 523

Section III Vérification des conditions de validité de l'acte juridique à l'aune du jugement . . . 524
§ 1. Le contrôle de la volonté . . . 524
A. La présence des variétés d'erreurs . . . 525
1. La présence des types d'erreurs . . . 525
2. La présence des degrés d'erreurs . . . 529
B. La présence des caractères de l'erreur . . . 530
1. La vérification du caractère déterminant . . . 530
2. La vérification du caractère excusable . . . 531
3. La connaissance du caractère déterminant de l'erreur . . . 534
§ 2. Le contrôle des motifs . . . 535
A. La présence d'un contrôle des motifs . . . 535
B. Les conditions du contrôle des fins . . . 537
Section IV Vérification des conditions de validité à l'aune de la loi . . . 538
§ 1. Le contrôle de la volonté . . . 540
A. La présence des variétés d'erreurs identifiées . . . 541
1. La présence des types d'erreurs . . . 541
2. La présence des différents degrés d'erreur . . . 543
B. La présence des caractères de l'erreur . . . 544
§ 2. Le contrôle des motifs . . . 546
Conclusion du Chapitre 2 . . . 550
Conclusion du Titre 2 . . . 551
Conclusion de la Partie 2 . . . 553
Conclusion générale . . . 555
Annexes . . . 561
Annexe 1 Échanges avec G. Meunier . . . 561
Annexe 2 Échanges avec D. Tabuteau . . . 565
Annexe 3 Entretien avec Fr. Dreifuss-Netter . . . 566
Annexe 4 Entretien avec D. Piveteau . . . 571
Annexe 5 Conclusions R. Denoix de Saint Marc sous *Hôpital-hospice de Mayenne* 574
Annexe 6 Conclusions M. Vialettes sous *C.G.E.E.* . . . 574
Annexe 7 Échanges avec Chr. Von Bar . . . 578
Bibliographie . . . 581
Sources juridiques . . . 581

Ouvrages généraux, spéciaux et collectifs 581
Thèses et mémoires 589
Articles 599
Sources non juridiques 615
Ouvrages généraux, spéciaux et collectifs 615
Thèses et mémoires 616
Articles 616
Index des mots-clefs 619
Index des auteurs 627
Table des matières 637