

COLLECTION

Philippe MALAURIE
Laurent AYNÈS

DROIT DES CONTRATS SPÉCIAUX

Philippe MALAURIE
Laurent AYNÈS
Pierre-Yves GAUTIER

8^e édition

À jour de la réforme
du droit des contrats,
de la refonte du Code
de la consommation
et de la loi Justice
du XXI^e siècle

LGDJ

une marque de
Lextenso

DROIT CIVIL

DROIT DES CONTRATS SPÉCIAUX

Philippe MALAURIE

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Laurent AYNÈS

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Paris 1)

Pierre-Yves GAUTIER

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

8^e édition

À jour au 3 août 2016

LGDJ une marque de
Lextenso

DROIT CIVIL

Philippe MALAURIE • Laurent AYNÈS

Présentation de la collection

La collection de Droit civil réunit, outre Philippe Malaurie et Laurent Aynès, des auteurs qui ont le souci de renouveler l'exposé du droit positif et des questions qu'il suscite.

Les ouvrages s'adressent à ceux qui – étudiants, universitaires, professionnels – ont le désir de comprendre, en suivant une méthode vivante et rigoureuse, ce qui demeure l'armature du corps social.

Ouvrages parus

Introduction au droit

Droit des personnes – La protection des mineurs et des majeurs

Les biens

Droit des obligations

Droit des contrats spéciaux

Droit des sûretés

Droit de la famille

Droit des successions et des libéralités

Droit des régimes matrimoniaux

Autres ouvrages de Philippe Malaurie

De Philippe Malaurie, avec la collaboration de Philippe Delestre
Droit civil illustré, Defrénois, 2011

De Philippe Malaurie

Dictionnaire d'un droit humaniste, Université Panthéon-Assas, Paris II, LGDJ, 2015

Anthologie de la pensée juridique, Cujas, 2^e éd., 2000

Droit et littérature. Une anthologie, Cujas, 1997



© 2016, LGDJ, Lextenso éditions
70, rue du Gouverneur Général Éboué
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex
ISBN : 978-2-275-04099-8
ISSN : 1958-9905



SOMMAIRE

Premières vues sur les contrats spéciaux	15
Chapitre I. – Notion, sources et domaine	17
Chapitre II. – Évolution des contrats spéciaux	39

PREMIÈRE PARTIE LA VENTE

Premières vues sur la vente.....	53
----------------------------------	----

LIVRE I ÉLÉMENTS DE LA VENTE

TITRE I. – CONSENTEMENT	73
SOUS-TITRE I. – AVANT-CONTRATS	77
Chapitre I. – Ventes à l’agrégé	79
Chapitre II. – Promesses de vente et d’achat.....	83
Chapitre III. – Pacte de préférence	107
Chapitre IV. – Retraits et préemptions	113
SOUS-TITRE II. – FORMES DE LA VENTE	121
TITRE II. – CHOSE	131
Chapitre I. – Détermination de la chose	133
Chapitre II. – Choses aliénables	135
Chapitre III. – Chose d’autrui.....	141
Chapitre IV. – Choses existantes et futures	147
TITRE III. – PRIX	151
Chapitre I. – Détermination, réalité et sérieux du prix	153
Chapitre II. – Justice du prix	167

LIVRE II EFFETS DE LA VENTE

TITRE I. – TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ ET DES RISQUES	179
TITRE II. – OBLIGATIONS DU VENDEUR	183
Premières vues sur les obligations du vendeur.....	185

SOUS-TITRE I. – PLURALISME OU UNITÉ ?	189
SOUS-TITRE II. – DÉLIVRANCE	197
Chapitre I. – Exécution et étendue de la délivrance	199
Chapitre II. – Sanctions du défaut de délivrance	215
Chapitre III. – Responsabilité pour défaut de conformité dans le droit de la consommation	225
SOUS-TITRE III. – GARANTIE D'ÉVICTION	229
SOUS-TITRE IV. – GARANTIE DES VICES CACHÉS	243
Chapitre I. – Conditions de la garantie légale	249
Chapitre II. – Effets de la garantie légale	261
Chapitre III. – Garanties conventionnelles	271
TITRE III. – OBLIGATIONS DE L'ACHETEUR	277

DEUXIÈME PARTIE CONTRATS DE SERVICES

LIVRE I MANDAT

Premières vues sur le mandat	291
TITRE I. – CARACTÈRES FONDAMENTAUX DU MANDAT	299
Chapitre I. – Représentation et actes juridiques	301
Chapitre II. – Gratuité du mandat ?	311
Chapitre III. – Caractère temporaire et <i>intuitus personae</i>	315
Chapitre IV. – Contrat consensuel	327
TITRE II. – EFFETS DU MANDAT	333

LIVRE II LOUAGES

TITRE I. – BAUX	353
Premières vues sur les baux	355
SOUS-TITRE I. – CARACTÈRES DU BAIL	363
SOUS-TITRE II. – FORMATION DU BAIL	373
SOUS-TITRE III. – DURÉE DU BAIL	387
SOUS-TITRE IV. – STATUT DU PRENEUR	401
Chapitre I. – Droits et obligations nés du bail	403
Chapitre II. – Pouvoirs du preneur	425

TITRE II. – CONTRAT D'ENTREPRISE	433
Premières vues sur le contrat d'entreprise	435
SOUS-TITRE I. – FORMATION ET NOTION	437
Chapitre I. – Formation du contrat d'entreprise	439
Chapitre II. – Notion de contrat d'entreprise	441
SOUS-TITRE II. – EFFETS ET EXTINCTION	451
Chapitre I. – Obligations de l'entrepreneur	453
Chapitre II. – Obligations du maître de l'ouvrage	471
Chapitre III. – Extinction du contrat d'entreprise	479

**LIVRE III
CONTRATS VARIÉS D'ÉCHANGES**

TITRE I. – ÉCHANGE	485
TITRE II. – LOCATION-VENTE, LOCATION-ACCESSION, CRÉDIT-BAIL	489
TITRE III. – CONTRATS DE DISTRIBUTION	501
Chapitre I. – Concession exclusive de vente	503
Chapitre II. – Variantes de la concession exclusive	513

**LIVRE IV
CONTRATS DE RESTITUTION**

Premières vues sur les contrats de restitution	523
TITRE I. – DÉPÔT	529
Premières vues sur le dépôt	531
Chapitre I. – Dépôt de droit commun	541
Chapitre II. – Dépôts spéciaux	553
TITRE II. – PRÊTS	559
Premières vues sur les prêts	561
SOUS-TITRE I. – PRÊT À USAGE	563
SOUS-TITRE II. – PRÊT DE CONSOMMATION	573
Premières vues sur le prêt de consommation	575
Chapitre I. – Objet de la restitution	577
Chapitre II. – Date du remboursement	579
Chapitre III. – Taux de l'intérêt conventionnel	583
Chapitre IV. – Protection du consommateur	591

LIVRE V
CONTRATS ALÉATOIRES

Premières vues sur les contrats aléatoires	603
TITRE I. – JEU ET PARI	605
TITRE II. – CONTRAT DE RENTE VIAGÈRE	613

LIVRE VI
CONTRATS RELATIFS AU LITIGE

TITRE I. – TRANSACTION	627
Chapitre I. – Notion de transaction	629
Chapitre II. – Formation du contrat de transaction	639
Chapitre III. – Effets de la transaction	649
TITRE II. – CONVENTIONS D'ARBITRAGE	657
Premières vues sur l'arbitrage	659
Chapitre I. – Domaine de l'arbitrage	671
Chapitre II. – Clause compromissoire	677
Chapitre III. – Compromis	685
INDEX DES ADAGES	691
INDEX DES ARTICLES DU CODE CIVIL	693
INDEX DES PRINCIPALES DÉCISIONS JUDICIAIRES	699
INDEX ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES	709
TABLE DES MATIÈRES	737

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Sources du droit (Codes, Constitutions...)

ACP = Ancien Code pénal
ACPC = Ancien Code de procédure civile
BGB = *Bürgerliches Gesetzbuch* (Code civil allemand)
CASF = Code de l'action sociale et des familles
C. assur. = Code des assurances
CCH = Code de la construction et de l'habitation
C. civ. = Code civil
C. com. = Code de commerce
C. communes = Code des communes
C. consom. = Code de la consommation
Ccs = Code civil suisse
C. dom. Ét. = Code du domaine de l'État
C. dr. can. = Code de droit canonique
CEDH = Cour européenne des droits de l'Homme
C. env. = Code de l'environnement
C. fam. = ancien Code de la famille et de l'aide sociale
C. for. = Code forestier
CGCT = Code général des collectivités territoriales
CGI = Code général des impôts
CJUE: Cour de justice de l'Union européenne (ancienn. CJCE)
Circ. = circulaire
C. minier = Code minier
C. mon. fin. = Code monétaire et financier
C. Nap. = Code Napoléon (édition de 1804)
C. nat. = Code de la nationalité
C.O. = Code suisse des obligations
Const. = Constitution
C. org. jud. = Code de l'organisation judiciaire

Conv. EDH = Convention européenne des droits de l'homme
C. patr. : Code du patrimoine.
C. pén. = Code pénal
CPC = Code de procédure civile
C. pr. pén. = Code de procédure pénale
C. proc. civ. exéc. : Code des procédures civiles d'exécution
C. propr. intell. = Code de la propriété intellectuelle
C. rur. pm. = Code rural et de la pêche maritime
C. santé publ. = Code de la santé publique
CSS = Code de la sécurité sociale
C. tour. = Code du tourisme
C. transp. = Code des transports
C. trav. = Code du travail
C. trib. adm. = Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (ancien)
C. urb. = Code de l'urbanisme
D. = décret
D.-L. = décret-loi
DDH = Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789)
DUDH = Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen
L. = loi
LPF = Livre des procédures fiscales
NC pén. = Nouveau Code pénal
Ord. = ordonnance
Rép. min. = réponse ministérielle écrite
TFUE: Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

Publications (Annales, Recueils, Répertoires, Revues, Grands arrêts...)

Administrer = Revue Administrer
AIJC = Annuaire international de justice constitutionnelle
AJCA = Actualité juridique des contrats d'affaires
AJDA = Actualité juridique de droit administratif
AJPI = Actualité juridique de la propriété immobilière
ALD = Actualité législative Dalloz

Ann. dr. com. = Annales du droit commercial
Annuaire fr. dr. int. = Annuaire français de droit international
Ann. propr. ind. = Annales de la propriété industrielle
Arch. phil. dr. = Archives de philosophie du droit
Arch. pol. crim. = Archives de police criminelle

- ATF = Annales du Tribunal fédéral (Suisse)
 BOCC = Bulletin officiel de la concurrence et de la consommation
 BOSSP = Bulletin officiel du service des prix
 Bull. cass. Ass. plén. = Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (assemblée plénière)
 Bull. civ. = Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles) Dématérialisé depuis 2008 (site Internet Cass.)
 Bull. crim. = Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle) Également dématérialisé.
 Bull. Joly Sociétés = Bulletin mensuel Joly Sociétés
 Cah. dr. entr. = Cahiers du droit de l'entreprise
 Cah. dr. eur. = Cahiers de droit européen
 CJE G = Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
 Comm. com. élect. = Communication – Commerce électronique
 Contrats, conc. consom. = Contrats, concurrence, consommation
 D. = Recueil Dalloz
 DA = Recueil Dalloz analytique
 D. Aff. = Dalloz Affaires
 Dalloz Jur. gén. = Dalloz Jurisprudence générale
 DC = Recueil Dalloz critique
 Defrénois = Répertoire général du notariat Defrénois
 DH = Recueil Dalloz hebdomadaire
 Dig. = Digeste
 DMF = Droit maritime français
 Doc. fr. = La documentation française
 DP = Recueil Dalloz périodique
 Dr. adm. = Droit administratif
 Dr. et patr. = Droit et patrimoine
 Dr. Famille = Droit de la famille
 Droits = Revue Droits
 Dr. ouvrier = Droit ouvrier
 Dr. pén. = Droit pénal
 Dr. prat. com. int. = Droit et pratique du commerce international
 Dr. soc. = Droit social
 Dr. sociétés = Droit des sociétés
 EDCE = Études et documents du Conseil d'État
 GAJA = Grands arrêts – Jurisprudence administrative
 GACEDH = Grands arrêts – Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme
 GAJCIUE = Grands arrêts – Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne
 GAJDIP = Grands arrêts – Jurisprudence française de droit international privé
 Gaz. Pal. = Gazette du Palais
 GDCC = Grandes décisions du Conseil constitutionnel
 Grands arrêts : Grands arrêts de la jurisprudence civile
 J.-Cl. civil = Jurisclasseur civil
 J.-Cl. com. = Jurisclasseur commercial
 JCP E = Jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition entreprises
 JCP G = Jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition générale
 JCP N = Jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition notariale
 JDI = Journal de droit international (Clunet)
 JO = Journal officiel de la République française (lois et règlements)
 JOAN Q/JO Sénat Q = Journal officiel de la République française (questions écrites au ministre, Assemblée nationale, Sénat)
 JOUE = Journal officiel de l'Union européenne
 JO déb. = Journal officiel de la République française (débat parlementaire)
 Journ. not. = Journal des notaires et des avocats
 Lebon = Recueil des décisions du Conseil d'État
 LPA = Les Petites Affiches
 Quot. jur. = Quotidien juridique
 RD bancaire et bourse = Revue de droit bancaire et de la bourse
 RDC = Revue des contrats
 RDI = Revue de droit immobilier
 RDP = Revue du droit public
 R. dr. can. = Revue de droit canonique
 RD rur. = Revue de droit rural
 RDSS = Revue de droit sanitaire et social
 RD uniforme = Revue de droit uniforme
 Rec. CJUE = Recueil des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne
 Rec. Cons. const. = Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
 Rec. cours La Haye = Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
 Rép. civ. Dalloz = Répertoire Dalloz de droit civil
 Rép. com. Dalloz = Répertoire Dalloz de droit commercial
 Rép. pén. Dalloz = Répertoire Dalloz de droit pénal
 Rép. pr. civ. Dalloz = Répertoire Dalloz de procédure civile
 Rép. sociétés Dalloz = Répertoire Dalloz de droit des sociétés
 Rép. trav. Dalloz = Répertoire Dalloz de droit du travail
 Rev. arb. = Revue de l'arbitrage
 Rev. crit. = Revue critique de législation et de jurisprudence
 Rev. crit. DIP = Revue critique de droit international privé
 Rev. dr. fam. = Revue de droit de la famille
 Rev. hist. fac. droit = Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique
 Rev. Lamy dr. civ. = Revue Lamy de droit civil.
 Rev. loyers = Revue des loyers

Rev. proc. coll. = Revue des procédures collectives
Rev. sc. mor. et polit. = Revue des sciences morales et politiques
Rev. sociétés = Revue des sociétés
RFD aérien = Revue française de droit aérien
RFDA = Revue française de droit administratif
RFD const. = Revue française de droit constitutionnel
RGDA = Revue générale du droit des assurances (suite de la RGAT)
RGD int. publ. = Revue générale de droit international public
RGDP = Revue générale des procédures
RHD = Revue historique du droit
RIDA = Revue internationale du droit d'auteur
RID comp. = Revue internationale de droit comparé
RID éco. = Revue internationale de droit économique

RID pén. = Revue internationale de droit pénal
RJDA = Revue de jurisprudence de Droit des Affaires (Francis Lefebvre)
RJ com. = Revue de jurisprudence commerciale
RJF = Revue de jurisprudence fiscale
RJPF = Revue juridique Personnes et Famille
RJS = Revue de jurisprudence sociale
RRJ = Revue de recherche juridique (Aix-en-Provence)
RSC = Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
R. sociologie = Revue française de sociologie
RTD civ. = Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. = Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
RTD eur. = Revue trimestrielle de droit européen
RTDH = Revue trimestrielle des droits de l'homme
S. = Recueil Sirey

Juridictions

CA = arrêt de la *Court of Appeal* (Grande-Bretagne)
CA = arrêt d'une cour d'appel
CAA = arrêt d'une cour administrative d'appel
Cass. Ass. plén. = arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. ch. mixte = arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. ch. réunies = arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation
Cass. civ. = arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com. = arrêt de la chambre commerciale et financière de la Cour de cassation
Cass. crim. = arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc. = arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
CE = arrêt du Conseil d'État
CEDH = arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
CJUE = arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne
Cons. const. = décision du Conseil constitutionnel

Cons. prud'h. = Conseil des prud'hommes
JAF = décision d'un juge aux affaires familiales
J.d.t. = décision d'un juge des tutelles
KB = arrêt du *King's bench* (Banc du roi) (Grande-Bretagne)
QB = arrêt du *Queen's Bench* (Banc de la reine) (Grande-Bretagne)
Réf. = ordonnance d'un juge des référés
Req. = arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
Sent. arb. = sentence arbitrale
Sol. impl. = solution implicite
TA = jugement d'un tribunal administratif
T. civ. = jugement d'un tribunal civil
T. com. = jugement d'un tribunal de commerce
T. confl. = décision du Tribunal des conflits
T. corr. = jugement d'un tribunal de grande instance, chambre correctionnelle
T.f. = arrêt du Tribunal fédéral (Suisse)
TGI = jugement d'un tribunal de grande instance
TI = jugement d'un tribunal d'instance
TPIUE = Tribunal de première instance de l'Union européenne

Acronymes

AFNOR = Association française de normalisation
CCI = Chambre de commerce internationale
Ccne = Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé

DASS = Direction de l'action sanitaire et sociale
DPU = Droit de préemption urbain
IRPI = Institut de recherche en propriété intellectuelle
OPE = offre publique d'échange de valeurs mobilières

POS = plan d'occupation des sols
 PUAM = Presses universitaires de l'Université d'Aix-Marseille
 PUF = Presses universitaires de France
 SA = société anonyme

SARL = société à responsabilité limitée
 SAS = société anonyme simplifiée
 SCI = société civile immobilière
 SNC = société en nom collectif
 UE = Union européenne

Abréviations usuelles

A. = arrêté
 Adde = ajouter
 Aff. = affaire
 al. = alinéa
 Ann. = annales
 Appr. = approbative (note)
 Arg. = argument
 Art. = article
 Art. cit. = article cité
 Av. gal. = avocat général
 cbné = combiné
 cf. = se reporter à
 chron. = chronique
 col. = colonne
 comp. = comparer
 concl. = conclusions
 cons. = consorts
 Contra = solution contraire
 crit. = critique (note)
 DIP = Droit international public/Droit international privé
 doctr. = doctrine
 éd. = édition
 eod. vo = eodem verbo = au même mot
 Et. = Mélanges
 ib. = *ibid.* = *ibidem* = au même endroit
 infra = ci-dessous

IR = informations rapides
loc. cit. = *loco citato* = à l'endroit cité
 m. n. /déc. /concl. = même note/décision/conclusion
 n. = note
 n.p.B. = non publié au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
op. cit. = *opere citato* = dans l'ouvrage cité
passim = ça et là
 préc. = précité
 pub. = publié
 rapp. = rapport
 Sect. = section
 sté = société
 somm. = sommaires
supra = ci-dessus
 TCF DIP = Travaux du Comité français de DIP
 th. = thèse
 V. = voyez
 v = *versus* = contre
 vo = *verbo* = mot (*vis* = *verbis* = mots)
 *et** = décisions particulièrement importantes
 Sauf indication contraire, les articles cités se réfèrent au Code civil.

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

- A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 11^e éd., 2015.
- Fr. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 10^e éd., 2015.
- D. et N. FERRIER, *Droit de la distribution*, LexisNexis, 7^e éd., 2014.
- B. GROSS et Ph. BIHR, *Contrats, t. I, Ventes et baux*, PUF, Thémis 2^e éd., 2002.
- J. HUET, *Les principaux contrats civils*, in *Traité de droit civil de J. Ghestin*, LGDJ, 3^e éd., 2012, avec H. LÉCUYER, G. DECOCQ et C. GRIMALDI.
- F. LABARTHE et C. NOBLOT, *Le contrat d'entreprise*, in *Traité des contrats de J. Ghestin*, LGDJ, 2008.
- F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 2^e éd., LGDJ, 2012.
- Ph. LE TOURNEAU *et al.*, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action 2016/2017.
- Ph. LE TOURNEAU, *Responsabilité des vendeurs et fabricants*, Dalloz Référence, 5^e éd., 2015.
- Fr. COLLART-DUTILLEUL (dir.), *Droit de la vente immobilière*, 6^e éd., Dalloz Référence, 2016-2017.
- M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la distribution*, 3^e éd., Sirey, 2015.
- P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 6^e éd., HyperCours Dalloz, 2015.
- J. RAYNARD et J.B. SEUBE, *Contrats spéciaux*, LexisNexis, 8^e éd., 2015.
- RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. II, LGDJ, 17^e éd., 2004, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, n^{os} 2482-2789.
- N. SAUPHANOR-BROUILLAUD *et alii*, *Les contrats de consommation, Règles communes*, LGDJ, 2012.
- Fr. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Contrats (vente et échange)*, PUF, 2015.
- H. CAPITANT, Fr. TERRÉ, Y. LEQUETTE et Fr. CHÉNÉDÉ, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, 13^e éd., Dalloz, 2015.

PREMIÈRES VUES SUR LES CONTRATS SPÉCIAUX

« *Changer si souvent de taille en une seule journée, c'est vraiment troublant* »¹

La notion de contrat spécial², ses sources et son domaine (Chapitre 1) ont évolué (Chapitre 2).

1. L. CARROLL, *Alice au pays des merveilles*, 1865, conversation avec la Chenille.

2. **Étymologie** de spécial ; du latin *species*, *ei* = espèce, apparence : les contrats spéciaux sont de plusieurs espèces. Lui-même dérivé de *specio*, *ere* = regarder dans des conditions particulières donnant un sentiment d'artifice. Autre sens de *species* : marchandises (cf. épices) : classées par espèces ou par sortes.

■ CHAPITRE I ■

NOTION, SOURCES ET DOMAINE

SECTION I NOTION

La notion de contrat spécial est dominée par deux antinomies : entre les règles générales et les règles spéciales (§ 1) et entre les contrats nommés et les contrats innommés (§ 2), antinomies qui expliquent les difficultés de la qualification (§ 3).

§ 1. RÈGLES GÉNÉRALES ET RÈGLES SPÉCIALES

1. Théorie générale ; contrat spécial ; contrat individuel. – 1° Le droit des contrats spéciaux est situé entre la **théorie générale** des obligations, qui a récemment fait l'objet d'une réforme d'ensemble (Ord. 10 févr. 2016) et l'organisation particulière d'un contrat individuel.

L'expression de « contrats spéciaux » est trompeuse : tous les contrats sont spéciaux et il n'existe pas de « contrat général ». De même qu'en droit pénal toute infraction est spéciale : un abus de confiance, un faux, une banqueroute... Mais à tout contrat, s'appliquent plusieurs types de règles juridiques. Les unes sont générales, indifférentes à la catégorie à laquelle appartient le contrat : elles constituent la théorie générale des obligations contractuelles ; de même, le droit pénal général gouverne toutes les infractions quelle qu'en soit la qualification. D'autres règles dépendent de l'espèce à laquelle appartient le contrat : elles constituent le droit des contrats spéciaux. La théorie générale des obligations pose les règles communes à l'ensemble des contrats ; elle présente ainsi un tour abstrait, énonçant le régime applicable à tout contrat, quel qu'il soit (force obligatoire et relativité du contrat, intégrité du consentement, etc.)¹.

2° Un certain nombre de contrats sont **spécialement** organisés, soit par la loi, soit par les usages professionnels. Pour cette raison, on les appelle des « contrats

1. **Bibli.** : Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, préf. Y. Lequette. L'auteur expose que d'autres règles générales régissent les contrats spéciaux, notamment le droit communautaire et les droits fondamentaux, et que ce qui subsiste de la théorie générale « se mue insensiblement en un fonds commun de règles, susceptibles d'être adaptées ou écartées si l'obtention de la solution jugée la plus opportune l'exige » (p. 4 de la couverture). N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, LGDJ, 2016.

spéciaux », qui constituent aussi des « contrats nommés », parce que la loi ou les usages qui les réglementent leur donnent un nom (par exemple, vente, bail, prêt, assurance, etc.). Le droit des contrats spéciaux est plus élaboré et plus concret que ne l'est la théorie générale : il énonce les règles principales d'un certain nombre de contrats, en quelque sorte leur cadre essentiel. Il leur donne souvent un contenu préconstitué « omnibus », permettant aux parties de personnaliser facilement leur contrat et de l'adapter à la fin qu'elles poursuivent. Il suffit à une personne de dire : « je vends ma maison à telle personne qui accepte et à tel prix », pour que l'on sache aussitôt quelles vont être les conséquences du contrat.

Le droit des contrats spéciaux présente ainsi un aspect vivant et une diversité auxquels parvient difficilement la théorie générale des obligations. Le phénomène est saisissant aujourd'hui avec l'apparition d'une multitude de contrats nouveaux, spontanément créés par la pratique et les recommandations de la commission des clauses abusives qui échenille, clause par clause, les contrats usuels ; non la vente, ni la vente mobilière, ni même la vente de marchandises, ce qui serait trop général pour saisir la vie contractuelle quotidienne, mais la vente de matériels de cuisine ou celle d'automobiles neuves² : le droit devient proche de la réalité concrète.

3° Un contrat spécial n'est pas un contrat individuel : deux ventes ne sont jamais complètement identiques³ ; pour le moins, les parties doivent déterminer la chose et le prix. Habituellement, la loi ne fixe pas la teneur de chaque contrat ; à la volonté individuelle de le faire.

Le droit des contrats est donc constitué par trois corps de règles, allant du général au particulier : la théorie générale des contrats ; les règles des contrats spéciaux, élaborées par type ; chaque contrat individuel, dont les modalités particulières ont été convenues par les parties.

2. Relativités. – L'opposition entre la théorie générale du contrat et les statuts spéciaux des divers contrats n'est pas radicale, pour quatre raisons.

1° Le droit des contrats spéciaux peut avoir une précision plus ou moins grande. Ou bien, il se cantonne à des règles abstraites et générales. Ou bien, au contraire, il va jusqu'à prévoir ou imposer un « contrat type » aux parties (ex. : décret n° 2015-587 du 29 mai 2015, qui devient le droit commun du bail d'habitation) ; la réglementation des contrats spéciaux est donc plus ou moins générale. De même que, souvent, un droit est plus ou moins réel, le statut d'un contrat est plus ou moins spécial, d'autant que la réglementation légale est, souvent, plus ou moins impérative.

2° La théorie générale du contrat peut ne s'appliquer qu'à certains contrats ; par exemple, la législation protectrice du consommateur n'intéresse que les contrats conclus entre consommateurs et professionnels ; de même, certaines règles sont spéciales aux contrats synallagmatiques ; ou bien d'autres, aux contrats translatifs de propriété.

3° Une règle est spéciale par rapport à une règle générale mais, en même temps, générale par rapport à d'autres, plus spéciales qu'elle. Par exemple, le droit de la vente est spécial par rapport à la théorie générale des obligations ; à cet égard, il a son particularisme. Mais il est général parce qu'il gouverne toutes les ventes, civiles et commerciales, immobilières et mobilières ; à

2. Comp. A. SINAY-CITERMANN, *RTD civ.* 1985.473 ; D. MAZEAUD, *D.* 1998.542 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, *RTD com.* 2012. 705. Le *Journal officiel* publie chaque année le rapport de la commission des clauses abusives. Ses recommandations sont reproduites au *BOSP*. Elles ont pour objet le particularisme des contrats de la vie quotidienne afin de protéger le consommateur. Ex. : abonnements Internet et téléphones mobiles, achats d'objets d'ameublement, installations de cuisine, hôtellerie de plein air, locations de coffre-fort, etc. ; comp. PORTALIS, *Discours préliminaire au Code civil* (d'un esprit tout différent) : « L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui et non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison. S'il en était autrement, la vie des hommes, sous la surveillance de la loi, ne serait qu'une longue et honteuse minorité, et cette surveillance dégenererait elle-même en inquisition. »

3. Comp., identifiant chaque contrat par son obligation essentielle, invariable : N. CARDOSO-ROULOT, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, th. L'Harmattan, 2009.

cet égard, il constitue un droit commun, le droit commun de la vente. De même, le droit de la vente immobilière est spécial par rapport au droit commun de la vente ; mais il est général, parce qu'il gouverne toutes les ventes immobilières, urbaines ou rurales ; à cet égard, il constitue un droit commun, le droit commun de la vente immobilière ; on pourrait longuement continuer ce genre de scissiparité.

4° La théorie générale peut faire des immixtions dans les contrats spéciaux, en imposant un régime précis (ex. : Ord. 10 févr. 2016 portant réforme des contrats, qui régleme maintenant la détermination et la réduction du prix dans les contrats de services, le double mandat, le mandat apparent, le pacte de préférence et la promesse unilatérale, la tacite reconduction, la prohibition des engagements perpétuels, la commission, le prix dérisoire, etc.).

§ 2. CONTRATS NOMMÉS ET INNOMMÉS

3. Loi et pratique. – Un contrat nommé est un contrat prévu et réglementé par la loi ; ainsi la vente, le bail, le mandat, etc. La notion de contrat innommé est moins claire car, au moins aujourd'hui, elle est susceptible de plus ou de moins.

Un contrat innommé ne fait l'objet d'aucune réglementation spéciale ; mais il peut avoir en fait un nom lorsqu'il entre dans une des catégories spontanément créées par la pratique, qui lui en a donné un⁴ ; ce qui apparaît surtout dans le monde des affaires ; par exemple, les contrats... de déménagement... d'hôtellerie... de garage... d'entretien... de *sponsoring* ; en un sens, ils sont innommés, puisqu'aucune règle légale ne les prévoit ; en un autre sens, ils sont des contrats nommés, puisque la pratique leur a donné un nom, afin que dès le premier abord on connaisse leur contenu juridique ; elle n'y parvient pas toujours (exemple, l'équivoque du « contrat de garage »⁵). Le régime du contrat innommé est souvent emprunté aux contrats nommés les plus proches.

Enfin, il existe des contrats complètement innommés, parce qu'ils n'entrent dans aucune catégorie juridique, légale ou usuelle. Généralement, ils sont plus explicites que les autres ; ils doivent contenir des stipulations détaillées, afin de régler ce que, par hypothèse, ni la loi, ni les usages, ni un contrat type, ni des conditions générales n'ont prévu. Ils ressemblent aux volumineux contrats que connaissent les pays de droit non écrit (anglo-saxons).

Évoquée par le nouvel article 1105 C. civ. (ancien art. 1107), la notion de contrat innommé et son régime se sont transformés au fil des temps. À Rome, son importance était considérable, car elle commandait la validité du contrat (I). Ultérieurement, son intérêt a presque complètement disparu ; il renaît aujourd'hui, mais ne concerne désormais que les effets du contrat (II). L'histoire a tellement changé le sens de la distinction entre les contrats nommés et innommés que son étude paraît dépourvue d'intérêt ; cette apparence est illusoire.

À Rome comme aujourd'hui, la notion de contrat innommé a été le signe du dynamisme des contrats spéciaux, aiguillonné par la pratique. À cet égard, elle exprimait le développement des sociétés occidentales, qui perpétuellement se transforment ; régulièrement, de nouveaux contrats naissent ; plus rarement, d'anciens dépérissent (sans mourir) ; parfois, ils ressuscitent.

4. D. GRILLET-PONTON, *Essai sur le contrat innommé*, th. Lyon, 1982, ronéo et son article au *D.* 2000, chron. 331, « Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle » ; J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969 ; X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, Nancy II, 1992. Pour une typologie fondée sur la cause : J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, LGDJ, 1999, préf. J. Ghestin ; Fr. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th. Paris, LGDJ 1956, préf. R. Le Balle, n°s 559 et s. ; N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010.

5. *Infra*, n° 869.

L'histoire romaine de la notion conserve donc une actualité dans certains développements contractuels contemporains.

I. — Idée romaine

4. Action en justice. – Pour comprendre qu'à Rome la dénomination du contrat commandait sa validité, il faut rappeler que le droit romain était procédural. Il n'y avait de droit que là où existait une action en justice, et le nombre des actions était limitativement énuméré⁶. Jusqu'à la fin de l'époque classique (III^e siècle), un contrat n'était obligatoire que s'il faisait partie d'une catégorie de contrats à laquelle une action avait été accordée, soit par la loi (action de la loi ou action civile), soit par le préteur (action prétorienne); ces contrats avaient une *nomen* dans l'édit du préteur. Aussi furent-ils qualifiés de contrats « nommés » : par exemple, la vente, le *mutuum*, le dépôt, le prêt à usage, etc. Les contrats qui ne remplissaient pas les formes des contrats nommés étaient dépourvus d'efficacité : *ex nudo pacto non oritur actio* (du pacte nu, aucune action ne peut naître). Ultérieurement – Justinien (VI^e siècle) a achevé l'évolution par une innovation radicale, annonçant le nouveau visage du contrat –, l'action *praescriptis verbis* a été accordée pour sanctionner les contrats innommés : dans ces contrats, si l'une des parties avait spontanément exécuté son obligation, elle pouvait, au moyen d'une action en justice, obliger son cocontractant à exécuter la sienne. La convention avait alors une *causa* et devenait obligatoire. Le nombre de ces contrats étant illimité, on les a classés en quatre catégories, tenant à la nature de l'exécution unilatérale : *do ut des* (je fournis afin que tu fournisses) ; *do ut facias* (je fournis afin que tu fasses) ; *facio ut facias* (je fais afin que tu fasses) ; *facio ut des* (je fais afin que tu fournisses). En fait, la pratique utilisa tellement certains contrats innommés qu'elle leur donna un nom ; par exemple, le contrat d'*aestimatum*, la *rerum permutatio* (échange), le *precarium* (concession précaire). Bien que nommés en fait, ces contrats ne l'étaient pas en droit ; ils ne pouvaient donc être sanctionnés que par l'action *praescriptis verbis*, qui supposait une exécution antérieure par une des parties et une inexécution par une autre.

Ces idées n'ont surtout qu'un intérêt historique⁷. D'abord, parce que la conception du droit a évolué ; il n'est plus vrai de dire que le droit dépend de l'action, mais plutôt l'inverse : tout droit fait naître une action⁸. Ensuite, parce que la conception du contrat a aussi changé, à partir du moment où la liberté contractuelle a été admise. En conséquence, 1) tous les contrats sont obligatoires, même s'ils ne correspondent pas à un type prévu et réglementé par la loi ; 2) les parties peuvent faire toutes sortes de contrats, même non spécialement prévus par la loi. Aussi comprend-on que certains auteurs aient nié l'intérêt de cette distinction⁹. Elle n'est pourtant pas inutile.

II. — Intérêts modernes

La distinction présente actuellement un double intérêt. L'un est théorique : il révèle la relativité des notions. Le second est sociologique : il permet de saisir l'évolution des contrats spéciaux, leur genèse, leur vie, parfois leur agonie.

5. Relativité. – La distinction entre les contrats nommés et innommés est relative : un contrat est plus ou moins innommé. Mais elle est essentielle parce que les contrats nommés vivent et meurent grâce aux contrats innommés.

6. A. LAINGUI, « Les contrats spéciaux dans l'histoire des obligations », in *Le droit contemporain des contrats*, Trav. et recherches de la Faculté des sciences juridiques de Rennes, 1985-1986, Economica, p. 39-47 ; J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^e éd., 2010, n^{os} 441 et s.

7. O. DESCAMPS, *Plura sunt negocia*, RDC 2013. 475.

8. Exceptionnellement, il existe des droits sans action (ex. : obligation naturelle ; obligation éteinte par prescription) et des actions sans droit subjectif (ex. : action du Ministère public).

9. PLANIOL, « Classification synthétique des contrats », *Rev. crit.* 1904. 470 et s., sp. 484 : « ... Nous n'avons plus besoin des contrats innommés et nous ne pouvons même plus en faire [...] C'est se tromper et tromper les autres par une confusion inévitable que de dire que les contrats nouveaux qui se rencontrent dans le droit moderne sont des contrats innommés ».

D'une part, il est des contrats complètement innommés, parce qu'ils ne comportent aucun caractère des contrats nommés existants ; si la pratique les développe et les organise, ils ont vocation à créer progressivement de nouvelles catégories de contrats nommés (ex. : le crédit-bail¹⁰ ou le bail à nourriture¹¹) ce qu'un auteur appelle, selon une terminologie un peu obscure, des contrats innommés « typiques »¹² qui sont, en réalité, des contrats *sui generis*¹³. D'autre part, il est des contrats innommés « atypiques »¹⁴, qui, malgré des différences, peuvent se rattacher à un contrat nommé existant, sans jamais constituer un contrat spécial nouveau (par exemple, le prêt à usage comportant une « gratuité d'affaires », qui est un satellite du prêt proprement dit¹⁵ ; ou encore le contrat d'enseignement privé ; ou bien le « pilotage » dans la construction immobilière)¹⁶. Enfin, un contrat peut être plus ou moins nommé par la loi, c'est-à-dire, plus ou moins organisé. Par exemple, le crédit-bail est maintenant un contrat nommé et défini par l'article L. 313-7 du Code monétaire et financier, mais il n'en comporte que certaines règles ; de même, le contrat de réservation d'un immeuble à construire est nommé par la loi (CCH, art. L. 261-15), muette sur plusieurs éléments de son régime.

Des contrats nommés et organisés par la loi disparaissent parce que la pratique les délaisse peu à peu ; même leur nom s'enfonce dans l'oubli. Ils ne périssent pas complètement, car ils sont rarement abrogés : en droit, les institutions meurent rarement. Disparition qui peut être lente, un coma prolongé¹⁷ : par exemple, la concession immobilière (L. 30 déc. 1967) et la location-accession (L. 12 juill. 1984) ; ou brusque, un avortement, lorsque le contrat est créé de toutes pièces par la loi et que la pratique n'en use pas : la loi n'est donc efficace que si elle s'appuie sur la pratique. Contrairement à l'adage anglais : *Parliament can do anything, except changing a man into a woman* (le Parlement peut tout faire, excepté changer un homme en femme), le législateur n'a pas de véritable pouvoir créateur en matière contractuelle (bien que souvent il pense le contraire).

6. Genèse, vie, agonie des contrats nommés. – Le contrat innommé permet un incessant renouveau des pratiques contractuelles : en enrichissant des techniques existantes ou acclimant des modèles étrangers. Après que tel notaire, ou tel commerçant, ou tel syndicat professionnel l'ait imaginé, par l'effet de la pratique le contrat devient peu à peu nommé, en fait ; lorsque la loi consacre cette nouvelle nomination, l'achèvement est presque accompli (par ex. pour le contrat de fiducie : art. 2011 et s., 2488-1 et s.)¹⁸. Il est parachevé lorsque la loi organise le nouveau contrat, organisation qui peut être plus ou moins étoffée ; ce parachèvement législatif n'intervient pas toujours.

L'intérêt pratique de la distinction entre contrats nommés et innommés réside dans la qualification, une des activités essentielles du juriste.

§ 3. QUALIFICATION

7. Classification et interprétation. – La qualification est une difficulté que soulève toute règle de droit. Le droit constitue en effet un ensemble limité de règles, tandis que la vie suscite une infinie variété de faits. Pour appliquer le droit au fait, il est nécessaire de qualifier le fait, c'est-à-dire déterminer la catégorie juridique dans laquelle il entre. Par exemple, l'application d'une règle pénale suppose la qualification préalable de l'infraction : tel acte illicite constitue-t-il un vol ou un abus de confiance, un viol ou une autre agression sexuelle ?

10. *Infra*, n^{os} 811 et s.

11. *Infra*, n^{os} 1004 et s.

12. D. GRILLET-PONTON, *op. cit.*, n^o 163.

13. *Infra*, n^o 19.

14. D. GRILLET-PONTON, *loc. cit.*

15. *Infra*, n^o 911.

16. P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, th. Paris II, éd. Panthéon-Assas, 2001, n^{os} 56 et s. ; sur le « pilotage », contrat par lequel une entreprise assure la direction des travaux sans y participer, v. H. PÉRINET-MARQUET, *Deffrénois* 2001.872.

17. En voici quelques-uns, qui n'ont pas tous disparu ; ceux qui subsistent sont en voie de disparition. Ils sont des variétés du bail : à cheptel, à culture perpétuelle, à cens, à comptant, à vie, métayage.

18. P. PUIG, « Fiducie et contrats nommés », *Dr. et patr.* juin 2008, p. 68 et s.

À l'égard des contrats spéciaux, la question est de savoir quel statut régit tel ou tel contrat individuel, c'est-à-dire dans quelle catégorie contractuelle il convient de le classer pour déterminer son régime juridique ; par exemple, savoir s'il est, ou un bail, ou une vente, ou un prêt, etc., afin de le rattacher aux règles du bail, de la vente ou du prêt, etc.

À l'inverse, s'il n'entre dans aucune catégorie, mais présente des liens avec d'autres, on pourra lui appliquer tout ou partie de leur statut, par analogie. C'est une méthode nécessaire, qui présente les inconvénients de toutes les méthodes rigides, en multipliant les conflits de qualification¹⁹ ; par exemple, pour le dépôt-vente la différence entre la vente et l'entreprise, pour la location-vente la différence entre bail et vente, etc. En toute hypothèse, les règles générales s'appliqueront (art. 1105).

La qualification suppose une double démarche. D'une part, déterminer de manière abstraite les éléments juridiques caractéristiques d'un type de contrat ; ainsi, ce qui caractérise... le dépôt est l'obligation de garde, ... la vente, un prix et un transfert de propriété..., le contrat de travail, la subordination du salarié..., la donation, une intention libérale, etc. D'autre part, relever concrètement dans le contrat conclu par les parties les circonstances de fait qui correspondent à ces éléments de droit. La Cour de cassation exerce son contrôle.

Parfois, afin de qualifier, il faut interpréter le contrat en cherchant ce que les parties ont voulu²⁰. Selon la règle générale, le juge ne peut interpréter un contrat clair, à peine d'être censuré par la Cour de cassation pour dénaturation. Seul un contrat obscur peut être interprété ; les juges du fond ont à cet égard un pouvoir souverain.

Quand (I) et comment (II) qualifier un contrat ?

I. — Quand ?

La qualification est un préalable à l'application d'une règle juridique, que celle-ci soit impérative – la volonté des parties est inefficace si elle est contraire à cet impératif – ou supplétive : en l'absence de volonté contraire, la règle s'applique. Le plus souvent, elle est inaperçue tant elle s'opère aisément²¹. Mais la nature juridique du contrat n'apparaît pas toujours immédiatement : par exemple, lorsqu'il y a juxtaposition de plusieurs contrats nommés, la qualification permet de déterminer la règle applicable.

Il est courant que dans une même relation contractuelle, deux types disparates de contrats soient juxtaposés. La doctrine contemporaine distingue selon que cette juxtaposition constitue ou non un ensemble unitaire²². Dans le premier cas, on parle généralement de « contrat complexe », dans le second, de « groupes ou de chaînes de contrats ». La distinction s'impose, mais est difficile à appliquer, ce qui explique que la terminologie soit à la fois flottante et peu parlante. En outre, l'exécution d'un contrat fait souvent intervenir plusieurs personnes : il y a « cocontrat » et « sous-contrat ». Dans les « ensembles contractuels », il n'y a pas une méthode unique de qualification.

19. A. BÉNABENT, « Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux », in *Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2004, p. 245 et s., sp. p. 248.

20. Ex. : Cass. civ. 3^e, 24 janvier 2007, *Bull. civ.* III, n° 6 ; RDC 2007.810, obs. J.-B. Seube : « La commune intention des parties avait été de conclure un bail, peu important que la société Oreco se soit par ailleurs engagée à stocker les eaux-de-vie de la société Bisseuil ou de leurs clients ».

21. Ex. : l'acte transférant la propriété d'un immeuble en contrepartie d'un prix est une vente d'immeuble.

22. D. GRILLET-PONTON, *op. cit.*, n° 94 ; B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, th. Montpellier, LGDJ, 1975, préf. J.-M. Mousseron ; I. NAJJAR, « La notion d'ensemble contractuel », in *Mélanges A. Decocq*, Litec, 2004.

8. 1^o Contrats complexes. – Parfois, l'ensemble contractuel constitue un tout, pour complexe qu'il soit, parce qu'il constitue une unité cohérente. Il y a, en ce sens, « contrat complexe » dans deux types d'hypothèses, dont la seconde est la plus importante. Ou bien, il s'agit d'un « contrat frontière » (parce qu'il est à la frontière de chacun des deux), qui rassemble deux contrats spéciaux différents ; par exemple, la vente d'herbes est proche à la fois d'une vente et d'un bail à ferme²³. Ou bien, il s'agit d'un mélange de plusieurs contrats spéciaux²⁴.

Ainsi, la donation avec charges (mélange de vente et de donation), l'échange avec soulte (mélange de vente et d'échange), la location-vente (mélange de vente et de bail), la vente d'immeuble à construire (mélange de vente et de contrat d'entreprise), la restauration dans un avion (mélange de contrat de restauration et de contrat de transport aérien), la promesse unilatérale avec stipulation d'une indemnité d'immobilisation (mélange de contrat unilatéral et de contrat synallagmatique), le contrat d'hôtellerie (mélange de bail – celui de la chambre – et de contrats de travail – ceux du personnel). La complication peut être plus grande : on peut mélanger trois types de contrat ; ainsi le contrat de wagons-lits est à la fois un contrat de transport de voyageurs et un contrat d'hôtellerie, c'est-à-dire, en réalité, trois contrats : transport de voyageurs, bail et travail, etc. La liste pourrait se poursuivre longuement.

La qualification n'a d'intérêt que lorsque chacun des statuts spéciaux auquel un contrat complexe peut se rattacher est différent et que leur régime juridique est incompatible. Par exemple, les conditions de validité d'une promesse unilatérale de vente n'étant pas les mêmes que celles d'une promesse synallagmatique, il est nécessaire de qualifier une promesse unilatérale avec stipulation d'une indemnité d'immobilisation afin de savoir quelles règles lui sont applicables, puisqu'on est aux frontières du contrat unilatéral et du contrat synallagmatique. De même, certaines règles de l'échange sont différentes de celles de la vente ; quand leur application est en cause, il faut déterminer si un échange avec soulte est un échange ou une vente, etc. Dans tous ces cas, il existe un conflit entre les lois applicables à chacun des contrats spéciaux auquel se rattache le « contrat complexe ».

9. 2^o Ensembles contractuels, chaînes et indivisibilité. – **1) Les ensembles contractuels** (souvent appelés autrefois « groupes de contrats ») sont de plus en plus courants dans l'activité économique ; ils associent plusieurs contrats distincts sans en faire, en principe, un contrat unique ; par exemple, le prêt associé à une vente, le prêt assorti d'une assurance-vie, l'achat d'un véhicule neuf moyennant la reprise d'un véhicule usagé, la fourniture d'un matériel financé par une location financière, etc. En ce cas, il n'existe pas de difficultés de qualification ; la question, différente, est de savoir s'il y a divisibilité ou indivisibilité entre les contrats associés. Le principe est que chaque contrat est indépendant de l'autre²⁵ ; sauf s'il est prouvé que les deux contrats sont intimement liés et que l'existence de l'un est

23. *Infra*, n^o 82.

24. A. BÉNABENT, « L'hybridation dans les contrats », *Dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz 1999, p. 27 ; Fr. LABARTHE, « Les conflits de qualification », *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 539 ; ex. une promesse de vente contenue dans une transaction : * Cass. Ass. plén., 24 février 2006, *Soparco*, *Bull. civ. Ass. plén.* n^o 1 ; *JCP G* 2006.II.10 065, avis J. Cedras ; *Defrénois* 2006.973, chron. S. Becqué ; *D.* 2006.2057, chron. S. Chassagnard-Pinet, *Jur.* 2076, n. Chr. Jamin, *Pan.* 2640, obs. S. Amrani Mekki ; *RDC* 2006.689, obs. Y.-M. Laithier : la promesse « n'est qu'un élément » de la transaction.

25. Ex. Cass. civ. 1^{re}, 28 octobre 2010, n^o 09-68014, *Bull. civ. I*, n^o 213 ; *D.* 2011.566, n. D. Mazeaud ; *JCP G* 2011, 303, n. C. Aubert de Vincelles : « la commune intention des parties avait été de rendre divisibles les deux conventions » (contrat de prestation informatique et convention de financement l'accompagnant, la disparition du premier – faillite du prestataire – ne prive pas la seconde de cause) ; Cass. civ. 1^{re}, 20 décembre 1994, *Defrénois* 1995, art. 36145, n^o 102, obs. D. Mazeaud ; n.p.B. : « Le financement d'une acquisition immobilière, recherché par l'emprunteur, ne constitue pas, au sens de l'art. 1131, la cause de son obligation de restituer ».

subordonnée à la réalisation de l'autre²⁶; l'un des contrats est dépendant de l'autre²⁷. Il peut également exister une disposition législative (notamment, la législation protectrice du consommateur), ou conventionnelle liant l'un à l'autre²⁸. Le nouvel article 1186 prévoit une « caducité » sous certaines conditions, « lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît ».

La charge de la preuve de l'indivisibilité pèse sur celui qui s'en prévaut. Si l'interdépendance est constatée, la résolution du contrat principal entraîne la caducité du contrat lié (art. 1186 préc.) ou sa résolution²⁹. Les contrats s'interprètent aussi l'un par l'autre (art. 1189, al. 2)³⁰.

26. * Cass. com., 25 octobre 2011, n° 10-23538, *Bull. civ. IV*, n° 173; *RTD civ.* 2012.113, obs. B. Fages et 128, obs. P.Y. Gautier; *Rev. sociétés* 2012. 25, n. Th. Massart: validité d'une transaction conclue entre le cédant du contrôle d'une société, celle-ci et le cessionnaire, « situation d'interdépendance », les concessions du cédant (abandon de sa créance de compte courant) bénéficient à la société cédée, mais aussi au cessionnaire, dont la renonciation à la garantie de passif est ainsi causée, puisqu'il en jouit de façon « indirecte ». *Cass. com., 13 février 2007, *Faurecia*, *Bull. civ. IV*, n° 43; *D.* 2007.654, n. X. Delpéch; *JCP G* 2007.II.10063, n. Y. Serinet; *Defrénois* 2007.1042, n. R. Libchaber; en l'espèce, quatre contrats avaient été conclus entre une société d'informatique et un client ayant pour objets la licence sur un programme, la maintenance, la mise à jour et la formation du personnel; le défaut de délivrance dans l'exécution du premier entraîna les trois autres dans son sillage: ils étaient « interdépendants, dans la mesure où ils poursuivaient tous le même but et n'avaient aucun sens indépendamment les uns des autres... ». V. les thèses de J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Litec, 1999 et S. BROS, *L'interdépendance contractuelle*, Paris II, 2001, et sa chron. au *D.* 2016. 29. S. PELLÉ, *La notion d'interdépendance contractuelle*, Dalloz, 2007; C. AUBERT DE VINCELLES, *RDC* 2007.984. Si une clause du contrat contredit cette indivisibilité, pour peu qu'elle soit artificielle et jure avec son économie, le juge la répute non écrite: *Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22768, *Société Business Support services*, n° 11-22927, 2^e esp. *Bull. civ. ch. mixte* n° 1; *JCP G* 2013, 673-674, n. F. Buy et J.B. Seube; *D.* 2013. 1658, n. D. Mazeaud; *Contrats, conc., consom.* 2013 n° 176, n. L. Leveneur; *RDC* 2013. 849, avis L. Le Mesle et 1331, obs. Y.-M. Laithier; *RTD civ.* 2013. 597, obs. H. Barbier: « les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants; sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance » (la résiliation du contrat principal de « partenariat » de services et de publicité, 1^{re} esp., ou celle d'une sauvegarde de fichiers informatiques, 2^e esp., entraîne celle du contrat de location du matériel).

27. Cass. civ. 1^{re}, 10 septembre 2015, 2 esp., n° 14-13658 et 14-17772, *Bull. civ. I* à paraître; *JCP G* 2015, 1138, n. J. Lasserre-Capdeville; *Contrats, conc., consom.* 2015, n° 274, n. L. Leveneur; *Defrénois* 2016. 76, obs. J.-B. Seube; *Dr. et patr.* 2016, 7-72, n. Ph. Stoffel-Munck; *RDC* 2016.111, obs. T. Genicon et 16, obs. Y.-M. Laithier; *RTD civ.* 2016.111, obs. H. Barbier: achats d'un toit photovoltaïque et d'une éolienne, la résolution de la vente entraîne celle du prêt.

28. *Infra*, n° 955. Pour un exemple d'indivisibilité légale: art. L. 341-1 C. com. (loi Macron du 6 août 2015): tous les contrats relatifs à un même rapport de distribution avec le revendeur doivent prendre fin simultanément. Ce qui doit valoir pour le terme, la résolution, la caducité.

29. Cass. com., 5 juin 2007, *Bull. civ. IV*, n° 156; *D.* 2007.1723, n. X. Delpéch; *JCP G* 2007.II.10184, n. crit. Y. M. Serinet; *Dr. et patr.* 2007.87, p. 87, obs. L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck; *RTD civ.* 2007.569, obs. B. Fages: « la résiliation des contrats de location et de maintenance n'entraîne pas lorsque ces contrats constituent un ensemble contractuel complexe et indivisible, la résolution du contrat de vente mais seulement sa caducité, l'acquéreur devant restituer le bien vendu et le vendeur son prix, sauf à diminuer celui-ci d'une indemnité correspondant à la dépréciation subie par la chose en raison de l'utilisation que l'acquéreur en a faite et à tenir compte du préjudice subi par l'acquéreur par suite de l'anéantissement de cet ensemble contractuel »: la « caducité » de la vente, à la différence de sa résolution, a donc pour conséquence qu'il faut tenir compte pour la restitution du prix, de la dépréciation de la chose à raison de son usage par le locataire. Avec Cass. civ. 1^{re}, 10 septembre 2015, préc., qui évoque la résolution et non la caducité. Le nouvel article L. 341-1 préc. parle de la « résiliation ».

30. Cass. civ. 1^{re}, 28 octobre 2015, n° 14-11498, *Bull. civ. I* à paraître; *D.* 2016. 187, n. S. May-Ferrié; *RDC* 2016. 207, obs. E. Savaut (le contrat de vente prévoyait un différé de remboursement, qui n'avait pourtant pas été coché dans le contrat de prêt, le premier suffit pour en jouir).

2) L'une des variétés des ensembles contractuels est la **chaîne** de contrats, courante en matière commerciale, faite de rapports contractuels successifs, ayant un objet commun, noués entre des personnes différentes : par exemple, la vente commerciale n'est qu'un stade dans la circulation des marchandises ; elle est précédée et suivie d'autres ventes : le vendeur tient la chose vendue d'un auteur qui l'a lui-même reçue d'un autre et la revend à un sous-acquéreur, etc. La question est celle de l'indépendance ; notamment afin de savoir quelle est la répercussion sur l'ensemble des relations commerciales d'une clause attributive de compétence judiciaire³¹ ou de la résolution d'une des ventes. La qualification de « chaîne de contrats » n'est pas propre aux chaînes de ventes, où elle a d'abord attiré l'attention ; elle appartient à la théorie générale des contrats.

Pendant un temps, avait été admise l'idée qu'un groupe de contrats rendait « nécessairement contractuelle » la responsabilité entre les membres du groupe, même s'ils n'avaient pas traité l'un avec l'autre, ce que la première chambre civile de la Cour de cassation a énoncé en un principe général. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a condamné cette tentative³², sauf dans les chaînes de contrats comportant un contrat translatif où les différentes actions en garantie contre les contractants successifs ont toutes un caractère contractuel parce qu'elles sont transmises³³.

10. 3° Cocontrats ; sous-contrats. – Les chaînes de contrats doivent être distinguées des cocontrats et des sous-contrats faisant intervenir plusieurs participants à un contrat. 1) Dans le **cocontrat**³⁴ (par exemple, la cotraitance³⁵, la coassurance, le coemprunt auprès de plusieurs prêteurs), il y a plusieurs participants pour un seul objet³⁶. 2) Le **sous-contrat**³⁷ est une convention ayant pour objet l'exécution d'une convention par une autre personne qu'une partie au contrat principal ; par exemple, le sous-mandat³⁸, la sous-location³⁹ ou la sous-traitance⁴⁰.

11. 4° Ensembles contractuels ; qualifications. – Dans les ensembles contractuels (anciennement dénommés « groupes de contrats »), la qualification est distributive, puisqu'il existe plusieurs contrats distincts. Cependant, à l'égard de certaines situations contractuelles, telles que la location-vente⁴¹, la vente de chose à fabriquer ou à construire⁴², la donation avec charges⁴³, ou le contrat d'intégration

31. Ex. la transmission au sous-acquéreur de cette clause.

32. ** Cass. Ass. plén., 12 juillet 1991, *Besse*, *Bull. civ. Ass. plén.*, n° 5 ; *D.* 1991.549 ; *JCP G* 1991.II.21743, n. G. Viney ; *RTD civ.* 1991.750, obs. P. Jourdain ; *GAJ civ.*, n°s 173-176, 4^e esp. : « Vu l'art. 1165 [devenu art. 1199] ; les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; [...] l'arrêt (frappé de pourvoi) retient que, dans le cas où le débiteur d'une obligation contractuelle a chargé une autre personne de l'exécution de cette obligation, le créancier ne dispose contre cette dernière que d'une action nécessairement contractuelle, dans la limite de ses droits et de l'engagement du débiteur substitué [...] ; en statuant ainsi, alors que le sous-traitant n'est pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage, la cour d'appel a violé le texte susvisé » ; cassation. En l'espèce, jugé que le maître de l'ouvrage pouvait agir contre le sous-traitant sans se voir opposer la forclusion décennale, propre à la responsabilité contractuelle du constructeur.

33. *Infra*, n° 417 ; Cass. civ. 3^e, 30 octobre 1991, *Bull. civ.* III, n° 251 : « Le maître de l'ouvrage dispose contre le fabricant d'une action contractuelle directe, laquelle est fondée sur le contrat de vente conclu entre ce fabricant et le vendeur intermédiaire ».

34. R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, th. Montpellier, LGDJ, 1990, préf. P. Catala.

35. *Infra*, n°s 757-759.

36. R. CABRILLAC, *op. cit.*, n° 778 : « l'acte conjonctif rassemble une pluralité de participants dans une seule partie, c'est-à-dire au sein d'un seul intérêt défini par rapport à l'objet d'un acte juridique unique ».

37. J. NERET, *Le sous-contrat*, th. Paris II, 1979, préf. P. Catala.

38. *Infra*, n° 561.

39. *Infra*, n°s 694-697.

40. *Infra*, n°s 754-756.

41. *Infra*, n°s 807 et s.

42. *Infra*, n° 74.

43. *Droit des successions*, coll. Droit civil.

agricole⁴⁴, la règle est incertaine, car on hésite entre plusieurs méthodes : on ne sait pas s'il s'agit d'un « contrat complexe » unique ou d'un « groupe de contrats » distincts.

II. — Comment ?

12. Obligation caractéristique. – C'est l'obligation caractéristique convenue par les parties qui permet de qualifier le contrat. Pour la déterminer, il ne faut pas en général prendre en considération l'obligation monétaire, qui n'est pas significative : un grand nombre de contrats à titre onéreux (vente, bail, assurance, contrat de transport, etc.) oblige une des parties à payer une somme d'argent ; ce n'est donc pas cette obligation qui permet de les différencier⁴⁵. Cependant, l'obligation monétaire exerce un rôle dans la qualification de manière négative et préalable, lorsqu'il s'agit d'un élément essentiel à l'existence d'un contrat donné ; par exemple, il n'y a pas de vente sans prix ; or l'obligation de payer le prix constitue l'obligation monétaire par excellence.

La démarche peut conduire à quatre résultats. Ou bien, une qualification exclusive, lorsqu'il s'agit d'un contrat complexe (A) ; ou bien, une qualification distributive, lorsqu'il s'agit d'un groupe de contrats (B) ; ou bien, une qualification inexacte (C) ; ou bien, enfin, un refus de qualification (D).

A. QUALIFICATION EXCLUSIVE

Lorsqu'un contrat est complexe, il n'a qu'une seule nature : la qualification est exclusive. Soit, il emprunte la nature juridique de sa principale composante, soit, plus rarement, il acquiert une nouvelle nature, distincte de ses composantes.

13. Accessoire et principal. – Le contrat complexe a généralement la nature de son élément principal. Le juge applique la règle : *accessorium sequitur principale* (l'accessoire suit le principal)⁴⁶.

Par exemple, si un contrat mêle la vente et le bail en constituant surtout une vente, il sera entièrement soumis au régime de la vente, bien que teinté de bail. À l'inverse, entre la vente et l'entreprise, celle-ci constitue parfois l'essentiel (ainsi, beaucoup de contrats d'abonnement). Autre exemple : la loi du 3 janvier 1967 sur la vente d'immeubles à construire (C. civ., art. 1601-1 s.) n'est impérative que dans le secteur protégé, c'est-à-dire les immeubles à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation (CCH, art. L. 261-10). *Quid* de la vente d'un immeuble où doivent être construits une station-service d'essence (c'est-à-dire un local commercial) et un logement pour le pompiste ? La Cour de cassation a approuvé les juges du fond qui avaient décidé que le logement ne constituait que l'accessoire du local commercial et que, par conséquent, la vente de l'ensemble ne relevait pas de la loi de 1967⁴⁷. Ou bien encore le contrat de déménagement, où généralement l'obligation principale est la manutention relevant du contrat d'entreprise, non le transport⁴⁸ ; ou celui de prise en charge d'un animal (par exemple, un cheval d'équitation), selon qu'il est plus axé sur l'entraînement ou sur la

44. Une loi de 1964 (C. rur. pm., art. L. 326-1 et s.) a disposé que plusieurs contrats constituaient un unique contrat d'intégration agricole (soumis à un régime particulier) lorsque, selon l'expression de la Cour de cassation, ils avaient été conclus « dans la perspective l'un de l'autre » ; *infra*, n° 842.

45. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

46. Fr. LABARTHE, « Les conflits de qualification », *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 539.

47. Cass. civ. 3^e, 15 février 1978, *Bull. civ.* III, n° 84 ; *JCP G* 1979.II.19090, n. S. Galle.

48. Jurisprudence souvent réitérée, ex. : Cass. com., 6 juillet 2010, 09-14661, inédit, *Contrats, conc. consom.* 2010, n° 241, n. L. Leveuveur : « le contrat de déménagement étant un contrat d'entreprise, lequel se différencie du contrat de transport en ce que son objet n'est pas limité au déplacement

garde⁴⁹; ou bien le transport de fonds⁵⁰; ou bien l'échange avec soulte qui, selon l'importance de la soulte, est un échange ou une vente. De même dans certains contrats comme l'entreprise, où on trouve des obligations accessoires de dépôt, le contrat conserve sa nature principale d'entreprise, par exemple, le contrat de garage⁵¹.

14. Nature nouvelle. – Parfois, tout en étant exclusive, la qualification s'opère selon une méthode différente. On ne cherche pas l'élément principal du contrat complexe, car le contrat a une nature distincte de celle de ses composants : un contrat nouveau apparaît; d'abord, pendant un certain temps un contrat innommé typique, *sui generis*; ultérieurement, il acquiert un nouveau nom et un statut original. Ainsi en est-il du crédit-bail, sans doute parce que la référence au bail était artificielle⁵².

B. QUALIFICATION DISTRIBUTIVE

15. Dépeçage distributif sans cumul. – 1° La qualification **distributive** traduit la relativité du droit des contrats spéciaux. La distribution entre deux natures juridiques différentes peut se faire de deux manières. Soit, à un même moment, chacun des éléments d'un contrat est soumis à une règle différente; ce « dépeçage » du contrat suppose que les parties ou la loi l'aient voulu⁵³. Soit, successivement, lorsque la nature du contrat change en cours d'exécution; le régime du contrat dépend alors des moments de la vie contractuelle⁵⁴.

2° Une qualification ne peut jamais être **cumulative**. Par exemple, un contrat ne peut être à l'égard d'une même règle à la fois une vente et une donation. Mais il peut appartenir à un type donné à l'égard de certaines règles (ex. : une vente à l'égard des règles de forme) et relever en même temps d'un autre à l'égard d'autres règles (ex. : une donation à l'égard des règles de fond). Par exemple, la donation déguisée prend les formes de la vente et pour le fond est soumise aux règles des donations.

Une situation plus diversifiée résulte des multiples combinaisons que permet la gérance d'un fonds de commerce. La qualification est alors tantôt distributive, tantôt exclusive, tantôt inexacte.

16. Gérance de fonds de commerce : salariée, libre, vente. – Le mot de gérance évoque le mandat. En conférant à une personne la gérance du fonds de commerce, le propriétaire du fonds (c'est-à-dire le « propriétaire » de la clientèle – en général, le titulaire du bail commercial) donne à un tiers mandat de gérer son commerce. La pratique diversifie les formes de « gérance »; on en

d'un mobilier ». En matière de consommation, le législateur a tranché : les art. L. 224-63 et s. du C. consom. en ont fait un contrat nommé de « transport de déménagement ».

49. Cass. civ. 1^{re}, 10 janvier 1990, *RTD civ.* 1990.517, obs. Ph. Rémy.; n.p.B. Comp. *infra*, n° 15, pour la qualification distributive.

50. Cass. com., 14 mars 1995, *Bull. civ.* IV, n° 86; *Contrats, conc. consom.* 1995.101, n. L. Leveneur : les particularismes de ce genre de transport, qui impose des protections et des véhicules spécialisés, « ne modifiaient pas le contenu de la prestation principale qui consistait à déplacer d'un lieu à un autre et constituait donc, en l'espèce, un contrat de transport pour sa partie terrestre et un contrat de commission pour sa partie aérienne »; s'applique la prescription annale prévue par l'art. L. 133-6, C. com.

51. Ex. Cass. civ. 1^{re}, 26 janvier 1999, *Bull. civ.* I, n° 28; *JCPG* 1999.I.191, obs. Fr. Labarthe et *infra*, n° 869.

52. *Infra*, n° 814.

53. Ex. : un contrat peut être mêlé d'entreprise et de dépôt : Cass. civ. 1^{re}, 3 juillet 2001, *Contrats, conc. consom.* 2001, n° 169, n. L. Leveneur (entraînement et garde d'un cheval), « le contrat s'analysait pour partie en un contrat d'entreprise et pour partie en un contrat de dépôt salarié », de sorte que l'entraîneur est automatiquement responsable, en qualité de dépositaire, de l'accident de box survenu à l'animal. Ou encore, mélange de vente et d'entreprise : le vendeur promet de délivrer la chose vendue (vente) et d'exécuter un ouvrage pour le compte de l'acquéreur (entreprise); les obligations du vendeur relèvent de la vente, celles de l'entrepreneur-vendeur du contrat d'entreprise; *infra*, n° 74.

54. Ex. : la vente d'immeuble à construire relève du contrat d'entreprise tant que la construction n'est pas achevée, puis de la vente : *infra*, n° 77.

signalera trois : la gérance salariée, la gérance libre, la gérance-vente. **1°** En certains cas, le gérant est un salarié : il exploite le fonds aux risques, au profit et sous le contrôle du propriétaire, moyennant un salaire ; ce qu'on appelle la **gérance salariée**⁵⁵ qui, selon les stipulations contractuelles, participe à des degrés divers du contrat de travail⁵⁶ et du mandat. **2°** Dans d'autres cas, le gérant n'a aucun compte à rendre au propriétaire ; il exploite le fonds en toute indépendance, à ses risques et périls ; ce qu'on appelle la **gérance libre**, ou encore la location-gérance, partiellement réglementée par la loi (C. com., art. L. 144-1 et s.)⁵⁷ ; ce contrat n'entre dans aucun des grands types juridiques connus : ni bail⁵⁸, ni contrat de travail, ni mandat, ni société. **3°** Enfin, parfois la gérance est utilisée pour réaliser de manière déguisée une cession de fonds de commerce, afin d'éviter les droits de mutation et les droits de créanciers, ce qu'on appelle souvent la **gérance-vente** ; la qualification de gérance est inexacte, si la location-gérance est accompagnée ou suivie d'une vente au gérant du matériel d'exploitation⁵⁹.

C. QUALIFICATION INEXACTE

La qualification doit traduire la volonté réelle des contractants⁶⁰. Elle est parfois inexacte, soit du fait des parties (elle doit alors être redressée), soit de celui des juges, soit de celui de la loi.

17. 1° Parties : ignorance et mensonge. – Souvent, les parties ont inexactement qualifié leur contrat : le nom qu'elles lui ont donné n'en traduit pas l'économie. Ou encore, elles n'ont même pas pris la peine de le qualifier.

1) Parfois, la qualification inexacte tient à l'**ignorance**. Ainsi certains contrats sont qualifiés d'échange, alors qu'ils portent sur des prestations de services⁶¹.

2) Parfois, elle est volontairement **mensongère**, car les parties ont le désir d'éviter une règle impérative, notamment fiscale ; par exemple afin d'échapper aux lourds droits fiscaux grevant une donation, elles ont déguisé le contrat sous le « vêtement » d'une vente, beaucoup moins taxée : la qualification est alors frauduleuse. Les tribunaux ne sont pas liés par la qualification donnée par les parties ; ils peuvent toujours la rectifier (C. pr. civ., art. 12).

18. 2° Juges. – La qualification donnée par les juges à un contrat est quelquefois inexacte. Inexactitude inutile, délibérée ou approximative.

1) Tantôt, les tribunaux donnent des qualifications **inutilement** inexactes. Ainsi, pour le contrat de coffre-fort, longtemps et à tort qualifié de location⁶².

55. Dans la gérance salariée, le propriétaire d'un fonds de commerce en confie la direction à un tiers, moyennant rémunération ; le gérant rend ses comptes au propriétaire qui fait siens les profits et les pertes et surveille la gestion, ce qui l'oppose à la gérance libre. Les gérants non salariés des succursales de maisons d'alimentation de détail, que l'on appelle souvent des gérants succursalistes, ont, en droit du travail, un régime particulier (C. trav., art. L. 7322-1 et s.).

56. Ex. : Cass. soc., 13 janvier 1972, *Bull. civ. V*, n° 28 (arrêté n° 1) ; *JCP G* 1972.II.17240 bis : « le fait que X ait la qualité de gérant libre de fonds de commerce, donc de commerçant, ne pouvait l'empêcher de bénéficier de la législation du travail, dans ses rapports avec son employeur, s'il remplissait les conditions exigées à cet effet ».

57. La gérance libre (location-gérance) est une convention par laquelle le propriétaire d'un fonds concède à un gérant l'exploitation de son fonds pendant une période déterminée ; l'exploitation se fait sous l'autorité et avec les risques du gérant, à la différence de la gérance salariée ; *infra*, n° 684.

58. V. toutefois Cass. com., 9 mars 1953, *D.* 1953.324 : « la mise en gérance libre dudit fonds ne constitue pas une sous-location interdite (par une clause du bail de l'immeuble dans lequel le fonds était exploité), mais la location d'un meuble incorporel ». Il n'y a donc pas violation du bail.

59. TGI Évry, 7 décembre 1989, *Défrienois* 1991, art. 34961, n. A. Chappert (en matière fiscale).

60. Fr. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th. Paris, LGDJ, 1957, préf. R. Le Balle.

61. V. A. VAN EECKHOUT, « Vers un renouveau du troc dans la vie des affaires ? », *RDC* 2006.917.

62. *Infra*, n° 868.

2) Tantôt, les tribunaux qualifient inexactement un contrat, afin **délibérément** de le soumettre à un régime déterminé ; le régime du contrat devient indépendant de sa nature juridique véritable : la qualification est artificielle et tendancieuse. Ainsi, le contrat d'agence de voyages a été qualifié par le juge de contrat d'entreprise⁶³, ou de mandat⁶⁴, voire de transport⁶⁵ ; les obligations ne sont pourtant pas les mêmes ; mais quelle que soit la qualification, le résultat, à l'égard de la responsabilité de l'agence de voyages, est identique⁶⁶.

3) Tantôt enfin, la qualification des tribunaux est **approximative et hésitante**, lorsque les parties ont changé l'élément essentiel d'un contrat spécial. Par exemple, le prêt à usage, contrat « essentiellement gratuit », lorsque sa gratuité est altérée parce que les parties sont en relations d'affaires (ex. : le commerçant qui prête « gratuitement » un chariot à ses clients). Les tribunaux qualifient ce contrat, tantôt de prêt, dont le régime est alors un peu modifié, tantôt de contrat innommé « proche du prêt à usage », selon l'expression d'un auteur⁶⁷. On pourrait faire les mêmes observations pour le transport (essentiellement onéreux) lorsqu'il est fait à titre gracieux ou intéressé, sans être pour autant rémunéré. Ou bien du bail (le prix en argent est essentiel), lorsque la rémunération du bailleur est en nature.

19. 3° Législateur. – Le législateur procède aussi à des qualifications inexactes, inexactitudes qui, comme celles que fait le juge, sont inutiles ou délibérées.

1) Tantôt, la loi donne **inutilement** une qualification inexacte. Ainsi, elle qualifie d'« acte à titre gratuit » la convention d'entraide agricole⁶⁸ (L. 8 août 1962, *auj. C. rur. pm.*, art. L. 325-1), ce qui est inexact, car dans cette convention, il y a une réciprocité d'obligations et pas d'intention libérale ; la loi a simplement voulu dire que l'entraide ne devait pas comporter de contrepartie pécuniaire ou en nature⁶⁹. De même, la « vente de voyages », désignant l'activité des agences de tourisme (*C. tour.*, art. L. 211-8 et s.) : « vendre un service » est un langage d'économiste, pas de juriste ; la vente doit avoir une chose pour objet.

2) Tantôt, **délibérément**, la loi qualifie inexactement un contrat afin de le soumettre à un régime juridique déterminé ; le régime du contrat devient indépendant de sa nature juridique : la qualification est artificielle et tendancieuse. Ainsi, afin de la soustraire au statut des baux commerciaux, la loi (L. 30 déc. 1967) n'a pas donné à la concession immobilière la qualification de bail qui était pourtant sa véritable nature⁷⁰. Il en est de même du contrat de promotion immobilière que la loi a qualifié de mandat (art. 1831-1), alors qu'il s'agit d'un contrat d'entreprise⁷¹.

D. REFUS DE QUALIFICATION

20. Contrat *sui generis*. – Parfois, le particularisme du contrat est tel que non seulement il n'entre dans aucune des qualifications des contrats nommés, mais est complètement soustrait aux statuts des contrats spéciaux. Ainsi en est-il de la « multipropriété », conférant un simple droit de jouissance « à temps partagé » à

63. Cass. civ. 1^{re}, 31 mai 1978, *Bull. civ. I*, n° 210 ; *D.* 1979.48, n. I. Foulon-Piganiol.

64. Cass. civ. 1^{re}, 5 janvier 1961, *aff. du taxi de Rio*, *Bull. civ. I*, n° 7 ; *D.* 1961.340.

65. Paris, 12 décembre 1952, *JCP G* 1953.II.7650, n. M. de Juglart.

66. *Infra*, n° 714.

67. D. GRILLET-PONTON, *th. préc.*, n°s 38-39.

68. Il s'agit d'une convention entre agriculteurs ayant pour objet des échanges de travail et de moyens d'exploitation. V. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

69. Pour l'application de la Sécurité sociale à une « hypothèse-frontière » : Cass. soc., 10 février 1977, *Bull. civ. V*, n° 99 ; *D.* 1978, IR 158, obs. Chesné et Martin : « L'entraide définie par l'art. 20 de la loi du 8 août 1962 est, en principe, exclusive de toute contrepartie pécuniaire ou en nature ».

70. B. BOCCARA, « La concession immobilière », *JCP G* 1969.I.2245, sp., n° 29 ; GRILLET-PONTON, *op. cit.*, *supra*, n° 202, p. 225, n° 3.

71. *Infra*, n° 712.

des vacanciers (C. consom., art. L. 224-69)⁷². Il s'agit de ce qu'on appelle parfois un contrat *sui generis*.

Quelques auteurs ne le distinguent pas du contrat innommé⁷³. On peut aussi y voir ce que l'un d'eux appelle un contrat innommé typique⁷⁴. Enfin, à l'inverse, selon un autre, le contrat *sui generis* serait presque un contrat nommé, sauf une différence spécifique⁷⁵.

La notion a un sens négatif : un contrat *sui generis* n'est pas un contrat nommé ; il est soustrait au régime légal d'un contrat spécial, aussi bien lorsque ce régime est impératif que lorsqu'il est dispositif.

21. Relativité. – La notion de contrat *sui generis* est relative : un contrat peut, à certains égards, être nommé, et, à d'autres, innommé.

Ainsi peut être qualifiée de *sui generis* une convention qui pourtant est nommée, afin de la soustraire au statut spécial d'un autre contrat nommé auquel elle ressemble. Par exemple, le « contrat préliminaire » à la vente d'immeuble à construire est prévu et organisé par la loi (CCH, art. L. 261-15) ; à cet égard, il est un contrat nommé. La question s'est posée de savoir s'il s'agissait d'une promesse unilatérale de vente, soumise à enregistrement dans les dix jours de son acceptation, à peine de nullité, lorsqu'elle est faite par acte sous signature privée (art. 1589-2) ; pour écarter cette règle, la Cour de cassation a décidé que ce type particulier d'avant-contrat était une convention *sui generis*⁷⁶.

Aujourd'hui, il est fréquent que l'organisation légale d'un contrat spécial soit impérative, excluant plus ou moins complètement la liberté contractuelle. Ce qui pose un problème de sources.

SECTION II

SOURCES

La source principale du droit des contrats spéciaux est, au moins en apparence, la loi et la jurisprudence, comme pour toute autre partie du droit. L'importance

72. V. *Les Biens*, coll. Droit civil. À l'égard de ces contrats, le C. consom. contient un certain nombre de règles : offre de contracter par écrit, comportant les mentions essentielles (L. 224-73) ; délai de repentir de quatorze jours (L. 224-79), condition suspensive si l'acheteur a emprunté pour payer (L. 224-88) ; v. aussi l'intervention des agents de voyages (C. tour., art. L. 211-4) ; J. RAYNARD, *RTD civ.* 1998.1004 ; R. SAINT-ALARY, *D.* 1999, chron. 147.

73. D. GRILLET-PONTON, th. préc.

74. D. GRILLET-PONTON, th. préc.

75. G. CORNU, *RTD civ.* 1976.160 ; ex. : TGI Paris, 25 février 1977, *Gaz. Pal.* 1977.II.478 ; *RTD civ.* 1977.789, obs. G. Cornu : le contrat conclu entre un **frère des écoles chrétiennes** et sa congrégation est « un contrat *sui generis* », non un contrat de travail. V. également pour les relations entre un **pasteur** et son église : Douai, 30 mai 1984, *JCP G* 1986.II.20628, n. Th. Revet : « la préparation du règne de Dieu sur la terre ne constitue pas, du fait de sa finalité spirituelle, une activité relevant du Code du travail, quelles que soient les modalités juridiques pratiques utilisées »... ; l'arrêt a été maintenu par Cass. soc., 20 novembre 1986, *JCP G* 1987.II.20798, n. Th. Revet ; *RTD civ.* 1987.569, obs. Ph. Rémy ; J. SAVATIER, « La situation, au regard du droit du travail, des pasteurs de l'Église réformée », *Dr. soc.* 1988.375. De même, le contrat d'exclusivité conclu entre une **clinique et un médecin** n'est ni un mandat ni un contrat d'intérêt commun ; dès lors la clinique peut librement résilier le contrat en respectant le délai de préavis : Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 1996, *Bull. civ. I*, n° 269.

76. Cass. civ. 3^e, 27 octobre 1975, *Bull. civ. III*, n° 309 ; *D.* 1976.97, n. Frank ; *Defrénois* 1976, art. 31050, m. n. ; *RTD civ.* 1976.363, obs. G. Cornu : « Un tel contrat (*sui generis*) ne peut être identifié à la promesse unilatérale de vente acceptée, au sens de l'art. 1840 A, CGI (aujourd'hui art. 1589-2 C. civ.), dont les dispositions sont d'interprétation stricte ».

respective de ces deux sources évolue sous la pression des nécessités économiques et de l'idéologie dominante : le libéralisme économique fait confiance au juge et se méfie de la loi ; au contraire, le dirigisme croit bienfaisant l'encadrement légal des pratiques contractuelles.

Dans un régime d'économie mixte, comme l'est celui de la France, les lois sont abondantes, et les procédés d'intervention de l'État dans les contrats se diversifient (§ 1). Mais la pratique joue aussi un rôle important, constituant une source d'une nature originale (§ 2).

§ 1. Lois

À la loi et aux règlements dans leur définition traditionnelle, s'ajoutent aujourd'hui certains actes émanant d'autorités administratives indépendantes, nouveaux organes d'intervention de l'État.

I. — Lois et règlements

Selon les époques, l'importance respective du caractère impératif ou supplétif des lois relatives aux contrats spéciaux a changé, ce qui rend importante leur qualification.

22. Supplétif, incitatif, impératif. – **1°** Généralement, les règles du Code Napoléon relatives aux contrats spéciaux étaient et sont demeurées **supplétives** ; elles ne s'appliquent donc que si les parties ne les ont pas écartées⁷⁷. C'est aussi le cas pour une part du nouveau droit commun des contrats.

2° Beaucoup de règles légales contemporaines relatives aux contrats spéciaux ne sont pas non plus impératives, sans être pour autant supplétives ; elles tendent à orienter ou à **inciter**. Elles ont surtout pour objet d'essayer de faire disparaître les incertitudes de la pratique, sources d'insécurité. Par exemple, la loi sur la location-accession du 12 juillet 1984 : rien n'interdit aux parties de faire une location-vente différente de celle qu'a prévue la loi⁷⁸. Ou bien, il est possible de convenir d'un crédit-bail dans un autre domaine que celui qu'a prévu l'article L. 313-7 du Code monétaire et financier ; par exemple, un crédit-bail n'ayant pas pour objet un bien à caractère professionnel : ainsi, une automobile destinée aux besoins personnels et familiaux, ce qui est très pratiqué ; le contrat est valable, mais n'est ni soumis au statut légal du crédit-bail ni bénéficiaire de ses avantages fiscaux.

3° La plupart des règles légales récentes sont **impératives** ; soit qu'elles régissent complètement le contrat (ex. : baux ruraux ; baux d'habitation), soit seulement certains éléments (ex. : la législation protectrice du consommateur). Le droit des contrats spéciaux est devenu un mélange instable de liberté, de direction et de protection. Les lois impératives relèvent de l'ordre public économique de direction, actuellement en voie de réduction et de transformation, et de l'ordre public social de protection. Généralement, elles ne sont pas intégrées dans le Code civil. Parfois, elles sont assorties de sanctions pénales.

77. Ex. pour l'application des art. 1999 et 2000, obligeant le mandant à indemniser le mandataire de ses pertes et le rembourser de ses frais : Cass. com., 7 juill. 2004, *Bull. civ.*, IV, n° 150 : « Les art. 1999 et 2000 [...] ne sont pas d'ordre public ».

78. *Infra*, n° 809.

23. « Droit économique » ; droit européen ; droits de l'homme. – Les contrats spéciaux sont, en outre, soumis à des sources nouvelles du droit. À côté du « droit classique » (le droit civil complété par le droit commercial, le droit rural et le droit pénal), est apparu un « droit économique » (le droit de la consommation et celui de la concurrence), qui ne constitue pas un corps cohérent, use d'une terminologie parfois imprécise et est souvent en contradiction avec les règles traditionnelles, en raison de ses objectifs sociaux et économiques. Ses règles sont souvent la transposition de normes communautaires⁷⁹.

Un Code de la consommation a été promulgué en 1993. De nombreuses directives européennes sont souvent adoptées et doivent être intégrées à ce code ; elles sont parfois très contraignantes (ex. : les lourdes amendes infligées aux entreprises qui ne respectent pas les règles de la concurrence) ou au contraire ont une grande flexibilité (la régulation) allant jusqu'au conseil (les autorités de la concurrence « accompagnent » les entreprises pour leur enseigner les bonnes pratiques de la concurrence). Le droit de la consommation, comme celui de la concurrence, se prête mal à la codification, car il est dépendant de la conjoncture : il ne peut procéder qu'au « coup par coup », ce qui explique son fouillis et son instabilité⁸⁰. Le droit de la consommation exerce une influence croissante sur le droit commun des contrats : il a ainsi permis de renouveler de nombreuses analyses sur les mécanismes fondamentaux (formation du contrat, cause, groupes de contrats, terme, clauses d'irresponsabilité, abus, etc.)⁸¹. Il en est de même du droit de la concurrence⁸² et des droits fondamentaux.

24. Qualification. – Selon que la loi est supplétive ou impérative, les effets de la qualification sont différents⁸³.

Lorsqu'elle est supplétive, elle s'applique à défaut de convention contraire. Par exemple, pour la vente, le Code civil fixe le lieu où doit être délivrée la chose vendue (art. 1609) ; ces dispositions ne s'appliquent que si les contractants n'avaient pas, à cet égard, fixé leur obligation. Encore faut-il qu'il s'agisse d'une vente. Si le contrat est innommé, il faut d'abord recourir à la qualification, qui permettra, le cas échéant, de le considérer comme une vente.

Lorsque les règles légales sont impératives : elles ne peuvent être écartées par la volonté des parties. Par exemple, les dispositions relatives à l'information et à la protection des consommateurs.

25. Contrat *sui generis*. – À l'égard des lois impératives et parfois des lois supplétives, la qualification de contrat *sui generis* produit des conséquences différentes, puisqu'elle a pour effet de le soustraire au statut légal. Le résultat habituel est de rendre valable un contrat dont la licéité est pourtant incertaine ou même douteuse ; plus rarement, l'inverse se produit : du fait qu'il est *sui generis*, le contrat devient parfois nul.

La qualification de contrat *sui generis* (comme celle de contrat innommé) permet souvent de soustraire une convention au régime légal impératif d'un contrat spécial déterminé, ce qui explique la suspicion qu'elle suscite. Ainsi, les tribunaux ont fait échapper certaines conventions au statut du fermage⁸⁴ en les qualifiant de contrats innommés ou de conventions *sui generis*. De

79. J. HUET, « Les sources communautaires du droit des contrats », *LPA* 1997, n° 35, p. 8.

80. D. FENOUILLET et Fr. LABARTHE, dir., *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, *Economica*, 2002 ; C. AUBERT DE VINCELLES et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Les 20 ans du Code de la consommation*, *Lextenso* 2013, spéc. p. 7 s., « Le Code de la consommation à l'épreuve du droit commun ».

81. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD *et alii*, *Les contrats de consommation, Règles communes*, LGDJ 2012 ; du même auteur, « Le contrat de consommation et les contrats spéciaux », *Mélanges B. Gross*, Presses Univ. Nancy 2009, p. 305 s. J. JULIEN, *Droit de la consommation*, LGDJ, coll. Domat, 2015.

82. R. RAYMOND, *Droit commun et droit spécial des contrats d'affaires*, Université Versailles-Saint-Quentin, 2012.

83. **Biblio.** : C. PÈRES-DOURDOU, *La règle supplétive*, th. Paris I, LGDJ, 2004, préf. G. Viney.

84. Ex. : une convention conférant la jouissance précaire d'une ferme à un indivisaire (Cass. soc., 15 février 1952, *D.* 1952.613, n. R. Savatier), *infra*, n° 665.

même, une convention transférant la nue-propriété d'un immeuble moyennant l'engagement d'effectuer toutes les réparations et de verser une rente n'est pas une vente (puisque la contrepartie de la nue-propriété de l'immeuble est en partie une obligation en nature) et ne peut donc être ni rescindée pour insuffisance de prix ni même annulée pour défaut de prix⁸⁵. La notion de contrat *sui generis* a pour conséquence de renforcer l'efficacité de l'acte ou même de le rendre valable.

À l'inverse, plus rarement, cette qualification entraîne la nullité ou tout au moins l'inefficacité de cette convention. Ainsi, des marchés à terme de valeurs qui ne sont pas faits en bourse (qu'autorise le Code monétaire et financier, lorsque les opérations se résolvent par le paiement d'une simple différence). Lorsqu'elles ne sont pas faites en bourse, ces opérations ont été, une fois, qualifiées par la Cour de cassation de « *contrats innommés sui generis* », simples spéculations sur la hausse ou la baisse des valeurs, et soumises par conséquent à l'exception de jeu prévue par l'article 1965⁸⁶ : elle les a traitées de jeu, sans le dire.

II. — Autorités administratives indépendantes

26. Des sources du droit ? – Les autorités administratives indépendantes jouent aujourd'hui un rôle important dans la création de normes juridiques ; elles prennent le relais de la loi ou du règlement. Il ne s'agit pas d'une catégorie homogène de personnes publiques, mais d'organismes divers, généralement collégiaux, créés au gré de lois récentes : Autorité des marchés financiers (AMF), Commission nationale informatique et libertés (CNIL), Comité des établissements de crédit bancaire, Autorité de la concurrence, Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), ARCEP pour les télécommunications... Leur composition est diverse : dépendants ou non du gouvernement et de la majorité parlementaire, formés uniquement de fonctionnaires ou de manière paritaire (représentants de l'administration, de la profession intéressée, de magistrats...); leurs attributions aussi. Ils traduisent une nouvelle manière d'intervenir de l'État dans des domaines techniques⁸⁷. Certaines autorités comme l'AMF et l'Autorité de la concurrence constituent de véritables sources du droit des contrats spéciaux : elles sont chargées non seulement de surveiller des pratiques, de les apprécier, de les sanctionner et de conseiller le pouvoir réglementaire, mais encore d'élaborer et de faire respecter une réglementation établissant ce que l'on appelle maintenant une « régulation ». Aussi sont-elles parfois indirectement des sources de droit, par le pouvoir qu'elles ont de juger et d'interdire des pratiques contractuelles (ex. : Autorité de la concurrence : C. com., art. L. 461-1 et s.) et de bâtir ainsi une véritable jurisprudence ; soit directement, par la publication de règles juridiques générales et abstraites (AMF).

Ces autorités perturbent la hiérarchie traditionnelle des sources du droit, d'autant que leurs préoccupations sont surtout économiques ou financières ; ainsi un contrat, valable d'après les règles du droit civil, peut constituer une pratique restrictive de la concurrence, à laquelle

85. Cass. civ. 1^{re}, 12 octobre 1967, *Bull. civ. I*, n° 292 ; *D.* 1968, somm. 29.

86. Req., 11 juillet 1933, *Gaz. Pal.* 1933.II.716 ; *infra*, n° 977.

87. J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP G* 1986.I.3254 ; C. A. COLLIARD et G. TMSIT, dir., *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, 1988 ; *Introduction au droit*, coll. Droit civil ; M. A. FRISON-ROCHE, « Autorités administratives incompréhensibles (AAI) », *JCP G* 2010.1166 (critique d'un rapport parlementaire envisageant la fusion de certaines de ces autorités).

l'Autorité de la concurrence ordonnera qu'il soit mis fin⁸⁸. La Commission des clauses abusives n'a qu'un rôle de conseil⁸⁹ ; ses abondantes recommandations ont pourtant parfois un écho⁹⁰.

§ 2. PRATIQUE CONTRACTUELLE

27. *Lex mercatoria* ? – Dans la mesure où la loi est dispositive, elle ne fait, le plus souvent, que consacrer des pratiques contractuelles déjà établies par des praticiens ou des organismes professionnels⁹¹ – formulaires (par ex. : les formulaires notariaux), contrats types, conditions générales de vente, polices d'assurance, etc.⁹². Les particuliers n'ont qu'à recopier ces modèles, qui constituent aujourd'hui la source la plus vivante et la plus mal connue du droit des contrats spéciaux.

Les créations les plus importantes qu'aient connues les contrats sont dues à la pratique commerciale. Certains voudraient qu'elle constitue une véritable source du droit, à raison de l'utilité économique : « l'utilité emporte la validité »⁹³ : la pratique commerciale serait une source du droit même *contra legem*, une sorte de *lex mercatoria* interne⁹⁴. À la différence du droit romain, la jurisprudence n'a jamais admis ce raisonnement⁹⁵ : ce n'est pas parce qu'une clause est courante et utile qu'elle est licite ; le fait n'est pas le droit.

Les contrats commerciaux ont une autre source importante – les usages.

88. Ex. : la restitution en nature des cuves prêtées aux pompistes de marque par les compagnies pétrolières, *infra*, n° 913.

89. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 13 novembre 1996, *carte Pastel*, *Bull. civ. I*, n° 399, à propos d'un contrat d'abonnement : « *Les recommandations de la Commission des clauses abusives ne sont pas génératrices de règles dont la méconnaissance ouvre la voie de la cassation* ». Comp. Paris, 7 mai 1998, *D. Aff.* 1998.1082 : la recommandation « *ne lie pas le juge, mais il peut l'utiliser pour s'éclairer* ».

90. Ex., sur les clauses de « *laisser croire* » : Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2001, *Bull. civ. I*, n° 181 ; *JCP G* 2001.II.10631, n. G. Paisant : « *La clause litigieuse était rédigée en des termes susceptibles de laisser croire au consommateur qu'elle autorisait seulement la négociation du prix de la prestation [...], avait pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, était abusive et devait être réputée non écrite, selon la recommandation n° 82-04 de la Commission des clauses abusives* ».

91. *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, Trav. Assoc. Capitant, Journées suisses 1983, *Economica*, 1985 ; J.-L. SOURILOUX, *Recherches sur le rôle de la formule notariale dans le droit positif*, th. Paris, Librairie journ. not., 1967, préf. J. Boulanger ; M. CABRILLAC, « *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale* », in *Ét. G. Marty*, 1978, p. 235-254.

92. G. CHANTEPIE, *RDC* 2009. 1233.

93. J.-M. LELOUP, « *Les contrats commerciaux* », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier 1985, p. 167 et s. : « *L'utilité emporte la validité* » (p. 169), ce qui peut être rapproché du pragmatisme du préteur romain. Comp. Paris, 13 novembre 1984, *sté Natalys*, *JCP G* 1985.II.20466, n. Gross : pour admettre la validité d'un contrat de franchisage, où la déterminabilité du prix était douteuse, l'arrêt énonce le motif suivant : « *Toute autre solution aboutirait à condamner totalement l'existence même des contrats de franchise comportant une clause d'exclusivité d'approvisionnement* ». L'arrêt a été cassé par la Cour de cassation : Cass. com., 18 janvier 1988, *Bull. civ. IV*, n° 31 ; cette jurisprudence est révoquée depuis qu'est jugé valable le contrat de distribution dont le prix est indéterminé.

94. Plusieurs internationalistes soutiennent que les contrats internationaux relèvent, au moins en partie, d'une *lex mercatoria*, constituée par les pratiques du commerce international : ex. : B. GOLDMAN, « *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux ; réalité et perspectives* », *JDI* 1979.475 ; Ph. KAHN, « *Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international* », *JDI* 1989.305 ; F. OSMAN, *Les principes généraux de la Lex Mercatoria*, th. Dijon, LGDJ, 1992 ; J. M. MOUSSERON, « *Lex mercatoria, Bonne mauvaise idée ou mauvaise bonne idée ?* », in *Ét. L. Boyer*, Toulouse, 1996, p. 469 et s.

95. Ex. : dans les affaires des pompistes de marque, la jurisprudence avait naguère condamné une pratique commerciale répandue sur l'indétermination du prix (*infra*, n° 837). Cette jurisprudence est révoquée.

SECTION III

DOMAINE

Seuls certains contrats spéciaux sont ici étudiés.

D'une part, ne seront pas traités certains contrats civils, dont le particularisme est devenu tellement marqué qu'ils ont maintenant leur propre droit, échappant à peu près complètement au droit commun : les contrats de mariage, de société et d'association, et, à un moindre degré, le contrat de travail, le contrat d'édition, le contrat médical (à supposer que la relation entre patient et médecin soit un contrat, ce qui n'est plus vrai aujourd'hui⁹⁶), l'assurance, les baux ruraux et commerciaux, le bail d'habitation et le contrat de construction. La plupart de ces contrats étaient étudiés en qualité de contrats spéciaux de droit civil par les auteurs de droit civil du XIX^e siècle et ne le sont plus par les contemporains, car du fait de leur complexité ils relèvent de disciplines distinctes. Si des contrats anciens s'en vont, de nouveaux naissent : la théorie des contrats spéciaux est un renouvellement constant.

D'autre part, le droit civil ne s'applique que partiellement aux contrats administratifs, commerciaux et ruraux et aux contrats de travail. Il est vivifié par les contrats internationaux.

28. 1^o Contrats administratifs. – Il y a contrat administratif, soit lorsqu'un contrat comporte des clauses exorbitantes du droit commun, conférant à l'administration des prérogatives exceptionnelles⁹⁷, soit lorsqu'il a pour objet l'exécution d'un service public⁹⁸. Ainsi en est-il de la concession de service public, des marchés de travaux publics ou de fournitures, etc.

Traditionnellement, il est enseigné que ces contrats échappent en grande partie aux règles du droit civil des contrats, notamment sa règle majeure, la force obligatoire du contrat⁹⁹. Des auteurs contemporains le contestent, estimant que le particularisme des contrats administratifs ne vaut que pour la concession de service public, non pour les marchés publics, seuls vrais contrats administratifs, plus soumis aux principes du droit civil qu'à des règles spécifiques du droit administratif¹⁰⁰, dans la mesure où ne s'imposent pas les nécessités du droit public et de

96. *Infra*, n^o 740.

97. Cass. civ. 1^{re}, 18 février 1992, *Bull. civ. I*, n^o 59 ; *Defrénois* 1993, art. 35490, n^o 33, obs. G. Vermelle ; *RTD civ.* 1993.114, obs. J. Mestre : « Les clauses exorbitantes du droit commun d'un contrat, conférant à celui-ci le caractère administratif, sont les clauses qui diffèrent par leur nature de celles qui peuvent être stipulées dans un contrat analogue de droit privé ».

98. CE, sect., 20 avril 1956, *épx Bertin*, *Rec. CE*, 167 ; *D.* 1956.433, 1^{re} esp. ; *RDP*, concl. Long, n. M. Waline : « Ledit contrat a eu pour objet de confier, à cet égard, aux intéressés l'exécution même du service public alors chargé d'assurer le rapatriement des réfugiés de nationalité étrangère se trouvant sur le territoire français ; cette circonstance suffit, à elle seule, à imprimer au contrat dont s'agit le caractère d'un contrat administratif », bien qu'il ne comportât pas de clause exorbitante du droit commun.

99. Ex. : CE, 2 février 1983, *RDP* 1984.212, n. J.-M. Auby : jugé que l'administration contractante a le pouvoir de modifier unilatéralement les clauses d'un contrat administratif (concession de service public).

100. R. DRAGO, « Le contrat administratif aujourd'hui », *Droits* 12, 1990, p. 117 et s. : « *Tôt ou tard, les marchés publics et les concessions de travaux relèveront du juge ordinaire ou encore mieux de l'arbitrage, sous réserve du contrôle communautaire [...] La liberté contractuelle, l'égalité des parties, la transparence des situations, la publicité, en un mot la concurrence sont les règles essentielles de tout contrat, donc de tout contrat administratif* ».

l'intérêt général auxquelles répondent ces contrats¹⁰¹. Le Conseil d'État peu à peu en prend conscience¹⁰².

29. 2° Contrats commerciaux et ruraux. – Le débat sur la distinction du droit civil et du droit commercial commande le particularisme des contrats commerciaux. La plupart des contrats spéciaux peuvent être ou civils ou commerciaux ; par exemple la vente : il existe des ventes civiles et des ventes commerciales. Quand ils sont commerciaux, ils ont un particularisme, surtout lorsqu'ils sont internationaux.

Droit de professionnels dominé par la célérité des opérations, le droit commercial soustrait les contrats commerciaux à un certain nombre de règles civiles, notamment afin d'assouplir les règles de preuve et rendre plus rigoureux le respect des engagements. Les professionnels sont rompus aux affaires : à eux de calculer leur risque ; ils n'ont pas besoin d'être protégés. En outre, les contrats commerciaux sont naturellement soumis aux règles concernant la concurrence.

Dans toute son histoire, le droit civil a toujours protégé les faibles. Ainsi en est-il aujourd'hui de la législation contemporaine protectrice du consommateur, dont l'expression la plus saisissante est le Titre III, Livre III du Code de la consommation sur le surendettement.

Les contrats ruraux ont une spécificité¹⁰³ : ce sont des conventions conclues pour faire vivre une exploitation rurale. Plus que les autres contrats, ils sont soumis aux usages locaux, aux contrats types, aux accords collectifs et surtout à la politique législative dirigiste. L'agriculture n'est plus seulement un instrument de production : elle devient de plus en plus liée à la circulation des richesses. Sa vulnérabilité la rend très dépendante du droit, la soumettant à la protection de l'État.

30. 3° Contrats internationaux : les grands vivificateurs. – Les relations entre le droit du commerce international et les contrats internes sont contradictoires¹⁰⁴.

1) D'une part, il existe un **particularisme** du commerce international, œuvre de professionnels avertis, constituant un milieu fermé et traitant d'affaires importantes ; il a ses données propres, irréductibles aux contrats internes. C'est le domaine d'élection de la *lex mercatoria*¹⁰⁵.

Le droit de la vente internationale a son originalité¹⁰⁶ et a constitué un modèle pour la vente interne, notamment l'obligation de conformité¹⁰⁷. La convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (1980)¹⁰⁸ a influencé le droit interne : il ne peut en effet y avoir pour un

101. P. DELVOLVÉ, « Un droit des contrats sans *summa divisio* serait-il possible ? », in *De l'intérêt de la summa divisio droit public, droit privé*, ouvr. collec., dir. B. Bonnet et P. Deumier, Dalloz, 2011, p. 257 s.

102. Conseil d'État, *Rapport annuel*, 2008. « Le contrat, mode d'action publique et de production de normes », cf. Fr. TIBERGHEN, *JCP G* 2008, 458. Ex. : la révision des clauses pénales excessives : CE, 29 décembre 2008, *OPHLM Puteaux*, *JCP G* 2009, act. 32, renversant la jurisprudence antérieure : « il est loisible au juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, de modérer ou d'augmenter les pénalités résultant du retard, par application des principes dont s'inspire l'art. 1152 C. civ. [devenu l'art. 1231-5 al. 2], si ces pénalités atteignent un montant excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché ». Dans une décision récente, le Conseil d'État soumet le contrat administratif à une « exigence de loyauté des relations contractuelles », CE, ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, *RDC* 2010.803, obs. J. Rochfeld.

103. L. LORVELLEC, « Y a-t-il une spécificité des contrats ruraux ? », in *Le droit contemporain des contrats*, préc.

104. J.-M. JACQUET et al., *Droit du commerce international*, 3^e éd., Dalloz, 2014 ; J. BÉGUIN et al., *Droit du commerce international*, 2^e éd., LexisNexis, 2011 ; V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises*, LGDJ, 2000 ; M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux*, FEC, 1989.

105. *Supra*, n° 27.

106. Ph. KAHN, *La vente internationale de marchandises*, th. Dijon, Sirey, 1963, préf. B. Goldman.

107. *Infra*, n° 286.

108. *Infra*, n° 65.

même contrat trop de différences entre les règles internes et les règles internationales, quel que soit leur particularisme respectif (loi du maximum de différences entre le droit interne et le droit international)¹⁰⁹.

2) D'autre part, et à l'inverse, la mondialisation contemporaine des relations d'affaires explique que le droit uniforme des contrats internationaux exerce une **influence sur les contrats internes**. Le phénomène est saisissant dans les contrats à long terme¹¹⁰. Le commerce international fait naître des clauses qui s'étendent aux contrats internes, du moment qu'ils sont à long terme : clause de *hardship*, clause relative à la force majeure temporaire admettant la suspension du contrat, clause d'offres concurrentes, clauses relatives à l'intervention d'un tiers régulateur, clauses maintenant certaines obligations après la résiliation du contrat pour empêcher qu'une partie n'en tire un avantage sans contrepartie (ex. : la clause de confidentialité et de non-concurrence) ; l'obligation de coopération¹¹¹. En outre, le commerce international fait renaître des contrats endormis, notamment l'échange¹¹² ; il est le grand vivificateur. Enfin, la pratique s'inspire des modèles étrangers, par exemple, les contrats en « *ing* »¹¹³.

Pour le reste, les contrats commerciaux, surtout internes, sont soumis aux principes généraux du droit civil. Le contrat de droit privé qui y échappe le plus est le contrat de travail.

N° 31. réservé.

109. « La loi du maximum de différences des lois internes et des traités diplomatiques », J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, Sirey, 1944, n°s 934 et s.

110. M. FONTAINE, « Les contrats internationaux à long terme », in *Ét. Houin*, Dalloz, 1985, p. 263 et s.

111. G. MORIN, « Le devoir de coopération dans les contrats internationaux », *Dr. prat. com. int.* 1980, 9-28.

112. *Infra*, n° 805.

113. *Infra*, n° 44.

■ CHAPITRE II ■

ÉVOLUTION DES CONTRATS SPÉCIAUX

L'évolution qu'a connue le droit des contrats spéciaux peut être examinée à trois égards¹. D'abord, la technique juridique : l'importance respective qu'ont eue, au cours de l'histoire, le droit des contrats spéciaux et la théorie générale des obligations (Section I). Puis, la transformation idéologique, l'évolution qu'a ici connue l'esprit des lois (Section II). Enfin, le changement matériel et économique : la « dématérialisation » et la « neutralisation » des contrats (Section III).

SECTION I

THÉORIE GÉNÉRALE ET STATUTS SPÉCIAUX

L'importance respective que dans le droit des contrats occupent la théorie générale et les statuts spéciaux a, au fil des temps, varié ; comme souvent dans les institutions civiles, l'évolution a été cyclique. Par rapport à la théorie générale des obligations, le droit spécial des contrats spéciaux est passé de la prédominance au déclin avant de connaître une renaissance et peut-être un nouveau déclin (§ 1) ; en outre, le droit contemporain est devenu touffu (§ 2).

§ 1. CYCLES

32. Données permanentes et facteurs politiques. – Les rapports entre la théorie générale des obligations et le droit des contrats spéciaux peuvent être conçus de deux manières. Ou bien, surtout une théorie générale et peu de règles spéciales ; la théorie générale règle l'essentiel (formation, force obligatoire, pouvoir modérateur du juge, effet relatif...) ; le droit des contrats spéciaux n'est alors qu'une application particulière de la théorie générale, parfois dérogatoire. Ou bien, à l'inverse, aucune théorie générale, mais une série de statuts spéciaux, contrat par contrat. Chacun de ces systèmes présente des avantages. Le premier encourage la liberté

1. Ph. RÉMY et Ph. JESTAZ, *L'évolution du droit des contrats spéciaux*, Journées R. Savatier, préc., n° 26, p. 103 ets., p. 117 ets. Cf. aussi *Le droit contemporain des contrats, Travaux et recherches*, Fac. droit Rennes (1987), dir. L. Cadet.

de création. Le second donne aux parties qui se sont bornées à choisir tel contrat nommé une grande sécurité.

1° Aucun système de droit n'a adopté intégralement et durablement l'un ou l'autre parti. D'une époque à l'autre, d'un régime à l'autre, l'accent est mis tantôt sur la théorie générale, tantôt sur les statuts spéciaux. Cette évolution est le résultat de données permanentes et de facteurs conjoncturels ou politiques. Les **données permanentes** tiennent à la nature des choses : on ne peut traiter de la même manière un contrat de vente et un contrat de bail, un prêt d'argent et un contrat d'entreprise. Des règles spéciales s'imposent ; elles tiennent à l'essence de chaque type de contrat.

2° Interviennent aussi la **conjoncture**, la politique et des considérations économiques (dirigisme ou libéralisme), sociales (nécessité de protéger telle catégorie de contractants), monétaires (lutter contre l'inflation ou la déflation), idéologiques (plus ou moins grande confiance dans les vertus de la loi) qui conduisent à multiplier les statuts légaux particuliers ou, au contraire, en réduire le nombre. Ces facteurs temporaires expliquent le caractère cyclique de l'évolution, que l'on peut diviser en deux étapes : jusqu'au Code civil (I), depuis le Code civil (II).

I. — Jusqu'au Code civil

33. Du spécial au général. – À Rome, le droit des contrats fut principalement un droit des contrats nommés². Seuls étaient efficaces les contrats « vêtus », qui pouvaient être ramenés à l'un des huit contrats spéciaux prévus par le droit, seuls dotés d'une action en justice : quatre contrats réels (prêt à usage et prêt de consommation, dépôt et gage) et quatre contrats consensuels (vente, louage, mandat et société). La théorie générale s'est développée, grâce aux contrats innommés. Surtout, les progrès de l'autonomie de la volonté et le triomphe du consensualisme au xv^e siècle, ont fermement établi les bases de la théorie générale : une convention est obligatoire, non parce qu'elle se coule dans un moule prédéterminé par la loi, mais parce que les parties l'ont voulue.

Dans le système du **Code Napoléon**, l'essentiel du droit des contrats relevait de la théorie générale des obligations (art. 1105, ancien art. 1107). Le régime des contrats spéciaux n'en était que l'application, parfois déformée ; il ne présentait qu'un intérêt secondaire, de pure commodité, dispensant les parties de tout prévoir et fournissant au juge les règles que les parties n'auraient pas stipulées.

II. — Depuis le Code civil

Dans ses grandes lignes, l'évolution paraît animée d'un mouvement pendulaire : essor des contrats spéciaux jusqu'à nos jours ; retour à la théorie générale depuis quelques années. Le droit romain reste présent³.

34. 1^o Spécialisation et complication progressives. – Les révolutions industrielles successives, l'essor du capitalisme et le développement des affaires ont profondément transformé la société française pendant le xix^e siècle. À besoins nouveaux, contrats nouveaux : les contrats d'assurance et de prêt connaissent un essor et une diversification considérables ; le contrat de travail devient le pivot de l'activité économique ; le bail immobilier perd son unité et répond à un besoin social (logement) et à des nécessités économiques (bail rural et commercial). Le développement de la pratique contractuelle et les déséquilibres que fait apparaître l'évolution économique suscitent l'intervention du législateur, à des fins de protection sociale ou économique : les statuts légaux spéciaux, à l'écart du Code civil,

2. J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^e éd., 2010, n^{os} 513 et s.

3. V. P.-Y. GAUTIER, « Sous le Code civil, Rome », in *Livre du bicentenaire du Code civil*, Dalloz, 2004, p. 51 et s. ; Ph. MALAURIE, « Droit romain des obligations, droit français contemporain des contrats et l'Europe d'aujourd'hui », *JCP G* 2000.I.246.

pullulent. Le législateur intervient afin de régler lui-même, en dehors de la volonté des parties et parfois contre elle, de nombreuses relations contractuelles.

Non seulement le droit des contrats spéciaux s'étend au détriment de la théorie générale, mais à l'intérieur de chaque type de contrat la spécialisation complique le droit des contrats spéciaux. L'évolution contemporaine de ce droit obéit à deux lois qui gouvernent l'ensemble du droit contemporain : la spécialisation et la complication progressives. En même temps, par un mouvement dialectique, de nouveaux regroupements surviennent, esquissant à leur tour une sorte de « théorie générale des contrats spéciaux », à l'intérieur de chaque contrat nommé, ou bien entre eux⁴.

Ainsi en est-il de la vente : le droit contemporain la diversifie, plus que ne le faisaient le droit romain et l'Ancien droit, puisqu'à la nature du bien, il ajoute des distinctions attachées à la qualité du contractant. La vente d'un professionnel à un consommateur n'a pas le même régime que la vente entre professionnels ou entre consommateurs. La vente de meubles de séries (ex. : automobiles, appareils ménagers) fait l'objet de « conditions générales de vente » unilatéralement fixées par le fabricant, s'appliquant à tous les acquéreurs et conférant un statut propre à ce genre de vente. La vente d'un immeuble est différente de celle des meubles ; la vente d'un immeuble urbain est différente de celle d'un immeuble rural ; la vente d'un immeuble urbain situé dans une ZAD, une ZAC ou une ZIF est différente de celle d'un immeuble urbain situé hors zonage. La vente d'un immeuble à construire est différente de celle d'un immeuble achevé. La vente d'un immeuble à construire à usage d'habitation est différente de celle des autres immeubles à construire, etc.

La vente est donc un contrat spécial, à partir duquel prennent corps de nouvelles formes différenciées de ventes : s'applique ici la loi de spécialisation progressive des contrats, qui se développent par scissiparité. Il en est d'autres exemples. Le régime du bail a toujours été divers selon son objet. Mais les classifications du Code Napoléon étaient différentes de celles d'aujourd'hui, en combinant avec la vente, de multiples dérives du tronc commun. L'arborescence du mandat est encore plus parlante : le nombre de ses dérives est tel qu'on peut y voir une sorte de « bonne à tout faire » (comme le contrat d'entreprise) d'autant plus qu'un de ses satellites, l'agence d'affaires, a lui-même ses propres dérives, très nombreuses.

Cependant, il arrive que le juge, à l'encontre du législateur, tende à retrouver l'unité d'un contrat, voire de plusieurs, à travers le régime de ses caractéristiques fondamentales (ainsi, le prix, les clauses de responsabilité, et l'obligation de conseil, etc.).

Une autre spécialisation apparaît. À partir du bail, la loi crée de nouveaux contrats complexes. Ainsi le bail à construction, mélange de bail et de contrat d'entreprise. De même, le contrat de crédit-bail, qui semble être un mélange de mandat, de prêt, de bail et de vente, mais constitue un contrat distinct de ses composantes. Telle est la loi de la complication progressive.

35. 2° Retour à la théorie générale ? – Depuis le milieu des années 1980, une aspiration au retour à la théorie générale du contrat (C. civ., titre III du livre III), enrichie, le cas échéant, de certaines règles nouvelles (contrats d'adhésion, protection du consommateur...) se manifeste dans la doctrine et dans le droit positif, notamment à travers la jurisprudence.

4. . V. Actes du colloque de Caen « Existe-t-il une théorie générale des contrats spéciaux ? », *Petites Affiches* 28 nov. 2012, p. 3 s. ; ainsi que le débat *RDC* 2006. 597.

Les tribunaux font souvent preuve à notre époque de hardiesse, dans les matières pourtant traditionnellement réservées à l'intervention législative : la jurisprudence est créatrice de droit dans le domaine économique (responsabilité dans les groupes de contrats...) ou dans celui de la protection d'une catégorie de contractants (clauses abusives, protection de la caution...), avant de se voir fréquemment codifiée par les normes légales. Cette évolution a conduit à réécrire et à réformer les dispositions générales du Code civil (titre III du livre III, O. 10 fév. 2016). Il conviendrait ultérieurement, de réécrire les titres VI à XIII du livre III, consacrés aux principaux contrats spéciaux dont les dispositions n'ont guère été modifiées depuis 1804, et souvent sont archaïques⁵. L'association Capitant travaille sur une réforme des contrats spéciaux. Le droit européen des contrats est en gestation, qui devient un mythe : personne ne croit plus à l'Europe sans nation, à laquelle on – notamment Roosevelt – avait songé aux lendemains de la fin de la Seconde Guerre mondiale.

§ 2. LISTE DES CONTRATS SPÉCIAUX

36. Foule ou petit nombre ? – Sur le nombre des contrats spéciaux contemporains, on peut faire deux propositions qui, pour contradictoires qu'elles paraissent, sont conciliables, parce qu'elles ne sont pas du même ordre.

1° D'une part, dans la mesure où s'exerce la liberté contractuelle, la liste des contrats spéciaux susceptibles d'être conclus est **illimitée**. Cependant, on peut dénombrer les types de contrats le plus souvent pratiqués ; c'est en ce sens qu'on parle de contrats spéciaux (ils font partie de diverses espèces). La liste de ceux que la loi a prévus et organisés donne l'impression touffue de grand nombre. Encore plus si on y ajoute ceux qui ne doivent leur existence et leur régime qu'à la pratique, sans avoir été aménagés par la loi. Le phénomène était saisissant en 1804 ; il l'est beaucoup plus aujourd'hui.

2° D'autre part, cette immense et multiforme foule des contrats spéciaux contemporains peut se ramener à un tout **petit nombre** de types principaux, qui correspondent aux besoins essentiels de l'homme et ont à la fois permanence et universalité. L'instrument principal des échanges économiques est la vente ; l'instrument exclusif de la représentation, moteur de l'activité juridique, est le mandat ; ces deux contrats constituent la matrice originaire de tous les contrats⁶. On peut y ajouter le louage issu de l'un plus que de l'autre, l'instrument de tous les services.

37. Regroupements contractuels ? – Opposés à cette dispersion contractuelle et selon un mouvement dialectique courant en droit, apparaissent de nouveaux regroupements contractuels encore inachevés⁷. En voici trois exemples.

1° La législation contemporaine **protectrice du consommateur** fait apparaître un contrat de consommation regroupant plusieurs contrats spéciaux, qui, malgré son caractère fragmenté, présente une certaine cohérence : informations spéciales par des mentions informatives, obligation de renseignements, délai de réflexion ou de rétractation dans la conclusion du contrat, interdiction de remettre de l'argent avant un certain délai, interdépendance entre plusieurs contrats⁸.

2° De même, la garantie des vices cachés est attachée à tous les contrats relatifs à **une chose** : vente, prêt à usage, bail et certains contrats d'entreprise et cette garantie est l'objet d'actions directes contractuelles dans les groupes de contrats relatifs à une chose. Serait-ce l'amorce d'un contrat nouveau : le contrat ou l'ensemble contractuel relatif à une chose ?

5. A. BÉNABENT, « Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux », in *Livre du bicentenaire du Code civil*, Dalloz, 2004, p. 244 et s.

6. P. HÉBRAUD, « Rôles respectifs de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Études Maury*, Dalloz, 1960, II, p. 419 et s., sp. 435.

7. P. PUIG, « Pour un droit commun spécial des contrats », *Études en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 825 s.

8. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

3° La responsabilité du fait des **produits défectueux** peut aussi constituer un regroupement, encore plus important ; non seulement, elle ne distingue guère entre les contrats (vente, bail, contrat d'entreprise, crédit-bail), mais surtout elle transcende la traditionnelle division de la responsabilité entre ses deux ordres, contractuels et délictuels.

38. « Grands » et « petits ». – Déjà, la liste des contrats spéciaux donnée par le Code Napoléon est hétéroclite (titres VI à XV du livre III, art. 1582 à 2058) : ce sont d'une part les quatre contrats principaux – vente, échange, louage⁹, société – et d'autre part ceux qu'au XIX^e siècle on appelait les « petits contrats » – prêts, dépôt, mandat, jeu, pari, cautionnement et transaction.

Depuis, la pratique et la loi ont imaginé un nombre considérable de nouveaux contrats spéciaux qui parfois se sont purement et simplement greffés sur des contrats existants (I), parfois ont donné lieu à une réglementation (II), parfois enfin sont d'inspiration étrangère (III).

I. — Contrats « greffés »

La « greffe » peut résulter de la juxtaposition d'un contrat à un autre, ou, plus simplement, de la stipulation d'une clause qui en modifie l'économie.

39. 1° Juxtaposition de contrats. – Quelquefois, de nouveaux contrats, sans être réglementés par la loi, se sont « greffés » sur des contrats anciens dont ils empruntent plus ou moins le régime. Ainsi le contrat de déménagement s'est « accroché » au contrat de transport qui, lui-même, bien que réglementé, s'était déjà « accroché » au contrat d'entreprise (C. consom., art. L. 224-63 et s.). Le contrat d'hôtellerie est un autre exemple de contrat inventé par la pratique qui se greffe sur des contrats anciens¹⁰ ; ce contrat complexe comporte deux obligations essentielles : l'hébergement du voyageur (lui-même un mélange de bail et de contrat d'entreprise), la réception et la garde des effets du client (contrat de dépôt) ; à quoi la convention des parties peut ajouter des obligations accessoires (restauration, usage du téléphone et de la télévision, blanchissage, etc.) qui résultent de contrats d'entreprise. Pour complexe qu'il soit, le contrat d'hôtellerie peut lui-même être intégré dans le contrat d'entreprise.

On pourrait donner d'innombrables autres exemples de contrats « greffés », inventés par la pratique : ainsi, les contrats de restauration (l'ancien contrat d'aubergiste), de garage, d'abonnement, etc. Dans la technique juridique, le plus souvent, on fait du nouveau en utilisant des cadres anciens ; on rattache des créations à des institutions connues (« du vin nouveau dans de vieilles outres »).

La greffe n'est pas toujours heureuse. Ainsi, ce fut en utilisant le bail que la pratique a fait des contrats de location saisonnière, par lesquels une personne loue pour sa famille une maison balnéaire, campagnarde ou montagnarde pendant la durée des vacances ; c'est aussi le même type de contrat qu'elle utilise pour la « para-hôtellerie » qui ajoute à la jouissance de l'immeuble les services que l'on peut attendre d'un hôtel (domestiques, repas, etc.). Or, le régime du bail s'applique mal à ce genre de contrats ; par exemple, la responsabilité du preneur en cas d'incendie de la chose louée, qu'énonce l'article 1733¹¹.

Afin d'éviter les difficultés tenant à la greffe, beaucoup de contrats nouveaux, même s'ils proviennent de contrats anciens, font l'objet d'une réglementation légale qui permet l'adaptation nécessaire au particularisme de la situation. Parfois au contraire, c'est uniquement au moyen de clauses conventionnelles que sont assurés la sécurité et le particularisme contractuels.

9. Pour le C. civ., le louage pouvait être soit un louage de chose (par exemple, le bail d'une maison ou d'une ferme), soit un louage d'ouvrage (que l'on appelle maintenant contrat d'entreprise), soit un louage de services (que l'on appelle maintenant contrat de travail).

10. L. MORET, « Le contrat d'hôtellerie », *RTD civ.* 1973.667.

11. *Infra*, n° 690.

40. 2° Clauses. – Souvent la clause d'un contrat se borne à fixer l'objet du contrat ou en déterminer les modalités ; par exemple, dans la vente, la détermination du prix de la chose ou les modalités du paiement et de la livraison ; dans la sous-traitance, le prix, la détermination de la tâche à exécuter et les conditions de l'exécution.

Au contraire, d'autres clauses, particulièrement dans le commerce contemporain, modifient l'équilibre d'un contrat mais ni sa nature ni sa qualification. Ainsi, la clause de confidentialité¹². L'équilibre du contrat peut aussi dépendre de conditions générales, par exemple, les conditions générales de vente.

II. — Contrats réglementés

41. Inventaire – Le législateur a très souvent réglementé ces nouveaux contrats, le plus souvent en marge du Code civil : ainsi le contrat d'association (L. 1^{er} juill. 1901), le bail emphytéotique (L. 25 juin 1902, *auj. C. rur. pm.*, art. L. 451-1 et s.), le bail commercial (D. 30 sept. 1953, *auj. C. com.*, art. L. 145-1 et s.) ; le contrat d'assurance (L. 13 juill. 1930, *auj. C. assur.*), le contrat d'intégration dans l'agriculture (L. 16 juill. 1964, art. 17, *auj. C. rur. pm.*, art. L. 326-1), le bail à construction (L. 30 déc. 1964), le crédit-bail, vulgairement dénommé *leasing* (L. 2 juill. 1966, *auj. C. mon. fin.*, art. L. 313-7 et s.), la vente d'immeuble à construire (L. 3 janv. 1967, partiellement intégrée dans le C. civ., art. 1601-1 à 4 et art. 1646, et dans le Code de la construction et de l'urbanisme (art. L. 261-1)), la concession immobilière (L. 30 déc. 1967), la promotion immobilière (L. 16 juill. 1971, *auj. CCH*, art. L. 221-1 et s.), la sous-traitance (L. 31 déc. 1975), les pratiques commerciales trompeuses (L. 27 déc. 1973, *L. Royer* modifiée, *auj. C. consom.*, art. L. 121-2), le crédit mobilier à la consommation (L. 10 janv. 1978, *L. Scrivener*, *auj. C. consom.*, art. L. 312-1), le crédit immobilier aux consommateurs (L. 13 juill. 1979, *L. Scrivener*, *auj. C. consom.*, art. L. 313-1), la location-accession en matière immobilière (L. du 12 juill. 1984), etc.

42. Contrats de « réaction ». – Afin de réagir contre cette réglementation impérative, les parties essaient parfois d'imaginer des contrats nouveaux qu'elles construisent en dehors du statut légal, ou en réactivant des contrats anciens.

Ainsi, afin de se soustraire au statut spécial des baux (ruraux, commerciaux ou d'habitation), a été réinventée la convention d'occupation précaire¹³, vieille comme l'histoire et codifiée en 2014. Elle suppose que l'occupant n'a qu'une emprise provisoire ; à cet égard, l'intention est décisive, plus, malgré les apparences, que la durée effective¹⁴.

Plus souvent, afin d'échapper à la réglementation du travail, sont conclus des contrats divers, par exemple des contrats de « collaboration » ou de « stage » ; ou bien avec plus d'ingéniosité encore, une « location des instruments de travail »¹⁵. De même, les contrats de travail à durée déterminée (CDD), peu pratiqués autrefois, se sont développés à partir de la crise économique de 1974, souvent afin de dissimuler des contrats de travail précaires, mais destinés à pourvoir

12. Clause de **confidentialité**, à l'occasion des pourparlers ; le contrat de communication du savoir-faire (**know-how**) comporte également souvent une clause qui oblige à la conservation du secret notamment après l'expiration du contrat : W. DROSS, *Clausier*, LexisNexis, 3^e éd., 2016 ; J. MESTRE et J.-C. RODA, dir., *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso, 2011. Elle est aussi stipulée dans les contrats de travail, de propriété intellectuelle, de sous-traitance et d'ingénierie.

13. **Étymologie** de précaire : du latin *precor, ari* = prier : obtenu après avoir prié le propriétaire. Cf. *precarius, a, um* = de durée limitée (qu'on obtient seulement par prière).

14. *Infra*, n° 665. Ex. : les supermarchés ou les grands magasins concèdent souvent certains emplacements à des petits commerçants ; habituellement, la convention prévoit que cette « concession » est faite à titre précaire et révocable. Est-elle soumise au statut des baux commerciaux qui interdit cette précarité ? Non, a dit TGI, Lyon, 18 février 1976, *D.* 1977.306, n. Reinhard. De même, la loi a organisé un « statut des magasins collectifs de commerçants indépendants » (L. 11 juillet 1972, *auj. C. com.*, art. L. 125-1 et s.) qui a échappé au régime des baux commerciaux.

15. Ex. : le propriétaire d'un café « loue » à un garçon de café le « tablier », le propriétaire d'un taxi loue à un chauffeur le taxi et l'autorisation administrative permettant de l'exploiter. Le garçon de café, le chauffeur cessent d'être des salariés et acquièrent directement les produits de leur travail – en contrepartie, ils versent un loyer au propriétaire du tablier et du taxi.

des postes permanents. Ce qui explique l'intervention du législateur (C. trav., art. L. 1221-2); désormais, le contrat de travail est, en principe, conclu sans détermination de durée (CDI). Mais la pratique contemporaine a encore plus développé les contrats à durée déterminée, afin d'échapper aux règles contraignantes du licenciement. En février 2016, le gouvernement a envisagé une profonde transformation du contrat de travail pour lui donner plus de « flexibilité », ce qui a suscité de considérables difficultés politiques. Les textes ont, comme souvent, produit un effet boomerang et pervers.

Les tribunaux redressent la qualification chaque fois qu'ils l'estiment frauduleuse, c'est-à-dire lorsqu'elle a pour seul dessein d'éluder artificiellement une règle impérative.

43. Adhésion conventionnelle d'un contrat à une loi d'ordre public. – Un contrat peut être conventionnellement soumis à une règle d'ordre public, bien qu'il n'entre pas dans son domaine; mais il ne peut alors être soustrait aux dispositions impératives de la loi¹⁶.

III. — Contrats d'origine étrangère

44. Contrats en « ing ». – Beaucoup de contrats nouveaux, utilisés par la pratique commerciale contemporaine, dépendent tellement d'une influence anglo-saxonne – américaine surtout – qu'on les dénomme usuellement en français, même si un texte réglementaire les francise au bout d'un certain temps. Les contrats en « ing » pourrait-on dire: *camping*¹⁷, *caravaning*, *parking*¹⁸, *management* (en français: gestion)¹⁹, *engineering* (en français: ingénierie²⁰), *factoring* (en français: affacturage)²¹, *franchising* (en français: franchisage)²², *leasing* (en français: crédit-bail) avec sa variante le *lease-back* (intraduisible en français)²³, *parenting* (sorte de crédit-bail, où le loyer est révisable en fonction du rendement de la chose), *renting* (louage de choses complexes, telles que les ordinateurs, où le bailleur s'engage, en plus des obligations découlant du bail, à des obligations spéciales, information et entretien, particulièrement contraignantes)²⁴, *know-how* (en français: savoir-faire), *marketing* (en français: marchéage), *sponsoring* (en français: le parrainage publicitaire, sorte de mécénat par lequel un annonceur demande à une « vedette » – sportifs, acteurs, cantatrices, etc. – de porter une marque de fabrique pour en faire la publicité en contrepartie d'avantages)²⁵.

16. Nombreux exemples. Le principe a été posé pour les baux commerciaux, Cass. Ass. plén., 17 mai 2002, n° 00-11664; *Bull. civ. Ass. plén.*, n° 1; D. 2003.333, n. crit. S. Becque-Ickowitz; *RTD civ.* 2003.85, obs. J. Mestre et B. Fages; *Defrénois* 2002.1234, obs. crit. R. Libchaber; *RDC* 2003.127, obs. J.-B. Seube: « en cas de soumission conventionnelle au décret du 30 septembre 1953 relatif au bail commercial sont nulles les clauses contraires au texte [...], relatives à la forme du congé ».

17. *Infra*, n° 870.

18. *Infra*, n° 870.

19. *Infra*, n° 522.

20. *Infra*, n° 742.

21. **Définition:** L'affacturage est un contrat par lequel une personne – le *factor* – (généralement un établissement financier) achète ferme des créances qu'une autre personne (généralement un industriel fabricant de biens de consommation) a contre ses débiteurs (généralement ses clients). L'industriel adresse au *factor* les factures établies sur ses clients, auxquelles il joint les pièces (bons de commande et de livraison, reçus du client) attestant la livraison de la marchandise, et par là même la créance ferme qu'il possède contre eux; il se fait alors payer par le *factor*, qui reçoit de l'industriel une quittance subrogative lui permettant d'exercer contre les clients tous les droits qu'avait l'industriel. Le débiteur doit se libérer entre les mains du *factor*, s'il a été informé de l'affacturage (ce qui souvent résulte d'une mention portée sur la facture: Paris, 21 janvier 1970, *JCPG* 1971.II.16837, 2° esp., n. C. Gavalda).

22. *Infra*, n° 838.

23. *Infra*, n° 823.

24. *Infra*, n° 824.

25. *Infra*, n° 715.

L'origine étrangère du contrat importé ne transparaît pas toujours dans la langue. Plusieurs contrats commerciaux récemment inventés sont d'origine anglo-saxonne, alors qu'ils portent des noms français (par exemple, la carte de crédit, l'offre publique d'achat).

Ces innovations ont en commun une inspiration américaine, c'est-à-dire le sens du commerce, la dureté dans les affaires, l'efficacité et l'organisation complexe ; elles tiennent aussi à l'évolution générale de la langue, c'est-à-dire l'invasion massive du français par la langue anglaise. Elles ont des causes diverses difficiles à discerner, comme chaque fois qu'il s'agit d'un phénomène linguistique. Ou bien, l'apport est nul ; ou bien, il y a une innovation, limitée ou créatrice. Dans certains cas, l'apport est nul ; l'innovation linguistique manifeste seulement la pédanterie de commerçants et de juristes qui croient faire illusion sur les chalands avec la paille de mots étranges. Le nom étranger est inutile, lorsque la dénomination française répond à l'institution. Dans d'autres hypothèses, l'innovation existe, mais est limitée. Le mot anglais infléchit un contrat traditionnel. Par exemple, le contrat de *parking* ne produit pas l'obligation de surveillance normalement attachée au contrat de dépôt et se ramène, en réalité, à une sorte de bail²⁶, ce qu'un auteur appelle un contrat innommé « atypique »²⁷.

45. Acculturation. – Dans d'autres cas, le contrat en « *ing* » constitue une véritable création juridique, qui, outre les problèmes que suscitent tous les contrats innommés, soulève les difficultés habituelles de l'acculturation juridique²⁸. Parfois, le droit français essaye d'intégrer l'innovation étrangère dans ses catégories juridiques ; il est en effet habituel de tenter de ramener l'inconnu au connu ; par exemple, certains aspects de la carte de crédit (contrat nouveau) sont expliqués par la stipulation pour autrui (institution traditionnelle).

Cette intégration est parfois artificielle. Ainsi, il est inexact d'expliquer l'affacturage par la subrogation personnelle, car le *factor* peut réclamer au débiteur (l'acheteur, dans le jargon commercial), non seulement le montant de ce qu'il devait verser au fournisseur, mais aussi les agios qui lui sont dus, alors que le subrogé n'a d'action contre le débiteur que dans la mesure de ce qu'il a effectivement payé au créancier²⁹.

Il arrive que le contrat étranger ne puisse s'intégrer dans les catégories existantes : il constitue un type de contrat complètement nouveau, ce qu'un auteur a appelé un contrat innommé « typique »³⁰. Ce ne sera que peu à peu que cette institution s'intégrera.

Il en est qui n'y parviennent que difficilement et après un long temps : ainsi en est-il du *trust* (fiducie).

46. Common Law et contrats spéciaux. – L'influence étrangère, notamment anglo-saxonne, sur le droit des contrats spéciaux n'intéresse pas seulement la création spontanée de contrats nouveaux. Elle apparaît dans le droit des traités – par exemple, la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (1980) – et dans le droit européen : par exemple, la directive du 25 juillet 1985 prise par le Conseil des communautés européennes sur la responsabilité du fait des produits défectueux ne doit pas grand-chose dans la forme aux concepts français (vices cachés, obligation d'information) et semble souvent être la traduction en français d'une disposition législative anglaise. Il en est de même de l'ordonnance du 17 février 2005 transposant la directive du 25 mai 1999 sur l'obligation de conformité dans la vente, elle-même inspirée par la Convention de Vienne. Comme le reste de notre droit, la Convention européenne des droits de l'homme et la Cour du même nom imprègnent notre droit des contrats spéciaux.

26. *Infra*, n° 870.

27. *Supra*, n° 5.

28. J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Quadrige, PUF, 2004, p. 377 et s.

29. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

30. *Supra*, n° 5.

SECTION II

ESPRIT DES LOIS

La différence entre le Code Napoléon et le droit contemporain n'est pas seulement technique et quantitative, tenant à ce que la liste des contrats spéciaux d'aujourd'hui est beaucoup plus importante qu'elle ne l'était en 1804. Les lois ont changé, dans leur esprit, leurs caractères³¹ et leur morale.

Tous les contrats obéissent à une morale sous-jacente, plus ou moins consciente. Outre celle qui domine l'ensemble des contrats (§ 1), une morale particulière apparaît dans certains, les « petits contrats » (§ 2).

§ 1. CONTRATS EN GÉNÉRAL

47. Morale de fer, concurrence et infinie patience. – 1° La règle morale sous-jacente à l'ensemble des contrats, notamment aux « grands contrats » – vente, louage –, était en 1804 celle qui inspirait la théorie générale des obligations : tenir sa parole, être de bonne foi, respecter les intérêts d'autrui. À certains égards, ces données se sont renforcées : l'esprit d'affaires, les soucis d'efficacité et d'utilitarisme qui marquent notre temps appellent dans le contrat une **morale de fer** qui transparaît dans beaucoup de contrats commerciaux modernes, de plus en plus dominés par la libre concurrence, cette « main invisible »³², qui incite au développement paisible et économique, et dont le Traité de Rome sur les Communautés européennes, devenues l'Union européenne, a fait son objectif principal.

2° La **concurrence** est libre, mais doit être loyale : la concurrence déloyale est une faute engageant la responsabilité délictuelle de son auteur. Entre deux contractants une clause peut limiter la concurrence par une obligation de non-concurrence, licite si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'activité du débiteur et comporte l'obligation pour le créancier de lui verser une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives. En outre, sont prohibées les pratiques anticoncurrentielles (O. 1^{er} déc. 1986, modifiée, *auj. C. com.*, art. L. 420-1)³³.

3° À d'autres égards, l'esprit civil contemporain est fait de **modération** qui explique un développement du pouvoir du juge dans le contrat ; ainsi, de plus en plus s'imposent les exigences de la bonne foi contractuelle et la sanction de l'abus : le droit des contrats confère une place croissante à l'appréciation, cas par cas, des situations particulières et perd peu à peu sa prévisibilité.

48. Répartition financière des risques. – Les contrats, surtout les contrats commerciaux conclus entre professionnels, répartissent les risques qui peuvent résulter de l'inexécution d'un contrat et notamment décident qui en aura la charge financière – perte fortuite de la chose, inexécution fautive, défaut de conformité, retards de la livraison, vices cachés, dommages causés aux tiers, retard ou défaut de paiement –, ce qui est souvent l'objet de clauses dites de non-garantie. Cette répartition est un élément de l'équilibre contractuel : par exemple, plus les garanties sont étendues, plus, en général, le prix est élevé. Ce n'est pas toujours ainsi que la jurisprudence comprend la question ; à cet égard, elle méconnaît une des réalités contemporaines des contrats.

31. Sur les caractères supplétifs du C. Nap. et, au contraire, souvent impératifs des lois modernes, *supra*, n° 22.

32. Adam SMITH, *Inquiry into the nature and the wealth of nations*, 1776 (Recherches sur la nature et la cause de la richesse des nations).

33. Ex. : Cass. com., 16 mai 1995, *Bull. civ.* IV, n° 147 : constitue une stipulation illicite de pratique anticoncurrentielle, la clause d'une coopérative de détaillants soumettant à autorisation préalable du conseil d'administration de la coopérative la possibilité pour l'un des détaillants de vendre des produits en provenance de la coopérative dans un de leurs points de vente où existe un autre adhérent.

§ 2. « PETITS CONTRATS »

En 1804, c'était surtout dans les « petits contrats » que la règle morale avait un particularisme marqué. Soit une morale positive, la faveur à l'amitié ; soit une morale négative, les scrupules jansénistes et rigoristes devant le jeu, l'usure et les procès.

49. Faveur à l'amitié ? – 1° Dans le Code Napoléon, l'amitié animait le prêt à usage, le dépôt, le mandat et le cautionnement ; ils étaient des contrats entre amis ou parents, contrats gratuits dominés par la confiance personnelle, un office d'amitié : entre parents et entre amis, la solidarité est gratuite. L'amitié est pourtant un sentiment étranger au droit. Peut-être, cette gratuité amicale était-elle le lointain effet de souvenirs romains, où le service excluait le salaire, puisqu'initialement le travail était assuré par les esclaves. Plus probablement, cette faveur à l'amitié venait-elle aussi de l'École du droit naturel, le seul système philosophique et politique à avoir vu dans l'amitié un ressort social important.

2° Ce temps est révolu : la professionnalisation contemporaine de ces contrats en a bouleversé les données ; le mandat salarié, le dépôt professionnel, le cautionnement bancaire sont dominés par l'esprit d'affaires, non par l'esprit de service et la philanthropie.

50. Anciens scrupules rigoristes. – Les droits du jeu, du pari, du prêt à intérêt et de la transaction étaient, en 1804, dominés par l'aversion contre le jeu, l'usure et les procès et ainsi marqués par le jansénisme qui a dominé l'esprit juridique français à la fin du XVIII^e siècle. Aujourd'hui, beaucoup de nos compatriotes ont pour raisons de vivre hebdomadaires le loto et le tiercé ; le Code de la consommation, dans sa partie relative à l'usure, admet la licéité de taux d'intérêt conventionnels élevés ; le jeu est encouragé, l'esprit de finance domine, le procès est resté un chiendent social, mais les parties savent se servir de ce qui permet de l'éviter (clause compromissoire, transaction et médiation). Le temps et la morale ont changé.

Le dernier trait qui caractérise l'évolution contemporaine du droit des contrats spéciaux est lié au développement de l'esprit d'affaires : la dématérialisation et la neutralisation des contrats.

SECTION III

DÉMATÉRIALISATION ET NEUTRALISATION

51. Incorporel. – Le droit contemporain des contrats spéciaux tend, comme celui des biens et des obligations, à se dématérialiser. Le phénomène a surtout marqué la propriété mobilière avec l'extension des propriétés incorporelles – clientèles, propriétés intellectuelles –, ainsi que le droit des valeurs mobilières (« instruments financiers » divers et variés) ; il a gagné les immeubles dans les sociétés civiles immobilières, et surtout le droit sur les volumes ; la vente des terrains à bâtir sera peut-être demain remplacée par la cession des droits de construire. En outre, l'activité intellectuelle – professeur, avocat, notaire, médecin – peut désormais être l'objet d'un contrat d'entreprise, alors que dans le Code Napoléon le louage d'ouvrage, ancien nom de ce contrat, avait pour objet exclusif des prestations matérielles³⁴. Autre exemple : l'échange n'a plus seulement

34. *Infra*, n° 709.

pour objet des biens corporels, mais aussi des droits incorporels, tel le droit au bail³⁵ ou le louage (fonds de commerce, location-gérance).

Certains contrats, comme le dépôt, la vente et le prêt, sont à leur tour affectés par la dématérialisation³⁶.

52. Neutralisation. – Par nature, chaque contrat spécial a, en principe, un objet et une fin déterminés. Par exemple la vente est un contrat translatif de propriété : elle permet la circulation des richesses. Le mandat est un contrat de représentation : il permet le développement de l'activité humaine. Le dépôt est un contrat de garde : il permet de conserver les biens. Le prêt à usage est un contrat d'amitié : il permet l'usage gratuit d'une chose, etc. En ce sens, la technique n'est pas neutre.

Le contraire est vrai, plus aujourd'hui qu'hier. Déjà à Rome, détourné de ses fins, le mandat, contrat de représentation, avait permis la cession de créance, pourtant acte translatif par nature³⁷, comme il peut aujourd'hui servir à la fiducie (désormais admise et organisée par la loi)³⁸. La vente, le mandat et le louage de choses peuvent servir de sûreté, comme dans le crédit-bail³⁹. Le dépôt peut être un acte de fructification, comme l'est le dépôt bancaire d'argent⁴⁰. Le prêt à usage peut servir au commerce : il existe une curieuse « gratuité d'affaires »⁴¹. Le bail peut n'être qu'une technique financière⁴². Tous les contrats traditionnels peuvent désormais servir à un autre objet que celui qui résulte de leur nature. Le même phénomène se retrouve avec la stipulation pour autrui, la cession de créance, la subrogation personnelle ou la délégation⁴³.

53. Unité des contrats spéciaux et de la théorie générale ? – Le droit vivant des contrats paraît ainsi se trouver maintenant plus dans les contrats spéciaux que dans la théorie générale des obligations. Il faut pourtant se garder d'une antinomie excessive.

D'une part, il est des cas où le droit commun a intégré les transformations de certains statuts spéciaux par une sorte d'interaction (ainsi, dans les contrats d'entreprise, tels le transport ou la médecine).

D'autre part, le droit des statuts spéciaux est souvent celui des évolutions brusques qui parfois avortent ou sont éphémères. Au contraire, la théorie générale des obligations est dominée par la longue durée, l'évolution lente, en profondeur.

54. Plan. – Il existe plusieurs manières de classer les contrats spéciaux, au moins quatre.

1° On peut distinguer les contrats qui, comme la vente, sont **translatifs de propriété** (échange, apport en société, donation, prêt de consommation), et s'opposent aux contrats de **prestations de service**, parmi lesquels certains sont relatifs à une chose sur laquelle ils ne confèrent qu'une détention précaire (bail, dépôt, prêt à usage) et d'autres ont uniquement pour objet une activité humaine (mandat, contrat d'entreprise, contrat de travail).

C'est la classification traditionnelle : elle a subi l'usure du temps, de la même manière que la distinction entre le droit personnel et le droit réel. Elle perd de son intérêt lorsque sont en cause des biens éphémères, menacés d'obsolescence.

2° On peut aussi distinguer les contrats **entre professionnels**, les contrats entre professionnels et profanes (que l'on appelle parfois les contrats mixtes) et les contrats **entre particuliers**, parmi

35. *Infra*, n° 804.

36. *L'immatériel et le droit* (Archives de philosophie du droit, Sirey, 1999) et *infra*, n° 861, sur le *cloud computing*.

37. *Infra*, n° 523.

38. *Infra*, n° 536.

39. *Infra*, n° 813.

40. *Infra*, n° 887.

41. *Infra*, n° 911.

42. *Infra*, n° 600.

43. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

lesquels une place à part doit être faite aux contrats entre amis. C'est peut-être la classification de l'avenir dans la mesure où elle traduirait l'opposition entre les contrats de production et ceux de consommation. Actuellement, elle est prématurée.

3° Un autre classement s'attache à **l'équilibre des prestations** résultant du contrat. Il faut mettre à part les relations gracieuses, qui respirent tellement **la complaisance** qu'elles ne sont pas contractuelles ; ainsi le transporteur bénévole, dont la responsabilité est délictuelle. Mais la complaisance n'exclut pas toujours la volonté contractuelle. Il existe des contrats de services que le Code civil qualifiait de gratuits (mandat, dépôt, prêt à usage) parce qu'il y voyait un office d'amitié : le mandataire, le dépositaire et le prêteur rendaient gracieusement service à autrui. Aujourd'hui, dans ces contrats, la gratuité est en recul : le mandat est, le plus souvent, salarié ; comme le dépôt, qui se professionnalise. Seul, le prêt à usage est demeuré « essentiellement » gratuit, c'est-à-dire que toute rémunération du prêteur est incompatible avec ce contrat, ce qui le distingue du prêt de consommation ; mais l'esprit d'affaires le gagne aussi, peu à peu. Contrats de services gratuits, ils ne sont pas à titre onéreux, ce qui est une lapalissade. Ils ne constituent pas non plus des libéralités, car ils ne transfèrent pas de propriété. L'intérêt de cette qualification est d'apprécier la responsabilité de celui qui rend un service gracieux de manière plus indulgente que pour celui qui poursuit un intérêt lucratif.

Ces contrats s'opposent aux **contrats aléatoires**, dont les effets dépendent du hasard. Ils se distinguent surtout des **contrats commutatifs**, dont les uns sont translatifs de propriété (vente, échange, apport en société), les autres sont des contrats de services (contrat d'entreprise, bail, contrat de travail).

4° D'une façon plus pratique, on étudiera d'abord la **vente**, le plus usuel des contrats (Première partie) ; puis les **contrats de services** (Deuxième partie) : le mandat, la seconde matrice des autres contrats, l'instrument de la représentation (Livre I) ; les différents louages, baux et contrats d'entreprise (Livre II) ; les contrats variés d'échanges économiques, voisins de la vente, du mandat et du bail, qui en sont des dérivés ou des mélanges (Livre III) ; les contrats de restitution, dépôts et prêts (Livre IV), les contrats aléatoires, jeu, pari et rente viagère (Livre V) et les contrats relatifs au litige (Livre VI).

N^{os} 55-58. réservés.

■ PREMIÈRE PARTIE ■

LA VENTE

PREMIÈRES VUES SUR LA VENTE

59. Le plus usuel des contrats. – Malgré son évolution tourmentée et sa diversification, l'élément constant de la vente est sa définition. Elle est le contrat par lequel la propriété d'une chose est transférée à un acquéreur, en contrepartie d'une somme d'argent¹. Elle est l'archétype des contrats, celui qui en est la matrice, le plus soumis à la théorie générale des obligations².

Avant d'examiner les éléments qui permettent de la distinguer des autres contrats (Section II), seront exposés son évolution, ses sources et ses caractères (Section I).

SECTION I

ÉVOLUTION, SOURCES ET CARACTÈRES

§ 1. ÉVOLUTION

60. Du don à la vente en passant par le troc. – Au commencement était le don : je te donne pour que tu me donnes. Ensuite, il y a eu le troc qui a fait naître l'échange, un bien remis contre un autre. Puis, l'usage de la monnaie se développant, est apparue la vente, qui n'existe que s'il y a un prix en argent. Il y a d'abord eu la vente au comptant, puis la vente à crédit. Ultérieurement, de la vente a découlé le bail, initialement conçu comme une vente de fruits.

L'évolution de la vente a touché tous ses aspects ; au fil des temps, l'attention s'est portée sur tel ou tel d'entre eux, comme on le verra en droit romain, dans l'Ancien droit, le droit intermédiaire et à l'époque contemporaine³.

1. **Définition** : le Code civil (art. 1582, al. 1) la définit un peu autrement : « *une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer* ». Le texte s'explique par l'histoire : le droit romain et l'Ancien droit liaient le transfert de propriété à la tradition : M. ALTER, *L'obligation de délivrer dans la vente de choses mobilières*, th. Grenoble, LGDJ, 1972, préf. P. Catala. **Biblio.** : spéciale à la vente : J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *La vente*, LGDJ, 1990. **Étymologie** de vente : du latin *vendo, ere* = vendre, d'où est dérivé vanter, le vendeur ayant l'habitude de vanter sa marchandise.

2. J. CARBONNIER, « Sociologie de la vente », Travaux et conférences de l'Université libre de Bruxelles, Faculté de droit, VIII, Bruxelles, Larcier 1960 ; repris dans *Flexible droit*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 191-4204 et dans *Écrits*, PUF, 2008, p. 521.

3. J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^e éd., 2010, n^{os} 481 et s.

61. 1^o Droit romain. – Le droit romain a fait de la vente un prodigieux instrument d'échanges économiques. Il n'en a pas résolu toutes les questions. Les réponses qu'il a données ont souvent été inachevées ou remises en cause par l'évolution ultérieure, ce qui est le sort de tous les systèmes juridiques. Avec beaucoup de simplifications, n'en seront retenues que six données : le caractère consensuel, le transfert de propriété, les risques, la garantie des vices, la lésion, les pactes adjoints.

1) Comme en droit français, où cependant les exceptions deviennent croissantes, la vente à Rome était un contrat consensuel, c'est-à-dire que sa conclusion ne dépendait que de l'échange des consentements. À l'origine, elle fut peut-être un contrat réel, naissant de la remise de la chose à l'acheteur.

2) Puisqu'elle donnait naissance à des actions en justice, la vente était obligatoire ; mais le **transfert de propriété** n'était pas réalisé par le contrat, car il supposait l'accomplissement d'un acte distinct, la *mancipatio* (un acte rituel), l'*in jure cessio* (un procès fictif) ou, surtout, la *traditio* (la remise de la chose à l'acheteur). De même, dans les ventes au comptant, le transfert de propriété était, semble-t-il, subordonné à un autre élément, le paiement du prix. En droit français, ces deux règles n'existent pas en général, bien que se manifeste une tendance à revenir au droit romain à cet égard. Au contraire, le droit allemand continue à dissocier la vente et le transfert de propriété.

3) *Res perit emptori* (les **risques** pèsent sur l'acheteur). Avec un raisonnement différent, le droit français parvient à un résultat identique (*res perit domino*) : les risques pèsent sur le propriétaire⁴.

4) **Garantie** édilicienne. Sur les marchés romains veillait un magistrat, l'édile curule⁵. Il ne protégeait pas les imbéciles (*de non vigilantibus non curat praetor* : le préteur ne protège pas ceux qui ne s'occupent pas de leurs intérêts) ; le vendeur ne garantissait donc pas les vices apparents : l'acheteur n'avait qu'à ouvrir les yeux. Contre le vendeur malhonnête, les édiles avaient organisé la garantie des vices cachés. L'acheteur put alors obtenir, soit la résolution de la vente (l'action rédhibitoire), soit une indemnisation (l'action estimatoire : *actio quanti minoris*). Le droit français contemporain a donné un développement important à la garantie édilicienne en la transformant.

5) À la fin du Bas-Empire, afin de protéger les *humiliores* (les « petits ») contre les *potentiores* (les « gros »), Dioclétien admit en cas de **laesio enormis** d'un vendeur d'immeuble la rescision de la vente ou le versement d'un supplément de prix ; le régime actuellement applicable en France est identique.

6) **Pactes adjoints.** Déjà à Rome, les usages commerciaux avaient peu à peu diversifié la vente en y adjoignant les pactes les plus variés ; dans toute son histoire, la pratique en multiplie les modalités, faisant d'un contrat simple et unique la source de contrats complexes et très nombreux. Le pacte adjoint romain le plus utilisé fut la *lex commissoria*, origine de la résolution des contrats synallagmatiques pour cause d'inexécution du droit français.

Sur ce point, la construction romaine fut inachevée ; selon elle, la vente était, en quelque sorte, l'adjonction de deux actes distincts, l'achat et la vente (*emptio venditioque*). Elle n'était pas parvenue à affirmer l'interdépendance des deux obligations ; ce fut l'œuvre de l'Ancien droit.

62. 2^o Ancien droit. – L'Ancien droit développa avec des fluctuations diverses les règles romaines, en les imprégnant sous l'influence des canonistes d'exigences morales et en faisant apparaître des principes nouveaux. Fut ainsi affirmée l'interdépendance des obligations réciproques découlant de la vente ; peu à peu furent posés les principes, et de la résolution pour cause d'inexécution même en dehors d'un pacte commissoire exprès, et de l'exception d'inexécution. Sous l'influence des notaires, le droit de la vente s'orienta peu à peu vers le principe du transfert instantané de la propriété, en systématisant les clauses de style telles que la dessaisine-saisine. Les garanties du vendeur non payé s'organisèrent, à partir du ^{xvi}e siècle, autour des privilèges, celui du vendeur d'immeuble et celui du vendeur de meubles. La théologie de saint Thomas d'Aquin, soucieuse d'équité, systématisa la théorie du juste prix ; elle se heurta sur ce point capital à la pratique qui, afin d'assurer la sécurité des transactions, fut hostile à la révision et à la

4. *Infra*, n^{os} 251-254 ; v. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

5. *Aediles* = magistrat romain ; **étymologie** d'édile : du latin *aedes*, *is* = temple ; originellement l'*aediles* veillait sur les édifices sacrés.

rescision de la vente pour cause de lésion : à cet égard, l'Ancien droit n'aboutit pas à des résultats différents de ceux de Dioclétien. Ils seront partiellement remis en cause par la Révolution.

63. 3^e Droit intermédiaire. – Pendant la Révolution, une des questions soulevées par la vente d'immeuble fut la rescision pour cause de lésion. La Révolution fut en effet marquée par la plus grande débâcle monétaire de l'histoire française, l'effondrement des assignats et des mandats territoriaux, qui lui fut fatale. Aussi les vendeurs d'immeuble demandaient-ils systématiquement la rescision pour cause de lésion de leurs ventes, car ils préféraient retrouver leur immeuble plutôt que de conserver une monnaie de singe. Ce qui eut pour conséquence une insécurité générale des transactions immobilières, notamment celles qui portaient sur les biens nationaux. Or, une des politiques de la Révolution fut de s'appuyer sur les acquéreurs des biens nationaux, la nouvelle classe qu'elle avait créée. Afin de la protéger, la Convention abolit la rescision ; avec le retour de la stabilité monétaire, le Directoire la rétablit, mais dans des conditions strictes, reprises peu après par le Code civil.

64. 4^e Époque contemporaine. – 1) Le droit de la vente du **xix^e siècle** et de la **première moitié du xx^e siècle** a été paisible, mais non immuable. Les dispositions du Code civil n'ont guère changé. L'évolution a surtout été le fait de la pratique qui : 1^o amenuisa le principe du transfert de la propriété par le seul effet du contrat, surtout dans les ventes commerciales, 2^o multiplia les clauses restreignant, écartant ou modifiant les garanties du vendeur, particulièrement la garantie d'éviction dans les ventes d'immeubles et la garantie des vices cachés dans les ventes de meubles, 3^o développa les avant-contrats (par exemple, les promesses de vente), 4^o imagina de multiples modalités de la vente, accélérant ainsi sa diversification.

2) Dans la **seconde moitié du xx^e siècle**, le droit de la vente essaya d'empêcher qu'une des parties ne fût à la merci de l'autre. Il le fit dans des dispositions fragmentaires, au coup par coup.

On peut ainsi expliquer plusieurs règles apparemment disparates. Les transformations jurisprudentielles de la rescision pour cause de lésion, la nullité des clauses restreignant ou écartant la garantie dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels en réaction contre la pratique du **xix^e siècle**, l'accroissement des obligations du vendeur professionnel, les rapports nouveaux entre la vente et le crédit et surtout l'information et la protection du consommateur. La loi, à ces égards, protège maintenant l'acheteur, alors que, comme à Rome, le Code Napoléon avait plutôt pour souci de protéger le vendeur.

Un autre aspect caractérise la vente lorsqu'elle est faite à un consommateur, particulièrement lorsqu'elle a pour objet des produits de grande consommation. Elle est, au moins en fait, le terme d'une opération économique complexe qui va de la fabrication à la distribution : beaucoup de ventes mobilières font partie d'un ensemble contractuel.

En outre, l'intérêt économique de la vente est devenu tel qu'elle n'est plus seulement une affaire privée entre le vendeur et l'acheteur, mais l'État s'y intéresse. Par exemple, à l'égard des ventes commerciales, le blocage des prix ou la liberté de la concurrence se succèdent selon la conjoncture économique ; ou bien, particulièrement à l'égard des ventes immobilières, les droits de préemption se multiplient.

Enfin, dernier trait de l'évolution, la vente se divise aujourd'hui en plusieurs types sociologiques, allant des ventes civiles aux ventes commerciales, de la vente d'immeubles à la vente en libre service ou par distributeur automatique, de la vente d'un ordinateur à celle d'une salade au marché. La durée n'a pas la même importance dans ces différentes ventes. Dans les premières, la formation du contrat demande de la réflexion et s'accomplit souvent par étapes ; les obligations des parties subsistent souvent longtemps après la conclusion du contrat : l'obligation de

garantie qui pèse sur le vendeur, l'obligation de payer le prix qui pèse sur l'acheteur ; la propriété ne passe pleinement de la tête du vendeur sur celle de l'acheteur qu'au bout d'un temps assez long. Dans les secondes, habituellement, c'est instantanément que la vente se conclut et produit la totalité de ses effets.

§ 2. SOURCES

En l'état, les sources du droit de la vente sont internationales et internes : les premières sont moins importantes que les secondes.

65. 1^o Internationales – Union européenne ? – La Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a adopté en 1980, à Vienne, une Convention sur la vente internationale de marchandises (Convention de Vienne du 11 avril 1980)⁶, adoptée aujourd'hui par plus de soixante-dix États. Elle régit de plein droit les ventes internationales, de sorte que le juge doit l'appliquer, sauf si les parties l'avaient écartée ou renoncé à l'invoquer⁷. Elle comporte plusieurs règles différentes du droit français interne. Par exemple, pour la formation du contrat : la vente est formée lorsque l'acceptation est reçue⁸. C'est surtout à l'égard des obligations du vendeur que ses dispositions sont originales ; par exemple..., le vendeur doit remettre à l'acheteur une marchandise conforme au contrat, ce qui tend à réunir les deux notions françaises de délivrance et de garantie des vices cachés⁹... l'acheteur doit faire vérifier la marchandise « *dans un délai raisonnable* », qui ne saurait excéder deux ans après la livraison¹⁰ ; cette obligation ne s'applique que dans les rapports contractuels directs, les sous-contrats en étant exclus¹¹.

Le droit européen est aussi devenu une source consistante de la vente commerciale ; dès maintenant, afin d'assurer la liberté de la concurrence, particulièrement avec la prohibition des prix imposés et la responsabilité du fait des produits défectueux qui interfère avec la garantie des vices cachés (directive du Conseil des communautés, en date du 25 juill. 1985, transposée par la loi du 19 mai 1998), ainsi que l'obligation de conformité (direct. 25 mai 1999, transposée par l'ordonnance du 17 février 2005). La Commission de l'Union européenne a l'ambition de faire voter un règlement sur le contrat de vente, que les parties pourraient choisir¹².

La source vivante du droit régissant la vente internationale est surtout constituée par les conditions générales de vente, droit parallèle aux législations étatiques et beaucoup plus effectif

6. V. Cl. WITZ et P. SCHLECHTRIEM, *Contrats de vente internationale de marchandises*, Dalloz, 2008 ; V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises*, LGD], 2000 ; Chr. MOULY, « Que change la Convention de Vienne sur la vente internationale par rapport au droit français ? », *D.* 1991, chron. 77.

7. Jurisprudence constante, ex. : Cass. civ. 1^{re}, 26 juin 2001, *Bull. civ. I*, n° 188 ; *D.* 2001.3607, 1^{re} esp., n. crit. Cl. Witz ; *Contrats, conc. consom.* 2001, n° 157, n. L. Leveneur : « cette convention s'impose au juge français qui doit en faire application, sous réserve de son exclusion » étant entendu que les parties peuvent « l'éluider tacitement, en s'abstenant de l'invoquer devant le juge français » (ce qui était le cas en l'espèce).

8. Article 23 : « Le contrat est conclu au moment où l'acceptation de l'offre prend effet conformément aux dispositions de la présente Convention ».

9. *Infra*, n° 286.

10. Cass. civ. 1^{re}, 8 avril 2009, n° 08-10678, n.p.B., *D.* 2009.2907, n. Cl. Witz.

11. Cass. civ. 1^{re}, 5 janvier 1999, *Bull. civ. I*, n° 6 ; *D.* 1999.383, n. Cl. Witz ; *Contrats, conc. consom.* 1999, n° 53, n. L. Leveneur, irrecevabilité de l'action directe du sous-acquéreur contre le vendeur initial.

12. V. *Le droit commun européen de la vente*, dir. O. DESHAYES, SLC 2012 ; débat RDC 2012. 1393 ; V. HEUZÉ, « Le technocrate et l'imbécile », *JCP G* 2012.750, très critique. Par exemple, le prix peut n'être pas déterminé et seulement « raisonnable » (art. 73), la non-conformité se définit comme « l'inexécution d'une obligation essentielle » (art. 87 et 100), une hiérarchie des remèdes au bénéfice de l'acheteur est mise en place (art. 109 s.). Le texte bénéficierait aux consommateurs et aux PME.

qu'elles, spontanément élaboré par les commerçants, généralement leurs associations professionnelles. Il constitue ce que l'on appelle le *jus gentium* nouveau ou la *new law of merchants* ou encore la *lex mercatoria*¹³.

66. 2° Internes. – Les dispositions législatives du Code civil sur la vente (livre III, titre VI, art. 1582 à 1701) sont demeurées d'une grande constance ; peu de changements législatifs y ont été apportés, longtemps dans l'attente d'une refonte de la théorie générale des obligations, aujourd'hui réalisée (O. 10 févr. 2016). La législation contemporaine, qui n'est pas toujours intégrée dans le Code civil, a effectué d'abondantes modifications, directes ou indirectes, pour certains types de vente, parfois énoncées par de minutieux textes réglementaires, souvent assorties de sanctions pénales. Elle s'efforce de concilier des intérêts contradictoires : protéger le consommateur sans paralyser la publicité lorsqu'elle n'est pas inexacte ; assurer la liberté de la concurrence et l'esprit compétitif, tout en assurant la défense des petits commerçants. La législation protectrice du consommateur perturbe certains piliers traditionnels du droit de la vente, surtout à l'égard de sa formation – les vices du consentement, l'offre, l'acceptation, le consensualisme, les relations entre la formation et l'exécution –, aussi dans l'exécution (garantie de conformité) ; elle aboutit parfois à des résultats opposés à ceux qu'elle poursuit, comme il arrive souvent aux lois de protection (des effets boomerang et pervers). Le Code de la consommation s'est saisi des dispositions sur la garantie de conformité.

La jurisprudence ne paraît pas exercer dans la vente un rôle différent de celui qu'elle a dans les autres parties du droit. Dans la vente commerciale, les usages constituent une source vivante, comme toujours en matière commerciale ; en outre, les conditions générales de vente sont importantes dans les ventes internationales bien que moins dans les relations internes¹⁴.

§ 3. CARACTÈRES

67. Consensuel, synallagmatique, onéreux, commutatif, translatif. – La vente a traditionnellement cinq caractères : un contrat consensuel, synallagmatique, onéreux, commutatif et translatif. Certains évoluent.

1° Elle est généralement **consensuelle**. Elle se forme par le seul consentement des parties et n'exige pour sa validité aucune forme solennelle ; elle existe dès que les parties se sont mises d'accord sur la chose vendue et sur le prix. Cependant, la législation contemporaine fait, dans plusieurs cas, reculer le consensualisme. Pour certains types de vente, elle impose au vendeur de faire figurer des mentions obligatoires dans le contrat, destinées à informer l'acquéreur (par exemple, cession de fonds de commerce, vente à crédit, vente sur démarchage à domicile) ; à cette exigence, elle ajoute parfois celle d'un acte authentique (par exemple, pour la vente d'immeuble à construire du secteur protégé).

Ces règles de forme doivent être observées à peine de nullité, souvent une nullité relative, ce qui est contraire à la sanction habituelle du formalisme¹⁵. Lorsqu'il s'agit de formalités, il est un

13. Ph. KAHN, *La vente commerciale internationale*, th. Dijon, Sirey, 1961, préf. B. Goldman ; v. aussi *supra*, n° 29. Il faut également compter sur les sources internes : P. MALINVERNI, *Les conditions générales de vente et les contrats types des chambres syndicales*, th. Paris II, LGDJ, 1978, préf. J. Hémar.

14. P. MALINVERNI, *Les conditions générales, préc.*

15. La doctrine classique enseignait que l'irrespect d'une règle de forme d'un contrat, quelle qu'elle fût, entraînait toujours une nullité absolue. D'autres auteurs exposent la règle qui figure au texte : pour

cas, mais un seul, où leur respect est requis à peine de nullité. Lorsqu'une promesse unilatérale de vente a pour objet un immeuble (ou un bien qui lui est assimilé), l'acte sous signature privée qui le constate doit, à peine de nullité, faire l'objet d'une formalité fiscale, l'enregistrement, ce qui est contraire au principe habituel du consensualisme et à la sanction habituelle du droit fiscal.

En outre, sans être solennelle, la vente d'immeuble est souvent devenue formaliste.

2° Elle est **synallagmatique** parce qu'elle fait naître à la charge des deux parties des obligations réciproques. Par conséquent, en cas d'inexécution, s'appliquent les règles propres aux contrats synallagmatiques : exception d'inexécution, résolution et théorie des risques.

3° Elle est un contrat à **titre onéreux**, qui ne peut donc comporter aucune intention libérale ; l'avantage qu'elle procure à l'une des parties ne lui est concédé qu'en raison de la prestation à laquelle elle s'oblige.

Les soldes ou les ventes avec primes ne sont pas des actes de générosité ; ils sont réglementés et parfois interdits, notamment afin d'assurer un minimum de loyauté à la concurrence et d'empêcher que soient dupés les consommateurs (C. consom., art. L. 121-19, qui l'autorise en revanche, lorsqu'elle n'a pas de « caractère déloyal »). La vente dissimule parfois une donation déguisée : la forme extérieure est celle d'un acte à titre onéreux ; dans le fond, l'acte est une libéralité. Elle peut aussi constituer une donation indirecte, lorsque le prix est inférieur à la valeur de la chose et que le vendeur a une intention libérale ; la question présente un intérêt lorsqu'il s'agit d'une vente d'immeuble faite à un prix lésionnaire dans une intention libérale : la rescision n'est pas alors recevable¹⁶.

4° Les obligations réciproques des contractants sont « *regardées comme* » (art. 1108 al. 1, ancien art. 1104, al. 1) l'équivalent l'une de l'autre : il s'agit d'un contrat **commutatif**. Toutefois, le contrat peut avoir un caractère aléatoire, ce qui est le cas des cessions d'usufruit ou des ventes moyennant rente viagère, bien que leur caractère aléatoire soit en recul. La réciprocité existe alors entre la chance de gain que court une partie et le risque de perte pris par l'autre. Lorsque la vente est aléatoire, elle échappe à la rescision pour cause de lésion (« l'aléa chasse la lésion »), dans une moindre mesure à la résolution pour cause d'inexécution et dans une mesure encore moindre, à la nullité pour erreur.

Le caractère commutatif d'un contrat n'est pas absolu. Il y a de l'aléa dans tout contrat et notamment en toute vente ; tout contrat, et par conséquent toute vente, est, dans une certaine mesure, un pari sur l'avenir. La dose d'aléa est plus ou moins forte suivant les hypothèses. Les ventes aléatoires par nature sont les ventes de nue-propriété ou d'usufruit et moyennant rente viagère ; il faut cependant s'assurer qu'elles sont réellement aléatoires, car il existe des cas où, dans ces contrats, une partie ne court aucun risque de perte et a la certitude de toujours gagner : la vente est alors nulle pour défaut de cause ; telle est la vente moyennant rente viagère dont les arrérages sont inférieurs aux revenus produits par la chose.

5° La vente a pour objet le transfert d'un droit. Elle est donc un contrat **translatif**, même si le transfert peut être retardé. Elle se distingue ainsi d'un acte extinctif, la dation en paiement, malgré ses affinités avec la vente¹⁷ ; et d'un acte constitutif

la théorie générale du contrat, v. *Droit des obligations*, coll. Droit civil ; v. aussi FLOUR, AUBERT et SAVAUX, *Obligations*, t. I, 15^e éd., Sirey 2012, n° 336. Dans certains cas, la loi prévoit expressément que la nullité est relative (ex. : mentions obligatoires dans la cession de fonds de commerce : L. 29 juin 1935, *auj.*, C. com., art. L. 141-1).

16. *Infra*, n° 219.

17. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

d'un groupement, l'apport en société, ou créateur d'une obligation ou d'une sûreté ; elle peut cependant servir de garantie lorsqu'elle est fiduciaire¹⁸.

Selon le Code civil, l'objet du transfert peut être un droit réel ou un droit personnel (droit de créance) ; car la cession de créance (art. 1689 à 1701) est conçue comme une vente. En réalité, la cession de créance a cessé d'être un contrat spécial pour devenir une technique neutre permettant de vendre ou de donner une créance, de transmettre un contrat, d'éteindre une obligation ou de constituer une garantie¹⁹.

La vente a pour objet un droit réel, généralement la propriété. Cependant, dans la vente commerciale, l'essentiel est souvent l'entrée en possession de l'acheteur, qui seule permet la transformation de la marchandise ou la jouissance du matériel, plutôt que le transfert de la propriété. C'est pourquoi, à l'égard de ces choses, la vente remplit sa fonction, même si elle est assortie d'une réserve de propriété jusqu'à complet paiement du prix ; un bail ou un crédit-bail du matériel ou de l'outillage²⁰ pourraient avoir le même effet.

SECTION II

DISTINCTION DE LA VENTE ET D'AUTRES CONTRATS

Pour qu'un contrat soit une vente, il doit comporter quatre éléments : un consentement, un prix payable au vendeur (§ 1) et une chose (§ 2) dont la propriété est transférée à l'acquéreur (§ 3). Ces trois dernières conditions permettent de distinguer la vente des contrats voisins. Le consentement relève de la théorie générale des contrats et ne sera pas exposé.

§ 1. PRIX

L'élément le plus caractéristique de la vente est l'existence d'un prix, qui la différencie d'autres actes juridiques : la donation, l'échange²¹, l'apport en société et la dation en paiement. La distinction paraît nette ; il y a ou il n'y a pas de prix. En fait, elle est souvent relative car la pratique invente de nombreuses situations intermédiaires.

68. 1^o Vente et donation. – Selon une formule célèbre, « *le don est la forme primitive de l'échange* »²². Ce sont tous deux des contrats translatifs de la propriété. Pourtant, aujourd'hui, rien de plus différent, semble-t-il, que la vente et la donation, car le donataire n'est tenu à aucune contrepartie envers le donateur qui est inspiré d'une intention libérale. Pour ces deux raisons, la donation est antinomique de la vente, comme le titre gratuit l'est au titre onéreux.

Parfois, cependant, la différence s'estompe ; par exemple, dans la donation avec charges²³ où prédomine l'intention libérale si les charges ont une valeur inférieure à celle de l'objet donné.

18. *Infra*, n^o 536 ; v. *Droit des sûretés*, coll. Droit civil.

19. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

20. *Infra*, n^o 813.

21. *Infra*, n^{os} 802 et s.

22. M. MAUSS, « Essai sur le don », in *Sociologie et anthropologie*, 1960, p. 143 et s. La présence magique et spirituelle du donateur immanente dans l'objet donné incite le donataire à l'effacer en donnant un autre objet de valeur égale ou supérieure.

23. La donation avec charges oblige le donataire à affecter tout ou partie des biens donnés à un emploi imposé par le donateur ; v. *Les successions*, coll. Droit civil.

69. 2° Vente et apport en société. – L’apport en société est le contrat²⁴ par lequel un associé transfère la propriété d’un bien à une société en contrepartie de droits sociaux²⁵. La contrepartie (les droits sociaux) n’étant pas un prix, l’apport ne constitue pas une vente et est donc soustrait aux règles qui la régissent. Ainsi, il ne peut ni être rescindé pour cause de lésion même lorsqu’il porte sur un immeuble, ni tomber sous le coup d’un droit de préférence ou de préemption.

Il n’en est autrement qu’en cas de fraude – l’apport en société déguise une vente – ou qu’une disposition expresse le prévoit : ainsi, la loi dispose que la SAFER²⁶ peut exercer son droit de préemption en cas d’apport en société, sauf lorsque l’apport est fait à un GFA (Groupement foncier agricole).

Certains apports en nature, dans les sociétés civiles, non incorporés au capital, constituent cependant des variétés de ventes²⁷.

70. 3° Vente et dation en paiement. – La dation en paiement n’est pas une vente ; non tellement parce qu’il n’existe pas de prix, mais parce qu’elle est d’abord un acte extinctif de l’obligation : le créancier accepte en paiement autre chose que ce qui faisait l’objet de la dette²⁸. Elle peut cependant être aussi un acte d’aliénation, lorsqu’elle est faite au moyen d’une chose dont le débiteur transfère la propriété au créancier qui l’accepte ; elle ressemble alors tellement à une vente qu’elle est soumise à beaucoup d’égards à son régime juridique²⁹ : tout ce qui intéresse la capacité, les garanties auxquelles le vendeur est tenu, la rescision pour cause de lésion, les droits de préemption et le transfert de propriété³⁰. Aussi le notariat ne distingue-t-il guère la dation en paiement de la vente où le prix est payé en compensation de la dette que le vendeur devait à l’acquéreur³¹.

La dation en paiement n’étant pas vraiment une vente, l’assimilation n’est pas totale ; ainsi, en cas de procédure collective du *solvens*, elle est nulle lorsqu’elle est faite pendant la période suspecte, parce qu’elle constitue un paiement anormal (C. com., art. L. 632-1). De même, elle ne confère pas à celui qui la fait le privilège du vendeur.

24. Comme le montre le droit des sociétés, il n’est pas toujours un contrat, notamment lorsqu’il est fait à une société en cours de constitution.

25. M. BUCHBERGER, *Le contrat d’apport*, Éd. Panthéon-Assas 2011 ; et sa note au *D.* 2013. 1600.

26. Les Sociétés d’aménagement foncier et d’établissement rural (SAFER) sont des sociétés d’intérêt public et sans but lucratif dont la loi a prévu la création dans chaque département. Elles ont pour objet l’amélioration des structures agraires et la lutte contre la spéculation foncière. Elles acquièrent, au moyen d’un droit de préemption, les biens ruraux aliénés à titre onéreux qu’elles revendent dans un délai maximum de cinq ans, après avoir recomposé une exploitation rurale productive (*infra*, n^{os} 152 et 153).

27. Ainsi, en droit d’auteur : v. P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 10^e éd., 2017, n^{os} 718-719.

28. **Biblio.** : Fr. BICHERON, *La dation en paiement*, th. Paris II, éd. Panthéon-Assas, 2006.

29. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

30. Ex. : Cass. civ. 3^e, 12 juillet 1976, *Bull. civ.* III, n^o 311 ; *JCPG* 1977.II.18688, n. M. Dagot ; *JCP N* 1976.II.18446 bis, n. Stemmer : « En cas de dation en paiement comme en cas de vente d’une chose future, le transfert de propriété ne s’opère au profit du bénéficiaire de cette dation que lorsque la chose est effectivement en mesure d’être livrée par celui qui doit la donner et reçue par celui à qui elle est donnée » ; en l’espèce, il s’agissait d’une « fausse » dation en paiement : cession d’un terrain contre local à construire.

31. A doit 1 000 à B ; il éteint sa dette en transférant à B un immeuble valant 1 000. Ex. : (Formule qui se réfère à la compensation, non à la dation en paiement) : « La présente vente est consentie moyennant le prix de 50 000 euros, qui sont compensés, en vertu d’un accord entre les parties, avec pareille somme, montant d’un prêt consenti par B à A, aux termes d’un acte reçu par M^e X... notaire à Y... le tant... ».

71. Fausses datations en paiement. – La pratique contemporaine, parfois judiciaire, abuse de fausses datations en paiement. Par exemple, il a été jugé que l'achat d'un véhicule neuf avec reprise d'un véhicule usagé s'analysait en une vente avec dation en paiement du véhicule usagé³²; l'analyse est inexacte, car la « reprise » du véhicule était prévue par le contrat; au contraire, ce qui caractérise la dation en paiement est qu'il existe une différence entre l'objet de l'obligation et celui du paiement. En réalité, il s'agit de deux ventes croisées indivisibles³³.

Une situation analogue apparaît en matière immobilière dans ce que l'on appelle la cession de terrain contre local à construire. Le propriétaire d'un terrain l'aliène à un cessionnaire qui, en contrepartie, s'engage à construire un bâtiment et en remettre certains lots à son cocontractant; il n'y a pas de prix dans l'opération, qui n'est donc pas une vente³⁴.

§ 2. CHOSE

72. 1^o Vente et « vente de services ». – Il n'y a vente que si le contrat a pour objet une chose, ce qui le distingue de la « vente de services ».

1) La vente ne suppose pas seulement un consentement et un prix, elle implique aussi une **chose**. Toute espèce de choses peut être vendue, pourvu qu'elle soit dans le commerce : meuble ou immeuble, corps certain ou chose de genre, présente ou future (pas la chose d'autrui), corporelle ou incorporelle. Lorsqu'elle constitue un droit incorporel, on parle de « cession » : par exemple, cession de créance, de clientèle, de fonds de commerce, de brevet d'invention, de droits d'auteur, etc.

2) Encore faut-il qu'il y ait, juridiquement, une chose. Par abus de langage, celui des économistes, on parle parfois de « **vente de services** »³⁵. Or, le droit de la vente lui est étranger; comment, par exemple, lui appliquer la garantie de conformité? Souvent, la réglementation contemporaine, par exemple celle qui assure la protection du consommateur, traite d'une manière identique la vente d'une chose et les contrats de prestation de services. De même, en matière commerciale, il est courant qu'un contrat de services soit l'accessoire d'une vente. Soit avant la conclusion de la vente; ainsi dans la vente d'ordinateurs³⁶: celui qui offre de vendre doit informer le client des caractéristiques des appareils ainsi que leurs conditions d'utilisation. Soit surtout après la vente; par exemple dans ce que le langage commercial appelle le service après-vente³⁷.

73. 2^o Vente et contrat d'entreprise. – Le contrat d'entreprise (art. 1787 et s.)³⁸, que l'on appelait autrefois louage d'ouvrage et d'industrie, est une convention par laquelle une personne s'engage moyennant rémunération à exécuter un travail de

32. Cass. com., 20 juin 1972, *D.* 1973.325, n. crit. J. Hémar: vente d'un véhicule neuf et, en contrepartie, dation en paiement partiel d'un véhicule usagé.

33. Cass. civ. 1^{re}, 27 décembre 1961, *Bull. civ. I*, n° 629: « *Le contrat forme un tout [...]; la reprise de la voiture ancienne en contrepartie de l'achat de la voiture neuve était une des conditions stipulées, supposant pour sa réalisation que la voiture à vendre serait remise* » au garagiste.

34. V. toutefois Cass. civ. 3^e, 9 décembre 1986, *Bull. civ. III*, n° 177; *Deffrénois* 1987, art. 34056, n° 84, p. 1187, obs. G. Vermelle: « *La vente pouvant être réalisée moyennant une contrepartie autre qu'un versement de somme d'argent...* »; la cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, en avait déduit la nullité de la convention pour indétermination du prix (art. 1591), en raison de l'imprécision de l'obligation de construire pesant sur l'acquéreur. La qualification de vente était inutile, car la solution eût été la même, en application de l'article 1129 anc. À nouveau saisie de la question, la même chambre a maintenu la qualification de vente, mais sauvé la convention, en dépit d'une incertitude relative à la valeur des constructions à venir: Cass. civ. 3^e, 7 octobre 1998, *D. Aff.* 1998.1950.

35. Le Code du tourisme (art. L. 211-8 et s.) relatif aux contrats conclus avec une agence de voyages parle de « vente de prestations de services ».

36. *Infra*, n° 314.

37. *Infra*, n° 438.

38. P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, th. Paris II, éd. Panthéon-Assas 2002.

façon indépendante. Apparemment, la différence avec la vente est nette ; faire un travail pour autrui, ce n'est pas une vente : on ne vend pas des services, mais des choses. Cependant, il existe des situations marginales où l'on peut hésiter sur la nature du contrat. Ainsi la commande d'œuvre d'art dont le prix sera déterminé lors de la livraison, dont la Cour de cassation a dit qu'elle ne constituait pas une vente dont le prix eût dû être déterminé lors de sa conclusion³⁹, mais « *un contrat de nature spéciale* » pour lequel l'exécution forcée était exclue⁴⁰ ; ou encore le contrat d'abonnement (eau, électricité, téléphone mobile, Internet, etc.).

74. 3° Vente de chose à fabriquer : qualification distributive ou exclusive. – Il en est ainsi surtout du contrat par lequel un entrepreneur cède une chose qu'il doit fabriquer avec des matériaux lui appartenant⁴¹. Par exemple, je commande un meuble à un ébéniste, c'est moi qui fournis les plans et les indications, c'est lui qui fournit les matériaux. Est-ce une vente de chose future ou un contrat d'entreprise ? La différence est mince, parce que dans les deux cas, la fabrication a lieu après la conclusion du contrat.

De nombreux intérêts sont attachés à la qualification. Voici les trois principaux : le prix doit être déterminé lors du contrat dans la vente, non dans le contrat d'entreprise⁴². Le transfert de propriété et des risques a lieu lors de l'achèvement de la chose dans la vente de choses futures⁴³. La garantie des vices cachés obéit dans les deux cas à des règles différentes. Sans compter d'autres règles spéciales à la vente : les privilèges du vendeur (art. 2332, 4° et 2374, 1°) et la rescision pour cause de lésion des ventes d'immeubles (art. 1674 à 1685).

39. Cass. civ. 1^{re}, 24 novembre 1993, *Monneret*, *Bull. civ. I*, n° 339 ; *RTD civ.* 1994.631, obs. P.-Y. Gautier ; v. *infra*, n° 766.

40. * Cass. civ., 14 mars 1900, *Whistler*, *DP* 1900.1.497, rapp. Rau, concl. Desjardins, n. crit. M. P. ; *S.* 1900.1.104, « *La convention par laquelle un peintre s'engage à exécuter un portrait, moyennant un prix déterminé, constitue un contrat de nature spéciale, en vertu duquel la propriété du tableau n'est définitivement acquise à la partie qui l'a commandé, que lorsque l'artiste a mis ce tableau à sa disposition et qu'il a été agréé par elle ; jusqu'à ce moment, le peintre reste maître de son œuvre, sans toutefois qu'il lui soit loisible de la retenir pour lui-même ou d'en disposer au profit d'un tiers, à l'état de portrait, le droit de reproduire les traits du modèle ne lui ayant été concédé que conditionnellement en vue de l'exécution complète du contrat ; faute par l'artiste de satisfaire à ses engagements, il se rend passible de dommages-intérêts* ». Tant que l'artiste a décidé que la peinture n'était pas achevée, le client n'en a pas été propriétaire ; si le peintre décide de ne pas livrer le portrait, il doit des dommages-intérêts et ne peut faire usage de la toile peinte qu'en la rendant méconnaissable. St. DENOIX DE SAINT-MARC, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, th. Paris II, IRPI, 1999 ; *Droit civil illustré*, n° 141.

41. Si le travail doit être fait sur des matériaux appartenant au maître, il s'agit évidemment d'un contrat d'entreprise.

42. Cass. com., 7 novembre 2006, *Bull. civ. IV*, n° 215 ; *Contrats, conc. consom.* 2007, n° 62, n. L. Leveneur « *Le contrat conclu entre la sté Larsen (un négociant en vins de Cognac) et la société Distillerie de Chabannes était un contrat d'entreprise par lequel la première avait confié à la seconde la réalisation d'un produit qui ne correspondait pas à des caractéristiques déterminées à l'avance par cette dernière, mais était destiné à satisfaire aux besoins particuliers exprimés par la sté Larsen ; le moyen, qui postule que le contrat était un contrat de vente, est (donc) inopérant* ». En l'espèce, le contrat ne mentionnait pas le prix ; la sté Larsen, prétendant qu'il s'agissait d'une vente, en a vainement demandé la nullité ; la cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, a ordonné une expertise pour déterminer le prix.

43. J. Carbonnier (n. citée *infra*, n° 75) dit que dans la vente des choses futures, le transfert des risques a lieu lors de la réception de la chose par l'acheteur ; Req., 31 octobre 1900, *DP* 1901.1.65 ; *S.* 1904.1.337 : « *Le marché à forfait pour la construction d'un navire, où l'entrepreneur fournit les matériaux, constitue, en principe, non un louage d'ouvrage dans le sens de l'article 1798, mais une vente à livrer dont l'objet reste, jusqu'à la livraison, la propriété du constructeur* » ; v. toutefois Paris, 24 mai 1944, *infra*, n° 75, qui s'attache à la date d'achèvement de la chose.

1) Tenant compte de la volonté des parties, les tribunaux appliquent souvent à ce contrat complexe une qualification **distributive** : la fourniture des matériaux relève de la vente, la prestation de travail du contrat d'entreprise⁴⁴.

2) Souvent aussi, ils appliquent une qualification **exclusive**, qui avait longtemps été la théorie de l'accessoire (*accessorium sequitur principale* : l'accessoire suit le principal). L'application du critère de l'accessoire en matière immobilière doit tenir compte du fait que le sol est toujours le principal. Selon une règle d'origine romaine, *superficies solo cedit* (ce qui est construit sur le sol a moins d'importance que lui), la loi a longtemps tiré des conséquences importantes de ce principe, combiné avec la théorie de l'accessoire. Il fallait faire une distinction selon la personne qui avait la propriété du sol lors de la conclusion du contrat ; si la construction devait être faite sur le terrain du maître de l'ouvrage, il s'agissait d'un contrat d'entreprise⁴⁵ ; si la construction devait être édifée sur le terrain de l'entrepreneur pour que, lors de son achèvement, l'ensemble fût transmis à l'acquéreur, il s'agissait d'une vente. La solution était simple : par application de la théorie de l'accessoire, le contrat était ou un louage ou une vente, ce qui était une qualification exclusive, mais qui se fondait sur des éléments peu réalistes.

Aujourd'hui, les juges retiennent un autre critère : est un contrat d'entreprise, un contrat ayant pour objet un « travail spécifique ».

75. Meubles. – La règle de l'accessoire est souvent appliquée en matière mobilière. Par exemple, le contrat de restauration (anciennement dénommé contrat d'aubergiste) n'est pas une vente de nourriture, mais un contrat d'entreprise, parce qu'il comporte plus de services (cuisiniers et serveurs) que de fournitures de choses (les aliments)⁴⁶.

La Cour de cassation s'attache maintenant à l'objet du contrat ; la vente porte sur une chose dont les caractéristiques sont déterminées à l'avance et destinée à être produite en série⁴⁷ ; le critère du contrat d'entreprise se trouve dans la nature spécifique du travail à accomplir⁴⁸.

76. Un seul critère pour tous les biens. – La Cour de cassation s'attache ainsi, pour tous les biens, à l'objet du contrat : il y a vente lorsque la fourniture porte sur

44. Ex. : Cass. civ. 3^e, 16 mars 1977, *sté Tunzini-Entreprise*, *Bull. civ.* III, n° 131 ; *JCP G* 1978.II.18913, n. Hassler ; *RTD civ.* 1977.785, obs. G. Cornu (vente d'une centrale nucléaire à construire) : « La convention complexe liant X à Y comportait à la fois un louage d'ouvrage et une vente de fournitures ».

45. Ex. : Cass. civ., 18 octobre 1911, *DP* 1912.I.113, n. M. Planiol (2 arrêts) : « Le contrat par lequel le propriétaire d'un terrain charge un entrepreneur d'y construire un édifice constitue non une vente, mais un louage d'ouvrage, même lorsque l'entrepreneur fournit, avec son travail, les matériaux de la construction ».

46. Paris, 24 mai 1944, *JCP G* 1945.II.2742, n. E. Becqué ; *RTD civ.* 1945.121, obs. J. Carbonnier, maintenu par Cass. civ., 1^{er} août 1950, *S.* 1951.I.100 ; *RTD civ.* 1951.388, obs. J. Carbonnier (vente d'une remorque faite sur mesure) ; jugé que le transfert de propriété avait eu lieu lors de l'achèvement de la chose, sans qu'il fût besoin d'en attendre la livraison : « Dans le cas de chose future, il y a transmission de la propriété dès que la chose qu'on s'est engagé à livrer est effectivement en mesure d'être livrée par le vendeur et reçue par l'acheteur » ; en l'espèce, il s'agissait d'une vente de chose future, où la valeur des matériaux « était bien supérieure à celle du travail proprement dit » ; jugé que la réquisition par l'armée allemande de la remorque après son achèvement, n'avait pas libéré le constructeur-vendeur ; l'indemnité de réquisition devait donc être versée à l'acheteur.

47. Ex. : Cass. com., 6 mars 2001, *JCP G* 2001.II.10564, n. Fr. Labarthe ; n.p.B. : (câbles de télécommunications) ; ou encore, l'achat d'une automobile est toujours une vente, bien que pour le constructeur, les dépenses de main-d'œuvre soient en fait plus importantes que ne le sont celles des fournitures. Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises : « A. 3. 1) sont réputées ventes les contrats de fournitures de marchandises ou à produire, à moins que la partie qui commande celles-ci n'ait à fournir une part essentielle des éléments matériels nécessaires à cette fabrication ou production. 2) La présente Convention ne s'applique pas aux contrats dans lesquels la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste en une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services ».

48. Ex. : Cass. civ. 3^e, 18 novembre 2009, n° 08-19355, *Bull. civ.* III, n° 252 ; *D.* 2010. 741, n. Fr. Labarthe ; *Contrats, conc. consom.* 2010, n° 37, n. L. Leveneur (livraison d'éléments préfabriqués pour un hôpital, ayant nécessité une « adaptation de l'appareil de production », en fonction d'une « multitude de données » le contrat est un contrat d'entreprise et les règles de la sous-traitance s'appliquent).

une chose de série et contrat d'entreprise lorsque la prestation a pour objet un « travail spécifique » adapté aux besoins du client⁴⁹. Ainsi, le contrat d'entreprise prend le pas sur la vente dans de nombreuses situations où l'entrepreneur travaille spécialement pour le maître, même si le contrat aboutit à un transfert de propriété⁵⁰. Lorsqu'il s'agit de vente d'immeubles à construire, le législateur a écarté la qualification exclusive pour revenir à une qualification distributive.

77. Vente d'immeubles à construire. – Les lois du 3 janvier et 7 juillet 1967 ont créé un contrat nouveau, la vente d'immeubles à construire qui, outre des règles originales, mêle les régimes de la vente et du contrat d'entreprise⁵¹.

L'intérêt de ce genre de contrats est de permettre à un promoteur de financer partiellement la construction avec l'argent provenant des accédants à la propriété avant l'achèvement de la construction.

Lorsque le propriétaire d'un terrain⁵² s'engage à construire un bâtiment pour en transférer la propriété à l'acquéreur, il s'agit d'une vente, comme l'indique le nom de l'institution. Mais la garantie des vices cachés qui pèse sur le vendeur est, à partir de la réception des travaux, celle des entrepreneurs (art. 1646-1), non des vendeurs⁵³. Certains effets de la vente d'immeubles à construire relèvent donc du contrat d'entreprise : sont combinés les statuts légaux de deux contrats.

Ces règles ne s'appliquent pas à la vente d'immeubles achevés, que l'achèvement ait eu lieu la veille de la vente ou cent ans avant ; logiquement, la Cour de cassation avait décidé qu'il en était ainsi même lorsque c'était le vendeur qui avait lui-même construit l'immeuble ; il était donc exclusivement soumis au droit de la vente et non aux garanties des vices imposées à l'entrepreneur⁵⁴. La loi du 4 janvier 1978 a brisé cette jurisprudence en ajoutant au Code civil un article 1792-1, alinéa 2 : « *Est réputé constructeur [...] toute personne qui vend après achèvement un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire* » : ce vendeur est soumis à la garantie pesant sur les entrepreneurs.

78. Vente d'immeubles ou de produits clefs en main. – En droit interne, on appelle parfois « vente d'immeubles clefs en main » la vente d'immeubles neufs. Dans les relations internationales entre les pays développés et ceux qui sont en voie de développement, sont apparues des ventes d'usines « clefs en main » ou « produits en main ». Dans les premières, le vendeur garantit qu'au moment de la réception, c'est-à-dire peu de temps après l'achèvement des installations, l'usine pourra fonctionner normalement ; dans les secondes, la garantie va au-delà de la

49. * Cass. com., 4 juillet 1989, *sté Commercial Union Insurance Ltd*, Bull. civ. IV, n° 210 ; D. 1990.246, n. G. Virassamy ; JCPG 1990.II.21515, n. Y. Dagonne-Labbé ; RDI 1990.370, n. Ph. Malinvaud et B. Boubli ; RTD civ. 1990.105, obs. Ph. Rémy : « *Les contrats successivement conclus portaient non sur des choses dont les caractéristiques étaient déterminées d'avance par le fabricant mais sur un travail spécifique pour les besoins particuliers exprimés par la sté Fould-Springer (le fourni), la cour d'appel a pu en déduire qu'ils étaient constitutifs non pas de ventes mais de contrats d'entreprise* ». En l'espèce, la clause limitative de responsabilité n'était valable que si le contrat était un contrat d'entreprise. La question se présente dans les mêmes termes pour définir la sous-traitance : *infra*, n° 754.

50. Ex. ; Cass. com., 7 novembre 2006, *préc. supra*, n° 74 : vieillissement de cognac, sans caractéristiques déterminées à l'avance par le fournisseur.

51. Ex. Cass. civ. 3^e, 20 juillet 1994, Bull. civ. III, n° 155 ; en l'espèce, la venderesse avait reçu de l'entrepreneur les ouvrages sous réserve et en en connaissant les désordres ; l'entrepreneur était donc libéré de la garantie (*infra*, n° 771) ; jugé que « *La garantie décennale ne pouvait s'appliquer mais la venderesse demeurerait responsable envers les acquéreurs* ».

52. Il en est de même lorsque celui qui s'oblige à construire un immeuble destiné au logement avait transféré le terrain à l'acquéreur par une vente antérieure ; CCH, art. L. 261-10.

53. Ex. : Cass. civ. 3^e, 11 décembre 1991, Bull. civ. III, n° 317 : « *L'article 1641 sur la garantie des défauts cachés de la chose vendue est inapplicable en cas de construction réalisée sous le régime propre à la vente d'immeuble à construire prévue par l'article 1601-1* ».

54. Cass. civ. 3^e, 11 décembre 1973, Bull. civ. III, n° 619 : « *Les constructeurs d'immeubles ne sont tenus à la garantie décennale qu'à la condition d'avoir été liés au propriétaire par un contrat de louage d'ouvrage* ».

réception ; le vendeur doit avoir fait fonctionner quelque temps l'usine, généralement avec du personnel du pays de l'acheteur, que le vendeur s'était engagé à former⁵⁵. La vente est mêlée d'entreprise.

La vente a pour objet de transférer à l'acquéreur la propriété de la chose appartenant au vendeur, ce qui fait apparaître son dernier élément, le plus caractéristique.

§ 3. TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ

Le transfert de propriété permet de distinguer la vente du bail (I), du prêt (II) et du mandat (III)⁵⁶.

I. — Vente et bail

79. Instantané ou successif. – À l'origine, le bail était une vente, la vente des fruits produits par la chose. Aujourd'hui, la différence est nette : le critère essentiel est que le bail, non la vente (sauf pour certains biens, comme la propriété intellectuelle), est un contrat successif. En outre, la vente a pour effet de transférer la propriété de la chose (un droit réel) ; au contraire, le bail ne confère pas de droit direct sur la chose, il donne seulement au preneur le droit d'exiger du bailleur qu'il lui procure la paisible jouissance de la chose pendant la durée du contrat (un droit personnel).

Si nette soit la différence, sociologiquement, elle n'est pas toujours perçue par les intéressés, comme l'avait relevé Jean Carbonnier pour la vente à crédit. Par exemple, l'acquéreur payant le prix par mensualités d'un appartement en copropriété a souvent une mentalité de locataire et voit dans le syndic de la copropriété une sorte de mandataire d'un bailleur mythique. De même, l'acheteur à tempéraments d'une automobile qui, après son achat, est démolie avant que toutes les mensualités n'aient été payées, imagine souvent qu'il est libéré : il se croit un locataire dont l'obligation serait liée à la jouissance de la chose.

80. Obsolescence. – Surtout, à l'égard des biens contemporains, quand ils sont marqués d'obsolescence, dont le temps et l'usage altèrent la substance⁵⁷, il n'existe guère de différences entre la propriété et la jouissance ; seul le droit d'usage présente alors un intérêt : la vente et le bail se ressemblent donc si la durée de la location est calquée sur celle de l'amortissement ; la distinction a pour intérêt l'obligation d'entretien, pesant sur l'acquéreur s'il s'agit d'une vente, sur le bailleur s'il s'agit d'un bail.

La confusion est encore plus grande lorsque la chose est à la fois éphémère et immatérielle : par exemple, les logiciels ; les contrats qui les ont pour objet imposent une collaboration entre les parties, entraînent un usage partagé et participent ainsi de la vente, du bail et du contrat d'entreprise⁵⁸.

55. Ph. KAHN, « Typologie des contrats de transfert de la technologie », in *Transfert de technologie et développement*, Lib. techn., 1977, p. 445 et s., sp. 452.

56. Pour... le dépôt, v. *infra*, n° 89... l'entreprise, *supra*, n° 76.

57. Ex. : ... biens d'équipement professionnel ou ménager : automobiles, ordinateur (*infra*, n° 314). V. *Les biens*, coll. Droit civil.

58. J. HUET, D. 1985, IR, 45 ; P.-Y. GAUTIER, *RTD civ.*, 1994.373 ; pour la qualification de vente et ses enjeux, J. HUET, in *Mélanges Catala*, Litec, 2001, p. 799 et s.

81. Combinaisons. – Plus juridiquement, il existe des situations qui relèvent à la fois de la vente et du bail, où la jouissance précède ou se substitue au transfert de propriété. La question est traditionnelle dans plusieurs hypothèses : la vente de fruits, la concession du droit d'exploiter une carrière et le bail à nourriture⁵⁹. Elle a pris une forme nouvelle à partir du moment où le louage de chose peut maintenant être un instrument de crédit et une sûreté ; ainsi en est-il de la location-vente⁶⁰, de la location-accession⁶¹ et surtout du crédit-bail⁶².

82. 1^o Vente de fruits. – Il y a vente de fruits lorsque, comme aux origines romaines du bail, le propriétaire d'un fonds frugifère en cède les fruits à un tiers. Par exemple, le propriétaire d'un herbage en « vend les herbes » à un tiers qui les fera brouter par ses bestiaux. Il est souvent utile de qualifier ce contrat, c'est-à-dire de savoir s'il constitue une vente ou un bail, par exemple afin de déterminer s'il est soumis au statut du fermage, qui ne s'applique qu'aux baux ruraux.

Longtemps, une abondante jurisprudence avait décidé qu'il y avait louage si le percepteur de fruits avait une obligation de culture et d'entretien⁶³ ; sinon, le contrat était une vente. Afin de lutter contre la fraude consistant à conclure de fausses « ventes d'herbes » pour les soustraire au statut du fermage, la loi présume, depuis 1980, qu'est un bail rural toute cession exclusive⁶⁴ des fruits produits par l'exploitation lorsqu'il appartient au contractant de les recueillir ou de les faire recueillir, sauf si le cédant ou le propriétaire démontre que « le contrat n'a pas été conclu en vue d'une utilisation continue ou répétée des biens » (C. rur. pm., art. L. 411-1, al. 2) ; Pour qu'il y ait vente d'herbes, la jouissance doit donc être saisonnière. La loi n'admet la preuve contraire que si est démontrée la discontinuité de l'exploitation : il y a vente de fruits si leur percepteur ne peut user du fonds que pendant le temps nécessaire pour effectuer la récolte. L'ancien critère conserve son empire : que l'on n'ait pas à faire de travaux nécessaires à la fructification est un indice que le contrat n'a pas été conclu en vue d'une utilisation continue du bien et qu'il y a donc vente de fruits⁶⁵ ; il en est de même s'il y a absence d'exclusivité sur les fruits.

83. 2^o Concession d'une carrière. – Le droit d'exploiter une carrière (sables ou pierres) ou une mine (minéraux) donne lieu à une jurisprudence constante que la doctrine, en général, continue à critiquer avec une ténacité qui, à la longue, se transforme en lassitude.

À première vue, ce contrat possède certains aspects du bail, car le concessionnaire a un droit d'extraction qui s'exerce successivement, et doit une redevance, parfois fixée par périodes.

Au contraire, la jurisprudence décide que ce contrat n'est jamais un louage⁶⁶, car le concessionnaire consomme la substance de la chose, ce qui est l'antinomie de la jouissance, notamment parce qu'aucune restitution de l'intégralité de la chose ne sera possible après l'exécution du contrat. Les tribunaux en tirent de multiples conséquences : fiscales et civiles (par exemple,

59. *Infra*, n^{os} 1004-1006.

60. *Infra*, n^{os} 807 et s.

61. *Infra*, n^o 809.

62. *Infra*, n^{os} 811 et s.

63. Cass. civ. 1^{re}, 17 novembre 1953, *Anthouard*, JCP G 1954.II.8371.

64. Cass. civ. 3^e, 27 octobre 1993, *Bull. civ. III*, n^o 129 : « La cession exclusive des fruits de l'exploitation, lorsqu'il appartient à l'acquéreur de les recueillir, est soumise au statut des baux ruraux, à moins que le propriétaire ne démontre que le contrat n'a pas été conclu en vue d'une utilisation continue ou répétée des biens et dans l'intention de faire obstacle à l'application du statut » ; *Droit civil illustré*, n^o 144.

65. Cass. civ. 3^e, 11 juin 1986, *RTD civ.*, 1987.111, 2^e esp., obs. crit. Ph. Rémy. En l'espèce, la Cour de cassation relève, pour approuver la qualification de vente d'herbes donnée par les juges du fond qui avaient autorisé l'expulsion du preneur, que « les travaux allégués n'avaient été exécutés qu'en vue du litige » (une fraude à la loi) ; v. aussi, *infra*, n^o 615.

66. Ex. : *Cass. civ. 3^e, 30 mai 1969, *Reignoux et autres*, *Bull. civ. III*, n^o 437 ; *D.* 1969.561 ; *JCP G* 1970.II.16173, n. Hubrecht ; *RTD civ.*, 1970.188, obs. G. Cornu : « Malgré la généralité de (l'art. 1713), il est des biens qui sont insusceptibles de faire l'objet d'un contrat de louage, notamment lorsqu'il est impossible de jouir de la chose louée sans en consommer la substance ».

l'exclusion... de la nullité pour vice de perpétuité ; ... de la résolution pour cessation momentanée de l'exploitation ; ... du privilège du bailleur : application de la garantie du vendeur, non de celle du bailleur). L'exploitant n'a pas droit au renouvellement de son contrat. Il s'agit d'une vente, mais d'une vente qui a une double nature. Entre les parties, elle est mobilière : une vente de meubles par anticipation. À l'égard des tiers, elle est immobilière et ne leur est opposable que si a été accomplie la publicité foncière. Cette nature changeante et alternative est singulière.

II. — Vente et prêt

Vendre et prêter ce n'est évidemment pas la même chose. À première vue, la différence paraît évidente : être emprunteur, ce n'est pas être acquéreur puisqu'il faudra restituer la chose prêtée. Pourtant, il existe des hypothèses où l'on peut hésiter. Par exemple, lorsqu'un commerçant vend du gaz liquéfié, les bouteilles qui le contiennent sont fournies mais doivent être restituées après usage ; cette fourniture est-elle un prêt ou l'exécution d'une obligation accessoire née d'une vente ?

84. Différences. – Le critère principal ne tient pas tellement au transfert de propriété, sans doute l'objet de la vente, mais que le prêt produit parfois et que la vente n'entraîne pas toujours immédiatement. L'élément décisif réside plutôt dans l'obligation de restituer que le prêt impose nécessairement et que la vente ne permet qu'à titre exceptionnel, si une de ses modalités l'a prévu. Le prêt est un contrat par lequel une personne (le prêteur) remet à une autre (l'emprunteur) une chose que celle-ci s'oblige à restituer, en nature ou par équivalent, après s'en être servi pendant quelque temps. Il en existe deux variétés. Dans le prêt à usage, anciennement dénommé commodat, le prêteur reste propriétaire de la chose que l'emprunteur ne peut donc ni consommer ni aliéner ; la restitution se fait en nature. Dans le prêt de consommation, par exemple le prêt d'argent, l'emprunteur devient propriétaire de la chose, qu'il a le droit de consommer ; la restitution se fait par équivalent.

La différence entre la vente et le prêt n'empêche pas qu'il y ait des points de rencontre : un prêt peut être adjoint à la vente, une vente peut masquer un prêt. Il arrive souvent qu'à la vente d'une chose s'ajoute un contrat de prêt ou qui ressemble à un prêt. Deux hypothèses seront retenues : l'une pose un problème de qualification, savoir si le contrat adjoint à la vente est un prêt à usage ; l'autre, plus importante, intéresse le prêt d'argent et pose un problème de régime juridique : savoir si le prêt et la vente qu'il finance sont interdépendants ; on l'examinera ultérieurement⁶⁷.

85. 1^o Vente avec consignation. – Dans ce que la pratique commerciale appelle « la vente avec consignation de l'emballage », le récipient consigné est-il prêté ou vendu ? L'acquéreur du produit emballé est-il un emprunteur de l'emballage que le vendeur du produit aurait prêté, ou propriétaire par l'effet d'une vente de l'emballage avec faculté de le restituer au vendeur contre remboursement de la consignation ? La qualification relève de l'interprétation de la volonté contractuelle et de l'économie du contrat.

Dans la pratique commerciale, il est habituellement prévu, le plus souvent par les conditions générales de vente, que la consignation constitue un prêt à usage⁶⁸, généralement assorti d'une clause pénale garantissant la restitution de l'emballage. Ou bien un dépôt. En ces deux cas, la propriété de l'emballage n'est pas transférée à l'acheteur. Elle peut aussi constituer une vente, assortie d'une promesse de rachat⁶⁹ ; la propriété est alors transférée. Les tribunaux décident

67. *Infra*, n^o 955.

68. Cass. civ. 1^{re}, 2 mars 1954, *D.* 1954.275 ; *JCPG* 1954.II.8117, n. J. Hémar ; *RTD civ.*, 1954.510, obs. J. Carbonnier : « *Sauf intention contraire des parties, dans les ventes avec récipient consigné, l'acheteur qui détient le récipient à titre de prêt à usage, ne saurait intervertir son droit précaire en une possession susceptible de conduire à la propriété* ».

69. Ex. : Cass. com., 26 janvier 1960, *Bull. civ.* III, n^o 36 ; *D.* 1960.400 ; *JCPG* 1960.II.11614. En l'espèce, le détenteur des emballages consignés n'était pas obligé de les restituer, il en avait seulement la faculté ; jugé qu'il pouvait en faire l'usage qui lui convenait.

qu'il y a prêt à usage ou dépôt si l'emballage doit être restitué par l'acheteur et que son usage est gratuit ; sinon, il y a vente avec faculté de rachat.

86. 2° Vente avec rachat. – La vente avec rachat⁷⁰ est une modalité particulière de la vente ; elle est un contrat par lequel une personne vend une chose et stipule qu'elle pourra la reprendre si elle rembourse, dans un délai qui ne peut excéder cinq ans, le prix et certains frais (art. 1659 à 1673) ; le vendeur n'en redevient propriétaire qu'après avoir remboursé le prix à l'acquéreur⁷¹. Elle est une vente conditionnelle, sous condition résolutoire. Elle dissimule parfois un prêt garanti par une aliénation fiduciaire⁷². On la trouve utilisée en matière immobilière ou de sociétés. La faculté de rachat est cessible, sauf clause contraire.

III. — Vente et mandat

87. Transfert et représentation. – À première vue, la différence entre la vente et le mandat paraît évidente. L'une est toujours un contrat translatif de propriété. L'autre est un mécanisme de représentation. Le mandat est en effet un contrat par lequel une personne (le mandant) donne à une autre (le mandataire) le pouvoir de faire des actes juridiques en son nom et pour son compte (art. 1984)⁷³. En général, il n'est pas difficile de distinguer les deux contrats.

Il existe pourtant des situations intermédiaires dont on ne sait trop, à première vue, si elles sont ventes ou mandats, situations qui mettent en cause d'importants intérêts pratiques. Par exemple, les droits fiscaux ne sont pas les mêmes ; de même, l'abus de confiance, l'escroquerie, la réductibilité judiciaire des honoraires et la reddition des comptes ne s'appliquent qu'au mandat ; certaines clauses rendent illicite le mandat alors que la vente est permise, ou inversement. Enfin, la vente au mandataire chargé de vendre est nulle⁷⁴.

Dans plusieurs cas, les rapports entre la vente et le mandat soulèvent des difficultés : l'achat pour revendre et le dépôt-vente. D'autres techniques contemporaines de distribution commerciale, plus complexes, mêlent le mandat et la promesse de vente : la concession exclusive, la distribution sélective et le franchisage ressemblent un peu aux contrats constituant des agents commerciaux⁷⁵. Dans la propriété littéraire et artistique, les relations des auteurs avec les sociétés de gestion collective alternent également les deux contrats, voire les mêlent.

88. 1° Achat pour revendre. – Une personne vend à un tiers le bien d'un propriétaire qui y consent⁷⁶. On peut qualifier l'acte de deux manières. Ou bien, elle a fait un achat suivi d'une revente : elle a acheté le bien du propriétaire, puis l'a revendu à un tiers⁷⁷ ; elle a alors agi pour son propre compte et dans son propre

70. Avant la loi de simplification et clarification du droit du 12 mai 2009, le contrat s'appelait « vente à réméré ». **Étymologie** de réméré du latin *redimo, ere* = racheter. Sur l'historique : O. Descamps, *RDC* 2015. 382.

71. À moins que l'acheteur n'ait pas encore payé, auquel cas il doit y avoir compensation entre les deux dettes : Cass. civ. 3^e, 25 octobre 2006, *Contrats, conc. consom.* 2007, n° 42, n. L. Leveneur ; n.p.B.

72. La requalification ne s'impose que si la fraude est prouvée : Cass. civ. 3^e, 21 mai 2014, 12-23607, *Bull. civ.* III n° 71, *JCP G* 2014, 942, n. F. Dournaux ; *RTD civ.* 2014. 668, obs. P.-Y. Gautier ; *Defrénois* 2014. 1079, n. M. Mignot ; *JCP G* 2014, 1195, obs. G. Virassamy ; *Dr. et patr.*, janv. 2015, p. 59, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RDC* 2015. 288, obs. M. Julienne : elle « ne pouvait se déduire de la seule concomitance entre un acte de prêt et un acte de vente ». *Droit des sûretés*, coll. Droit civil.

73. *Infra*, n° 530.

74. *Infra*, n° 566.

75. *Infra*, n°s 825 et s.

76. Avec l'accord de A, B vend à C le bien de A.

77. B achète à A et revend à C.

intérêt. Ou bien, elle a été le mandataire du vendeur⁷⁸ : elle n'a pas agi pour son compte, mais pour celui d'autrui.

La question se pose en matière immobilière, pour distinguer le **marchand de biens**⁷⁹ et l'**agent immobilier**, ce qui présente un intérêt depuis que la profession et les pouvoirs de ce dernier ont été réglés par la loi, à la différence du marchand de biens. Si l'intermédiaire a remis ou doit remettre au vendeur une somme déterminée à l'avance, quel que soit le prix qu'il obtiendra de l'acquéreur ultime, il y a vente⁸⁰ ; l'intermédiaire est un marchand de biens s'il achète pour revendre et en fait sa profession. Dans le cas contraire, notamment s'il doit rendre des comptes et est payé au pourcentage, il y a mandat ou commission.

La question apparaît aussi dans la **distribution commerciale**⁸¹. Ce qui caractérise le mandat ou la commission est que le mandataire ou le commissionnaire a l'obligation de rendre compte parce qu'il agit pour autrui⁸² ; celui qui achète pour revendre le fait en son nom propre et dans son intérêt, et trouve son profit dans la différence entre le prix d'achat et celui de la revente.

89. 2° Dépôt-vente. – La distribution commerciale (de livres, de journaux et de tableaux, etc.) pratique souvent l'opération suivante : un commerçant reçoit des marchandises d'un fournisseur ; il est stipulé qu'il vendra ce qu'il pourra et, après un certain délai, restituera le reste. Ce que le droit romain appelait *aestimatum* (contrat estimatoire), aujourd'hui on le nomme parfois « dépôt-vente ». Est-ce un dépôt-mandat ou une vente ? Comme toujours, la nature du contrat dépend de ce qu'ont voulu les parties.

En général, les tribunaux décident qu'il s'agit ou d'une vente sous condition résolutoire, ou d'un contrat innommé proche de la vente⁸³, ce qui a pour conséquence que les risques pèsent sur l'acheteur⁸⁴, alors que dans le dépôt, le déposant, restant propriétaire, les risques de perte fortuite sont à sa charge⁸⁵. Ce n'est un dépôt – doublé d'un mandat de vendre – que si le distributeur doit restituer les marchandises invendues⁸⁶ : la vente est alors faite au nom et pour le compte du fournisseur sur lequel pèse le risque commercial de l'invendu. C'est également lui qui déterminera le prix de vente de la marchandise. Si la restitution est facultative et qu'il y a une

78. B, mandataire de A, vend à C.

79. S. GAILLARD et H. TUBIANA, *Les marchands de biens*, Litec, 5^e éd., 2009.

80. Ex. : B convient avec A qu'il lui remettra 10 000 comme prix de son immeuble qu'il achète ; le lendemain, il vend cet immeuble à C pour le prix de 15 000. La pratique utilise parfois la cession de promesse unilatérale de vente : A promet de vendre à B, pour le prix de 10 000 ; B cède ensuite la promesse pour le prix de 5 000 ; pour devenir propriétaire, C devra donc verser 10 000 à A et 5 000 à B ; le cédant n'est pas un marchand de biens, mais un agent immobilier (soumis à des obligations professionnelles pénalement sanctionnées), si, dès l'origine, il n'avait pas l'intention de devenir propriétaire (Cass. crim., 12 février 1970, *Bull. crim.*, n° 59).

81. *Infra*, n°s 826-829.

82. Ex. : Cass. com., 29 avril 1963, *Bull. civ.* III, n° 211. En l'espèce, un industriel avait confié à une entreprise (les établissements Audiffren) la vente d'un certain nombre de ses produits en stipulant une commission de 10 %. Le prix était fixé par le fabricant ; la cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, a décidé qu'il n'y avait pas de contrat de commission parce qu'« Audiffren traitait en toute liberté avec sa propre clientèle sans avoir à justifier de ses ventes envers son fournisseur » ; le contrat entre l'industriel et Audiffren était donc « un marché pour la vente d'une quantité de marchandises pour un prix convenu ». On peut, *a contrario*, en déduire que lorsqu'il y a obligation de rendre compte, il n'y a pas achat pour revendre, mais mandat ou commission.

83. Paris, 18 mai 1953, *JCP G* 1953.II.7776 ; *supra*, n° 5.

84. Paris, 12 décembre 1980, *D.* 1981, IR, 447, obs. Ch. Larroumet.

85. *Infra*, n° 890.

86. Cass. com., 17 février 1981, *Bull. civ.* IV, n° 86 : « La charge de restituer en nature la chose remise est un élément essentiel du contrat de dépôt » : constitution, chez un commerçant, d'un stock de marchandises dont le fournisseur reste propriétaire jusqu'à paiement du prix ; « faillite » du commerçant ; jugé que le prix des marchandises vendues appartient au syndicat du commerçant, et non au fournisseur, parce que le contrat est une vente, non un dépôt. La Commission des clauses abusives a qualifié ce contrat de « mandat de vente, assorti d'une obligation de conservation du bien destiné à être vendu » (Recommand. n° 99-01, *JCP G* 1999.III.20072).

facture, le contrat est une vente, sauf si la facture est conditionnelle⁸⁷. En tout cas, ce n'est pas une vente à l'essai⁸⁸. Est différent le contrat de « confié », relatif aux bijoux déposés chez un joaillier afin qu'il les vende⁸⁹ : lorsque le dépôt-vente est pratiqué entre un consommateur et un professionnel, toute clause abusive, relative notamment à l'information ou à la restitution de la chose, devra être annulée⁹⁰.

90. Plan. – Cette étude de la qualification n'a pas seulement pour intérêt de révéler les traits distinctifs de la vente. Elle en souligne aussi la diversité et ses nombreuses modalités. Il eût été possible, après avoir exposé les règles générales applicables à toute espèce de vente (le « noyau dur »), d'en étudier les différentes modalités, les unes après les autres. Ou bien encore d'examiner distinctement les ventes d'immeubles – qui sont essentiellement des ventes civiles – et les ventes mobilières – avec une sous-distinction entre les ventes civiles et les ventes commerciales – ; sans doute, l'opposition majeure est-elle, en effet, entre les ventes immobilières et les ventes mobilières.

On préfère adopter un plan plus classique, divisé en deux livres : les éléments constitutifs de la vente (Livre I) et ses effets (Livre II).

87. On peut également trouver le critère de la qualification dans les modalités de rémunération du dépositaire : à la commission, c'est un mandat, sur sa marge bénéficiaire, c'est une vente conditionnelle.

88. *Infra*, n^{os} 105-106.

89. *Infra*, n^{os} 888 et 890.

90. V. la recommandation préc. de la Commission des clauses abusives.

■ LIVRE I ■

ÉLÉMENTS DE LA VENTE

91. Consensuel. – Avec concision et élégance, l'article 1583 énumère les trois éléments qui doivent être réunis pour que soit conclu un contrat de vente. La vente est parfaite « *dès qu'on est convenu de la chose et du prix* », c'est-à-dire qu'il faut le consentement des parties (Titre I), une chose (Titre II) et un prix (Titre III).

L'article 1583 n'exige rien d'autre, ni solennité, ni formalité. De par son régime, la vente est donc, sauf exception, un contrat consensuel.

Lorsque le propriétaire est une personne protégée soumise à une tutelle, le tuteur ne peut vendre sans l'autorisation du conseil de famille ou à défaut, du juge (art. 505, L. 5 mars 2007).

N^{os} 92-97. réservés.

■ TITRE I ■

CONSENTEMENT

98. Liberté d'achat et de vente. – Comme tous les contrats, la vente est un acte libre. Nul n'est contraint d'acheter, nul n'est contraint de vendre. Le principe est donc qu'il n'y a pas d'abus de droit à refuser d'acheter ou de vendre, même si l'affaire est intéressante¹. Que nul ne soit obligé d'acheter ne comporte, en droit, aucune limite ; en fait, cette liberté est formelle, car il existe des produits qu'il est nécessaire d'acquérir pour vivre. Que nul ne soit obligé de vendre comporte au contraire d'importantes exceptions juridiques, soit afin d'assurer la liberté des prix et celle de la concurrence (C. com., art. L. 420-2 et la réglementation européenne sanctionnant sous certaines conditions le refus de vente)², soit lorsque le bien est saisi par le créancier qui se fait payer par une procédure d'exécution.

La vente est formée par l'échange des consentements du vendeur et de l'acquéreur, suivant les règles ordinaires du droit des obligations³. Tout désaccord entre les parties empêche le consentement de s'accomplir, sauf s'il porte sur des éléments du contrat que les parties ne considèrent pas comme essentiels⁴. Le consentement produit, en principe, un effet instantané et définitif.

99. Cooling-off period. – Dans certaines ventes cependant, le consentement du consommateur, victime de son infériorité à l'égard du vendeur professionnel et de son impulsivité qu'accentue la publicité, n'est pas instantanément efficace.

Outre un formalisme destiné à l'éclairer, le législateur impose l'écoulement d'un délai – *cooling-off period* (période de refroidissement) – afin de s'assurer

1. Ex. : Cass. com., 5 juillet 1994, affaire de « Clochemerle », Bull. civ. IV, n° 258 ; JCP G 1994.II.22323, n. J. Léonnet ; en l'espèce, dans une petite bourgade de province, des associations caritatives s'approvisionnaient chez un pharmacien ; à la suite de différends politiques (élections municipales), ces associations retirèrent leur clientèle à la pharmacie ; la cour d'appel les condamna à des dommages-intérêts sur le fondement de l'abus du droit : leur but « étant, soit de la (la pharmacie) ruiner, soit de l'obliger à vendre dans les pires conditions ». Cassation : « En se déterminant par de tels motifs impropres à caractériser en quoi, eu égard à la liberté fondamentale de toute personne de s'approvisionner chez un commerçant, les associations avaient commis un abus de droit, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

2. Ex. : l'abus de position dominante (par ex. : dans le domaine de la distribution, du cinéma, de la propriété intellectuelle, etc.). Rapp. *infra*, n°s 833 et 838.

3. Toutefois la rupture des pourparlers peut être fautive, spécialement en cas de mauvaise foi d'une des parties : *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

4. Ex. : * Cass. civ. 3^e, 14 janvier 1987, dame Lebel-Orset, aff. du peintre Steinlen, cité *infra*, n°s 138 et 203 : « La vente est parfaite entre les parties dès qu'on est convenu de la chose et du prix et le défaut d'accord définitif sur les éléments accessoires de la cession ne peut empêcher le caractère parfait de celle-ci, à moins que les contractants aient entendu retarder la formation de la convention jusqu'à la fixation de ces modalités ».

que l'acceptation a été réfléchie. Le contrat devient définitif à l'issue de cette période. Il s'agit parfois d'un délai de rétractation, parfois d'un délai de réflexion.

100. 1° Rétractations postérieures. – Le plus ancien délai protecteur du consommateur dans la formation de la vente vient de la loi du 22 décembre 1972, relative à la vente résultant d'un démarchage à domicile⁵. La loi du 17 mars 2014 remplace ce concept par le « **contrat hors établissement** » (art. L. 221-6 et s. C. consom.).

L'acheteur à domicile ou par l'Internet de biens ayant un caractère personnel ou familial⁶, peut renoncer au contrat dans les quatorze jours suivant la conclusion (C. consom., art. L. 221-18). Il peut le faire par un formulaire papier ou une déclaration en ligne (art. L. 221-21)⁷. Si le consommateur n'est pas informé de son droit, le délai est prolongé d'un an. La faculté de rétractation est protégée par l'interdiction faite au vendeur de recevoir ou conserver une contrepartie qui devra être remboursée, si déjà perçue⁸; si l'acheteur l'exerce, le contrat ne sera pas formé ou deviendra caduc (*ib.*, art. L. 221-27). L'exercice de la rétractation risque de se heurter à des difficultés pratiques (ex. : la vente sur abonnement, qui a déjà commencé et où le client a consommé, il va bien falloir qu'il paie d'une façon ou d'une autre ce dont il a joui et qu'il ne pourra restituer).

De la même manière, la protection des consommateurs de crédit mobilier comporte un délai de rétractation de quatorze jours après l'acceptation de l'**offre de crédit** (directive du 23 avr. 2008 et art. L. 312-19). Ce texte concerne principalement la formation du contrat de prêt; la vente subordonnée à l'octroi d'un crédit est résolue de plein droit en cas de rétractation par l'emprunteur (*ib.*, art. L. 312-52). Le vendeur rendra l'avance (art. L. 312-53). En outre, la vente à tempérament (le crédit est consenti par le vendeur), la location-vente ou la location assortie d'une promesse de vente sont assimilées à un prêt d'argent, et comportent donc la même faculté de rétractation. L'emprunteur peut modifier, par une déclaration soumise à un formalisme minutieux, le délai pendant lequel il peut se rétracter jusqu'à la date de livraison « *sans pouvoir ni excéder quatorze jours, ni être inférieur à trois jours* » (*ib.*, art. L. 312-47)⁹.

L'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation, prévoit pour sa part un délai autonome de rétractation de dix jours (loi Macron, 6 août 2015) pour tout acte ayant pour objet l'acquisition ou la construction d'un **immeuble d'habitation** ou la souscription de parts donnant vocation à l'attribution en jouissance ou en propriété d'immeubles d'habitation¹⁰; ce texte s'applique à tous les immeubles, neufs ou anciens, et profite seulement à l'acquéreur non

5. Cf. aussi la loi du 12 juillet 1971, *auj.* l'art. L. 471-4, C. éduc. sur l'enseignement à distance (généralement appelé « par correspondance ») qui interdit le démarchage.

6. La loi (C. consom., art. préliminaire), définit le consommateur comme « *la personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* ». V. *Droit des obligations*.

7. A.-S. LUCAS-PUGET, *Contrats, conc., consom.* 2016, Formule, n° 1.

8. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 22 novembre 1994, *Bull. civ. I*, n° 341 ; D. 1995, somm. 311, obs. J.-P. Pizzio : « *L'émission d'un chèque d'acompte est prohibée même s'il est démontré que le démarcheur ne l'a pas sollicité...* » (en conséquence) *le montant du chèque doit être restitué à la personne démarchée à son domicile* ».

9. Art. L. 312-47 : l'acheteur doit « *par une demande expresse, rédigée, datée et signée de sa main "solliciter" la livraison ou la fourniture immédiate du bien ou de la prestation de services* ». L'art. R. 311-8 en précise les termes : « *Je demande à être livré immédiatement (ou à bénéficier immédiatement de la prestation de services). Je reconnais avoir été informé que cette demande a pour effet de réduire le délai légal de rétractation. Celui-ci expirera le jour de la livraison du bien (ou de l'exécution de la prestation) sans pouvoir être inférieur à trois jours ni supérieur à sept jours* ». Si ce formalisme n'est pas respecté, le délai n'est pas réduit : Cass. civ. 1^{re}, 31 mai 1988, *Bull. civ. I*, n° 166 ; D. 1988, somm., 405, obs. J.-L. Aubert. V. aussi, en matière de crédit immobilier, *infra*, n° 954.

10. Pas aux immeubles à usage mixte : Cass. civ. 3^e, 30 janvier 2008, n° 06-21145 ; *Bull. civ. III*, n° 15 ; *JCP G* 2008.IV.1406.

professionnel¹¹. Il ne porte pas sur les terrains à bâtir¹². Le délai court à compter de la notification de l'acte et non d'une remise en mains propres¹³, sauf s'il a été conclu par l'intermédiaire d'un professionnel ayant reçu mandat pour prêter son concours à la vente – en pratique, un agent immobilier –, auquel cas la remise est soumise à un formalisme tatillon (CCH, art. L. 271-1, al. 3 ; art. D. 271-6). Le non-respect de ce droit, d'ordre public, est sanctionné par la nullité, bien que le texte ne le précise pas.

Un droit de rétractation est également énoncé dans certains contrats originaux, tel celui de « multipropriété » (temps partagé sur un local) (art. L. 224-79)¹⁴.

La rétractation du consommateur ne saurait normalement faire l'objet d'une indemnisation au profit du vendeur, du fait de l'usage du bien dans l'intervalle entre la conclusion du contrat et l'exercice de cette faculté ; cependant, il ne saurait non plus y avoir d'enrichissement sans cause au profit de l'acheteur (par exemple, celui qui en a fait une utilisation prolongée et profitable pour lui)¹⁵. Aucun frais ne saurait être facturé au consommateur, hormis ceux de renvoi de la chose (art. L. 221-23 et 24)¹⁶. Seul un accord exprès du consommateur peut permettre un paiement.

101. 2^o Réflexion préalable. – Pour les opérations plus importantes, la protection prend la forme d'un délai de réflexion obligatoire : donné avant son expiration, le consentement du consommateur est inefficace ; ainsi, la loi du 13 juillet 1979, relative à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier, ne rend définitif le contrat de prêt que trente jours après la réception de l'offre par l'emprunteur, celui-ci ne pouvant accepter l'offre qu'après dix jours (art. L. 313-19)¹⁷. Ce mécanisme de formation par étapes du prêt rejaille sur la vente que celui-ci finance, qui n'est définitive qu'après l'obtention effective du prêt¹⁸. Il s'applique aux locations-ventes et aux locations assorties d'une promesse de vente (art. L. 313-38 et s.) ; on évoquera plus loin la formation de la location-accession¹⁹. De même encore, l'article L. 271-1, al. 5 du Code de la construction et de l'habitation offre à l'acquéreur non professionnel d'un immeuble

11. Une société civile immobilière dont l'objet statuaire est l'acquisition et la gestion de biens ne saurait être tenue pour un non-professionnel, même si le destinataire de l'achat est une personne physique : ex. : *Cass. civ. 3^e, 24 octobre 2012, *SCI du Treho*, n° 11-18774, *Bull. civ.* III n° 153 ; *JCP G* 2012 n° 1401, n. L. Leveueur ; *D.* 2013. 280, n. Chr. Blanchard et 949, n. N. Sauphanor-Brouillaud, *Defrénois* 2013. 175, n. S. Becqué et D. Savouré, 1134, chron. N. Haoualia, *Rev. Lamy dr. civ.* juin 2013, p. 8, n. D. Bert ; Cass. civ. 3^e, 16 septembre 2014, n° 13-20002, npB, *D.* 2014. 2390, n. H. Skrzypniak ; *Defrénois* 2014. 1187, n. S. Becqué : même solution, alors même que la SCI est familiale et ne possède qu'un immeuble, la promesse de vente a « un rapport direct avec l'objet social ». En sens contraire, C. GRIMALDI, « Acquisition d'un immeuble par une SCI : quelle(s) protection(s) ? », *Defrénois* 2016. 611 ; P.Y. GAUTIER, « Des limites de la personnalité morale », *Mélanges Ph. Merle*, Dalloz 2012, p. 293 s. Le nouvel article préliminaire du Code de la consommation (réd. Ord. 14 mars 2016) inclut les personnes morales dans les non-professionnels, lorsqu'elles agissent « à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ».

12. Cass. civ. 3^e, 4 février 2016, n° 15-11140, *Bull. civ. III* à paraître, *D.* 2016. 378 : cassation de l'arrêt qui déclare nulle la promesse de ce chef, alors que l'acte n'avait pas « pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation ».

13. Jurisprudence plusieurs fois réitérée ; ex. : Cass. civ. 3^e, 26 janvier 2011, *Bull. civ. III*, n° 15 ; *D.* 2011.1730, n. crit. C. Tabourot-Hyest : « la remise de l'acte en mains propres, non constatée par un acte ayant date certaine, ne répond pas aux exigences de l'art. L. 271-1 CCH [...] et ne peut, en conséquence, faire courir le délai de rétractation ».

14. Sur la nature (gratuite) et les conditions de forme (absence) du droit de rétractation, CJCE, 22 avril 1999, *JCP G* 2000.I.218, chron. L. Bernardeau.

15. CJUE, 3 septembre 2009, *D.* 2009. 2161, n. V. Avena-Robardet ; *JCP G* 2009 n° 459, n. G. Paisant ; *Com. Com. Electr.* 2010 n° 64, n. Ph. Stoffel-Munck ; *RDC* 2010. 113, n. S. Pimont et 643, n. C. Aubert de Vincelles (le consommateur avait utilisé l'ordinateur portable pendant 8 mois, avant de le rendre).

16. CJUE, 15 avril 2010, *JCP G* 2010 n° 773, n. G. Paisant ; *D.* 2010.2132, n. G. Busseil ; *RDC* 2010. 1295, n. C. Aubert de Vincelles.

17. « La renonciation au bénéfice des dispositions d'ordre public de l'article L. 312-10, n'est pas possible » : Cass. civ. 1^{re}, 9 décembre 1997, *Bull. civ. I*, n° 368 ; *JCP G* 1998.II.10148, 1^{re} esp., n. S. Piedelièvre ; *RTD civ.*, 1998.670, obs. J. Mestre. Ce délai est franc, expire donc au 11^e jour.

18. *Infra*, n° 954.

19. *Infra*, n° 810.

d'habitation, un délai de réflexion de dix jours, au cours duquel l'acte authentique ne peut être signé; ce délai s'applique lorsque le contrat en la forme authentique n'a pas été précédé d'un avant-contrat; car celui-ci fait lui-même l'objet du délai de rétractation (*supra*).

Le droit commun des obligations connaît des avant-contrats précédant la vente (Sous-Titre I) ou certaines formes particulières que revêt le consentement (Sous-Titre II).

AVANT-CONTRATS

102. Une famille nombreuse et diverse. – Souvent, la conclusion d'une vente est précédée d'actes préparatoires. Les uns relèvent de la négociation préalable, les autres font partie de la famille nombreuse des avant-contrats ; la terminologie est vague, les applications diverses et la notion imprécise : « contrat préparatoire », « contrat préliminaire », « contrat préalable », « promesse de contrat », « contrat-cadre », « accord de principe », « lettre d'intention », « contrat partiel »¹. La notion et son régime continuent à être imprécis et instables.

L'essentiel de la qualification et du régime des avant-contrats a longtemps relevé d'un droit jurisprudentiel subtil ; une petite partie vient d'en être codifiée (O. 10 févr. 2016 sur la réforme des contrats).

La proximité plus ou moins grande entre l'avant-contrat et la vente définitive traduit trois conceptions de l'avant-contrat.

1° La plus **étroite** y voit un contrat préalable par lequel l'une et l'autre parties sont définitivement engagées, ce qui suppose que les négociations aient été menées à leur terme et que les éléments essentiels du contrat à venir aient été définis. Ne seraient donc pas des avant-contrats les accords de principe et les lettres d'intention, ni même les contrats préliminaires et les pactes de préférence, parce que les éléments essentiels de la vente à intervenir ne sont pas alors tous déterminés ; seules les promesses synallagmatiques de vente constitueraient des avant-contrats.

2° Une conception **moyenne** y voit une convention proche de la vente, lorsque l'un des éléments essentiels à celle-ci fait défaut, ce qui écarte les conventions liées aux pourparlers, mais retient la promesse unilatérale de vente et le pacte de préférence².

3° Une attitude plus **large** qualifie d'avant-contrat tout contrat qui prépare un futur contrat, toute convention obligatoire, mais provisoire ; la vente se formerait par étapes successives, ce que les Allemands appellent *punctation*³, chacun des points où il y a eu un accord formant un avant-contrat.

1. *L'avant-contrat, Actualité du processus de formation des contrats*, dir. Olivier Deshayes, PUF, 2008 ; R. DEMOGUE, « Les contrats provisoires », in *Ét. H. Capitant*, Dalloz, 1939, p. 159 et s. ; Fr. COLLART DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, Sirey, 1988 ; E. SCHLUMBERGER, « Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux », Dalloz, 2013 ; M. GERMAIN, « Pactes, Statuts et ordre public », *Mélanges Merle*, Dalloz 2012, p. 305 s. ; J.-M. MOUSSERON et al., *L'avant-contrat*, éd. F. Lefebvre, 2001.

2. Fr. COLLART DUTILLEUL, *op. cit.*

3. A. RIEG, « *La punctation*, contribution à l'étude de la formation successive du contrat », in *Ét. Jauffret*, LGDJ, 1976, p. 513 et s.

La vente se forme par étapes dans plusieurs hypothèses : le Code civil connaissait les ventes à l'agrégé (Chapitre 1) ; la pratique a développé les promesses de vente et d'achat (Chapitre 2) et le pacte de préférence (Chapitre 3) ; la loi, surtout contemporaine, les retraits et les préemptions (Chapitre 4).

■ CHAPITRE I ■

VENTES À L'AGRÉAGE

103. Subjectif et objectif. – Dans la vente à l'agrément, le consentement de l'acquéreur et la détermination de la chose sont soumis à une modalité : l'acheteur a la faculté d'accepter ou de refuser la marchandise suivant son appréciation, « son agrément ». Ce sont des ventes mobilières.

Traditionnellement, on oppose deux sortes de ventes à l'agrément : les ventes à la dégustation (Section I) et les ventes à l'essai (Section II). Pour rendre compte de la réalité contemporaine, il serait plus réaliste de distinguer les ventes civiles et les ventes commerciales¹.

Selon l'analyse classique, la vente où l'agrément est à l'état pur est la vente à la dégustation, car la faculté d'agrément conférée à l'acquéreur est discrétionnaire ; elle existe aussi bien en matière civile que commerciale. Beaucoup plus pratiquées dans les milieux commerciaux sont maintenant les ventes à l'essai : la détermination de la chose se fait par une présentation tangible et démonstrative de la marchandise.

SECTION I

VENTE À LA DÉGUSTATION

104. Promesse unilatérale de vente. – La vente à la dégustation est une vente de choses que l'on n'achète qu'après les avoir goûtées².

Malgré l'article 1587, la vente du vin, de l'huile ou d'autres produits alimentaires n'est pas toujours à la dégustation. Ce n'était déjà pas vrai en 1804 et l'est encore moins aujourd'hui, avec la standardisation généralisée. Une vente de vin ou d'huile n'est une vente à la dégustation que si la convention ou les usages ont réservé une faculté d'agrément à l'acheteur.

1. La **vente sur références** (échantillon, prélèvement de la marchandise, catalogue...) se distingue des ventes à l'agrément en ce qu'elle est définitivement formée par l'échange des consentements et l'acceptation de l'échantillon (ou de la référence) par l'acheteur. Si le vendeur livre une marchandise non conforme à l'échantillon, il viole son obligation de délivrance et engage sa responsabilité contractuelle.

2. Ex. : Je vous vends le vin qui se trouve dans mon cellier, si, après l'avoir goûté, il vous a plu ; *Droit civil illustré*, n° 142.

L'agrément de l'acquéreur est discrétionnaire, car rien n'est aussi personnel que le goût (« des goûts et des couleurs ne disputons pas ») ; tant qu'il n'a pas goûté la chose, l'acquéreur bénéficie d'une option. Jusqu'à l'agrément, le contrat est donc une promesse unilatérale de vente³ ; ainsi que l'énonce l'article 1587, « *il n'y a point de vente* ». La vente ne se fait qu'après l'agrément. Jusqu'alors, le vendeur est propriétaire ; les risques pèsent sur lui.

L'acheteur peut renoncer à son droit d'agrément et l'agrément peut être tacite⁴.

Si la marchandise n'est pas agréée, le contrat n'est pas conclu et le bénéficiaire ne peut exiger d'autres marchandises ; pas davantage, le vendeur ne peut démontrer la loyauté de la marchandise fournie. Si elle est agréée, la vente est parfaite et l'acheteur ne peut se rétracter⁵.

Sauf volonté contraire des parties, on présume qu'il y a vente à la dégustation lorsque les qualités de la chose sont si subjectives⁶ qu'elles ne peuvent être appréciées que par le goût ; au contraire, il y a vente à l'essai lorsque les qualités de la chose sont objectives et ne peuvent être vérifiées que par un essai⁷.

SECTION II VENTE À L'ESSAI

105. Vente conditionnelle. – Dans la vente à l'essai, l'acheteur a la faculté d'essayer la chose, afin d'en apprécier objectivement les qualités. Cette modalité doit avoir été expressément stipulée ou résulter des usages.

Si l'essai est satisfaisant, l'acheteur doit accepter la marchandise ; à la différence de la vente à la dégustation, il n'a pas de pouvoir discrétionnaire ; en outre, la dégustation est instantanée, tandis que l'essai demande généralement du temps. Si l'essai n'est pas satisfaisant, le contrat n'est pas conclu⁸ ; cependant, il est des cas où l'acheteur est obligé d'acheter, le vendeur devant seulement remplacer la pièce défectueuse.

Ce contrat suppose que l'acquéreur ait un usage temporaire de la chose pendant l'essai et la faculté de la refuser si la chose ne démontre pas les qualités

3. La renonciation au bénéfice de l'article 1587 ne se présume pas : Cass. civ. 1^{re}, 24 mars 1998, *aff. du vin Pommard*, *Bull. civ. I*, n° 127 ; *JCPE*, 1999, p. 170 et s., n. M.-C. Sordino ; *RTD civ.* 1999.377, obs. J. Mestre. Sur renvoi : Besançon, 14 septembre 1999, *D.* 2001.729, n. N. Olsak.

4. Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2007, *Bull. civ. I*, n° 273 ; *JCPG* 2007.IV.2739 ; la vente de vin de Bordeaux doit selon les usages être faite dans les chais du vendeur ; en l'espèce, en l'absence d'agrément, l'acheteur avait enlevé sans autre formalité la moitié de la commande ; jugé que « *la renonciation aux dispositions de l'art. 1587, si elle ne peut résulter du seul silence des parties, peut être tacite dès lors que les circonstances établissent de façon non équivoque la volonté de celle-ci* ».

5. Cass. civ. 1^{re}, 21 novembre 2006, *Bull. civ. I*, n° 512 ; *Contrats, conc. consom.* 2007, n° 66, n. L. Leveneur ; *D.* 2007.2966, n. B. Fauvarque-Cosson : « *l'accord sur la chose et sur le prix intervenu, en matière de vin, après que celui-ci a été goûté et agréé, valait vente ; peu importait que le vin ait été commandé en vrac ou en bouteille* » ; en l'espèce, après avoir goûté et accepté le vin qui était en cuves, l'acheteur avait refusé la livraison au motif que les bouteilles présentaient un dépôt anormal de tartre. La Cour de cassation casse Bordeaux, 27 avril 2004, *D.* 2005.155, n. J.M. Bahans et M. Menjucq, qui avait jugé que la vente n'étant pas parfaite, le vendeur devait restituer le prix et rembourser les frais engagés par l'acheteur.

6. Ex. : enregistrement musical, chien de chasse, cheval de course, vêtement sur mesure...

7. Ex. : automobile, machine...

8. Cass. civ. 1^{re}, 7 juillet 1964, *Bull. civ. I*, n° 370 : « *La cour d'appel a souverainement estimé qu'en raison de ses imperfections la machine ne lui avait pas donné satisfaction malgré un temps d'essai suffisant* ».

promises. Tant que l'essai n'a pas été accompli de façon satisfaisante, le vendeur demeure propriétaire, et, par conséquent, chargé des risques, même si la chose a été remise à l'acheteur, sauf si le délai d'essai (stipulé au contrat ou prévu par l'usage) est écoulé⁹. L'acheteur doit effectuer l'essai loyalement ; il a, en général, pendant l'essai, les droits et les obligations d'un emprunteur à usage.

Cette vente suppose, en fait, que l'acheteur connaisse mal la chose achetée ; elle est donc d'autant plus pratiquée que les choses sont plus complexes.

Le Code civil la qualifie de vente sous condition suspensive (art. 1588), ce qui a été critiqué, car tant que la « condition » est pendante, l'acquéreur a l'usage de la chose, alors que l'obligation sous condition suspensive ne peut être exécutée qu'après son avènement. Des auteurs y ont vu... ou la succession de deux contrats – l'un provisoire (l'essai), l'autre définitif (la vente)¹⁰ —... ou un mode de formation du contrat par étapes successives (la punctuation)... ou un contrat avec faculté de résiliation unilatérale¹¹ à l'expiration du délai d'essai, la vente devenant parfaite si l'acheteur ne manifeste pas de volonté contraire¹².

106. Fausses ventes à l'essai. – Parfois, le commerce contemporain dénomme abusivement ventes à l'essai des contrats qui ne le sont pas : soit parce que l'essai n'a pas pour but de révéler les qualités de la chose, soit parce qu'il n'y a pas eu utilisation effective de la chose – par exemple, une vente avec « test commercial »¹³ et faculté de remboursement ou bien un « essai d'échantillon » –, soit parce que l'acheteur n'est pas tenu de restituer la chose – par exemple, un abonnement à l'essai.

Un acquéreur éventuel peut essayer une automobile avant de l'acheter ; il n'a pas encore donné son consentement. Les tribunaux décident qu'il n'existe pas alors de contrat entre celui qui fait essayer et celui qui essaye ; si un accident est causé au second, la responsabilité est délictuelle et le « vendeur à l'essai » n'est le gardien que s'il a le pouvoir de contrôle, d'usage et de direction de la chose¹⁴.

Le dépôt-vente n'est pas non plus une vente à l'essai, car les tentatives faites par le dépositaire-acheteur afin de vendre la marchandise ne sont pas un agréage¹⁵. Les risques pèsent donc, en principe, sur le dépositaire-acheteur¹⁶.

9. Cass. civ., 10 janvier 1928, *DP* 1929.I.126 : « *Les risques étant passés à sa charge* (de l'acheteur) *par l'avènement de la condition suspensive d'essai* ».

10. R. DEMOGUE, « Des contrats provisoires », in *Études H. Capitant*, Dalloz, 1938, p. 159 et s.

11. Comp. le contrat de travail temporaire à l'essai : Cass. soc., 25 janvier 1989, *Bull. civ.* V, n° 57.

12. Cass. civ. 1^{re}, 13 octobre 1998, *Bull. civ.* I, n° 304 ; *D. Aff.* 1998.1900 ; *Contrats, conc. consom.* 1998, n° 161, n. L. Leveneur (vente d'une jument, « si elle fait l'affaire ») : « *La vente conclue sous la condition suspensive d'un essai satisfaisant devient parfaite si, à l'expiration du délai d'essai, l'acheteur n'a pas manifesté sa volonté de ne pas conserver le bien* ».

13. Ex. : le fabricant laisse le client utiliser la chose quelque temps pour voir si elle lui convient ; c'est une vente à la dégustation.

14. Ex. : Cass. civ. 2^e, 19 mai 1969, *Bull. civ.* II, n° 161 ; *JCPG* 1969.II.16105 : le garagiste « *avait conservé sur la voiture, dont (il) était propriétaire, les pouvoirs d'usage, de contrôle et de direction* ».

15. *Supra*, n° 79.

16. Paris, 12 décembre 1980, *D.* 1981, IR, 447, obs. Chr. Larroumet.

■ CHAPITRE II ■

PROMESSES DE VENTE ET D'ACHAT

107. Diversité. – La pratique des promesses de vente et, à un moindre degré, celle des promesses d'achat a connu un développement important depuis le début du xx^e siècle, alors que le Code civil les ignorait presque complètement¹ ; aujourd'hui, rares sont les cessions de fonds de commerce ou de droits sociaux et les ventes immobilières qui ne sont pas précédées d'une promesse. Certaines ventes de marchandises, comme la vente à la dégustation, constituent même, par nature, des promesses unilatérales de vente, sans compter le développement du marché des options.

Depuis une trentaine d'années², ces promesses suscitaient beaucoup de difficultés, la jurisprudence n'étant ni ferme, ni claire, ni stable ; en outre, la subtilité et les divisions de la doctrine lui retiraient de son autorité.

108. Motifs. – Les raisons pour lesquelles, avant de conclure une vente définitive, on convient d'une promesse de vente sont variées : en général, un ou plusieurs éléments de la vente définitive fait défaut ; selon que cet élément est essentiel ou secondaire, la promesse est plus ou moins proche de la vente. On peut distinguer trois situations, la promesse unilatérale, la promesse synallagmatique et le contrat préliminaire.

1° Parfois, les éléments essentiels de la vente à venir (chose, prix, date...) ont été débattus et convenus. Mais l'une des parties, habituellement le futur acquéreur, réserve sa décision. Elle désire bénéficier, pendant un certain temps, d'un délai de réflexion à l'issue duquel elle exercera une option : acheter (ou vendre) ou ne pas acheter (ou ne pas vendre). La promesse est **unilatérale**.

2° Parfois, vendeur et acquéreur sont décidés, l'un à vendre, l'autre à acheter. Aucun ne dispose d'une option, mais la vente n'est pourtant pas définitivement conclue, car il lui manque un élément que la loi ou l'une des parties considère comme essentiel : autorisation administrative, purge d'un droit de préemption, obtention d'un prêt, rédaction d'un acte authentique... La promesse est **synallagmatique**. Ce type de convention soulève de nombreuses difficultés ; l'événement auquel est subordonnée la formation définitive de la vente peut dépendre plus ou moins de la volonté des parties, si bien qu'il n'est pas toujours sûr que la vente soit décidée dès la promesse. Souvent aussi, afin d'éviter les difficultés que suscite la promesse synallagmatique, les parties lui donnent la forme d'une promesse unilatérale.

1. F. BENAC-SCHMIDT, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris I, LGDJ, 1983, préf. J. Ghestin ; Fr. COLLART-DUTILLEUL, *op. cit., supra*, n° 102 ; Chr. PAULIN, *RTD com.* 1998.511.

2. Surtout depuis l'arrêt *cons. Cruz*, * Cass. civ. 3^e, 13 décembre 1993, *infra*, n° 120 qui avait retiré une grande partie de sa force obligatoire à la promesse unilatérale de vente.

3° Un vendeur d'immeuble à construire, avant de se lancer dans la réalisation du projet, veut sonder le marché et connaître les chances de succès d'un programme immobilier. Sans s'engager définitivement, il cherche à susciter des candidats acquéreurs, qui s'engagent en conservant une certaine liberté : ce que permet le **contrat préliminaire** à la vente d'immeuble à construire. On est proche de projets de vente et d'achat et on s'éloigne de la promesse.

109. Arrhes, acompte, indemnité d'immobilisation, clause pénale, dédit. – Au moment de la promesse, le futur ou éventuel acquéreur dépose souvent entre les mains du propriétaire ou d'un tiers une somme d'argent représentant une fraction du prix convenu. La nature, donc le régime juridique, de cette somme d'argent est variable.

Il peut s'agir d'**arrhes**, qui confèrent à chacune des parties une faculté de dédit (art. 1590). Dans les relations entre professionnels et consommateurs, la loi (C. consom., art. L. 214-1 et R. 114-1) résume que dans les ventes de meubles dont le prix excède 500 euros et dont la livraison n'est pas immédiate, les sommes versées d'avance sont des arrhes ; l'article L. 214-1 précité du Code de la consommation renvoie expressément à l'article 1590 et généralise la qualification. Alors qu'en droit commun, la règle est contraire : ces sommes sont normalement des **acomptes**. Si la promesse est unilatérale, le bénéficiaire n'a pas l'obligation d'acquiescer, puisqu'il dispose d'une option ; la somme d'argent qu'il verse est soit un acompte sur le prix si la vente se réalise, soit une **indemnité d'immobilisation** dans le cas contraire ; elle n'est pas une clause pénale et échappe à la révision de l'article 1231-5, alinéa 2 (ancien art. 1152, al. 2)³. Si la promesse est synallagmatique, l'acheteur est engagé ; la somme d'argent joue le rôle de **clause pénale** pour le cas où il se déroberait à la réalisation de la vente⁴ ; la clause est susceptible de révision judiciaire lorsqu'elle est manifestement excessive. Si la clause permet à l'une des parties de se libérer unilatéralement de ses obligations, elle constitue une clause de **dédit** et l'indemnité convenue échappe à la révision de l'article 1231-5, al. 2⁵ ; rien n'empêche que le dédit soit stipulé gratuitement⁶.

Bien que les frontières entre les deux premières ne soient pas rigides et que la troisième ait une nature ambiguë, on examinera distinctement la promesse unilatérale (Section I), la promesse synallagmatique (Section II) et le contrat préliminaire (Section III).

3. *Infra*, nos 121-123.

4. Cass. civ. 3^e, 26 janvier 2011, n° 10-10376, *Bull. civ.* III, n° 12 ; *Contrats, conc. consom.* 2011, n° 87, n. L. Leveuveur ; *RDC* 2011.817, obs. Y.-M. Laithier : jugé qu'est une clause pénale la clause stipulant que le vendeur conservera à titre d'indemnisation forfaitaire de son dommage toutes les sommes versées par l'acquéreur ; cassation de l'arrêt qui refuse de vérifier s'il y avait matière à réduction.

5. Jurisprudence constante depuis 1991, souvent réitérée : ex., Cass. com., 18 janvier 2011, n° 09-16863, *Bull. civ.* IV, n° 4 ; *D.* 2011.376 ; *JCP G* 2011.492, n. V. Da Silva ; *Contrats, conc. consom.* 2011, n° 86, n. L. Leveuveur ; *RDC* 2011.812, obs. E. Savaux. En l'espèce, le vendeur de lots d'eau-de-vie s'était engagé à les racheter après vieillissement, sauf sa faculté de dédit que la cour d'appel révisa à raison de son « caractère dissuasif ». Cassation : « la clause stipulant une indemnité de dédit ne s'analysait pas en une clause pénale ayant pour objet de faire assurer par l'une des parties l'exécution de son obligation, mais en une faculté de dédit, permettant à la société U. (le vendeur) de se soustraire à cette obligation et excluant le pouvoir du juge de diminuer ou supprimer l'indemnité convenue ». *V. Droit des obligations*, coll. Droit civil. Et Th. GENICON, *RDC* 2015. 449.

6. Cass. com., 30 octobre 2000, *Contrats, conc. consom.* 2001, n° 21, obs. L. Leveuveur ; *D.* 2001, somm. 3241, obs. D. Mazeaud ; n.p.B. : « Rien n'interdit qu'une partie s'engage envers une autre avec une faculté de dédit gratuite ».

SECTION I

PROMESSE UNILATÉRALE OU PACTE D'OPTION

La promesse unilatérale de vente est l'archétype des promesses de vente, archétypes des promesses de contrat, elles-mêmes archétypes des avant-contrats (§ 1). Bien que moins pratiquée, la promesse unilatérale d'achat se rencontre aussi et relève de règles symétriques (§ 2).

§ 1. PROMESSE UNILATÉRALE DE VENTE

110. Option et immobilisation. – 1° La promesse unilatérale de vente confère au bénéficiaire une **option** pendant un certain temps ; le promettant est définitivement engagé, mais le bénéficiaire peut librement « lever l'option » : acquérir ou non. C'est la définition que retient le nouvel article 1124 C. civ. de façon générale, pour la vente et les autres contrats spéciaux⁷.

C'est donc l'existence d'une option qui caractérise la promesse unilatérale et la distingue de la promesse synallagmatique⁸. Lorsque le bénéficiaire lève l'option, la promesse se transforme en vente ; cependant, le transfert de propriété peut être retardé, par exemple jusqu'au paiement du prix si celui-ci n'est pas une condition de la levée de l'option, ou jusqu'à la signature de l'acte authentique de vente.

2° Afin que le bénéficiaire dispose d'un véritable choix, le promettant s'interdit de vendre à autrui tant que l'option n'est pas exercée : il **immobilise** le bien. En contrepartie, le bénéficiaire peut s'engager à payer ou paie dès la conclusion de la promesse, une indemnité d'immobilisation ; sans cette indemnité, l'immobilisation serait pour le promettant une perte sèche. L'existence ou l'absence de cette indemnité, sauf lorsqu'elle est forte⁹, ne transforme pas le caractère unilatéral du contrat de promesse ; car l'essentiel est que l'option donnée au bénéficiaire demeure entière¹⁰.

À l'incertitude liée à l'option, s'ajoute souvent une condition suspensive, par exemple l'obtention d'un prêt permettant de financer l'acquisition.

Deux moments se succèdent : celui du contrat de promesse (I) et celui de l'exercice de l'option (II).

I. — Contrat de promesse

Comme tout contrat, la promesse de vente est formée par la rencontre de l'offre du promettant et de l'acceptation du bénéficiaire, qu'il ne faut pas confondre avec la levée de l'option¹¹. La chose et le prix doivent être déterminés.

7. Avec un régime cependant assez lacunaire, les contrats spéciaux n'étant pas encore refondus : v. P.-Y. GAUTIER, « Morceaux de code », *D.* 2015. 1112.

8. Cass. civ. 3^e, 23 janvier 1991, *Bull. civ.* III, n° 39 ; *D.* 1992.457, n. I. Najjar ; la convention par laquelle le bénéficiaire s'engage à acquérir dès que le promettant aura rempli un certain nombre d'obligations, est synallagmatique, puisqu'elle « ôtait toute faculté d'option au bénéficiaire de la promesse ».

9. *Infra*, n° 123.

10. Ex. : Cass. com., 25 avril 1989, *Bull. civ.* IV, n° 136. « La promesse de vente d'un fonds de commerce qui ne contient pas, en contrepartie de l'engagement de vendre de la part du promettant, un engagement corrélatif d'acheter de la part du bénéficiaire, ne peut être considérée comme une promesse synallagmatique ».

11. Les formulaires notariaux précisent souvent que l'acceptation est donnée par le bénéficiaire à la promesse « en tant que promesse ».

111. Obligation du promettant. – À la différence d'un pollicitant, le promettant ne peut rétracter sa promesse pendant la durée pour laquelle elle a été convenue. Il s'agit, en effet, d'un engagement définitif de vendre, que la simple levée de l'option par le bénéficiaire suffira à transformer en une vente. Cet engagement n'a pas pour objet une obligation de faire, puisque la vente se formera sans qu'aucune prestation ne soit accomplie par le promettant. Ce n'est pas une obligation de donner, puisque la formation de la vente ne dépendra pas de l'exécution de cette obligation. En réalité, la formation de la vente s'opère en deux temps : lors de la promesse, elle est parfaite à l'égard du promettant ; lors de la levée de l'option, elle engage le bénéficiaire. C'est pourquoi la promesse dont l'option ne peut être levée qu'après le décès du promettant – promesse *post mortem* – est efficace¹² : de son vivant, le promettant aura définitivement consenti à la vente et donné naissance au droit du bénéficiaire.

À la différence d'un simple pollicitant, le promettant est obligé même si, après avoir fait la promesse, il devient incapable¹³ ou décède¹⁴ ou est soumis à une procédure collective. À son égard, la validité de la vente s'apprécie au jour de la promesse. C'est à ce moment qu'il doit être capable et avoir le pouvoir d'aliéner le bien promis, ce qui présente un intérêt en cas d'indivision et de communauté conjugale. De même, la promesse, pour être efficace, doit déterminer les éléments essentiels de la vente à venir, notamment la chose et le prix.

Cependant, la Cour de cassation avait remis en cause le caractère obligatoire de la promesse pour le promettant, en admettant que celui-ci pouvait valablement rétracter son engagement avant la levée de l'option, ce qui empêche la vente de se former ; cette jurisprudence était difficile à justifier¹⁵ et a été brisée par le nouvel article 1124 al. 2 C. civ. (la révocation « *n'empêche pas la formation du contrat promis* »).

112. Droits du bénéficiaire. – Tant que le bénéficiaire n'a pas levé l'option, la vente n'est pas formée : le bénéficiaire n'a sur le bien aucun droit réel¹⁶. Il n'a de droit que contre le promettant : le droit d'option.

Le droit du bénéficiaire a une nature ambiguë. Traditionnellement, on y voit une créance contre le promettant. C'est, pour le moins, une créance originale, que son titulaire peut transformer unilatéralement en un droit réel de propriété. En réalité, il s'agit d'un droit potestatif : le pouvoir d'acquérir par un acte de volonté unilatérale¹⁷ et ce droit entre dans son patrimoine.

12. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 1985, *Bull. civ. I*, n° 173 ; *D.* 1986.65 ; une promesse unilatérale de vente, dont l'option ne peut être levée qu'après le décès du promettant, constitue une promesse *post mortem* valable, non un pacte sur succession future, parce que le promettant est tenu dès la promesse d'une obligation pure et simple, créant un droit actuel au profit du bénéficiaire ; la promesse *post mortem* « *n'ayant suspendu que l'exécution d'un droit déjà né* ». Comp. M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le décès du contractant*, th. Paris II, *Economica*, 1988, n°s 32-44. V. *Les successions*, coll. *Droit civil*.

13. Ex. : survenance d'une aliénation mentale au moment de la levée de l'option : Cass. civ. 1^{re}, 30 novembre 1971, *JCP G* 1972.II.17018.

14. Cass. civ. 3^e, 8 septembre 2010, 09-13345, *Bull. civ. III*, n° 153 ; *D.* 2011.477, n. S. Amrani Mekki ; *Defrénois* 2010.2123, n. L. Aynès ; *JCP G* 2010.1051, n. G. Pillet ; *RTD civ.* 2010.778, obs. B. Fages ; *RDC* 2011. 57, obs. Th. Genicon et 153, obs. Ph. Brun : efficacité de la promesse à l'égard de l'héritier du promettant, même mineur, puisque le promettant « *avait définitivement consenti à vendre* ».

15. * Cass. civ. 3^e, 15 décembre 1993, *cons. Cruz* ; *infra*, n° 120.

16. Cass. civ., 7 mars 1938, *DH* 1938.260 : « *La promesse unilatérale de vente n'a pour effet de transmettre à celui qui en est bénéficiaire ni la propriété, ni aucun droit immobilier sur le bien qui en est l'objet ; tant que le bénéficiaire n'a pas déclaré acquérir, l'obligation du promettant quoique relative à un immeuble constitue une obligation de faire qui ne peut engendrer, pour celui au profit duquel elle existe, qu'une créance mobilière* ».

17. L. BOYER, « Les promesses synallagmatiques de vente », *RTD civ.* 1949, 1 et s., sp., n° 28, p. 27 ; I. NAJJAR, *Le droit d'option ; contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, th. Paris, LGDJ, 1967, préf., P. Raynaud, p. 21 et s.

Par comparaison, le destinataire d'une offre n'acquiert aucun droit contre l'offrant, même si l'offre lui est exclusivement destinée et comporte un délai d'acceptation¹⁸. La différence entre offre et promesse, au moins pour le bénéficiaire, est nette.

113. Opposabilité. – Puisque le droit du bénéficiaire, tant que l'option n'est pas levée, n'est pas un droit réel, son opposabilité aux tiers, notamment à celui qui aurait acquis le bien promis en dépit de l'engagement du promettant, dépend de la relativité contractuelle, non des règles de la publicité (publicité foncière, ou registre du commerce, ou possession relevant de l'art. 2276, al. 1). Le droit du bénéficiaire n'est opposable qu'aux tiers de mauvaise foi, c'est-à-dire ceux qui ont eu connaissance de la promesse au moment de leur acquisition et ont été ainsi complices de la violation de son obligation par le promettant¹⁹. Règle qu'énonce maintenant le nouvel article 1124 al. 3 : « *le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul* ». Les juges ne peuvent donc plus se contenter de dommages-intérêts²⁰.

Le fait d'avoir publié la promesse au fichier immobilier ne suffit pas à la rendre opposable aux tiers²¹. Le système actuel n'est pas satisfaisant, car il crée une grave insécurité ; la publication du droit d'option à fin d'opposabilité devrait être organisée²².

114. Durée. – La promesse est inscrite dans le temps : elle est nécessairement temporaire, car elle est destinée à préparer une vente. Si l'option est levée après l'accomplissement du délai, sans que celui-ci ait été prorogé²³, le bénéficiaire ne peut exiger la réalisation de la vente, car la promesse est devenue caduque²⁴ ;

18. Cass. civ. 1^{re}, 5 novembre 2008, n° 07-16505, LPA 6 mars 2009, p. 8, n. R. Loir ; *Dr. et patr.* juin 2009, obs. L. Aynès : la lettre adressée au défunt « *constituait seulement une offre de vente* » à laquelle le destinataire n'avait pas donné suite de son vivant ; la cour d'appel a retenu à bon droit « *qu'aucune créance mobilière ni aucun droit susceptible, comme dans l'hypothèse d'une promesse unilatérale de vente, d'être transféré à ses ayants droit n'était entré dans son patrimoine* ».

19. Jurisprudence constante ; ex. : Cass. civ. 3^e, 8 juillet 1975, *Bull. civ.* III, n° 49 ; *Gaz. Pal.* 1975.II.781 : « *Le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente est fondé à invoquer contre une personne même étrangère à cette promesse, soit la fraude à laquelle celle-ci se serait associée, soit seulement la faute dont elle se serait rendue coupable en acceptant d'acquérir un immeuble qu'elle savait faire l'objet de la promesse* ».

20. Cass. civ. 1^{re}, 12 juin 1954, *JCPG* 1954.II.8225 ; en l'espèce, il s'agissait d'un pacte de préférence que n'avait pas respecté une vente postérieure : « *L'annulation de la vente critiquée n'est pour eux qu'une faculté et non une obligation* ». La règle eût été la même si l'avant-contrat méconnu avait été une promesse unilatérale de vente.

21. Jurisprudence constante ; ex. : Cass. civ. 3^e, 22 février 1977, *Bull. civ.* III, n° 91 ; *D.* 1978.165, n. Ph. Malaurie ; *JCPG* 1979.II.13233, n. M. Dagot ; *Defrénois* 1977, art. 31522, n° 91, obs. J.-L. Aubert : jugé que le seul fait d'avoir publié la promesse ne suffit pas à la rendre opposable à un créancier hypothécaire qui a inscrit postérieurement son titre : il faut avoir « *usé de la faculté prévue par l'article 37-2 D. du 4 janvier 1955 en publiant, soit la demande en justice tendant à obtenir la réalisation en la forme authentique de la vente parfaite entre les parties, soit un procès-verbal notarié constatant le défaut ou le refus de Brice Maurel (le promettant) de procéder à ladite réalisation, soit une déclaration, par acte notarié, de sa volonté d'exiger la réalisation de la promesse* » ; cf. *infra*, n° 146, pour le pacte de préférence.

22. V. L. AYNÈS, n. D. 2011.851, sous Cass. 3^e civ., 12 janv. 2011.

23. Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 2005, *RDC* 2005.1074, obs. Fr. Collart-Dutilleul ; n.p.B. : « *La prorogation du délai d'option d'une promesse unilatérale de vente ne peut pas être prouvée par un témoignage, même si celui-ci émane du notaire rédacteur du contrat* ». La prorogation ne produit d'effets que si en sont respectées les conditions ; ainsi, une levée d'option faite purement et simplement après l'expiration du délai initialement convenu est caduque, même si une prorogation conventionnelle du délai avait été consentie en ayant été subordonnée à la remise des documents nécessaires à l'établissement de l'acte authentique de vente et que ces documents n'aient pas été remis dans le délai prorogé.

24. Cass. civ. 3^e, 15 juin 1982, *Defrénois* 1982, art. 32972, n° 100, p. 1631, obs. G. Vermelle ; *infra*, n° 117.

mais si le promettant accepte de conclure la vente, celle-ci est parfaite²⁵, car il a renoncé au délai.

En principe, la durée de l'option est fixée par les parties²⁶. Il se peut cependant qu'elle soit indéterminée ; trois règles s'appliquent alors : **1°** le promettant peut, après un délai raisonnable, mettre en demeure le bénéficiaire de choisir, après un délai également raisonnable : sorte de préavis pour la résiliation d'un contrat à durée indéterminée. **2°** Tant que le promettant n'a pas mis le bénéficiaire en demeure, celui-ci dispose d'un délai qui expire au plus tard cinq ans après la promesse (ou le moment où il aurait dû l'exercer : art. 2224) ; comme tout droit personnel, l'option de durée indéterminée s'éteint par la prescription quinquennale ; elle n'est pas soumise à la règle *contra non valentem*, car l'exercice de l'option est possible dès la promesse, ce qui est différent dans le pacte de préférence. **3°** Les tribunaux peuvent induire de circonstances particulières que le bénéficiaire a renoncé à l'acquisition²⁷.

115. Formes. – Pendant longtemps, la promesse de vente a été aussi consensuelle que la vente ; en pratique, elle est souvent établie par un acte sous signature privée.

Lorsque la promesse porte sur un immeuble appartenant à une personne physique et que l'option a été consentie pour plus de dix-huit mois (ou a été prorogée de sorte qu'elle dépasse cette durée), la promesse doit, à peine de nullité, être conclue par acte authentique (CCH, art. L. 290-1). La loi a voulu protéger le promettant contre des engagements trop longs pris envers un promoteur.

En outre, afin de lutter contre la dissimulation d'une partie du prix de la vente à intervenir²⁸, l'article 1589-2 impose à peine de nullité²⁹ l'enregistrement de la promesse sous signature privée³⁰ de vente d'immeuble, de fonds de commerce ou de certains droits sociaux dans les sociétés immobilières, dans les dix jours de son acceptation³¹. Il en est de même des cessions sous signature privée de ces promesses. La promesse de vente est ainsi devenue un acte solennel lorsqu'elle a pour objet un des biens énumérés par ce texte.

La jurisprudence, par hostilité au formalisme, interprète strictement cette disposition qui est souvent une prime à la mauvaise foi : elle ne l'étend ni aux promesses d'achat, ni aux promesses

25. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 24 janvier 1995, *Bull. civ. I*, n° 53 ; *JCPG* 1995.IV.751 (pour le *Bull.*, ce moyen est « sans intérêt ») : « *En admettant qu'un délai eût été fixé dans la promesse de vente pour lever l'option, les vendeurs y avaient renoncé et la vente était devenue parfaite par suite de l'intention clairement exprimée par le bénéficiaire de réaliser la vente, en réglant l'intégralité du prix en plusieurs versements acceptés par le vendeur* ».

26. Lorsqu'elle est de dix-huit mois, porte sur un immeuble et est consentie par une personne physique. *infra*, n°s 115 et 122.

27. Ex. : Cass. civ. 3^e, 24 avril 1970, *Bull. civ. III*, n° 279 ; *RTD civ.* 1971.133, obs. Y. Loussouarn : « *Aucun délai n'ayant été stipulé pour lever l'option, (le promettant) ne pouvait rétracter ses engagements sans mettre en demeure préalablement (le bénéficiaire) d'accepter ou de refuser l'achat de l'immeuble dans un délai déterminé ou bien de prouver sa renonciation à se prévaloir de la promesse* ».

28. Ex. : le prix stipulé dans la promesse sous signature privée serait plus important que celui qu'indique l'acte de vente authentique, donc enregistré. De même, le prix de cession passerait inaperçu, si la cession sous signature privée n'avait pas été enregistrée.

29. Ex. : Cass. civ. 3^e, 2 juin 1993, *Bull. civ. III*, n° 80 ; *Contrats, conc. consom.* 1993.189, n. L. Leveneur : « *L'omission de cette formalité rend la promesse, frappée de nullité, insusceptible d'être établie par quelque mode de preuve que ce soit* ».

30. Cass. civ. 1^{re}, 19 février 1991, *Bull. civ. I*, n° 65 ; *Defrénois* 1991, art. 35077, n° 58, obs. G. Vermelle ; jugé qu'une promesse de vente constatée par un acte d'huissier n'est pas un acte authentique car cet acte ne vaut « *qu'à titre de simples renseignements* » et est donc nulle si elle n'a pas été enregistrée dans les dix jours.

31. Il s'agit, là encore, de l'acceptation de la promesse par son bénéficiaire, non de la levée de l'option, qui n'aurait aucun sens. Ex. : Cass. com., 15 décembre 1987, *Bull. civ. IV*, n° 274 ; *JCPG* 1990.II.15702 ; lorsque la promesse est faite sous condition, le point de départ du délai est celui de l'acceptation de la promesse : « *La réalisation de la condition suspensive a pour effet de faire rétroagir le contrat à la date de l'acceptation* ».

synallagmatiques³², ni à celles qui s'inscrivent dans un ensemble contractuel³³, ni à celles qui sont liées à un autre contrat³⁴. Elle l'applique aux promesses qui confèrent à leur bénéficiaire une faculté de substitution³⁵ et aux promesses conditionnelles. La partie et l'intermédiaire tenus de procéder à l'enregistrement engagent leur responsabilité civile s'ils ne l'ont pas fait.

116. Cession de la promesse ; substitution. – Conférant un avantage à son bénéficiaire, la promesse peut être cédée à un tiers, sauf inaccessibilité conventionnelle ou légale³⁶ ; souvent, la cessibilité est affirmée dans l'acte, ce qui est préférable afin d'éviter toute contestation ultérieure sur le consentement du promettant³⁷. Le cessionnaire recueille alors l'option et, lorsqu'il en existe une, l'obligation de payer l'indemnité d'immobilisation s'il n'achète pas³⁸.

Le régime de la substitution a été précisé par la Cour de cassation³⁹.

1° L'exercice de la substitution ne tombe pas, en principe, sous le coup de l'article 1589-2, qui, afin de lutter contre la dissimulation fiscale, prescrit à peine de

32. Largement comprises : ex. : Cass. civ. 3^e, 5 juillet 1995, *Bull. civ.* III, n° 175 ; *JCP G* 1996.II.22659, n. Y. DAgorne-Labbé ; en l'espèce, le bénéficiaire de la promesse s'était engagé à se désister d'une action qu'il avait engagée contre des enfants du promettant ; jugé que l'obligation qu'il avait ainsi prise suffisait à retirer son caractère unilatéral à la promesse ; le fait que le bénéficiaire eut promis une indemnité d'immobilisation ne suffirait pas à retirer à la promesse son caractère unilatéral : *infra*, n° 123.

33. Pour qu'il y ait « un ensemble contractuel », il faut un lien de dépendance entre les différents contrats : Cass. com., 15 janvier 2002, *Bull. civ.* IV, n° 12 ; *Deffrénois* 2002.765, note E. Savaux : cassation de l'arrêt qui avait refusé d'appliquer l'article 1589-2 à une promesse unilatérale s'inscrivant apparemment dans un ensemble contractuel (cession de fonds de commerce, location et vente de l'immeuble qui l'abrite), car il n'a pas recherché « s'il existait un lien de dépendance nécessaire entre ces diverses obligations réciproques, susceptibles de modifier les caractéristiques de la promesse ».

34. Ex. : Cass. civ. 3^e, 26 mars 2003, *Bull. civ.* III, n° 71 ; *D.* 2003.2197, n. P. Lipinski ; *Deffrénois* 2003.841, n. E. Savaux ; en l'espèce, dans une transaction avait été stipulée une promesse unilatérale de vente ; à la demande du promettant, la cour d'appel l'annula, car elle n'avait pas respecté les formalités prévues par l'article 1589-2 ; cassation : la cour d'appel avait relevé que l'accord dont la promesse était un élément « constituait une transaction comportant des concessions réciproques des parties » : la promesse se fondait dans la transaction. Confirmant cette position : * Cass. Ass. plén., 24 février 2006, *Soparco*, *Bull. civ. Ass. plén.*, n° 1 ; *JCP G* 2006.II.10065, avis J. Cedras ; *Deffrénois* 2006.973, obs. S. Becqué ; *D.* 2006.2057, chron. S. Chassagnard-Pinet et jur. 2076, n. Chr. Jamin ; *RDC* 2006.689, obs. Y.-M. Lauthier, rendu dans la même affaire : la promesse « n'est qu'un élément » de la transaction.

35. Cass. civ. 3^e, 27 mai 1987, *Bull. civ.* III, n° 111 : « La possibilité pour le bénéficiaire d'une promesse de vente de se substituer un tiers, n'ayant pas pour effet de retirer à la promesse elle-même son caractère unilatéral et de la dispenser de l'obligation d'enregistrement, la cour d'appel a justement retenu que son enregistrement hors délai entraînait sa nullité ».

36. Cass. civ., 31 janvier 1866, *DP* 1866.I.69 ; *S.* 1866.I.152 : « Rien ne s'oppose à ce qu'une promesse de vente devienne l'objet de cession. »

37. Ex. : la formule suivante : « Le bénéficiaire aura la faculté de se substituer toute personne physique ou morale dans les droits résultant à son profit de la présente promesse, mais sous réserve que cette substitution n'entraîne aucune modification dans les conditions et délais de réalisation ». Ce qui est conforme à la position adoptée sur la théorie générale de la cession de contrat par la Cour de cassation : le consentement du cédé doit être donné, mais il peut l'être par avance : Cass. civ. 1^{re}, 6 mai 1997, 2 arrêts, *D.* 1997.588, n. Billiau et Jamin ; comp. L. AYNÈS, *D.* 1998, chron. 25.

38. Il devrait rembourser cette indemnité au cédant, si celui-ci l'avait payée. Ce remboursement est distinct du prix de cession que peut exiger le cédant. Lorsque le cédant est un marchand de biens, la cession de promesse lui évite de se « titrer », donc de payer le prix de vente, avant de revendre. Le prix de cession constitue sa rémunération ; mais il risque de faire apparaître le cédant comme un agent immobilier (*infra*, n° 522).

39. I. NAJJAR, *D.* 2000, chron. 635 ; E. JEULAND, *Essai sur la substitution de personnes dans un rapport d'obligation*, LGDJ, 1999 ; G. PILLET, *La substitution de contractant*, th. Paris I, LGDJ, 2004 ; v. SOUBISE, « La transmission, par substitution de bénéficiaire, des droits conférés par une promesse de vente », *D.* 1994, chron. 237 (qui y voit une délégation) ; Ph. BRUN, « Nature juridique de la clause de substitution dans le bénéfice d'une promesse unilatérale de vente : une autonomie de circonstance ? », *RTD civ.* 1996, 29 et s ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Retour sur la clause de substitution », in *Études L. Boyer*, Toulouse, 1996, p. 85 et s.

nullité l'enregistrement de l'acte sous signature privée constatant la cession de promesse, dans les dix jours de sa date ; la solution fut d'abord justifiée par la stipulation pour autrui, exclusive de toute transmission⁴⁰ ; aujourd'hui, la Cour de cassation se borne à affirmer que l'exercice de la faculté de substitution « n'a pas le caractère d'une cession » et « n'entre pas dans le domaine d'application de l'article (1589-2) »⁴¹. Mais la loi frappe d'une nullité d'ordre public les cessions de promesses consenties à titre onéreux par un professionnel de l'immobilier (L. 29 janv. 1993, dite Loi Sapin, art. 52). 2° Les formalités allégées des articles 1323-1324 (ancien article 1690) ne jouent aucun rôle, parce que l'exercice de la substitution ne constitue pas une cession de créance : l'inobservation de ces formalités n'empêche donc pas le bénéficiaire substitué d'exiger la réalisation de la vente⁴² ; à l'inverse, leur observation permet au bénéficiaire initial de lever l'option en cas de rétractation du bénéficiaire substitué avant l'expiration du délai d'option⁴³. 3° La faculté de substitution est sans effet sur le caractère unilatéral ou synallagmatique de la promesse⁴⁴.

Dans un arrêt, la Cour de cassation a qualifié la cession de promesse de **cession de contrat**⁴⁵, seule qualification exacte⁴⁶ : le cessionnaire a recueilli le droit du bénéficiaire dont il est l'ayant cause. Par conséquent, il bénéficie de la même option que le cédant et la libération de celui-ci relève de la liberté contractuelle : il peut être ou ne pas être obligé selon la volonté des parties⁴⁷. La cession de contrat est maintenant réglée par la loi dans le nouvel article 1216.

40. Cass. civ. 3^e, 2 juillet 1969, *Bull. civ. III*, n° 541 ; *D.* 1970.751 et *Defrénois* 1970, art. 29469, p. 36, obs. crit. J.-L. Aubert.

41. Jurisprudence constante ; ex. : Cass. civ. 3^e, 17 avril 1984, *Bull. civ. III*, n° 87 ; *D.* 1985.234, n. I. Najjar ; *Defrénois* 1984, art. 33432, n° 118, p. 1490, obs. G. Vermelle ; *RTD civ.* 1985.177, obs. crit. Ph. Rémy.

42. Jurisprudence plusieurs fois réitérée ; ex. Cass. civ. 3^e, 12 avril 2012, n° 11-14279, *Bull. civ. III* n° 60 ; *JCP G* 2012, 760, v. Y. Dagorne-Labbé ; *Defrénois* 2012.611, n. C. Grimaldi ; *RDC* 2012.1217, obs. J. Klein et 1241, obs. Ph. Brun : « Le fait pour les bénéficiaires d'un compromis de vente de se substituer un tiers, ne constituait pas une cession de créance et n'emportait pas obligation d'accomplir les formalités de l'art. 1690 C. civ. ».

43. * Cass. civ. 3^e, 27 avril 1988, sté *Safranado*, *Bull. civ. III*, n° 83 ; *D.* 1989.65, n. I. Najjar ; *Defrénois* 1988, art. 34384, n° 127, p. 1465, obs. G. Vermelle : « L'exercice, par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente, de la faculté qui lui a été reconnue de se substituer une autre personne, n'ayant pas le caractère d'une cession de créance, la cour d'appel, qui a constaté que M. B., bénéficiaire substitué, avait rétracté son acceptation, a pu retenir [...] que la qualité de Mme S. (la bénéficiaire originaire) pour lever l'option n'était pas douteuse ».

44. * Cass. civ. 3^e, 28 juin 2006, époux *Gomès*, *Bull. civ. III*, n° 166 ; *D.* 2006.2439, n. M. Behar-Touchais ; *Defrénois* 2006.1851, n. E. Savaux ; *RDC* 2006.1096, obs. I. Dauriac ; *Lamy dr. civ.* novembre 2006.5, chron. H. Kenfack ; *JCP G* 2007.II.10015, n. G. Pillet : cassation de l'arrêt qui annule une promesse comportant une faculté de substitution, en considérant que l'acheteur pouvant transférer son droit à un tiers, n'était pas obligé, de sorte que la promesse serait unilatérale, « alors que la faculté de substitution stipulée dans une promesse de vente est sans effet sur le caractère unilatéral ou synallagmatique du contrat (et que la cour) avait constaté que l'acte comportait des engagements réciproques ».

45. * Cass. civ. 1^{re}, 14 décembre 1982, sté *Acofra*, *Bull. civ. I*, n° 360 ; *D.* 1983.416, n. L. Aynès : « La cession d'un contrat synallagmatique permet au cédé de poursuivre directement le cessionnaire qui est tenu envers lui en vertu du contrat transmis ; en l'espèce, adoptant les motifs du tribunal, la cour d'appel a, par une appréciation souveraine des éléments de la cause, estimé que la société l'Arche avait cédé à la société Acofra l'ensemble des droits et obligations nés du contrat du 6 mai 1971 qui la liait à M. Acquaviva ».

46. *Droit des obligations*, coll. Droit civil ; *contra* : * Cass. civ. 3^e, 27 avril 1988, sté *Safranado*, préc. ; L. AYNÈS, *La cession de contrat*, th. Paris II, Economica, préf. Ph. Malaurie, n° 304.

47. Cass. civ., 31 janvier 1866, préc.

II. — Exercice de l'option

Le bénéficiaire peut choisir entre la levée de l'option et le refus d'acquiescer. S'il garde le silence pendant tout le délai d'option, il a refusé la vente, car la levée de l'option suppose une manifestation positive de volonté. Ce schéma simple peut être compliqué par l'effet d'une condition suspensive⁴⁸.

117. 1^o Levée de l'option. – L'option ne peut être levée que pendant la durée pour laquelle elle a été consentie ; passé ce délai⁴⁹, elle devient caduque.

La levée de l'option manifeste la volonté d'acquiescer et forme donc la vente. C'est à cette date 1^o que le bénéficiaire doit être capable d'acquiescer ; 2^o doit être évalué l'immeuble en cas de rescision pour lésion et 3^o part le délai de l'action en rescision. La formation de la vente ne rétroagit pas au jour de la promesse, car le bénéficiaire n'avait pas encore consenti à acquiescer ; mais elle peut être soumise à une condition suspensive.

Lorsque la chose promise a été détruite par cas fortuit entre la promesse et la vente, la promesse devient caduque et le bénéficiaire est libéré de toute obligation, notamment de payer une indemnité d'immobilisation⁵⁰. Si elle n'a été que partiellement détruite, lorsqu'il s'agit d'un immeuble bâti, demeure toujours le sol ; peut-il exiger la conclusion de la vente et le paiement, le cas échéant, de l'indemnité d'assurance versée au promettant ? Une décision l'a admis, appliquant l'article 1303 (devenu l'art. 1351-1)⁵¹.

S'il existe sur la chose un droit de préemption qui est exercé, la promesse devient caduque⁵².

118. Formes. – La levée de l'option est un acte unilatéral du bénéficiaire⁵³ ; généralement, la promesse impose à sa manifestation une forme précise (ex. : lettre recommandée) qui doit être respectée à peine d'inefficacité⁵⁴. Si rien n'a été prévu dans la promesse, la levée de l'option peut être déduite des circonstances⁵⁵, ce qui soulève les difficultés habituelles de l'interprétation des volontés implicites. Généralement, la pratique subordonne l'efficacité de la levée de l'option au paiement du prix – par exemple, entre les mains du notaire rédacteur de la vente à venir –, afin que le vendeur ne risque pas l'insolvabilité de l'acquéreur ; si le prix n'est pas payé avant l'expiration du délai, l'option devient caduque⁵⁶.

48. *Infra*, n^o 125.

49. Cass. civ. 3^e, 24 mars 1993, *Contrats, conc. consom.* 1993.172, n. L. Leveneur : sauf stipulation particulière, il n'est pas nécessaire que la date de la levée de l'option ait été constatée par son enregistrement. Sur la durée de l'option et ses modalités, B. COUTTENIER, *LPA*, 11 mars 1998, p. 4 et s.

50. Par application de la théorie des risques : *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

51. TGI Hazebrouck, 29 octobre 1983, *D.* 1984.379, n. app., M. Contamine-Raynaud ; *RTD civ.* 1984.737, obs. Ph. Rémy.

52. Paris, 17 décembre 1997, *D.* 1999, somm. 10, obs. O. Tournafond.

53. La volonté du bénéficiaire détermine la forme et la date de la levée d'option ; quand elle est ambiguë ou frauduleuse, c'est le juge qui les précise : Cass. com., 14 février 1984, *D.* 1985.220, n. F. Bénac-Schmidt. En l'espèce, les parties avaient, à plusieurs reprises, et artificiellement, différé la levée de l'option, afin de retarder le paiement des droits de mutation ; à la demande du fisc, le juge a fixé le jour où la vente était devenue définitive.

54. Cass. civ. 3^e, 7 janvier 1987, *Bull. civ.* III, n^o 7 : « Si l'acceptation d'une promesse de vente n'est, en principe, soumise à aucune forme, il n'en est ainsi qu'à défaut de stipulations contraires ». En l'espèce, la promesse stipulait que l'option devait être levée par une lettre recommandée avec avis de réception.

55. Cass. civ. 3^e, 19 décembre 2012, n^o 08-14225, *Bull. civ.* III n^o 199 : c'est le notaire des promettants qui les avait informés oralement ; Cass. civ., 25 mai 1949, *D.* 1949.391 : « La manifestation de volonté de l'acquéreur qu'il entend donner son adhésion à la réalisation de la vente dont les clauses essentielles ont été déjà consignées par écrit, n'est soumise à aucune formalité extrinsèque ; elle peut être expresse ou tacite et sa reconnaissance par le juge ne comporte que des constatations de fait ».

56. Cass. civ. 3^e, 10 décembre 1986, *JCP G* 1987.II.20857.

119. Effets de la levée de l'option. – La levée de l'option forme définitivement la vente, mais le transfert de propriété peut être retardé, par exemple parce que le contrat le subordonne à la rédaction d'un acte authentique, ou au paiement du prix, ou comporte une clause de réserve de propriété, ou que la promesse avait pour objet des choses de genre.

En cas de retard dans le transfert de propriété, quelle est la nature du droit du bénéficiaire après la levée de l'option et avant le transfert de propriété ? En matière immobilière, il a été jugé qu'il « *était titulaire d'un droit de caractère immobilier* », ce qui est sybillin⁵⁷. En fait, le bénéficiaire est titulaire du droit de propriété, à terme ou sous condition suspensive, selon que la survenance de l'événement qui entraîne le transfert de propriété est certaine ou incertaine.

120. Exécution forcée, responsabilité et rétractation. – Après la levée de l'option, le promettant est obligé de concourir à l'établissement de l'*instrumentum* ; par exemple, signer l'acte authentique de vente, qui est nécessaire en matière immobilière pour assurer la publicité foncière, ou l'ordre de mouvement (virements...) s'il s'agit de valeurs mobilières. C'est un aspect de l'obligation de délivrance. Le bénéficiaire peut l'y contraindre en justice, parce que l'effet principal de la vente, l'effet translatif, s'est réalisé d'une manière immatérielle⁵⁸. Mais il peut préférer des dommages-intérêts en réparation du préjudice qu'il éprouve⁵⁹.

Les tribunaux condamnent le promettant, sous astreinte, à concourir à l'établissement de l'acte authentique⁶⁰ et peuvent même décider que, passé un certain délai, leur jugement vaudra acte de vente et pourra être publié ; ce qui est rarement pratiqué, car un jugement reproduit difficilement toutes les mentions et indications que peut exposer un acte notarié.

Lorsque le promettant rétracte sa promesse avant la levée de l'option, la troisième chambre civile de la Cour de cassation avait décidé que le contrat ne pouvait être formé⁶¹ ; bien entendu, le promettant commet alors une faute engageant sa responsabilité. Cette jurisprudence avait été presque unanimement critiquée⁶² car elle retirait toute sécurité à la promesse unilatérale de vente. Jusqu'ici, dans de nombreux arrêts, la Cour de cassation n'avait pas changé de position⁶³. Mais le nouvel article 1124 al. 2 a brisé cette jurisprudence : « *la révocation de la*

57. Cass. civ. 3^e, 12 janvier 1994, *D.* 1995.52, n. F. Macorig-Venier ; en l'espèce, le bénéficiaire, dès le jour de la promesse, avait été « *mis en possession réelle* » (?) de l'immeuble ; il avait alors consenti un bail à un tiers après la levée de l'option, bien que le transfert de propriété fût retardé. Jugé que le bail était valable.

58. Ex. : Cass. civ. 3^e, 26 juin 1996, *Bull. civ.* III, n° 165 ; *D.* 1997, chron. 119, I. Najjar et somm. 169, obs. D. Mazeaud.

59. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 15 novembre 1994, *Bull. civ.* I, n° 334 : l'acquéreur dont la vente n'a pas été réalisée par la faute du promettant doit être indemnisé de la perte des bénéfices escomptés.

60. En matière immobilière, le bénéficiaire est protégé contre les aliénations que pourrait consentir le vendeur pendant la durée du litige par la prénotation (*D.* 4 janvier 1955, art. 37-2).

61. Jurisprudence souvent réitérée depuis * Cass. civ. 3^e, 15 décembre 1993, *cons. Cruz*, *Bull. civ.* III, n° 174 ; *D.* 1994.507, n. Fr. Bénac-Schmidt ; somm. 230, obs. O. Tournafond ; *D.* 1995, somm. 87, obs. crit. L. Aynès ; *JCP G* 1995.II.22366, n. crit. D. Mazeaud ; *Defrénois* 1994, art. 35845, n° 61, obs. crit. Ph. Delebecque : « *Tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir* ».

62. V. toutefois D. MAINGUY, *RTD civ.* 2004.14 et *JCP G* 2012, n° 808 ; M. FABRE-MAGNAN, *RDC* 2012. 633. Et plus généralement, le débat pour et contre sur ce point *ib.*, p. 617 s.

63. * Cass. civ. 3^e, 11 mai 2011, n° 10-12875, *Bull. civ.* III n° 77 ; *D.* 2011.1457, n. D. Mazeaud et D. Mainguy ; *Defrénois* 2011. 1023, n. L. Aynès ; *JCP N* 2011.1163, rap. M. Rouzet ; *Dr. et patr.* févr. 2012, p. 69 s., n. Ph. Stoffel-Munck ; *Contrats, conc. consom.* 2011, n° 186, n. L. Leveneur ; *RDC* 2011. 1133, n. Y.-M. Laithier et 1259, n. Ph. Brun : « *la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée* » (le bénéficiaire a levé l'option dans le délai requis, mais après la rétractation, l'ayant droit du promettant ayant exercé une action en

promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis ».

121. Refus d'acquérir et indemnité d'immobilisation. – Le bénéficiaire peut renoncer au projet d'acquisition : il exerce alors son option en refusant d'acquérir.

Il est souvent convenu, surtout en matière immobilière, que le bénéficiaire devra alors verser une indemnité d'immobilisation, ou abandonner celle qu'il avait versée lors de la conclusion de la promesse. La validité de cette convention, puis son incidence sur la promesse elle-même ont été successivement discutées.

122. Validité et intangibilité de l'indemnité. – On avait autrefois soutenu que, le bénéficiaire n'étant pas obligé d'acquérir, l'obligation de payer une somme d'argent était sans cause⁶⁴. La Cour de cassation a condamné le raisonnement : elle a décidé que l'obligation de payer pesant sur le bénéficiaire avait pour cause l'immobilisation du bien à laquelle s'était obligé le promettant pendant la durée de l'option ; ou, pour employer une expression plus récente, « *le prix de l'exclusivité consentie au bénéficiaire* »⁶⁵ : la somme d'argent n'est ni un dédit, ni une clause pénale⁶⁶. Elle n'est une clause pénale que si elle sanctionne l'obligation pour le bénéficiaire de ne pas empêcher le jeu d'une condition suspensive⁶⁷.

L'indemnité d'immobilisation ne peut donc être modifiée par les tribunaux en vertu de l'article 1231-5, alinéa 2 (ancien art. 1152), à la différence de la clause pénale⁶⁸. Cependant le bénéficiaire conserve son indemnité (ou doit être remboursé) lorsque son refus de lever l'option est justifié, par exemple en raison d'un vice de la chose ou d'un défaut de conformité⁶⁹.

L'article L. 271-2 du Code de la construction et de l'habitation, interdit la perception d'une indemnité avant l'expiration d'un délai de sept jours, délai pendant lequel l'acquéreur non professionnel doit pouvoir librement se rétracter (art. L. 271-1)⁷⁰. En outre, l'article 1589-1 frappe de nullité tout « *engagement unilatéral souscrit en vue de l'acquisition d'un bien [...] pour lequel il est exigé ou reçu de celui qui s'engage un versement, quelle qu'en soit la cause ou la forme* », règle ayant pour but d'éviter les pratiques de certains agents immobiliers.

Lorsqu'elle résulte d'une promesse consentie par une personne physique sur un immeuble, pour une durée de dix-huit mois, le montant de l'indemnité ne peut être inférieur à 5 % du

nullité de la promesse). La chambre commerciale lui a emboîté le pas pour les promesses de cession de droits sociaux : Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10-19526, D. 2012.130, n. A. Gaudemet ; RTD civ. 2011.758, obs. B. Fages. De même, le Conseil d'État : CE, 2 avr. 2015, D. 2015. 869.

64. B. BOCCARA, « De la notion de promesse unilatérale », JCP G 1970.I.2357 bis.

65. Cass. civ. 1^{re}, 5 décembre 1995, Bull. civ. I, n° 452 ; *Defrénois* 1996, art. 36.354, n° 62, obs. D. Mazeaud : « *L'indemnité d'immobilisation, stipulée dans une promesse unilatérale de vente comme acquise au promettant en cas de défaut de réalisation de la vente, constitue le prix de l'exclusivité consentie au bénéficiaire de la promesse* ».

66. Cass. civ. 3^e, 5 décembre 1984, Bull. civ. III, n° 208 ; D. 1985.544, n. F. Bénac-Schmidt ; JCP G 1986.II.20555, n. G. Paisant ; *Defrénois* 1986, art. 33653, n. J.-M. Olivier ; RTD civ. 1985.372, obs. J. Mestre, 592, obs. Ph. Rémy : « *la stipulation d'une indemnité d'immobilisation au profit du promettant ne constitue pas une clause pénale* ».

67. Cass. civ. 3^e, 24 septembre 2008, Bull. civ. III, n° 139, Dr. et patr. juin 2009, chr., obs. L. Aynès : la somme d'argent était due par le bénéficiaire s'il faisait obstacle au jeu de la condition d'obtention du prêt ; jugé que la stipulation « *fût-elle improprement qualifiée d'indemnité d'immobilisation, avait pour objet de faire assurer par l'acquéreur l'exécution de son obligation de diligence* » dans la demande de prêt ; la somme d'argent a alors un caractère comminatoire.

68. Cass. civ. 3^e, 5 décembre 1984, Bull. civ. III, n° 207 ; D. 1985.547, n. J. Bénac-Schmidt ; RTD civ. 1985.594, obs. Ph. Rémy : « *Les sommes versées par lui (le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente) n'étaient pas destinées à assurer l'exécution d'une convention* » ; cassation de l'arrêt qui avait appliqué l'art. 1152, al. 2 (devenu l'art. 1231-5).

69. Cass. civ. 3^e, 28 janvier 1987, Bull. civ. III, n° 13.

70. V. J.-F. SAGAUT, RDC 2009. 1587.

prix et doit être consigné chez le notaire ou garanti par une caution (CCH, art. L.290-2, L.25 mars 2009).

123. Qualification de la promesse. – On s’est demandé si l’existence d’une indemnité d’immobilisation ne transformait pas la promesse unilatérale en promesse synallagmatique. Ce qui aurait eu au moins deux conséquences ; l’une, sur la preuve : la preuve de la promesse synallagmatique est soumise à la règle du double original (art. 1375, ancien art. 1325). L’autre, sur sa validité : la promesse sous signature privée non enregistrée dans les dix jours n’est nulle que si elle est unilatérale (art. 1589-2)⁷¹ ; inversement, la promesse de cession d’un fonds de commerce n’est soumise aux mentions informatives du cessionnaire que si elle est synallagmatique⁷².

La promesse demeure unilatérale en dépit de l’indemnité d’immobilisation, car les obligations du promettant et du bénéficiaire ne sont pas « symétriques »⁷³ : celui-ci ne s’est pas obligé à acheter. Peu importe pour certains auteurs le montant de l’indemnité, même si son importance oblige, en fait, le bénéficiaire à acheter⁷⁴.

124. Condition suspensive ; protection des consommateurs. – La promesse unilatérale peut comporter, dans l’intérêt du bénéficiaire, une condition suspensive (ex. : l’obtention d’une autorisation administrative, d’un prêt...). Si elle se réalise, la promesse s’exécute ; si elle défaille, elle est caduque, ce qui libère le promettant qui peut désormais vendre le bien à un tiers⁷⁵. Son bénéficiaire peut toujours renoncer à l’obtenir et conclure la vente⁷⁶.

Lorsque pour une acquisition ou une promesse d’acquisition immobilière, un consommateur entend recourir à un prêt s’il lève l’option, la promesse doit être conclue sous la condition suspensive de l’obtention du ou des prêts qui en assureront le financement (C. consom., art. L. 313-25 et 313-26)⁷⁷, même si le vendeur n’est pas un professionnel. L’acquéreur ne peut s’engager sans condition que s’il stipule, par une mention écrite de sa main, qu’il n’entend pas recourir à un emprunt. Si le prêt n’est pas obtenu dans le délai convenu, le contrat est caduc et les acomptes ou indemnités d’immobilisation versés par l’acquéreur doivent lui être restitués⁷⁸.

71. *Supra*, n° 115.

72. Cass. com., 24 octobre 1984, *Bull. civ. IV*, n° 282 ; *infra*, n° 160.

73. Cass. com., 24 avril 1972, *Bull. civ. IV*, n° 120 : il y a promesse synallagmatique « si à l’engagement de vendre correspond l’engagement symétrique d’acheter ».

74. Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 2010, 09-65673, *Bull. civ. I*, n° 252 ; D. 2010.461, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *JCP G* 2011.481, n. Y. Dagonne-Labbe ; *Defrénois* 2011.83, n. V. Zalewski ; *RDC* 2011.420, obs. crit. Y.-M. Laithier : « le versement d’un dépôt de garantie (en l’espèce une indemnité d’immobilisation) d’un montant presque égal au prix de la vente ne préjudiciait en rien à la qualification de cet acte ».

75. Ex : Cass. civ. 3^e, 14 septembre 2005, *Bull. civ. III*, n° 166 ; *JCP G* 2005.II.10173, n. G. Loiseau ; *Dr et patr.* janvier 2006, obs. L. Aynès ; *Contrats, conc. consom.* 2006, n° 1, n. L. Leveneur ; D. 2006.761, n. D. Mazeaud ; *RDC* 2006.314, obs. Y.-M. Laithier et 811, obs. G. Viney : le bénéficiaire ne saurait reprocher au promettant, la condition suspensive ayant défailli (départ des locataires de l’immeuble), d’avoir vendu à un tiers, sans lui avoir fait une nouvelle proposition : « l’obligation de bonne foi suppose l’existence de liens contractuels et ceux-ci cessent lorsque la condition suspensive à laquelle ils étaient soumis a défailli ».

76. Cass. civ. 3^e, 13 octobre 1999, *JCP G* 2000.I.237, n° 14, obs. J. Rochfeld ; n.p.B. : « La condition suspensive avait été stipulée dans l’intérêt (des bénéficiaires) et ceux-ci pouvaient dès lors y renoncer et valablement lever l’option ». Comp. le caractère bilatéral de la caducité dans les promesses synallagmatiques, *infra* n° 135.

77. Mais il est inutile d’entrer dans le détail des conditions du futur prêt : Cass. civ. 3^e, 24 septembre 2003, *Bull. civ. III*, n° 164 ; D. 2003. 2694 ; *RTD civ.* 2004.112, obs. P.-Y. Gautier ; le vendeur ne saurait non plus « imposer à l’acquéreur de déposer une demande de crédit dans un certain délai », inférieur au délai légal, d’ordre public : Cass. civ. 3^e, 12 février 2014, n° 12-27182, *Bull. civ. III* n° 20 (en l’espèce, il avait été imposé un délai de 10 jours, alors que le texte donne un mois à celui-ci).

78. À moins que l’acheteur ait renoncé, même tacitement, à la condition : Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 1998, *Bull. civ. I*, n° 120 ; *Defrénois* 1998.749, obs. J.-L. Aubert ; *Contrats, conc. consom.* 1998, n° 86, obs. L. Leveneur ; *JCP G* 1998.II.10148, 2^e esp., n. S. Piedelièvre ; *RTD civ.* 1998.671, obs. J. Mestre : « S’il est interdit de renoncer par avance aux règles de protection établies par la loi sous le sceau de l’ordre public, il est en revanche permis de renoncer aux effets acquis de telles règles »

125. Option et condition suspensive. – Comment combiner option et condition suspensive ? Puisque le bénéficiaire n'est pas obligé d'acheter, quelle est l'obligation suspendue à l'événement futur et incertain qui forme la condition ? Ce ne peut être que celle de payer une indemnité d'immobilisation ; la loi le précise (*ib.*, art. L. 313-16, al. 2), et la règle vaut pour toute espèce de condition. Trois hypothèses peuvent se rencontrer : **1°** La condition **se réalise avant** la date fixée pour la levée de l'option ; s'il renonce à l'acquisition, le bénéficiaire doit payer l'indemnité stipulée. **2°** La condition **défaillit avant** la date fixée pour la levée de l'option : le bénéficiaire est libéré de toute obligation ; mais il peut lever l'option⁷⁹ : il renonce ainsi à la condition⁸⁰, et cette renonciation unilatérale est efficace pourvu que la promesse soit toujours en vigueur, ce qui implique que la défaillance de la condition ne l'ait pas rendue caduque. **3°** La condition **est pendante** alors que l'option est expirée, situation rare impliquant que les deux délais – d'option et de jeu de la condition – ne coïncident pas ; le bénéficiaire peut exercer son option ; mais la levée de l'option est subordonnée à la réalisation de la condition, sauf s'il renonce à celle-ci.

126. Obtention d'un prêt. – Si la promesse avait subordonné la conclusion de la vente à l'obtention d'un prêt, le prêt serait obtenu du seul fait que le prêteur a adressé à l'emprunteur une offre de prêt conforme à sa demande sans qu'il soit nécessaire qu'elle ait la forme d'offre de crédit prévue par le Code de la consommation⁸¹ sauf stipulation particulière du contrat ; il n'est pas nécessaire que l'emprunteur l'ait acceptée, ce qui aurait rendu la condition purement potestative. Les formules notariales précisent les caractéristiques du prêt envisagé et ce qu'il faut entendre par « obtention »⁸². Une rétractation tardive de l'offre de prêt serait sans effet sur l'exécution de la promesse⁸³.

Si l'acquéreur ne sollicite pas le prêt, ou ne le demande pas dans les délais prévus, la condition est réputée survenue et le bénéficiaire obligé purement et simplement à une vente définitive (art. 1304-3, ancien art. 1178)⁸⁴, à moins que le vendeur ne préfère se prévaloir de la caducité de

(l'acheteur, en dépit du refus de crédit, avait continué comme si de rien n'était et n'en avait même pas informé le vendeur).

79. Cass. civ. 3^e, 12 avril 1995, *Bull. civ.* III, n° 111 ; *D.* 1996.286, n. crit. O. Staes.

80. Il devra alors conclure aux conditions initialement prévues ; par exemple, il ne pourra réclamer la conclusion du contrat avec une réduction du prix, au cas où la non réalisation serait imputable à faute au vendeur : Cass. civ. 3^e, 31 mars 2005, *Bull. civ.* III, n° 82 ; *JCPG* 2005.II.10157, n. H. Kenfack ; en l'espèce, la promesse était subordonnée à l'obtention d'un certificat d'urbanisme qui fut refusé ; la cour d'appel débouta le bénéficiaire qui voulait néanmoins conclure les ventes, « sous réserve d'une réduction de prix en réparation du préjudice résultant du dol du vendeur » ; rejet du pourvoi.

81. Cass. civ. 3^e, 23 juin 2010, *Bull. civ.* III, n° 133 ; *Defrénois* 2011.245, chr. M. Dagot ; *JCPN* 2010, n° 1320, n° 7, obs. S. Piedelièvre ; *JCPE* 2010, n° 1870, n. L. Leveneur ; *Contrats, conc. consom.* 2010, n° 221, m. n. ; *Dr. et patr.* 2011.641, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RTD civ.* 2010.551, obs. B. Fages ; *RTD com.* 2010.795, obs. D. Legeais : « une offre préalable de crédit conforme aux dispositions du Code de la consommation, qui ne sont exigées que pour la protection de l'emprunteur, n'est pas nécessaire pour la réalisation de la condition suspensive d'obtention du prêt [...] ; la formule d'usage "sous réserve de prise de garanties et des assurances" ne rendant pas cet accord conditionnel et ne portant pas atteinte à son caractère ferme ».

82. Ex. : « Dans les rapports entre le promettant et le bénéficiaire, le prêt sera considéré comme obtenu lorsque les deux conditions suivantes seront cumulativement remplies : 1) Le bénéficiaire aura reçu de l'établissement ou des établissements prêteurs une offre ou des offres de prêt formulées (conformément au C. consom.) Le prêt ou les prêts répondront aux caractéristiques sus énoncées. La demande de réalisation du bénéficiaire ne pourra avoir lieu que dix jours après la dernière en date des offres de prêt, délai de réflexion imposé par (le code) pour l'acceptation de l'offre de prêt par l'emprunteur ».

83. Cass. civ. 1^{re}, 17 novembre 1998, *Bull. civ.* I, n° 324 ; *Contrats, conc. consom.* 1999, comm. n° 19, n. L. Leveneur.

84. Jurisprudence constante : ex. : Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 1990, *Bull. civ.* I, n° 175 ; en l'espèce, la cour d'appel avait accordé au promettant l'indemnité d'immobilisation stipulée dans une promesse de vente ; il faut « que le bénéficiaire d'une promesse de vente ait fait le nécessaire pour obtenir les

l'acte⁸⁵ ou de l'éventuelle clause pénale⁸⁶. Sauf si l'acquéreur démontre que la condition ne se serait de toute façon pas réalisée, même s'il avait exécuté ses engagements⁸⁷. C'est au bénéficiaire qu'il appartient de prouver qu'il a fait diligence. La convention des parties ne peut modifier au profit du promettant l'exercice de la condition tel que le prévoit la loi ; peu importe, par exemple, que le bénéficiaire se soit engagé à avertir le promettant de sa défaillance⁸⁸ : cette clause doit être réputée non écrite.

Si le prêt est obtenu et que le bénéficiaire ne veut pas lever l'option, il perd son indemnité d'immobilisation⁸⁹ ; au contraire, si le prêt n'est pas obtenu, l'indemnité doit être remboursée, quelles que soient les clauses stipulées ou les circonstances dans lesquelles le prêt n'a pas été obtenu⁹⁰.

§ 2. PROMESSE UNILATÉRALE D'ACHAT

127. Irrévocable. – La promesse unilatérale d'achat constitue l'inverse de la promesse de vente. Un candidat acheteur (le promettant) promet d'acheter un bien lorsque le propriétaire se décidera à le vendre ; seul le promettant est engagé, non le propriétaire. On en trouve des applications dans les clauses d'exclusivité⁹¹ ; ou, dans les ventes commerciales sujettes à confirmation : le bon de commande précise que la commande ne sera ferme qu'après sa réception et la confirmation par le vendeur ; ou bien dans les cessions d'actions⁹².

La promesse d'achat est soumise aux mêmes règles que la promesse de vente, notamment l'irrévocabilité⁹³ et aux règles afférentes à la levée de l'option (indemnité, conditions

crédits en temps voulu » ; or celui-ci n'avait « accompli aucune démarche pendant la prorogation de la promesse, se bornant à former une demande de prêt auprès d'une banque le jour de l'expiration du délai ». Rejet du pourvoi.

85. Jurisprudence constante : ex. : Cass. civ. 3^e, 30 avril 1997, *Bull. civ.* III, n° 95 ; *D. Aff.* 1997.696 ; *Defrénois* 1997.1014, n. D. Mazeaud : la cour d'appel « a constaté qu'aucun acte de prêt n'avait été formalisé au terme convenu de 20 avril 1987 a pu en déduire que la condition devait être considérée comme défaillie et que les époux Plazen ne pouvaient plus exiger que l'acte de vente devenu caduc, fût réitéré ».

86. Cass. civ. 3^e, 24 septembre 2008, cité *supra* n° 122.

87. Ex. : Cass. civ. 3^e, 12 septembre 2007, n° 06-15640, *Bull. civ.* III, n° 143 ; *D.* 2008.329, n. A.-C. Martin ; *JCP G* 2008.II.10116, 1^{re} esp., n. Bl. Mallet-Bricout ; *Defrénois* 2007.1744, obs. E. Savaux ; *RTD civ.* 2007.770, obs. B. Fages ; en l'espèce, il avait été prévu que le prêt à l'obtention duquel était subordonnée la vente aurait dû être d'une durée de quinze ans ; or l'acquéreur ne l'avait pas sollicité ; la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir refusé de constater la réalisation de la condition en raison de la faute de l'acquéreur, en constatant que la banque aurait de toute façon refusé le prêt, compte tenu de la situation financière de l'acquéreur-emprunteur.

88. Cass. civ. 1^{re}, 9 mai 1996, *Bull. civ.* I, n° 190 ; *D.* 1996, IR, 148 : « La clause de la promesse de vente qui lui (le bénéficiaire-emprunteur) imposait la signification au vendeur de la non-obtention du prêt dans le délai légal faisait échec aux dispositions d'ordre public de la loi du 13 juillet 1979 ».

89. Cass. com., 31 janvier 1989, *Bull. civ.* IV, n° 47.

90. Cass. civ. 3^e, 9 novembre 1988, *Bull. civ.* III, n° 189 ; *JCP G* 1989.II.21296 ; en l'espèce, l'acheteur avait subordonné son achat à l'obtention de deux prêts ; l'un lui fut refusé, et le vendeur proposa de se substituer au prêteur pour accorder le crédit ; la cour d'appel jugea que le refus de l'acheteur de conclure la vente était « abusif ». Cassation : « Les parties n'étaient pas convenues d'un autre mode de financement susceptible de se substituer au prêt refusé ».

91. Ex. : Affiliation : Cass. com., 16 février 1993, *Bull. civ.* IV, n° 60 : une société « s'affilie » à une autre en prévoyant que l'affiliée s'engage à acquérir de façon prioritaire à l'affiliant toutes les marchandises nécessaires à son exploitation.

92. Les promesses unilatérales d'achat d'actions à un prix plancher sont valables : Cass. com., 16 novembre 2004, *Bull. civ.* IV, n° 197.

93. * Cass. civ., 25 novembre 1896, *aff. Hollier-Larousse*, *DP* 1897.1.34 : « Une promesse d'achat dont il a été régulièrement pris acte oblige celui qui l'a faite, alors même que la partie envers laquelle elle est contractée ne s'est point obligée à vendre, et que la réalisation du contrat est subordonnée à sa volonté ».

suspensives, etc.⁹⁴. Elle échappe à l'article 1589-2⁹⁵. Pour des acquisitions immobilières, l'acquéreur non professionnel, jouissant d'un droit de rétractation, ne saurait être tenu de procéder à un versement anticipé (art. 1589-1)⁹⁶.

Parfois, dans les promesses croisées, les parties concluent une promesse unilatérale de vente et une promesse unilatérale d'achat du même bien. L'un promet de vendre si l'autre achète, l'autre promet d'acheter, si le premier vend : une vente définitive paraît alors formée⁹⁷. Il se peut, cependant, que les parties aient voulu différer la formation de la vente jusqu'au moment où l'une d'elles exercerait son option ; si aucune des deux ne lève l'option dans le délai convenu, les promesses sont caduques⁹⁸. Si l'une d'elles lève l'option, l'autre est engagée, même si elle a renoncé à la sienne.

SECTION II

PROMESSE SYNALLAGMATIQUE

128. Compromis. – La promesse synallagmatique ne confère ni à l'acheteur ni au vendeur une option : leur engagement est définitif, sauf si une faculté de dédit avait été convenue⁹⁹. Ce qui n'implique pas toujours que la vente soit formée ; la promesse synallagmatique n'est souvent qu'une étape qui n'aboutira pas nécessairement à la vente. Elle peut être conclue sous condition suspensive et devient alors une vente conditionnelle (art. 1584).

La promesse synallagmatique de vente d'immeuble, sous le nom de « compromis », est un avant-contrat aussi utilisé que la promesse unilatérale de vente, particulièrement dans la France méridionale et en Normandie. *Sur sa rétractation*¹⁰⁰.

129. Vraies et fausses conditions. – Selon le Code civil, la promesse synallagmatique de vente est une vente. Aux termes de l'article 1589, « *la promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix* ». En pratique, les parties recourent souvent à la promesse de

94. Ex. : Cass. civ. 3^e, 13 mai 1998, *D.* 1999. somm. 10, obs. O. Tournafond (promesse devenue caduque, option non levée par le vendeur, condition suspensive non réalisée).

95. Cass. civ. 3^e, 18 mars 1975, *Bull. civ.* III, n° 112 : « *L'article 1840 A., CGI [aujourd'hui C. civ. 1589-2], qui ne vise que les promesses unilatérales de vente, laisse en dehors de son champ d'application les promesses d'achat.* »

96. Cass. com., 14 janvier 2014, n° 12-29071, npB : une promesse d'achat et une promesse de vente d'actions dans des termes identiques ne constituent pas une vente parfaite si le bénéficiaire a déclaré accepter la promesse « *en tant que telle si bien qu'elle n'emporte, pour lui, aucune obligation d'achat* ». *Supra*, n° 122.

97. Cass. com., 22 novembre 2005, *Lavaud*, *Bull. civ.* IV, n° 234 ; *D.* 2006, AJ 149, n. A. Lienhard et 2006, Pan. 2639, n. crit. S. Amrani Mekki, chron. crit. J. Mouly, p. 2793 ; *Defrénois* 2006.605, obs. crit., R. Libchaber ; *RDC* 2006.383, obs. Ph. Brun et 1095 obs. crit. A. Bénabent ; *RTD civ.* 2006.302, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Dr. et patr.*, octobre 2006, p. 30, chron. crit. C. Grimaldi : « *l'échange d'une promesse unilatérale d'achat et d'une promesse unilatérale de vente réalise une promesse synallagmatique de vente valant vente définitive, dès lors que les deux promesses réciproques ont le même objet et qu'elles sont stipulées dans les mêmes termes* » ; la plupart des commentateurs se sont montrés critiques, d'abord du fait de la méconnaissance de la volonté des parties, ayant utilisé les promesses croisées pour ne pas s'engager définitivement, ensuite parce qu'un délai de levée d'option avait été stipulé et était expiré dix ans avant que l'une d'elles en réclame l'exécution.

98. Comp. Cass. com., 22 novembre 2005, préc.

99. Conséquence : si le promettant a fait l'objet d'une liquidation judiciaire avant la réitération, celle-ci est « sans effet » sur la promesse et le juge-commissaire ne saurait céder le bien à un tiers, fût-ce à un meilleur prix : Cass. com., 7 mars 2006, *Bull. civ.* IV, n° 63 ; *D.* 2006, AJ 859, obs. A. Lienhard.

100. *Supra*, n° 100.

vente, parce que la conclusion définitive de la vente n'est pas encore possible, ou que la vente ne doit pas immédiatement produire ses effets. Les parties concluent alors une promesse synallagmatique ou une vente sous condition suspensive¹⁰¹ de l'événement futur, qui la rendra définitive.

Cette pratique suscite un abondant contentieux, parce qu'elle utilise une même expression, « la condition suspensive », pour régir des situations différentes, parfois opposées. Tantôt, les effets de la vente rétroagissent au jour de la promesse ; tantôt, ils sont simplement différés ; tantôt, c'est la formation de la vente qui dépend d'un événement futur : la promesse de vente n'est alors qu'un projet, surtout si la survenance de l'événement dépend du bon vouloir des parties. Des distinctions s'imposent.

En droit civil, une condition est un événement futur et incertain suspendant l'existence d'une obligation. Comme on ne peut en même temps s'obliger et ne pas s'obliger, seul un événement ne dépendant pas des parties peut constituer une condition, car lui seul est incertain. Si l'événement mis en « condition » est l'exercice par les parties d'un acte de volonté – telle la réitération de la promesse par acte authentique ou le paiement du prix –, l'acte n'est pas conditionnel et peut avoir deux significations, selon la volonté des parties. Ou bien, elles se sont engagées à exécuter cet acte ; l'événement n'est pas incertain, puisqu'elles peuvent y être contraintes ; il constitue un terme. Ou bien, il s'agit d'un simple projet, qui n'est pas obligatoire.

Lorsque la promesse a pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation au bénéfice d'un non-professionnel, celui-ci dispose d'un droit de rétractation de sept jours à compter de la notification de l'acte¹⁰² ; lorsque la vente est conclue par un acte authentique, l'acheteur bénéficie non d'une faculté de rétractation, mais d'un délai de réflexion ; aucune somme ne pourra être perçue par le vendeur dans l'intervalle (CCH, art. L. 271-1 et 2)¹⁰³.

130. Cession de promesse synallagmatique. – La Cour de cassation a admis qu'une promesse synallagmatique de vente pouvait être cédée¹⁰⁴. À la condition, bien entendu, qu'elle fût cessible ; c'est-à-dire que la promesse n'eût pas été conclue *intuitu personae*, ni qu'une clause en eût interdit la cession, ni qu'elle fût tombée sous la prohibition de la loi *Sapin* du 29 janvier 1993, article 52, interdisant les cessions de promesses consenties à titre onéreux par un professionnel de l'immobilier. Et à la condition aussi qu'il s'agisse d'une promesse de vente où le transfert de propriété a été différé et non d'une vente ayant produit un transfert de propriété instantané¹⁰⁵.

La qualification de cession de contrat peut être contestée, dans la mesure où la vente est conclue avec le cédant : il s'agit pour celui-ci de transmettre les droits qu'il a définitivement (même s'ils sont à terme) acquis sur la chose ; ce qu'il cède, ce ne sont donc pas les droits qu'il avait contre le promettant, mais un droit réel.

101. Rarement sous condition résolutoire, pour une raison fiscale : dans une vente sous condition résolutoire, les droits de mutation sont immédiatement dus, car il y a mutation ; en outre, si la condition se réalise, de nouveaux droits sont dus, car il y a une nouvelle mutation en sens inverse. Au contraire, dans une vente sous condition suspensive, les droits ne sont exigibles que s'il y a réalisation de la condition : ils sont donc éventuels, suspendus, et ne sont payés qu'une fois.

102. La notification doit être faite (art. L.271-1 al. 2) « par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout autre moyen présentant des garanties équivalentes pour la détermination de la date de réception ou de remise » ; sur les formes de la notification *supra*, n° 100.

103. **Biblio.** : Ph. PELLETIER, *Defrénois* 2001.205 ; O. RAULT, *JCPG* 2001.I.294 ; H. PÉRINET-MARQUET, *JCPG* 2002.I.129. Le versement d'un acompte pourra cependant être fait entre les mains d'un agent immobilier, qui devra les rendre au cas où le bénéficiaire se rétracterait effectivement.

104. Cass. civ. 3^e, 7 juillet 1993, *Bull. civ.* III, n° 111 ; D. 1994.597, n. J.-P. Clavier ; D. 1993, somm. 211, obs. A. Penneau.

105. *Droit des obligations*, coll. Droit civil. Rapp. * Cass. civ. 3^e, 28 juin 2006, *époux Gomès*, *Defrénois* 2006.251, *supra*, n° 116 ; la faculté de substituer l'acquéreur n'ôte pas à la promesse son caractère synallagmatique.

Quels qu'en soient les termes, les promesses synallagmatiques de vente constituent tantôt des ventes conditionnelles (§ 1), tantôt des ventes à terme (§ 2), exceptionnellement de simples projets (§ 3).

§ 1. VENTES CONDITIONNELLES

La promesse synallagmatique constitue une vente conditionnelle lorsque le vendeur et l'acquéreur ont consenti ; mais la conclusion de la vente ne dépend pas d'eux, mais d'un tiers ou d'un événement étranger. Ce peut être l'effet de la loi (I) ou de la convention (II).

I. — Dispositions légales

La loi subordonne certaines ventes soit à une autorisation administrative, soit à une condition suspensive.

131. Autorisation administrative ou déclaration à l'administration. – Un des moyens qu'utilise depuis longtemps la puissance publique pour diriger et contrôler l'activité économique des particuliers est de soumettre leur vente à une autorisation administrative (agrément, permis, visa, licence...) ou de l'obliger à déclaration. La portée de ce formalisme est diverse : tantôt, elle est nécessaire pour que la vente produise son effet translatif, mais le contrat est obligatoire dès sa conclusion¹⁰⁶ ; tantôt, c'est la formation même du contrat qui dépend de l'autorisation : jusqu'à ce qu'elle soit obtenue, l'accord des parties n'a pas de force obligatoire. En voici trois exemples dont les effets juridiques sont très différents.

132. 1^o Office ministériel. – La cession d'un office ministériel est soumise à l'agrément de la Chancellerie, parce que l'officier ministériel cessionnaire ne peut exercer son activité que par la délégation de l'État. La convention conclue sous la condition de l'obtention de cet agrément est pourtant obligatoire entre les parties ; la Cour de cassation décide ainsi que, comme dans toute vente, le prix convenu par les parties ne peut être révisé¹⁰⁷ ; la révocation de la promesse expose son auteur à des dommages-intérêts¹⁰⁸.

133. 2^o Lotissements. – La loi soumet l'acte de lotissement à une autorisation préfectorale (C. urb., art. L. 315-1, 316-3, L. 31 déc. 1976), afin d'assurer une politique de l'urbanisme et de l'environnement (par ex., empêcher l'univers pavillonnaire). La Cour de cassation a décidé que la promesse de vente subordonnée à ce genre d'autorisation était nulle ; à cause de la rétroactivité de la condition, l'octroi ultérieur de l'autorisation ne ferait pas disparaître la nullité¹⁰⁹.

106. Ex. : Cass. com., 15 février 1994, *Bull. civ. IV*, n° 64 : « La déclaration prévue par les articles L. 574 et 575, C. santé publ. (auj. art. L. 5125-16 et L. 5125-17) ; ("tout pharmacien se proposant d'exploiter une officine doit en faire la déclaration préalable à la préfecture où elle sera enregistrée") constitue une formalité préalable à l'exploitation et non à la cession d'une officine pharmaceutique ; c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que l'omission dans l'acte de cession, de la stipulation d'une condition suspensive relative à cette déclaration n'entraînait pas la nullité d'un tel acte ».

107. Cass. civ. 1^{re}, 7 décembre 2004, *Bull. civ. I*, n° 307 ; *Contrats., conc. consom.* 2005, comm. n° 60, n. L. Leveneur ; RDC 2005.681, obs. D. Mazeaud : « s'appliquent aux cessions d'officiers publics ou ministériels, les règles de droit commun de la vente mobilière qui n'admettent pas la révision du prix ».

108. Cass. civ. 1^{re}, 16 juillet 1985, *Bull. civ. I*, n° 224 : « Si le titulaire d'un office est libre d'exercer son droit de présentation et de choisir son successeur jusqu'à la nomination d'un nouveau titulaire par le garde des Sceaux, ce qui lui donne la faculté, jusqu'à cette nomination, de retirer une précédente présentation pour la remplacer par une autre, une telle faculté n'exclut pas, conformément aux règles du droit privé, l'obligation de réparer le dommage résultant de l'inexécution d'un engagement ».

109. Cass. civ. 3^e, 18 mars 1974, *Bull. civ. III*, n° 128 ; JCP G 1975.II.17947, n. Thuillier ; *Defrénois* 1974, art. 30727, obs. Frank : « Toute promesse de vente ou de location, toute vente ou location de

134. 3° Crédit immobilier. – Afin de protéger le consommateur, le Code de la consommation impose une condition suspensive d'obtention d'un crédit à la promesse synallagmatique de vente d'immeubles ou de biens qui leur sont assimilés, comme à la promesse unilatérale (C. consom., art. L. 313-26)¹¹⁰. Si l'acheteur n'a pas fait le nécessaire dans le délai imparti, la condition est réputée accomplie (art. 1304-3, ancien art. 1178), ce qui permet au vendeur d'obtenir, soit l'exécution forcée, soit l'acquisition du dédit¹¹¹.

Si la banque prêteuse avait informé l'emprunteur-acheteur de l'obtention de crédit dans le délai mais n'avait réalisé son offre que tardivement, l'acheteur pourrait décider que la promesse n'est pas caduque¹¹².

II. — Convention

135. Autorisations d'exploiter, de construire ; purge du droit de préemption. – Les parties peuvent faire d'un élément qui, légalement, n'est pas essentiel à la validité du contrat une condition suspendant la formation de la vente. Elles rédigent un acte sous signature privée, généralement qualifié de promesse synallagmatique ou de compromis, qui prévoit cette condition. Il s'agit d'une véritable vente conditionnelle dans la mesure où la réalisation de la condition ne dépend pas de leur volonté.

Telle est la vente sous condition d'obtention d'une autorisation administrative nécessaire à l'exploitation de la chose vendue : autorisation de cumul d'exploitation agricole¹¹³ (c'est-à-dire interdiction d'exploiter au-delà d'une certaine superficie ou d'agrandir un domaine agricole), permis de planter¹¹⁴. De même, la vente sous condition de non-exercice du droit de préemption par son bénéficiaire. Lorsque l'événement **se réalise**, la vente produit ses effets : transfert de propriété, obligation au paiement du prix, exigibilité des droits de mutation ; selon la volonté des parties, ces effets se produisent avec ou sans rétroactivité¹¹⁵. Si, au contraire, l'événement prévu **ne se réalise pas** dans le délai convenu, la promesse synallagmatique devient

terrains bâtis ou non bâtis, compris dans un lotissement, ainsi que toute acceptation d'un acompte, sont interdites avant l'arrêté d'autorisation du préfet ; toute inobservation des dispositions prévues par la réglementation en matière de lotissement peut, à la requête des propriétaires ou du préfet, entraîner la nullité, sauf pour les parcelles pour lesquelles le permis de construire a été accordé ».

110. *Supra*, n° 124.

111. Cass. civ. 3^e, 19 mai 1999, *Bull. civ. III*, n° 120 ; *Contrats, conc. consom.* 1999, comm. n° 141, n. L. Leveneur ; *D.* 2000.692, n. I. Ardeef ; *JCP G* 2000. II.10336, n. J.-L. Elhoueiss : « *La cour d'appel a pu déduire de ce manquement de Mme Z. à son obligation de solliciter un prêt correspondant aux caractéristiques définies dans la promesse de vente qu'elle avait empêché la réalisation de la condition suspensive* ».

112. Cass. civ. 3^e, 24 septembre 2003, *Bull. civ. III*, n° 164.

113. Cass. civ. 3^e, 2 avril 1979, *Bull. civ. III*, n° 85 ; *D.* 1980, IR, 103, obs. Martine : « *Le défaut d'autorisation du cumul n'entraîne pas la nullité de la vente consentie à un acquéreur déjà exploitant* ». Le régime des « structures agricoles » s'est libéralisé (L. 23 janvier 1990).

114. Ex. : la loi soumet maintenant à une autorisation administrative la plantation de vignes. Dans une espèce, il s'agissait de la vente d'un terrain destiné à la vigne ; bien qu'il en eût fait une condition de son contrat, l'acheteur, par sa faute, n'obtint pas l'autorisation administrative de planter ; le contrat demeura obligatoire parce que le vendeur n'avait pas à supporter les conséquences de la négligence de son acquéreur (Cass. civ. 3^e, 9 juillet 1980, *Bull. civ. III*, n° 136 ; *D.* 1981, IR, 312, obs. J. Ghestin) ; la solution eût pu aussi se fonder sur l'article 1178, ce qu'a fait expressément Cass. civ. 3^e, 18 mars 1998, *Contrats, conc. consom.* 1998, n° 85, n. L. Leveneur ; n.p.B.

115. Si l'acheteur est entré dans les lieux dès la promesse, il doit une indemnité d'occupation s'il n'y a pas rétroactivité (Cass. civ. 3^e, 12 mars 1974, *Bull. civ. III*, n° 114), et n'en doit pas dans le cas contraire (Cass. civ. 3^e, 9 juin 1971, *Bull. civ. III*, n° 365) ; le vendeur a droit aux loyers jusqu'à la réalisation de la condition, s'il est stipulé que l'acheteur n'a droit à la jouissance de la chose qu'à partir de cette date : Cass. civ. 3^e, 19 juillet 1995, *Bull. civ. III*, n° 209 ; *Deffrénois* 1996, art. 36272, n° 13, obs.

caduque et chaque partie peut s'en prévaloir¹¹⁶, sauf si l'inaccomplissement de la condition était imputable à l'acquéreur¹¹⁷. Ou si elles conviennent d'une prorogation¹¹⁸. La caducité étant objective, il n'y a ni responsabilité d'une des parties, ni indemnisation de l'autre¹¹⁹. Ces conditions suspensives sont enfermées dans des délais déterminés ou dans un « délai raisonnable »¹²⁰.

§ 2. VENTES À TERME

136. Réitération par acte authentique et paiement du prix. – En matière immobilière, les parties à une promesse synallagmatique de vente prévoient souvent que la vente ne deviendra définitive qu'au moment de sa « réitération » ou « régularisation » par acte authentique et lors du paiement complet du prix par l'acquéreur. La validité de cette stipulation n'est plus discutée¹²¹. La réitération devra être faite dans le délai convenu. Elle purge la promesse de ses vices de forme éventuels¹²².

Il ne s'agit pas d'une condition, qui, par définition, consiste en un événement dont la survenance est incertaine. Or, lorsque les parties ont conclu une promesse synallagmatique, la réalisation de l'événement futur peut être imposée par les tribunaux si l'une des parties se dérobe à son engagement : il n'y a donc pas d'incertitude.

Il s'agit généralement d'un terme suspensif¹²³. Les parties poursuivent en effet un triple objectif : se lier, tout en se laissant le temps nécessaire afin de faire ce qui est utile pour formaliser et exécuter la vente ; différer le paiement des droits de mutation ; garantir le vendeur, qui conserve la propriété jusqu'au paiement du prix, alors qu'il ne peut inscrire son privilège. Elles ont la

Ph. Delebecque ; pour l'incidence de la rétroactivité dans la communauté conjugale, v. *Droit des régimes matrimoniaux*, coll. Droit civil.

116. Cass. civ. 3^e, 29 mai 2013, n° 12-17077, *Bull. civ. III* n° 69, *RTD civ.* 2013. 592, obs. H. Barbier (non obtention d'un prêt) ; Cass. civ. 3^e, 13 juillet 1999, *Bull. civ. III*, n° 179 ; *D. Aff.* 1999.1461 ; *Defrénois* 1999.1331, obs. D. Mazeaud ; *JCP G* 2000.I.215, n. G. Virassamy : permis de construire obtenu hors délai ; le vendeur peut refuser de s'exécuter tout comme l'acheteur aurait pu le faire, « la défaillance d'une condition suspensive emporte caducité de la promesse synallagmatique de vente dont peuvent se prévaloir les deux parties ».

117. Ex. : Cass. civ. 3^e, 24 septembre 2008 ; *D.* 2008.2497, n. G. Forest ; *Defrénois* 2008.2290, n. E. Savaux ; *JCP G* 2009.II.10016, n. Y. Dagorne-Labbé ; *RDC* 2009.60 obs. n. s. D. Mazeaud ; *Bull. civ. III*, n° 139 (l'acquéreur n'a pas procédé aux diligences requises, il doit payer l'indemnité convenue, réductible selon le régime de la clause pénale).

118. Cass. civ. 3^e, 29 mai 2013, préc.

119. Cass. com., 28 mai 2013, n° 12-15339, n.p.B. ; *RTD civ.* 2013. 592, obs. H. Barbier (cassation de l'arrêt qui a fait jouer une clause pénale, alors que le prêt n'avait pas été obtenu, sans faute de la part de celui qui l'a sollicité).

120. Cass. civ. 3^e, 20 mai 2015, n° 14-11851, *Bull. civ. III* à paraître ; *RTD civ.* 2015. 619, obs. H. Barbier : pas d'obligation perpétuelle ; après plusieurs années, la promesse est caduque.

121. Cass. civ. 3^e, 9 juin 1971, *Bull. civ. III*, n° 362 : nonobstant leur accord sur la chose et sur le prix, les parties peuvent décider que l'acquéreur n'aura la propriété de la chose cédée qu'à compter du jour de la réalisation par acte authentique.

122. Cass. com., 27 juin 2000, *Bull. civ. IV*, n° 132 ; *Contrats, conc. consom.* 2000, n° 154, n. L. Leveneur : vente de fonds de commerce non conforme à l'article L. 141-1, C. com. (le contrat ne comportait pas les mentions obligatoires) : « L'acte authentique signé ultérieurement est exempt des causes de nullité qui selon la société M., viciaient l'acte sous seing privé, les parties ayant maintenu leur commune volonté alors qu'aucune cause de nullité n'affectait le nouvel acte, la société M. n'est pas fondée, faute d'intérêt, à poursuivre l'annulation du compromis ».

123. Ex. : *Req., 4 mai 1936, sté F. et autres, *DH* 1936.313 : « L'énonciation dans un acte sous seing privé portant accord sur la chose et sur le prix qu'un acte notarié sera ultérieurement dressé n'a pour effet de subordonner la formation et l'efficacité du contrat à l'accomplissement de cette formalité que s'il résulte clairement, soit des termes de la convention, soit des circonstances que telle a été la volonté des parties ».

volonté de s'engager de manière irrévocable, mais le transfert de propriété est différé. La vente est formée au jour de la promesse¹²⁴.

137. Option : vente forcée ou résolution. – Si l'une des parties se dérobe à son obligation, en ne payant pas le prix ou en refusant de signer l'acte authentique, l'autre dispose d'une option. Ou bien, elle poursuit l'exécution forcée de la vente, sous astreinte (signature de l'acte) ou obtient un jugement valant acte de vente, qui pourra être publié¹²⁵, puis elle agit en paiement et en dommages-intérêts contre l'acquéreur, sur lequel elle exerce des voies d'exécution. Ou bien, au contraire, elle entend être déchargée de ses obligations et demande la résolution pour inexécution de la vente, réclamant en outre des dommages-intérêts¹²⁶; la résolution est la seule issue si l'acheteur est insolvable ou est soumis à une procédure collective (sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire), lorsque, en ce dernier cas, l'administrateur judiciaire juge inopportune l'exécution du contrat¹²⁷. L'échéance du terme sans « régularisation » de la vente ni paiement du prix n'entraîne la caducité de la promesse que si les parties l'avaient décidé¹²⁸.

§ 3. SIMPLE PROJET

138. Exceptionnel. – Dans certains cas, les parties à la promesse synallagmatique ont réservé leur engagement : elles avaient fait de la signature de l'acte authentique un événement incertain ; en réalité, elles ne s'étaient pas engagées. La promesse synallagmatique n'était qu'un projet, ou, ce qui revient au même, une vente sous condition potestative¹²⁹.

L'analyse suppose une interprétation de volonté. Pour constater que l'acte ne constituait qu'un projet, les juges du fond doivent relever que les parties ont entendu faire de la signature de l'acte notarié la condition de leur engagement¹³⁰, ce qui peut résulter de circonstances particulières¹³¹.

124. C'est à cette date que doit être appréciée la bonne ou la mauvaise foi de l'acquéreur, lorsque la promesse viole un pacte de préférence ; ex. : Cass. civ. 3^e, 25 mars 2009, n° 07-22027, *Bull. civ. III*, n° 68 ; *Dr. et patr.* juill.-août 2009, p. 86, obs. L. Aynès ; *RTD civ.* 2009. 337, obs. P.-Y. Gautier ; *RDC* 2009. 991 obs. n. Y.-M. Laithier ; *Defrénois* 2010. 454, n. Y. Dagorne-Labbé : « La connaissance du pacte de préférence et de l'intention de son bénéficiaire de s'en prévaloir s'apprécie à la date de la promesse de vente, qui vaut vente et non à celle de sa réitération par acte authentique ».

125. E. DEBILY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, th. Poitiers 2002, n° 393 s. ; Cass. civ. 3^e, 20 décembre 1994, *Bull. civ. I*, n° 229 ; *D.* 1996, somm. 9, obs. O. Tournafond ; *RDI* 1995.341, obs. Groslière et Saint-Alary-Houin ; cassation de l'arrêt qui avait décidé que le vendeur ne pouvait être condamné qu'à des dommages-intérêts en se fondant sur le motif erroné suivant : « Le vendeur n'est tenu envers l'acquéreur que d'une obligation de faire pouvant se résoudre en dommages-intérêts ».

126. Jurisprudence constante ; ex. Cass. civ. 1^{re}, 11 décembre 1963, *Bull. civ. I*, n° 549 ; *D.* 1964.198. Mais le demandeur peut changer d'avis : Cass. civ. 3^e, 25 mars 2009, 08-11326, *Bull. civ. III* n° 67 ; *RDC* 2009.1004, n. obs. Th. Genicon ; *Defrénois* 2009. 2319, n. E. Savaux.

127. Aix, 23 janvier 1965, *JCP G* 1965.II.14312, n. Deghilage.

128. Cass. civ. 3^e, 18 février 2009, *Bull. civ. III*, n° 47 ; *Dr. et patr.* juin 2009, chr., obs. L. Aynès : « le terme fixé pour la signature de l'acte authentique n'était pas assorti de la sanction de la caducité de la promesse » ; C. GRIMALDI, *D.* 2012.517.

129. Jurisprudence souvent réitérée ; ex. : Cass. civ. 3^e, 19 juin 2012, n° 10-22906 et n° 10-24222, n.p.B. ; *RDC* 2014. 54, obs. Ph. Brun ; v. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

130. Jurisprudence ainstante : ex. : * Cass. civ. 3^e, 14 janvier 1987, *dame Lebel-Orset, aff. du peintre Steinler*, *D.* 1988.80, n. J. Schmidt : « L'arrêt retient souverainement que les parties à l'acte du 13 novembre 1978 s'étaient, dès cette date, entendues sur la chose et sur le prix, et si elles ont prévu l'entérinement de l'acte par un notaire, il ne résulte ni des dispositions de cet acte, ni des circonstances de la cause qu'elles aient voulu faire de cette modalité accessoire un élément constitutif de leur consentement » ; v. également sur cet arrêt : *supra*, n° 98 et *infra*, n° 203.

131. Ex. : Cass. civ. 3^e, 11 décembre 1984, *Bull. civ. III*, n° 212 : « L'arrêt retient souverainement que le report de la vente et du transfert de propriété à la date de la signature de l'acte notarié s'expliquait par le caractère particulier de l'acquisition effectuée dans un but d'utilité publique par une société d'économie mixte dont la décision définitive était subordonnée à la réalisation de conditions administratives et à l'obtention d'autorisations de la puissance publique et que les parties ont entendu subordonner le caractère parfait et définitif de la vente à la condition suspensive de la signature de l'acte ».

Passé le délai pendant lequel doit être réalisée la condition suspensive, la promesse devient caduque¹³².

Cette situation est exceptionnelle, car elle peut faire le jeu d'un contractant de mauvaise foi et tromper la confiance de son cocontractant. Sauf en cas de dédit, il est contradictoire de vendre tout en se réservant la possibilité de ne pas vendre : *protestatio non valet contra factum* (traduction libre : il est impossible, par une réserve, d'empêcher un acte de produire ses effets ; traduction encore plus libre : toute volonté doit être cohérente).

SECTION III CONTRAT PRÉLIMINAIRE

139. Secteur protégé. – La vente d'immeuble à construire a déjà été évoquée ; le statut que lui a donné la loi du 3 janvier 1967 et son décret d'application (CCH, art. L. 261-1 s. et R. 261-1 s.) est d'ordre public lorsque la vente a pour objet un immeuble en construction à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation (par exemple, un appartement), ce que l'on appelle le secteur protégé.

La vente peut être précédée d'un « contrat préliminaire »¹³³, souvent dénommé « contrat de réservation »¹³⁴, par lequel un éventuel vendeur (le réservant) s'engage à réserver à un éventuel acheteur (le réservataire) un immeuble. La loi (art. L. 261-15) soustrait cet avant-contrat au droit commun, en prévoyant, en son alinéa 4, « *qu'est nulle toute autre promesse d'achat ou de vente* ». Les mêmes règles s'appliquent au contrat de location-accession (L. 12 juill. 1984)¹³⁵.

La loi a entendu concilier les intérêts des deux parties. D'un côté, ceux du réservataire, en réglementant minutieusement l'étendue et le régime des sommes qu'il doit payer, et en lui donnant la faculté de se dégager du contrat. D'un autre côté, ceux du réservant, qui a la possibilité de conclure le contrat afin de « tester » le marché, avant même d'avoir décidé de lancer l'opération immobilière : la teneur de ses engagements paraît alors inconsistante. Dans cette recherche d'équilibre, ce qui l'emporte est le souci de protéger le réservataire contre les abus que pourrait lui causer le réservant, c'est-à-dire le promoteur.

La loi a soumis la formation du contrat préliminaire à des conditions particulières et organisé les obligations qu'il fait naître. Le particularisme de ce statut a incité à en rechercher la nature juridique. Cette institution a suscité le plus important contentieux provoqué par l'application de la loi de 1967.

authentique ; la cour d'appel en a exactement déduit que le délai d'exercice de l'action en rescision n'avait commencé à courir qu'à la date de cet acte ».

132. Ex. : Cass. civ. 3^e, 12 octobre 1994, *Defrénois* 1995, article 36.100, obs. D. Mazeaud : « *Dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation, les juges du fond ont pu considérer que les parties au compromis ont voulu reporter le transfert de propriété à la date de signature de l'acte authentique, et qu'elles avaient entendu faire de la signature de cet acte la condition même de leur engagement ; en conséquence, les juges du fond ont pu décider que la vente était caduque, faute de rédaction d'un acte authentique* ».

133. Ph. MALINVAUD *et al.*, *Droit de la promotion immobilière*, Dalloz, 9^e éd., 2014, n^{os} 401 et s. ; J.-B. AUBY, H. PÉRINET-MARQUET, R. NOGUELLOU, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, LGDJ, coll. Domat, 10^e éd., 2015.

134. Comme la plupart des contrats (*supra*, n^{os} 5 et 6), le contrat de réservation vient de la pratique ; il peut aussi avoir pour objet la conclusion d'autres contrats : un transport, un lieu de camping, une chambre d'hôtel, un mouillage à quai, un emploi, etc. ; *infra*, n^o 870.

135. *Infra*, n^o 810.

140. Conditions de formation. – Le Code de la construction et de l'urbanisme prévoit pour le contrat préliminaire deux conditions de formation ; l'une est de pure forme et, au moins en théorie, un peu plus astreignante que ne l'est le droit commun ; l'autre est une règle de fond, qui assouplit le régime de la vente.

Le décret d'application de la loi impose au contrat préliminaire une condition de forme : la rédaction d'un écrit (CCH, art. R. 261-27), qui peut être sous signature privée, ce qui est, en fait, toujours le cas ; pratiquement, un contrat préliminaire n'est jamais rédigé par acte authentique ; aussi n'est-il pas publié au service de la publicité foncière. Quant aux conditions de fond, elles assouplissent les règles de la vente et, par conséquent, celles de la promesse de vente. Les éléments du contrat peuvent être moins déterminés que dans une promesse de vente ordinaire : c'est une des originalités du contrat préliminaire ; il n'est pas nécessaire que soient fixés avec précision la chose et donc le prix.

Sans doute, l'emplacement et la qualité de l'immeuble réservé doivent-ils être indiqués, mais il suffit que sa surface et sa consistance soient déterminées approximativement¹³⁶. Surtout le prix peut n'être que « prévisionnel » ; or un prix prévisionnel n'est pas déterminé. Ces règles ont pour but de protéger le réservant (qui est un promoteur) ; avant l'achèvement de l'immeuble, il lui est en effet difficile d'en préciser la contenance exacte et le prix.

141. Obligations du réservataire et du réservant. – La loi limite en contrepartie les obligations de l'acheteur éventuel (le réservataire) ; bien qu'elle ne soit pas claire sur ce point, elle impose des obligations minimales au vendeur éventuel (le réservant). Son but est de protéger le réservataire ; aussi, la convention peut-elle, soit diminuer les obligations du réservataire, soit surtout augmenter celles du réservant. Mais ce que la convention ne pourrait faire serait d'augmenter les obligations du réservataire ou diminuer celles du réservant.

1° Les obligations du réservataire sont limitées par la loi : les dépôts de garantie ne peuvent dépasser 5 % ou 2 % du prix prévisionnel, selon que la durée de la réservation est inférieure à un ou à deux ans. Si le délai est plus long, il est interdit de lui demander une somme quelconque (art. R. 261-28). Ce genre de règle est habituel dans la législation contemporaine protectrice du consommateur.

Les sommes versées sont déposées en garantie dans un compte spécial du réservant, indisponible et insaisissable. Elles sont cependant utiles au réservant, car démontrant le sérieux du programme, elles lui permettent d'obtenir du crédit auprès des banques et lui conféreront une garantie de paiement au cas où le contrat préliminaire se transformerait en vente. Elles sont la contrepartie de l'obligation de réserver et ressemblent à une indemnité d'immobilisation ; elles ne sont donc pas une clause pénale¹³⁷. Lorsque le réservataire est un non-professionnel, il jouit d'un droit de rétractation de dix jours à compter de la notification de l'acte, le réservant ne pouvant alors recevoir des versements (CCH, art. L. 271-1 et 2)¹³⁸.

2° Le réservant a l'obligation minimum de ne pas vendre à un tiers l'immeuble réservé. Il ne peut donc être contraint de vendre au réservataire¹³⁹ ; il peut modifier le projet initial ; si la modification est importante, il doit la justifier par un motif

136. La Cour de cassation est, à cet égard, exigeante : un plan des locaux et un devis descriptif sommaire ne suffisent pas ; le contrat doit, à peine de nullité, mentionner « la surface habitable approximative et la qualité de la construction » : Cass. civ. 3^e, 17 avril 1984, *Bull. civ.* III, n° 84 ; *Deffrénois* 1984, art. 33379, n° 87, p. 1068, obs. H. Souleau.

137. Cass. civ. 3^e, 28 mars 1990, *Bull. civ.* III, n° 86 ; *D.* 1991.187, n. R. Cabrillac ; somm. 158, obs. G. Paisant : cassation de l'arrêt qui « modère » le dépôt de garantie en y voyant une clause pénale.

138. Ph. PELLETIER, *Deffrénois* 2001.205 ; O. RAULT, *JCP G* 2001.I.294.

139. Cass. civ. 3^e, 18 décembre 1984, *Bull. civ.* III, n° 217 ; 3 juin 1987, *Bull. civ.* III, n° 114.

sérieux et légitime¹⁴⁰. La méconnaissance de ses obligations l'oblige seulement à des dommages-intérêts et à la restitution du dépôt de garantie¹⁴¹.

Il peut prendre des engagements plus étendus, par exemple achever l'immeuble dans un délai déterminé¹⁴² ou s'engager sur un prix ferme, ou même conclure une véritable promesse unilatérale de vente, dont les conditions et les effets seront ceux d'un pacte d'option, non d'un contrat de réservation. Doivent alors être déterminés, dès le contrat, le prix, ce qui est devenu courant, pour des raisons commerciales, et la chose, ce qui l'est moins, pour des raisons techniques.

Le particularisme de ce statut et ses lacunes ont amené à s'interroger sur la nature juridique du contrat préliminaire.

142. Nature juridique. – La nature juridique de ce contrat est controversée. Après avoir montré combien la doctrine est partagée et la Cour de cassation flottante, une analyse sera proposée.

1° Certains auteurs estiment que ce contrat a une nature toujours identique, ce que l'on appelle la conception moniste ; d'autres estiment que le système légal recouvre en réalité deux types différents de contrat, ce que l'on appelle la conception dualiste.

Selon la conception **moniste**, le contrat préliminaire serait une promesse unilatérale de vente faite sous la condition suspensive d'achèvement du programme¹⁴³ : le promoteur promet de vendre s'il construit, mais est libre de ne pas construire. D'autres le qualifient de pacte de préférence¹⁴⁴.

Selon la conception **dualiste**, le contrat préliminaire serait un mécanisme qui peut recouvrir deux situations différentes selon le moment auquel il est conclu¹⁴⁵. Lorsqu'il est formé avant la mise au point du projet de construction, il est un simple test commercial, où le réservant n'a aucunement l'obligation de réaliser son projet ; il peut ne pas vendre, alors même qu'il a construit ; il n'engage sa responsabilité que si le réservataire démontre sa mauvaise foi. Au contraire, lorsque le contrat préliminaire est conclu après la mise au point définitive du programme, il constitue une vraie promesse unilatérale de vente avec dédit, où le réservataire peut ultérieurement lever l'option qui lui est donnée et où le réservant engage sa responsabilité s'il viole le contrat en refusant de vendre.

2° La Cour de cassation n'a pas pris parti dans la controverse. Afin de ne pas soumettre le contrat préliminaire à l'article 1589-2¹⁴⁶, elle s'est bornée à dire qu'il ne constituait pas une promesse unilatérale de vente et elle a décidé qu'il s'agissait d'un « contrat *sui generis* »¹⁴⁷ – ce qui ne signifie pas grand-chose¹⁴⁸ – et qu'il

140. Cass. civ. 3^e, 20 octobre 2004, *RDC* 2005.264, obs. D. Mazeaud ; n.p.B.

141. Comp. pour une promesse de réserver un bail : Cass. civ. 3^e, 16 novembre 1988, *infra*, n° 307 : « L'engagement souscrit par une SCI de réserver aux adhérents d'une association d'aide au logement, la location des appartements construits à l'aide des prêts qu'elle a souscrits (le 1 % patronal) constitue une obligation de faire, laquelle, à la différence d'un droit réel affectant les immeubles, ne peut être sanctionnée autrement que par des dommages-intérêts ».

142. Cass. civ. 3^e, 28 juin 1977, *Bull. civ. III*, n° 285 ; *Deffrénois* 1978, art. 31592, obs. E. Frank ; *RTD civ.* 1978.373, obs. G. Cornu.

143. G. CORNU, obs. *RTD civ.* 1972.611 ; 1974.433.

144. Fr. COLLART-DUTILLEUL, *op. cit.*, *supra*, n°s 102-103 ; R. SAINT-ALARY, « La vente d'immeubles à construire », *JCP G* 1968.I.2146, n° 47.

145. VION, *Deffrénois* 1974, art. 30657.

146. *Supra*, n° 115 ; Cass. civ. 3^e, 16 novembre 1994, *Bull. civ. III*, n° 196. L'article 1589-2 n'est écarté que si le contrat préliminaire a pour objet un immeuble à construire à fins d'habitation, non s'il s'agit d'un immeuble « à usage de dépôts, commerce et bureaux ».

147. Cass. civ. 3^e, 27 octobre 1975, *sté Noury*, *Bull. civ. III*, n° 309 ; *D.* 1976.97, n. E. Frank ; *JCP G* 1976.II.18340 ; *Gaz. Pal.* 1976.I.67 ; *RTD civ.* 1976.363, obs. G. Cornu : « il s'agit d'un contrat *sui generis*, essentiellement synallagmatique ».

148. *Supra*, n°s 20-21.

était « *essentiellement synallagmatique* » – ce qui n'est pas toujours vrai —. Dans une autre décision, elle a admis que les juges du fond avaient pu qualifier le contrat de « *promesse de vente ferme* » (sans doute unilatérale), en raison de la volonté des parties¹⁴⁹.

3° En réalité, il n'y a ni monisme, ni dualisme : la loi n'impose pas un type exclusif de contrat, ni n'en organise deux ; elle se borne à fixer une protection minimum du réservataire, que la convention ne saurait diminuer, mais peut augmenter¹⁵⁰ : les contractants peuvent faire une promesse unilatérale de vente, mais l'indemnité d'immobilisation serait alors soumise au régime spécial des dépôts de garantie.

149. Cass. civ. 3^e, 21 juin 1977, *Bull. civ.* III, n° 270 ; *D.* 1979.571, n. Nguyen Phu-Duc.

150. Ph. MALINVAUD *et al.*, *op. cit.*, n° 403.

■ CHAPITRE III ■

PACTE DE PRÉFÉRENCE

143. Utilité ; élément d'un ensemble ou acte autonome ? – Le pacte de préférence est un avant-contrat pouvant avoir toute espèce de contrats pour objet ; il est surtout pratiqué lorsqu'il est relatif à une vente, essentiellement une vente d'immeuble ou une cession de fonds de commerce ou d'œuvres de l'esprit ou de titres de société¹ ; seules ces hypothèses seront retenues². Il est désormais réglé par le Code civil (art. 1123).

Il porte des noms divers, notamment « préemption », qui est plutôt un pouvoir conféré par la loi³ ; le juge est libre de qualifier, ou de ne pas tenir compte de la dénomination inexacte, n'en retenant que le mécanisme⁴.

Il est une convention conclue entre le propriétaire d'un bien et un bénéficiaire, par laquelle le premier s'engage, au cas où il vendrait sa chose, à donner la préférence au bénéficiaire du pacte s'il paye le même prix que celui qu'offrent d'autres personnes intéressées (al. 1 de l'art. 1123 préc.)⁵. Comme pour la promesse unilatérale de vente⁶, la Cour de cassation décide que le droit du bénéficiaire est un simple droit de créance contre le promettant, non un droit réel sur le

1. A. GAUDEMET, « La portée des pactes de préférence ou de préemption sur les titres de sociétés », *Rev. sociétés* 2011.139.

2. J.-P. DESIDERI, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix-en-Provence, PUAM, 1997 ; *L'avant-contrat*, ouvrage collectif dir. O. Deshayes, PUF, 2008, spéc. p. 139 et s. : dossier spécial, *Dr. et patr.*, janvier 2006, p. 36 et s. Sur le pacte de préférence relatif à une cession d'actions de société : * Cass. com., 7 mars 1989, *aff. Schwich*, *Bull. civ.* IV, n° 79 ; D. 1989.231, concl. M. Jéol ; *JCPG* 1989.II.21316, concl. M. Jéol, n. M. Reinhard ; *JCPE*, 1989.II.15517, n° 1, obs. A. Viandier ; *Rev. sociétés* 1989.479, obs. L. Faugerolas.

3. *Infra*, n° 149.

4. Ex. : Cass. com., 3 octobre 2006, *Bull. civ.* IV, n° 204 ; *JCPG* 2007.I.104, n° 7, obs. R. Wintgen ; D. 2006, AJ 2603, obs. A. Lienhard ; *RTD civ.* 2007.142, obs. P.-Y. Gautier (au sujet des formes de la levée de l'option).

5. Certains auteurs, dans la définition du pacte de préférence, font disparaître la référence à l'offre de prix : J. SCHMIDT, *Négociation et conclusion des contrats*, Dalloz, 1982, n° 386, ce qui permet de l'étendre à d'autres contrats : bail, prêt, contrat d'édition (C. propr. intell., art. L. 132-4) ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 10^e éd., PUF, 2017, nos 507 et s. ; B. GROSS, « La priorité du bénéficiaire du pacte de préférence : à prix égal ou à "égalité de prix et de conditions" ? », *Liber amicorum G. Bonet*, Litec, 2010, 281 et s. ; comp. Cass. civ. 3^e, 20 mai 1992, *Bull. civ.* III, n° 164 : le seul fait qu'une offre de vente confère à son destinataire une « priorité d'achat » ne suffit pas à constituer un pacte de préférence.

6. *Supra*, n° 112.

bien⁷ ; il s'agit plutôt d'un droit potestatif. Le bénéficiaire n'acquerra la propriété du bien que si deux conditions sont réunies : 1^o que le propriétaire décide de le vendre à un tiers ; 2^o que le bénéficiaire décide de se substituer au tiers qui veut acheter.

Dans la pratique, le pacte de préférence est tantôt combiné avec un autre contrat, tantôt stipulé seul, indépendamment de toute autre convention.

Ce pacte est souvent associé à un autre contrat. Par exemple, comme la promesse de vente, il est parfois stipulé dans un bail au profit du locataire⁸. Il peut aussi intervenir dans une donation faite au profit d'un parent, lorsque le donateur ne souhaite pas qu'un bien déterminé sorte de la famille. Ou bien, dans un apport à société, notamment une société de famille, pour les mêmes raisons. Toujours dans les sociétés, il se présente fréquemment dans des clauses statutaires ou des pactes extrastatutaires, dits « d'actionnaires », portant « clause d'agrément » ou de « préemption ». Les associés s'y engagent mutuellement à se proposer par préférence leurs parts, avant de les négocier avec des tiers⁹.

Quelquefois, il accompagne une vente ; par exemple, il est convenu que si l'acheteur vient à revendre, le vendeur aura un droit de préemption ; ce qui n'est pas, contrairement aux apparences, une vente avec rachat¹⁰ : l'acheteur reste libre de vendre ou de ne pas vendre, tandis que dans la vente avec rachat, il est obligé de revendre la chose si le vendeur initial la réclame dans le délai convenu ; l'intérêt de la qualification tient à ce que le pacte de préférence n'est pas soumis au maximum de cinq ans pendant lequel le rachat peut être stipulé (art. 1660). Ou bien encore, le propriétaire d'un bien qui n'en aliène qu'une partie confère à l'acheteur un droit de préférence sur le reste. Le pacte peut être aussi associé à une constitution d'hypothèque : le constituant s'engage à offrir au créancier hypothécaire la vente, s'il décide d'aliéner. Entre professionnels, il est soumis au droit de la concurrence¹¹.

Dans d'autres cas, le pacte de préférence est autonome : il est l'objet principal d'un contrat conclu entre le propriétaire et le bénéficiaire.

La nature juridique du pacte (Section I) permet d'en déterminer l'efficacité (Section II).

SECTION I NATURE JURIDIQUE

La nature juridique de cette convention a été discutée. Comme toujours, lorsqu'il s'agit d'une institution innommée, on l'a rapprochée d'institutions connues, essentiellement de la promesse unilatérale de vente.

7. Jurisprudence constante : ex. : Cass. civ. 1^{re}, 16 juillet 1985, *Bull. civ. I*, n° 224 : « La promesse de préférence, par laquelle le promettant s'engage envers le bénéficiaire de ladite promesse à notifier à celui-ci toute offre d'un tiers, pour permettre à ce bénéficiaire d'exercer son droit de préférence ou d'y renoncer constitue un acte licite qui confère au bénéficiaire un droit personnel ».

8. Le pacte de préférence a alors généralement pour durée celle du bail. Si le bail est renouvelé, en stipulant que « toutes les clauses et conditions du bail demeurent inchangées », les juges du fond peuvent décider « que les parties n'avaient pas repris les stipulations relatives à ce pacte (de préférence) [...] (et que) ledit pacte constituait une convention distincte du bail et était devenu caduc à l'expiration de la location » : Cass. civ. 3^e, 21 décembre 1988, *JCP G* 1989.II.21324.

9. Ex. : Cass. com., 17 janvier 2012, n° 09-17212, *D.* 2012.719, n. J. Moury ; *RTD civ.* 2012.334, obs. P.-Y. Gautier ; *Bull. civ. IV* n° 10 (l'agrément doit être pur et simple et non soumis à condition supplémentaire).

10. *Supra*, n° 86.

11. *Infra*, n° 833.

144. Comparaison avec la promesse unilatérale de vente. Prix, durée. – À trois égards, le pacte de préférence et la promesse unilatérale de vente présentent des analogies.

1^o Ils sont tous deux des contrats unilatéraux, où seul le propriétaire s'engage ; aussi l'appelle-t-on « promettant », tandis que son contractant est un « bénéficiaire ». **2^o** Dans les deux conventions, la chose doit être déterminée ; sauf clause particulière, le pacte n'est pas caduc en cas de « *changement ultérieur de destination de la chose* »¹². **3^o** Dans les deux conventions, le droit du bénéficiaire est transmissible et cessible, sauf stipulation contraire même tacite ou *intuitus personae*¹³. Mais, à la différence de ce qu'elle décide pour la promesse unilatérale de vente¹⁴, la Cour de cassation soumettait la cession du pacte aux anciennes formalités de l'article 1690¹⁵ (remplacé par les nouveaux art. 1323 et 1324 C. civ.).

Le promettant d'un pacte de préférence ne s'est pas engagé à vendre ; c'est pourquoi n'ont à être déterminés ni le prix, ni le délai de la préférence¹⁶. La fixation du prix peut être soumise à l'offre concurrente formulée par d'autres acquéreurs intéressés¹⁷. Afin d'essayer de le faire entrer dans le moule de la promesse unilatérale, la Cour de cassation a décidé qu'il constituait une promesse de vente conditionnelle « *pour le cas où le propriétaire s'engage à vendre pour le prix fixé par un tiers* »¹⁸.

L'analyse est contestable, car on ne peut ériger en condition les éléments essentiels d'un contrat comme le sont la volonté du vendeur et la détermination du prix. Lorsqu'un propriétaire

12. Cass. civ. 3^e, 2 juillet 1974, *Bull. civ. III*, n° 283 ; *Defrénois* 1974, art. 30 773, p. 1339, obs. E. Frank : terre de labour devenant constructible.

13. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1987, *Bull. civ. I*, n° 75 ; *RTD civ.* 1987.739, obs. crit. J. Mestre : « *Si le pacte de préférence est en principe transmissible aux héritiers des parties, il en est différemment lorsque les circonstances révèlent une intention contraire, même tacite, des parties de ne conférer à cette obligation qu'un caractère strictement personnel.* » En l'espèce, il s'agissait d'un pacte de préférence stipulé dans un acte de partage : « *La cour d'appel a constaté [...] que la clause contenant le pacte de préférence ne mentionne que les copartageants eux-mêmes, sans faire référence à leurs héritiers et ayants droit, tandis qu'une autre clause, insérée dans le même acte, quelques lignes plus haut (a) conféré expressément aux héritiers et ayants droit des copartageants le bénéfice d'un droit de passage.* »

14. *Supra*, n° 116.

15. Cass. civ. 3^e, 4 janvier 1995, *Bull. civ. III*, n° 8 ; *Defrénois* 1995, art. 36100, n° 62, obs. crit. Ph. Delebecque.

16. Ex. : Cass. civ. 3^e, 15 janvier 2003, *Bull. civ. III*, n° 9 ; *D.* 2003.1190, n. H. Kenfack ; *Contrats, conc. consom.* 2003, n° 69, obs. L. Leveneur ; *Defrénois* 2003.852, obs. R. Libchaber ; *JCP G* 2003.II.10129, n. E. Fischer-Achoura ; *RDC* 2003, p. 45, obs. crit. D. Mazeaud ; en l'espèce, la cour d'appel avait annulé ce pacte parce que « *l'obligation de proposer de vendre un immeuble à des bénéficiaires déterminés sans qu'aucun prix ne soit prévu est purement potestative et ne constitue pas un pacte de préférence.* » Cassation : « *la prédétermination du prix du contrat envisagé et la stipulation d'un délai ne sont pas des conditions de validité du pacte de préférence.* » À l'inverse, le prix peut être prédéterminé, même si la préférence est accordée pour un très long délai : * Cass. civ. 3^e, 23 septembre 2009, 08-18187, *Bull. civ. I*, n° 203 ; *JCP G* 2009, n° 479, obs. G. Pillet ; *RTD civ.* 2009. 717, obs. B. Fages, 2010. 127, obs. P.Y. GAUTIER ; *Defrénois* 2010. 104, obs. R. Libchaber ; *contrats, conc. consom.* 2010, n° 2, n. L. Leveneur ; *RDC* 2010. 32, obs. Th. Genicon, 660, obs. S. Pimont ; *Dr. et patr.* févr. 2010, p. 68, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *Rev. Lamy dr. civ.* juin 2010, p. 7, chron. H. Kenfack : le pacte de préférence, avec un prix déterminé, conclu pour une durée de vingt ans, ne constitue pas « *une atteinte au droit de propriété* ».

17. V. DEMOGUE, *RTD civ.* 1926. 394 : action « *ad exhibendum* », obligeant le promettant à divulguer les conditions du contrat projeté avec le tiers. Même s'il n'y a pas de clause d'offre concurrente, si les parties au pacte n'avaient pas fixé de prix lors de sa conclusion et que d'autres acquéreurs se manifestent, il faudra bien que le bénéficiaire s'aligne.

18. Cass. civ. 3^e, 16 mars 1994, *Bull. civ. III*, n° 58 ; *D.* 1994.486, obs. crit. A. Fournier ; *Defrénois* 1994, art. 35897, n° 128, obs. L. Aynès ; v. égal. Cass. civ. 3^e, 15 janvier 2003, préc., qui vise l'article 1174 et évoque la condition, qu'il tient ici pour valable, parce qu'elle profiterait au créancier, plus qu'au débiteur.

dit : « je promets de vous vendre si je vends », l'événement auquel est subordonnée la promesse ne présente pas le caractère accidentel de la condition qui ne peut être que la modalité d'une obligation. Plusieurs conséquences résultent de ce que le pacte de préférence ne devrait pas être ramené à une promesse unilatérale de vente. D'abord, les règles de capacité : en matière de promesse unilatérale de vente, la capacité de vendre est exigée lors de la promesse, non lors de la levée de l'option¹⁹. Au contraire, la conclusion d'un pacte de préférence n'est pas un acte de disposition : le promettant ne s'est pas engagé à vendre, mais seulement à donner une préférence ; la capacité de disposer n'est donc exigée chez le promettant que lors de l'exercice du droit de préférence. Ensuite, contrairement à la promesse unilatérale de vente, le pacte de préférence peut avoir une longue durée (jusqu'à vingt ans, art. 2232), il peut être conclu sans délai déterminé²⁰. Il ne s'éteint pas par la prescription quinquennale²¹. En cas de délai indéterminé, le promettant pourra le résilier unilatéralement²² ; ou bien le juge pourrait y mettre un terme, au-delà d'une durée raisonnable, comme dans le prêt à usage. Enfin, il est soustrait à l'article 1589-2, qui impose l'enregistrement des promesses unilatérales de vente portant sur des immeubles et biens assimilés.

Le pacte de préférence constitue un avant-contrat doté de caractères propres, à la fois parce qu'il porte sur une simple éventualité (que le promettant se décide à vendre) et qu'il reconnaît à l'une des parties, le bénéficiaire, une option potestative.

SECTION II EFFICACITÉ

L'efficacité du pacte de préférence doit être appréciée dans les deux relations juridiques qu'il met en cause : promettant-bénéficiaire ; bénéficiaire-tiers acquéreur.

145. 1^o Promettant-bénéficiaire. – Comme tout contrat, le pacte de préférence a un effet obligatoire (art. 1103, ancien art. 1134, al. 1) : le promettant devra proposer par priorité sa chose au bénéficiaire ; si celui-ci ne se déclare pas intéressé, il reprend sa liberté et peut proposer son bien à un tiers, sans que le premier puisse s'en plaindre, en manifestant un repentir tardif²³. En revanche, si le bénéficiaire lève l'option, selon les modalités convenues, c'est à lui que le propriétaire devra vendre²⁴. S'il consent des conditions plus favorables au tiers, le bénéficiaire

19. *Supra*, n° 111.

20. La Cour de cassation n'exige aucun délai : Cass. com., 6 novembre 2007, n° 07-10620, *D.* 2008.1024, n. B. Dondero ; *JCP G* 2008.I.136, n° 8, n. A. Constantin ; n.p.B.

21. Cass. civ. 1^{re}, 22 décembre 1959, *Bull. civ. I*, n° 558 ; *JCP G* 1960.II.11494, n. P. E. ; *Gaz. Pal.* 1960.I.261 ; *RTD civ.* 1960.323, obs. J. Carbonnier (rendu sous l'empire de l'ancienne prescription trentenaire) ; par application de la règle *contra non valentem*, la prescription ne peut commencer à courir contre le bénéficiaire du pacte tant qu'aucune offre de vente ne lui a été faite par le promettant : « *La prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité absolue d'agir par suite d'un empêchement quelconque résultant soit de la loi, soit de la convention, ou de la force majeure* ». En l'espèce, il s'agissait d'un pacte donné pour une période indéterminée ; or, il avait été invoqué 37 ans après le contrat qui l'avait institué : « *La bénéficiaire du pacte de préférence avait été dans l'impossibilité absolue d'exercer les droits qu'elle tenait de cette convention tant que la promettante ne lui avait pas fait connaître sa décision de vendre* ». V. L. TRANCHANT, « La durée du pacte de préférence », *Défrénois* 2013. 595.

22. V. Cass. com., 6 novembre 2007 préc. : « *n'étant affecté d'aucun terme, même incertain, (le pacte) avait été régulièrement résilié par la volonté unilatérale de la STIM* ».

23. Ex. : Cass. civ. 3^e, 29 janvier 2003, *Bull. civ. III*, n° 24 ; *RTD civ.* 2003.517, obs. P.-Y. Gautier ; *RDC* 2004, p. 340, obs. Ph. Brun ; cassation de l'arrêt qui a donné la préférence au bénéficiaire, alors que le propriétaire a vendu son bien à un tiers au prix qu'avait refusé le bénéficiaire sept ans avant.

24. * Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, *Dame Père*, motifs, cité *infra*, n° 146. Sur les modalités de la levée de l'option, application de la procédure prévue par les parties : Cass. com. 3 octobre 2006,

pourra lui en faire grief et engager sa responsabilité, voire réclamer les mêmes conditions. Le pacte peut servir plusieurs fois, au cas où une première offre serait refusée par le bénéficiaire.

Le pacte est cessible, sauf si son libellé exprime un caractère *intuitu personae* à l'égard du bénéficiaire²⁵. Constituant une restriction à la liberté de disposer, il est d'interprétation stricte²⁶. Le bénéficiaire peut y renoncer²⁷.

Si le promettant ne respecte pas le pacte, il peut être condamné à l'exécution forcée en nature, sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier (nouvel art. 1221). Des clauses peuvent renforcer l'efficacité du pacte.

Le pacte oblige le promettant à offrir au bénéficiaire la préférence s'il vend²⁸; mais ni les aliénations voisines de la vente (apport en société, dation en paiement...), ni la donation n'ouvrent le droit de préférence, car le bénéficiaire ne peut se substituer à celui qui profitera de l'aliénation envisagée²⁹. Il en irait autrement en cas de fraude.

La Cour de cassation accroît l'efficacité du pacte de préférence immobilier en décidant que celui-ci interdit au promettant de donner à bail l'immeuble à un preneur jouissant d'un droit de préemption³⁰ et engage sa responsabilité si le preneur préempte³¹; mais ces solutions ne s'appliquent pas à la préemption de la SAFER³².

préc., *supra* n° 143 (notification par lettre recommandée AR, à laquelle une assignation par voie d'huissier ne saurait équivaloir).

25. Cass. com., 13 février 2007, *Club hippique l'oxer de Deauville*, *Bull. civ. IV*, n° 38; *D.* 2007.648, 1^{re} esp., n. A. Lienhard; *Defrénois* 2007.775, n. L. Ruet; *JCPG* 2007.II.10114, n. B. Thuillier; *RTD civ.* 2007.367, obs. P.-Y. Gautier; en l'espèce, le bénéficiaire du pacte, locataire commercial d'un herbage, avait fait l'objet d'une procédure collective. « Le pacte de préférence constituant une créance de nature personnelle, la cession du contrat de bail ordonnée par le jugement arrêtant le plan de cession du preneur n'emporte pas transmission au profit du preneur du pacte de préférence inclus dans ce bail ». Sur le transfert des droits et des dettes, *infra* n° 308.

26. G. VIRASSAMY, *JCP G* 2014, n° 699; A. GAUDEMET, *Rev. sociétés* 2011.139; B. FAGES, obs. *RTD civ.* 2009.716, avec les réf.; H. BARBIER, *RTD civ.* 2016.110. Ex.: Cass. civ. 3^e, 9 avril 2014, n° 13-13949, *Bull. civ. III* n° 52; *RDC* 2014.645, obs. J.-B. Seube: si le pacte porte sur un local et que le propriétaire vend tout l'immeuble, l'obligation ne saurait conduire celui-ci à ne revendre que par lots (bail commercial, hors la vente à la découpe).

27. Cass. civ. 3^e, 3 novembre 2011, 10-20297, *Bull. civ. III*, n° 181; *D.* 2011.2796; en l'espèce, un locataire, bénéficiaire d'un droit de préférence, avait payé son loyer (même après avoir reçu congé) au nouveau propriétaire sans avoir invoqué son droit de préférence; jugé qu'il y avait renoncé: « une renonciation tacite, certain et non équivoque ».

28. Sur la durée et le prix, *supra*, n° 144.

29. Cass. com., 15 décembre 2009, 08-21037, *Bull. civ. IV*, n° 173; *D.* 2010.148, n. A. Lienhard: cassation de l'arrêt qui avait fait jouer une clause de préemption entre actionnaires, sanctionnée par une clause pénale, à l'occasion d'un apport en société.

30. * Cass. civ. 3^e, 10 mai 1984, *Époux Gachot*, *Bull. civ. III*, n° 96; *JCPG* 1985.II.20328, n. M. Dagot; *Defrénois* 1985, art. 33612, obs. J.-M. Olivier; *RDI* 1985.74, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli: « Après avoir énoncé que le pacte de préférence n'interdit pas à lui seul un usage normal du bien par son propriétaire, l'arrêt retient exactement qu'en louant, en 1974, à des tiers des parcelles de terre sur lesquelles ils avaient précédemment consenti à X un droit de préférence, les époux Y ont vidé ce droit de son contenu [...]; d'où il résulte que les époux Y s'étaient mis volontairement dans l'impossibilité d'exécuter le pacte de préférence. »

31. Cass. civ. 3^e, 1^{er} avril 1993, *Bull. civ. III*, n° 116; *D.* 1993.165; *Defrénois* 1993, art. 35436, obs. J.-M. Olivier; *RTD civ.* 1993.346, obs. J. Mestre: « En affirmant un bien sur lequel il avait précédemment consenti un droit de préférence, le propriétaire s'est mis, volontairement, dans l'impossibilité d'exécuter le pacte de préférence »; cassation de l'arrêt qui avait refusé d'annuler la vente consentie au fermier bénéficiant d'un droit de préemption, alors qu'un droit de préférence avait été consenti à un tiers.

32. Cass. civ. 3^e, 3 décembre 1981, *Bull. civ. III*, n° 200; *JCPG* 1982.II.19872: « Le pacte de préférence accordé à M. Béjannin ne faisait pas obstacle à l'exercice par la SAFER de son droit de préemption ».

146. 2° Bénéficiaire-tiers acquéreur. – Lorsque le pacte a été violé et que le promettant a vendu à autrui sans respecter la priorité conférée au bénéficiaire, celui-ci peut faire annuler la vente ou demander à être substitué au tiers dans le contrat conclu, si les conditions d'une mauvaise foi commune du promettant et du tiers sont remplies et si le tiers connaissait l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte (art. 1123, al. 2).

Comme la promesse de vente, le pacte de préférence crée un droit dont l'opposabilité aux tiers relève des articles 1199 et 1200 (ancien art. 1165)³³. Le bénéficiaire ne peut donc opposer directement son droit aux tiers, mais seulement par le biais de la faute.

Pas plus que pour la promesse unilatérale de vente³⁴, la publicité foncière ne rend le pacte opposable aux tiers³⁵. Dans certains cas déterminés par la loi, notamment pour les titres des sociétés cotées sur les marchés financiers, la publicité est obligatoire auprès de l'AMF, à peine d'inopposabilité, afin de ne pas déjouer les prévisions des investisseurs³⁶.

En cas de fraude, la vente sera *a fortiori* annulée, car celle-ci « *corrompt tout* »³⁷.

Pour sa sécurité contractuelle, le tiers qui soupçonne l'existence d'un pacte de préférence peut interroger par écrit le bénéficiaire connu ou supposé (variété de procédure « interrogatoire »). Le bénéficiaire qui ne répond pas perd son droit de préférence (art. 1123 préc., derniers al.). La création de cette interpellation interrogatoire³⁸ par l'ordonnance du 10 février 2016 est de mise en œuvre délicate, ne serait-ce que parce que l'interrogé risque de répondre qu'il lèvera l'option, ou de façon sybilline, pour conserver ses droits. Et *quid* d'une réponse inexacte ? Ou bien lorsque le bénéficiaire est tenu par une clause de confidentialité et ne peut répondre ?

Dans le cas où le bénéficiaire exerce irrégulièrement son droit de préférence, le tiers-acquéreur peut réclamer une indemnisation, mais n'a pas qualité pour remettre en cause la vente³⁹.

33. Jurisprudence constante ; ex. : Cass. civ. 3^e, 24 mars 1999, *Bull. civ.* III, n° 80 ; *D. Aff.* 1999.665 ; *RTD civ.* 1999.627, obs. Jourdain et 644, obs. P.-Y. Gautier ; *Defrénois* 1999.751, n. Ph. Delebecq : « *Le pacte de préférence constitue une créance de nature personnelle [...] (le bénéficiaire) ne disposait d'aucun droit à l'encontre (du tiers) pour l'inexécution de ce pacte auquel il n'était pas partie* ».

34. *Supra* n° 113. Cass. com., 11 mars 2014, n° 13-10366, *RLDA* 2014, n° 95, n. J.-C. Pagnucco : « *la violation d'une clause de préemption figurant dans les statuts d'une société à responsabilité limitée n'emporte pas par elle-même nullité de la cession de parts conclue entre deux associés* ».

35. Cass. civ. 3^e, 24 mars 1999, cité *supra*.

36. D. OHL, « Les pactes d'actionnaires à l'épreuve du droit boursier », *D.* 2011.323 ; O. DEXANT DE BAILLIENCOURT, *Les faits d'actionnaires dans les sociétés cotées*, Dalloz, 2012.

37. Cass. com., 26 février 2013, n° 12-13721, n.p.b., *JCP G* 2013 n° 563, n. S. Schiller : droit de préférence consenti à une entreprise accordant à des distributeurs la jouissance de son enseigne, au cas où le contrôle de la société exploitant le magasin serait cédé à un tiers ; les associés de celle-ci cèdent à un concurrent du bénéficiaire une fraction substantielle du capital, en deçà du seuil de contrôle, puis le nouvel associé notifie la fin de l'accord de distribution. Cassation, au visa de cet adage, de l'arrêt qui a refusé l'annulation de l'opération pour fraude, alors que le cessionnaire a reçu des « *prérogatives exorbitantes* » et qu'il y a eu « *dessein de dissimuler un changement dans le contrôle de la société* ».

38. A. BÉNABENT, « Les nouveaux mécanismes », *RDC* 2016/Hors-série, 17 ; E. JEULAND, *JCP G* 2016, n° 737.

39. Cass. com., 2 février 2016, n° 14-20747, *Bull. civ.* IV à paraître ; *D.* 2016. 374, n. A. Lienhard ; *RTD civ.* 2016. 389, obs. P.-Y. Gautier (clause statutaire de préemption sur des actions de société) : « *si l'acquéreur évincé a intérêt à l'annulation de la préemption prévue par les statuts, il n'a pas qualité pour agir à cette fin* ».

■ CHAPITRE IV ■

RETRAITS ET PRÉEMPTIONS

Le pouvoir de disposer librement de son bien et la liberté contractuelle sont atteints par les retraits et les droits de préemption, qui permettent à leur bénéficiaire de se substituer à l'acquéreur choisi par le vendeur. Les retraits reculent tandis que croissent les droits de préemption, qui doivent donc surtout attirer l'attention.

Les droits de préemption¹ sont liés à une situation précontractuelle² ; leur nature juridique se découvre en les comparant aux retraits (Section I). L'inventaire des plus importants (Section II) précédera l'étude sommaire de leurs conditions (Section III) et des conséquences de leur inobservation (Section IV).

SECTION I

NATURE JURIDIQUE

Le droit de préemption a été successivement conçu de deux manières différentes. Ou bien, une institution précontractuelle, antérieure à la conclusion de la vente ; ou bien, selon une recherche plus subtile, une option ayant pour objet la cession forcée d'un contrat déjà conclu. Les deux analyses seront exposées (§ 1) avant de les appliquer aux retraits et aux préemptions (§ 2).

§ 1. ANALYSES

147. Précontractuel, post-contractuel ou cession de contrat ? – Selon la définition que l'étymologie paraît imposer, l'analyse classique voit dans le droit de préemption la faculté conférée à une personne d'acheter un bien de préférence à tout autre ; il s'exercerait *ante rem venditam* (avant la vente), ce qui en ferait une institution **précontractuelle**. Ce caractère l'opposerait aux retraits, dans lesquels la substitution de contractant s'exercerait *post rem venditam* (après une vente déjà conclue), ce qui en ferait une institution **post-contractuelle**.

1. **Étymologie** : du latin : *prae* = avant + *emptio, nis* = achat. **Biblio.** : C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, th. Toulouse, LGDJ, 1979, préf. P. Raynaud.

2. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

Cette analyse a été critiquée³ : il n'existerait pas de différence importante entre préemption et retrait. Dans les deux institutions, la loi conférerait à une personne une option lui permettant de prendre le contrat conclu par une autre, en se substituant à l'acquéreur qu'elle évince ; toutes deux constitueraient donc une **cession de contrat**, légale et forcée. Selon cette analyse, les différences qui subsistent ne seraient pas essentielles. Le retrait trouble plus la formation du contrat que ne le fait la préemption ; seule la préemption impose la notification préalable du contrat au bénéficiaire du droit afin qu'il exerce son option ; en outre, dans le retrait, le retrayé n'est pas libéré de ses dettes. Ces deux institutions seraient l'une et l'autre des substitutions d'acquéreur, non des résolutions de vente suivies d'une revente.

La pratique, notamment notariale, est hostile à cette analyse. Souvent, elle se borne à notifier au bénéficiaire du droit de préemption une déclaration d'intention qui ne comporte pas le nom de l'acquéreur ; il ne peut donc y avoir reprise d'un contrat qui n'est pas conclu.

§ 2. APPLICATIONS

148. Retraits : les sociétés fermées et les sociétés ouvertes. – L'Ancien droit connaissait de nombreux retraits qui s'exerçaient dans des domaines variés et avaient surtout pour objet la protection d'intérêts familiaux et féodaux ; ils s'exerçaient dans des sociétés **fermées**. Après la conclusion d'une vente, une personne (le retrayant) pouvait, pendant un certain délai, se substituer à l'acquéreur (le retrayé) : selon la définition de Pothier, le retrait permettait à une personne « *de prendre le marché d'un autre et de se rendre acquéreur à sa place* ». Le Code Napoléon, plus attaché à une société **ouverte**, n'en avait conservé que trois dont deux ont disparu : le retrait d'indivision, aboli par la loi du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, le retrait successoral, aboli par la loi du 31 décembre 1976 portant réforme de l'indivision et le retrait litigieux, encore en vigueur (art. 1699 à 1701) et qui connaît un regain d'intérêt⁴. Exceptionnel, il est d'interprétation stricte⁵. Il en existe d'autres formes modernes, par exemple en

3. C. SAINT-ALARY-HOUIN, préc.

4. Une créance est litigieuse, lorsqu'elle a fait l'objet d'un procès qui n'est pas terminé et porte sur le fond du droit (art. 1700). La loi craint que les cessions ayant pour objet ce genre de créances ne constituent une spéculation malsaine, où peut être exploité le besoin dans lequel se trouve le créancier. Afin d'empêcher que le cessionnaire n'achète à bas prix une créance dont il exigera du débiteur le nominal un montant plus élevé, le Code civil permet au débiteur de se substituer au cessionnaire en payant le prix stipulé dans la cession (*Droit des obligations*, coll. Droit civil). Le retrait ne saurait être exercé, lorsque le cédant ne fait que régler son créancier cessionnaire. Ou bien lorsque la contestation ne porte que sur un accessoire de la créance : Cass. com., 26 février 2002, *Bull. civ. IV*, n° 41 ; *RTD civ.* 2002.532 ; *Defrénois* 2002.767, n. E. Savaux. Ou sur la qualité à agir du cessionnaire : Cass. com., 19 juin 2012, 11-11210, *Bull. civ. IV*, n° 125, *RTD civ.* 2012.545, obs. P.-Y. Gautier. Ou que le débiteur a fait l'objet d'une procédure collective : Cass. com., 12 octobre 2004, *Bull. civ. IV*, n° 183 ; *RTD civ.* 2005.417, obs. P.-Y. Gautier : « *le jugement de redressement judiciaire, emportant de plein droit interdiction de payer toute créance née antérieurement à ce jugement, proscrit l'exercice du retrait litigieux par les débiteurs soumis à la procédure collective* ». Mais le retrait est possible lorsque la créance a été cédée « en bloc », avec d'autres : Cass. civ. 1^{re}, 12 novembre 2015, n° 14-23401, *Bull. civ. I* à paraître ; *Defrénois* 2016. 73, obs. H. Lécuyer ; *D.* 2016. 355, n. G. Casu (cession de portefeuille de créances par fabricant automobile) ; Cass. com., 31 janvier 2012, n° 10-20972, *Bull. civ. IV* n° 14, *RDC* 2012. 838, obs. R. Libchaber (la caution d'un des débiteurs, emprunteur, peut racheter la dette qui le concerne, en exigeant la production du document qui indique le prix payé) ; Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, *Bull. civ. I*, n° 319 ; *RTD civ.* 2005.793, obs. P.-Y. Gautier.

5. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 20 janvier 2004, *Bull. civ. I*, n° 17 ; *JCP G* 2004.II.10033, concl. J. Sainte-Rose : « *Le retrait litigieux, institution dont le caractère litigieux impose une interprétation stricte, ne peut être exercé que par un défendeur à l'instance qui conteste le droit litigieux* ».

droit boursier, l'offre publique de retrait, susceptible de déboucher sur un retrait obligatoire des associés de sociétés cotées, « *squeeze out* »⁶.

Sous le nom de préemption, le droit contemporain connaît plusieurs formes de retraits, mais non, malgré leur nom, de préemptions, parce qu'ils interviennent *post rem venditam* ; par exemple, la faculté conférée à la Réunion des musées nationaux d'acquérir des œuvres d'art vendues aux enchères en se substituant à leur adjudicataire (C. patr., art. L. 123-1 et s.)

149. Droits de préemption. – D'autres cas constituent de véritables droits de préemption ; ils ont été créés par la loi contemporaine et sont nombreux. Le propriétaire doit « notifier » la vente conclue (ou son projet) au titulaire du droit de préemption. Celui-ci, pendant le délai imparti par la loi, a la faculté d'acheter, selon les cas, soit aux conditions fixées par la notification, soit au prix déterminé par le juge.

Les praticiens dénomment souvent « droit de préemption » des pactes de préférence (ex. dans les sociétés civiles et commerciales). Le juge est libre de requalifier (CPC art. 12) et le régime applicable est celui d'un pacte de préférence.

SECTION II INVENTAIRE

Les droits de préemption sont conférés par la loi, tantôt à des particuliers (§ 1), tantôt à l'État ou à des collectivités publiques, semi ou para-publiques (§ 2). Entre particuliers, cette priorité consentie à une personne publique prend la forme d'un pacte de préférence.

§ 1. PARTICULIERS

150. Preneur à bail et indivisaire. – Le bénéficiaire le plus caractéristique du droit de préemption est le preneur à bail : le cas le plus connu et le plus ancien est le droit de préemption dont bénéficie le fermier lors de la vente du bien loué (C. rur. pm., art. L. 412-1 à 412-13). Il est également accordé aux locataires et occupants de bonne foi d'un immeuble à usage principal d'habitation (L. 31 déc. 1975, art. 10, modif. loi du 24 mars 2014 ; L. 6 juill. 1989, art. 15, II). Dans ces hypothèses, des intérêts privés sont surtout en cause ; mais il y a aussi un intérêt général : soit une politique rurale (faire acquérir la terre à ceux qui la cultivent), soit une politique de logement assez symétrique (faire acquérir le logement à ceux qui l'utilisent).

Le droit de préemption conféré à un indivisaire présente un individualisme plus accusé (art. 815-14 à 815-16, L. 31 déc. 1976). Il a pour objet d'empêcher que par la cession d'un droit indivis, un étranger, n'entre dans l'indivision.

6. Procédure consistant pour les associés minoritaires d'une société cotée à contraindre l'associé majoritaire à leur racheter leurs titres, pour qu'ils se retirent, ou l'inverse (C. mon. fin., art. L. 433-4) ; ex. : Paris, 7 avril 1998, *RTD com.* 1998.634, obs. N. Rontchevsky : les autorités boursières disposent d'un pouvoir d'appréciation. Les minoritaires devront être indemnisés, selon un prix qui n'est pas laissé à la discrétion de l'offrant.

En cas de violation du droit de préemption conféré au locataire, la vente consentie au tiers est nulle, mais le bénéficiaire de la préemption ne saurait être substitué à l'acquéreur⁷.

§ 2. PERSONNES MORALES DE DROIT PUBLIC

151. DPU et SAFER. – À l'État et aux autres collectivités publiques ou semi-publiques, un droit de préemption a été traditionnellement accordé pour des raisons de politique foncière. La préemption n'est pas alors une fin en soi ; la collectivité préemprice doit revendre le bien à un tiers, présumé en faire un meilleur usage. La préemption peut être un instrument d'urbanisme ; ainsi en est-il du DPU (droit de préemption urbain) (C. urb., art. L. 211-1 et s.), au profit des communes, dans certaines zones urbaines ou à urbaniser, délimitées par un POS (plan d'occupation des sols), un PLU (plan local d'urbanisme) ou situées dans la carte communale approuvée par la préfecture. Ce droit de préemption peut être délégué à l'État ou à certaines personnes morales ou établissements publics⁸ ; il existe aussi une préemption au profit des départements pour la protection « *des espaces naturels sensibles* » (C. urb., art. L. 143-3) : la préemption permet alors la protection de l'environnement ; une autre préemption est conférée aux communes pour prévenir les risques technologiques (C. env., art. L. 515-16). Le droit de préemption est également un instrument de restructuration des fonds ruraux au profit des SAFER (sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural : C. rur. pm., art. L. 143-1 et s.)⁹. La préemption peut parvenir à la substitution à la SAFER de personnes privées. La loi « *Duflot* » du 24 mars 2014 augmente les préemptions à fin d'urbanisme et de logement (art. L. 211-1 et s., modifiés). Ainsi, pour les cessions de parts de SCI (art. L. 213-1) et même, les actes à titre gratuit, telle une donation (art. L. 213-1-1)¹⁰.

Les SAFER utilisent parfois, lorsqu'elles n'ont pas l'intention réelle d'acquérir, la promesse unilatérale de vente avec faculté de substitution, de sorte que ne déboursant pas de prix, elles rétrocèdent à court terme à un tiers, exonéré de droits d'enregistrement et font un bénéfice, sous forme de commission. Pratique audacieuse, au regard de leur mission d'intérêt public¹¹.

La loi permet également à la commune de préempter, après offre de vente du bailleur, non acceptée par le locataire, afin que celui-ci puisse se maintenir dans les lieux. (L. 1975, art. 10, modifié).

SECTION III CONDITIONS

Malgré le particularisme de certains, les différents droits de préemption sont à peu près toujours soumis aux mêmes conditions de fond (§ 1) et d'exercice (§ 2).

7. Cass. civ 3^e., 15 novembre 2006, *Bull. civ.* III, n° 226 ; *JCP G* 2006.IV.3408 : « *le non-respect des droits de préemption du locataire n'entraîne que la nullité de la vente et n'ouvre aucun droit de substitution* ». Comp. *supra*, n° 146, pour un pacte de préférence.

8. S. PÉRIGNON, « Le droit de préemption urbain », *Defrénois* 1987, art. 34013 ; du même auteur : « La vente d'un immeuble partiellement inclus dans le périmètre d'une zone de préemption », *Defrénois* 1989, art. 34526 ; H. PÉRINET-MARQUET, « Droit de préemption et formation du contrat », *AJPI*, 10 janvier 1998, p. 25 et s.

9. H. PERRET, « Les SAFER en question », in *Ét. P. Raynaud*, Dalloz, 1985, 601-625.

10. V. J.-P. MENG, *Defrénois* 2014. 570.

11. V. H. BOSSE-PLATIÈRE, « Propos hétérodoxes sur les promesses conclues par le SAFER avec faculté de substitution », *Defrénois* 2014. 850.

§ 1. CONDITIONS DE FOND

152. Domaine. – Pour qu'il puisse y avoir préemption, il faut un acte translatif, ce qui exclut les cessions forcées¹², les projets de vente caducs¹³, les ventes résolues¹⁴ et les partages¹⁵; les aliénations faites *intuitu personae*, telle qu'une donation ou un bail à nourriture, ne confèrent pas non plus de droit de préemption, au contraire de la vente, de l'apport en société et presque toujours de l'échange lorsqu'il s'agit de personnes morales de droit public préemptant à l'encontre de particuliers. Le préempteur achète aux conditions du contrat initial¹⁶. Lorsqu'il s'agit du prix, la règle est assouplie¹⁷.

Le juge doit vérifier le respect des objectifs pour lesquels la préemption a été accordée. Le contrôle est vigilant à l'égard des SAFER¹⁸. et pour le DPU, souvent détournés de leurs fins¹⁹. De même (la sanction est moins énergique), si le preneur préempteur n'occupe pas en permanence les lieux préemptés, il doit des dommages-intérêts.

§ 2. CONDITIONS D'EXERCICE

Le droit de préemption s'exerce en deux phases : d'abord, l'initiative du vendeur, la notification du contrat (I) ; puis, la réponse du bénéficiaire du droit de préemption, l'exercice de l'option (II).

I. — Notification

153. Déclaration d'intention. – Lors de la première phase, le propriétaire qui veut vendre à un tiers doit notifier son intention aux bénéficiaires du droit de préemption, ce que l'on appelle souvent une « déclaration d'intention »²⁰.

12. Cass. civ. 3^e, 1^{er} avril 1998, *Bull. civ.* III, n° 79 ; *D. Aff.* 1998.805 (plan de cession dans la « faillite ») : « Ce plan de cession n'avait pas le caractère d'une aliénation volontaire (et) le preneur ne bénéficiait pas du droit de préemption... ».

13. Paris, 24 avril 1990, *D.* 1992.254, n. appr. C. Saint-Alary-Houin ; *JCP G* 1991.II.21659, n. crit. H. Muir-Watt : jugé que « l'annulation » d'une promesse de vente par un acte sous signature privée « suffit à elle seule à faire écarter l'exercice du droit de préemption ».

14. Cass. civ. 3^e, 4 janvier 1995, *Bull. civ.* III, n° 5 ; *RTD civ.* 1995.917, obs. P.-Y. Gautier : « La résolution de la vente ne constituait en rien l'aliénation à titre onéreux prévue » par le Code.

15. Cass. civ. 3^e, 16 janvier 1991, *D.* 1991, IR, 43.

16. Ex. : Cass. civ. 3^e, 1^{er} mars 1989, *Bull. civ.* III, n° 56 ; en l'espèce, la vente comportait une réserve du droit d'usage et d'habitation au profit du vendeur ; la cour d'appel avait accordé au locataire la préemption, en substituant un prix en argent au droit réel du vendeur. Cassation.

17. *Infra*, n° 207 ; J. LAFOND, « Le contrôle du prix offert au locataire dans le congé pour vendre (L. 6 juillet 1989, art. 15) », *JCP G* 1993.I.3648 ; *JCP N* 1992.I.35.

18. Ex. : a été annulée la préemption exercée par une SAFER qui avait rétrocédé le bien préempté à une commune pour y installer une base de loisirs, alors qu'elle eût dû avoir uniquement pour fins, soit d'assurer un meilleur équilibre économique aux exploitations, soit d'en sauvegarder le caractère familial, soit de lutter contre la spéculation foncière (Cass. civ. 3^e, 4 décembre 1981, *JCP G* 1983.II.19980, n. G. Peyrard ; *JCP N* 1982.II.273, m. n.) ; la SAFER doit donc faire une référence explicite à ses objectifs : Cass. civ. 3^e, 31 janvier 1990, *Bull. civ.* III, n° 37.

19. S. PÉRIGNON, « Pathologie du droit de préemption urbain », *Defrénois* 1991, art. 34985.

20. Cass. civ. 3^e, 10 mai 1989, *D.* 1990.365, n. G. Virassamy décide que cette déclaration constitue une « simple offre », non une promesse de vente, qu'elle est donc caduque lorsque le propriétaire décède, ce qui empêche la SAFER de l'accepter : « La notification d'une vente sous condition suspensive au titulaire du droit de préemption ne constitue pas une promesse de vente mais une simple offre ; l'offre devenue caduque par l'effet du décès du sollicitant ne peut être l'objet, postérieurement à cet acte, d'une acceptation de la part d'une SAFER ». Cass. civ. 3^e, 3 mai 1990, *D.* 1990, IR, 132 : la

Celle-ci doit être précise, notamment sur les conditions proposées au tiers²¹. Généralement, le notaire notifie une déclaration comportant l'intention de vendre, l'indication du prix et de la chose, mais non l'intention de l'acquéreur ; la Cour de cassation a estimé valable le procédé.

Souvent, la promesse de vente d'un immeuble comporte une condition suspensive de non-exercice du droit de préemption. Si le bénéficiaire du droit de préemption décide de préempter, la promesse devient caduque puisque la condition est défailante : le serpent se mord la queue. Bien qu'elle ait un caractère passablement frauduleux, la clause est licite²², sauf à l'égard de la SAFER (C. rur. pm., art. L. 143-5) et des fermiers (art. L. 412-4), à moins qu'il ne s'agisse d'un apport en société ou d'un échange ; quand la loi comporte ainsi des exceptions à ses propres exceptions, sa politique législative n'est guère cohérente. Un auteur estime qu'il s'agit, non d'une condition, mais d'une simple « *réserve que les droits de préemption légaux ne soient pas exercés* »²³.

Une autre manière de « purger » (comme dit le notariat) la vente du droit de préemption est d'y faire renoncer le bénéficiaire, ce qui lui est possible lorsque son droit est acquis, c'est-à-dire s'il connaît les modalités de la vente. Il suffit de le faire intervenir à la vente, afin d'éviter la déclaration d'intention et son cortège de délais. Le plus souvent, le droit de préemption est « purgé » du seul fait que son bénéficiaire ne l'exerce pas dans le délai imparté²⁴.

II. — Exercice de l'option

154. Délais et substitution. – 1° Lors de la deuxième phase, après avoir reçu la déclaration d'intention, le bénéficiaire du droit de préemption doit exercer son option dans le **déla**i fixé par la loi ; à défaut, il perd son droit. Le délai est toujours bref, et varie selon les droits de préemption, sans qu'il existe de bonnes raisons à ces différences.

Dans les ventes de gré à gré, il est de six mois pour l'Enregistrement, deux mois pour le fermier, la SAFER et la collectivité publique qui use du DPU, d'un mois pour le locataire et l'indivisaire. Dans les ventes aux enchères, il est de quinze jours pour la Réunion des musées nationaux et de vingt jours pour le fermier.

2° Si le titulaire du droit de préemption décide de préempter, il est **substitué** à l'acquéreur²⁵, comme s'il y avait cession de contrat : il en a les mêmes droits, est assujéti aux mêmes obligations et se trouve dans la même condition ; il est donc exposé aux exceptions que le vendeur ou

connaissance par le locataire (bénéficiaire du droit de préemption) des conditions de la vente n'équivaut pas à la déclaration d'intention. Mais la préemption exercée en l'absence de notification (en l'espèce visée à l'art. L. 412-8 C. com.) est efficace : Cass. civ. 3^e, 1^{er} févr. 2012, n° 11-11315, *D.* 2012, 1468, n. F. Roussel.

21. Cass. civ. 3^e, 21 septembre 2005, *Bull. civ.* III, n° 170 : en l'espèce, jugé que la SAFER, qui va rétrocéder à d'autres tiers, en plusieurs ventes partielles, doit mentionner le prix de chacune afin que le locataire puisse préempter lui aussi pour partie.

22. Jurisprudence constante. Ex. (mais plus applicable aux Safer) : Cass. civ. 3^e, 26 avril 1978, *Bull. civ.* III, n° 162 ; *Defrénois* 1978, art. 31808, n° 56, p. 1071, obs. J.-L. Aubert : « *La condition suspensive insérée au contrat, étant opposable à la SAFALT (la SAFER de l'espèce), sa défaillance rendait inexistante la vente et, par suite, le droit de préemption qui supposait la réalité de celle-ci* ».

23. S. BECQUÉ-ICKOWICZ, « La condition suspensive de non-préemption, faculté de repentir pour le vendeur ? », *Defrénois* 2011.1519.

24. T. confl., 2 juin 1975, *aff. du Poussin*, *Gaz. Pal.* 1975.II.11572.

25. Sauf le droit de préemption dont bénéficient les indivisaires (art. 815-14), où le « cédant » peut se rétracter, même après que le bénéficiaire du droit de préemption ait décidé de préempter : Cass. civ. 1^{er}, 5 juin 1984, *Bull. civ.* I, n° 183 ; *JCP G* 1985.II.20469 ; *Defrénois* 1986, art. 33799, obs. M. Vion ; *RTD civ.* 1985.428, obs. J. Patarin. V. *Les successions*, coll. Droit civil.

ses créanciers auraient pu opposer à l'acheteur : par exemple, la nullité pour erreur du vendeur²⁶, la rescision pour cause de lésion²⁷ ou la surenchère du dixième²⁸.

SECTION IV SANCTIONS

155. Nullité, substitution, dommages-intérêts. – Lorsque le bénéficiaire du droit de préemption n'a pas été informé de la vente, ou, selon l'expression légale, « *lorsque la vente originaire a été conclue à des conditions empêchant le bénéficiaire du droit de préemption de l'exercer* », trois sanctions sont concevables : la nullité (ou l'inopposabilité) de la vente, la substitution du bénéficiaire du droit de préemption à l'acquéreur convenu et des dommages-intérêts²⁹. Sur cet aspect du droit de préemption comme sur les autres, les dispositions légales sont disparates et peu cohérentes.

La meilleure manière de tirer les conséquences de l'inobservation de la loi serait de cumuler les trois sanctions, la substitution de contractant coexistant avec l'allocation de dommages-intérêts et l'annulation du contrat originaire. Telle est la situation de la SAFER : si son droit de préemption est méconnu, elle peut demander la nullité de la vente et prendre la place de l'acquéreur : les deux conséquences sont liées³⁰.

Dans d'autres hypothèses, une seule sanction est prévue : tantôt la substitution sans nullité, tantôt, à l'inverse, la nullité sans substitution. Pour le droit de préemption du locataire d'un local à usage d'habitation, la loi n'a prévu que la substitution du locataire à l'acquéreur, par simple déclaration unilatérale (L. 6 juill. 1989, art. 15, II). Dans un autre cas, le fermier auquel n'a pas été notifiée la vente, la loi a simplement prévu la nullité de la vente et l'octroi de dommages-intérêts (C. rur. pm., art. L. 412-12).

Parfois, c'est le titulaire du droit de préemption qui sera sanctionné, du fait d'un usage abusif ou illégal de celui-ci et devra une indemnisation au propriétaire ou à l'acquéreur évincé, sauf à leur avoir rétrocédé le bien (V. not. C. urb., art. L. 213-12, loi du 24 mars 2014).

26. T. confl., 2 juin 1975, *aff. du Poussin*, préc.

27. Cass. com., 18 juillet 1950, *D.* 1951.294 ; *S.* 1951.I.34 : « *Si, en principe, la préemption exercée par l'État à l'encontre d'un acquéreur d'immeuble ne met pas obstacle à l'exercice de l'action donnée au vendeur par l'article 1674, il en est autrement quand cette action est formée dans le dessein d'échapper aux conséquences d'une fraude fiscale commune* ».

28. Cass. soc., 5 janvier 1951, *JCP G* 1951.II.6047, n. J. Lacoste : « *Rien, dans la législation nouvelle, n'interdit la surenchère après l'exercice du droit de préemption, lequel pourra être mis en œuvre de nouveau après l'adjudication nouvelle, celle-ci déterminant seulement le prix définitif, conforme à la valeur vénale, valeur à laquelle la loi entend attribuer la propriété au préempteur* ».

29. J.-J. BARBIÈRI et F. DELORME, « À propos de l'articulation entre décisions des SAFER et ventes subséquentes », *Defrénois* 2011.1297.

30. Cass. civ. 3^e, 22 février 1978, *Bull. civ.* III, n° 101 : « *La cour d'appel a fait une exacte application de l'article 3 du D. du 20 octobre 1962 en ordonnant la substitution de la SAFER à l'acquéreur du seul fait que cette dernière, titulaire du droit de préemption, n'avait pas reçu notification du projet de vente* ».

FORMES DE LA VENTE

156. Consensuelle ou formaliste ? – 1° Depuis longtemps, la vente est **consensuelle**. L'article 1583 l'implique par préterition : pour que la vente soit « parfaite » entre les parties, il suffit qu'elles soient « convenues de la chose et du prix », sans qu'aucune forme ne soit imposée. Ce texte n'a rien de particulier, il applique à la vente le consensualisme qui domine le droit commun des contrats (art. 1172, al. 1^{er})¹. En règle générale, la vente résulte donc du seul échange des consentements quelle qu'en soit l'expression².

La règle avantage les individus, pour lesquels elle signifie rapidité, économie et liberté ; elle n'est pas faite en faveur de la société, qui peut avoir, au contraire, intérêt à exiger une extériorisation du consentement. Aussi le principe comporte-t-il des tempéraments aujourd'hui croissants et qui ont deux sources.

2° Tantôt, le **formalisme** de la vente résulte de la pratique. Par exemple, en matière commerciale, la conclusion d'une vente importante de marchandises est presque toujours subordonnée à la signature d'un acte écrit (papier ou électronique) ; de même, en matière civile, la vente d'immeuble est presque toujours une vente établie par acte authentique, le plus souvent notarié.

Tantôt, il est le fait du législateur. La loi impose parfois la rédaction d'un acte écrit, soit sous signature privée, soit authentique. Parfois aussi, elle prévoit une formalité de publicité. Parfois enfin, elle soumet la vente à une autorisation administrative, ou oblige à proposer la vente aux titulaires d'un droit de préemption, ce qui oblige à un certain formalisme.

157. Fondements du formalisme : protection ou contrôle. – Varié dans ses formes, le formalisme est également divers dans ses fondements ; il s'explique, soit par le désir de protéger certaines personnes (le vendeur, l'acheteur ou des tiers), soit par un souci de contrôler la vente. Cette recherche du fondement est utile, car elle commande la sanction consécutive à son irrespect.

1° La **protection** peut être celle du vendeur : telles sont les formalités imposées par les incapacités du droit civil. Elle peut être celle de l'acquéreur : ainsi, dans la cession de fonds de

1. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

2. Ex. : Req., 21 novembre 1898, DP 1898.I.527 : « Aux termes de l'article 1583, la vente est parfaite entre les parties dès qu'on est convenu de la chose et du prix, mais aucun texte n'exige pour sa validité qu'elle soit conclue par écrit » (validité d'une vente d'immeuble verbale).

commerce, la vente à démarchage et la vente à crédit, où la loi, spécialement la législation protectrice du consommateur³, exige que l'acte comporte un certain nombre de mentions destinées à informer l'acquéreur. La protection peut aussi être celle des tiers : par exemple, une publicité, dont l'inaccomplissement a pour conséquence l'inopposabilité aux tiers⁴.

2° Le **contrôle** est celui des conditions de vente : la loi peut exiger la rédaction d'un acte écrit ou imposer l'obtention d'une autorisation administrative. L'irrespect des règles de contrôle empêche la vente de transférer la propriété, mais ne lui interdit pas toujours d'être provisoirement obligatoire en qualité d'avant-contrat.

Ces atteintes au consensualisme se présentent de façons différentes dans les ventes commerciales (Section I) et les ventes civiles (Section II), et plus encore dans les ventes aux enchères (Section III).

SECTION I VENTES COMMERCIALES

La renaissance contemporaine du formalisme dans les ventes commerciales a deux sources, la pratique commerciale (§ 1) et la loi (§ 2).

§ 1. PRATIQUE COMMERCIALE

158. Signature. – Souvent, la pratique commerciale écarte le consensualisme. Dans beaucoup de ventes, l'usage est qu'un consentement verbal ne suffit pas, que seule la signature confère au contrat un caractère définitif, ce qui produit deux conséquences sur les relations précédant la signature et celles qui la suivent. Le texte signé par les parties ôte en général toute valeur aux discussions préalables et aux documents échangés avant la signature qui n'ont pas été incorporés à l'acte. Il est même dans l'usage de les détruire⁵. Les conditions de la vente, telles qu'elles résultent de l'acte signé, ne peuvent être modifiées que par un acte nouveau, également signé des deux parties ; un accord verbal serait insuffisant.

§ 2. Lois

159. Protection de l'acquéreur : formalisme informatif. – Les lois contemporaines imposent un formalisme à un certain nombre de ventes, avec pour dessein la protection de l'acquéreur, normalement réservée aux personnes physiques, non aux personnes morales.

La politique législative qui anime ces règles relève de l'engouement que, sous l'influence de l'idéologie américaine, on porte aujourd'hui aux vertus de l'information. Un acte ne serait vraiment libre que s'il était éclairé ; à quoi s'ajoute une prophylaxie civile par la prévention : mieux vaut informer l'acquéreur avant qu'il ne s'engage, que de permettre à un ignorant de se dégager d'un mauvais contrat.

3. *Supra*, n° 67.

4. *V.* aussi pour la violation d'un droit de préemption, *supra*, n° 155.

5. Cf. **la clause des quatre coins** (*entire agreement*) stipulant que le contrat qui vient d'être signé est la seule expression du consentement des parties, à l'exclusion de tout autre document ou accord verbal antérieur. Cf. W. DROSS, *Clausier*, LexisNexis, 3^e éd., 2016.

En outre, le formalisme informatif permet d'éviter toute discussion sur l'existence, l'intégrité et le contenu du consentement.

L'exemple le plus typique à cet égard est la cession de fonds de commerce⁶ (I) dont le régime a inspiré certains aspects de la législation contemporaine protectrice du consommateur (II).

I. — Fonds de commerce

160. Formalisme informatif. – Afin de protéger l'acquéreur contre les tromperies du vendeur, c'est-à-dire pour qu'il puisse donner un consentement éclairé, l'article L. 141-1 du Code de commerce prescrit, lorsque la cession a pour objet un fonds de commerce, un certain nombre de mentions obligatoires destinées à informer l'acquéreur sur la valeur réelle du fonds ; l'acte de cession ou de promesse doit indiquer par exemple les privilèges et nantissements grevant le fonds, le chiffre d'affaires, les bénéfices réalisés pendant les trois dernières années et la durée du bail restant à courir.

L'inobservation de ces règles est sanctionnée par une nullité, originale parce qu'elle est à la fois relative, facultative, encadrée par la loi et pluraliste. **1°** Bien qu'il s'agisse d'une règle de forme, la nullité est **relative**, parce qu'elle a pour objet de protéger l'acquéreur : lui seul peut l'invoquer. **2°** Elle est **facultative** pour le juge, ce qui est plus insolite, car d'habitude les nullités sont de droit⁷ : par exemple, le juge peut refuser de prononcer la nullité de la cession bien que l'acte soit dépourvu des mentions obligatoires, si, en fait, l'acquéreur était éclairé sur la valeur du fonds⁸. La nullité procède donc d'un vice du consentement, le dol par réticence, dont la preuve est facilitée par un vice de forme. **3°** L'action en nullité est encadrée par **la loi**, car elle doit être exercée dans l'année (art. L. 141-1, II) ; mais l'acheteur peut exercer l'action en nullité pour dol dans un délai de cinq ans⁹. **4°** Le vendeur doit garantir l'acheteur de la véracité de ces mentions (art. L. 141-3) ; l'acheteur peut donc, comme dans toute vente, exercer **une action rédhitoire** ou une **action estimatoire**. La **responsabilité** du rédacteur de l'acte peut aussi être engagée¹⁰.

II. — Protection du consommateur

161. Formalisme informatif. – Afin que le consentement du consommateur soit éclairé, la législation protectrice des consommateurs impose au vendeur, lorsqu'il est professionnel, une obligation de renseignements. La preuve de son exécution incombe au professionnel (C. consom., art. L. 221-7)¹¹. Outre des sanctions

6. Cf. aussi la vente de navire (L. 3 janvier 1967, art. 3), qui doit, à peine de nullité, être écrite ; il en est de même du navire en construction (L. 1967, art. 5).

7. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

8. Ex. : Cass. com., 30 janvier 1990, *Bull. civ. IV*, n° 29 : « L'omission dans l'acte de cession d'un fonds de commerce des diverses mentions rendues obligatoires par le Code de commerce ne suffit pas à entraîner la nullité de l'acte dès lors que le consentement de l'acquéreur n'a pas été vicié par cette omission ».

9. Cass. com., 5 juillet 1977, *D.* 1977, I.R.194 ; *RTD com.* 1977.712, obs. J. Derruppé ; n.p.B.

10. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 13 octobre 1999, *Bull. civ. I*, n° 276 ; *Defrénois* 1999.1342, obs. J.-L. Aubert ; *RTD com.* 2000.230, obs. J. Derruppé : « en sa qualité d'officier public, le notaire est tenu de veiller à l'efficacité des actes qu'il établit et il appartenait à M. X. (le notaire) de prendre toutes mesures permettant de sauvegarder les intérêts des acquéreurs en application des exigences de l'art. 12 de la loi du 29 juin 1935 ».

11. V. VINEY, « À propos de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information », *JCP G* 2014, n° 879.

pénales, la loi prévoit parfois une sanction civile, la nullité, qui est relative lorsque le formalisme a pour objet l'information du consommateur.

L'information essentielle a pour objet le prix, particulièrement minutieuse en cas de rabais ; par exemple, en cas de ventes jumelées, où deux produits sont vendus en un seul lot, il faut préciser que le consommateur peut acheter chacun séparément et en indiquer le prix : cette règle, d'une effectivité médiocre, est rarement sanctionnée. Les éléments caractéristiques de la chose doivent aussi avoir été portés à la connaissance du client. Ces dispositions s'appliquent pour tous les contrats, y compris ceux conclus « hors établissement » et sur l'Internet, contrats à distance (C. consom., art. L. 221-1 et s.)¹².

La forme selon laquelle ces informations doivent être données varie selon l'objet et les modalités de la vente. La loi veut que l'information soit intelligible ; elle y est parfois parvenue (ex. : l'affichage du prix) ; mais souvent l'excès de formalisme et d'informations tue l'information. On peut dénombrer quatre types de formalités, qui peuvent se cumuler : les mentions obligatoires dans l'acte, l'inscription sur le produit, la remise de documents et les contrats types prévus par la loi.

1° Le système le plus classique est celui que la loi avait imaginé pour la cession de fonds de commerce, les **mentions obligatoires** dans l'acte ; à cet égard, la loi est de plus en plus minutieuse et sa portée de plus en plus incertaine. Par exemple, sur le crédit mobilier le Code de la consommation (art. L. 312-12 et s.) entend, au moyen de mentions informatives obligatoires, que l'acquéreur-emprunteur connaisse exactement l'économie du crédit qu'il sollicite et son interdépendance avec le contrat principal. On pourrait donner d'autres exemples (C. consom., art. L. 314-6 et s., sur l'usure, C. civ., art. 1601-1 et s., sur la vente d'immeubles à construire, C. consom., art. L. 221-1 et s., sur les contrats hors établissement et à distance, L. 17 mars 2014, art. L. 313-1 et s. sur le crédit immobilier, etc.). Le contrat à distance devient souvent la norme de référence. L'information doit être fournie sur un support durable, mais qui peut être électronique (et le sera souvent).

L'information peut aussi résulter de la reproduction dans l'acte de certaines dispositions légales (ex. pour le contrat préliminaire de vente d'immeuble à construire, le CCH, art. L. 261-27 oblige à reproduire dans l'acte les articles R. 261-28 à R. 261-31 du même code ; de même, pour le « crédit lié », C. consom., art. L. 311-1). Il est douteux que les non-initiés, pour lesquels ces règles sont faites, comprennent ces textes abscons.

La sanction qui frappe la méconnaissance de ces dispositions n'est pas toujours la même et est parfois douteuse. Tantôt, la loi prévoit une nullité de plein droit¹³ ; ainsi pour la vente d'immeuble à construire (CCH, art. L. 261-11). Tantôt la faculté pour le consommateur de se rétracter dans un délai très long (C. consom., art. L. 312-19). Tantôt, la loi ne dit rien ; ainsi des mentions obligatoires en matière de crédit mobilier ; la nullité de droit serait une sanction peu appropriée ; chaque partie devrait pouvoir prouver que son cocontractant connaissait ce que le contrat aurait dû lui dire – une nullité facultative – ; le contrat ne devrait être annulé que si cette preuve ne pouvait se faire¹⁴.

2° L'information du consommateur peut résulter d'un **étiquetage** ou d'une inscription sur les emballages, par exemple pour la vente des produits alimentaires préemballés (C. consom., art. L. 112-1 et s.).

3° Elle peut résulter de la **remise de documents** ; par exemple, les textes sur le crédit mobilier ou immobilier obligent « le prêteur » à remettre à l'éventuel emprunteur un document contenant l'offre de contrat de crédit et ses conditions (C. consom., art. L. 312-12 et s., art. L. 313-6 et s.). Ce

12. Les informations sont nombreuses et portent notamment sur le droit de rétractation, le paiement, la durée du contrat, le service après-vente, la commercialisation des pièces de rechange, etc.

13. Cass. civ. 1^{re}, 17 février 1993, *Bull. civ. I*, n° 79 ; *JCP G* 1994.II.22217 ; *Contrats, conc., consom.* 1993.100 : jugé que lorsqu'un contrat est soumis à un formalisme informatif, c'est à la partie qui en réclame l'exécution qu'il appartient d'en prouver la régularité.

14. L. AYNÈS, « Formalisme et prévention », n°s 33-55, in *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982, p. 62-91. En ce sens, v. l'arrêt cité dans la n. suivante.

document permettra au « consommateur de crédit » de faire jouer la concurrence s'il examine les conditions d'autres établissements.

4° La loi a conçu un dernier système, le **contrat type**, qui devient de plus en plus souvent imposé. Beaucoup souhaitent et continuent d'espérer que ces contrats résultent d'accords entre les groupements de fabricants et les associations de consommateurs. Ces « conventions collectives » se font attendre. Le contrat type prévu est donc réglementaire, ce qui le rend rigide. Par exemple, l'article. R. 311-5 du Code de la consommation relatif à l'application du Code de la consommation sur le crédit mobilier impose des modèles types d'offre de crédit exposant ce que peut ou doit faire l'emprunteur ; le texte va jusqu'à imposer les règles d'imprimerie qui doivent être suivies.

Elles ne sont pas sanctionnées par la nullité du contrat¹⁵.

SECTION II VENTES CIVILES

162. Incapacités, immeubles à construire, copropriétés. – Dans les ventes civiles, des atteintes indirectes au consensualisme résultent d'abord des règles de preuve et de publicité, qu'il suffit d'évoquer. Ne seront ici exposés, succinctement, que le formalisme découlant des incapacités et celui qui est imposé dans les ventes d'immeubles à construire et dans les copropriétés.

1° La seule exception directe qu'à l'égard de la vente le Code Napoléon avait apportée au consensualisme intéressait les **incapables**. Elle a été assouplie à plusieurs reprises depuis 1964 ; aujourd'hui, la vente d'un immeuble ou la cession d'un fonds de commerce appartenant à une personne en tutelle ne peut avoir lieu que si elle a été autorisée par le conseil de famille ou le juge (art. 505). L'inaccomplissement de ces formalités permet au mineur de demander la nullité de la vente, qui constitue une nullité relative. Celle-ci peut être empêchée notamment en cas d'utilité de l'acte ou de ratification (nouvel art. 1151).

2° La loi du 3 janvier 1967 (CCH, art. L. 261-1 et s.) a fait de la vente un contrat solennel lorsqu'elle a pour objet un **immeuble à construire** relevant du secteur protégé. Cette solennité apparaît à deux égards qui doivent être distingués, parce que la sanction est diversifiée. D'une part (CCH, art. L. 261-10, al. 1), l'acte doit, « à peine de nullité revêtir la forme de l'un des contrats prévus aux articles 1601-2 et 1601-3 du Code civil. », c'est-à-dire soit une vente à terme, soit une vente en l'état futur d'achèvement. La Cour de cassation a décidé qu'il agissait d'une nullité d'ordre public, qui pouvait « être invoquée par l'un ou l'autre des contractants »¹⁶, ce qui impliquait que la règle était inspirée par un intérêt général et protégeait le constructeur et l'acquéreur. D'autre part (CCH, art. L. 261-11), la vente doit être établie par un acte authentique et comporter des mentions destinées à informer l'acquéreur : par exemple, le prix, la description et les caractéristiques de l'immeuble à construire – à cet égard, la loi n'ajoute rien aux règles générales de la vente –, les modalités relatives au paiement du prix¹⁷ et au délai de livraison, et la garantie financière d'achèvement ou de remboursement en cas d'inachèvement ; la loi confère donc une protection originale et utile à l'acquéreur qui paraît ne plus avoir à redouter les risques d'insolvabilité du promoteur ; mais la garantie est parfois illusoire (la « garantie intrinsèque »). La même disposition prévoit, dans son dernier alinéa, que « cette nullité ne peut être invoquée que par l'acquéreur, et avant l'achèvement des travaux », car ce formalisme a pour raison d'être la protection de l'acquéreur.

3° Si le bien fait partie d'un immeuble en **copropriété**, des documents relatifs à celle-ci doivent être joints (CCH, art. L. 721-2, L. du 24 mars 2014).

15. Cass. civ. 1^{re}, 15 décembre 1998, *Bull. civ. I*, n° 366 ; *RTD civ.* 1999.383, obs. J. Mestre : « Les dispositions en cause n'édictaient aucune sanction civile, telle que la nullité du contrat ».

16. Cass. civ. 3^e, 5 décembre 1978, *Bull. civ. III*, n° 361 ; *D.* 1980.219, n. Nguyen Phu-Duc.

17. Cass. civ. 3^e, 17 juillet 1996, *Bull. civ. III*, n° 191 : est nulle la promesse de vente d'un immeuble à construire à usage principal d'habitation qui prévoit le paiement immédiat du prix.

SECTION III

VENTE AUX ENCHÈRES

163. Offre faite au public. – Dans la vente aux enchères, l'objet est offert au public, l'acquéreur étant l'enchérisseur qui paye le prix le plus élevé¹⁸. Depuis la seconde moitié du XIX^e siècle, des règles diversifiées sont prévues pour plusieurs variétés de ventes aux enchères. Il existe cependant un droit commun du consentement dans toutes les ventes aux enchères, mobilières ou immobilières : les articles L. 320-2 et suivants du Code de commerce, qui organisent le régime des ventes aux enchères, spécialement « mobilières volontaires »¹⁹ et les articles 2201 et suivants du Code civil pour les ventes sur saisie.

Parfois, le système des enchères est différent : l'acquéreur ou donneur d'ordres fait un appel d'offres et retient le prestataire offrant la plus basse enchère. Ce sont les « enchères inversées », souvent exercées par voie électronique sur l'Internet, réglementées par l'article L. 442-10 du Code de commerce, qui impose la transparence des opérations, afin d'éviter les abus ou les discriminations, ainsi que la hausse ou la baisse artificielle des prix (sanctions pénales prévues par l'art. L. 443-2)²⁰.

164. Consentement. – Les ventes publiques sont multiples et peuvent être classées en deux catégories : volontaires ou forcées sous autorité de justice. La différence porte sur l'existence du consentement du propriétaire (vente volontaire) ou au contraire, son absence, suppléée par l'initiative de l'un de ses créanciers (vente forcée, C. proc. civ. exéc., art. L. 221-3 et s.)²¹ Également l'absence de rescision pour lésion, dans le second cas (art. 1684) et de garantie des vices cachés (art. 1649). En revanche, le saisi est tenu de l'obligation de délivrance et de la garantie d'éviction (art. 2208). Lorsque la vente forcée est convertie en vente amiable, elle produit les effets d'une vente ordinaire (art. 2202). C'est le juge de l'exécution (JEX) qui en fixe les conditions, notamment le prix-plancher²².

L'objectif commun à toutes ces procédures réside dans la volonté d'obtenir, grâce au feu des enchères, le plus haut prix²³.

Ces ventes sont organisées par un officier ministériel (notaire), une société commerciale agréée (les commissaires-priseurs ont perdu leur monopole), ou une juridiction.

L'offre présente un premier particularisme : un bien vendu aux enchères est proposé aux éventuels amateurs par une publicité les invitant à prendre connaissance des conditions de la vente et venir aux lieux et moments indiqués pour porter des enchères. La personne qui émet une enchère accepte cette offre : celle qui a émis l'enchère la plus élevée en devient adjudicataire ; l'acceptation résulte de la dernière enchère (C. com., art. L. 320-2). L'adjudicataire accepte les

18. L. MAUGER-VIELPEAU, *Les ventes aux enchères*, 2^e éd., Economica, 2017.

19. J.-Q. HONLET et O. de BAECQUE, « Encore une réforme des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques (à propos de la loi du 20 juillet 2011) », *D.* 2011.2749.

20. V. L. MAUGER-VIELPEAU, *D.* 2006, p. 642 ; N. GENTY et J. HUET, *Contrat, conc. consom.* 2005, comm. n° 22.

21. Paris, 8 mars 2005, *D.* 2005.1404, n. crit. L. Mauger-Vielpeau : la vente judiciaire est ordonnée par le tribunal, même si elle ne relève pas d'une procédure civile d'exécution (ex : vente publique par l'intermédiaire d'un administrateur provisoire ou pour couvrir les frais d'une succession). En conséquence, une société de ventes volontaires de meubles est incompétente pour y procéder, à l'encontre du commissaire-priseur.

22. V. F.-J. PANSIER, « La vente amiable », *D.* 2007.246 ; L. MAUGER-VIELPEAU, *passim*. – V. égal. le décret du 27 juill. 2006, spéc. art. 49 et 54.

23. L. MAUGER-VIELPEAU, *passim*.

conditions portées à sa connaissance par la publicité, le cahier des conditions de vente et le catalogue (utilisé surtout dans les ventes publiques d'objets d'art) ; celui-ci constitue un document contractuel, qui éclaire le consentement de l'acheteur²⁴. Les enchères sont organisées par un opérateur de ventes spécialisé, mandataire du vendeur (C. com., art. L. 320-2 préc. et L. 321-5) ; elles sont conduites par un professionnel, qui prononcera l'adjudication (art. L. 320-2 préc. et L. 321-9)²⁵. Le mandat doit être écrit (art. L. 321-5 préc.). L'intermédiaire ne peut se porter contrepartiste (*ib.*).

L'erreur, vice du consentement, a son particularisme dans les ventes publiques. Depuis longtemps, de nombreuses décisions annulent des ventes publiques pour cause d'erreur sur la substance, en appliquant purement et simplement le droit commun ; souvent, il s'agit d'une erreur de l'acheteur²⁶. Et aussi mais plus rarement l'erreur du vendeur²⁷.

Même s'il n'y avait pas place pour l'erreur (par ex. elle porte sur une qualité non substantielle ou à caractère non déterminant), l'acheteur pourra se fonder sur le défaut de conformité (par ex. erreur de datation). Ou encore, sur l'obligation de renseignements pesant sur le vendeur et ses mandataires (opérateur de vente, expert). Ceux-ci peuvent engager leur responsabilité extracontractuelle²⁸.

165. Ventes mobilières. – Une loi du 20 juillet 2011 a libéralisé les enchères, dont les règles antérieures, afin de protéger les commerçants, introduisaient des différences selon la nature des marchandises.

L'art. L. 321-1 du Code de commerce autorise de façon générale la vente aux enchères de biens neufs ou d'occasion, au détail, par lots ou en gros. Un des exemples les plus connus d'enchères est la vente d'objets d'art ou d'antiquités²⁹. Certaines ventes (ex. après cessation d'une activité) doivent recevoir l'autorisation du tribunal de commerce (C. com., art. L. 322-3).

24. Fr. LABARTHE, « La valeur contractuelle du catalogue dans les ventes volontaires de meubles aux enchères publiques », *D.* 2011.1779, ainsi que « La force du catalogue de vente aux enchères », *in L'art en mouvement*, Mare & Martin 2013, p. 51 s. P.-Y. GAUTIER, *D.* 2007.1632 ; ex. Cass. civ. 1^{re}, 27 févr. 2007, *infra*.

25. Cass. crim., 16 janvier 2007, n° 06-82381, *D.* 2007.1772, n. L. Mauger-Vielpeau : leur mission est de « proposer, en agissant comme mandataires des propriétaires, des biens aux enchères publiques afin de les adjuger au mieux-disant des enchérisseurs ». Ils n'ont donc pas de rapports contractuels avec l'adjudicataire.

26. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 27 février 2007, époux Pinault, *Bull. civ. I*, n° 9, *D.* 2007.1632, n. P.-Y. Gautier ; en l'espèce, l'acheteur avait acheté une statue égyptienne représentant le roi Sesostri III, de la XII^e Dynastie, datant de cette époque, comme le précisait le catalogue ; mais la statue avait été réalisée beaucoup plus tard, « la référence historique, portée sans réserve expresse au catalogue, n'était pas exacte, ce qui suffisait à provoquer l'erreur invoquée », car « la référence à une période historique, un siècle ou une époque, garantit l'acheteur que cette œuvre ou cet objet a été effectivement produit au cours de la période de référence ». L'arrêt se fonde sur l'art. 1110 C. civ. ainsi que sur le décret du 3 mars 1981 sur la dénomination des œuvres d'art. Comp., pour les mêmes acheteurs, Cass. civ. 1^{re}, 20 octobre 2011, *Bouille*, n° 10-25980, *JCP G* 2011, 1350, n. Y.-M. Sérinet ; *D.* 2012.76, n. Fr. Labarthe ; *RDC* 2012.54, obs. Th. Genicon ; *Bull. civ. I*, n° 173 : meuble Louis XVI transformé, ce que n'indiquait pas clairement le catalogue, mais le meuble restant authentique, l'acheteur n'a pas prouvé que des indications plus explicites sur la restauration l'auraient détourné d'acquiescer.

27. Jurisprudence constatée depuis l'arrêt du *Poussin* : Il y a eu deux affaires du *Poussin* ; la plus célèbre a été celle d'*Olympus et Marsyas*, terminée par Versailles, 7 janvier 1987, *D.* 1987.485, n. J.-L. Aubert. La plus récente, *La fuite en Égypte* : Cass. civ. 1^{re}, 17 septembre 2003, *Bull. civ. I*, n° 183 ; *JCP G* 2004.I.123, n° 1, obs. Y.-M. Sérinet ; *Contrats, conc., consom.* 2004.2, n. L. Leveneur ; dans ces deux affaires, l'erreur du vendeur a été jugée la cause de la nullité. V. toutefois Cass. civ. 1^{re}, 24 mars 1987, *Le verrou de Fragonard*, *Bull. civ. I*, n° 105 ; *JCP G* 1987.II.21300, qui refusa d'annuler la vente aux enchères publiques d'un tableau « attribué à Fragonard », alors qu'il avait été ultérieurement reconnu qu'il était l'œuvre personnelle de Fragonard (et donc d'une bien plus grande valeur), parce que « les contractants ont accepté un aléa sur l'authenticité de l'œuvre ».

28. Cass. civ. 1^{re}, 16 mai 2013, n° 11-14434, *Bull. civ. I* n° 104 ; *Contrats conc. consom.* 2013 n° 178, n. L. Leveneur (cassation de l'arrêt qui a refusé d'engager la responsabilité du vendeur et de l'intermédiaire à l'endroit de l'ayant cause de l'auteur, pour avoir présenté aux enchères et sans réserve du catalogue, une œuvre à « l'authenticité douteuse »). V. égal. Fr. LABARTHE, *D.* 2014. 1047.

29. J. CHATELAIN, « L'objet d'art, objet de droit », *in Ét. Flour*, 1979, p. 63 et seq.

Les ventes aux enchères des meubles corporels ont longtemps constitué un monopole d'officiers publics, les commissaires-priseurs, incompatible avec la liberté de la concurrence à laquelle oblige l'Union européenne. La loi du 10 juillet 2000 a, en partie, mis fin à ce monopole ; elle distingue les ventes « volontaires » et « judiciaires », distinction qui suscite un contentieux corporatiste. Lorsque la vente est « volontaire », elle peut être organisée par un « *opérateur de ventes volontaires* », dont la loi organise le statut (C. com., art. L. 321-4 et L. 321-5 pour l'exigence d'un mandat écrit) ; ce sont généralement de puissantes entreprises de commerce artistique. Lorsqu'elle est « judiciaire » (elle a été imposée par le juge), elle continue à relever du monopole d'un officier ministériel, dénommé « commissaire-priseur judiciaire ».

La vente aux enchères pratique souvent un « prix de réserve »³⁰ : le vendeur et l'opérateur de ventes volontaires conviennent en secret d'un prix en dessous duquel l'objet mis aux enchères ne sera pas adjugé, même s'il est supérieur à la mise à prix initiale ; l'article L. 321-11 a consacré cet usage. L'opérateur de ventes volontaires qui ne respecte pas le prix de réserve engage sa responsabilité envers le vendeur³¹ ; le prix de réserve n'est opposable aux enchérisseurs que s'ils en connaissent l'existence. L'opérateur est autorisé à s'engager auprès du vendeur à acquitter personnellement un prix minimal, ce qui le rapproche d'un commissionnaire d'achat (art. L. 321-12). Il est responsable à l'égard des deux parties, pour tout ce qui touche à la bonne exécution de leurs obligations respectives (délivrance de la chose, paiement du prix, art. L. 321-14), toute clause contraire étant réputée non écrite (*ib.*)³². Le montant et la charge de la commission sont librement déterminés par les parties. La responsabilité des professionnels de vente ne peut faire l'objet de clauses de non responsabilité et l'action se prescrit par cinq ans à compter de l'adjudication (art. L. 321-17).

Pour les ventes forcées, la garantie des vices cachés est exclue (art. 1649), le propriétaire exproprié n'étant pas vendeur de sa chose.

Sur l'Internet, des enchères sont portées, sans que l'intermédiaire prononce l'adjudication : il reste un courtier (art. L. 321-3)³³. Mais il est tenu d'informer le public de la « *nature du service proposé* » (*ib.*).

166. Ventes immobilières. – La vente d'un immeuble aux enchères publiques peut être forcée ou volontaire ; lorsqu'elle est forcée (saisie, procédure collective, succession acceptée à concurrence de l'actif net, ou vacante, désaccord des héritiers), elle a lieu à la barre du tribunal (art. 2204 et s.) Même sur saisie, une vente amiable peut être organisée avec l'autorisation du tribunal et produira les effets d'une vente volontaire (art. 2202). La vente aux enchères d'un bien indivis est une licitation. Si l'adjudicataire ne paye pas, l'immeuble est à nouveau soumis aux enchères : il y a folle enchère.

La mise en adjudication constitue une offre de vente : une offre au public de la chose à une date déterminée par l'adjudication. Elle est faite tantôt avec mise à prix – l'adjudication est prononcée dès qu'un amateur a couvert cette mise à prix, même si l'enchère est unique –, tantôt sans mise à prix – la vente n'est réalisée que si le vendeur accepte la dernière enchère. Si la mise

30. V. L. MAUGER-VIELPEAU, *passim* ; BARABÉ-BOUCHARD, « Prix de réserve et retrait du bien dans les ventes aux enchères publiques de meubles », *Deffrénois* 1995, article 36087.

31. Cass. com., 27 avril 1993, *Bull. civ. IV*, n° 157 ; *RTD civ.* 1994.128, obs. P.-Y. Gautier : « La vente à laquelle il a été procédé par le commissaire-priseur, avec autorisation judiciaire, était une vente volontaire, ne privant pas le commissaire-priseur de sa qualité de mandataire du vendeur, et celui-ci de la possibilité d'assortir la vente de prix de réserve » ; en l'espèce, une entreprise avait, après autorisation judiciaire, fait vendre aux enchères publiques son stock de matériel, en indiquant dans l'inventaire un prix « *minimum d'enchère* » ; la vente n'ayant pas atteint le prix escompté, le vendeur assigna « le commissaire-priseur en paiement de la différence entre le prix payé et le prix escompté » ; la cour d'appel le débouta en relevant que le juge n'avait pas fixé de prix minimum au commissaire-priseur. Cassation.

32. Sur leur responsabilité en matière de garantie d'authenticité, *infra*, n° 386.

33. Cass. civ. 1^{re}, 19 février 2013, n° 11-23287, *Bull. civ. I* n° 22 ; *JCP G* 2013, n° 464, n. L. Mauger-Vielpeau, *D.* 2013. 1188, n. C. Durez (vente de véhicules d'occasion).

à prix n'est pas couverte, une nouvelle adjudication peut avoir lieu sur une mise à prix inférieure³⁴.

Avant la vente forcée, un cahier des conditions de vente (le cahier des charges) est rédigé par le créancier poursuivant. Il est destiné à faire connaître les conditions de la vente ; après la vente, il déterminera les droits et obligations de l'adjudicataire. À partir du moment où il est définitif, il forme la loi des parties et même plus que des parties ; pour reprendre une formule souvent adoptée par la Cour de cassation, « *il constitue une convention ayant force obligatoire entre les saisissants, les créanciers du saisi, le saisi lui-même et l'adjudicataire* »³⁵. La solution est curieuse, car ce cahier des charges n'est pas l'œuvre de la volonté des « parties » ; aussi, l'a-t-on comparé à un quasi-contrat ou à un contrat judiciaire, collectif et forcé. Il lie le saisi et l'adjudicataire, bien qu'ils ne l'aient pas rédigé ; il lie aussi le créancier poursuivant, bien que celui-ci ignore souvent tout de l'immeuble ; il ne peut être modifié, même par un accord entre le poursuivant et l'adjudicataire. Les obligations du saisi ne s'imposent à l'acquéreur que si elles sont mentionnées dans le cahier des charges³⁶ qui ne saurait contenir de nouvelles obligations, réclamées par certains créanciers³⁷.

Le cahier des charges prévoit souvent que seuls ceux qui ont consigné peuvent enchérir ; la consignation est une garantie contre l'insolvabilité, mais ne fait naître ni l'obligation d'enchérir, ni l'acceptation de la mise à prix. La vente se déroule avec un cérémonial destiné à assurer le jeu régulier des enchères : on brûle successivement trois bougies qui marquent le temps fixé pour enchérir. Les enchères sont portées par des avocats. L'adjudication est faite au profit du dernier enchérisseur. Dans les dix jours, toute personne peut faire une surenchère du dixième, qui anéantit l'adjudication et oblige à de nouvelles enchères.

L'adjudication produit la plupart des effets de la vente (article 2208, alinéa 1^{er}). Mais non tous, car elle n'en emprunte pas la nature ; par exemples : le propriétaire, vendeur malgré lui, ne saurait être tenu de la garantie des vices cachés (art. 1649) ; en revanche, il l'est de la délivrance et de la garantie d'éviction (art. 2208, al. 2), sans qu'on comprenne ce traitement distinct³⁸... Le créancier poursuivant est responsable des obligations prévues par le cahier des charges, sauf la garantie d'éviction³⁹... lorsque l'adjudication avait pour objet un lot de

34. Cass. civ. 2^e, 9 décembre 1997, *Bull. civ. II*, n° 300 : « *le tribunal, constatant le défaut d'enchères sur la mise à prix, pouvait immédiatement ouvrir de nouvelles enchères sur la baisse autorisée de la mise à prix* ».

35. Jurisprudence constante. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 27 janvier 1998, *Bull. civ. I*, n° 37 : « *Le cahier des charges fait la loi des parties* ».

36. Ex. : Cass. civ. 2^e, 9 janvier 1991, *Bull. civ. II*, n° 2 ; *RTD civ.* 1992.134, obs. crit. P.-Y. Gautier ; en l'espèce, dans un immeuble en construction, un appartement avait été attribué par le promoteur au propriétaire du terrain ; l'immeuble fut saisi ; l'adjudicataire refusa de livrer cet appartement, parce que l'obligation du saisi ne lui avait pas été notifiée ; la Cour de cassation l'en approuva, parce qu'on était en présence « *d'une obligation de faire (la construction et la délivrance de l'appartement), de nature personnelle et non réelle, qui n'était pas en l'absence de clause spéciale du cahier des charges passivement transmissible à l'adjudicataire* » ; égal. *infra*, n° 308.

37. Jurisprudence constante ; ex. : Cass. civ. 2^e, 9 juillet 1997, *Bull. civ. II*, n° 217 ; *RTD civ.* 1998.128, obs. P.-Y. Gautier.

38. V. Cass. civ. 3^e, 25 mai 2005, *D.* 2005.3073, n. L. Mauger-Vielpeau ; *Bull. civ. III*, n° 115 (le propriétaire saisi avait dégradé les lieux).

39. Req., 31 janvier 1893, *DP* 1894.1.325 : « *Le créancier poursuivant sur saisie immobilière la vente des biens de son débiteur affectés en gage à sa créance ne peut être assimilé à un vendeur ordinaire ; en effet, il ne vend que la chose appartenant à son débiteur et le prix qui la représente rentre dans le patrimoine de ce dernier, pour être distribué entre ses créanciers suivant l'ordre des privilèges et hypothèques ; d'où il suit, qu'en dehors d'une faute qui engagerait sa responsabilité et le soumettrait à une action en dommages-intérêts envers l'adjudicataire évincé, dans les conditions des articles 1382*

copropriété immobilière, ne s'applique pas l'obligation de mentionner la superficie de la partie privative du lot, mentionnée par l'article 46 de la loi du 10 juillet 1965 modifié par la loi Carrez du 18 décembre 1996⁴⁰... lorsqu'il s'agit d'un immeuble d'habitation, ne s'appliquent pas les délais légaux de réflexion ou de rétractation (CCH, art. L. 271-1)⁴¹.

167. Ventes immobilières aux enchères privées. – La vente d'un immeuble aux enchères publiques peut être « volontaire » : elle est faite devant un notaire. Elle relève davantage du droit commun de la vente, puisque le cahier des charges est l'œuvre du vendeur. Avant l'adjudication, l'offre peut être retirée, ce qui cause un préjudice à ceux que l'offre avait attirés ; aussi, une clause du cahier des conditions de vente en exclut souvent la possibilité.

À côté de ces ventes volontaires aux enchères, qui demeurent publiques en raison de l'entremise d'un officier public, il existe des ventes aux enchères « privées » : rien n'interdit au vendeur d'un immeuble de recourir au procédé des enchères, afin de faire fixer le prix. Le vendeur accepte de traiter avec le dernier enchérisseur. La vente qui se noue est un contrat sous signature privée, qui relève entièrement du droit commun.

et 1383, il ne peut être tenu vis-à-vis de celui-ci, à la garantie stipulée par l'article 1626 au profit de l'acquéreur contre le vendeur ».

40. Cass. civ. 2^e, 3 octobre 2002, *Bull. civ. II*, n° 199 ; *D.* 2003.1322, n. L. Mauger-Vielpeau : « un jugement d'adjudication ne constituant pas un "contrat réalisant ou constatant une vente", les dispositions de la loi du 18 décembre 1996 sont sans application aux ventes sur poursuite de saisie immobilière ».

41. Rép. min., JOAN Q, 16 avril 2001.2308 ; *Defrénois* 2001, art. 37371 ; Ph. PELLETIER, « La protection nouvelle de l'acquéreur immobilier », *ib.*, art. 37307 ; H. PÉRINET-MARQUET, obs., *JCP G* 2002.I.129, n° 35.

■ TITRE II ■

CHOSE

168. Diversité des choses. – Tout se vend, dit-on avec malveillance. Ce qui, en droit, est trop tranché. Pour être vendue, la chose doit présenter un certain nombre de caractères : être déterminée (Chapitre 1), aliénable (Chapitre 2) et appartenir au vendeur (Chapitre 3) ; elle doit exister mais peut être future (Chapitre 4).

Les choses susceptibles d'être vendues sont de plus en plus nombreuses, parce que l'activité de l'homme ne cesse de s'étendre. Souvent aussi, elles sont dématérialisées. Habituellement, la nature de la chose commande le régime de la vente. Ainsi, seule la vente d'un immeuble est rescindable pour cause de lésion¹ ; pour les choses de genre, la détermination de la chose² et le transfert de propriété³ ne se font pas de la même manière que pour les corps certains. La vente d'une chose menacée d'obsolescence, telle qu'un ordinateur⁴, confère surtout une jouissance : la différence avec le louage de chose est alors peu accusée, ce qui explique le développement du crédit-bail. La vente de choses dématérialisées, notamment des œuvres de l'esprit ou de leur support matériel, comme les logiciels (à supposer qu'il s'agisse bien de vente) impose une collaboration entre les parties, plus grande qu'en droit commun⁵.

1. *Infra*, n° 224.

2. *Infra*, n°s 169-170.

3. *Infra*, n° 251.

4. *Infra*, n° 314. La vente d'un matériel informatique soulève de nombreuses difficultés. Les deux principales sont l'obligation d'information (*infra*, n° 314) et le lien entre la vente du matériel et la cession du logiciel.

5. *Infra*, n° 314.

■ CHAPITRE I ■

DÉTERMINATION DE LA CHOSE

169. Corps certain, chose de genre. – La vente n'est valable que si la chose est déterminée (art. 1583), ce qui découle directement de la théorie générale des obligations (art. 1163, ancien art. 1129, al. 1)¹.

1° La vente peut avoir pour objet un **corps certain** ; la détermination de la chose ne soulève alors aucune difficulté ; il suffit qu'elle soit désignée par le contrat. Elle peut aussi avoir pour objet une **chose de genre**, c'est-à-dire une chose définie par l'espèce à laquelle elle appartient, ce qui est exceptionnel lorsqu'il s'agit d'immeubles, fréquent lorsqu'il s'agit de meubles ; la détermination de la chose soulève alors davantage de difficultés.

2° Il est rare qu'un immeuble soit dans une vente une **chose de genre**, car il est rare qu'un acheteur considère qu'un immeuble soit fongible avec un autre. Mais l'hypothèse se rencontre ; par exemple, la vente d'un hectare de terres à prendre dans une contenance plus grande², ou d'un appartement à prendre dans un ensemble immobilier si la quantité et la qualité de l'appartement sont bien précisées (ce qui paraît difficile car la qualité d'un appartement dépend de son emplacement : l'étage, l'orientation). La vente est valable et obligatoire, mais le transfert de propriété est différé jusqu'au moment où l'immeuble est individualisé. Il a été jugé qu'une dation de terrain contre un local à construire était nulle pour indétermination de la chose si ce local n'avait pas été suffisamment déterminé en n'étant désigné que d'une manière succincte³.

Il est courant, surtout en matière commerciale, qu'une vente mobilière ait pour objet une chose de genre. La détermination de la chose peut se faire de plusieurs manières différentes. Laissant de côté la vente sur référence, ne seront décrites ici que les ventes en bloc et à la mesure.

170. En bloc ; à la mesure ; à distance ; abonnement. – **1°** Dans la **vente en bloc** (art. 1586), la chose vendue est un ensemble, individualisé soit par

1. Ex. : Poitiers, 14 avril 1970, *D.* 1970.536 : commande qui avait pour objet, sans autres indications, un « *assortiment de timbres* » ; jugé que la vente était nulle.

2. Cass. civ. 3^e, 17 juillet 1968, *Bull. civ.* III, n° 354 ; *Gaz. Pal.* 1968.II.291 ; *RTD civ.* 1969.137, obs. G. Cornu : « *L'accord créant à la charge de la société venderesse l'obligation de délivrer à (l'acheteur) une superficie déterminée de terrain dans un domaine déterminé, c'est à bon droit que la cour d'appel a considéré que l'objet de la vente était lui-même déterminé* ».

3. Cass. civ. 3^e, 26 novembre 1986, *Bull. civ.* III, n° 168 : « *La cour d'appel [...] a souverainement retenu qu'il n'y avait, à la date de la vente du terrain, aucun accord des parties sur la chose promise, inexistante et non déterminée, a exactement déduit que l'acte du 24 janvier 1974 n'avait pu entraîner transfert de propriété au profit de la ville* » (l'acheteur du terrain).

l'indication du lieu où elle se trouve⁴, soit par une liste⁵, soit par tout autre procédé. Le transfert de propriété⁶ et des risques⁷ se produit dès le jour du contrat. Les conséquences sont inverses dans la vente à la mesure.

2° Il y a **vente au poids, au compte ou à la mesure** s'il est nécessaire de peser, compter ou mesurer la marchandise pour individualiser l'objet de la vente (art. 1585). Le mesurage (*lato sensu*) opère le transfert de la propriété⁸ et des risques⁹, parce que lui seul spécifie la chose ; les parties peuvent en décider autrement car ce sont elles qui fixent la répartition financière des risques. L'individualisation de la marchandise doit être faite contradictoirement par le vendeur et l'acheteur ou leurs représentants, sauf convention ou usage contraire.

Bien qu'avant le mesurage le transfert de propriété n'ait pas encore eu lieu, le contrat est immédiatement obligatoire ; par conséquent, si, contrairement à son engagement, le vendeur ne procède pas au pesage, au comptage ou au mesurage, l'acheteur pourra demander des dommages-intérêts. La différence entre la vente en bloc et la vente à la mesure tient exclusivement à la manière de déterminer la chose ; la façon de calculer le prix est indifférente¹⁰.

3° Lorsqu'il s'agit d'une **vente à distance**, où la marchandise doit être livrée à l'acquéreur, l'individualisation de la marchandise résulte souvent de son acceptation par le transporteur, considéré comme le mandataire de l'acquéreur¹¹. Souvent aussi la pratique commerciale précise ou modifie les règles du droit commun.

Certains auteurs estiment qu'il serait opportun de lier le transfert des risques à la livraison de la chose, plutôt qu'à son individualisation, parce que la charge des risques devrait être la contrepartie de la maîtrise de la chose¹². La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises est en ce sens¹³.

4° Dans la **vente à l'abonnement**, la délivrance de la chose est faite pendant une certaine durée, de manière continue (ex. : fourniture d'eau) ou répétée (ex. : un journal).

La deuxième condition que doit remplir une chose pour pouvoir être vendue est d'être aliénable.

4. Ex. : je vous vends... tout le blé qui se trouve dans mon grenier ; ... tout le vin qui se trouve dans tel chai.

5. Ex. : Paris, 22 septembre 1995, *D.* 1995, IR, 230 : est une vente en bloc la vente de figurines en étain, sans inventaire, malgré la référence « d'environ 650 000 pièces » ; peu importe qu'il manque plus de 350 000 pièces : jugé que le prix ne doit pas être réduit.

6. Par conséquent, lorsqu'elles sont constituées après la conclusion de la vente, les sûretés réelles conférées par le vendeur sont inopposables à l'acheteur, la saisie faite entre les mains du vendeur est nulle et même la revente par le vendeur à un tiers constitue un abus de confiance si l'acheteur lui avait laissé les marchandises en dépôt (ce qui implique qu'il s'agissait d'une chose mobilière).

7. Par conséquent, en cas de perte fortuite ou de réquisition de la chose vendue, l'acheteur continue à devoir le prix.

8. Par conséquent, si le vendeur est soumis à une procédure collective avant les opérations de mesurage, la marchandise ne peut être réclamée par l'acheteur.

9. Par conséquent, en cas de perte fortuite ou de réquisition de la chose avant le mesurage, l'acheteur ne doit pas le prix.

10. Ex. : est une vente en bloc la vente d'un lot de 12 bœufs destinés à la boucherie, même si le prix est calculé au kilo : Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 1983, *Bull. civ. I*, n° 49 ; *JCP G* 1984.II.20241, n. J. Hémar : « La vente en bloc conserve son caractère lorsque le prix est fixé à tant la mesure et que le mesurage n'a pour but que de déterminer le prix à payer » ; en l'espèce, un des animaux était mort avant la pesée ; jugé que l'acheteur devait payer le prix au poids des douze bœufs : « dans le contrat de vente en bloc, les marchandises vendues sont au risque de l'acheteur » ; *Droit civil illustré*, n° 143.

11. Cass. civ., 31 décembre 1894, *DP* 1895.I.409, 2^e esp. : « Dans les ventes sur commande des choses qui se pèsent, se comptent ou se mesurent, la propriété [...] n'est, en principe, transférée à l'acheteur que lorsque la marchandise est sortie des magasins du vendeur et a été remise au voiturier ».

12. F. GORÉ, « Le transfert de propriété dans les ventes de choses de genre », *D.* 1954, chron. 176 ; « Le moment du transfert de propriété dans la vente à livrer », *RTD civ.* 1947.161.

13. *Infra*, n° 254.

■ CHAPITRE II ■

CHOSSES ALIÉNABLES

Le principe est la libre circulation des biens : tout est susceptible d'être vendu, c'est-à-dire toutes les choses dont la possession procure à l'homme richesses, avantages ou agréments. La possibilité de vendre est la règle, la prohibition l'exception. Ce qui résulte de l'article 1598 : « *tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation* ». Apparemment, selon le texte, seule la loi peut interdire la vente de certaines choses en les mettant hors du commerce (Section I). La convention peut aussi l'interdire (Section II). En outre, certaines personnes sont frappées d'une incapacité d'acquiescer (Section III).

SECTION I

CHOSSES HORS DU COMMERCE

La loi interdit de vendre certains biens, soit pour des raisons d'intérêt général (§ 1), soit, plus rarement, pour la sauvegarde de certains intérêts particuliers (§ 2).

§ 1. INTÉRÊT GÉNÉRAL

171. Tabous. – Pour des motifs auxquels la société tient plus profondément encore qu'à l'intérêt général, il est des choses qu'il est interdit de vendre, sans doute parce qu'elles sont taboues, qu'elles ont un aspect sacré auquel la société interdit de toucher. Un thème à la mode est la désacralisation du monde, qui coïnciderait avec une commercialisation générale : tout vaut tant, rien n'est sacré. Quand le sacré recule, l'argent avance. En fait, la société contemporaine ne se désacralise pas, elle change de tabous en multipliant des valeurs et des prohibitions nouvelles, souvent plus contraignantes.

Ainsi en est-il du corps humain ou des choses impures (les stupéfiants, les armes dangereuses sauf autorisation, les remèdes secrets, la clientèle d'astrologue¹, les marchandises contrefaites², les animaux atteints de maladies contagieuses, les produits nocifs), les attributs de la souveraineté³, la fonction publique, le droit de vote, les choses du domaine public⁴. Également les fichiers de clientèle, du moins s'ils ne sont pas déclarés⁵.

La distinction entre la personne humaine et la chose a longtemps été un des piliers de la civilisation : elle a libéré l'homme de l'esclavage et c'est sur elle que repose la dignité de l'individu. Elle est actuellement mise à l'épreuve : il y a une « chosification » de la femme, de l'enfant, de l'embryon humain et du matériel génétique⁶. De même, peu à peu, les robots exercent une activité humaine : il y a une « personnalisation » des choses, des « intelligences artificielles ».

La question a soulevé surtout des difficultés à l'égard des clientèles civiles (I) et des autorisations administratives (II).

I. — Clientèles civiles

172. Caractère cessible. – Les règles relatives à la cessibilité des clientèles⁷ sont devenues peu à peu cohérentes. La question ne se posait pas à l'égard des clientèles commerciales, car le Code du commerce (art. L. 141-5) fait de la clientèle commerciale l'essentiel du fonds de commerce, nécessairement vendue avec lui⁸. Les difficultés anciennes intéressaient les clientèles civiles ; aujourd'hui, la profession libérale s'est patrimonialisée et même tend à se commercialiser.

Le principe a longtemps été, au contraire, que la clientèle civile était incessible, puisqu'elle était dépendante des qualités personnelles du professionnel : le rôle de l'*intuitus personae* était décisif, alors que celui des éléments matériels (ex. : l'emplacement du cabinet) était moindre. Pourtant, traditionnellement, certaines professions jouissent d'un droit de « présentation »⁹. La Cour de cassation a fini par admettre le caractère cessible de toutes les clientèles civiles,

1. Cass. civ. 1^{re}, 10 février 1998, *Bull. civ. I*, n° 50 ; *D.* 2000.442, n. L. Gannagé ; *JCP G* 1998.II.10142, n. B. Fages ; *Contrats, conc. consom.* 1998, comm. n° 57, n. L. Leveueur (contrat de « présentation de la clientèle d'astrologue » nul pour cause illicite).

2. Cass. com., 24 septembre 2003, *Bull. civ. IV*, n° 147 ; *D.* 2003.2483, n. Chr. Caron ; *RTD civ.* 2003.703, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2004, p. 263, obs. Ph. Stoffel-Munck et p. 337, obs. Ph. Brun ; en l'espèce, une sté commerciale avait fourni à une entreprise un lot de vêtements dont il fut ultérieurement établi qu'ils avaient contrefait des modèles ; la cour d'appel condamna l'acquéreur à « indemniser » le vendeur : « il n'est pas établi que la sté Ginger (le vendeur) ait commis des manœuvres dolosives ». Cassation : « la marchandise contrefaite ne peut faire l'objet d'une vente ».

3. Cass. civ. 1^{re}, 3 nov. 2004, *Front national*, *Bull. civ. I*, n° 237 ; *RDC* 2005.263, obs. D. Mazeaud : « la cause de l'engagement (un candidat aux élections s'était engagé à payer au Front national (son parti politique) une somme importante s'il était élu) était en réalité l'investiture du candidat par l'association et l'exercice de fonctions électives sous son étiquette, (la cour d'appel) a retenu à bon droit qu'une telle cause était illicite comme portant sur un objet hors du commerce » ; le Front national a donc été débouté dans sa demande tendant à l'exécution de l'engagement.

4. Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 1988, *Bull. civ. I*, n° 123 : « Toute personne est fondée à invoquer la règle de l'inaliénabilité du domaine public lorsque cette règle est nécessaire à la défense de ses droits ».

5. Cass. com., 25 juin 2013, n° 12-17037, *Bull. civ. IV* n° 108 ; *D.* 2013. 1867, n. G. Beaussonie ; *JCP G* 2013.930, n. crit. A. Debet ; *RTD civ.* 2013. 595, obs. H. Barbier ; *RDC* 2014.119, obs. J. Rochfeld : « tout fichier informatisé contenant des données à caractère personnel doit faire l'objet d'une déclaration auprès de la CNIL, la vente par la société BC d'un tel fichier qui n'ayant pas été déclaré, n'était pas dans le commerce, avait un objet illicite ».

6. I. MOINE, *Les choses hors du commerce, une approche de la personne humaine juridique*, th. Dijon, LGDJ, 1997, préf. E. Loquin ; F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128*, th. Paris I, LGDJ, 2002, préf. J. Ghestin.

7. F. VIALLA, *L'introduction du fonds libéral en droit positif français*, th. Paris II, Litec, 1999.

8. J. DERRUPPÉ, « Fonds de commerce et clientèle », *Ét. Jauffret*, LGDJ, 1974, p. 231 et s.

9. Ex. le notaire : Cons. const., 21 nov. 2014, *D.* 2015. 251, n. N. Laurent-Bonne : rejet de la QPC contestant sa validité.

même médicales, « à la condition que soit sauvegardée la liberté de choix du client »¹⁰. Le cédant peut garantir la non-défection de la clientèle, en dépit de cette liberté¹¹ ; mais non payer au cessionnaire un intéressement au titre des honoraires pris aux clients partis avec lui¹². Ces cessions sont d'interprétation stricte¹³.

II. — Autorisations administratives

173. Autorisations personnelle et réelle. – L'autorisation administrative exerce sur la vente un rôle qui appelle plus d'explications. Elle se situe entre la liberté et l'interdiction. Elle s'adapte mal au droit civil et entraîne souvent dans son sillage un formalisme bureaucratique, constituant un frein au développement économique¹⁴.

Le système économique dans lequel nous vivons, mi-libéral, mi-dirigiste, multiplie les cas où la puissance publique contrôle les professions en subordonnant leur exercice à une autorisation administrative ; ainsi en est-il de la licence de débit de boissons, d'entreprise de spectacles, d'exploitation hospitalière, de chauffeur de taxi (en voie de réforme, du fait de la difficile ouverture de la concurrence), etc. L'exercice de ces professions est soumis à autorisation administrative afin de limiter le nombre des débits de boissons, des entreprises de spectacles, etc. ; aucune cession de clientèle n'est licite si elle n'a été autorisée¹⁵. Comme chaque fois qu'il y a *numerus clausus*, ceux qui sont en place en tirent un avantage qu'ils essaient de capitaliser en le cédant. *Beati possidentes !* Malheur aux jeunes et aux pauvres ! Un système d'autorisation initialement fait pour protéger le public contre la profession voit ses fins se retourner : il protège la profession contre la concurrence¹⁶.

Ce qui pose la question de la cessibilité des autorisations administratives. Bien qu'elle doive être nuancée, une distinction doit être faite entre les autorisations personnelles et celles qui sont réelles.

10. * Cass. civ. 1^{re}, 7 novembre 2000, *Woessner*, *Bull. civ.* I, n° 283 ; *JCP G* 2001.I.301, n° 16, obs. J. Rochfeld et II.10452, n. F. Violla ; *Contrats, conc. consom.* 2001, comm. n° 18, n. L. Leveneur et chron. n° 7 par M.-C. Chemtob ; *RTD civ.* 2001.130, obs. J. Mestre et B. Fages et 167, obs. Th. Revet ; *Defrénois* 2001.431, obs. R. Libchaber ; *D.* 2001, chron. 2295 d'Y. Serra ; 2400, note Y. Auguet et 2002, somm. 930, obs. Tournafond : « si la cession de la clientèle médicale, à l'occasion de la constitution ou de la cession d'un fonds libéral d'exercice de la profession, n'est pas illicite, c'est à la condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient ; à cet égard, la cour d'appel ayant souverainement retenu qu'en l'espèce cette liberté de choix n'était pas respectée à légalement justifié » la nullité du contrat litigieux.

11. Cass. civ. 1^{re}, 10 avril 2013, n° 12-15168, n.p.B., *Contrats, conc. consom.* 2013, n° 153, n. L. Leveneur ; *RTD civ.* 2013. 369, obs. H. Barbier (experts-comptables). Le cédant risque, de peur d'un procès mettant en œuvre cette garantie contractuelle, de refuser les clients qui veulent partir avec lui (BARBIER, obs. préc.).

12. Cass. civ. 1^{re}, 14 novembre 2012, n° 11-16439, *Bull. civ.* I n° 240 ; *RTD civ.* 2013. 113, obs. Fages : la clause d'intéressement du cessionnaire, valable 10 ans, aux bénéficiaires du cédant pour les clients partis avec lui, les prive de leur liberté et est nulle.

13. Cass. civ. 1^{re}, 4 février 2015, n° 13-26452, *Bull. civ.* I n° 28 ; *D.* 2015. 2527, n. M. Gomy ; *RTD civ.* 2015. 409, obs. P.Y. Gautier : une infirmière qui s'est interdite de se réinstaller dans la même commune et a ouvert son cabinet dans une commune voisine, mais visite des patients habitant la première, ne méconnaît pas la clause de non-réinstallation inscrite dans l'acte de cession, car ces stipulations, « susceptibles de porter atteinte tant à la liberté d'exercice de la profession qu'à la liberté de choix des patients, sont d'interprétation stricte et ne peuvent être étendues au-delà de leurs prévisions ».

14. A. BERNARD, « L'autorisation administrative et le contrat de droit privé », *RTD com.*, 1987, 1-38 ; B. THULLIER, *L'autorisation en droit privé*, th. Paris X, LGDJ, 1996, préf. A. Bénabent.

15. Cass. civ. 1^{re}, 25 avril 1990, *Bull. civ.* I, n° 84 : « C'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que "la présentation à la clientèle" était indissociable de la présentation à l'administration, puisqu'il ne peut y avoir présentation à la clientèle si le successeur n'a pas été antérieurement agréé en tant que chauffeur de taxi par l'administration ».

16. *Beati possidentes* était le titre d'une chronique de R. SAVATIER, in *Les métamorphoses économiques et sociales...*, t. I, Dalloz, 1950.

1° Lorsque l'autorisation présente un caractère **personnel**, parce qu'elle dépend des qualités du bénéficiaire, elle est accordée à une personne, n'est pas un élément du fonds de commerce et est donc incessible. Par exemple, la licence relative à une entreprise de spectacles, ou à une agence de voyages, ou à une profession auxiliaire du transport, ou à l'exploitation d'une carrière ; de même, l'autorisation d'utiliser le domaine public ne peut, en général, être cédée à un tiers sans l'agrément de l'administration.

Cependant, l'administration est parfois indifférente au changement de titulaire et accepte la personne présentée par le bénéficiaire actuel de l'autorisation ; ces autorisations, pour personnelles qu'elles soient en droit, ont donc en fait une certaine cessibilité.

2° Au contraire, il est des autorisations qui, données pour un fonds de commerce déterminé, sont transférées de plein droit avec le fonds dont elles constituent l'élément essentiel, ce qui est le cas habituel : l'autorisation est **réelle**. Par exemple, la licence de débit de boissons¹⁷, ou de transporteur routier, ou d'exploitation d'une installation dangereuse, insalubre ou incommode¹⁸, ou d'une officine de pharmacie¹⁹.

174. Urbanisme. – Les autorisations relevant du droit de l'urbanisme sont réelles ; ainsi, la cession d'un terrain entraîne le transfert du permis de construire²⁰. Ce qui intéresse l'administration c'est la nature de la construction projetée, non la personne du propriétaire.

Le fait qu'une vente méconnaisse les règles de l'urbanisme n'en entraîne pas la nullité²¹. Les tiers peuvent demander la réparation du préjudice qu'ils subissent s'ils en démontrent l'existence et la relation de causalité entre la méconnaissance de la règle et le préjudice²² ; cette réparation peut aller jusqu'à la démolition de l'ouvrage irrégulier²³.

§ 2. INTÉRÊTS PARTICULIERS

175. Saisie, droits litigieux, succession, nom de famille. – Dans certains autres cas, l'inaliénabilité énoncée par la loi a plus nettement pour motifs des intérêts

17. C. santé publ., art. L. 3332-4 ; la cession est soumise à déclaration.

18. Mais la cession est soumise à déclaration.

19. C. santé publ., art. L. 5125-4.

20. Ex. : Le permis de construire n'est pas délivré en considération des qualités du demandeur, mais des caractéristiques du terrain et de la construction projetée (CE, 10 décembre 1965, *Rec. CE*, 684). *Comp. Cass. civ. 3^e*, 28 avril 1993, *Bull. civ. III*, n° 60 : « Le transfert du permis de construire au bénéficiaire de l'acquéreur dépendait de l'autorité administrative ; la cour d'appel en a déduit qu'il s'agissait d'une obligation de moyens ». Il en est de même de l'autorisation de faire un lotissement : *Cass. civ. 3^e*, 12 octobre 1976, *Bull. civ. III*, n° 339 : « Dans un lotissement à usage d'habitation, la destination des lots telle qu'elle est fixée par le cahier des charges et les documents annexes approuvés par arrêté préfectoral, s'impose à titre réel à l'acquéreur des lots, au lotisseur et à l'administration ».

21. Ex. : *Cass. civ. 3^e*, 15 juin 1982, *Bull. civ. III*, n° 155 : « Les infractions éventuellement commises à la législation sur l'urbanisme ne pouvaient, par elles-mêmes, ni frapper l'immeuble d'une inaliénabilité légale, ni entraîner la nullité des conventions dont cet immeuble est l'objet » ; S. PÉRIGNON, « La vente de l'immeuble illégalement édifié », *Defrénois* 1991, art. 35001.

22. *Cass. civ. 3^e*, 3 décembre 1975, *Bull. civ. III*, n° 357 ; *Defrénois* 1976, art. 31066, obs. E. Frank : « Si devant les tribunaux de l'ordre judiciaire, les particuliers peuvent invoquer la violation de règlements administratifs instituant des charges d'urbanisme ou des servitudes d'intérêt public, c'est à la condition de prouver l'existence d'un préjudice personnel qui soit en relation directe de cause à effet avec ladite infraction ».

23. *Cass. civ. 3^e*, 18 février 1981, *Bull. civ. III*, n° 38 ; en l'espèce, la cour d'appel avait décidé « que la démolition apparaît disproportionnée aux troubles qu'elle viendrait supprimer étant précisé que l'autorité administrative elle-même fait savoir qu'elle ne demande pas cette démolition ». *Cassation* : « En constatant que la surélévation de l'immeuble des consorts Detros avait été réalisée dans des conditions irrégulières et causait un préjudice à Abrioux (le demandeur, qui était un voisin), la cour d'appel a violé le texte susvisé » (l'ancien art. 1143). Le contrôle de proportionnalité qui règne de nos jours devrait empêcher la démolition.

particuliers. Par exemple, les dispositions qui interdisent l'aliénation d'un bien saisi²⁴, ou la prohibition des pactes sur succession future²⁵.

Il est également interdit à un juge ou à un auxiliaire de justice d'acquiescer des droits litigieux « qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leur fonction » (art. 1597); la méconnaissance de cette règle est sanctionnée par une nullité absolue²⁶. En revanche, la cession de droits litigieux est organisée par la loi et même si elle est rare, se rencontre avec son tempérament, le « retrait litigieux »²⁷. Le nom de famille, inextinguible en droit civil, est, en matière commerciale, disponible : il devient un nom commercial : « Le principe de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité du nom de famille, qui empêche son titulaire d'en disposer librement pour identifier une autre personne physique, ne s'oppose pas à la conclusion d'un accord portant sur l'utilisation de ce nom comme dénomination sociale ou nom commercial »²⁸.

SECTION II CLAUSES D'INALIÉNABILITÉ

176. Limitée et justifiée. – L'inaliénabilité conventionnelle n'est valable que si elle est limitée dans le temps²⁹ et justifiée par un intérêt sérieux (art. 900-1, al. 1, L. 3 juill. 1971). Ce genre de clauses se rencontre surtout dans les libéralités³⁰. La clause rend nulle l'aliénation qui l'a méconnue³¹, ce qui implique que l'inaliénabilité soit opposable aux tiers³².

L'aliénation fiduciaire entraîne de plein droit une inaliénabilité licite, parce qu'elle est temporaire et justifiée par un intérêt sérieux.

SECTION III PROHIBITIONS D'ACQUÉRIER

177. Interdire le conflit entre le devoir et l'intérêt. – Toute personne peut acheter tous les biens qui sont dans le commerce. Mais sans compter la protection des incapables³³, la loi interdit aux personnes chargées de vendre les biens

24. *Droit des sûretés*, coll. Droit civil.

25. *Les successions*, coll. Droit civil.

26. Cass. civ. 3^e, 15 mai 1991, *Bull. civ.* III, n° 146 ; *Defrénois* 1992, art. 35212, n° 13 ; *RTD civ.* 1992.406, obs. P.-Y. Gautier : « Les dispositions de l'article 1597 procédant de considérations de morale publique et pouvant être invoquées autant par le cédant de droits litigieux que par la partie qui a émis, dans le litige, une prétention sur tout ou partie de ces droits ». V. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

27. *Supra*, n° 148.

28. Jurisprudence constante depuis Cass. com., 12 mars 1985, *Bordas*, *Bull. civ.* IV, n° 95 ; *D.* 1985.471, n. appr. J. Ghestin ; *JCP G* 1985.II.20400, n. crit. G. Bonet ; *GAJ civ.*, n° 24. G. LOISEAU, *Le nom objet d'un contrat*, th. Paris I, LGDJ, 1997, spéc. n°s 183 s., 195 s. *Droit des personnes*, Coll. Droit civil.

29. Pour être limitée dans le temps, l'inaliénabilité doit avoir une durée inférieure à celle d'une vie humaine : Req., 19 mars 1877, *S.* 1877.I.203.

30. *Les successions*, coll. Droit civil.

31. Ex. : Req., 16 janvier 1923, *DP* 1923.I.177.

32. H. CORVEST, « L'inaliénabilité conventionnelle », *Defrénois* 1979, art. 32126.

33. *Droit des personnes*, coll. Droit civil.

d'autrui de les acheter (art. 1596 et C. com., art. L. 321-4 pour les enchères publiques), pour qu'elles n'aient pas à choisir entre leur devoir et leur intérêt³⁴. Ce qui se traduit par une sorte de devoir de loyauté et d'information³⁵.

Selon les cas, la sanction sera la nullité ou une autorisation préalable. Parmi ces interdictions, on trouve les cas du tuteur (art. 509, L. 5 mars 2007), du mandataire chargé de vendre³⁶, du courtier³⁷, du prestataire de services d'investissements (C. mon. fin, art. L. 533-10.) et du personnel hospitalier exerçant dans un établissement hébergeant des vieillards ou soignant des aliénés (nouvel art. L. 3211-5-1 CSP, ancien art. 1125-1 C. civ.)³⁸. Les personnes chargées de fonctions judiciaires ne peuvent acquérir les droits litigieux (art. 1597); à la différence de la règle précédente, la nullité encourue est absolue³⁹.

34. D. SCHMIDT, « Essai de systématisation des conflits d'intérêts », *D.* 2013. 446.

35. Paris, 3 décembre 2015, *Bernard Tapie*, *D.* 2015. 2501; *JCP G* 2015, n° 1418, n. M. de Fontmichel, qui considère, par parallélisme avec le double mandat (*infra*, n° 566) et l'arbitrage, que, si le mandataire en informe le mandant, l'article 1596 n'est pas méconnu.

36. *Infra*, n° 566.

37. Cass. civ. 1^{re}, 19 décembre 1995, *Bull. civ. I*, n° 474: « *Le mandataire qui poursuit une vente judiciaire pour le compte du créancier saisissant ne peut se rendre adjudicataire du bien saisi* ». Mais jugé que l'incapacité ne frappe pas le notaire liquidateur: Cass. civ., 17 octobre 1950, *D.* 1951.2; *JCP G* 1951.II.12232; *RTD civ.* 1951.78, obs. J. Carbonnier: « *Les incapacités sont de droit étroit* ».

38. Cass. civ. 1^{re}, 12 juin 1990, *Bull. civ. I*, n° 169; *D.* 1991, somm. 160, obs. Paisant; *Defrénois* 1990, art. 34912, n° 117, obs. J. Massip: « *La sanction qu'il (l'art. 1125-1) édicte a vocation à s'appliquer quels que soient les liens affectifs et familiaux unissant les parties* ».

39. Cass. civ. 3^e, 15 mai 1991, *supra*, n° 175.

■ CHAPITRE III ■

CHOSE D'AUTRUI

Aux termes de l'article 1599, « *la vente de la chose d'autrui est nulle* » : une personne ne peut vendre une chose qui ne lui appartient pas¹. La règle paraît imposée par le bon sens ; elle n'a pourtant pas toujours existé.

En droit romain, la vente de la chose d'autrui était possible : le vendeur promettait de transmettre la *vacua possessio* (la possession paisible) à l'acquéreur ; s'il n'y parvenait pas, il était condamné à l'indemniser. Les rédacteurs du Code ont estimé que la vente de la chose d'autrui était devenue inconciliable avec le nouveau principe du transfert instantané de la propriété. Or il est des cas de plus en plus nombreux où la vente ne le produit pas : la vente de la chose d'autrui peut alors produire un effet.

La prohibition est maintenant plus gênante qu'utile et la jurisprudence s'efforce de la cantonner, aussi bien à l'égard du domaine de l'article 1599 (Section I) que de sa sanction (Section II).

SECTION I

CAS OÙ IL Y A VENTE DE LA CHOSE D'AUTRUI

Pour qu'il y ait vente de la chose d'autrui, il faut que l'acheteur soit exposé à être évincé par le véritable propriétaire exerçant la revendication. Deux conditions doivent donc être réunies : le vendeur ne doit pas être propriétaire (§ 1), la vente doit produire un transfert immédiat de la propriété, ouvrant au véritable propriétaire l'action en revendication (§ 2).

§ 1. DÉFAUT DE PROPRIÉTÉ DU VENDEUR

Pour qu'il y ait vente de la chose d'autrui, il faut que le vendeur ne soit pas propriétaire de la chose. Pour évidente que soit la règle, elle soulève des difficultés : soit lorsque le vendeur a vendu successivement la même chose à deux acquéreurs successifs (I), soit lorsque le vendeur avait un droit indivis (II) ou une propriété qui n'était qu'apparente (III)².

1. P. GUIHO, « Les actes de disposition sur la chose d'autrui », *RTD civ.* 1954.1 et s.

2. Cf. la situation de la vente conditionnelle : Cass. civ. 3^e, 20 juin 1973, *Bull. civ.* III, n° 433 : « *La vente de la chose sur laquelle le vendeur ne possède qu'un droit conditionnel n'est pas la vente de la chose d'autrui et elle est seulement soumise à la même condition que le droit du vendeur* ».

I. — Conflit entre acquéreurs successifs

178. Antériorité de l'acquisition ou possession de la chose? – Lorsqu'une même chose a été vendue par le même auteur à deux acquéreurs successifs, la règle est que l'emporte celui qui a acquis le premier : le conflit est réglé par l'antériorité chronologique des actes³.

Cette règle est la conséquence du transfert instantané de la propriété par le seul effet du contrat. Pour rationnelle qu'elle soit, elle est contraire à la sécurité des affaires ; aussi, est-elle souvent écartée : au profit de l'antériorité de la publicité foncière lorsqu'il s'agit d'un immeuble (*D.*, 4 janv. 1955, art. 30, 1^o) ou de la possession lorsqu'il s'agit d'un meuble corporel (art. 1198, ancien art. 1141 ; et 2276, al. 1).

II. — Vente et indivision

La vente d'une chose indivise soulève des difficultés et appelle des distinctions qui tiennent à la nature de l'indivision (la situation ressemble au legs de la chose indivise⁴). Trois hypothèses peuvent se présenter : la vente d'une part dans une masse indivise, la vente d'une part dans un bien indivis déterminé et surtout la vente d'un bien indivis.

179. Notification ; préemption. – L'article 815-14 (L. 31 déc. 1976) oblige l'indivisaire qui vend à un tiers « *tout ou partie de ses droits dans les biens indivis ou dans un ou plusieurs de ces biens* » à notifier son projet aux autres indivisaires, afin qu'ils puissent exercer leur droit de préemption. La loi donne ainsi la possibilité aux indivisaires de s'opposer à l'intrusion d'un tiers dans l'indivision. La méconnaissance de cette formalité entraîne la nullité de la vente (art. 815-16), nullité de droit dont l'action se prescrit par cinq ans ; le point de départ de la prescription est le jour de l'acte.

À la différence des autres droits de préemption, où la notification du projet de vente vaut offre de vente, la Cour de cassation a décidé qu'à l'égard du droit de préemption de l'indivisaire cette notification ne valait pas offre de vente et que l'indivisaire qui l'avait faite pouvait renoncer à son projet⁵.

180. 1^o Vente d'une part dans une masse indivise. – Ou bien, l'indivisaire cède sa part dans une masse indivise, par exemple une indivision successorale. C'est une cession d'universalité valable⁶. S'il n'y a pas de préemption, le cessionnaire acquiert tous les droits et est tenu de toutes les obligations du cédant dans l'indivision.

3. J. BOULANGER, « Conflits entre droits non soumis à publicité », *RTD civ.* 1935.435. Ex. : pour un fonds de commerce : Cass. civ., 17 juillet 1930, *DP* 1932.I.112 ; S. 1931.I.297, n. Fr. Hubert ; *Gaz. Pal.* 1930.II.402 : « *En cas de vente d'un fonds de commerce, chose mobilière incorporelle, lorsque les parties sont d'accord sur la chose et sur le prix, le transfert de la propriété du fonds s'opère de plein droit par le seul effet de la convention, dans les rapports des parties entre elles comme à l'égard des tiers ; dès lors, s'il y a conflit entre deux acquéreurs successifs du même fonds, c'est à la date de leurs contrats successifs qu'il y a lieu de se référer pour le résoudre* ».

4. *Les successions*, coll. Droit civil.

5. Cass. civ. 1^{re}, 9 février 2011, 10-10759, *Bull. civ.* I, n^o 25 ; *Defrénois* 2011.1339, n. S. Becqué-Ickowitz ; « *la notification faite au titulaire du droit de préemption de l'intention de céder ses droits indivis ne vaut pas offre de vente ; l'indivisaire qui a fait cette notification peut renoncer à son projet malgré la manifestation de volonté d'un autre indivisaire d'exercer son droit de préemption* ».

6. Ex. : une succession a trois héritiers A, B, C ; A cède sa part successorale à D, étranger à la succession.

181. 2° Vente d'une part dans un bien indivis. – Ou bien, l'indivisaire cède sa part dans un bien indivis déterminé. C'est également une vente valable⁷ mais aléatoire, car son résultat dépend du partage. Si le bien vendu est mis dans le lot du vendeur, la vente est valable pour le tout ; s'il est mis dans le lot d'un autre indivisaire, elle est caduque. Cette incertitude explique que ce genre de vente soit rarement pratiqué.

La pratique s'efforce de rendre la vente moins aléatoire en la combinant avec une promesse de porte-fort⁸. Le vendeur aliène sa part dans un bien indivis déterminé et se porte fort de la ratification par ses copropriétaires. Si les copropriétaires ratifient, ils sont censés avoir vendu au jour de la promesse : la vente est valable. Si les propriétaires ne ratifient pas, le vendeur est tenu, selon l'article 1204 (ancien art. 1120), d'une indemnité réparant le préjudice que cause à l'acquéreur le défaut de ratification. Le système est amélioré quand ce préjudice est déterminé par une clause pénale ; sans doute, la vente demeure-t-elle aléatoire, mais l'aléa ne peut causer de préjudice à l'acquéreur.

182. 3° Vente d'un bien indivis. – Ou bien enfin, un bien indivis est vendu par un indivisaire sans le consentement des autres indivisaires⁹ ni autorisation de justice (art. 815-5). L'irrégularité est évidente (art. 815-3). Par conséquent, tant que le partage n'a pas eu lieu, elle est inopposable aux autres indivisaires ; elle est subordonnée aux résultats du partage¹⁰.

Un indivisaire ne peut acquérir par prescription la totalité du bien indivis tant que sa possession est équivoque¹¹. Il a même été jugé que le vice d'équivoque qui marquait la possession du vendeur continuait à marquer celle de l'acquéreur et l'empêchait d'usucaper¹², ce qui est contestable, car l'acquéreur a une possession nouvelle, distincte de celle de son auteur, et qui peut ne pas être viciée.

Pour une raison différente, est consolidée la vente faite par le propriétaire apparent.

7. Ex. : un immeuble appartient indivisément à A, B et C ; A vend à D ses droits dans l'immeuble ; Cass. civ. 3^e, 21 juin 1995, *Bull. civ.* III, n° 154 : « La promesse de vente d'un immeuble indivis faite par un seul des indivisaires est valable pour la portion indivise qui lui appartient ».

8. *Droit des obligations*, coll. Droit civil. La promesse de porte-fort est nulle si elle intéresse la vente du logement familial faite par un seul époux : Cass. civ. 1^{re}, 11 octobre 1989, *Bull. civ.* I, n° 315 ; *D.* 1990.310, n. R. Le Guidec ; *JCP N* 1990.II.261, n. G. Venandet.

9. Ex. : un immeuble appartient indivisément à A, B, C ; A le vend à D comme s'il lui appartenait en entier.

10. Jurisprudence constante ; ex. : * Cass. civ. 1^{re}, 7 juillet 1987, *époux Chabarot*, *Bull. civ.* I, n° 221 ; *JCP G* 1988.II.20999, n. P. Jourdain : « Vu l'article 883 ; il résulte de ce texte que la cession d'un bien indivis par un seul des indivisaires n'est pas nulle ; elle est seulement inopposable aux autres indivisaires et son efficacité est subordonnée au résultat du partage ». P. JOURDAIN, « Les actes de disposition sur la chose indivise », *RTD civ.* 1987.498.

11. Cass. civ. 1^{re}, 17 avril 1985, *Bull. civ.* I, n° 120 ; *D.* 1986.82, n. crit. A. Breton ; *Defrénois* 1986, art. 33725, m. n. : « L'indivisaire ne peut prescrire les biens de l'hérédité à l'encontre de ses coindivisaires que s'il justifie d'une possession non équivoque et le vice d'équivoque peut être opposé à ses héritiers ». En l'espèce, une succession s'était ouverte en 1861, et il existait plusieurs héritiers. En 1932, le descendant de l'un d'entre eux avait cédé tous les biens indivis à ses enfants. Sur la demande en partage exercée en 1973 par certains autres cohéritiers, la cour d'appel a décidé « n'y avoir lieu à partage au motif que les consorts Beauperthuy avaient acquis, par prescription acquisitive, depuis le 3 octobre 1932, la propriété des biens dont le partage était demandé ». Cassation.

12. Fort-de-France, 3 avril 1987, *Defrénois* 1988, art. 34.166, obs. A. Breton, rendu dans la même affaire.

III. — Vente par le propriétaire apparent

183. Bonne foi et erreur commune. – La vente de la chose d'autrui ne peut non plus être annulée lorsque le vendeur, bien qu'aucunement propriétaire de la chose, en est le propriétaire apparent, comme dans le cas de l'héritier apparent¹³. La vente est valable à deux conditions : la bonne foi de l'acheteur (il ignorait que le vendeur n'était pas propriétaire) et l'erreur commune (tout le monde avait cette croyance) : *error communis facit jus* (l'erreur commune est source de droit).

À la fin du XIX^e siècle, la théorie de l'héritier apparent avait été critiquée ; on lui avait reproché de sacrifier les droits des propriétaires aux intérêts des tiers de bonne foi¹⁴. Aujourd'hui, elle est imposée par la sécurité des transactions et la vie des affaires et n'est plus discutée¹⁵. On verra plus loin ses rapports avec le mandat apparent¹⁶ et le bailleur apparent¹⁷.

§ 2. TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ IMMÉDIAT

184. Condition, terme et promesse. – Il existe une seconde exigence pour qu'il y ait, au sens de l'article 1599, vente de la chose d'autrui et par conséquent que la vente soit nulle : il faut que la vente produise un transfert immédiat de la propriété. L'acheteur peut alors se plaindre d'être exposé à la revendication du véritable propriétaire. Cette règle permet à la pratique d'assouplir la prohibition légale ; il suffit de faire des contrats ne comportant pas de transfert immédiat de la propriété. Trois procédés y parviennent : la vente conditionnelle, la vente à terme et la promesse de contrat.

1° La vente de la chose d'autrui sous la **condition suspensive** que le vendeur deviendra propriétaire est une vente sous condition potestative et donc nulle pour cette raison¹⁸. Elle ne serait valable que si le vendeur avait déjà un droit conditionnel : elle serait alors une vente sous condition mixte¹⁹.

2° Un autre procédé, plus utilisé, est la vente à **terme**, où le transfert de propriété est différé jusqu'au jour où le vendeur acquiert la propriété. Tel est le cas, courant dans la pratique commerciale, de la vente de choses de genre, où le transfert de propriété n'a lieu que lors de

13. Jurisprudence constante depuis * Cass. civ., 26 janvier 1897, *aff. de la Boussinière*, DP 1900.I.33, 1^{re} espèce, n. crit. L. Sarrut ; S. 1897.I.313 ; GAJ civ. n° 104 : « Dès que l'erreur commune et invincible, ainsi que la bonne foi des tiers sont établies, les aliénations consenties par l'héritier apparent échappent à toute action en résolution dirigée par l'héritier véritable ». A. DANIS-FATÔME, *Apparence et contrat*, th. Paris I, LGDJ, 2004.

14. Ex. : F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, Bruxelles, t. XIII, 1887, n° 281.

15. L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, th. Paris II, LGDJ, 1990, préf. M. Gobert, n°s 81 et s.

16. *Infra*, n° 579.

17. *Infra*, n° 636.

18. Ex. : Cass. civ. 3^e, 13 octobre 1993, *Bull. civ. III*, n° 121 ; D. 1994, somm. 231, obs. G. Paisant ; JCP G 1994.II.22280, n. Y. Dagherne-Labbé : « Ayant relevé que le bien, objet de la vente, était encore la propriété d'un tiers non partie à l'acte et dont le consentement, pour le transfert de propriété à la société Tepso (la venderesse) n'était assorti d'aucun délai, ni d'aucune précision dans le temps, ni dans les démarches à entreprendre, ce qui avait pour conséquence de placer la vente dans le seul pouvoir de la société qui pouvait, à son seul gré, décider ou non d'acquiescer, sans être, de surcroît, contrainte par un quelconque délai, la cour d'appel en a exactement déduit que la condition d'acquisition du bien, sous laquelle l'obligation de vente avait été contractée, condition dont la défaillance ne retirait au vendeur aucun des avantages stipulés en sa faveur, était purement potestative et, partant, nulle ». V. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

19. Ex. : Cass. civ. 3^e, 20 juin 1973, *Bull. civ. III*, n° 433 : « La vente de la chose sur laquelle le vendeur ne possède qu'un droit conditionnel n'est pas la vente de la chose d'autrui et est seulement soumise à la même condition que le droit du vendeur ».

l'individualisation de la chose, ainsi que des opérations sur marchés financiers ; il importe peu que le vendeur ne soit pas propriétaire des objets vendus lors de la vente, ce qui arrive souvent dans les ventes spéculatives. De même, lorsqu'il s'agit d'un corps certain, la vente à terme n'est nulle que si, à l'échéance du terme, le vendeur n'est pas propriétaire de la chose.

3° Le dernier procédé consiste à disqualifier radicalement le contrat, en en faisant une **promesse synallagmatique** de contrat, par laquelle le promettant s'engage à acquérir la propriété d'une chose appartenant à autrui en vue de la transmettre à une personne qui en sera l'acquéreur²⁰.

SECTION II

NULLITÉ DE LA VENTE DE LA CHOSE D'AUTRUI

Si le vendeur n'acquiert pas la propriété de la chose vendue, l'article 1599 dispose que la vente est nulle (ce qui n'est pas une résolution).

185. Fondements. – Rationnellement – au XIX^e siècle ce fut une opinion répandue –, la nullité aurait dû être absolue, puisque manque à la vente un élément essentiel, la chose. Mais le droit n'est pas toujours rationnel : la jurisprudence a toujours dit que la nullité de la vente de la chose d'autrui était relative. Pourquoi ?

1° Selon certains auteurs, il s'agirait d'un vice du consentement, **l'erreur** : la vente est nulle parce que l'acheteur ignorait le défaut de propriété du vendeur²¹ ; l'explication est incompatible avec la jurisprudence qui, rarement il est vrai, décide que la connaissance par l'acheteur de la situation du vendeur ne l'empêche pas d'invoquer la nullité²². En outre, si l'explication par le vice du consentement était exacte, elle vaudrait pour le vendeur, qui devrait, lui aussi, pouvoir agir en nullité s'il ignorait que la chose fût à autrui, ce qui n'est pas le cas. 2° Selon d'autres, il s'agirait d'une **garantie d'éviction anticipée** : lorsqu'il risque d'être évincé par le propriétaire qui dispose de la revendication, en demandant la nullité, l'acheteur anticipe la garantie du vendeur²³. Les deux explications doivent se combiner.

186. Personnes pouvant invoquer la nullité. – 1° **L'acheteur** peut invoquer la nullité de deux manières. Soit par voie d'exception : à la demande que lui fait le vendeur de payer le prix, il oppose une exception de nullité. Soit par voie d'action : s'il a payé le prix, il en sollicite la restitution en demandant la nullité de la vente.

2° **Le vendeur** ne peut jamais le faire ; l'obligation de garantie à laquelle il est tenu le lui interdit : « qui doit garantie ne peut évincer ». Le propriétaire non plus (il peut y avoir intérêt, au cas où l'acheteur lui opposerait l'apparence ou

20. Ex. : Cass. civ., 8 janvier 1866, DP 1866.1.61 ; S. 1866.1.99 ; en cette espèce, le promettant qui avait vendu la chose d'autrui fut qualifié de mandataire du propriétaire : « *Le défendeur Hue, s'étant engagé envers le demandeur à lui procurer, dans un délai déterminé, l'acquisition d'une propriété appartenant à un tiers, s'est mis, dans le délai convenu, en mesure d'accomplir son engagement par l'achat stipulé d'un mandataire du véritable propriétaire et par la ratification de celui-ci* » ; jugé que cette convention liait les parties.

21. MAZEAUD-DE JUGLART, t. III, n° 816.

22. Cass. civ., 22 novembre 1926, S. 1927.1.169, n. H. Vialleton ; le vendeur s'était porté fort pour le propriétaire ; la nullité n'en a pas moins été prononcée.

23. PLANIOL et RIPERT, t. X, par J. Hamel, n° 48.

l'article 2276 en matière mobilière)²⁴ ; pour lui, la vente est *res inter alios acta* ; mais il peut exercer l'action en revendication si les conditions en sont réunies²⁵ ce qui consolide les droits de l'acheteur, seul maître de la destruction de l'acte.

Le caractère relatif de la nullité a d'autres conséquences sur la consolidation de la vente.

187. Consolidations de la vente ; restitutions. – 1° Non seulement l'action en nullité s'éteint par la prescription quinquennale²⁶, mais aussi par la confirmation de la vente ou sa consolidation.

La **confirmation** peut être le fait de l'acheteur, qui accepte la transformation de la vente translatrice de propriété en une vente simplement productive d'obligations.

La **consolidation** est indépendante de la volonté de l'acquéreur ; elle tient à la disparition du vice qui infectait la vente²⁷. Elle peut être le fait du propriétaire, qui renonce à la revendication, et même le fait du vendeur, qui acquiert la propriété après la vente, avant que la nullité soit demandée²⁸. Un auteur souhaite que l'acquisition par le vendeur de la propriété avant le jugement suffise à faire échec à la nullité²⁹.

2° Lorsqu'elle est prononcée, la nullité produit ses effets habituels et notamment entraîne des restitutions si la vente avait été exécutée³⁰. En outre, l'acheteur de bonne foi peut conserver les fruits (jusqu'au jour de la demande) et obtenir des dommages-intérêts, ce qui n'est que l'application du droit commun.

24. Jurisprudence constante, ex. : *Cass. civ. 1^{re}, 17 juillet 1958, *Biscos*, D. 1958.619 ; l'art. 1599 « n'a trait qu'à la nullité de la vente de la chose d'autrui qui ne peut être invoquée que par l'acheteur et non par le vendeur ou le véritable propriétaire ».

25. Ex. Cass. civ. 3^e, 22 mai 1997, *Bull. civ. III*, n° 114 ; *RTD civ.* 1997.960, obs. P.-Y. Gautier et 1999. 652, obs. F. Zénati : « L'annulation de la vente de la chose d'autrui n'est pas la condition de l'action en revendication du véritable propriétaire »...

26. Cass. civ., 23 janvier 1832, *Fargeot*, D. jur. gén., v° Vente, n° 545 ; S. 1832.1.666 ; en l'espèce, des enfants avaient du vivant de leur père et en son absence vendu un immeuble lui appartenant ; jugé qu'il s'agissait de la vente de la chose d'autrui et que l'action en nullité était éteinte par dix ans (ce qui était alors la durée de la prescription extinctive) « la dame Laroche n'était pas recevable, après dix ans, à attaquer en nullité la vente faite par elle-même dans cet acte de 1813 au sieur Fargeot ».

27. Chr. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, th. Toulouse, LGDJ, 1973, préf. P. Hébraud, n° 66 et 76-96.

28. Cass. com., 2 juillet 1979, *Bull. civ. IV*, n° 224 ; D. 1980, IR, 225, obs. B. Audit ; *Defrénois* 1980, art. 32448, n° 83, obs. J.-L. Aubert ; *RTD com.* 1980.138, obs. J. Hémar : « La nullité de la vente de la chose d'autrui est couverte par le seul fait que (le vendeur) est devenu propriétaire avant que (l'acheteur), ainsi prémuni contre le risque d'éviction, ait invoqué la nullité et ce, indépendamment de la connaissance que (l'acheteur) avait pu avoir de ce fait ».

29. Ch. DUPEYRON, *op. cit.*, n° 86.

30. V. l'art. 1352-3 C. civ. sur l'étendue de la restitution. Et la note F. SAPI, D. 2016. 1179.

■ CHAPITRE IV ■

CHOSSES EXISTANTES ET FUTURES

La chose doit exister lors de la vente (art. 1601, al. 1) (Section I) ; la vente peut aussi avoir pour objet une chose future (Section II).

SECTION I

CHOSSES EXISTANTES

188. Perte de la chose. – Lorsque la vente porte sur une chose existante, la perte de la chose avant ou lors de la formation de la vente soulève des difficultés, différentes de celles qui apparaissent lorsque la chose a péri après la conclusion du contrat, lesquelles relèvent de la théorie des risques¹. L'hypothèse intéresse surtout les ventes mobilières, particulièrement les ventes commerciales.

Si la perte est totale, le contrat ne peut se former faute d'objet : la vente est nulle. À la perte matérielle, la jurisprudence assimile l'impossibilité d'utiliser la chose². Si la perte est partielle, l'acheteur, comme dans le cas des vices cachés³, a une option (art. 1601, al. 2) : soit « *abandonner la vente* » – le contrat est nul –, soit la maintenir avec une réduction du prix – il y a réfaction —. Dans les ventes commerciales, l'option disparaît souvent : le tribunal ou les usages⁴ peuvent obliger l'acheteur à une réfaction.

1. *Infra*, n^{os} 253-254.

2. Ex. : Req., 5 février 1906, *DP* 1907.I.468 (betteraves pourries) : en l'espèce, le contrat avait pour-tant prévu que les objets seraient vendus « *dans l'état où ils se trouvaient* » ; mais la chose « *devait être considérée comme ayant totalement péri en tant que denrée alimentaire dès avant la vente* ».

3. *Infra*, n^o 409.

4. Ex. : Cass. civ., 10 juin 1856, *DP* 1856.I.254 : « *L'arrêt a pu, interprétant la convention conformément aux usages du commerce et en raison de la nature de l'objet de la vente, décider que le déchet n'était pas une cause de résiliation, mais seulement devait donner lieu à modification du prix* » (vente de châtaignes dont une partie était pourrie).

SECTION II

CHOSSES FUTURES

La chose future n'existe pas encore, mais sa création est envisagée par les parties : par exemple, les fruits à provenir d'une récolte, les poissons pêchés dans un coup de filet. À côté des règles du droit commun qui viennent du droit romain (§ 1), le législateur contemporain a réglementé la vente d'immeuble à construire (§ 2).

§ 1. DROIT COMMUN

Par application de la théorie générale des obligations (art. 1163, ancien art. 1130, al. 1), la chose future peut être vendue ; elle peut être corporelle ou incorporelle⁵ ; encore faut-il qu'elle soit déterminée⁶. Selon la volonté des parties, il y aura un contrat commutatif ou un contrat aléatoire.

189. 1^o Contrat commutatif : *emptio rei speratae*. – Tantôt, les parties ont entendu faire un contrat commutatif ; l'objet de la vente est non une chose éventuelle, mais la chose qui peut-être sera achevée, ce que les Romains appelaient une *emptio rei speratae* : la vente est subordonnée à l'existence de la chose future ; l'acheteur ne devra payer le prix convenu lors du contrat que si la chose existe⁷. Par exemple, la cession de loyers à échoir ou la vente d'une chose à fabriquer. En ce cas, le transfert de propriété et des risques a lieu lors de l'achèvement de la chose, sans qu'il soit besoin d'attendre la livraison⁸. On a vu les difficultés qu'il y a à distinguer ce genre de vente du contrat d'entreprise. C'est une des raisons pour lesquelles le législateur a réglementé la vente d'immeuble à construire.

Les activités audiovisuelles ont fait naître des contrats originaux, comme « le pré-achat de droits », par lequel un distributeur ou un éditeur vidéo finance la production d'un film non encore tourné, en achetant à l'avance le droit de le diffuser à l'avenir : le vendeur fabrique la chose avec le prix déjà payé par l'acheteur.

190. 2^o Contrat aléatoire : *emptio spei*. – Tantôt, l'objet de la vente n'est pas la chose future, mais la chance ; ce que les Romains appelaient une *emptio spei*. L'acheteur devra payer en toute circonstance le prix convenu lors du contrat. L'exemple classique qui lui aussi vient de Rome, est la vente d'un coup de filet : même si le pêcheur ne prend pas de poissons, le contrat est valable, et l'acheteur doit payer le prix stipulé. Par exemple aussi, la vente d'une récolte sur pied⁹.

5. D. 1987.515, n. P.-Y. Gautier.

6. Ex. : Paris, 31 janvier 1854, *Alexandre Dumas*, DP 1855.2.179 et 27 novembre 1854, *ib.*, 1856.2.253. En l'espèce, Alexandre Dumas, toujours aux abois, avait cédé ses œuvres futures à un de ses créanciers pour 40 000 F ; il avait donc perdu les droits d'auteur qui lui auraient été dus ; ultérieurement, il demanda la nullité de ce contrat ; la cour de Paris le débouta : « Cette convention ainsi formulée n'est pas contraire à la loi, rien ne s'opposant à ce que les gains à provenir des contrats qui confèrent à chacune des parties des droits et devoirs réciproques soient la matière d'une cession ». P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 10^e éd., 2017, n^{os} 503 et s.

7. LA FONTAINE, « L'ours et les deux compagnons » : « Il m'a dit qu'il ne faut jamais vendre la peau de l'ours avant qu'on ne l'ait mis par terre ».

8. Cass. civ., 1^{er} août 1950, cité *supra*, n^o 75.

9. Ex. : vente de maïs sur pied, où il est précisé que la vente est forfaitaire, quel que soit le résultat de la récolte ; jugé que le prix est dû même si la récolte est nulle : Cass. civ. 1^{re}, 8 octobre 1980, D. 1981, IR, 445, obs. B. Audit ; RTD civ. 1981.646, obs. G. Cornu. G. Cornu doutait qu'en l'absence de

À l'*emptio spei*, on assimile la vente en bloc d'une chose future ; les risques sont à la charge de l'acheteur dès la formation du contrat, sauf volonté contraire : la vente est faite aux risques et périls de l'acheteur.

§ 2. VENTE D'IMMEUBLE À CONSTRUIRE

191. Contrat complexe. – Un bâtiment à construire peut être vendu, même lorsqu'il n'existe qu'à l'état de plans, ce que l'on appelle la vente sur plans. Le vendeur s'oblige à édifier une construction dans un délai déterminé, en transférer la propriété, la délivrer et en garantir l'achèvement. Le contrat est donc complexe, à la fois vente et contrat d'entreprise¹⁰. Par exemple, en l'associant au contrat de construction de maison individuelle (CCH, art. L. 231-1). Ces conventions sont soumises, du fait des risques encourus à un formalisme important¹¹.

Selon la manière dont s'opèrent le transfert de propriété et le paiement du prix, la loi du 3 janvier 1967 a prévu plusieurs types de ventes, entre lesquels les parties peuvent choisir : la vente à terme, la vente en l'état futur d'achèvement et la vente à rénover. Lorsque l'immeuble fait partie du « secteur protégé »¹², les parties n'ont pas d'autre choix.

192. Achèvement. – La loi (réglementaire) décrit minutieusement l'achèvement, qui résulte soit de la déclaration certifiée d'un homme de l'art, soit de la constatation par une personne désignée conformément à l'article R. 261-2 CCH : il est alors « *caractérisé lorsque sont exécutés les ouvrages et installés les éléments d'équipement indispensables à l'utilisation de l'immeuble conformément à sa destination* » (*ib.*, art. R. 261-1).

193. 1^o Vente à terme. – Dans la vente à terme, le transfert de propriété a lieu lorsque l'immeuble a été achevé, ce qu'un acte authentique doit constater. Mais le transfert de propriété « *produit ses effets rétroactivement au jour de la vente* » (art. 1601-2). La rétroactivité du terme est contraire au droit commun, où seule la condition produit un effet rétroactif. Cette règle, techniquement curieuse, a pour raison d'être d'empêcher que le vendeur ne grève l'immeuble de droits réels entre le jour de la vente et celui où l'immeuble est achevé, ce qui est la justification habituelle de la rétroactivité.

L'acheteur ne doit payer le prix qu'au jour de la livraison. Avant cette date, il peut cependant être tenu de verser des « dépôts de garantie » au fur et à mesure de l'avancement des travaux, les sommes sont incessibles, insaisissables et indisponibles (CCH, art. L. 261-12) ; ils répondent à la même fin que les dépôts de garantie dans le contrat préliminaire¹³.

194. 2^o Vente en l'état futur. – La vente en l'état futur d'achèvement est, au moins dans la France septentrionale, plus souvent pratiquée que ne l'est la vente à terme. Le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol et les constructions existantes. Les constructions à venir deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de l'exécution. Le transfert

clause de forfait, la vente sur pied fût aléatoire. Comp. LA FONTAINE, « Perrette et le pot au lait » : « *Le lait tombe ; adieu, vache, cochon, couvée* ».

10. **Biblio.** : « La vente d'immeubles à construire : questions actuelles », *RDI* 2012, n° 1. Ex. : Cass. civ. 3^e, 7 avril 2004, *Bull. civ.* III, n° 73 ; *Contrats, conc. consom.* 2004, n° 94 : la garantie qui pèse sur le vendeur constructeur est la garantie incombant au constructeur, et non celle du vendeur ; v. aussi *supra*, n° 77.

11. Ex. : Cass. civ. 3^e, 15 octobre 2015, n° 14-23612, *Bull. civ.* III à paraître ; *D.* 2015. 2423, note Ch. Dubois ; *JCP G* 2016, n° 51, n. M. Béhar-Touchais ; *RTD civ.* 2016.107, obs. H. Barbier et 139, obs. P.Y. Gautier ; *RDC* 2016. 214, obs. Ph. Stoffel-Munck : le non-respect des exigences relatives aux notices explicatives est sanctionné par la nullité du contrat (mais la démolition de l'ouvrage, aux frais de l'entrepreneur, ne peut être ordonnée sans un contrôle de proportionnalité).

12. C'est-à-dire des immeubles à usage d'habitation ou professionnel et d'habitation.

13. *Supra*, n° 141.

des risques ne s'opérera cependant qu'une fois l'opération immobilière terminée¹⁴. À cet égard, jusqu'à ce que l'immeuble soit achevé, le vendeur demeure maître de l'ouvrage afin qu'il ne perde pas la direction des travaux (art. 1601-3). Réciproquement, l'acheteur doit échelonner ses paiements au fur et à mesure de l'avancement des travaux (*ib.*).

L'immeuble achevé, l'acheteur devra en prendre livraison et payer le solde, sauf à prouver l'existence de retards injustifiés ou d'un défaut de conformité. Il jouira non de la garantie des vices cachés de droit commun¹⁵ mais de celle qui pèse sur les architectes et entrepreneurs (dix ans pour les gros ouvrages, deux ans pour les menus ouvrages : art. 1792 et 1792-4 ; un an pour agir : art. 1648, al. 2) ; il bénéficie aussi de la garantie des vices apparents ou des défauts de conformité (un mois à compter de la réception : art. 1642-1, al. 1)¹⁶. Si le vendeur répare, le contrat ne peut être résolu, ni le prix réduit (art. 1642-1, al. 2).

195. 3° Vente à rénover. – Dans la vente « d'immeubles à rénover », l'acheteur charge le vendeur de rénover l'immeuble pour son compte (il agira comme son mandataire), le prix étant ventilé entre « l'existant au jour de la vente » et « les travaux devant être réalisés par le vendeur » et payé graduellement (CCH, art. R. 262-1 et s.). La rénovation porte sur la « majorité » des fondations ou des éléments d'équipement, de sorte que les travaux les « rendent à l'état neuf ». Les diagnostics techniques devront être fournis et la vente peut être précédée d'une promesse. Il y a lieu à garantie d'achèvement. Ces ventes font naître les garanties légales des vices cachés et décennales de la solidité de la construction ; elles peuvent aussi donner lieu à des garanties conventionnelles supplémentaires des désordres apparents et des défauts d'isolation phonique¹⁷.

N^{os} 196-199. réservés.

14. Cass. civ. 3^e, 11 octobre 2000, *Le Lion de Belfort*, *Bull. civ.* III, n^o 163 ; *JCPG* 2001.II.10.465, n. Ph. Malinvaud ; *Defrénois* 2001.878, obs. H. Périnet-Marquet ; en l'espèce, une vente d'immeuble en état futur d'achèvement avait pour objet des terrains situés au-dessus d'anciennes carrières de la ville de Paris autour du Lion de Belfort ; après la conclusion du contrat, ces carrières furent classées monument historique, « d'où il résultait que la construction prévue ne pouvait être réalisée dans son objet » ; jugé que le promoteur, la *SCI Le Lion de Belfort*, devait restituer les sommes que lui avait versées l'acquéreur : « le transfert des risques ne s'opérant sur le bien acquis que lors de la livraison des immeubles construits, et avant celle-ci, les risques pesaient sur le vendeur qui en était débiteur » ; l'arrêt applique la règle *res perit debitori*.

15. Jurisprudence constante : Ex : Cass. civ. 3^e, 29 mars 2000, *Bull. civ.* III, n^o 78 : « l'art. 1641 sur la garantie des défauts cachés de la chose vendue est inapplicable en cas de construction réalisée sous le régime propre de la vente d'immeuble à construire prévue à l'art. 1601-1 ».

16. S. BECQUÉ, *RDI* 2009. 448.

17. V. ZALEWSKI et D. SAVOURÉ, « Les garanties de l'acquéreur d'un immeuble neuf ou rénové », *Defrénois* 2011.12795.

■ TITRE III ■

PRIX

200. Pas de prix, pas de vente. – Le prix est une somme d'argent¹ que l'acquéreur doit payer au vendeur en contrepartie de l'aliénation de la chose transmise. Il constitue un élément essentiel à la vente ; pas de prix, pas de vente. Principe fondamental qui a deux significations. Celle qui longtemps a attiré l'attention avait pour objet la détermination, le sérieux et la réalité du prix². Plus profondément, le prix permet de qualifier le contrat : une convention dans laquelle la contrepartie à l'aliénation de la chose serait autre qu'une somme d'argent ne pourrait être une vente, mais serait un autre contrat tel qu'un échange, un apport en société, un louage d'ouvrage ou un contrat innommé³.

201. Analyse économique. – Économiquement, la somme d'argent due par l'acheteur est généralement constituée de deux éléments : le prix et les frais de la vente.

1) Le prix, à proprement parler

Dans une économie de marché, la valeur d'une chose résulte de la loi de l'offre et de la demande. Elle est librement appréciée par les parties, sans nécessairement correspondre à sa valeur économique, laquelle est elle-même une notion composite sur laquelle les économistes ne sont pas d'accord. Le prix de la vente est fixé en fonction des besoins et désirs du vendeur et des moyens et désirs de l'acquéreur. C'est le prix « subjectif », le point d'accord particulier. Naturellement, les parties peuvent aussi se référer à un prix « objectif » : le cours de la marchandise ou de l'instrument financier par exemple, sur un marché déterminé.

1. *Supra*, n° 70, pour la dation d'un immeuble à construire, en contrepartie d'un terrain.

2. *Infra*, n°s 203-219.

3. V. PLANIOL et RIPERT, t. X, 2^e éd. par Hamel, n° 35. Jurisprudence constante : Ex. : * Cass. civ. 1^{re}, 12 octobre 1967, *dame Isnard*, *Bull. civ. I*, n° 292 ; *D.* 1968, somm., 29. En l'espèce, il s'agissait du transfert de la nue-propiété d'un immeuble contre l'engagement de procéder à des réparations ; jugé que la convention ne pouvait être annulée pour défaut de prix, parce qu'elle n'était pas une vente, mais un contrat innommé.

2) Les frais divers : taxes fiscales ou parafiscales, frais de rédaction de l'acte, d'emballage, de magasinage, etc.

Les frais de la vente représentent une charge assez lourde⁴. Ceux découlant directement de la vente (taxes fiscales, sauf la TVA⁵, frais de rédaction de l'acte, émoluments du notaire, emballage, magasinage) suivent le même régime que le prix. Ce qui a pour première conséquence qu'ils sont à la charge de l'acheteur (art. 1593), sauf convention contraire⁶; ce n'est donc pas la même somme que verse l'acheteur et reçoit le vendeur. Ce qui a aussi pour deuxième conséquence que le défaut de paiement de ces frais entraîne la résolution de la vente et qu'en cas de nullité ou de résolution de la vente, le vendeur doit les restituer (art. 1646). La règle n'est pas constante; par exemple, l'indexation du prix ne porte généralement pas sur les frais, parce qu'ils ne subissent pas les mêmes fluctuations économiques que la valeur de la chose; de même, fiscalement, les frais sont déductibles du bénéfice imposable. Ceux qui sont liés à l'obligation de délivrance (prise de possession⁷, garanties des vices cachés et d'éviction, mesurage) sont à la charge du vendeur.

202. Définition juridique. – Ainsi le prix comprend-il en droit « *tous les éléments qui profitent au vendeur et qui correspondent dans son patrimoine à la valeur de la chose vendue* »⁸.

Il est habituellement une somme d'argent remise au vendeur. Il peut aussi être constitué par une compensation avec une dette du vendeur envers l'acquéreur⁹; ou le paiement d'une dette du vendeur envers un tiers¹⁰, ce qui constitue, soit une indication de paiement si le tiers n'a pas expressément consenti à ce que l'acquéreur devienne son débiteur, soit une délégation dans le cas contraire¹¹; le prix peut encore consister en une somme d'argent et la remise d'une chose ou un service.

On peut classer les règles qui régissent le prix en deux catégories. Les premières, plus techniques que les secondes, sont relatives à sa détermination, sa réalité, son sérieux et sa sincérité (Chapitre 1); les secondes, plus politiques que les premières, tendent à en assurer la justice (Chapitre 2). L'opposition doit être nuancée: toute règle, si technique soit-elle, exprime toujours une politique et, inversement, toute politique s'exprime toujours par des règles techniques.

4. En matière immobilière: B. GELOT, « La charge des frais de la vente d'immeuble », *Defrénois* 1999, art. 37097, p. 961 et s.

5. Cass. civ. 1^{re}, 21 mai 1990, *Bull. civ. I*, n° 119: jugé que, sauf convention contraire, la TVA n'est pas à la charge de l'acheteur: « *L'article 1593 était sans application en l'espèce, la TVA étant un élément qui grève le prix convenu avec le client et non un accessoire du prix* ». Cass. com., 28 avril 1987, *Bull. civ. IV*, n° 99: « *Lorsque la convention mentionne un prix sans indication de la TVA, ce prix est présumé comprendre le montant de la taxe due sur l'opération en cause* »; v. aussi Cass. com., 2 juin 1992, *Bull. civ. IV*, n° 222; *Contrats, conc. consom.* 1992, n° 176, n. L. Leveneur (dans une vente par adjudication, la TVA est à la charge du vendeur, sauf convention contraire). Les pénalités fiscales ne sont pas des « *accessoires à la vente* »: Cass. civ. 3^e, 20 novembre 1969, *Bull. civ. III*, n° 742.

6. Cass. civ., 23 décembre 1931, *Gaz. Pal.* 1932.I.433; B. GELOT, *chron. préc.*

7. Ex: Cass. civ. 1^{re}, 24 avril 1967, *Bull. civ. I*, n° 139: en l'absence d'une clause particulière du cahier des charges limitant l'obligation de délivrance du vendeur, le syndic de faillite ayant mis en vente l'immeuble, devra le délivrer vide à l'adjudicataire, en faisant évacuer à ses frais le failli qui s'y est maintenu.

8. PLANIOL ET RIPERT, t. X par Hamel, n° 243; J.-B. RACINE, « La notion de prix en droit contemporain des contrats », *RID éco.* 1999.77.

9. Ex.: A doit 1 000 à B auquel il vend un immeuble pour le prix de 1 000; les deux dettes s'éteignent par compensation.

10. Ex.: A doit 1 000 à C; il vend à B un immeuble pour le prix de 1 000, payable à C; *infra*, n° 304.

11. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

■ CHAPITRE I ■

DÉTERMINATION, RÉALITÉ ET SÉRIEUX DU PRIX

À la différence de nombreux systèmes étrangers, le droit français a longtemps exigé avec rigueur que le prix fût déterminé (Section I), sérieux et réel (Section II). Après avoir examiné ces exigences, on en étudiera la sanction (Section III). La rigueur de ces règles s'atténue aujourd'hui.

SECTION I DÉTERMINATION

203. Argent, déterminé ou déterminable. – Comme pour la chose, il doit y avoir accord sur le prix. Celui-ci consiste en une somme d'argent, sinon le contrat serait un échange ou un contrat innommé¹. Un désaccord – par exemple, sur un rabais, ou sur les frais de la vente², ou sur les modalités de paiement si les parties en ont fait un élément essentiel³ – empêche la conclusion de la vente, au contraire d'une volonté obscure ou ambiguë, qui appelle seulement

1. PLANIOL ET RIPERT, t. X, 2^e éd. par Hamel, n° 35.

2. Ex. : Cass. civ. 3^e, 4 janvier 1973, *Bull. civ. III*, n° 21 ; *D.* 1973.663 ; en l'espèce, le vendeur avait donné mandat à un agent immobilier de vendre un immeuble au prix net de 90 000 ; l'agent conclut la vente et donna les clés à l'acquéreur, qui avait souscrit une promesse d'achat de 110 000, frais compris, sans préciser en les ventilant les montants du prix, des frais et de la commission ; jugé « *que l'accord des parties sur le prix ne s'était pas réalisé* » et que l'agent devait des dommages-intérêts au vendeur.

3. Ex. : **Délais de paiement** et d'entrée en jouissance : Cass. civ. 3^e, 2 mai 1978, *D.* 1978.317, n. J. Schmidt-Szalewski : « *Ayant en vertu de son pouvoir d'appréciation, estimé, d'une part, que certaines modalités ordinairement accessoires, telles que la date du paiement du solde du prix ou la date de prise de possession des lieux, avaient, en l'espèce, été tenues, par la venderesse, comme des éléments constitutifs de son consentement, et qu'il ne résultait pas, d'autre part, de l'ensemble des éléments de la cause, qu'un accord fût intervenu ni sur la date du paiement du solde, ni sur la date d'entrée en jouissance des lieux, la cour d'appel a pu en déduire que le contrat de vente ne s'était pas formé* ». **Obtention d'un crédit** : Cass. com., 16 avril 1991, *Bull. civ. IV*, n° 148 ; *JCP G* 1992.II.21871 : « *Cette sté (l'acquéreur) avait fait connaître à la sté Pescabrana (le vendeur) qu'elle considérait les modalités de paiement du prix comme un élément essentiel de son consentement* ». **Conditions dérisoires** : Cass. civ. 1^{re}, 15 janvier 1963, *aff. du cheval Prince Bio*, *Bull. civ. I*, n° 32 ; *RTD civ.* 1963.364, obs. G. Cornu : l'acheteur (le Prince Aly Khan) avait promis de serrer la main du vendeur, en public, sur un champ de course ; la méconnaissance de cet engagement n'empêcha pas le contrat d'être parfait. **Éléments accessoires** : *Cass. civ. 3^e, 14 janvier 1987, *dame Lebel-Orset, aff. du peintre Steinlen*, *supra*, n°s 98 et 138 : « *Le défaut d'accord définitif sur les éléments accessoires de la*

l'interprétation⁴. Tout ceci n'est que l'application du droit commun des contrats. Le particularisme du droit français de la vente tient à une autre règle : le montant du prix doit être déterminé par accord des parties au moment de la formation du contrat, et « indiqué » dans l'acte, sinon la vente est nulle, voire inexistante (art. 1591). Une lecture littérale de l'article 1591 conduirait à exiger que les parties se mettent d'accord sur un chiffre et l'indiquent sur *l'instrumentum* ; à défaut, la vente serait inefficace car personne ne pourrait déterminer ce prix à la place des parties ; en particulier, le juge ne pourrait se substituer aux parties, ce qui conduirait, à défaut d'accord entre elles, à une impossibilité de fixer un prix.

Cette interprétation de l'article 1591 a été longtemps justifiée par une considération pratique : comment fixer le prix et sauver la vente, si les parties ne l'ont pas fait elles-mêmes dès la conclusion du contrat ? Et une donnée politique : le droit français a longtemps manifesté une certaine rigidité à l'égard du prix en voulant éviter que sa fixation mette l'une des parties à la merci de l'autre. Les choses ont beaucoup changé à l'époque contemporaine. La suspicion à l'égard des procédés de fixation du prix postérieurement à la vente a disparu. Demeurent deux principes : 1°) le juge ne peut intervenir sur le prix, pour le fixer, le majorer ou le diminuer⁵, car le prix est l'affaire des parties ; 2°) si le prix n'a pas été précisé dans l'acte de vente, les parties doivent avoir convenu d'un procédé de détermination du prix qui permette de parvenir à un montant sans qu'un nouvel accord de leur part soit nécessaire, et sans que l'une des parties soit à la merci de l'autre⁶. Ainsi, une nouvelle lecture de l'article 1591 s'est progressivement imposée : le prix doit être déterminable par application des clauses du contrat. Il n'est ni nécessaire qu'il soit chiffré au moment de la conclusion du contrat, ni indiqué dans l'acte⁷. Le droit de la vente se sépare donc désormais du droit commun fixé par les arrêts d'assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995⁸ sur un point : il n'est pas permis aux parties de conclure une vente en abandonnant la fixation du prix au pouvoir de l'une des parties, qui s'exercerait après la vente. Sur ce point, le droit positif évoluera peut-être encore⁹ ; cette particularité de la vente pourrait être justifiée par sa nature propre : l'échange d'une chose contre un prix. L'ordonnance du 10 février 2016, prévoyant que le prix peut être fixé par le créancier à défaut d'accord dans les « contrats et prestations de services » (art. 1165) et qu'une clause peut autoriser la fixation unilatérale du prix « dans les contrats cadre » (art. 1164), paraît isoler la vente ; à moins qu'au contraire elle ne pousse à interpréter l'article 1591 comme permettant une telle convention ; celle-ci rend en effet la prestation déterminable « sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire » (art. 1163).

Le sens de la règle doit être précisé dans trois hypothèses où la vente comporte un élément qui, en raison de l'accord des parties, interdit d'en préciser le prix lors

cession ne peut empêcher le caractère parfait de celle-ci, à moins que les parties aient entendu retarder la formation de la convention jusqu'à la fixation de ces modalités ».

4. Cass. civ. 1^{re}, 21 mai 1990, sur la charge de la TVA, *supra*, n° 201.

5. Ex. : Cass. civ. 3^e, 26 septembre 2007, *Bull. civ. III*, n° 159 ; *Defrénois* 2007.1725, obs. R. Libchaber : « l'art. 1591 C. civ. n'impose pas que l'acte porte en lui-même une indication du prix, mais seulement que ce prix soit déterminable » (en l'espèce, le prix de vente de l'immeuble n'était pas énoncé dans l'acte, mais les propriétaires en avaient donné quittance à l'acheteur ; se fondant sur des commencements de preuve par écrit, le juge a reconstitué le prix).

6. Jurisprudence constante, ex : Cass. com., 7 avril 2009, n° 07-18907, *Bull. civ. IV* n° 48 ; *Dr. et patr.* juill.-août 2009, p. 89, obs. L. Aynès ; *D.* 2009.1138 : « S'il résulte de l'article 1591 du Code civil que le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties, ces dispositions n'imposent pas que l'acte porte lui-même indication du prix, mais seulement que ce prix soit déterminable ; que tel est le cas lorsqu'il est lié à la survenance d'un événement futur ne dépendant pas de la seule volonté de l'une des parties ni d'accords ultérieurs ».

7. **Cass. Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, 4 arrêts, *infra*, n° 209.

8. Cass. com., 7 avril 2009, cité *supra*.

9. V. déjà Cass. com., 29 septembre 2015, n° 14-15040, n.p.B., *D.* 2016. 407, n.J. Moury et B. François : validité du modèle de vente « *enveloppe fermée* », prévue dans un pacte d'associé, chaque partie s'engageant à accepter le prix proposé par l'autre, dès lors qu'il est le plus élevé. Il y a d'autres formules : « *duel à la mexicaine* », « *roulette russe* », etc.

de la vente, ce qui ne l'empêche pas d'être déterminable : le prix est alors calculé par un tiers, ce qui ne soulève guère de difficultés (§ 1) ; il est fixé par un cours ou par un tarif, ce qui a naguère suscité un énorme contentieux et un important revirement jurisprudentiel (§ 2) ; il est lié à la rentabilité de la chose (§ 3).

§ 1. PRIX FIXÉ PAR UN TIERS

L'article 1592 reconnaît la validité d'une vente dont le prix sera fixé par un tiers¹⁰. Cette situation conventionnelle (I), courante dans les cessions de droits sociaux (II), doit être distinguée de l'exercice de certains droits de préemption (III).

I. — Convention et rôle du juge

204. Nature juridique. – Malgré le texte, il ne s'agit pas d'« arbitrage », car un arbitre a pour mission de trancher une contestation, ce qui n'est pas le cas ici¹¹. Pas davantage, il ne s'agit d'« expertise », bien que ce soit parfois le langage des arrêts ; car un expert a pour office de donner au juge des avis consultatifs, tandis qu'ici l'évaluation faite par le tiers est définitive. En réalité, le tiers est un mandataire commun du vendeur et de l'acheteur¹² ; il ne peut être révoqué que par leur consentement mutuel. Le projet de loi sur la *Justice du xx^e siècle* supprime le mot « arbitrage », pour le remplacer par « appréciation ».

Ce tiers doit être indépendant des parties, à peine de nullité de la désignation¹³ ; pour déterminer le prix, il peut interpréter le contrat, sauf dénaturation appréciée *a posteriori* par le juge¹⁴ ; il engage sa responsabilité s'il commet une faute dans son évaluation, même si cette faute ne constitue pas une erreur grossière¹⁵. Il est tenu d'une obligation de moyens, comme tout mandataire¹⁶ et doit se conformer aux directives et méthodes dont les parties ont pu convenir,

10. Ex. : un contrat de bière : Cass. com., 25 mai 1981, *Bull. civ. IV*, n° 247 : « L'estimation par un tiers désigné suivant la convention des parties rend le prix déterminable ».

11. Cass. com., 16 février 2010, n° 09-11586, *Bull. civ. IV* n° 39 ; D. 2010. 1765, n. J. Moury : « le tiers désigné par les parties avait reçu de celles-ci mission non d'exercer un pouvoir juridictionnel, mais de procéder sur des éléments de fait à un constat s'imposant aux parties, lesquelles en avaient préalablement tiré les conséquences juridiques » (évaluation du prix de cession de droits sociaux).

12. *Contra* : Ph. STOFFEL-MUNCK, *RDC* 2014.318 : contrat « sui generis » d'évaluation.

13. Cass. civ. 1^{re}, 2 décembre 1997, *Frydman*, *Bull. civ. I*, n° 334 ; D. *Aff.* 1998.144, obs. Boizard ; *RTD civ.* 1998.402, obs. P.-Y. Gautier : « si, aux termes de l'art. 1592, le prix de vente peut être laissé à l'arbitrage d'un tiers, il importe que ce mandataire commun des cocontractants ait véritablement la qualité de tiers, c'est-à-dire qu'il ne soit pas dans la dépendance de l'une des parties ». En l'espèce, dans un différend qui opposait la sté l'Oréal et le groupe Frydman, les parties avaient choisi comme tiers arbitre un ancien dirigeant d'une société du groupe l'Oréal, sans que le groupe Frydman le sût ; jugé que sa désignation était nulle, car « le consentement donné par le groupe Frydman n'a pas été donné librement ». Pour l'arbitrage, *infra*, n° 1268.

14. Paris, 17 septembre 2004, *Panzani*, D. 2004, IR.2766 et 2005, somm. 3051, obs. Th. Clay ; *RTD civ.* 2005.154, obs. crit. P.-Y. Gautier : « le tiers expert peut [...] apprécier les clauses du contrat se rattachant à l'exercice de sa mission ».

15. Cass. com., 4 février 2004, *Bull. civ. IV*, n° 23 ; D. 2004.2330, n. C. Bloud-Rey ; *JCP G* 2004.II.10087, n. C. Castets-Renard ; *JCP E*, 2004.1001, n° 1, obs. Caussain, Deboissy et Wicker ; *Contrats, conc. consom.* 2004, n° 56, n. L. Leveneur ; *RTD civ.* 2004.310, obs. P.-Y. Gautier ; en l'espèce, la cour d'appel avait refusé de déclarer responsable le tiers évaluateur parce qu'il n'avait pas commis « d'erreur grossière [...] dans l'exécution de sa mission ». Cassation : « l'erreur grossière est une condition de la remise en cause de la détermination du prix et non de la responsabilité du mandataire chargé de celui-ci [...] ; le vendeur est en droit d'obtenir réparation du préjudice que lui cause la sous-évaluation de la chose vendue ».

16. Cass. com., 6 février 2007, *Bull. civ. I*, n° 30 ; D. 2007.656, n. X. Delpech et 2008, *Panor.* 385, obs. J.-C. Hallouin et E. Lamazerolles, *sol. impl.*, rendu dans la même affaire, approuvant l'arrêt de

puisqu'elle repose sur leur contrat¹⁷. C'est une différence importante avec celle de l'expert évaluateur visé à l'article 1843-4¹⁸.

205. Office du juge. – Ce mandataire peut être désigné par les parties dans le contrat, ou par un tiers tel que le juge si le contrat en avait prévu la faculté. Sinon, la vente serait nulle¹⁹. Par exemple, si le contrat n'a pas désigné le mandataire, ou si celui qu'il a choisi refuse ou décède, le juge ne peut le faire du moment que les parties ne lui en ont pas donné le pouvoir²⁰. La seule possibilité serait de condamner à des dommages-intérêts la partie qui refuse après le contrat de choisir le tiers qu'elle avait promis de désigner²¹; d'une manière générale, le juge ne peut lui-même déterminer le prix²².

Cette solution est liée à la conception traditionnelle que nous avons de l'office du juge, qui ne peut intervenir dans le contrat si les parties ne lui en ont pas donné le pouvoir. Cette position sera peut-être un jour abandonnée, car elle est contraire aux droits des grands pays commerçants : il est des cas où la détermination du prix pourrait être faite par le juge, lorsque le contrat ou le marché lui donnent les éléments qui en permettraient le calcul²³.

renvoi (Versailles, 27 septembre 2005, *D.* 2005. 2942, n. Delpech), qui avait décidé que les erreurs du calcul commises par les experts, à partir des résultats comptables connus, ne constituaient pas une faute contractuelle; la Cour avait qualifié l'obligation d'obligation de moyens.

17. Cass. com., 6 février 2007, préc., qui souligne le caractère contradictoire de la mission, en conformité avec la « méthodologie » convenue avec les parties.

18. *Infra*, n° 206.

19. Il faut que le tiers accepte sa mission. Ex. : Cass. civ. 3^e, 23 octobre 1979, *Bull. civ.* III, n° 188 ; *Gaz. Pal.* 24 février 1980 ; *RTD civ.* 1980.366, obs. G. Cornu. En l'espèce, il avait été convenu que le prix serait fixé par l'administration des domaines ; la cour d'appel avait annulé la vente, car l'administration n'a pas pour fonction d'intervenir « directement dans la formation des prix qui doivent résulter du libre jeu de l'offre et de la demande ». Cassation : « le service des domaines avait accepté sa mission ».

20. Jurisprudence constante ; ex. : Cass. civ., 25 avril 1952, *D.* 1952.635 ; *JCPG* 1952.II.7181 ; *Gaz. Pal.* 1952.II.71 ; *RTD civ.* 1952.515, obs. J. Carbonnier : « Si les parties ont seulement convenu, dans une promesse de vente d'immeuble, que le prix serait fixé « par expert », non désigné, et qu'elles ne peuvent après la levée d'option se mettre d'accord sur la désignation de cet expert, celle-ci, devenue contentieuse, ne peut être faite par le juge, dont l'intervention, non prévue dans la convention, se trouverait ainsi imposée pour la perfection du contrat de vente, là où la loi n'a voulu que l'action libre et exclusive des parties ». En revanche, le juge pourrait procéder de son propre chef à la désignation de l'expert, si le prix était déterminable : Cass. com., 10 mars 1998, *Bull. civ.* IV, n° 99 : « La cour d'appel, qui a ainsi fait ressortir le caractère objectif du critère choisi pour la fixation du prix, a pu en déduire que celui-ci était déterminable et dès lors, sans se substituer aux parties, charger un expert de le chiffrer, en application du critère retenu ».

21. Cass. civ. 1^{re}, 24 novembre 1965, *Bull. civ.* I, n° 651 ; *JCPG* 1966.II.14602, obs. Gaury ; *RTD civ.* 1966.310, obs. G. Cornu : « Lorsqu'il est convenu que le prix sera évalué par des experts désignés par les parties, la vente n'existe pas tant que la détermination du prix n'est pas faite ; la convention, parfaitement licite, par laquelle les parties se sont obligées à désigner leurs experts, n'en doit pas moins produire ses effets, et l'inexécution d'une telle obligation se résout en dommages-intérêts ».

22. Ex. : Cass. com., 29 juin 1981, *Bull. civ.* IV, n° 298 ; en l'espèce, une entreprise s'était engagée à un approvisionnement exclusif de produits pétroliers pendant dix ans ; en cours de contrat, le prix était devenu indéterminé ; la cour d'appel l'avait calculé « en appliquant les prix habituellement pratiqués par la sté Sud-Est-Pétroles (le fournisseur) ». Cassation : « En se substituant aux parties pour leur imposer une méthode de détermination des prix qui n'avait pas recueilli leur accord, la cour d'appel a violé le texte susvisé » (art. 1589). *Comp. C.* AUBERT DE VINCELLES, *D.* 2006.2635 s.

23. *Contra* : plusieurs arrêts : ex. : Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1998, *Loualen*, *Bull. civ.* I, n° 81 ; *D. Aff.* 1998.531 : cassation au visa de l'article 1591 de l'arrêt des juges du fond qui avaient liquidé le prix d'une cession de titres à leur valeur au jour de la négociation ; « en se déterminant ainsi par des éléments extérieurs à l'acte de cession, la cour d'appel a procédé à une fixation judiciaire du prix et a ainsi violé le texte susvisé ».

La détermination du prix par le tiers s'impose au juge²⁴, sauf si ce tiers a commis une erreur grossière²⁵; le juge doit alors nommer un nouvel expert²⁶. Cette détermination est licite parce qu'aucune des parties n'est à la discrétion de l'autre; mais elles deviennent toutes deux soumises au pouvoir du tiers convenu, toujours sous la réserve de l'erreur grossière.

Si le tiers est mis dans l'impossibilité d'exercer sa mission par le fait d'une partie, la vente est nulle²⁷.

II. — Cession de droits sociaux

206. Prix ou valeur. – Aujourd'hui, la détermination du prix est une difficulté qui se pose souvent dans les cessions de droits sociaux (actions ou parts sociales)²⁸. Lors de la conclusion du contrat, les parties ne connaissent pas exactement la valeur des droits cédés et ne sont donc pas en mesure de fixer des chiffres définitifs; plusieurs méthodes sont utilisées par la pratique, se référant généralement au bilan et à la comptabilité de l'entreprise cédée. Le critère de la validité est simple: pour respecter l'article 1591, le prix doit être déterminé ou déterminable²⁹; lorsqu'il est seulement déterminable, le contrat doit préciser les éléments objectifs qui en permettent la fixation³⁰; jamais, à peine de nullité, le prix ne doit dépendre d'un nouvel accord des parties ou de la volonté unilatérale de l'une d'elles³¹.

24. Ex.: Cass. com., 4 novembre 1987, *Bull. civ. IV*, n° 226; *JCPG* 1988.II.21050 et n. A. Viandier: « Il n'appartient pas au juge, en modifiant le prix, d'imposer aux parties une convention différente de celle qu'elles avaient entendu établir ».

25. Jurisprudence constante. Ex.: Cass. civ. 1^{re}, 25 novembre 2003, *Bull. civ. I*, n° 243; *D.* 2003.3053, n. A. Lienhard; *RTD civ.* 2004.308, obs. P.-Y. Gautier: « en modifiant le sens de la mission qui lui était confiée et en sortant du cadre juridique qui en était le fondement, l'expert avait commis une erreur grossière ». Comp. Cass. com., 15 janvier 2013, n° 12-11666, *Bull. civ. IV* n° 9; *D.* 2013.342, n. A. Couret (ne commet pas une erreur grossière l'expert qui n'anticipe pas une évolution de la jurisprudence).

26. Le juge ne peut procéder lui-même à cette évaluation, mais doit désigner un expert: Cass. civ. 1^{re}, 25 janvier 2005, *JCP* 2005.II.10.046, n. O. Renard-Payen; *Bull. civ. I*, n° 49; *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. n° 79, n. L. Leveneur; *Defrénois* 2005.1146, n. D. Gibirila.

27. Cass. civ. 2^e, 8 avril 1999, *Bull. civ. II*, n° 67; *JCPG* 1999.II.10136, n. A. Viandier; *Contrats, conc. consom.* 1999, n° 125, n. L. Leveneur; *RTD civ.* 1999.852, obs. P.-Y. Gautier; *Revue de l'arbitrage* 2000.106, obs. J. Pellerin; en l'espèce, le cédant et l'entreprise cédée avaient par des « pratiques arbitraires » pesé sur la détermination du prix, car la comptabilité qu'ils avaient présentée était particulièrement obscure, au point d'être inutilisable.

28. **Biblio.**: J. MOURY, *Droit des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers*, Dalloz Référence, 2011-2012.

29. Un prix global suffit lorsque plusieurs sociétés font l'objet de la cession de contrôle: Cass. com., 8 avril 2008, *Bull. civ. IV*, n° 84; *D.* 2008.1203, n. X. Delpech; *RTD civ.* 2008.475, B. Fages; *RTD com.* 2008.780, obs. C. Champaud et D. Danet; l'art. 1591 « n'exige pas la ventilation du prix ».

30. Ex.: Cass. com., 10 mars 1998, *Bull. civ. IV*, n° 99; *JCPG* 1998.I.163, n° 2, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain; *Defrénois* 1998, art. 36811, n° 8, obs. crit. H. Hovasse: « l'arrêt (de la cour d'appel) a constaté que l'acte faisait référence, pour la fixation du prix des actions restant à acquérir, à la valeur réelle de l'entreprise et à l'évolution des résultats et que les éléments sont indépendants de la seule volonté des parties; la cour d'appel, qui a ainsi fait ressortir le caractère objectif des critères choisis pour la fixation du prix, a pu en déduire que celui-ci était déterminable et, dès lors, sans se substituer aux parties, charger un expert de la chiffrer en application du critère retenu ».

31. Ex.: Cass. com., 14 décembre 1999, *Bull. civ. IV*, n° 234; *D.* 2000, somm. 335, obs. Reygrobellet, 474, obs. Hallouin a jugé nulle, par application de l'art. 1591, une cession où « la détermination du prix définitif nécessitant l'établissement contradictoire du bilan à la veille de la régularisation de la cession, sans que les parties [...] aient prévu la désignation, en cas de désaccord, d'un expert chargé de faire l'estimation, ce dont il résultait la nécessité d'un nouvel accord de volontés ».

Le recours à un tiers expert est prévu par l'article 1843-4 lorsque la cession s'impose à un associé³², résulte de la loi ou des statuts ; à défaut d'accord entre les parties, le président du tribunal statuant en la forme des référés doit désigner un expert chargé de déterminer la valeur des droits sociaux³³. Son rôle est un peu différent de celui du mandataire commun de l'article 1592 : il ne s'agit pas tant d'arbitrer un prix que de révéler une valeur. La Cour de cassation a ainsi considéré que l'expert était investi d'une mission technique par la loi et non par les parties, de sorte qu'il n'aurait pas à respecter les méthodes et directives dont elles avaient pu convenir³⁴. Une ordonnance du 31 juillet 2014 est venue briser sa jurisprudence et modifier l'art. 1843-4 : « *l'expert ainsi désigné est tenu d'appliquer lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par les statuts ou par toute convention liant les parties* »³⁵. Il ressemble pour le surplus à un mandataire commun (art. 1592 préc.)³⁶.

III. — Prémption

207. Proposition de prix. – Dans d'autres occasions, le juge exerce un rôle dans la détermination du prix. Sans parler de l'expropriation, qui n'est pas une vente, dans certaines préemptions (ni celle de l'indivisaire, ni celle du locataire), le bénéficiaire de la préemption peut demander au juge de diminuer le prix proposé à l'occasion d'une vente amiable³⁷ (ex. : la SAFER fait une contre-proposition renvoyant la balle au vendeur : C. rur. pm., art. L. 143-1 et s.). La situation est différente de celle que régit l'article 1592 : le « prix du juge » ne s'impose pas aux parties qui peuvent renoncer à l'acte ; il constitue seulement une proposition.

§ 2. VENTE AU COURS ET/OU AU TARIF DU VENDEUR

208. Vente à terme. – Dans la vente au cours, le prix est déterminé par référence à une cotation de la chose vendue sur un marché. Généralement, le cours choisi par les parties est celui qui est en vigueur au jour de la livraison. Ce qui implique qu'il existe un cours et surtout que la livraison de la chose et le paiement du prix soient tous deux à terme.

Ce genre de stipulation est fréquent dans une période d'instabilité économique où il est impossible au vendeur de prévoir le futur prix de revient de la marchandise ; on la rencontre aussi en droit boursier.

32. De sorte qu'en dehors de ces cas, c'est le droit commun qui s'applique : Cass. com., 11 mars 2014, n° 11-26915, *Bull. civ.* IV n° 48 ; *D.* 2014. 759, n. B. Dondero : inapplicabilité à une « promesse unilatérale de vente librement consentie par un associé ». Sauf à ce que les parties se soumettent volontairement au texte (A. COURET et J. MOURY, *D.* 2015.1328).

33. L. BORÉ *et alii*, « Les experts », *Revue de droit d'Assas*, oct. 2012, p. 74 s. B. DONDERO, « Art. 1843-4 C. civ. : classifications suggérées », *Mélanges B. Tricot*, Dalloz-Litec, 2011. A. COURET, « L'évolution récente de la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil », *Ét. B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 249 ; Y.-M. SERINET, *RDC* 2009. 657.

34. Cass. com., 5 mai 2009, n° 08-17465, *Bull. civ.* IV n° 61 ; *D.* 2009.1349, n. A. Lienhard et 2195, n. B. Dondero ; *RTD civ.* 2009. 548, obs. P.-Y. Gautier ; *Dr. et patr.* avril 2010, p. 108, obs. D. Poracchia : « *seul l'expert détermine les critères qu'il juge les plus appropriés pour fixer la valeur des droits, parmi lesquels peuvent figurer ceux prévus par les statuts [...] ; en précisant la méthode à suivre par l'expert, la cour d'appel a violé [l'art. 1843-4]* ». Elle avait même jugé que ces particularités ne sauraient donner lieu à une question prioritaire de constitutionnalité : Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-40069, *Bull. civ.* IV, n° 36 ; *D.* 2011.1390, n. A. Couret et 2421, chron. J. Moury ; *RTD civ.* 2011.364, obs. P.-Y. Gautier.

35. A. COURET et J. MOURY, *passim* (régime général et pouvoir d'interprétation).

36. Cass. com., 15 janvier 2013, préc.

37. Ex. pour le fermier : C. rur. pm., art. L. 412-7. Cass. civ. 3^e, 7 novembre 1990, *Bull. civ.* III, n° 220 : le juge doit « *prendre en considération pour fixer la valeur vénale des biens au jour de la vente la moins-value résultant de l'existence du bail* ».

Appliquant les principes généraux, la Cour de cassation décide que la vente est nulle ou valable selon qu'une partie est ou non soumise au pouvoir de l'autre. Si le prix n'est pas fixé par le contrat, la vente est valable lorsque le cours résulte d'un marché, parce que le prix est indépendant de la volonté ultérieure du vendeur ou de l'acheteur lorsque le marché est important, bien que l'acheteur et le vendeur fassent tous deux partie du marché, car le pouvoir de négociation dont ils disposent est trop faible pour infléchir les cours³⁸. Au contraire, la vente est nulle lorsque la référence à un cours est indéterminée, ou qu'il n'existe pas de marché de référence³⁹.

209. Tarif du vendeur. – Lorsque la vente est conclue « au tarif du vendeur », il n'y a pas de difficulté majeure lorsqu'il s'agit du tarif en vigueur au jour de la conclusion du contrat, sauf des questions de fait : savoir, par exemple, à quelle date le contrat a été conclu⁴⁰. La difficulté est plus grande lorsqu'il s'agit du tarif du vendeur qui sera en vigueur au jour de la livraison, ce qui est fréquent dans la pratique commerciale.

La Cour de cassation, depuis 1995, admet la validité d'un contrat-cadre contenant une telle stipulation⁴¹ ; le futur acheteur n'est pas en effet soumis au pouvoir du vendeur, parce que les tribunaux peuvent sanctionner l'abus dans la fixation du prix⁴². Mais lorsqu'il s'agit d'une vente, l'article 1591 tel qu'il est interprété actuellement, interdit la fixation du prix par référence à un événement futur dépendant de la seule volonté de l'une des parties⁴³. La question est de savoir si par « *seule volonté* » il faut entendre : « *volonté arbitraire* », auquel cas la clause serait valable car un fournisseur ne peut fixer arbitrairement ses tarifs dans une économie concurrentielle ; ou plus grossièrement : « *tarif déterminé par une procédure unilatérale* », auquel cas la prohibition traditionnelle continuerait à interdire la référence au tarif futur de l'une des parties, et à faire de la vente une exception.

Le Code de commerce régit désormais les conditions de fixation du prix au tarif du vendeur, notamment dans les contrats-cadres de distribution (C. com., art. L. 441-7 et s., loi Macron du 6 août 2015). Quant au droit commun, quelle que soit la qualité des contractants,

38. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 14 décembre 2004, *Bull. civ. I*, n° 327 ; *Contrat, conc. consom.* 2005, comm. n° 64, n. L. Leveneur, (cours de la pomme de terre).

39. Cass. com., 21 mars 1983, *Bull. civ. IV*, n° 110 : « *après avoir constaté que la convention litigieuse ne donnait aucune indication sur le prix de la fourniture de farine, ne se référait à aucun prix de marché et ne visait aucune place ni aucune mercuriale déterminée, la cour d'appel qui a fait ressortir que la référence au cours en vigueur lors de chaque livraison, loin de se reporter à une indication sérieuse, précise et objective, revêtait un caractère potestatif laissant à M. Pascoualle (le concédant d'une exclusivité de vente) la possibilité de traiter à un prix fixé unilatéralement, a décidé à bon droit que la convention susvisée était nulle* ».

40. Cass. com., 2 juillet 1979, *D.* 1980, IR, 225, n. B. Audit.

41. Jurisprudence constante depuis ** Cass. Ass. plén., 1^{er} décembre 1995, *SA cie Atlantique de téléphone*, 3^e esp., et 3 autres arrêts du même jour, *GAJ civ.*, n°s 152-155 ; *D.* 1996.17, concl. Jéol, n. L. Aynès ; *JCP G* 1996.II.22.565, concl. Jéol, n. J. Ghestin ; *RJDA* 1996.1, chron. M.-A. Frison-Roche ; *LPA*, 27 décembre 1995, obs. D. Bureau et N. Molfessis ; *Defrénois* 1996, article 36.354, n° 57, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1996.153, obs. J. Mestre : « *Lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation* ».

42. Ex. : Cass. com., 4 novembre 2014, n° 11-14026, n.p.B., *JCP G* 2014. 1310, n. A.S. Choné-Grimaldi ; *D.* 2015. 183, n. J. Ghestin ; *RTD civ.* 2015. 123, obs. H. Barbier ; *RDC* 2015. 233, obs. Ph. Stoffel-Munck, 293, obs. M. Béhar-Touchais : fourniture de chair d'escargot, le vendeur facture à l'acheteur 25 % plus cher qu'à ses autres clients, sa marge avec l'approvisionnement est de 29 %, alors qu'elle n'est que de 10 % avec les autres : ces éléments prouvent « *le caractère excessif des prix* » et ce « *dès l'origine* », de sorte qu'il a « *abusé de son droit de fixer unilatéralement le prix des marchandises* ».

43. *Supra*, n° 203.

l'ordonnance du 10 février 2016 codifie la jurisprudence à l'article 1164 C. civ., avec la même limite de l'abus, pouvant entraîner le cas échéant la résolution du contrat.

210. Abus dans la fixation du prix. – La généralisation de la jurisprudence de 1995 devrait l'emporter pour le contrat de vente (elle a été codifiée pour tous les contrats de service à l'art. 1165). En effet, on voit mal pourquoi la vente sur choses futures serait traitée différemment des autres contrats, où on retrouve la même situation de l'inconnue sur le prix, dans le futur. La fixation du prix serait alors contrôlée seulement sous l'angle de l'abus. L'abus est une notion souple, soumise à l'appréciation du juge, comme la mauvaise foi ; il suppose un faisceau de circonstances : l'excès, l'intention de nuire et le déséquilibre⁴⁴. Le fait que le prix soit plus élevé que celui du marché ne suffit pas à le caractériser, car le fournisseur est en droit de rechercher son bénéfice⁴⁵. Cet abus est sanctionné, non par une nullité, mais par la résolution du contrat (rapp. art. 1164 préc.), ou l'octroi d'une indemnité qui aboutira à une diminution du prix⁴⁶.

Le droit de la concurrence (C. com., art. L. 420-2) se réfère aussi à l'abus dans la fixation du prix, l'abus des prix bas ; il a un autre objectif, l'assainissement de la concurrence. Le droit de la consommation exige, « lorsque le prix ne peut être raisonnablement calculé à l'avance », que le vendeur fournisse « le mode de calcul du prix » (C. consom., art. L. 112-3).

§ 3. PRIX LIÉ À LA RENTABILITÉ DE LA CHOSE

211. Rigueur et indulgence. – Il est courant que le vendeur soit associé à la rentabilité de la chose. Par exemple, dans une cession de brevet d'invention, il est souvent stipulé que le prix dû au cédant sera fonction des redevances perçues par le cessionnaire. Telle est la règle en droit d'auteur (C. propr. intell., art. L. 131-4). Ou bien dans les concessions d'exclusivité, le prix dû par le concessionnaire au concédant dépend du nombre de choses qu'il a vendues à des consommateurs. Ou bien encore, dans ce que les Anglais appellent *the Sale forward*, assez pratiquée dans plusieurs pays étrangers (ex. : Pays-Bas, Grande-Bretagne, Canada) : dans une vente d'immeuble à usage commercial, une partie du prix est constituée par une fraction des loyers due par les locataires à l'acquéreur, que celui-ci reverse au vendeur pendant une période déterminée. De même, dans les cessions de droits sociaux, avec les clauses d'« *earn out* », qui permettent au cédant de percevoir un complément de prix, lié aux résultats futurs de la société⁴⁷.

44. « La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière », ouvr. collectif, Dalloz, *RTD com.* 1997 ; sur la détermination du prix en droit allemand : F. KÜTSCHER-PUIS, « Détermination du prix de vente – L'expérience allemande », *RID comp.* 1997, n° 1.

45. En revanche, le fournisseur qui vend à un client plus cher qu'au reste de sa clientèle, avec de ce fait une marge brute beaucoup plus élevée, commet un abus, empêchant l'approvisionné de « faire face à la concurrence » : Cass. com., 4 novembre 2014, préc.

46. La Cour de cassation a pris une position prudente et circonspecte dans une affaire de contrat de coffre-fort (*infra*, n° 868), qui a une portée générale pour déterminer l'abus dans le pouvoir unilatéral de fixer un prix : Cass. civ. 1^{re}, 30 juin 2004, *Bull. civ. I*, n° 190 ; *D.* 2005.1828, n. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2004.749, obs. P.-Y. Gautier ; *RDC* 2005.275, obs. Ph. Stoffel-Munck : « chaque partie étant libre de fixer les prix qu'elle entend pratiquer, le nouveau prix n'est pas abusivement fixé, malgré une augmentation de 100 %, car le comportement n'est pas fautif dans la mesure où le client a été averti en temps utile de cette future hausse ».

47. V. F. SAFI, *Droit et patr.* mars 2013, p. 30 s. ; A. CONSTANTIN, *RTD com.* 2012.129 ; J.-P. BERTREL, *Dr. et patr. nov.* 2008, p. 44 s.

Ce type de stipulations peut s'expliquer de deux manières : soit il s'agit d'un bien dont la valeur dépend des produits qu'il permet d'obtenir ; les parties déterminent le prix, non sur une estimation, toujours approximative, mais d'après les produits futurs réels (brevet, fonds de commerce, créance...) ; soit le bien a une valeur en lui-même, indépendamment de son exploitation ; mais le vendeur entend être associé à la rentabilité qu'il prend entre les mains de l'acquéreur. Dans ce second cas, la clause est plus difficile à justifier, car le vendeur, par définition, aliène la chose et perd donc tout intérêt à son exploitation. Mais souvent, les deux raisons sont cumulées : par exemple, dans la vente à un constructeur d'un terrain dont la valeur dépend de la constructibilité effective, laquelle sera fixée par le permis de construire. De plus, il arrive que le vendeur, souvent une collectivité locale, entende décourager une revente spéculative d'un terrain qu'il a vendu dans des conditions avantageuses pour des raisons sociales, en imposant à l'acquéreur s'il revend dans un certain délai un partage ou même la confiscation de la plus-value.

Ces stipulations soulèvent une difficulté relative à la liberté de l'acquéreur. S'il s'agit bien de déterminer le prix de la vente, l'acquéreur ne devrait avoir aucune liberté, ou, à tout le moins, être étroitement contrôlable par le vendeur. La clause participe de la détermination du prix. Au contraire, s'il s'agit d'associer le vendeur aux profits futurs (à la vente s'ajoute une espèce de participation), l'acquéreur ne répond que de sa faute, et la validité de la vente n'est pas en cause. La clause devrait alors être qualifiée de clause « *d'intéressement* ». La notion de « *complément de prix* » à laquelle se réfère la pratique ne permet pas de trancher, car dans les deux cas la somme est due en raison de la vente.

En général, les tribunaux décident que la vente est valable, même en présence d'une clause de détermination du prix, parce que le vendeur n'est pas à la merci de l'acheteur, mais seulement d'un aléa commercial qu'il a accepté⁴⁸.

SECTION II RÉALITÉ ET SÉRIEUX

212. Subjectif et objectif. – Le prix doit être réel et sérieux pour que la vente soit valable. La raison de cette règle est différente de celle qui impose la détermination du prix. Elle s'est longtemps trouvée dans la théorie de la cause, qu'a abandonnée l'ordonnance du 10 février 2016 sur la réforme des contrats, la remplaçant par celle des contreparties : « 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 » (art. 1169). Il ne suffit pas que la vente ait été voulue (c'est-à-dire qu'il y ait eu un consentement exempt de vices), il faut aussi que l'obligation du vendeur ait une contrepartie, le prix.

Les deux notions de prix réel et sérieux sont distinctes, car elles n'ont pas la même teneur : l'une est subjective, s'attachant à l'intention des parties (§ 1), l'autre est objective, s'attachant à l'existence matérielle du prix (§ 2). La jurisprudence ne fait pas toujours la différence.

§ 1. PRIX RÉEL

Ce qui s'oppose au prix réel est le prix fictif (parfois dénommé prix simulé), dont il était convenu entre les parties, dès la conclusion du contrat, qu'il ne serait

48. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 1988, *Bull. civ. I*, n° 212 ; D. 1989.121, n. Ph. Malaurie ; *Defrénois* 1989.443, obs. G. Vermelle ; *RTD civ.* 1989.299, obs. J. Mestre et 343, obs. Ph. Rémy : en l'espèce, une partie du prix dépendait du chiffre d'affaires que l'acquéreur aurait obtenu en exploitant lui-même le bien acquis (un cabinet d'expertise automobile) ; jugé que le prix était déterminé car il « *ne dépendait que de l'aléa prévu et accepté par les parties dans l'intérêt de M. Delaison* » (l'acquéreur).

jamais payé. Par exemple, au moyen d'une contre-lettre, le vendeur en fait remise à l'acheteur. La jurisprudence décide que le contrat est valable s'il constitue une donation déguisée, qui suppose démontrée l'intention libérale.

213. Simulation et fisc. – Le principe est qu'une vente est valable, comme tout acte juridique, même si elle comporte une simulation. Sauf une exception, importante en pratique : dans les ventes d'immeubles et biens assimilés (office ministériel, fonds de commerce, clientèle, droit au bail immobilier), la loi (art. 1202, ancien art. 1321-1), afin de lutter contre la fraude fiscale fréquente en la matière, annule les contre-lettres majorant secrètement le prix⁴⁹ ; cette nullité peut être invoquée par chacune des parties, même celle qui avait eu l'initiative de l'illicéité⁵⁰ ; mais les règles de la responsabilité peuvent l'obliger à réparer le préjudice qu'elle a causé à son contractant.

Certaines décisions avaient prononcé la double nullité et de la contre-lettre et de l'acte apparent, en y voyant une cause illicite ; le juge, par exemple, estimait que la contre-lettre constituait la cause impulsive et déterminante de la vente ; ou bien encore, ce qui était à peu près la même chose, que la contre-lettre et l'acte ostensible formaient une convention indivisible. Cette solution a été abandonnée pour une raison de politique législative, la prime à la dénonciation de l'illicéité : il n'y a pas lieu de tenir compte d'une indivisibilité, même si elle existe ou a été stipulée ; seule la contre-lettre doit être annulée⁵¹.

§ 2. PRIX SÉRIEUX

214. Dérisoire. – Un prix est sérieux lorsqu'il n'est pas dérisoire ; il est dérisoire lorsqu'il est inexistant (zéro euro) ou ridiculement bas (un lingot d'or vendu à un euro), ce qui est un critère objectif (rapp. nouvel art. 1169) Par exemple, dans la vente moyennant rente viagère, lorsque les arrérages de la rente sont inférieurs aux revenus produits par la chose⁵². On a contesté la solution, en remarquant que le vendeur était débarrassé du souci et des aléas de la gestion, ce qui aurait conféré une cause à son obligation et dû rendre valable la vente⁵³. L'utilité de la

49. Ex. : vente d'immeuble pour un prix déclaré de 1 000 ; contre-lettre majorant le prix de 500. En faisant annuler la contre-lettre, l'acheteur est dispensé de payer les 500 et conserve l'immeuble en n'ayant payé que 1 000. L'acte secret n'est pas nécessairement écrit : Cass. civ. 3^e, 5 mars 1997, *Bull. civ.* III, n° 51 ; *D. Aff.* 1997.441 ; « l'acte secret n'avait pas besoin d'avoir une existence matérielle » ; en l'espèce, le vendeur avait admis avoir reçu une somme non déclarée dans l'acte ; la dissimulation était donc « avérée ».

50. Cass. civ. 3^e, 25 juin 1985, *Bull. civ.* III, n° 103 ; *D.* 1986.212, n. crit. E. Agostini : « La nullité d'ordre public dont était frappée la lettre de change (qui représentait la partie dissimulée du prix) interdisait aux juges de lui faire produire effet, et l'acheteur était en droit de s'en prévaloir alors même qu'il en aurait été responsable ».

51. Cass. ch. mixte, 12 juin 1981, *Bull. civ. ch. mixte*, n° 5 ; *D.* 1981.413, concl. Cabanes ; *RTD civ.* 1982.140, obs. Fr. Chabas : « La nullité édictée par ce texte (actuel art. 1202 al. 2) à l'égard de toute convention ayant pour but de dissimuler partie du prix de vente d'un immeuble ne s'applique qu'à la convention secrète et ne porte pas atteinte à la validité de l'acte ostensible sans qu'il y ait lieu de rechercher s'il y a ou non indivisibilité entre les deux conventions ».

52. Ex. : *Req. 1^{er} mai 1911, cons. Pellet, *DP* 1911.1.353, n. M. Planiol : « En droit, le prix est un des éléments essentiels et constitutifs du contrat de vente, et en fait, il appartient aux tribunaux de considérer la vente comme manquant en réalité de prix, lorsque, suivant leur appréciation, le revenu de la chose vendue suffit pour l'exécution des engagements contractés envers le vendeur, sans que l'acheteur n'ait aucune chance (sic) de perte à courir, ni aucun sacrifice à faire de ses propres deniers ». Afin de calculer le revenu, il faut tenir compte des fruits produits par la chose, non de ceux qui sont imputables au travail de l'acquéreur : ex. : pour une vente de vignes : Cass. civ. 1^{er}, 24 octobre 1978, *Bull. civ.* I, n° 319 ; *JCPN* 1979.7168 ; *RTD civ.* 1979.396, obs. G. Cornu : « Le revenu à prendre en considération était celui que pouvait produire le capital représentant l'ensemble immobilier formant l'objet de la vente, à l'exclusion des fruits que l'acquéreur retirait de l'exploitation grâce à son travail ».

53. PLANIOL, n. préc. ; PLANIOL et RIPERT, t. X, par J. Hamel, n° 41.

théorie du prix sérieux apparaît surtout lorsqu'une vente n'est pas rescindable pour cause de lésion (par exemple, une vente aléatoire telle que la vente moyennant rente viagère – il n'y a pas de prix sérieux lorsque cette vente manque d'aléa – ou une vente mobilière telle qu'une cession de fonds de commerce). Il ne faut pas confondre le prix dérisoire avec le prix insuffisant, qui pose un problème différent, celui de la lésion⁵⁴. L'aléa s'apprécie (comme pour la lésion) au jour de la cession⁵⁵. Dans le cas du prix dérisoire, ce sont l'objet et la contrepartie qui font défaut, rendant nul le contrat, de nullité relative⁵⁶. La prescription obéissant au droit commun (art. 2224), le délai de deux ans, propre à la lésion (art. 1676), est inapplicable⁵⁷.

215. Vente à un euro. – La vente à un euro est parfois valable, soit parce que la convention constitue une donation indirecte⁵⁸, soit parce que, lors du contrat, la chose était sans valeur – par exemple, une entreprise en difficultés⁵⁹; soit surtout parce que la chose vendue a une autre contrepartie que l'unique euro. Elle est valable et soumise au régime de la vente si l'acquéreur prend des obligations constituant une contrepartie de la chose⁶⁰ réelle et sérieuse⁶¹. Il en est de même du crédit-bail, où le prix finalement payé peut être dérisoire parce que résiduel ;

54. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 4 juillet 1995, *Bull. civ. I*, n° 303 ; *D.* 1997.206, n. A.-M. Luciani ; *RTD civ.* 1995.881, obs. J. Mestre : erreur d'étiquetage d'une bague ; mais « le prix n'apparaît nullement dérisoire » ; la vente est maintenue.

55. Cass. civ. 3^e, 27 mai 2010, n° 09-65258, n.p.B. ; *JCP G* 2010 n° 843, n. Y. Dagorne-Labbé : cession de parts sociales d'une SCI ; l'immeuble loué rapportait déjà le triple du montant de la rente ; Cass. civ. 1^{re}, 5 mai 1982, *Bull. civ. I*, n° 164 : vente moyennant rente viagère ; l'acheteur savait que le vendeur allait bientôt mourir ; jugé que la vente était nulle.

56. La chambre commerciale de la Cour de cassation décidait que la nullité était absolue : *Cass. com., 23 octobre 2007, *D.* 2008, 954, n. G. Chantepie ; *JCP G* 2008.II.10024, n. N. Roget ; *Defrénois* 2007.1729, obs. R. Libchaber ; *RDC* 2008.234, obs. Th. Genicon ; *Contrats, conc. consom.* 2008, comm. n° 65, n. L. Leveneur ; *Bull. civ. IV*, n° 226 ; *Dr. et patr.* mai 2008, p. 91, n. L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck (cession de parts sociales) : « absence d'un élément essentiel du contrat » ; mais la troisième chambre civile est d'un avis contraire : nullité relative (Cass. civ. 3^e, 24 octobre 2012, n° 11-21980, n.p.B. ; *Droit et patr.* juin 2013, p. 69, obs. L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck : « un contrat de vente conclu pour un prix dérisoire ou vil est nul pour absence de cause et cette nullité, fondée sur l'intérêt privé du vendeur, est une nullité relative »). La chambre commerciale s'est inclinée : Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-14218, *Bull. civ. IV* à paraître ; *Contrats, conc., consom.* 2016, n° 136, n. L. Leveneur ; *JCP G* 2016, n° 797, obs. Y.-M. Serinet ; *RTD civ.* 2016. 343, obs. H. Barbier : c'est « la nature de l'intérêt, privé ou général », qui dicte le régime de la nullité (cession de parts sociales).

57. Ex. : Cass. civ. 3^e, 15 décembre 2010, n° 09-16838, *Bull. civ. III*, n° 224 : immeuble vendu 1 500 000 €, alors qu'il en vaut 16 700 000, la demande, quoique formulée près de 8 ans après la vente, restait recevable.

58. *Infra*, n° 218.

59. Ex. : Paris, 11 septembre 2009, *Bull. Joly Sociétés* 2009.374, n. P.-Y. Gautier : cession entre actionnaires de la quasi-totalité des titres, elle est valable, car « le vil prix était justifié par l'opération de rééquilibrage souhaitée par les différents partenaires. La situation de la société était alors critique ».

60. Ex. : vente pour le prix de quelques centimes d'euro d'un terrain, de bâtiments, d'un matériel avec une reprise de dettes « l'ensemble formant un tout indivisible » : Cass. civ. 3^e, 3 mars 1993, *Bull. civ. III*, n° 28 ; *JCP G* 1994.I.3744, n° 1, obs. M. Fabre-Magnan ; *RTD civ.* 1994.124, obs. P.-Y. Gautier : « Dans le cadre de l'économie générale du contrat, la vente du terrain était causée et avait une contrepartie réelle ».

61. Dans une décision relative à la liquidation judiciaire d'une cie d'aviation, la Cour de cassation a vérifié si les prestations complémentaires de l'euro symbolique avaient ou non constitué une contrepartie réelle, et sérieuse de la chose vendue : Cass. com., 28 septembre 2004, sté EAS (*Euro Airlines*), *Bull. civ. IV*, n° 167 ; *D.* 2005.302, n. M. A. Rakotovahiny ; *RTD civ.* 2005.157, obs. P.-Y. Gautier : « c'est à bon droit que la cour d'appel après avoir relevé que le prix de 5 F ne constituait pas un prix réel pour la cession respective de trois aéronefs, d'un matériel d'exploitation, d'un stock, de deux créances dont l'une pouvait atteindre 1 000 000 F, de la billetterie dans la limite de 5 000 000 F a retenu que l'engagement par le concessionnaire de reprendre certains contrats de travail ne pouvait être considéré comme une contrepartie des biens cédés ». Cette décision moralise le règlement des entreprises en difficultés, mais le rend difficile.

les loyers antérieurs avaient amorti le bien et la validité du contrat s'apprécie dans son ensemble⁶².

La réglementation de l'urbanisme permet à l'occasion de l'octroi d'un permis de construire (C. urb., art. R. 111-14) ou d'une autorisation de lotir (art. R. 315-29, 1) ou en remplacement de la taxe locale d'équipement (art. R. 332-6), la cession gratuite ou la vente à un euro de terrains au profit de la collectivité publique. C'est une façon d'obliger le constructeur ou le lotisseur à financer des équipements publics⁶³. Cette opération est valable puisqu'elle est prévue par la loi (dans la mesure où la réglementation lui est conforme), bien qu'elle ne soit ni une vraie vente (puisque'il n'y a pas de prix véritable), ni encore moins un acte à titre gratuit (puisque'il n'y a pas d'intention libérale et que l'opération est forcée). Il s'agit d'une forme simplifiée d'expropriation.

216. Prix excédant la valeur apparente. – À l'inverse, alors que la chose vendue est peu valorisée au bilan, le prix peut être substantiel compte tenu de sa valeur de rendement, susceptible d'être liée à divers actifs, notamment incorporels⁶⁴. Cette situation se rencontre dans les cessions de droits sociaux de certaines entreprises.

SECTION III SANCTIONS

217. Nulle ou valable. – La vente est nulle lorsque le prix est indéterminé, fictif ou dérisoire ; cependant, lorsqu'il est fictif ou dérisoire, elle peut être maintenue à titre de donation déguisée ou indirecte si le « vendeur » avait eu l'*animus donandi*.

218. Nullité relative. – Lorsqu'une vente est conclue sans que le prix ait été réel ou sérieux, la jurisprudence avait un moment décidé qu'il n'existait pas de contrat, parce qu'il n'y avait pas de prix. Elle frappait la vente de nullité absolue, sanction pratique de l'inexistence, avec les séquelles qui en résultaient : indépendamment de la prescription, désormais de cinq ans pour toutes les nullités (art. 2224), la nullité pouvait être invoquée par tout intéressé⁶⁵, la vente ne pouvait être confirmée. Si les parties n'avaient pas fixé de prix, le juge ne pouvait en cas de désaccord se substituer à elles, même en suivant une estimation d'experts⁶⁶. Le juge ne pouvait non plus soulever d'office la nullité⁶⁷. Cette jurisprudence avait été abandonnée par les chambres civiles de la Cour de cassation, mais maintenue à tort par la chambre commerciale ; elle vient d'être abandonnée.

62. *Infra*, n° 813.

63. *Rép. min.* Ministère de l'Équipement et du Logement, *JO* déb., 3 novembre 1988, p. 9235 ; *Deffrénois* 1989, article 34442.

64. Cass. civ. 3^e, 10 février 1999, *D.* 2000.14, n. F. Kenderian ; n.p.B. ; « *Le prix payé pour l'achat d'un bloc majoritaire [dans une société], ne (devait) pas s'apprécier sur la valeur comptable, mais sur une valeur de rendement et il (était) parfaitement légitime de tenir compte des plus-values latentes et des valeurs incorporelles non inscrites au bilan, ou inscrites pour une valeur inférieure* » (prix de 4, 6 millions d'euros, alors que la situation comptable était négative de 8,2 millions d'euros ; mais il y avait un bail rural, sis dans le Bordelais).

65. Cass. com., 23 octobre 2007, préc.

66. Cass. civ. 1^{re}, 18 juillet 1979, *Bull. civ.* I, n° 220 ; v. *supra*, n° 206.

67. P.-Y. GAUTIER, *RTD civ.* 1993.843.

Désormais, la vente dont le prix est fictif ou inexistant est nulle d'une nullité relative, parce qu'un intérêt privé est exclusivement en cause⁶⁸ ; seul, par conséquent, le vendeur pourrait l'invoquer, de même, le contrat pourrait être confirmé.

219. Donation déguisée et indirecte. – Lorsque le prix est fictif, une partie, généralement l'acheteur, combat parfois la nullité en invoquant la théorie des donations déguisées et des donations indirectes. Si elle parvient à démontrer que le vendeur était animé d'une intention libérale, elle aura démontré que la véritable qualification du contrat n'est pas celle que donnent les apparences, qu'il ne s'agit pas d'une vente (qui serait nulle), mais d'une donation (qui est valable) parce que l'appauvrissement du vendeur est justifié par son *animus donandi* ; elle est alors soumise aux règles de fond des donations.

Donation déguisée et donation indirecte diffèrent, en principe, profondément⁶⁹. La première suppose un mensonge, une simulation : apparemment, l'acte est une vente ; en réalité, les parties ont eu l'intention de donner. La seconde, au contraire, n'implique aucun mensonge, mais confère un avantage consenti par le biais d'un acte à titre onéreux volontairement déséquilibré. L'objet de la donation déguisée, en vue du calcul du rapport, de la réduction, ou de la révocation, est la chose vendue ; alors qu'il consiste dans la différence de valeur en cas de donation indirecte (somme d'argent). En réalité, la jurisprudence contemporaine n'applique rigoureusement cette distinction, ni dans son principe, ni dans ses effets. Traditionnellement, l'application de la théorie des donations déguisées à la vente dépendait seulement du point de savoir si l'acte respectait les règles de forme de la vente.

La jurisprudence récente ne maintient plus cette exigence. Elle décide que, comme la vente à prix lésionnaire, la vente à vil prix ou à prix dérisoire, si elle s'explique par l'intention libérale du vendeur, est une donation déguisée⁷⁰ ou indirecte⁷¹ et échappe à la nullité pour absence de prix. Dans tous ces cas, l'*animus donandi* doit être démontré⁷², ce qui est facile lorsqu'existe une contre-lettre dispensant de payer le prix apparent⁷³.

68. Cass. com., 22 mars 2016, préc. : « attendu qu'il y a lieu d'adopter la même position [que la première et la troisième chambres civiles] ; qu'en effet, c'est non pas en fonction de l'existence ou de l'absence d'un élément essentiel du contrat au jour de sa formation, mais au regard de la nature de l'intérêt, privé ou général, protégé par la règle transgressée qu'il convient de déterminer le régime de nullité applicable ; Attendu qu'en l'espèce, l'action en nullité des cessions de parts conclues pour un prix indéterminé ou vil ne tendrait qu'à la protection des intérêts privés des cédants » ; nullité d'un bail à construction dont le loyer était dérisoire : * Cass. civ. 3^e, 21 septembre 2011, n° 10-21900, Bull. civ. III, n° 152 ; RDC 2012.47, obs. E. Savaux et 130, obs. J.-B. Seube ; JCP G 2011, n° 1276, n. J. Ghestin ; D. 2011.2711, n. D. Mazeaud ; Dr. et patr., févr. 2012, p. 64, n. Ph. Stoffel-Munck.

69. *Les successions*, coll. Droit civil.

70. Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 1975, Bull. civ. I, n° 288. « Les libéralités faites sous le couvert d'actes à titre onéreux sont valables lorsqu'elles réunissent les conditions de forme requises pour la constitution des actes dont elles empruntent l'apparence, les règles auxquelles elles sont assujetties quant au fond étant celles propres aux actes à titre gratuit ». Un arrêt a même décidé qu'il pouvait y avoir une donation déguisée valable dans un acte de vente dont le prix avait été laissé en blanc : Cass. civ. 1^{re}, 9 novembre 1976, Bull. civ. I, n° 341 ; Defrénois 1977, article 31467, n° 70, p. 941, obs. J.-L. Aubert : le vice de l'acte en la forme était pourtant profond.

71. Cass. civ. 3^e, 7 avril 1976, Bull. civ. III, n° 144.

72. Cass. civ. 1^{re}, 2 février 1970, Bull. civ. I, n° 41 : l'action en révocation pour ingratitude d'une donation déguisée d'une vente à vil prix n'est recevable que si est démontrée l'intention libérale : « demoiselle Théodore (la prétendue donatrice), n'établissant pas son intention libérale, ne démontrait pas la simulation alléguée ».

73. Sur la preuve de la simulation : *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

■ CHAPITRE II ■

JUSTICE DU PRIX

Savoir si un prix est juste ne relève pas seulement du droit, mais est aussi lié aux fondements du droit : faut-il et comment imposer une justice contractuelle ? À première vue, la question paraît dépendre exclusivement de facteurs économiques.

220. Libéralisme économique. – Dans un régime de libéralisme économique, la recherche du juste prix est une question qui ne se pose pas.

Dans le pur libéralisme, c'est-à-dire l'économie de marché, la fixation des prix dépend de la loi de l'offre et de la demande ; elle est librement faite par les particuliers, ce qui semble conforme aussi bien à l'intérêt privé qu'à l'intérêt général. À l'intérêt privé, parce que chacun des contractants défend lui-même ses intérêts, et ce serait de cet antagonisme entre les deux contractants que résulterait l'équilibre contractuel ; du moment que le consentement a été sain, le contrat serait juste. À l'intérêt général, parce que la recherche du profit dans une société de libre concurrence constituerait le seul stimulant de l'activité économique, en développant par « une main invisible » (Adam Smith) l'esprit de création et de consommation. Le postulat du libéralisme économique est que le droit n'a pas à contrôler la justice du prix.

221. Transformations économiques. – Apparemment, la position du droit à l'égard de la lésion est liée aux transformations économiques, car c'est lors des crises qu'historiquement la question s'est toujours posée. Les *humiliores* vendent leurs biens durables (par exemple, leurs immeubles) à bas prix, parce qu'ils ont besoin d'argent, et achètent à prix élevé des biens de consommation, parce qu'ils ont besoin de consommer : ils sont exploités par les *potentiores*. C'est donc essentiellement pendant les crises économiques que les riches exploitent les pauvres et que se pose de la manière la plus tangible le problème de la lésion. Dans l'histoire, la lésion dans les ventes d'immeubles a été liée à trois crises économiques. La première a coïncidé avec l'apparition de la rescision pour cause de lésion, la deuxième avec sa disparition, la troisième avec son développement : l'histoire n'a jamais d'effets mécaniques. La rescision pour cause de lésion « énorme » est apparue à Rome, au commencement du Bas-Empire, sous l'Empereur Dioclétien (fin du III^e siècle) afin de protéger les petits propriétaires obligés de vendre à la suite de la crise économique. Inversement, la crise monétaire qu'a connue la Révolution a produit un effet contraire : tous les vendeurs d'immeubles, atteints par la chute des assignats, ont essayé, au moyen de la rescision, de se dégager d'opérations qui se révélaient désastreuses pour eux ; afin de défendre la monnaie, la Convention a prohibé la rescision pour cause de lésion. En revanche, la lente dépréciation monétaire permanente que nous avons subie en France jusqu'à l'euro, a produit à nouveau l'effet contraire : la jurisprudence a élargi le domaine de la rescision pour cause de lésion.

Le juste prix ne se réduit pas à la critique des actes lésionnaires. En l'état, le droit français ne connaît qu'une règle assurant le contrôle des prix dans la vente *a posteriori*, judiciaire et individualisée : la rescision pour cause de lésion (Section I) ; pendant longtemps, en avait aussi existé une autre, préventive et relevant

de la réglementation de masse : le blocage et la taxation des prix, que remplacent aujourd'hui les règles toutes contraires imposant la liberté de la concurrence (Section II).

SECTION I

RESCISION POUR LÉSION

222. Vente d'immeuble et autres contrats. – Le Code civil (art. 1674 à 1685) permet au vendeur d'immeuble de demander la rescision de la vente quand il a été lésé de plus des sept douzièmes¹. Des lois postérieures ont prévu une révision (non une rescision) pour cause de lésion des achats de produits intéressant l'agriculture (L. 8 juill. 1907) et des cessions de droits d'auteur (C. propr. intell., art. L. 131-5) ; la jurisprudence a aussi admis dans les contrats de mandat et d'entreprise une modération des honoraires excessifs, c'est-à-dire de la rémunération due aux professions libérales.

Restant à la vente d'immeuble, avant de chercher les conditions (§ 2) et les effets de la rescision (§ 3), en seront brièvement exposés les fondements (§ 1).

§ 1. FONDEMENTS

223. Subjectif ou objectif. – En droit français, la lésion ne vicie pas, généralement, la convention (art. 1168, nouveau, qui n'emploie plus ce mot, ancien art. 1118)². Pourquoi donc la vente d'immeuble est-elle le seul contrat à pouvoir être rescindé pour cause de lésion, et pourquoi dans cette vente seul le vendeur peut-il exercer la rescision, et pourquoi la prescription est-elle aussi brève ?

Plusieurs explications ont été données : les unes, de nature individualiste, rattachent la rescision à d'autres institutions (I) ; les autres, de nature objective, confèrent à la rescision une autonomie (II).

I. — Systèmes individualistes

Pendant longtemps, on a estimé que la lésion n'était pas, par elle-même, une cause de nullité de la vente : elle aurait fait présumer un autre vice ; c'était ce dernier qui aurait été, en réalité, sanctionné : la lésion n'aurait donc été retenue que pour une raison de preuve. Selon les mécanismes habituels de la présomption, l'objet de la preuve est simplifié ; la victime de la lésion est dispensée d'établir le vice véritable du contrat, il lui suffit de prouver le préjudice subi : *res ipsa loquitur*.

Ce vice présumé serait, selon les uns, un vice du consentement, selon les autres, une faute. Les systèmes individualistes se subdivisent donc en une conception volontariste (A) et délictuelle (B).

A. CONCEPTION VOLONTARISTE

Selon la conception volontariste, la lésion fait présumer un vice du consentement, une erreur, un dol ou une violence. Cette conception correspond à une notion libérale du contrat : le contrat serait toujours obligatoire, sauf lorsque la volonté a été altérée. Cette théorie ne correspond plus à l'idée que nous nous faisons maintenant du contrat et a été condamnée pendant l'entre-deux-guerres. La place du nouvel article 1168, dans la section sur le « contenu » du contrat marque l'approche désormais objective de la notion.

1. Historique : Fr. CHÉNEDE, *RDC* 2014. 527, sur l'intervention décisive du Premier Consul.

2. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

La Cour de cassation a alors décidé que si les conditions des articles 1674 et suivants étaient réunies, la rescision devait être prononcée, même si l'absence de vices du consentement et notamment de l'erreur était démontrée³. Donc, même lorsque l'acheteur démontre que le vendeur a vendu en parfaite connaissance de cause et en pleine liberté, le vendeur peut faire prononcer la rescision de la vente pour cause de lésion. En outre, l'analyse ne rend pas compte de l'ensemble du droit positif : pourquoi seule la lésion du vendeur d'immeuble est-elle prise en considération, non celles de l'acheteur d'un immeuble, du vendeur ou de l'acheteur d'un meuble ? Aussi a-t-on affiné l'analyse en faisant appel à une idée délictuelle.

B. CONCEPTION DÉLICTUELLE

Selon la conception délictuelle de la rescision, la lésion fait présumer la faute de son bénéficiaire, qui a exploité la gêne ou l'inexpérience d'autrui. L'acheteur a tiré profit du besoin d'argent du vendeur ; le préjudice qu'il lui cause doit donc être réparé, soit par une indemnité, soit par une nullité. Ce qui est à peu près la règle des Codes civils allemand⁴ et suisse⁵.

II. — Systèmes objectifs

La tendance générale est aujourd'hui de considérer que lorsque la lésion est prise en considération par la loi dans les contrats conclus entre des personnes capables, elle constitue un vice objectif, indépendant d'autres institutions. Normalement, il appartient à chacun de défendre ses intérêts. Mais la loi protège, et les incapables à cause de leur faiblesse ou de leur inexpérience, et le vendeur d'immeuble à cause de l'importance de son acte.

§ 2. CONDITIONS

La rescision pour cause de lésion des ventes d'immeubles n'est admise qu'à titre exceptionnel par le Code civil, car elle est contraire au principe général excluant la prise en considération de la lésion, à la sécurité des transactions et au respect de la parole donnée et couronne l'échec de la justice contractuelle⁶. Aussi est-elle soumise à de strictes conditions de fond (I) et de recevabilité (II).

I. — Conditions de fond

Deux sortes de conditions doivent, quant au fond, être remplies. Il faut qu'il s'agisse d'une vente d'immeuble (A) et que le prix soit inférieur de plus des sept douzièmes à la valeur de l'immeuble vendu (B).

3. * Req., 28 décembre 1932, *sté économique de Rennes*, DP 1933.I.87, rap. Dumas ; S. 1933.I.377 ; Gaz. Pal. 1933.I.287 ; GAJ civ., n° 203 : « La lésion légalement constatée est par elle-même et à elle seule une cause de rescision, indépendamment des circonstances qui ont pu l'accompagner ou lui donner naissance ».

4. BGB, § 138 : « Est nul tout acte juridique par lequel une personne en exploitant le besoin, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui se fait promettre soit à elle-même soit à une autre personne, en contrepartie d'une prestation, des avantages patrimoniaux qui excèdent la valeur de cette prestation à un point tel que, compte tenu des circonstances, les avantages patrimoniaux sont disproportionnés avec la prestation d'une manière choquante ».

5. CO, article 21 : « En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contrepartie de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience ».

6. J. CARBONNIER, *Droit civil*, PUF, Quadrige, 2004, vol. 2, n°s 993 s.

A. VENTE D'IMMEUBLE

Le caractère immobilier de la vente est une condition nécessaire à la rescision, mais non suffisante, car les ventes aléatoires, celles qui sont faites par autorité de justice et celles qui résultent d'un contrat de crédit-bail ne peuvent jamais être rescindées, même lorsqu'elles sont immobilières.

224. 1^o Vente immobilière. – La notion de vente immobilière s'analyse en deux éléments : qu'il s'agisse d'une vente et que la vente ait un caractère immobilier.

1) Tout d'abord, le contrat doit être **une vente**. La jurisprudence applique strictement cette règle ; ainsi, un apport en société ne peut être rescindé, même s'il porte sur un immeuble, sauf si le prétendu apport déguise une vente. Au contraire, la dation en paiement est rescindable pour cause de lésion quand elle a pour objet un immeuble⁷ parce qu'elle ressemble beaucoup à la vente. De même, la vente résultant du crédit-bail immobilier, lorsque le « locataire » lève l'option pour devenir propriétaire, ne peut non plus être rescindée pour cause de lésion, parce qu'elle ne doit pas être isolée du crédit-bail ; on ne doit pas voir en effet dans ce contrat la juxtaposition d'un bail, consenti moyennant un loyer et d'une promesse de vente, levée moyennant une indemnité résiduelle souvent égale à un euro ; il s'agit d'un contrat qui forme un tout, où la redevance n'est pas un loyer, mais un amortissement.

2) En second lieu, le contrat doit avoir pour objet **un immeuble**. Par conséquent, une cession de parts sociales, même d'une société civile immobilière d'attribution, n'est pas rescindable, puisque ces parts sont des meubles (art. 529) ; la jurisprudence a refusé d'appliquer ce qu'on a appelé « la transparence civile »⁸. Peu importe que l'immeuble ne soit qu'un élément d'une cession globale⁹, ou que la vente soit adossée à un autre contrat, dont l'utilité lui sert pour partie de prix, tant que l'acheteur n'en prouve pas l'indivisibilité¹⁰ ; il peut y avoir indivisibilité en présence de plusieurs ventes d'immeubles entre les mêmes parties, formant un « ensemble unique »¹¹.

225. 2^o Ventes aléatoires. – Les ventes aléatoires ne sont pas rescindables pour cause de lésion, car « *l'aléa chasse la lésion* » : celui qui joue ne peut se plaindre de perdre (critère psychologique) ; en outre, une prestation aléatoire ne peut être évaluée (critère mathématique). Certes, tout contrat est, plus ou moins, marqué

7. *Supra*, n^{os} 70-71.

8. * Cass. civ. 3^e, 9 avril 1970, *Sotto*, *Bull. civ.* III, n^o 234 : « *La nature mobilière de ces droits rendait irrecevable l'action en rescision pour cause de lésion* » ; v. *Les biens*, coll. Droit civil.

9. Cass. civ. 3^e, 8 janvier 1992, *Bull. civ.* III, n^o 9 ; *D.* 1993, somm. 326, obs. Paisant ; *Defrénois* 1993, 433, n. Y. Dagorne-Labbé ; *RTD civ.* 1992.777, obs. crit. P.-Y. Gautier ; en l'espèce, la cour d'appel avait comparé le prix des immeubles vendus (ils constituaient l'actif social de plusieurs entreprises mises en société) avec leur valeur réelle et constaté qu'il y avait une lésion de plus des sept-douzièmes ; puis, elle avait relevé que ces ventes faisaient partie d'une opération globale (l'acquéreur reprenait le personnel des entreprises et acquérait les fonds de commerce et le matériel d'exploitation) et avait donc ordonné une expertise afin de rechercher la valeur du fonds de commerce et « *l'économie réalisée par les vendeurs au titre de l'indemnité de licenciement* ». Cassation : « *la cour d'appel [...] n'avait à prendre en considération ni la valeur des fonds de commerce dont la vente n'était pas susceptible de rescision pour lésion, ni la masse salariale reprise par l'acquéreur* ».

10. Cass. civ. 3^e, 7 juillet 2010, n^o 09-14579, *Siemp*, *Bull. civ.* III n^o 4 ; *RDC* 2011.176, obs. J.-B. Seube : bail à construction assorti d'une promesse de vente valable 23 ans, dont le prix est fixé à dix ans de loyer ; même après que le locataire-acheteur ait levé l'option, la Cour de cassation admet que le vendeur peut invoquer la lésion, cassation de l'arrêt qui a retenu que le prix de vente se rattachait au bail (prix résiduel, tenant compte des loyers versés), car il faut « *caractériser l'indivisibilité entre le bail à construction et la vente* ».

11. Cass. civ. 3^e, 3 novembre 2011, n^o 10-19452, *Bull. civ.* III, n^o 184 ; *RDC* 2012. 389, obs. E. Savaux (ensemble de parcelles vendues pour un « prix global » ; en l'espèce, la demande en rescision a cependant été rejetée, les preuves présentées par le vendeur ayant été jugées insuffisantes).

d'aléa¹²; afin qu'il soit soustrait à la rescision, il faut donc qu'une prestation soit complètement dépendante du hasard et que la perte subie par un des contractants du fait du hasard se traduise par un gain de l'autre¹³.

Encore faut-il que la vente soit véritablement aléatoire¹⁴; ce n'est pas le cas lorsque la valeur de l'usufruit réservé par le vendeur est de minime importance¹⁵, ou lorsque l'acheteur ne court aucun risque en raison de l'âge et de l'état de santé du vendeur. Ou lorsque la rente viagère est une simple modalité de paiement d'un prix stipulé en capital, ou susceptible d'être transformée en capital : les tribunaux admettent cependant la rescision s'il est possible d'établir un rapport de valeur entre la chose vendue et la rente convertie en capital¹⁶; de même encore, sans aucune conversion, lorsque les arrérages de la rente sont inférieurs aux revenus de l'immeuble, ils prononcent la rescision pour lésion ou la nullité pour absence de prix¹⁷.

226. 3° Ventes judiciaires. – La troisième exception intéresse les ventes faites par autorité de justice.

Les ventes obligatoirement faites par autorité de justice (par exemple, la vente sur saisie, ou la vente d'immeuble appartenant à une personne sous tutelle) doivent être faites aux enchères¹⁸ : la loi (art. 1684) exclut la rescision, car elle estime que cette procédure permet de parvenir au juste prix. Au contraire, la jurisprudence admet la rescision des ventes volontairement faites aux enchères¹⁹ ou d'une vente faite amiablement pendant le cours d'une saisie²⁰. Mais la rescision

12. J. CARBONNIER, *RTD civ.* 1946.324; G. KLEIN, « Aléa et équilibre contractuel dans la formation de la vente d'immeuble en viager », *RTD civ.* 1979.13-40; *infra*, n° 997; *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

13. Tel n'est pas le cas de la vente d'un immeuble dont l'exploitation est soumise à autorisation administrative (source minérale) : Cass. civ., 15 juillet 1952, *D.* 1952.702; *S.* 1953.1.75 : « *Le retrait ou le défaut de renouvellement de cette autorisation ne pouvait procurer au vendeur dessaisi de sa chose aucun gain supplémentaire et les chances (sic) de pertes de l'acheteur n'étaient pas directement compensées par les chances de gains du vendeur; ce contrat, aux termes de l'article 1104 [devenu art. 1108], ne pouvait être considéré comme aléatoire* »; BURST, n., *D.* 1979.248.

14. Ex. : Cass. civ. 3^e, 10 juin 1998, *Bull. civ.* III, n° 125 : « *Mme B. n'encourait aucun risque [...] vente conclue sans contrepartie effective* » (rente très faible, comparée à la valeur importante de l'immeuble, dans une région touristique).

15. Req., 22 novembre 1937, *DP* 1939.I.81, 1^{re} esp., n. R. Savatier : « *Pour se trouver à l'abri de l'action en rescision, il ne suffit pas qu'une vente contienne un élément aléatoire; dans cette hypothèse, la rescision reste possible lorsque les circonstances donnent au juge le moyen de déterminer la valeur des obligations soumises à l'aléa; dans la cause, les juges du fond constatent qu'en raison des conditions spéciales qui assortissent le contrat, l'aléa est presque nul* » (vente de nue-propriété).

16. Cass. civ. 3^e, 3 octobre 1991, *Bull. civ.* III, n° 219; *D.* 1992.218; *RTD civ.* 1992.578, obs. P.-Y. Gautier : « *La cour d'appel qui [...] a relevé que la valeur vénale de l'immeuble excédant de plus de cinq fois le prix de vente, la lésion pouvait être établie en dehors même de l'aléa que pouvait constituer la réserve d'usufruit, a ainsi souverainement apprécié que cette réserve était de trop minime importance par rapport aux valeurs retenues, pour conférer à la vente un caractère aléatoire* ».

17. *Supra*, n° 214.

18. *Supra*, n° 163.

19. * Cass. com., 8 juillet 1980, *sté Fabe*, *Bull. civ.* IV, n° 290; *D.* 1981.24, n. F. Derrida; *Defrénois* 1981, article 32583, m. n.; *D.* 1981, IR, 568, obs. B. Audit : « *Les ventes non rescindables prévues par l'article 1684 sont seulement les ventes ne pouvant "être effectuées autrement qu'en justice"* ».

20. Cass. civ. 3^e, 4 juin 2008, *Bull. civ.* III, n° 102; *D.* 2008.1692, n. I. Gallmeister et 2480, n. L. Mauger-Vielpeau; *Defrénois* 2008.2176, n. Ph. Malaurie; *Contrats, conc. consom.* 2008, n° 257, n. L. Leveneur.

est interdite lorsque la licitation a été imposée par le désaccord des licitants²¹, ou que la vente résulte d'une liquidation judiciaire²².

La condition essentielle pour que la rescision puisse être prononcée est relative à l'étendue de la lésion.

B. LÉSION DE PLUS DES SEPT DOUZIÈMES

227. *Laesio enormis*. – La rescision ne peut être prononcée que si la lésion est considérable – de plus des sept douzièmes, énonce l'article 1674 –, ce qui est proche de la lésion d'outre moitié de l'Ancien droit et de la *laesio enormis* du droit romain. L'immeuble doit être estimé au moment du contrat ; peu importe qu'après la vente, il ait pris une plus-value, si formidable fût-elle : la lésion *a posteriori* est sans conséquence sur la validité de la vente²³. Autrement, une insécurité générale des ventes en serait résultée. Sa valeur doit être appréciée par rapport au marché²⁴.

Naguère, on avait parfois rattaché cette règle à la conception volontariste de la rescision : la preuve que la lésion ferait présumer un vice du consentement serait qu'elle devait être appréciée au moment où le vendeur a donné son consentement ; la lésion ne serait donc pas un vice objectif de la vente : elle n'altérerait pas le contrat du seul fait qu'il y a un déséquilibre entre le prix et la valeur de l'immeuble, surtout si ce déséquilibre apparaît après la conclusion du contrat.

Cette explication a été condamnée par la jurisprudence, ultérieurement consacrée par la loi (art. 1675, al. 2, L. 28 nov. 1949) : « *En cas de promesse de vente unilatérale, la lésion s'apprécie au jour de la réalisation* » (c'est-à-dire lors de la levée de l'option²⁵). Or le promettant a donné son consentement au jour de la promesse ; ce n'est pourtant pas à ce moment que s'apprécie la lésion, mais à celui de la levée de l'option. Techniquement, on peut justifier la règle en relevant que c'est à cette dernière date que le contrat est conclu : l'immeuble est apprécié « au moment de la vente » bien que la lésion soit alors *a posteriori*.

Avant l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, la jurisprudence n'avait pas eu la même souplesse à l'égard de la vente sous condition suspensive. Elle avait décidé que la lésion s'appréciait, non au jour où la condition était réalisée, ce qui était une

21. Cass. civ. 1^{re}, 25 avril 1984, *Bull. civ. I*, n° 135 ; *Defrénois* 1985, article 33600, n° 94, p. 1150, obs. G. Vermelle : « *En l'espèce, la licitation avait été imposée par le désaccord persistant des colicitants et la vente, ouverte aux étrangers, offrait les garanties légales entourant les ventes publiques ; (la cour d'appel) en a justement déduit que l'action en rescision était exclue* ».

22. Ex. : Cass. civ. 3^e, 6 octobre 2010, n° 09-66683, *Bull. civ. III*, n° 182, *Contrats, conc. consom.* 2011, n° 3, n. L. Leveneur ; « *la vente de l'immeuble d'un débiteur en liquidation judiciaire par le liquidateur, fût-elle de gré à gré, était selon l'article (C. com., art. L. 642-18) une vente qui ne pouvait être faite que par autorité de justice [...] la vente n'était pas rescindable pour cause de lésion* ».

23. Ainsi, un jugement rétroactif conférant à l'immeuble une valeur accrue, reste sans effet : Cass. civ. 3^e, 17 juin 2009, n° 08-15055, *Bull. civ. III* n° 153 ; D. 2009. 2588, n. G. Chantepie ; *Defrénois* 2009. 2076, n. Y. Dagorne-Labbé (annulation d'un plan restrictif d'occupation des sols) ; en revanche, le juge peut tenir compte d'indices postérieurs : Cass. civ. 3^e, 4 décembre 2012, n.p.b. ; *RDC* 2013. 617, obs. C. Quezel-Ambrunaz (un certificat d'urbanisme avait été délivré pour une parcelle contiguë un mois après la signature de la promesse).

24. Cass. civ. 3^e, 21 juillet 1999, *Bull. civ. III*, n° 187 : « *La valeur de l'immeuble doit être fixée au plus élevé des prix de vente que le vendeur aurait pu en obtenir* » ; le préjudice doit être calculé « *compte tenu de l'évolution du marché immobilier* ».

25. *Supra*, n° 117. Ex. Cass. civ. 3^e, 7 juillet 2010, cité *supra*, n° 224 « *l'aléa doit s'apprécier au jour de la réalisation de la vente, soit en l'espèce au jour de la levée de l'option* » (de sorte que le juge n'a pas à tenir compte des rapports économiques préalables des parties, s'imbriquant dans la vente (bail à construction)).

solution symétrique à celle de la promesse unilatérale de vente, mais à celui de la vente conditionnelle. Le motif était là aussi purement technique : la condition étant rétroactive, la vente était censée avoir été conclue ce jour-là²⁶. Ce qui était prêter à la rétroactivité de la condition une portée qu'elle n'aurait pas dû avoir ; sa raison d'être est de protéger le titulaire du droit sous condition suspensive contre des actes conclus avec un tiers par le propriétaire sous condition résolutoire pendant la période intérimaire, non de fixer les rapports entre vendeur et acheteur. La réforme du droit des contrats a supprimé la rétroactivité de la condition suspensive (art. 1304-6 al. 1).

L'appréciation de la valeur de l'immeuble est obligatoirement faite par experts (art. 1678 à 1680).

II. — Conditions de recevabilité

L'action est soumise à deux conditions de recevabilité. Il faut qu'elle ait été exercée dans les délais légaux et que le vendeur n'y ait pas renoncé.

228. Délai. – L'action doit être intentée dans les « deux années à partir du jour de la vente » (art. 1676, al. 1). La loi a imposé un délai bref, afin d'assurer la stabilité du contrat : l'acheteur et les sous-acquéreurs ne doivent pas être exposés pendant trop longtemps à cette épée de Damoclès. Aussi le délai est-il préfix et n'est donc pas susceptible de suspension (art. 1676, al. 2)²⁷ ; mais il peut être interrompu (art. 2244).

L'article 1676, alinéa 1, donne pour point de départ du délai « le jour de la vente », ce qui soulève des difficultés en cas de vente sous condition suspensive, puisque la vente s'accomplit en deux phases. La jurisprudence décide que « le jour de la vente » est celui de la réalisation de la condition, parce qu'effectivement le vendeur ne pouvait utilement agir avant²⁸. Ainsi, lorsqu'il s'agit de ventes sous condition suspensive, « le jour de la vente » est tantôt celui de la vente conditionnelle lorsqu'il s'agit d'évaluer l'immeuble²⁹, tantôt celui de la réalisation de la condition lorsqu'il s'agit de fixer le point de départ biennal³⁰. Inélégance juridique !

26. Jurisprudence constante souvent réitérée. Ex. Cass. civ. 3^e, 30 mars 2011, n^o 10-13756, *Bull. civ. III*, n^o 55 ; D. 2011.1376 ; *Defrénois*. 2011.1401, n. H. Lécuyer ; *RDC* 2011.885, n. S. Pimont : « "le moment de la vente" visé par l'art. 1675 était celui de la rencontre des volontés sur les éléments essentiels du contrat, à savoir, la chose et le prix, ce qui correspondait normalement à la date de la promesse de vente, même en présence d'une condition suspensive ». En l'espèce, une promesse synallagmatique sous la condition suspensive de purge du droit de préemption avait été conclue en 1994 ; les acquéreurs en avaient demandé la réitération par acte authentique en 2006 ; entre-temps, l'immeuble était devenu constructible, sa valeur avait plus que centuplé ; jugé pourtant qu'il devait être évalué au regard de l'art. 1675 au jour de la promesse.

27. *Droit des obligations*, coll. Droit civil. Ce qui ne constitue pas une violation du droit à un procès équitable, imposé par la Conv.EDH (art. 6 § 1) : Cass. civ. 3^e, 20 mai 2009, D. 2009.1536, n. G. Forest ; *Contrats, conc. consom.* 2009, n^o 215, n. L. Leveneur ; *Bull. civ. III*, n^o 117.

28. Ex. : Cass. civ. 3^e, 24 février 1999, *Bull. civ. III*, n^o 53 ; D. 2000.38, n. I. Najjar.

29. *Supra*, n^o 227.

30. Cass. civ. 3^e, 16 novembre 2005, *Bull. civ. III*, n^o 224 ; *RDC* 2006.385, obs. Ph. Brun : « La prescription de l'action en rescision pour lésion ne commence à courir en cas de vente sous condition suspensive qu'à compter du jour de la réalisation de la condition ou de la renonciation à son bénéfice ».

À l'égard d'une promesse synallagmatique, le délai court du jour de la promesse³¹ ; pour une promesse unilatérale, de la levée de l'option³².

229. Renonciation du vendeur. – À première lecture, l'article 1674 paraît rendre inefficace la renonciation du vendeur. Aux termes de ce texte, le vendeur a le droit de demander la rescision de la vente « *quand bien même il aurait renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision et qu'il aurait déclaré donner la plus-value* »³³. Cette disposition a pour but d'empêcher que la renonciation à la rescision ne devienne dans les ventes d'immeubles une clause de style qui ferait de la loi une lettre morte.

D'une manière générale, il est permis de renoncer à un droit même d'ordre public quand il est acquis ; aussi la jurisprudence a-t-elle admis que la renonciation à la rescision pouvait valablement avoir eu lieu après le contrat ; et même avoir été concomitante au contrat, si elle avait été inspirée par une intention libérale. Dans ces deux cas, la renonciation rend irrecevable la rescision. La renonciation est certainement valable lorsqu'elle est une confirmation de la vente lésionnaire ; ce qui suppose : **1°** qu'elle soit postérieure au contrat ; **2°** qu'elle soit éclairée, c'est-à-dire que le vendeur connaisse la lésion dont il a été la victime ; **3°** qu'elle soit libre, c'est-à-dire que le vendeur ait été payé du prix stipulé.

Ce dernier point demeure controversé : savoir si le vendeur peut faire cette renonciation avant d'avoir été payé, c'est-à-dire entre le contrat et le paiement : ayant encore un impérieux besoin d'argent, il est soumis à la même contrainte que celle qui l'avait incité à vendre. La renonciation à un droit d'ordre public, comme celui d'exercer la rescision, n'est valable que lorsque ce droit est acquis ; il est donc raisonnable d'estimer que la renonciation du vendeur ne peut intervenir que si elle a été faite après le paiement. La jurisprudence admet aussi que la rescision serait irrecevable si le vendeur s'était contenté d'un prix inférieur aux sept douzièmes de la valeur de l'immeuble dans l'intention de gratifier l'acquéreur ; l'intention libérale exclut la lésion : il y a donation indirecte.

§ 3. EFFETS

230. Option de l'acquéreur ; rachat de la lésion. – Si la lésion a été prouvée, la rescision devrait produire l'effet attaché à toutes les nullités, le retour au *statu quo ante*, c'est-à-dire la restitution de l'immeuble au vendeur et le remboursement du prix à l'acheteur³⁴. Ce n'est pas tout à fait ce que décide la loi. Elle donne à l'acheteur la faculté de sauver le contrat et de conserver l'immeuble, en payant le supplément du juste prix, moins un dixième (art. 1681, al. 1).

31. Cass. civ. 3^e, 29 janvier 1992, *Bull. civ.* III, n° 35 ; *D.* 1993, somm., 236, obs. G. Paisant : « Ayant constaté que l'acte authentique du 16 septembre 1983 était l'exacte traduction de la volonté exprimée le 13 février 1981 par les parties qui avaient définitivement arrêté, à cette date, les conditions financières de la vente, la cour d'appel en a exactement déduit que la vente étant parfaite au jour de la signature de l'acte sous seing privé, l'action en rescision pour lésion n'était plus recevable à l'expiration du délai de 2 ans, à compter de cette date, fixé par l'article 1676 ».

32. Obs. G. PAISANT, *D.* 1991, somm., 161, sous Grenoble, 22 mars 1990 et Versailles, 21 mai 1990

33. Ex. : Cass. civ. 3^e, 7 juillet 2010 préc., *supra*, n° 224 : en l'espèce, le vendeur avait accepté de prendre en compte les loyers payés par le futur acquéreur et les travaux de celui-ci, dans l'exécution d'un bail à construction.

34. Ex. : Cass. civ. 3^e, 8 novembre 2006, *Bull. civ.* III, n° 223 ; *JCP G* 2006.IV.3350 : le liquidateur de la société acheteuse qui se fait rembourser et rend l'immeuble n'a pas à se faire autoriser par le juge de la procédure collective : « l'option prise par le liquidateur en application de l'art. 1681 ne requerrait pas l'autorisation du juge puisqu'il s'agissait non d'une vente mais de la mise à néant d'une vente antérieurement réalisée ».

La déduction du dixième peut s'expliquer de deux manières : ou bien par les incertitudes qu'ont toujours en la matière les évaluations, ou bien par l'idée que si le vendeur avait exigé le juste prix, l'acheteur n'eût peut-être pas acheté. Il est légitime qu'il ait cherché à acheter à un prix un peu plus élevé que la valeur réelle de l'immeuble.

L'acheteur a donc le choix entre la nullité et ce que l'on appelle, dans une expression plus imagée qu'exacte, le « rachat de la lésion »³⁵. Le « rachat de la lésion » suppose que l'acquéreur verse au vendeur une indemnité représentant la valeur dont le vendeur n'avait pas été payé ; si la somme qu'il offre n'est pas suffisante, le juge prononcera la rescision³⁶. Pendant longtemps, le calcul de cette valeur n'avait pas soulevé de difficultés : il s'agissait de la différence nominale entre le prix convenu et la valeur de l'immeuble, moins un dixième.

La dépréciation de la monnaie a, ici comme ailleurs, causé beaucoup de difficultés lorsqu'un espace de temps a séparé le contrat du paiement de l'obligation. Le problème a intéressé d'abord l'étendue de la dette en capital, puis la déduction du dixième et enfin les intérêts.

231. 1^o Capital. – La Cour de cassation a décidé³⁷ que le complément du juste prix devait être calculé en fractions, non en chiffres, parce qu'il était égal à la « *quotité impayée* » de l'immeuble.

Le complément du juste prix est donc une dette de valeur³⁸ : la dette porte sur une valeur, la quotité impayée de l'immeuble, et se paye en argent. En d'autres termes, l'argent ne fixe pas l'étendue de l'obligation à sa naissance, mais est seulement un instrument de paiement ; il n'est pas *in obligatone*, mais *in solutione*.

232. 2^o Déduction du dixième. – Après qu'eût été réglée la question de principe en appliquant la théorie de la dette de valeur, s'est posée celle de la déduction du dixième « *du prix total* » que l'acheteur a le droit de faire, par application de l'article 1681. Comment calculer ce dixième ? Est-ce sur la valeur finale de l'immeuble, ce qui serait le « juste prix » ? Non ; la Cour de cassation a décidé que c'était sur le montant du « prix total », c'est-à-dire le prix convenu, plus la quotité impayée³⁹.

L'application de la théorie de la dette de valeur au calcul des intérêts a soulevé encore plus d'embarras.

233. 3^o Intérêts. – La question a été de savoir comment calculer les intérêts du supplément du juste prix lorsque l'acheteur a décidé de « racheter la lésion ». C'est une question d'une portée générale, qui se pose chaque fois qu'il y a une dette de

35. Prérrogative qui n'appartient qu'à lui : Cass. civ. 3^e, 6 juin 2007, *Defrénois* 2008.61, n. Y. Dagorne-Labbé ; *Bull. civ.* III, n^o 102 : « *si le vendeur invoque la lésion, il ne peut en tirer comme conséquence que la rescision de la vente, seul l'acquéreur pouvant offrir une revalorisation du prix pour éviter que la vente ne soit rescindée* ».

36. Cass. civ. 3^e, 4 décembre 2002, *Bull. civ.* III, n^o 252 ; *RTD civ.* 2003.519, obs. P.-Y. Gautier.

37. Cass. civ. 3^e, 22 janvier 1970, *cons. Vidal, D.* 1970.753, rap. Cornuey ; n.p.B. « *Le supplément doit correspondre non à la valeur vénale de l'immeuble au moment où il a été vendu, mais à sa valeur réelle à l'époque où doit intervenir ce règlement complémentaire et ne doit porter que sur la partie impayée du juste prix.* »

38. V. *Droit des obligations*, coll. Droit civil. Ex. l'immeuble valait 100 000 € lors du contrat, le prix convenu était de 40 000 € ; il y avait donc lésion des 7/12^e ; le bien vaut aujourd'hui 1 million d'€ ; la fraction impayée était de 6/10^e. Le complément impayé est de 6/10^e d'1 million, soit 600 000 €.

39. * Cass. civ. 3^e, 4 décembre 1973, *Bron, Bull. civ.* III, n^o 614 ; *RTD civ.* 1974.430, obs. G. Cornu : « *Le dixième dont l'article 1681 autorise la déduction est celui du "prix total" résultant des deux versements, initial et complémentaire, de l'acquéreur* ». Dans l'ex. précédent, le prix total est de 600 000 + 40 000 ; le dixième est donc de 64 000 € ; *Droit civil illustré*, n^o 145.

valeur (par exemple, indemnité de responsabilité, rapport ou réduction d'une donation ou, dans le régime matrimonial, récompense), c'est-à-dire chaque fois que la dette productive d'intérêts se revalorise entre le jour de sa naissance et celui de son exécution. Notre droit a procédé au coup par coup : la règle de l'intérêt applicable au rachat de la lésion ne s'applique pas aux autres dettes de valeur.

L'article 1682, alinéa 1, prévoit que l'acheteur doit l'intérêt du supplément du juste prix « *du jour de la demande en rescision* ». Ce qui, en droit positif, a fait difficulté n'était pas le taux d'intérêt car il est l'intérêt légal, encore que, depuis la loi du 11 juillet 1975 (art. 1231-6, ancien art. 1153, al. 1), ce taux puisse varier puisqu'il est fixé par décret.

Ce qui a fait le plus de difficultés a été l'assiette sur laquelle l'intérêt a été calculé, puisque la masse de calcul varie. Était-ce la différence initiale entre la valeur de l'immeuble moins un dixième et le prix convenu ? Ou bien la somme finalement due La Cour de cassation a décidé que le capital sur lequel était calculé l'intérêt était un capital variable⁴⁰ qui, pour la cour de renvoi, était la moyenne entre le capital dû au jour de la vente et celui qui était dû au jour du règlement final⁴¹.

SECTION II

LIBERTÉ DE LA CONCURRENCE

234. Protection sociale, direction économique et liberté contractuelle. – La question de savoir si les prix doivent être réglementés par l'autorité publique n'intéresse pas seulement la vente, mais aussi les contrats ayant pour objet ce que l'on appelle aujourd'hui des « prestations de service ». La liberté des prix est la règle qu'implique l'article 1591, et qui découle de la liberté du commerce et de l'industrie, énoncée par la loi *Le Chapelier* du 2 mars 1791. Mais le libéralisme économique a longtemps, en France, connu des limites, pour des raisons de protection sociale et de direction économique.

Les textes du Code de commerce sur la concurrence ont en 1986 (ordonnance 1^{er} décembre 1986) réalisé une importante transformation. Désormais, les prix « *sont librement déterminés par le jeu de la concurrence* » (C. com., art. L. 410-2), sauf un certain nombre de produits, en raison de la situation de monopole du fabricant (le monopole étatique, autrefois omnipotent (ex. poste, téléphone, électricité, chemins de fer) est en voie de disparition, car il est contraire aux principes fondamentaux de l'Union européenne), sauf en raison de la nécessité (ex. : médicaments remboursés aux assurés sociaux) ou des réalités culturelles (prix unique du livre). L'économie du système repose sur la concurrence ; aussi la loi prohibe-t-elle les pratiques qui lui sont contraires et celles qui constituent un abus de position dominante.

N^{os} 235-249. réservés.

40. Cass. civ. 3^e, 3 mai 1972, *sté imm. de Paris-Banlieue*, Bull. civ. III, n^o 284 ; D. 1972.598, n. Ph. Malaurie ; *Defrénois* 1972, article 30167, m. n. ; JCPG 1972.II.17143, rap. Fabre ; *Gaz. Pal.* 1972.II.897 ; *RTD civ.* 1973.139, obs. crit. G. Cornu : « *Le supplément du juste prix qui produit l'intérêt moratoire prévu par l'article 1682 du jour de la demande, étant une quotité de la valeur de la chose que l'acquéreur a préféré garder, suit, jusqu'à son évaluation définitive, les variations de valeur de cette chose* ».

41. Sur renvoi, Orléans, 14 juin 1973, D. 1974.485, n. Ph. Malaurie ; *Defrénois* 1974, article 30791, m. n. ; *RTD civ.* 1974.630, obs. crit. G. Cornu.

■ LIVRE II ■

EFFETS DE LA VENTE

La vente est un contrat synallagmatique dont l'effet principal est le transfert de propriété (Titre I). Elle impose des obligations au vendeur, qui sont les plus caractéristiques du contrat (Titre II), et, en contrepartie, d'autres à l'acheteur (Titre III).

250. Interprétation. – La volonté des parties détermine, en principe, les effets du contrat. Lorsqu'elle est douteuse, l'article 1602, alinéa 2, énonce une directive d'interprétation défavorable au vendeur : « *tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur* », disposition qui vient de Rome, en passant par l'Ancien droit : « *Qui vend le pot dit le mot* »¹, et diffère de la règle générale, où l'on interprète contre celui qui a stipulé (art. 1190, ancien art. 1162). Ce particularisme de la vente peut se justifier par le fait que le vendeur connaît la chose : c'est donc à lui qu'il appartient de s'expliquer² ; cette méthode d'interprétation demeure utile dans les contrats d'adhésion lorsqu'ils sont entièrement rédigés par le vendeur. En pratique, la jurisprudence cherche plutôt, comme dans la théorie générale, ce qui est le plus vraisemblable ou se fait le plus souvent ; une fois de plus, le droit commun absorbe le droit spécial.

Au nom du volontarisme, on a parfois voulu fonder l'obligation d'informer l'acheteur que la jurisprudence a imposée au vendeur professionnel sur l'article 1602³. Il s'agit, en réalité, d'un forçage du contrat, qui, ici comme ailleurs, ne repose guère sur la volonté⁴.

1. LOYSEL, *Institutes coutumières*, n° 402.

2. Ex. : * Cass. civ. 1^{re}, 13 octobre 1993, *sté Bouchonnerie Gabriel*, Bull. civ. I, n° 287, cité *infra*, n° 285 : en l'espèce, la vente avait pour objet un ordinateur, qui aurait dû avoir une capacité de « 100 millions d'octets » ; l'acheteur, prétendant que la machine livrée n'avait pas la puissance promise, demanda des dommages-intérêts ; l'expert remarqua qu'il existait deux mesures de capacité, la capacité « potentielle » et la capacité « réelle ». Or, le bon de commande ne précisait pas ce point ; l'interprétation devant se faire contre le vendeur, cassation de l'arrêt qui avait débouté l'acheteur.

3. Ex. : Cass. civ. 3^e, 21 février 2001, cité *infra*, n° 309.

4. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

■ TITRE I ■

TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ ET DES RISQUES

Le transfert de la propriété (Section I) et des risques (Section II) s'accomplit par le seul effet du contrat : c'est une des règles les plus caractéristiques et les plus célèbres du droit français.

SECTION I

TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ

251. Corps certain ou vente en bloc. – Le transfert de la propriété de la chose vendue, lorsqu'il s'agit d'un corps certain ou d'une vente en bloc, n'est pas, selon le Code civil, une obligation pesant sur le vendeur, puisqu'il s'accomplit par le seul effet du contrat (art. 1583), c'est-à-dire de manière abstraite, sans aucune formalité et, en principe, instantanément ; notamment, il est indépendant de la délivrance de la chose et du paiement du prix¹. Cette règle, commune à tous les contrats translatifs de propriété (art. 1196, ancien art. 1138)² et notamment à la donation (art. 938), est singulière ; elle s'explique par l'évolution de notre droit.

Outre le transfert des risques, dès la conclusion du contrat, le vendeur perd les prérogatives de propriétaire ; les actes qu'il ferait après la vente en cette qualité seraient nuls : vente à un tiers, sûretés³, bail... ; s'il demeure en possession de la chose, il doit rémunérer l'acquéreur pour sa jouissance, sauf s'il a bénéficié d'une

1. V. cep., pour les ventes consenties dans les rayons des grands magasins, qui ne sont parfaites que lors du passage en caisse : * Cass. com., 8 janvier 2002, *Bull. civ. IV*, n° 1 ; D. 2002.567, n. E. Chevrier ; 3003, obs. D. Ferrier ; *RTD civ.* 2002.323, obs. P.-Y. Gautier : « Les clients n'ont manifesté leur volonté d'acquérir les objets qui leur ont été présentés que lors de leur passage aux caisses [...] ; la rencontre des volontés entre les acheteurs et le vendeur ne s'est réalisée qu'à cet instant ».

2. Jurisprudence constante ; ex. Cass. com., 23 novembre 1993, *Bull. civ. IV*, n° 431 : le transfert de propriété des valeurs mobilières dématérialisées « a eu lieu dès l'accord des parties sur les titres et sur leur prix » ; P. BLOCH, « L'obligation de transférer les risques dans la vente », *RTD civ.* 1988.673 ; CHAZAL et VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil », *RTD civ.* 2000.477 s. ; G. BLANLUET, *Le moment du transfert de propriété, le bicentenaire du Code civil*, Dalloz, 2004, p. 409.

3. Aix, 11 juin 1908, *DP* 1910.II.305, 1^{re} esp., n. J. Valéry. En l'espèce, la vente avait pour objet des récoltes sur souches (vente en bloc) ; jugé que le porteur d'un *warrant* agricole ne pouvait acquérir sur les choses *warrantées* un droit opposable à l'acquéreur de ces choses s'il avait su, lorsque le *warrant* lui avait été endossé, qu'elles avaient cessé d'appartenir à l'emprunteur.

libéralité. Réciproquement, l'acquéreur a acquis la propriété de la chose qu'il peut revendiquer contre le vendeur même soumis à une procédure collective⁴ ou contre un créancier saisissant du vendeur⁵.

252. Discussion. – Le **droit romain** obligeait le vendeur non à transférer la propriété, mais à procurer à l'acheteur une possession libre (une *vacua possessio*) et inépuisable ; il y avait ainsi une dissociation entre le contrat et le transfert de propriété qui s'accomplissait par un acte distinct s'ajoutant à la vente (*mancipatio, in jure cessio, traditio*)⁶.

L'**Ancien droit** a développé les expédients romains de la tradition fictive (ou feinte)⁷ et du constitut possessoire⁸. À partir du ^{xiv}^e siècle, le transfert de propriété a pu résulter d'une simple clause du contrat, la clause de dessaisine-saisine ; le vendeur déclarait se dessaisir de la chose vendue « *de droit et à l'instant* » ; cette clause est rapidement devenue de style : la formule a remplacé l'ensaisinement.

Le **Code civil** a jugé inutile ce formalisme : le transfert de propriété est désormais accompli par le seul effet du contrat, même si aucune clause ne le dit expressément.

Le **droit contemporain** maintient cette règle⁹, mais le principe comporte de nombreuses exceptions, rétablissant la dissociation romaine entre la force obligatoire du contrat et le transfert de la propriété. Très souvent, la vente immobilière n'accomplit plus par elle-même le transfert de la propriété : le développement de la paperasse, les nécessités pratiques, les formalités de la publicité foncière¹⁰, la multiplication des autorisations administratives et des droits de préemption expliquent le développement des « avant-contrats » de vente, obligatoires mais ne transférant pas la propriété¹¹. Une situation comparable se rencontre dans les ventes mobilières : dans les ventes de choses de genre, le transfert de propriété dépend de l'individualisation de la chose, sauf s'il s'agit d'une vente en bloc¹² ; en outre, la réserve de propriété jusqu'au paiement du prix est souvent stipulée ; dans la vente de marchandises, elle constitue une garantie du vendeur non

4. La revendication mobilière est alors soumise à la discipline des procédures collectives.

5. Cass. civ., 25 février 1896, *DP* 1896.I.151, 1^{re} esp., n. L. S. ; S. 1897.I.69 : vente du liège se trouvant dans une forêt (vente en bloc) ; « Cette vente de marchandises existantes et individualisées, faites pour un prix déterminé, est une vente en bloc, parfaite aux termes de l'article 1586, bien que les marchandises n'aient pas encore été pesées, comptées ou mesurées ; en jugeant, après ces constatations, que cette vente avait, du jour du contrat, fait passer sur la tête des acquéreurs la propriété des lièges vendus et en annulant, par suite, la saisie opérée postérieurement à la vente par Brisabois, créancier de Carpentier (le vendeur), ledit arrêt, loin de violer les articles visés au pourvoi, en a fait au contraire une juste application ».

6. J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^e éd., 2010, n° 493 ; v. aussi *supra*, n° 61.

7. Un des modes de transfert de propriété à Rome avait été la *traditio* (remise effective de la possession à l'acquéreur). À partir du ⁱⁱⁱ^e siècle cette remise a pu être symbolique (remise des clefs), puis, avec Justinien (^{vi}^e siècle), fictive (réserve d'usufruit par le vendeur).

8. Le constitut possessoire est un acte par lequel une personne qui possédait pour son propre compte déclare posséder désormais pour autrui.

9. Ex. : vente d'un immeuble n'ayant pas fait l'objet de publicité foncière : Cass. civ. 1^{re}, 12 novembre 1975, *Bull. civ. I*, n° 323 ; *JCP G* 1976.II.18359, n. M. Dagot ; en l'espèce, le propriétaire (André Friquet) avait, par un acte sous signature privée daté du 15 juillet 1970, vendu sa maison aux époux Lecontre, et par un autre acte également sous signature privée, daté du 30 juillet 1970, vendu cette même maison à une autre personne, la dame Grégoire ; dans le conflit qui opposa les deux acquéreurs successifs de la même chose, la cour d'appel donna raison au second (la dame G.) parce qu'il avait le premier transmis son acte au notaire ; cassation : « *Aucun acte notarié n'ayant été dressé* (le caractère notarié de l'acte était indifférent : ce qui importait était la publicité foncière qui ne peut se faire que s'il y a un acte notarié) *à la suite de ces transmissions, au regard de Claude Friquet* (l'héritier du vendeur), *les dates portées sur les actes* (sous signature privée) *font foi* ».

10. La publicité foncière a seulement pour objet l'opposabilité aux tiers du transfert de propriété.

11. Conséquence de cette dissociation : l'acheteur peut obtenir la réalisation forcée de la vente, même si le transfert de propriété, lié au paiement du prix, n'a pas encore eu lieu : Cass. civ. 3^e, 30 novembre 1988, *Bull. civ. III*, n° 173 : « *La subordination du transfert de propriété à l'exécution d'une obligation consécutive à la vente ne peut affecter l'existence de celle-ci* ».

12. *Supra*, n° 170.

payé, pratique consacrée pour la réforme des sûretés (art. 2367 et s.)¹³. Enfin, dans beaucoup de ventes, l'extension des garanties, notamment des vices cachés et le développement des clauses de réserve de propriété révèlent que l'empreinte du vendeur ne s'efface pas d'un coup par le seul effet du contrat¹⁴ ; il faut du temps afin que le vendeur soit désinvesti de sa propriété et réciproquement l'acheteur en soit investi.

Peu à peu apparaît ainsi une nouvelle compréhension, plus large, du transfert de propriété, un transfert de la qualité de propriétaire ; de même, la cession de créance serait la cession de la qualité de créancier, et la cession de contrat, celle de la qualité de contractant¹⁵. Ainsi, l'acquéreur d'un immeuble loué acquiert, sous certaines conditions, la qualité de bailleur qu'avait son vendeur (art. 1743) ; la jurisprudence ne lui fait cependant pas systématiquement acquérir les droits de son vendeur nés avant la vente¹⁶.

La plupart des droits étrangers, sauf la *Common Law*, écartent le principe du transfert immédiat de la propriété par le seul effet du contrat. Ainsi, le droit allemand maintient la dissociation romaine entre l'effet obligatoire de la vente qui oblige le vendeur à délivrer la chose (BGB, § 433, al. 1) et le transfert de propriété (BGB, § 925 et 929)¹⁷.

Dans la pratique, l'intérêt majeur attaché au transfert de propriété a trait à la charge des risques.

SECTION II TRANSFERT DES RISQUES

253. Propriétaire. – Le principe est que la charge des risques est liée à la propriété (art. 1196, ancien art. 1138, al. 2) : *res perit domino*¹⁸.

Chaque fois que la propriété est transférée instantanément, par le seul effet du contrat, c'est sur l'acheteur que, normalement, pèsent les risques, dès la conclusion du contrat. Aussi est-il tenu de payer le prix même si la chose a péri¹⁹. La loi applique ce principe à la vente à distance : « *La marchandise sortie du magasin du vendeur ou de l'expéditeur voyage, s'il n'y a convention contraire, aux risques et périls de celui à qui elle appartient, sauf son recours contre le commissionnaire et le voiturier chargés du transport* » (C. com., art. L 132-7)²⁰.

13. *Droit des sûretés*, coll. Droit civil.

14. La clause de réserve de propriété est toujours valable ; elle n'est opposable à la « mise en procédure collective » de l'acheteur mis en possession de la chose que si elle a été stipulée par un écrit, au plus tard lors de la livraison. Elle n'est efficace que si la chose a conservé sa nature : *Droit des sûretés*, coll. Droit civil.

15. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

16. *Infra*, n° 308.

17. Cl. Witz, « Analyse critique des règles régissant le transfert de propriété en droit français à la lumière du droit allemand », *Festschrift für Günther Jahr*, Tübingen, 1993, p. 533 et s.

18. *Droit des obligations*, coll. Droit civil ; lorsque la perte a eu lieu avant la vente, *supra*, n° 188.

19. Ex. : Cass. com., 7 décembre 1993, *Bull. civ. IV*, n° 466 : « L'acheteur restait tenu de payer le prix bien que la chose ait été perdue à la seule condition que la perte ne puisse être imputée à la faute du vendeur ». En l'espèce, après la promesse synallagmatique de cession d'actions, celles-ci avaient vu leur valeur « réduite à néant » par suite de la disparition de l'actif net social des sociétés émettrices ». Jugé que l'acheteur était néanmoins tenu de payer le prix.

20. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 19 novembre 1991, *Bull. civ. I*, n° 325 ; en l'espèce, un éditeur avait justifié l'envoi des livres qui lui avaient été commandés « par la production du bordereau d'expédition des ouvrages par les messageries Sernam » ; or ces ouvrages ne parvinrent jamais à l'acquéreur ; jugé que « les risques devant être supportés par l'acheteur, destinataire de la marchandise, le tribunal a estimé, à bon droit, qu'il devait régler la somme réclamée ».

La règle s'harmonise avec d'autres dispositions légales, notamment la nullité de la vente pour défaut d'objet, en cas de perte de la chose antérieure à la vente (art. 1601, al. 1). Elle se justifie par le souci de libérer l'ancien propriétaire de la charge des risques ; par conséquent, dans la commune intention des parties, l'acquéreur joue le rôle d'un assureur ; c'est à lui de s'assurer et de payer les primes d'assurance ; il s'agit d'une répartition financière des risques.

254. Dissociation entre les risques et la propriété. – En pratique, cependant, la règle est souvent écartée. **1°** La mise en demeure de livrer que l'acheteur fait au vendeur met, en principe, les risques à la charge de ce dernier (art. 1344-2, ancien art. 1138, al. 2). **2°** Le transfert des risques est dissocié de la conclusion du contrat chaque fois qu'est retardé le transfert de propriété : vente de choses de genre (sauf la vente en bloc), clause de réserve de propriété²¹. **3°** La convention peut dissocier le transfert des risques et de la propriété. **4°** Le vendeur supporte les risques s'il accepte de reprendre la marchandise qui ne convient pas à l'acheteur²². **5°** Il en est de même, ont décidé certains arrêts, en cas de nullité de la vente, afin de tenir compte du changement de qualité des parties²³ ; cette solution est contestée par une fraction de la doctrine²⁴.

La pratique internationale dissocie généralement le transfert de propriété et des risques²⁵. Ainsi, la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises lie le transfert des risques à la délivrance ; la maîtrise physique de la chose, plus que le transfert de propriété, justifie l'attribution des risques : le détenteur peut en effet prendre des mesures pour la mettre à l'abri de la force majeure. L'article L. 216-4 du Code de la consommation procède de même dans les rapports avec le consommateur prenant livraison par lui-même ou par un tiers²⁶.

N^{os} 255-269. réservés.

21. * Cass. com., 20 novembre 1979, *sté Mécarex*, *Bull. civ. IV*, n° 300 ; *JCPG* 1981.II.19615, n. J. Ghestin ; *D.* 1980, IR, 571, obs. B. Audit ; en l'espèce, une installation de nickelage avait été détruite par un incendie, avant d'avoir été payée au fournisseur ; le contrat comportait une réserve de propriété « jusqu'au paiement intégral de l'achat » ; la cour d'appel avait décidé que les risques étaient néanmoins à la charge de l'acheteur (il aurait donc dû payer le prix), car la clause de réserve de propriété « instituait non une condition suspensive, mais une condition résolutoire ». Cassation : « la cour d'appel a dénaturé ladite clause qui disposait de façon claire et précise que le transfert de propriété de l'installation serait suspendu jusqu'à parfait paiement » ; sur renvoi, Metz, 29 octobre 1980, *D.* 1981.138, n. Y. Guyon ; *JCPG* 1981.II.19615.

22. Cass. com., 24 novembre 1980, *Bull. civ. IV*, n° 391 ; *D.* 1981, IR, 545, obs. Mercadal.

23. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 16 décembre 1967, *Crohas*, *Bull. civ. I*, n° 358 ; *RTD civ.* 1968.708, obs. crit. Chevallier : vente d'animaux atteints d'une maladie contagieuse ; le contrat est nul (C. rur. pm., art. L. 223-2, al. 1) ; le vendeur doit donc restituer le prix ; l'acheteur n'a rien à restituer si les animaux ont péri : « Par l'effet de l'annulation de la vente, (le vendeur) était censé n'avoir jamais cessé d'être propriétaire des brebis et il supportait les risques de leur perte, sauf à prouver une faute de Crohas (l'acheteur) » : ce n'était pas à celui-ci qu'il appartenait de prouver que la perte était due à une maladie contagieuse pour s'exonérer des risques, qui ne pesaient pas sur lui.

24. E. POISSON-DROCOURT, « Les restitutions entre les parties consécutives à un contrat », *D.* 1983, chron. 85, n^{os} 9 et 10 ; Marie MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, th. Paris II, Cujas, préf. J. Ghestin, 1991, préf. G. Cornu, p. 130-131 ; L. GUELFUCCI-THIBERGE, *Nullité, restitutions et responsabilités*, th. Paris I, LGDJ, 1992, n° 813. L'ordonnance du 10 février 2016 sur la réforme du droit des contrats n'en dit mot, bien qu'elle consacre plusieurs dispositions aux restitutions (art. 1352 et s.).

25. Ph. KAHN, *La vente commerciale internationale*, th. Dijon, Sirey, 1961, préf. B. Goldman.

26. V. O. DESHAYES, *RDC* 2012.92.

■ TITRE II ■

OBLIGATIONS DU VENDEUR

PREMIÈRES VUES SUR LES OBLIGATIONS DU VENDEUR

270. De la simplicité à la complication. – Le transfert de la propriété et des risques est si naturel à la vente que, selon le Code civil, il est accompli au moment même où le contrat est conclu ; il ne constitue donc pas une obligation du vendeur. Pour le Code (art. 1603), « *le vendeur a deux obligations principales : celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend* », ce qui, par prétérition, signifie qu'il n'a pas l'obligation de transférer la propriété, transfert qui résulte du seul effet de contrat.

En 1804, la délivrance était l'obligation la plus importante, la garantie en étant le corollaire. Le raisonnement était le suivant : il n'aurait servi à rien à l'acheteur d'avoir reçu la délivrance de la chose s'il venait à en être dépossédé ou empêché d'en user. Aussi, le vendeur n'est-il pas seulement obligé de délivrer : il doit à l'acheteur la jouissance paisible de la chose (à quoi tend la garantie d'éviction) et la jouissance utile (à quoi tend la garantie des vices cachés).

Depuis 1804, les effets de la vente sont devenus plus complexes. Désormais, le transfert de la propriété et des risques se situe souvent après la formation du contrat. Surtout, les obligations du vendeur se sont accrues et compliquées, soit par l'effet du contrat, soit par celui du droit (c'est-à-dire loi, jurisprudence, pratiques et usages). Enfin, la garantie des vices n'est plus simplement un complément de la délivrance, mais devient une obligation distincte.

Il a toujours été admis que le vendeur pouvait être tenu d'autres obligations résultant du droit commun ou des stipulations contractuelles. Par exemple, lorsque la chose n'est pas immédiatement livrable, le vendeur est obligé de la conserver ; ou bien, lorsque la vente est faite à la mesure ou à la dégustation, le vendeur doit procéder au mesurage ou fournir à l'acheteur le moyen de goûter la chose. Surtout, une facture doit être remise ; elle est un document comptable indiquant la quantité, la nature et le prix des marchandises vendues et des services exécutés ; elle peut être aussi un mode de preuve de l'engagement et de l'exécution de la fourniture ; elle est obligatoire pour « *tout achat de produits ou toute prestation de service pour une activité professionnelle* » (C. com., art. L. 441-3, al. 1).

Selon les règles classiques, le vendeur n'avait pas l'obligation de renseigner l'acheteur, encore moins de le conseiller, sauf stipulation particulière. C'était à celui-ci de s'informer. Ce que parfois on disait en latin, de plusieurs manières : *caveat emptor* (à l'acheteur de veiller sur ses intérêts), ou bien encore, comme le disaient les Anglais : *emptor debet esse curiosus* (l'acheteur doit être curieux). Celui qui s'était engagé à la légère était mal venu de demander au juge, après coup, de le soustraire aux conséquences de sa promesse.

271. Évolution. – À cet égard, le droit a évolué ; particulièrement depuis 1950, il a étendu les obligations du vendeur professionnel, notamment celles du fabricant qui vend à un consommateur. Cette aggravation des engagements du vendeur est liée à une autre évolution de la vente qui, de plus en plus, est un contrat ayant une épaisseur de temps : souvent, les obligations du vendeur subsistent longtemps après la délivrance. Elle est également dépendante du droit de la consommation, obligeant tout professionnel, pour tout contrat, à communiquer au consommateur les informations qu'il possède. Cette transformation n'est que partiellement l'œuvre de la loi ; elle résulte aussi de la jurisprudence qui s'est fondée sur les dispositions du Code civil relatives à la garantie des vices cachés, formellement inchangées, mais que l'interprétation a presque autant transformées qu'à la fin du XIX^e siècle l'avait été l'article 1242 al. 1^{er} (ancien art. 1384, alinéa 1).

L'esprit des jurisprudences qui se sont constituées sur la responsabilité du fait des choses inanimées et sur la garantie du vendeur professionnel est le même : la recherche de la sécurité doit faire supporter la responsabilité sur celui qui est le mieux placé pour prévenir le dommage et s'assurer contre ce risque ; s'y ajoute, plus confusément, l'idée d'une répartition financière des risques : entre celui qui perçoit le prix et celui qui reçoit la chose, les différents risques doivent être répartis. La méthode est la même : le cas par cas, ce qui a produit au moins trois conséquences. D'abord, une transformation du droit, rendant impératives certaines obligations, en soumettant le vendeur à des obligations nouvelles, selon le type de la chose : une obligation d'information et même un devoir de conseil lorsqu'il s'agit de choses complexes. La transformation est insidieuse, incertaine et, comme souvent, mal connue des justiciables. Ce qui a pour conséquence, au deuxième degré, un contentieux important, comme pour la responsabilité délictuelle du fait des choses ; mais aucun arrêt n'est grand ni ne marque les étapes de l'évolution ; il n'existe pas ici de décisions aussi célèbres que les arrêts *Jand'heur* ou *Franck*.

Le législateur est intervenu à plusieurs reprises. La plus significative a été la réglementation des clauses abusives. Développant un principe posé en 1978 par la loi *Scrivener* et élargi par la Cour de cassation en 1991, la loi du 1^{er} février 1995 modifiée en 2008 (C. consom., art. L. 212-1, al. 1) énonce que « *dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou consommateur, une atteinte grave à l'équilibre du contrat* ».

Le Code de la consommation (art. R. 132-1 et s.) donne la liste des clauses abusives ; douze « noires » sont interdites sans discussion possible ; dix « grises » sont présumées abusives sauf pour le professionnel à apporter la preuve contraire. Le droit commun accueille désormais ce contrôle quelle que soit la qualité des parties (nouvel art. 1171).

En outre, malgré son unité apparente, la responsabilité contractuelle découlant de la vente est devenue hétérogène, à cause des obligations qu'elle fait naître ; le particularisme de la garantie des vices cachés est saisissant. À cause surtout de la diversité des préjudices. Tantôt, c'est en sa qualité de contractant que l'acheteur subit un dommage (la chose n'est pas livrée, ou ne répond pas à l'usage convenu). Tantôt, l'acheteur subit un dommage matériel ou corporel causé par la chose comme n'importe quel tiers¹. Tantôt, enfin, l'acheteur est responsable envers un tiers des dommages causés par la chose.

Il est possible qu'à l'avenir l'évolution dans les grands pays industriels change de sens. L'aggravation des obligations imposées au vendeur professionnel atteint un seuil parfois

1. Cette hétérogénéité des préjudices de l'acheteur apparaît quelle que soit l'obligation du vendeur. Ex. : le vice caché d'une automobile peut, ou bien entraîner des pannes répétées, ou une consommation d'essence excessive (c'est un préjudice spécifique à la vente) ; ou bien provoquer un accident mortel (qui peut frapper l'acheteur ou n'importe qui).

insupportable : le poids des primes d'assurance devient trop lourd et les assureurs ne veulent plus assurer. L'exemple américain est à cet égard probant : un reflux pourra apparaître, pour restreindre la responsabilité des fabricants et de l'ensemble des professionnels, par exemple, en limitant les dommages-intérêts non économiques ou en admettant que le fabricant n'est pas responsable des « *risques du développement* »². C'est en ce sens que s'est orientée la directive européenne sur la responsabilité du fait de produits défectueux et la loi de transposition (art. 1245-10, ancien art. 1386-11). Trop de responsabilité paralyse l'initiative et entrave le progrès industriel. Quant au dommage corporel, l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile le soumet au droit extracontractuel (art. 1233).

272. Droits étrangers et international. – Cette évolution n'est pas particulière à la France ; dans tous les pays industriels, le vendeur professionnel a vu ses obligations s'étendre, notamment la responsabilité du vendeur fabricant du fait de ses produits ; c'est le droit français qui a donné à ce phénomène le plus d'ampleur. Le caractère international qu'a souvent la vente de marchandises attache à la diversité des lois d'importantes conséquences : non seulement les difficultés habituelles tenant aux conflits de lois, mais des effets de distorsion sur la concurrence. Une tentative d'unification mondiale a été faite par la Convention de Vienne portant loi uniforme³. Un effort d'harmonisation européenne a également été entrepris : la Commission de l'Union européenne a, le 25 juillet 1985, publié une directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux, transposée par la loi du 19 mai 1998⁴ ; outre la directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives, le Parlement et le Conseil de l'Union ont adopté une directive du 20 mai 1997 sur la protection des consommateurs dans les contrats à distance, transposée aux articles L. 221-1 et suivants du Code de la consommation ; la directive du 25 mai 1999 sur la conformité dans la vente a été transposée en France par l'ordonnance du 17 février 2005. D'autres directives sont en cours de transposition.

L'extension des obligations du vendeur entraîne leur complexité qui, parfois, rend incertain le droit applicable à la réclamation de l'acheteur déçu. Par un choc en retour, ont été engagées des tentatives afin de simplifier les obligations du vendeur. Après avoir cherché s'il y a pluralisme ou unité (Sous-Titre I), seront examinées les obligations principales du vendeur, la délivrance (Sous-Titre II), les garanties d'éviction (Sous-Titre III) et des vices cachés (Sous-Titre IV).

N^{os} 273-279. réservés.

2. *Infra*, n^o 382.

3. *Supra*, n^o 65.

4. *Infra*, n^o 381.

■ SOUS-TITRE I ■

PLURALISME OU UNITÉ ?

Le nombre des obligations auxquelles est tenu le vendeur suscite un débat qui ne présente pas seulement un intérêt académique, mais produit aussi des conséquences sur la politique législative. Il y a un pluralisme des obligations du vendeur, aujourd'hui croissant (Section I) ; certaines tendances contemporaines affirment au contraire leur unité (Section II).

SECTION I

PLURALISME DES OBLIGATIONS

280. Acheteur déçu : deux ou quinze actions ? – Selon le Code civil, le vendeur a une condition juridique simple : il est tenu de « *deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend* » (art. 1603). Aujourd'hui, ses obligations sont devenues nombreuses et complexes. L'obligation de délivrance s'accompagne d'une obligation de renseignements et d'une obligation de sécurité. La garantie recouvre deux obligations distinctes : la garantie d'éviction et celle des vices cachés ; la garantie d'éviction n'est pas la même selon qu'elle a pour objet le fait du vendeur ou celui d'un tiers ; la garantie des vices cachés n'est pas la même selon que le vendeur et l'acheteur sont ou non des professionnels. En outre, l'erreur de l'acheteur interfère souvent avec l'inexécution des obligations du vendeur, sans compter, sous-jacentes, les règles de la responsabilité délictuelle. L'acheteur déçu par la chose remise, ou en éprouvant un dommage, a donc de nombreuses voies afin de faire valoir son droit, dont l'objet et le régime sont différents. Le droit européen a un peu simplifié les choses.

On en fera l'inventaire (§ 1) avant d'en tenter une combinaison (§ 2).

§ 1. INVENTAIRE

Deux corps de règles ouvrent de nombreuses voies de droit à l'acheteur insatisfait : le droit commun et les garanties du droit spécial de la vente¹ ; une dualité, d'un autre type, apparaît aussi en droit anglais.

281. 1° Droit commun. – 1) Lorsque l'inexécution est totale, l'acheteur peut réclamer la mise en possession de la chose promise en exerçant l'action en **délivrance** qui aboutira à une exécution forcée. Si l'exécution a été défectueuse, l'acheteur peut réclamer l'échange de la chose ou la réparation du vice caché ; dans les ventes commerciales, il peut procéder à la réfaction.

2) Lorsque l'acquéreur a commis lors du contrat une erreur sur les qualités substantielles de la chose, il peut demander l'**annulation** de la vente pour vice du consentement (art. 1132, ancien art. 1110, al. 1) ; l'action est soumise à la prescription quinquennale, dont le délai court de la découverte de l'erreur. Si le vendeur a vendu la chose d'autrui, l'acquéreur peut également demander la nullité, qui a le même régime qu'une nullité pour erreur.

3) Tant qu'il n'a pas payé le prix, l'acheteur peut opposer l'**exception d'inexécution** si le vendeur ne lui livre pas une chose conforme à celle qui avait été convenue (nouvel art. 1219). Dans les ventes commerciales, il bénéficie en outre du laissé-pour-compte².

4) Lorsque la chose n'est pas livrée ou que, livrée, elle n'est pas conforme à celle qui avait été promise ou que le vendeur n'a pas exécuté son obligation de renseignements, l'acheteur peut provoquer lui-même ou demander la **résolution** de la vente (art. 1217 et 1224 et s., ancien art. 1184 ; et 1610), ou l'**exécution forcée** du contrat (réparation ou remplacement). L'inexécution peut entraîner soit la pure et simple résolution de la vente, soit la résolution avec dommages-intérêts, soit la résolution partielle, soit des dommages-intérêts. L'action peut être exercée pendant cinq ans (art. 2224) ; la convention des parties fixe librement l'étendue de la délivrance et peut prévoir une résolution conventionnelle. La pratique commerciale connaît aussi le remplacement³.

5) Si le vendeur n'exécute pas son obligation ou l'exécute mal, l'acheteur peut aussi demander des **dommages-intérêts** par application des règles de la responsabilité contractuelle (art. 1231-1 et s., anciens art. 1147 et s.) Quand la chose a causé à un tiers un dommage, dont l'acquéreur a été déclaré responsable en sa qualité de gardien, il a un recours contre le vendeur ou le fabricant. Cette action récursoire est soumise à la prescription des actions relatives à la responsabilité délictuelle.

Le droit de la vente connaît en outre certaines règles particulières.

282. 2° Garanties. – Lorsque l'acheteur est évincé, soit par un fait personnel du vendeur, soit par un tiers qui implique une insuffisance de la propriété du vendeur, il peut invoquer la garantie d'éviction (art. 1626 et s.) qui est à durée indéterminée (jusqu'au plafond des vingt ans, art. 2232) et d'ordre public quand il s'agit du fait personnel ; quinquennale et susceptible d'être modifiée par convention quand il s'agit du trouble de droit venant d'un tiers⁴.

1. **Biblio.** : Ph. Le TOURNEAU, *Responsabilité des vendeurs et fabricants*, Dalloz Référence, 5^e éd., 2015-2016.

2. *Infra*, n° 329.

3. *Infra*, n° 328.

4. *Infra*, n°s 363-364.

Quand la défaillance intéresse les qualités de la chose et se révèle après sa remise, l'acheteur peut invoquer la garantie des vices cachés ; il peut exercer soit l'action rédhibitoire, soit l'action estimatoire (art. 1641 ets.). S'il a subi un préjudice, il peut aussi, sous certaines conditions, réclamer des dommages-intérêts. Le vendeur professionnel ne peut restreindre conventionnellement cette garantie légale lorsqu'il vend à un consommateur⁵.

283. 3^o Droit anglais. – La dualité d'obligations incombant au vendeur est également connue du droit anglais qui distingue les « *conditions* » et les *warranties*. Elle est différente de la nôtre. Les « *conditions* » intéressent les éléments vitaux du contrat, qui touchent à l'existence même de la chose (ex. : il y aurait contravention aux « *conditions* » de la vente si les huîtres vendues n'étaient pas comestibles) ; l'inexécution d'une « *condition* » entraîne la résolution de la vente. Les *warranties* ont un caractère accessoire, intéressant l'aptitude de la chose spécialement convenue par les parties ; en principe, l'inexécution d'une *warranty* entraîne seulement une condamnation à des dommages-intérêts⁶. Des *warranties* sont prévues par la législation contemporaine (*Unfair Contract Terms Act 1977* ; *Sales of Goods Act 1979*) qui ne peuvent être écartées dans les contrats conclus avec des consommateurs ; la clause contraire est valable dans les contrats commerciaux, si elle est raisonnable⁷.

§ 2. COMBINAISONS

Des intérêts pratiques sont attachés à la distinction entre ces multiples actions, surtout le délai pendant lequel elles peuvent être exercées⁸. La doctrine a laborieusement essayé de distinguer l'erreur, la garantie des vices, le défaut de délivrance et la garantie d'éviction. Les frontières sont souvent difficiles à tracer.

284. Erreur, dol et vices cachés. – Les vices du consentement, notamment le dol⁹ et surtout l'erreur, sont une cause de nullité de la vente. Apparemment, avec la garantie des vices cachés, la distinction est simple¹⁰, mais elle est devenue si délicate que certains auteurs en nient l'existence¹¹. Pourtant, il y a des cas où

5. *Infra*, n^{os} 380-423.

6. R. DAVID et D. PUGSLEY, *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 2^e éd., 1985, n^{os} 330-333 ; D. TALLON et D. HARRIS, dir., *Le contrat aujourd'hui, comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987 (traduction anglaise, Clarendon Press, Oxford, 1989).

7. Ex. : vente de semences d'hiver ; la livraison porte sur des semences d'été, impropres à l'usage convenu. La clause du contrat limitant la responsabilité du vendeur au prix de vente (192 £) a été jugée déraisonnable par la Chambre des Lords ; le vendeur a donc dû réparer tout le préjudice (60 000 £) (*George Mitchell (Chesterhall) Ltd v Finney Lock Seeds 1983*) ; M. BORELLO, « Garanties et clauses d'exonération dans le droit anglais de la vente », *RID comp.* 1984, 373, sp. 386.

8. Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, th. Paris II, LGDJ, 2009, préf. Y. Lequette ; J.-Ph. TRICOIRE, *Le concours d'actions en matière immobilière*, th. Aix-en-Provence, LGDJ, 2009, préf. J.-L. Bergel.

9. Ex. : réticence dolosive : Cass. civ. 3^e, 3 mars 2010, n^o 08-21056, *Bull. civ.* III n^o 52 ; D. 2010. 1019 ; en l'espèce, l'immeuble se trouvait en zone inondable, il y avait déjà eu deux sinistres ; les vendeurs n'en avaient rien dit à l'acheteur ; jugé que la vente était nulle ; Cass. com., 3 mars 2016, n^o 14-11684, *Bull. civ.* IV, à paraître : cession de contrôle, le vendeur a dissimulé « l'effondrement prévisible » des résultats de la société.

10. Ex. : 1^o J'achète une maison déterminée alors que je croyais en acheter une autre : il y a erreur sur la substance. 2^o J'achète une maison sans savoir qu'elle avait des défauts la rendant impropre à l'usage auquel je la destinai : il y a vice caché.

11. J. GHESTIN, *Traité des contrats, La vente*, n^{os} 746 et s., 778. Cf. aussi Cass. civ. 1^{re}, 19 juillet 1960, *RTD civ.* 1961.332, obs. J. Carbonnier parle « de nullité de la vente pour vice caché » (*sic*) ; et Cass. civ. 3^e, 13 novembre 2014, n^o 13-24027, *Bull. civ.* III, n^o 148 ; D. 2015. 60, n. F. Rouvière ; *Defrénois* 2014. 59, n. M.A. Chardeau ; *Dr. et patr.*, juill.-août 2015, p. 81, obs. L. Aynès : terrain partiellement inondable et partiellement constructible, l'acheteur le savait : l'erreur est écartée, tout comme le vice caché.

les tribunaux annulent une vente pour erreur, bien que l'action n'ait pas été introduite dans le délai de l'article 1648. Aussi d'autres auteurs continuent-ils à maintenir la distinction. Selon l'un, l'erreur porterait sur les qualités que l'acheteur avait envisagées en achetant la chose : elle aurait un côté subjectif ; le vice caché, au contraire, concernerait, uniquement les services rendus par la chose – il aurait donc un aspect objectif¹². Ou bien, l'erreur impliquerait la complète inaptitude de la chose, par nature, la garantie supposerait seulement la défectuosité accidentelle¹³. Ou bien, il y aurait erreur lorsque serait absent un des attributs de la chose tandis qu'il y aurait vice lorsqu'est affecté l'usage qu'on en attend¹⁴. Ou bien l'erreur s'apprécie lors de la formation du contrat, le vice caché après la délivrance. Malgré leur verbalisme, il y a quelque chose d'exact dans chacun de ces critères¹⁵.

Lorsqu'il y a à la fois erreur et vice caché parce que l'une provient de l'autre, la jurisprudence décide parfois que l'acheteur a une option : il peut, soit exercer l'action en garantie (prescription : 2 ans), soit exercer l'action en nullité (prescription : 5 ans)¹⁶. Mais la tendance serait désormais au non-cumul des actions¹⁷. Corrélativement, le juge saisi d'une demande fondée sur l'erreur devrait requalifier en vice caché si les faits s'y prêtent¹⁸. Le droit spécial de la vente l'emporte sur la théorie générale des contrats, ce qui est la méthode d'interprétation conforme aux principes généraux. L'unification du point de départ de la prescription (découverte du fait litigieux) rend maintenant ces différences moins utiles.

285. Délivrance défectueuse et vice caché. – La remise d'une chose qui n'est pas conforme (même d'une manière mineure¹⁹) aux stipulations contractuelles

12. PLANIOL et RIPERT, t. X, par Hamel, n° 126, p. 139.

13. B. THUILLIER, n. sous Cass. com., 18 février 1974, *JCP G* 1974.II.17798.

14. Ex. : Douai, 20 mai 1949, *D.* 1949.592. En l'espèce, le vendeur avait livré un tracteur de 15/20 CV, alors que la vente avait pour objet un tracteur de 15/30 CV ; jugé qu'« il ne saurait s'agir en l'espèce d'un vice caché de la chose vendue, mais bien du défaut d'identité entre la chose vendue et la chose livrée ou du moins du défaut des qualités promises ; il appartenait dès lors à l'acheteur de demander l'annulation (sic) de la vente ».

15. D. TALLON, « Erreur sur la substance et garanties des vices dans la vente mobilière », in *Ét. Hamel*, Dalloz, 1961, p. 435-457.

16. Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 1988, *Griffe*, *Bull. civ. I*, n° 211 ; *D.* 1989, somm. 229, 2^e esp., obs. appr. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1989.342, obs. Ph. Rémy ; *GAJ civ.*, n°s 269-270 : « L'erreur commise par M. Dauré sur la mise en circulation du véhicule portait sur une qualité substantielle, sinon essentielle de la chose vendue et elle avait vicié le consentement de l'acquéreur ; elle (la cour d'appel) en a justement déduit que l'action en nullité exercée par M. Dauré n'était pas soumise aux dispositions spéciales de l'article 1648, peu important à cet égard que l'erreur invoquée fût la conséquence d'un vice caché rendant la chose impropre à l'usage auquel elle était destinée ». En l'espèce, un vendeur avait assemblé deux voitures accidentées, en affirmant à l'acquéreur « l'absence de transformations notables » ; les services administratifs avaient refusé de délivrer la carte grise ; jugé que l'acheteur pouvait faire annuler la vente pour cause d'erreur.

17. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 14 mai 1996, *Bull. civ. I*, n° 213 ; *D.* 1998.305, 1^{re} esp., n. Jault-Seseke : la garantie des vices cachés constitue « l'unique fondement possible » de l'action (tuiles gélives) : « La cour d'appel n'avait pas à rechercher si [le demandeur] pouvait prétendre à des dommages-intérêts ».

18. Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2001, *Bull. civ. I*, n° 225 ; *JCP G* 2001.I.370, n° 10, obs. G. Loiseau et 2002.II.10 143, n. L. Maupas ; *D.* 2002, somm. 1002, obs. Ph. Brun : par application de l'art. 12, al. 2 C. pr. civ. les juges ont l'obligation de rechercher « si l'action en annulation engagée par M^{me} Fine, qui avait invoqué à l'appui de sa demande des défectuosités rendant le véhicule impropre à la circulation, ne devait pas être requalifiée en une demande en garantie des vices cachés ».

19. Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 2006, *Bull. civ. I*, n° 217 ; *Contrats, conc., consom.* 2006, comm. n° 185, n. L. Leveneur ; en l'espèce, le véhicule neuf, objet de la vente, avait subi une « effraction » ; la demande en résolution du contrat avait été rejetée par la cour d'appel parce que le véhicule avait subi des « conséquences mineures, réparables sans laisser de traces » ; cassation : « la commande d'une chose neuve s'entend d'une chose n'ayant subi aucune dégradation et la vente devait donc être résolue ».

entraîne la résolution de la vente et, le cas échéant, la responsabilité contractuelle du vendeur conformément au droit commun, sans qu'il y ait à établir que les conditions de la garantie étaient réunies²⁰. Mais le manquement à l'obligation de délivrance et le vice caché se ressemblent et même se chevauchent si l'on a de chacune de ces institutions une compréhension large.

Il y a plusieurs intérêts à les distinguer. D'abord le délai pour agir (cinq ans à compter de la connaissance de la non-conformité, deux ans à compter de la découverte du vice caché) ; de plus, à la différence de la sanction du vice caché, la résolution pour défaut de conformité n'est pas subordonnée à l'existence d'un préjudice subi par l'acquéreur²¹. Autres intérêts : les effets de la réception, qui exonère le vendeur si le vice est apparent et lorsque l'acheteur n'a pas fait de réserves²² ; la validité des clauses limitant l'étendue de la délivrance ou de la garantie ; au contraire, les régimes de l'action résolutoire et de l'action réhibitoire sont identiques²³.

Lorsqu'il s'agit d'une vente entre professionnels ou entre consommateurs (ventes soumises au droit civil), après avoir hésité, la jurisprudence retient un critère conceptuel : chacune des institutions a un objet différent. La résolution sanctionne, outre le défaut de délivrance ou son retard, la différence entre la chose promise et la chose livrée ; par exemple l'absence d'un élément prévu au contrat rendant la chose différente des spécifications convenues par les parties, tandis que le vice s'entend d'un défaut rendant la chose impropre à son usage²⁴. Tel était le subtil critère qu'adoptèrent de nombreux arrêts, avant la réforme de la prescription²⁵.

20. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 1992, *Contrats, conc., consom.* 1992, comm. n° 130, n. L. Leveneur ; n.p.B. : « Dès lors que les juges du fond ont retenu que le produit Stabilivo n'était pas conforme aux stipulations contractuelles, ils ont pu estimer que l'action fondée sur l'inexécution de l'obligation de délivrer une chose conforme à sa destination pouvait être exercée, peu important que le défaut de conformité puisse ou non constituer un vice caché ».

21. * Cass. civ. 1^{re}, 13 octobre 1993, *sté Bouchonnerie Gabriel*, cité *infra* : saisie d'une action en dommages-intérêts par l'acheteur, la cour d'appel l'avait débouté : « la société Gabriel ne justifiait pas d'un préjudice actuel » ; cassation.

22. Jurisprudence constante ; ex. : Cass. civ. 1^{re}, 26 juin 2001, *affaire de la Porsche sans toit électrique*, *Contrats, conc., consom.* 2001, comm. n° 156, n. L. Leveneur ; n.p.B. : « La réception sans réserve de la chose vendue couvre ses défauts apparents de conformité ».

23. Cass. com., 14 mai 1985, *Bull. civ. IV*, n° 147 : « Les effets de la résolution étaient pour l'une et pour l'autre (l'action résolutoire et l'action réhibitoire) identiques en l'espèce ». Dans cette décision, la Cour de cassation a admis que, saisi d'une demande en résolution pour défaut de conformité, le juge pouvait résoudre la vente pour vice réhibitoire.

24. Ex. : je vous commande une automobile 10 CV, vous me livrez une automobile de 5 CV : il y a défaut de conformité ; vous me livrez une automobile de 10 CV qui tombe en panne : il y a vice caché.

25. Jurisprudence abondante ; **1° Cas ne soulevant guère de discussion** : il y a défaut de délivrance, non vice caché lorsque... l'ordinateur n'a pas la puissance promise : * Cass. civ. 1^{re}, 13 octobre 1993, *sté Bouchonnerie Gabriel*, *Bull. civ. I*, n° 287 ; *D.* 1994.211... le kilométrage figurant au compteur de l'automobile est inexact : Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 1993, sol. impl., *Bull. civ. I*, n° 224 ; *D.* 1994.546, n. Th. Clay... le certificat d'immatriculation du tracteur est erroné : Cass. civ. 1^{re}, 13 juin 2006, *Bull. civ. I*, n° 309. Au contraire, constitue un vice réhibitoire, non un défaut de délivrance... des saisons de traitement d'air non étanches : Cass. civ. 3^e, 15 mars 2006, *Bull. civ. III*, n° 72 ; ... un terrain pollué par un ancien stockage d'hydrocarbures et de ce fait inconstructible : Cass. civ. 3^e, 8 juin 2006, *Bull. civ. III*, n° 145 ; ... un matériel conforme à celui qui avait été promis au contrat, mais « insuffisant, défectueux et inutilisable en l'état » : Cass. com., 16 juillet 1973, *Bull. civ. IV*, n° 247 ; *JCP G* 1974.II.17.864, 2^e esp., n. J. Ghestin ; ... tuiles gélives : Cass. civ. 1^{re}, 5 mai 1993, *Bull. civ. I*, n° 158 ; *D.* 1993.506, n. A. Bénabent ; ... produits destinés à assurer l'étanchéité d'une cuve et n'en empêchant pas les déchirures ; Cass. civ. 3^e, 24 avril 2003, *Bull. civ. III*, n° 86 ; *D.* 2003, IR, 1341 ; ... **2° Cas douteux** : Il y a manquement à la délivrance dans le défaut affectant un enduit : Cass. civ. 1^{re}, 17 juin 1997, *Bull. civ. I*, n° 205 ; *Contrats, conc., consom.* 1997, n° 163, n. L. Leveneur : « Inaptitude à l'utilisation contractuellement définie » ou lorsque... une motocyclette a un vice de construction, en raison d'un défaut de conception, qui cause un accident : Cass. civ. 1^{re}, 5 novembre 1985, *Bull. civ. I*, n° 287 ; *RTD civ.*, 1986.370, obs. Ph. Rémy... lorsque le défaut de conformité a été non apparent par le

SECTION II

UNITÉ

286. Obligation de conformité. – La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises unit la conformité et la garantie des vices cachés en une seule obligation, « *livrer des marchandises dont la quantité, la qualité et le type répondent à ceux qui ont été prévus au contrat* » (art. 35 à 44) ; la garantie contre les vices cachés, c'est-à-dire de l'aptitude des marchandises à l'usage convenu, est l'un des éléments de cette obligation (art. 35, 2, a et b). Sur ce modèle, la directive CE du 25 mai 1999 « *sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation* » n'envisage qu'une seule obligation, la livraison d'un bien conforme au contrat, laquelle inclut la garantie de l'aptitude de la chose à l'usage convenu.

Un avant-projet de loi transposant la directive de 1999 avait eu l'ambition de faire disparaître le pluralisme des obligations du vendeur et le remplacer par une obligation unique, réunissant l'obligation de délivrance et les garanties auxquelles est tenu le vendeur, celle de remettre une chose conforme, c'est-à-dire une chose apte à l'usage pour lequel elle est vendue. Finalement, ce fut une réforme limitée aux seules ventes de meubles aux consommateurs qu'a réalisée l'ordonnance du 17 février 2005 (C. consom., art. L. 217-4 et s.)²⁶. De sorte que la distinction entre défaut de conformité et vice caché, dans les ventes de droit commun, subsiste, même si l'unification du délai pour agir en garantie l'a rendue moins cruciale²⁷. Le pluralisme demeure le droit commun des effets de la vente.

287. Option de l'acquéreur déçu et office du juge. – Lorsque la chose vendue est atteinte d'un vice caché, c'est-à-dire d'un défaut la rendant impropre à son usage normal, l'acheteur n'a pas, en droit civil, d'option : il ne peut exercer l'action en résolution pour défaut de délivrance ; il ne peut intenter que l'action en garantie des vices cachés, spéciale par son délai et ses conditions d'exercice.

Au contraire, lorsqu'il y a à la fois erreur et défaut de conformité, un arrêt a admis l'option entre l'action en nullité pour cause d'erreur et l'action en résolution pour non-conformité²⁸. Il en est de même lorsqu'il y a à la fois vice caché et dol²⁹. Lorsque l'acheteur a exercé une action en garantie des vices jugée irrecevable ou mal fondée, les juges du fond ne sont pas tenus

fait du vendeur : « *il avait apposé des étiquettes sur des semences ne comportant aucune mention sur le traitement, alors que l'étiquette du producteur mentionnait que les graines n'étaient pas traitées* » : Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1999, *Bull. civ. I*, n° 118 ; *Contrats, conc., consom.* 1999, n° 110, n. L. Leveuteur ; ... ou les vis des têtes d'un alternateur sont insuffisantes eu égard à la commande : Cass. com., 4 mai 1993, *Bull. civ. IV*, n° 173 ; *RTD civ.* 1994.363, obs. P. Jourdain... un véhicule pour handicapés en surcharge permanente : Cass. civ. 1^{re}, 17 juin 1997, *Bull. civ. I*, n° 206.

26. *Infra*, n° 330.

27. Pour le maintien de cette différence, ex. : Cass. com., 14 octobre 2008, n° 07-17977, *Toujas*, *Bull. civ. IV* n° 172 ; *D.* 2009.412, n. C. Ogier ; corrosion de rayonnages métalliques, alors que les conditions générales de vente présentaient leur peinture comme anti-corrosive, cassation de l'arrêt qui n'a pas recherché si « *les rayonnages présentaient les qualités décrites dans (les) conditions générales de vente et si dans la négative, la société M. n'avait pas manqué à son obligation de délivrance* ».

28. Cass. civ. 3^e, 25 mars 2003, *JCP G* 2003.I.170, n° 6, obs. Y.-M. Serinet ; n.p.B. : « *étaient recevables les actions fondées d'une part, sur la non-conformité de la chose vendue et, d'autre part, sur l'erreur commise sur une qualité substantielle de cette chose* ». V. cep. Cass. civ. 3^e, 17 novembre 2004, *Bull. civ. III*, n° 206 : l'action des vices cachés constitue « *l'unique fondement possible* ».

29. Cass. civ. 1^{re}, 6 novembre 2002, *Bull. civ. I*, n° 260 ; *Contrats, conc., consom.* 2003, comm. n° 38, n. L. Leveuteur : « *L'action en garantie des vices cachés n'est pas exclusive de l'action en nullité pour dol* ».

d'examiner d'office si la résolution aurait pu être prononcée en raison du manquement du vendeur à son obligation de délivrance³⁰ ou la nullité pour erreur ou pour dol³¹.

30. Revirement de jurisprudence : Cass. Ass. plén. 21 décembre 2007, *Bull. civ. Ass. plén.*, n° 10 ; *D.* 2008.228, n. L. Dargent ; *JCP G* 2008.II.10006, n. L. Weiller ; *RTD civ.* 2008.317, obs. P.-Y. Gautier ; *Cont. conc. consom.* 2008, n° 92, n. L. Leveneur ; *RDC* 2008.327, obs. A. Bénabent et 435, obs. Y.M. Serinet ; *Defrénois* 2008.1457, n. E. Savaux : « Ayant constaté [...] qu'elle était saisie d'une demande fondée sur l'existence d'un vice caché dont la preuve n'était pas rapportée, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de rechercher si cette action pouvait être fondée sur un manquement du vendeur à son obligation de délivrance d'un véhicule conforme aux stipulations contractuelles, a légalement justifié sa décision de ce chef ».

31. Cass. civ. 3^e, 30 janvier 2008, *Bull. civ. III*, n° 21 ; *D.* 2008.546 ; *RDC* 2008.1242, obs. Fr. Col-lart-Dutilleul : la cour d'appel, saisie d'une demande fondée sur les vices cachés au sujet d'un immeuble infesté de termites, n'avait pas à rechercher d'office s'il n'y aurait pas eu réticence dolosive.

■ SOUS-TITRE II ■

DÉLIVRANCE

288. Plan. – La délivrance est la mise de la chose vendue à la disposition de l'acheteur¹. Il importe d'en déterminer l'exécution et l'étendue (Chapitre 1), puis les conséquences de son inexécution (Chapitre 2). En marge de la délivrance, est apparue dans la vente mobilière au consommateur, la responsabilité pour défaut de conformité (Chapitre 3).

N^{os} 289-298. réservés.

1. **Biblio.** : J. LE BOURG, *La remise de la chose*, Univ. Savoie, 2010.

■ CHAPITRE I ■

EXÉCUTION ET ÉTENDUE DE LA DÉLIVRANCE

SECTION I EXÉCUTION

299. Mise à la disposition et conformité. – Selon le Code civil (art. 1604), « *la délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur* ». La jurisprudence précise qu'il s'agit de la remise d'une chose conforme : selon la Cour de cassation, l'obligation n'est remplie que si le vendeur a mis « *à la disposition de l'acquéreur une chose qui correspond en tous points au but recherché par lui* »¹. L'acheteur peut exiger la délivrance, avec, le cas échéant, la menace d'une astreinte². La chose doit correspondre aux caractéristiques annoncées par le vendeur³.

300. Ventes sur place. – Le Code civil donne plusieurs exemples de la manière dont peut s'accomplir la remise de la chose dans les ventes sur place (art. 1605 à 1607).

La délivrance peut être accomplie par la remise de la chose, habituelle dans le commerce de détail ; la chose étant quérable et non portable, il suffit qu'elle soit « mise à la disposition » de l'acheteur, sans qu'elle lui soit livrée. Ce peut être une tradition symbolique : par exemple, la remise des clés : les clés sont le symbole de la possession, symbole qui n'a rien de magique, car elles confèrent un pouvoir ; ce peut aussi être un marquage⁴. La délivrance peut résulter du

1. Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 1989, *Bull. civ. I*, n° 140 ; *supra*, n°s 280 et s.

2. Ex. : Cass. com., 17 juillet 1990, *JCPE* 1990.I.20436 ; n.p.B.

3. Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 1987, *Bull. civ. I*, n° 324 ; *Defrénois* 1988, art. 34157, rap. P. Sargos, 2 arrêts : « *Le vendeur est tenu de délivrer une chose dont les caractéristiques correspondent à la commande et l'acheteur ne peut être tenu d'accepter une chose différente* » ; en l'espèce, le vendeur avait livré un mobilier de chambre à coucher dont les ferrures et les couleurs ne correspondaient pas à la commande ; l'acheteur demanda la délivrance d'une chose conforme ou la résolution de la vente avec des dommages-intérêts ; il fut débouté par la cour d'appel : « *les ferrures ou la couleurs du bois du nouveau mobilier n'en modifiaient pas profondément l'aspect* » ; cassation.

4. Ex. : **marquage d'animaux** : l'animal peut rester dans le troupeau du vendeur ; il est possédé par l'acheteur s'il en porte la marque. De même, le **marquage d'arbres**, qui ne suffit pourtant pas à opérer la délivrance si le vendeur avait aussi promis d'autres prestations : par exemple, l'abattage, la coupe, le façonnage et l'acheminement.

seul consentement des parties, art. 1606⁵ (*solo consensu*) ; parfois (rarement en matière commerciale), elle résulte du constitut possessoire : le vendeur n'a plus la propriété qu'il a transférée à l'acquéreur mais conserve la détention à titre de détenteur précaire (par exemple, locataire) : il y a interversion de la possession.

301. Ventes à distance. – La vente à distance intéresse principalement les meubles corporels : toutes les ventes internationales et beaucoup de ventes commerciales. Elle oblige à un transport – maritime, aérien, ferroviaire, fluvial, routier. Elle n'impose pas au vendeur d'assurer le transport et de faire entrer la marchandise dans les magasins de l'acheteur : la délivrance s'accomplit par remise de la chose au transporteur⁶ : la marchandise est transportée aux risques de l'acheteur, l'obligation du vendeur se borne à permettre à l'acquéreur de la retirer. Cette règle est susceptible d'être modifiée par la convention.

Lorsque la vente se fait en cours de transport, la délivrance est souvent dématérialisée ; il suffit de la remise par endossement du titre représentant la marchandise, par exemple, le connaissement pour les marchandises transportées sur un navire. Le dépôt en entrepôt douanier ne constitue pas une délivrance si les parties n'en avaient pas convenu, parce que la chose n'est pas mise à la disposition de l'acheteur⁷. Par l'Internet, la vente par correspondance est très importante (ex. « Amazon ») ; elle peut être alors entièrement dématérialisée : par exemple, par le téléchargement du bien immatériel sur l'ordinateur. Les règles de fond sont les mêmes.

SECTION II ÉTENDUE

Pour déterminer l'étendue de la délivrance, apparemment la règle est simple : la délivrance doit remettre à l'acquéreur une chose conforme au contrat (§ 1) ; les difficultés intéressent surtout les accessoires de la chose (§ 2) auxquels s'ajoutent aujourd'hui l'information et le conseil (§ 3).

§ 1. CHOSE

Savoir quelle chose doit être remise constitue pour l'essentiel une question de fait, qu'il suffira de décrire, d'abord pour la vente de corps certains, puis pour celle de choses de genre et de certains biens particuliers ; enfin, seront exposées les règles relatives au lieu et à la date.

302. Corps certain et chose de genre. – Lorsqu'il s'agit d'un corps certain, la délivrance doit porter sur la chose même qui a été vendue ; le vendeur ne peut lui en substituer une autre (*aliud*), sans l'accord de l'acheteur. Ce qui peut faire

5. Ex. : ancienne tradition *brevi manu*, interversion de possession, lorsque l'acheteur détenait déjà la chose à un autre titre (Cass. com., 3 juillet 2012, n° 11-20425, *Bull. civ. IV* n° 147 ; *RDC* 2012. 1244, n. S. Pimont, au sujet de l'opposabilité d'une clause de réserve de propriété). Ou encore, **vente de vin** : suffisent : 1° l'agrèage et la confirmation de l'acheteur, bien que les contenants n'aient pas été désignés : Montpellier, 27 mai 1948, *JCPG* 1948.II.4561, n. E. Becqué, maintenu par Cass. com., 9 mai 1951, 4^e esp., *Bull. civ. II*, n° 165 ; 2° la confirmation de l'acheteur et la désignation des récipients par le vendeur acceptée par l'acheteur : Cass. com., 9 mai 1951, 1^{re} esp., *Bull. civ. II*, n° 165.

6. Ex. : Cass. com., 8 octobre 1996, *Bull. civ. IV*, n° 229 : « Lorsque la cour d'appel constate que le vendeur a remis les marchandises au transporteur et que celui-ci les a acceptées sans réserve, il en résulte que le vendeur a rempli son obligation de délivrance ».

7. Automobile importée de l'étranger ; le vendeur et l'acheteur résident à Metz ; l'entrepôt douanier est à Lyon : Cass. civ. 1^{re}, 25 octobre 1978, *Bull. civ. I*, n° 325 ; *D.* 1979.20 ; *JCPG* 1980.II.19305 ; *RTD civ.* 1979.808, obs. G. Cornu ; *RTD com.* 1979.139, obs. J. Hémarid : « La mise en entrepôt de douane ne constitue pas un acte de délivrance au sens de la loi ».

difficulté n'est pas tant l'inexécution que la définition de l'objet de la délivrance⁸. C'est à l'acheteur de prouver que le vendeur n'a pas remis une chose conforme, comme c'est à lui de démontrer que la chose comportait un vice caché⁹. C'est, au contraire, au vendeur de prouver qu'il a remis la chose dans le délai convenu¹⁰. Lorsqu'il s'agit d'une chose de genre, la marchandise délivrée doit avoir l'origine, la marque, le type, les caractéristiques¹¹ et la quantité prévus par le contrat.

La qualité est aussi un élément de la conformité ; si elle n'est pas précisée, la marchandise doit être « loyale et marchande »¹² ; la normalisation des produits en rend plus facile l'appréciation¹³. Elle est rigoureusement comprise lorsque la vente est sur référence.

Lorsqu'il y a vente avec livraisons successives, le respect de la conformité doit être apprécié pour l'ensemble du marché s'il y a indivisibilité entre les différentes prestations ; en général, les tribunaux estiment qu'il y a des marchés distincts : le manquement pour une livraison ne menace donc pas l'ensemble du contrat¹⁴ ; mais le marché peut être indivisible, en raison des circonstances¹⁵.

303. Droits intellectuels. – La propriété littéraire est constituée par un faisceau d'attributs distincts ; la cession des droits d'auteur peut ne porter que sur certains : C. pr. int., art. L. 131-4, alinéa 1 : « la cession par l'auteur peut être totale ou partielle », elle ne doit porter que sur les droits ayant fait l'objet d'« une mention distincte dans l'acte de cession », article L. 131-3¹⁶. De même, pour les logiciels¹⁷.

304. Cession de contrôle ; garantie du passif. – Une cession de droits sociaux (ex. : des parts sociales), ne constitue pas la vente de biens faisant partie de l'actif

8. Ex. de cas où le vendeur n'a pas exécuté son obligation : jurisprudence abondante et constante ; ex. : 1° vente d'un **livre** portant un numéro déterminé ; la délivrance porte sur le livre convenu, mais avec un autre numéro : * Cass. civ. 1^{re}, 26 novembre 1980, *dame Bedoucha*, *Bull. civ. I*, n° 310 ; *D.* 1981, IR, 439, obs. Chr. Larroumet ; *RTD civ.* 1981.647, obs. G. Cornu ; un détail dérisoire devient essentiel par la volonté des parties ; 2° vente d'un **ordinateur** qui n'avait pas la puissance promise, même si « le matériel remplissait l'usage auquel il était destiné » : * Cass. civ. 1^{re}, 13 octobre 1993, *sté Bouchonnerie Gabriel*, cité *supra*, n° 285.

9. Cass. com., 3 décembre 1980, *Bull. civ. IV*, n° 409 ; en l'espèce, la cour d'appel avait condamné un vendeur-fabricant à des dommages-intérêts, parce qu'il n'aurait pas livré un matériel conforme à celui qui avait été commandé : il « ne rapporte pas la preuve, qui lui incombe, de la conformité de la marchandise ». Cassation : « Vu l'article 1315 [devenu art. 1353] ; [...] la non-conformité du matériel en cause doit être prouvée par la sté Air-Automatic (l'acheteur), demanderesse à l'exception ».

10. Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 1996, *Bull. civ. I*, n° 147 ; *D.* 1997, somm., 27, obs. app. P. Jourdain ; *Defrénois* 1996, art. 36448, n° 163, obs. crit. A. Bénabent : « il incombait au vendeur de prouver qu'il avait mis la chose vendue à la disposition de l'acheteur dans le délai convenu » ; en l'espèce, le vendeur prétendait, à tort, « qu'il appartenait à (l'acheteur) qui se prévalait d'un défaut de délivrance conforme à la commande du véhicule de prouver que celui-ci ne lui avait pas été remis dans le délai convenu par les parties ».

11. Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 1987, cité *supra*, deux arrêts, rap. P. Sargos.

12. Le seul fait que le prix soit faible par rapport à la valeur de la marchandise ne suffit pas à faire présumer que les parties aient voulu que la marchandise vendue fût de qualité médiocre ou comportât des vices : Cass. com., 11 janvier 1972, sol. impl., *Bull. civ. IV*, n° 26 ; *JCP G* 1972.II.17072 ; *RTD com.* 1972.443, obs. J. Hémar.

13. Ex. : Si le vendeur s'était engagé à apposer un label, la conformité en dépend : Cass. com., 9 juillet 1957, *Bull. civ. III*, n° 221 : « L'apposition du label, formellement promise (par le vendeur) avait été la raison déterminante de cette commande ».

14. Ex. : Cass. civ., 24 mars 1874, *S.* 1874.I.428.

15. Ex. : Req., 27 février 1894, *DP* 1894.I.216 « eu égard aux circonstances dans lesquelles le marché avait été conclu, il y avait lieu de le considérer comme indivisible dans son exécution ».

16. Sur les contrats d'auteurs, v. P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 10^e éd., 2017, à paraître, n^{os} 465 et s.

17. Cass. civ. 1^{re}, 9 novembre 1993, *Bull. civ. I*, n° 395 ; *RTD civ.* 1994.373, obs. P.-Y. Gautier ; en l'espèce, « un contrat de vente de logiciel » avait conféré au cessionnaire les droits d'usage et de reproduction du logiciel, non « les droits d'adaptation et de traduction, à défaut de mention expresse ».

social de la société, même si elle confère au cessionnaire le contrôle de la société¹⁸. Le cédant doit livrer au cessionnaire les droits sociaux vendus, en accomplissant les formalités nécessaires pour lui conférer la qualité d'associé (virement des droits sociaux au compte du cessionnaire)¹⁹.

La découverte, après la vente, d'un passif qu'ignorait le cessionnaire soulève des difficultés. Alors que dans la cession d'un fonds de commerce le passif antérieur à la cession reste à la charge du cédant, sauf clause contraire, dans la cession de droits sociaux c'est le cessionnaire qui en subira les effets financiers, dans la proportion des droits sociaux acquis. La jurisprudence décide que ce passif n'est pas un vice caché²⁰, puisque la cession a porté sur un droit social. Cependant, les tribunaux annulent la cession si, par sa réticence dolosive, le cédant n'avait pas présenté la situation exacte de l'entreprise²¹; réciproquement, le cessionnaire a, non une obligation d'information, mais un devoir de loyauté par nature plus circonstancié que l'obligation d'information²². En outre, le vendeur s'engage fréquemment envers l'acquéreur au moyen d'une convention, à assurer la « *garantie de passif* »²³. Sous cette appellation unique existent des stipulations très diverses, qui suscitent un important contentieux; on peut les classer en deux catégories. La première est une véritable garantie du bien vendu; la seconde, un engagement de payer une dette éventuelle.

1° Lorsque la vente a pour objet des droits sociaux, la consistance du bien et par conséquent le prix dépendent de la composition du patrimoine social, c'est-à-dire de l'actif et du passif que révèlent les comptes sociaux. Or l'actif net n'est pas toujours connu au moment où les parties arrêtent le prix; surtout, le passif peut être modifié (notamment augmenté) avant l'entrée en possession du cessionnaire. Le cédant **garantit donc l'actif** de la société à un moment déterminé (celui de la cession ou celui de l'entrée en jouissance)²⁴. S'il se révèle que l'actif réel est inférieur, le prix sera diminué en conséquence, quitte à se trouver égal à zéro. La vente n'en est pas

18. Ex. Cass. civ. 1^{re}, 6 décembre 1994, *Bull. civ. I*, n° 365; *RTD civ.* 1995.644, obs. crit. P.-Y. Gautier: « *la cession de la totalité ou de la majorité des actions d'une société anonyme ne constitue pas la cession du fonds de commerce figurant à l'actif de la personne morale* ».

19. Cass. com., 24 mai 2011, n° 10-12163, *Bull. civ. IV*, n° 86: « *cette formalité incombe au seul cédant* ». **Biblio.**: J. PAILLUSSEAU, « La garantie de conformité dans les cessions de contrôle », *JCP G* 2007.I.136; sur la garantie d'éviction, *infra*, n° 350 et des vices cachés, *infra*, n° 394.

20. Cass. com., 23 janvier 1990, *Bull. civ. IV*, n° 23; *D.* 1991.337; *Defrénois* 1991, art. 35041, n° 3, obs. J. Honorat; *Rev. sociétés* 1990.248, obs. Y. Guyon: « *La garantie prescrite par l'article 1641 (celle des vices cachés) ne s'applique qu'à raison des défauts de la chose vendue elle-même; [...] en l'absence de clause de garantie de passif ou de révision du prix, la révélation du passif fiscal ne constituait pas un vice caché des droits sociaux cédés* ».

21. Ex.: Cass. com., 3 avril 1979, *Rev. sociétés* 1981.723; Paris, 12 juillet 1991, *JCP G* 1992.I.3561, n° 13, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain: « *Le silence gardé par (les cédants) constitue une réticence dolosive ayant pour effet de vicier le consentement (des cessionnaires) qui n'auraient certainement pas conclu ou auraient conclu à de toutes autres conditions s'ils avaient connu les risques encourus* ».

22. * Cass. com., 12 mai 2004, *Belay*, *Bull. civ. IV*, n° 94; *D.* 2004.1599, n. A. Lienhard; *RDC* 2004, p. 921, obs. D. Mazeaud: « *M. Samuel Belay, dirigeant et actionnaire des Sts Belay co Financière [...] a manqué à l'obligation de loyauté qui s'impose au dirigeant de société à l'égard de tout associé en dissimulant aux cédants une information de nature à influencer sur les consentements* »; en l'espèce, un actionnaire avait cédé des actions au dirigeant de cette société, qui ne l'avait pas informé des négociations engagées avec un tiers pour lui revendre ces actions à un prix beaucoup plus élevé; cassation de l'arrêt de la cour d'appel qui avait refusé de condamner à des dommages-intérêts le dirigeant cessionnaire, pour sa réticence dolosive.

23. P. MOUSSERON, *Les conventions relatives à la garantie dans les cessions d'actions*, th. Montpellier, 1997, préf. M. Germain.

24. Ex. de formule: « *Le cédant garantit au cessionnaire que la situation comptable de la société établie par [...] au jour de l'entrée en vigueur de la cession fera ressortir un résultat positif, de [...] au minimum. Toute insuffisance de la situation nette fera l'objet d'une réduction du prix restant à régler par le cessionnaire au cédant* ».

moins valable, car le cédant conserve un intérêt dans l'opération : celui d'éviter les conséquences personnelles d'une « procédure collective » éventuelle²⁵. La garantie de l'actif s'interprète en faveur du cédant²⁶.

2° L'autre garantie du passif consiste dans l'engagement pris par le cédant de **payer les dettes** nées antérieurement à la cession et qui se révéleraient après ; par exemple, celle qui est issue d'un redressement fiscal portant sur un exercice antérieur²⁷. Cette convention n'est pas une garantie d'actif ; elle ne couvre pas, sauf clause particulière, une diminution de l'actif social²⁸. Elle soulève deux difficultés. D'abord, savoir si la société, ou les créanciers sociaux, peut s'en prévaloir en vertu d'une stipulation pour autrui tacite. Ensuite, celle du sort de la vente, au cas où la dette du cédant dépasse le prix retiré de la cession, qui paraît alors avoir été consentie pour un « prix négatif ». Comme pour la garantie de l'actif, la jurisprudence décide que le cédant conserve un intérêt dans la vente, qui lui a permis d'échapper à la procédure collective à laquelle il était directement ou indirectement exposé²⁹.

305. Lieu ; frais ; personne. – Si le lieu de la délivrance n'a pas été convenu, il est, lorsqu'il s'agit d'un corps certain, l'endroit où la chose était au moment de la vente (art. 1609) et lorsqu'il s'agit de choses de genre, le domicile du vendeur.

La convention peut modifier ces règles. Dans les contrats internationaux, elle utilise quelques termes usuels dont la signification a été précisée par la Chambre de commerce internationale (CCI) : les « incoterms » (*international commercial terms*). Par exemple : à l'usine (au magasin, à la mine, etc.), franco-wagon (point de départ convenu : le chargement de la marchandise a lieu sur l'engin de transport), FOB (« *franco board* » : port d'embarquement convenu), CAF (coût, assurance, fret : port de destination convenu) ; rendu frontière (lieu de livraison convenu) ; rendu telle ville ; vente à domicile (livraison chez l'acheteur). Ce qui a, en outre, des conséquences sur le moment auquel s'opéreront l'agrégation et le transfert des risques, et les charges financières du transport et de l'assurance d'enlèvement, à celle de l'acheteur (art. 1608).

La délivrance est normalement faite à l'acheteur ou à toute personne en ayant reçu pouvoir³⁰.

306. Délai. – Si aucun délai n'a été convenu, une distinction doit être faite entre les ventes civiles et les ventes commerciales. Dans les premières, la délivrance doit être immédiate, ce qu'on appelle la vente en disponible, encore que souvent les tribunaux fixent un « délai raisonnable »³¹. Dans les ventes commerciales, le délai dépend des usages, quand il en existe³² ; il s'agit aussi d'un « délai raisonnable »³³.

25. D. CHILSTEIN, « Les biens à valeur négative », *RTD civ.* 2006.663 ; Ch. FREYRIA, « Réflexions sur la garantie conventionnelle dans les actes de cession des droits sociaux », *JCP G* 1992.I.3600.

26. Cass. com. 9 juin 2009, *Bull. civ.* IV n° 77 ; *RTD civ.* 2009. 741, obs. P.-Y. Gautier : la clause imposant l'information du cédant par le cessionnaire de la survenance de dettes, avec le délai pour la dénoncer, s'interprète contre ce dernier.

27. Cass. com., 10 juillet 2007, *Bull. civ.* IV, n° 188 ; *JCP G* 2007.II.10154, n. D. Houtcieff ; *D.* 2007, 2839, n. Ph. Stoffel-Munck et P.-Y. Gautier ; *RTD civ.* 2007.773, obs. B. Fages ; *RDC* 2007.1107, obs. L. Aynès : la garantie est due, même si le cessionnaire est le dirigeant et principal actionnaire de l'entreprise, objet de la vente des titres.

28. Ex. : Cass. com., 14 mai 1985, *Bull. Joly Sociétés*, 1985.782 ; jugé que la garantie du passif ne couvrait pas des créances irrécouvrables.

29. Cass. com., 6 janvier 1987, *JCP Cl* 1987, 16342, n° 202, obs. A. Viandier ; *RTD civ.* 1992.777, obs. P.-Y. Gautier.

30. Art. 1342-2 (ancien art. 1239) : « le paiement (c'est-à-dire ici la délivrance du produit par le vendeur) doit être fait au créancier (ici, l'acheteur), **ou à la personne désignée pour le recevoir** ».

31. Ex. : Cass. civ. 3^e, 10 avril 1973, *Bull. civ.* III, n° 274 : « À défaut de délai convenu, il appartenait aux juges du fond de déterminer le délai raisonnable pendant lequel les vendeurs devaient livrer la chose vendue ».

32. Cass. com., 8 octobre 1956, *sol. impl.*, *Bull. civ.* III, n° 225.

33. Ex. : Cass. com., 12 novembre 2008, n° 07-19676 ; *Contrats, conc., consom.* 2009, comm. n° 30, n. L. Leveueur ; *Bull. civ.* IV, n° 192 ; *RDC* 2009. 599, obs. S. Pimont ; *JCP G* 2008.IV.2997 : « à défaut de délai convenu il appartient aux juges du fond de déterminer le délai raisonnable dans lequel le vendeur devait délivrer la chose vendue » ; en l'espèce, les parties n'avaient arrêté aucune date pour

Si une date a été convenue, le délai peut être de rigueur³⁴ ou purement indicatif, ce qui commande les conséquences du retard ; à défaut de précision, les juges tiennent compte des usages ou des objectifs du contrat³⁵. Généralement, il est indicatif. S'il est de rigueur, l'acheteur n'a pas à mettre le vendeur en demeure : le seul fait qu'il soit échu et que la délivrance n'ait pas eu lieu suffit à justifier la résolution aux torts du vendeur³⁶.

S'il est stipulé que le vendeur n'a aucune responsabilité en raison de son retard, la clause est abusive et les tribunaux l'annulent parce que l'acheteur est à la merci du vendeur³⁷. Dans les ventes commerciales, il est rare qu'un délai de grâce soit accordé, parce que le délai de livraison est important, car souvent l'activité de l'acheteur dépend de la ponctualité du vendeur³⁸.

Entre professionnels et consommateurs, la loi (C. consom., art. L.216-1 et s.) accorde au consommateur la faculté de résoudre le contrat jusqu'à trente jours après sa conclusion.

§ 2. ACCESSOIRES

307. Choses. – Aux termes de l'article 1615, « l'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel ». Ce texte, comme la plupart des dispositions du Code civil relatives à la vente, est interprétatif de la volonté des parties : c'est donc à elles qu'il convient de se référer afin de connaître l'étendue des accessoires que le vendeur est tenu de délivrer à l'acquéreur.

Les accessoires sont d'abord les choses constituant le complément naturel (ex. les fruits) ou nécessaire à l'utilisation de la chose vendue ; ce fut la signification initiale de l'accessoire³⁹. Dans la pratique commerciale, ils comprennent souvent les emballages et le conditionnement qui deviennent ainsi la propriété de l'acquéreur ; parfois, l'emballage n'est pas cédé ou l'est avec promesse de rachat⁴⁰ ; le fait que le vendeur ait l'obligation de fournir l'emballage a pour conséquence qu'il est responsable des dommages causés à la marchandise en raison des défauts de l'emballage, alors même qu'il bénéficie d'une clause exonératoire de responsabilité pour le cas d'inexactitude de la marchandise livrée⁴¹. Souvent aussi, des documents doivent être remis avec

la mise en service de la machine vendue. Les juges du fond ont estimé qu'un délai de six mois était raisonnable étant donné la complexité et l'ancienneté du matériel vendu. Rejet du pourvoi.

34. Cass. com., 4 juin 1980, cité *infra*, n° 324 : la vente stipulait que la livraison devait s'effectuer à telle date « autant que possible » ; le fait qu'elle ait eu lieu après ne justifie pas la résolution.

35. Ex. : Req., 22 février 1875, DP 1875.1.471 : marché de farine : « L'usage, qui forme la loi des parties, à moins qu'il n'y ait été dérogé, accorde à l'acheteur pour le paiement un délai de 30 jours, à partir de la livraison ».

36. TI Paris, 9 mars 1977, *Gaz Pal.*, 11-12 décembre ; *RTD civ.* 1978.150, obs. G. Cornu : achat par un consommateur auprès d'un vendeur dont la publicité assurait « contrat de confiance oblige ».

37. Cass. civ. 1^{re}, 16 juillet 1987, *Bull. civ. I*, n° 226 ; *D.* 1988.49, n. J. Calais-Auloy ; *JCPG* 1988.II.21001, n. G. Paisant : « Conférant au professionnel vendeur un avantage excessif, notamment en lui laissant en fait l'appréciation du délai de livraison et en réduisant le droit à réparation prévu par l'article 1610 au bénéfice de l'acquéreur non professionnel en cas de manquement par le vendeur à son obligation essentielle de délivrance dans le temps convenu, cette clause devait être réputée non écrite » ; v. également *infra*, n° 322, pour une recommandation de la commission des clauses abusives.

38. LE GALL, « Le retard dans la livraison des marchandises vendues », *RTD com.* 1963.239.

39. Ex. : quand on vend un immeuble, on vend en même temps, sauf stipulation contraire, les immeubles par destination ; s'il s'agit d'une automobile, on vend aussi la roue de secours, le cric et la manivelle ; la vente d'un manège comprend le matériel de sonorisation, etc.

40. *Supra*, n° 85.

41. Cass. com., 10 juillet 1951, *DMF* 1951.535.

la chose vendue afin d'en permettre l'usage⁴², à commencer par l'*instrumentum* constatant la vente et l'accomplissement des formalités de publicité. La livraison peut s'accompagner d'une mise en service (pour les consommateurs : C. consom., art. L. 217-18, comprenant la remise de la notice d'emploi).

C'est au vendeur à établir qu'il a remis à l'acheteur les accessoires de la chose⁴³.

308. Créances et dettes. – L'accessoire comprend certainement les droits réels attachés à la chose, par exemple les servitudes. Il est délicat de savoir dans quelle mesure l'acheteur acquiert les créances et les dettes nées du chef du vendeur relativement à la chose vendue⁴⁴.

En règle générale, par application de l'article 1199 (ancien art. 1165) énonçant le principe de la relativité des conventions, l'acquéreur, ayant cause à titre particulier, demeure étranger aux conventions qui ont fait naître des droits personnels et que son vendeur a pu conclure avec une autre personne. Par conséquent, les créances⁴⁵ et les dettes constituées par le vendeur ne sont pas transmises à l'acquéreur, sauf si le vendeur lui avait expressément cédé la créance ou convenu de la reprise de dette⁴⁶. La loi peut aussi parfois décider que la vente de la chose entraînera le transfert des contrats qui y étaient relatifs. Ainsi, l'article 1743, alinéa 1 dispose que si le bail a date certaine, il est transmis de plein droit à l'acquéreur de l'immeuble loué... l'article L. 1224-1 du Code du travail, oblige l'acquéreur d'une entreprise à continuer les contrats de travail en cours... l'article L. 121-

42. Ex. : dans les ventes... immobilières : certificat d'urbanisme, extrait cadastral, titres de propriété... mobilières : documents sanitaires, fiscaux, douaniers, administratifs ; pour une automobile, la « carte grise » : Cass. civ. 1^{re}, 22 janvier 1991, *Bull. civ. I*, n° 23 ; ou le certificat de contrôle technique des voitures de plus de cinq ans : Versailles, 24 septembre 1998, *D. Aff.* 1998.1855 (mais l'acheteur ne prouve pas son préjudice). Pour un cheval pur-sang, certificat d'origine : Cass. civ. 1^{re}, 26 novembre 1981, *Bull. civ. I*, n° 352 ; 29 novembre 1994, *Bull. civ. I*, n° 355 : « *En livrant une marchandise (destinée à l'exportation) accompagnée de certificats de salubrité (exigés par le pays importateur) dépourvus de sincérité, le vendeur a manqué à son obligation de délivrer la chose convenue* » ; jugé que la vente devait être résolue.

43. Cass. com., 11 décembre 2001, *Contrats, conc., consom.* 2002, comm. n° 58, n. L. Leveneur ; n.p.B.

44. Ex. : le vendeur avait conclu un contrat avec un entrepreneur, ou un assureur, ou un locataire. Dans quelle mesure la créance et la dette résultant de ce contrat sont-elles transmises à l'acquéreur ? Question qui se ramène à l'opposabilité du contrat à un ayant cause à titre particulier et peut être rapprochée de la cession de contrat. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

45. Ex. : Cass. civ., 12 janvier 1937, *DH* 1937.99 : « *En dehors des cas exceptionnels pour lesquels il est disposé autrement par des textes spéciaux, l'aliénation d'un bien à titre particulier n'a pas pour effet de transférer à l'acquéreur les droits déjà nés sur la tête du disposant à l'occasion de la jouissance de l'exploitation de ce bien, mais qui ne font pas corps avec lui et n'affectent pas sa constitution ; en particulier, les créances possédées par un commerçant, même pour causes commerciales, ne deviennent pas des éléments constitutifs de son fonds et la vente du fonds s'opère par transport desdites créances à l'acheteur, sauf l'effet de clauses spéciales qui concerneraient leur cession* » ; pour une **créance de dommages-intérêts** : Cass. civ. 3^e, 17 novembre 2004, *Bull. civ. III*, n° 206 ; *RDC* 2005.347, obs. Ph. Brun : « *en l'absence de clause expresse, la vente d'un immeuble n'emporte pas de plein droit cession au profit de l'acquéreur des droits et actions qui ont pu naître au profit du vendeur en raison des dommages affectant l'immeuble antérieurement à la vente* ».

46. Ex. : Req., 3 septembre 1940, *DA* 1941.37 ; *JCP G* 1940.II.1557, n. E. Becqué : « *S'il est de principe que l'acheteur, en tant qu'ayant cause à titre particulier du vendeur, est un tiers à l'égard des obligations antérieurement contractées par celui-ci à l'occasion de la chose vendue, il en est autrement lorsque cet acheteur, par une disposition spéciale de la vente, a déclaré s'obliger personnellement à exécuter les obligations de son vendeur* ».

10 du Code des assurances prévoit qu'en principe l'aliénation de la chose assurée transfère l'assurance du vendeur⁴⁷.

Certains droits doivent être transmis avec la chose vendue, à peine de disparaître. Aubry et Rau⁴⁸ avaient proposé un critère objectif : parmi les droits relatifs à une chose, seraient transmis à l'acquéreur ceux qui en sont l'accessoire⁴⁹. L'expression a été critiquée car un droit personnel ne peut être l'accessoire d'une chose. On peut combiner ce critère avec un autre, plus intentionnel : les créances et les dettes du vendeur sont de plein droit transférées à l'acquéreur quand elles avaient été consenties en vue de la chose (*intuitu rei*), c'est-à-dire lorsque seul le propriétaire de la chose a intérêt à exercer ces créances⁵⁰ et peut exécuter ces dettes⁵¹.

Pendant, de nombreuses décisions demeurent attachées à la relativité du contrat⁵².

Par exemple, sauf clause particulière..., l'acquéreur d'un immeuble loué ne peut se prévaloir contre le preneur des manquements commis par celui-ci avant l'acquisition⁵³, ni de la nullité du bail qu'avait consenti le vendeur, même s'il est subrogé dans les droits du vendeur⁵⁴... le cessionnaire d'un fonds de commerce n'a pas le droit de réclamer l'exécution du contrat de fournitures conclu par son cédant⁵⁵... l'acquéreur d'un immeuble n'est pas obligé de respecter l'obligation de réserver un droit au bail aux adhérents d'une association qui avait contribué au

47. L. AYNÈS, *La cession du contrat*, th. Paris II, Economica, 1984, préf. Ph. Malaurie. Les actes de vente d'immeuble rappellent généralement la règle légale. Ex. : « *L'acheteur fera son affaire personnelle, à compter de ce jour, de la continuation ou de la résiliation de toutes polices d'assurances contre l'incendie et autres risques, contractées relativement à l'immeuble, de telle manière que le vendeur ne soit jamais recherché à cet égard* » (le vendeur n'est libéré de l'obligation de payer les primes qu'à compter de la notification de cette clause à l'assureur). Le contrat peut écarter la règle légale : ex. : « *Le vendeur fera son affaire personnelle, etc.* ».

48. T. II, 7^e éd., 1961, par P. Esmein, § 176, n° 169.

49. Ex. : Cession de droits sociaux : jurispr. constante ; ex. : Cass. com., 26 janvier 1970, *JCP G* 1970.II.16385, n. Y. Guyon ; n.p.B. : « *Fouilly (le cédant) a cessé de courir les risques et les chances de la société, il a transmis à son cessionnaire le droit attaché à ces titres d'exercer l'action sociale* ».

50. FLOUR, AUBERT et SAVALUX, *Obligations*, t. I, 15^e éd., Sirey, 2012, n° 446 : « *La créance est transmise avec le bien chaque fois qu'elle en est indissociable : c'est-à-dire, chaque fois que la première n'offre d'intérêt que pour le propriétaire du second et n'est même susceptible d'être exercée que par lui* ».

51. Ex. : Cass. civ., 12 décembre 1899, *Gonthière*, *DP* 1900.I.361 ; S. 1901.I.497, n. Tissier : l'ayant cause à titre particulier est tenu des dettes de son auteur « *lorsque ces obligations ont pour effet de restreindre ou de modifier le droit transmis ou qu'elles forment la condition nécessaire de son exercice* » ; en cette espèce, l'acquéreur d'une superficie s'était engagé à ne pas réclamer de dommages-intérêts au propriétaire d'une mine, son vendeur ; jugé que cette obligation avait été transmise aux propriétaires successifs de la superficie.

52. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 5 janvier 1999, *sté Thermo-King*, *Bull. civ. I*, n° 6 ; *D.* 1999.383, n. Cl. Witz ; *RTD civ.* 1999.492, obs. J. Raynard ; *JCP G* 2000.I.199, n° 19, obs. G. Viney ; la Convention de Vienne relative aux ventes internationales de marchandises « *régit exclusivement les droits et obligations qu'un tel contrat fait naître entre le vendeur et l'acheteur* ».

53. * Cass. soc., 16 mai 1958, *Combes*, *D.* 1958.464 ; *RTD civ.* 1958.421, obs. J. Carbonnier : « *Le contrat de bail ne créant entre les parties que des droits personnels, l'acquéreur de l'immeuble ne peut en principe agir contre le preneur pour des manquements au bail antérieurs à la vente, sauf le cas de cession de créance régulièrement signifiée ou de subrogation expresse figurant à l'acte de vente* ».

54. Cass. civ. 3^e, 18 octobre 2005, *Bull. civ. III*, n° 197 ; *RDC* 2006.470, obs. X. Lagarde : « *l'action en nullité relative pour dol étant réservée à celui des contractants dont le consentement a été vicié, la cour d'appel a exactement retenu qu'en dépit de la subrogation générale qu'elle détenait en vertu des actes de vente, la sté FP Invest (l'acquéreur) était sans qualité pour engager une action en nullité (d'un bail consenti par la venderesse) en raison du dol dont aurait été victime Mme de Bordas* » (la venderesse).

55. En revanche, le cessionnaire peut invoquer la créance de non-concurrence dont le cédant bénéficiait, qui délimite le droit à la clientèle qui lui a été transmis : Cass. civ. 1^{re}, 3 décembre 1996, *Docteur Roques*, *D.* 1997.151, rapp. Y. Chartier, n. Serra ; *JCP G* 1997.II.22799, n. J.-J. Daigre : la garantie de non-concurrence attachée à un cabinet revendu plusieurs fois, « *doit être sauf clause*

financement de la construction de l'immeuble⁵⁶... le cessionnaire du fonds de commerce n'a pas à supporter le passif de son auteur⁵⁷.

À l'égard des droits de créance et des actions en justice, le critère de la jurisprudence est proche de celui d'Aubry et Rau ; il a ainsi été énoncé par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation : « le sous-acquéreur jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartenaient à son auteur »⁵⁸. La règle a été appliquée à la garantie qui « fait corps » avec la chose qui en est l'objet : « la garantie appartient à l'acquéreur comme détenteur de la chose » ; le sous-acquéreur peut donc intenter l'action en garantie des vices cachés directement contre le vendeur originaire, c'est-à-dire le fabricant⁵⁹ ou contre le réparateur de la chose⁶⁰. De même, l'acquéreur peut exercer contre l'architecte ou l'entrepreneur l'action appartenant au maître de l'ouvrage, parce que « ce droit accompagne la chose vendue, en tant qu'accessoire, et s'identifie avec elle »⁶¹.

Cédant à l'acquéreur les droits et actions afférents à la chose, le vendeur peut cependant les exercer lui-même quand ils présentent pour lui un intérêt⁶².

Cette jurisprudence est consacrée par la loi : article 1646-1, alinéa 2, « les garanties qui pèsent sur le vendeur d'immeuble à construire bénéficient aux propriétaires successifs de l'immeuble » ; article 1792 : « Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage », etc.⁶³.

La règle a été étendue à la responsabilité contractuelle pour défaut de délivrance ; le sous-acquéreur dispose « contre le fabricant d'une action contractuelle

contraire, présumée comprise parmi les droits transmis par le cessionnaire, lorsqu'il vient à son tour à procéder à la même opération au profit d'un tiers » ; v. *Droit des obligations*, coll. *Droit civil*.

56. Cass. civ. 3^e, 16 novembre 1988, *Bull. civ.* III, n^o 163 ; *D.* 1989.157, n. Ph. Malaurie : « L'acquéreur d'un bien à titre particulier ne succède pas de plein droit aux obligations personnelles de son auteur, même si celles-ci sont nées à l'occasion du bien transmis ».

57. Cass. civ. 3^e, 7 décembre 2005, *Bull. civ.* III, n^o 244 : « en l'absence de clause expresse, la vente d'un fonds de commerce n'emporte pas de plein droit cession à la charge de l'acheteur du passif des obligations dont le vendeur pourra être tenu en raison des engagements initialement souscrits par lui ».

58. Jurisprudence constante : ex. : * Cass. Ass. plén., 7 février 1986, *sté produits céramiques de l'Anjou*, *Bull. civ. Ass. plén.*, n^o 2, 1^{er} arrêt ; *D.* 1986.293, n. crit. A. Bénabent ; *D.* 1987, somm., 185, obs. H. Groutel ; *JCPG* 1986.II.20616, n. crit. Ph. Malinvaud ; *Gaz. Pal.* 1986.II.143 ; *RTD civ.* 1986.605, obs. Ph. Rémy ; *GAJ civ.*, n^o 208 ; sur cet arrêt, *infra*, n^o 417.

59. Cass. civ. 1^{re}, 4 février 1963, *entreprise moderne de canalisations*, *Bull. civ.* I, n^o 77 ; *S.* 1963.I.93 ; *JCPG* 1963.II.13159, n. R. Savatier ; *RTD civ.* 1963.565, obs. G. Cornu : « La garantie due par le vendeur pour les vices cachés, étant inhérente à l'objet même de la vente, appartient à l'acheteur comme détenteur de la chose en vertu d'un droit qui lui est propre et qu'il tient du contrat ; à juste titre, la cour d'appel a, dès lors, estimé que le sous-acquéreur pouvait intenter l'action réhibitoire directement contre le vendeur originaire ». Sur cet arrêt, *infra*, n^o 409.

60. Cass. civ. 1^{re}, 26 mai 1999, *Contrats, conc., consom.* 1999, n^o 153, n. L. Leveneur ; n.p.B.

61. Jurisprudence plusieurs fois réitérée ; ex. : Cass. civ. 3^e, 23 mars 1968, *Bull. civ.* III, n^o 131 ; *D.* 1970.663, n. Ph. Jestaz.

62. Jurisprudence constante ; ex. : Cass. civ. 3^e, 31 janvier 2007, *Bull. civ.* III, n^o 15 ; *RDC* 2007.738, obs. S. Carval : « le contrat de vente stipulait que l'acquéreur prenait le bien vendu dans son état actuel et qu'il s'interdisait d'intenter une quelconque action contre les entreprises ayant réalisé les travaux » ; en l'espèce, après la conclusion de la vente, un mur de soutènement faisant partie du bien vendu s'était écroulé ; cassation de l'arrêt ayant refusé au vendeur la qualité pour agir contre l'architecte paysagiste qui avait fait réparer (mal) ce mur avant la vente. La Cour de cassation considère ainsi que le vendeur qui n'est plus propriétaire peut encore agir en paiement de sommes d'argent contre le débiteur, même si la créance se rattache au fonds cédé : P.Y. GAUTIER, *RTD civ.* 1997. 964 et 2002. 321.

63. Ex. : Cass. civ. 3^e, 23 septembre 2009, n^o 08-13470, *Bull. civ.* III n^o 202 ; *RDC* 2010. 589, obs. O. Deshayes ; *RTD civ.* 2010. 336, obs. P. Jourdain (l'arrêt réserve le préjudice personnel du vendeur, qui lui conserverait qualité pour agir et déclare qu'il est indifférent que lors de la vente, l'acquéreur ait connu le vice).

directe fondée sur la non-conformité de la chose et peut lui demander réparation dans le délai de droit commun »⁶⁴. Il suffit que celui qui exerce l'action soit propriétaire de la chose. Cette extension prétorienne n'intéresse pas les ventes internationales auxquelles s'applique la Convention de Vienne⁶⁵.

Plus généralement, la créance de réparation tenant à la responsabilité contractuelle est transmise au cessionnaire, par application de l'article 1615⁶⁶. Cependant, toutes les créances ne sont pas transmises ; ainsi ne l'est pas l'indemnité délictuelle, fût-elle en étroit rapport avec la chose transférée⁶⁷. Ni, en matière contractuelle, le droit au bail⁶⁸ et la créance de réparation du bailleur contre le locataire⁶⁹.

§ 3. DEVOIR D'INFORMATION ET DE CONSEIL

309. *Emptor debet esse curiosus?* Non. – L'obligation de renseignements oblige le vendeur à informer l'acheteur de ce qu'il est le seul à pouvoir connaître (cf. nouvel art. 1112-1)⁷⁰. Corrélativement, l'acheteur peut taire les informations dont il dispose sur la chose et que le vendeur aurait pu connaître⁷¹ sauf s'il avait commis des manœuvres⁷². Cette obligation apparaît surtout dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, par hypothèse profane.

64. * Cass. Ass. plén., 7 février 1986, *sté produits céramiques de l'Anjou*, préc. : A. fournit des briques qui se révèlent friables à B. entrepreneur, qui construit un bâtiment pour C. maître de l'ouvrage, lequel le vend à D. D. peut agir directement en responsabilité contractuelle contre A. Du même jour, un arrêt identique de l'Assemblée plénière sur l'action du maître contre le fabricant, *infra*, n° 417.

65. Cass. civ. 1^{re}, 5 janvier 1999, *sté Thermo-King* préc.

66. Cass. civ. 2^e, 17 décembre 2009, n° 09-11612, *Bull. civ. II* n° 290 ; *RDC* 2010. 601, obs. S. Carval : « la cession de créance transfère de plein droit au cessionnaire... sauf stipulations contraires ou actions incessibles par nature, l'action en responsabilité, contractuelle ou délictuelle, qui en est l'accessoire » ; action en responsabilité contre celui qui a frauduleusement mobilisé les créances cédées.

67. Cass. civ. 3^e, 18 juin 1997, *Le Berre*, *Bull. civ. III*, n° 149 ; *D. Aff.* 1997.89 ; *Contrats, conc., consom.* décembre 1997, comm. n° 178, n. L. Leveueur ; *Defrénois* 1997.1008, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1997.964, obs. crit. P.-Y. Gautier : « La vente de l'immeuble n'emporte pas de plein droit cession au profit de l'acquéreur des droits et actions à fin de dommages-intérêts, qui ont pu naître au profit du vendeur en raison de dégradations causées à l'immeuble antérieurement à la vente ».

68. Cass. com., 17 décembre 1996, *D.* 1997.387, n. M.-H. Monserié ; n.p.B. : « La cession d'un fonds de commerce n'inclut pas nécessairement celle du bail des locaux dans lesquels ce fonds est exploité ».

69. Cass. civ. 3^e, 2 octobre 2002, *Bull. civ. III*, n° 189 : « l'acquéreur de l'immeuble ne peut agir contre le locataire pour des manquements du bail antérieurs à la vente, sauf cessions de créance ou subrogation expresse ».

70. Ex. Cass. civ. 3^e, 21 février 2001, *Bull. civ. III*, n° 22 ; *D.* 2002, somm. 392, obs. G. Pignarre ; en l'espèce, la venderesse avait vendu une propriété rurale sans avoir informé l'acheteur qu'un droit de chasse la grevait ; l'acheteur avait demandé la réparation de son préjudice ; il fut débouté par la cour d'appel : « le droit de chasse [...] découle de la loi » ; cassation : « Vu l'art. 1602 ; [...] il appartenait à la venderesse d'informer l'acquéreur, quelle que soit l'utilisation envisagée pour l'immeuble, de la situation juridique de la propriété vis-à-vis de l'exercice du droit de chasse ».

71. Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 2000, *Aff. des photos de Baldus*, *Bull. civ. I*, n° 131 ; *D.* 2002, somm. 298, obs. Tournafond ; *JCP G* 2001.II.10510, n. Chr. Jamin ; 2000.I.272, n° 1 et s., obs. Grég. Loiseau ; *Defrénois* 2000.1110, obs. crit. D. Mazeaud ; 1115, obs. approbative Ph. Delebecque ; *Contrats, conc., consom.* 2000, comm. n° 140, n. L. Leveueur ; en l'espèce, dans une vente aux enchères, l'acheteur n'avait pas prévenu le vendeur que les photos de Baldus acquises « à un prix dérisoire avaient une grande valeur » ; rejet de l'action en nullité pour réticence dolosive : « aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur ».

72. Cass. civ. 3^e, 15 novembre 2000, *Bull. civ. III*, n° 171 ; *D.* 2002, somm. 928, obs. O. Tournafond, 2^e esp. ; *JCP G* 2002.II.100054, n. Lièvreumont ; 2001.I.301, n° 1, obs. Y. Sérinet ; *Contrats, conc., consom.* 2001, comm. n° 23, n. Leveueur ; *Defrénois* 2001.242, n. E. Savaux ; en l'espèce, des

L'article L. 111-5 du Code de la consommation met la preuve de son exécution à la charge du vendeur (*contra*, en droit commun : art. 1112-1 préc.).

Auparavant, on estimait au contraire qu'il appartenait à l'acquéreur de s'informer sur la chose qu'il acquérait : *emptor debet esse curiosus* (l'acheteur doit être curieux). Aujourd'hui, le législateur estime indispensable que le vendeur professionnel donne des informations, au moyen d'un formalisme minutieux, généralement écrit, les mentions informatives. La jurisprudence impose également au vendeur un devoir d'information (I) et même de conseil (II), qui élargit l'obligation de délivrance et la rapproche de la garantie. Les tribunaux obligent souvent les parties à collaborer (III).

Certains droits étrangers, comme le droit anglais, avec un sens plus aigu que le nôtre des besoins du commerce, sont hostiles à cette obligation de renseignements⁷³. Afin de ne pas transformer les contractants en majeurs protégés, le droit français contemporain renverse un peu l'évolution ; il souligne que ce devoir est réciproque – il y a un devoir de collaboration entre les parties –, et que chacun – notamment l'acheteur – a le devoir de s'informer⁷⁴.

Il est difficile de fonder ces obligations sur une volonté tacite qui, comme à l'accoutumée, serait artificielle. Elles sont proches des garanties légales qui découlent de la vente : le Code civil lie à la garantie d'éviction une obligation contraignant le vendeur d'immeuble à déclarer à l'acquéreur les servitudes apparentes et les charges pesant sur la chose ; de même, le vendeur n'est plus tenu des vices cachés lorsqu'il en informe l'acquéreur. On peut aussi les justifier par la théorie générale des obligations : les tribunaux rattachent parfois ces obligations aux effets que la loi attache au contrat (art. 1194, ancien art. 1135)⁷⁵, ou bien, à la bonne foi qui doit régner entre les parties, notamment dans l'exécution du contrat (art. 1104, al. 1, ancien art. 1134, al. 3).

I. — Devoir d'information

310. Distinctions. – Le vendeur, même non professionnel, doit renseigner l'acquéreur sur la chose vendue et lui communiquer les informations utiles dont il dispose. Dans les ventes mobilières, cette obligation pèse surtout sur le fabricant et le vendeur professionnel⁷⁶ : ils doivent décrire le produit, indiquer ses modalités

acquéreurs avaient commis des manœuvres pour faire ignorer aux vendeurs les richesses du sous-sol vendu ; la nullité a été prononcée pour réticence dolosive.

73. B. RUDDEN, « Le juste et l'inefficace ; pour un non-devoir de renseignements », *RTD civ.* 1985.91-104.

74. P. JOURDAIN, « Le devoir de se renseigner », *D.* 1983, chron., 139. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 11 juin 1980, *Bull. civ.* I, n° 186 ; *RTD civ.* 1984.734, obs. J. Huet ; jugé qu'un acheteur « viticulteur confirmé » « ne pouvait ignorer le danger d'une intervention dans une machine en mouvement » ; Cass. civ. 1^{re}, 26 novembre 1981, *Bull. civ.* I, n° 354 : vente d'un appareil de traitement des eaux ; l'acquéreur, spécialiste en la matière, aurait dû consulter le fournisseur sur la nature des eaux à traiter ; cf. aussi pour la vente d'ordinateurs : *infra*, n° 314.

75. Cass. civ. 1^{re}, 3 juillet 1985, *Bull. civ.* I, n° 211 ; *RTD civ.* 1986.368, obs. J. Huet : « Vu l'article 1135 [devenu l'article 1194] ; il appartient au vendeur professionnel de matériau acquis par un acheteur profane de le conseiller et de le renseigner et, notamment, d'attirer son attention sur les inconvénients inhérents à la qualité du matériau choisi par le client, ainsi que sur les précautions à prendre pour sa mise en œuvre, compte tenu de l'usage auquel ce matériau est destiné ». En l'espèce, il s'agissait de la fourniture de « tuiles ornementales », généralement utilisées en raison de leurs qualités esthétiques pour la couverture de monuments historiques. L'acquéreur les avait fait poser sur un support qui n'était pas étanche, sans que le fabricant l'eût informé de la porosité de ces tuiles ; jugé que le fabricant avait méconnu son obligation de renseignements.

76. Selon certains auteurs, les obligations du fabricant et du revendeur devraient être dissociées (G. VINEY, n. *JCP G* 1979.II.19139, 1^{re} part.) ; l'obligation de renseignements pèserait essentiellement sur le fabricant, le revendeur ayant seulement à transmettre les informations reçues du producteur. Des arrêts paraissent aller en ce sens. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 19 janvier 1983, *Bull. civ.* I, n° 30 : « L'obligation de renseigner le client sur les précautions à respecter dans la manipulation d'un appareil incombe au vendeur, et non pas, sauf circonstances particulières dont l'existence n'a pas été recherchée en l'espèce, au réparateur ». En l'espèce, la cour d'appel avait refusé au réparateur d'un congélateur le droit de se faire payer « aux motifs qu'il aurait appartenu aux "livreurs" successifs d'informer

d'utilisation⁷⁷ et donner les mises en garde nécessaires, mais ne garantissent pas le résultat ; c'est, dit la Cour de cassation, une obligation de moyens⁷⁸ ; la preuve qu'elle a été remplie incombe au vendeur⁷⁹ ; elle peut se faire librement. Si l'acheteur a été informé, il perd son action⁸⁰.

Dans les ventes de valeurs mobilières, l'obligation d'information du vendeur prend la forme d'une « *data room* » : le vendeur met à la disposition des avocats de l'acquéreur l'ensemble des documents sociaux et contrats de nature à donner une image du patrimoine, actif et passif, de l'entreprise, objet de la cession de contrôle. Les investigations peuvent être dématérialisées, sans support papier. Dans les ventes immobilières, la jurisprudence admet l'existence d'une « obligation précontractuelle d'information » pesant sur le vendeur, engageant sa responsabilité quand il omet d'informer l'acquéreur d'éléments importants du contrat qu'il était seul à connaître⁸¹. En outre, des lois récentes ont accru cette obligation en raison de l'objet particulier de la vente. Ainsi, dans les ventes d'immeubles à usage d'habitation, depuis 1996 plusieurs dispositions successives ont imposé au vendeur des « diagnostics techniques » destinés à informer l'acquéreur, sur la solidité et la salubrité des constructions (amiante (C. santé publ., art. L. 1334-13), plomb, termites, mères, gaz naturel, etc.)⁸². De même, le droit de l'environnement (C. env., art. L. 511-1 et s.) oblige le vendeur d'un terrain sur lequel se trouvaient des « installations soumises à autorisation », c'est-à-dire des installations dangereuses ou polluantes d'en informer l'acquéreur, à peine de résolution de la vente ou de supporter les frais de remise en état⁸³. Le vendeur a l'obligation de faire faire les expertises techniques que lui impose la loi et de transmettre ces

M. Vermesch des précautions à prendre dans la manipulation de l'appareil. Cassation. D'autres arrêts sont en sens contraire : ex. : * Cass. civ. 1^{re}, 23 avril 1985, *sté Lefranc-Bourgeois, Aff. du peintre Hilaire*, Bull. civ. I, n° 125 ; D. 1985.558, n. S. Dion ; RTD civ. 1986.367, obs. J. Huet : « L'obligation de renseignements incombe aussi bien au fabricant qu'au revendeur spécialisé ». Pour les vices cachés, *infra*, n° 411 ; sur l'information que le vendeur professionnel doit au consommateur : *supra*, n° 161.

77. Cass. com., 11 juillet 1988, Bull. civ. IV, n° 250 : « La société Lefébure a manqué à l'obligation à laquelle elle était tenue, en sa qualité de vendeur professionnel, de renseigner l'acquéreur d'un matériau nouveau sur ses conditions d'utilisation, le cas échéant, en lui proposant de substituer au produit choisi le matériau adéquat. » En l'espèce, il s'agissait d'un produit nouveau d'étanchéité qui s'était révélé impropre à l'usage auquel il était destiné « eu égard au site et à la période des travaux ». Jugé que le fournisseur était responsable pour manquement à son devoir de conseil, compte tenu de son expérience dans « les nouveaux produits d'étanchéité ».

78. Les attendus de la Cour de cassation sont parfois embarrassés, ce qu'explique la relativité de la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat ; ex. : * Cass. civ. 1^{re}, 23 avril 1985, *sté Lefranc-Bourgeois, Aff. du peintre Hilaire*, préc. : « Si l'obligation de renseignements est une obligation de moyens, le défaut d'information sur les conditions d'emploi du produit et les précautions à prendre prive l'utilisateur du moyen d'en faire un usage correct, conforme à sa destination » peinture vendue sous tube ne comportant aucune indication d'emploi ; utilisée par un artiste, elle s'était écaillée. Jugé que le fabricant était responsable.

79. * Cass. civ. 1^{re}, 28 octobre 2010, *aff. des carrelages en terre cuite* ; *infra*, n° 314.

80. Par ex. Cass. civ. 3^e, 16 janvier 2013, n° 11-27101, Bull. civ. III n° 4 ; D. 2013. 676, n. O. Sutterlin (risque de pollution).

81. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 28 mai 2008, Bull. civ. I, n° 154 ; JCP G 2008.II.10179, n. F. Beyneix ; en l'espèce, le vendeur d'un appartement situé en rez-de-chaussée avec vue sur un espace vert, n'avait pas informé l'acquéreur que serait édiflée une future construction le privant de sa vue ; il a été condamné à réparer le préjudice subi par l'acquéreur ; v. aussi pour le dol par réticence *supra* n° 284.

82. L'erreur de diagnostic n'entraîne ni la responsabilité du vendeur de bonne foi si avait été stipulée une clause de non garantie, ni celle de l'expert s'il n'avait pas commis de faute : Cass. civ. 3^e, 6 juillet 2011, n° 10-18882, Bull. civ. III, n° 126 ; RTD civ. 2011.776, obs. crit. P.-Y. Gautier ; *Contrats, conc. consom.* 2011, n° 232, n. L. Leveneur. Ce diagnostic serait donc un « leurre » (P.-Y. GAUTIER, obs. préc.).

83. Ex. : Cass. civ. 3^e, 12 janvier 2005, Bull. civ. III, n° 8 ; D. 2005, Jur. 2513, n. M. Boutonnet ; JCP G 2006.II.10033, n. P. Savin et Y. Martinet ; *Defrénois* 2006.726, n. B. Rolland : « lorsqu'une installation soumise à autorisation a été exploitée sur un terrain, le vendeur de ce terrain est tenu d'en informer par écrit l'acheteur ; il l'informe également, pour autant qu'il les connaisse, des dangers ou inconvénients importants qui résultent de l'exploitation » ; en l'espèce, le terrain vendu avait été une décharge publique ; cassation de l'arrêt qui avait refusé de prononcer la résolution de la vente, car l'acheteur était, en fait, au courant.

informations à l'acquéreur mais, sauf stipulation particulière, il ne prend aucune obligation de garantie spéciale (d'absence d'amiante, de plomb, etc.)⁸⁴. Cependant, s'il est prouvé qu'il les a dissimulées intentionnellement, il pourra être condamné pour réticence dolosive⁸⁵. Le vendeur ne saurait reprocher à l'acheteur de ne pas s'être entouré de conseils d'autres professionnels⁸⁶. Les frais du diagnostic peuvent être mis à la charge de l'acheteur⁸⁷. Le diagnostiqueur qui se trompe engage sa responsabilité et devra réparer l'entier dommage⁸⁸.

La loi « ALUR » du 24 mars 2014 oblige également à des informations lorsque le bien est dans un immeuble en copropriété (CCH, art. L. 721-1 et s., ex. : règlement de copropriété, procès-verbaux des dernières assemblées générales, montant des charges...). Elles peuvent être données sur tous supports, y compris électroniques, ce qui évite le recours aux annexes (art. L. 721-2, Ord. 27 août 2015). Si elles ne sont pas délivrées, le délai du droit de rétractation ne court pas (art. L. 721-3, renvoyant à l'art. L. 271-1).

La jurisprudence fait une distinction en trois branches, selon le danger ou la nouveauté du produit vendu et la qualité de professionnel ou de profane de l'acquéreur ; les arrêts n'énoncent guère de principes⁸⁹.

311. 1^o Chose dangereuse, acheteur profane. – Lorsque la chose est dangereuse, le vendeur professionnel doit prendre plusieurs précautions : non seulement un emballage solide, mais aussi, si l'acquéreur est profane, une mise en garde⁹⁰. L'obligation est particulièrement pressante lorsqu'il s'agit d'une chose à la fois dangereuse et nouvelle vendue à des profanes⁹¹ ; la Cour de cassation a même décidé qu'il était tenu d'une obligation de sécurité⁹². Les articles 1245

84. Cass. civ. 3^e, 6 juillet 2011, préc. (amiante dans les cloisons d'une chambre et d'un dressing, non décelable sans travaux destructifs) ; Cass. civ. 3^e, 23 septembre 2009, *Bull. civ.* III n^o 204 ; *Contrats, conc., consom.* 2009 n^o 285, n. L. Leveneur ; *Defrénois* 2010. 99, n. E. Savaux ; *RDC* 2010. 657, obs. Ph. Brun ; *Revue Lamy dr. civ.* janv. 2010, n. Delahais et Metayer : la loi « n'oblige le propriétaire de l'immeuble qu'à transmettre à l'acquéreur l'état établi par le professionnel, sans constater l'existence d'un engagement spécifique des vendeurs de livrer un immeuble exempt d'amiante ».

85. Cass. civ. 3^e, 16 mars 2011, n^o 10-10503, *Bull. civ.* III, n^o 36 ; *Defrénois* 2011. 1400, n. J.-B. Seube : incombe au vendeur un « devoir général de loyauté » (présence d'amiante, le vendeur le savait et n'en a rien dit).

86. Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 2012, n^o 11-17860, *Contrats, conc. consom.* 2012 n^o 251, n. L. Leveneur, n.p.B. (volets en sapin pour une maison de Noirmoutier).

87. Cass. civ. 3^e, 16 janvier 2013, n^o 11-22591, *Bull. civ.* III n^o 6, *JCP G* 2013, 974, obs. J. Ghestin : règle supplétive.

88. Ex. : * Cass. ch. mixte, 8 juillet 2015, n^o 13-26686, *Bull. civ. ch. mixte* à paraître ; *JCP G* 2015, 1088, obs. Y.M. Serinet ; *D.* 2015. 2155, n. V. Mazeaud et 2016. 38, obs. P. Brun ; *Contrats, conc. consom.* 2015, n^o 253, n. L. Leveneur ; *RTD civ.* 2015. 895, obs. P.Y. Gautier, 2016.130, obs. P. Jourdain ; *RDC* 2015. 848, obs. O. Deshayes ; *Dr. et patr.*, févr. 2016, n. Ph. Stoffel-Munck (état parasitaire erroné, les acheteurs sont en droit de se faire indemniser de la totalité des travaux effectués et pas seulement de la perte d'une chance).

89. V. toutefois * Cass. com., 1^{er} décembre 1992, *sté Lefebvre et Trezeguet*, *Bull. civ.* IV, n^o 391 : « Tout vendeur d'un matériel doit, afin que la vente soit conclue en connaissance de cause, s'informer des besoins de son acheteur et informer ensuite celui-ci des contraintes techniques de la chose vendue et de son aptitude à atteindre le but recherché ».

90. Ex. : insert ayant provoqué un incendie : Cass. civ. 1^{re}, 18 juin 2014, 13-16585, *Bull. civ.* I n^o 114 ; *Contrats, conc. consom.* 2014, n^o 212, n. L. Leveneur (le vendeur aurait dû conseiller à l'acheteur de le faire installer par un professionnel qualifié et ne pas se contenter de la remise de la notice d'utilisation) ; produit agricole dangereux pour les yeux : il faut que le fabricant le dise ; il ne suffit pas qu'il indique le mode d'emploi et recommande d'éviter un contact prolongé avec la peau : Cass. civ. 1^{re}, 14 décembre 1982, *Bull. civ.* I, n^o 361 ; *RTD civ.* 1983.544, obs. G. Durry : « Le fabricant d'un produit doit fournir tous les renseignements indispensables à son usage et notamment avertir l'utilisateur de toutes les précautions à prendre lorsque le produit est dangereux » ; pour la charge de la preuve d'un vice caché, *infra*, n^o 402. Sur le vice caché d'une chose dangereuse, *infra*, n^o 396.

91. Le produit réunissant le plus le danger et la nouveauté est le médicament ; *infra*, n^o 396.

92. Cass. civ. 1^{re}, 11 juin 1991, *Aff. du Mobil-home*, *Bull. civ.* I, n^o 201 ; *D.* 1993, somm., 241, obs. O. Tournafond ; *JCP G* 1993.I.3572, obs. G. Viney ; *RTD civ.* 1992.114, obs. P. Jourdain : « L'action en

etsuivants (anciens art. 1386-1 ets.), transposant la directive de 1985, fixent désormais ses obligations⁹³. Évidemment, si l'information a été convenablement donnée, le fabricant n'est pas responsable du dommage causé par l'utilisation imprudente de la chose⁹⁴.

312. 2° Chose dangereuse, acheteur professionnel. – L'obligation d'information est moins étendue lorsque la chose est dangereuse et que l'acquéreur est un professionnel de la même spécialité que le fabricant, apte à connaître la chose⁹⁵. Lorsque la chose est nouvelle, le vendeur doit en outre donner à l'acheteur, même professionnel, les renseignements utiles⁹⁶.

Elle disparaît lorsque la chose n'est pas dangereuse et que l'acquéreur est lui aussi un professionnel ayant la compétence nécessaire⁹⁷; la responsabilité est exclue parce que le dommage est exclusivement imputable à l'imprudence de l'acquéreur.

313. 3° Chose non dangereuse, acquéreur profane. – Le droit commun de l'obligation d'information a pour domaine la vente d'une chose non dangereuse faite à un profane. Le vendeur professionnel ou non professionnel doit informer l'acquéreur de ce qu'il sait sur la chose et que l'acquéreur ne peut être en mesure de connaître lui-même⁹⁸.

II. — Devoir de conseil

314. Vendeur professionnel. – Le vendeur professionnel doit conseiller son acquéreur sur l'utilisation de la chose vendue et c'est sur lui que pèse la charge de la preuve⁹⁹. Cette obligation est plus étendue lorsque l'acquéreur est un

responsabilité contractuelle exercée contre le vendeur pour manquement à son obligation de sécurité, laquelle consiste à ne livrer que des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou pour les biens, n'est pas soumise au bref délai impartit par l'article 1648 ». En l'espèce, les acquéreurs d'un *mobile-home* étaient morts dans leur véhicule, intoxiqués par l'oxyde de carbone le lendemain de l'acquisition; jugé que l'action en responsabilité contractuelle n'était pas soumise à ce qui était alors le « bref délai » de l'article 1648.

93. *Infra*, n° 396.

94. Cass. civ. 2^e, 21 juin 1982, *Bull. civ. II*, n° 537 : « Il n'existait aucune certitude qu'une faute en relation de cause à effet avec le dommage ait été causée par la société Péchiney ».

95. Ex. : Cass. com., 8 janvier 1973, *Bull. civ. IV*, n° 16 : « Le vendeur d'un produit dont la dénomination était indiquée n'était pas tenu d'y joindre un mode d'emploi, l'acheteur devant en sa qualité de professionnel connaître la formule d'utilisation ou se renseigner sur elle ».

96. Cass. civ. 1^{re}, 4 mai 1994, *Bull. civ. I*, n° 163 ; *D.* 1994, somm., 236, obs. G. Paisant : « Le vendeur d'un produit très récemment commercialisé (graines de cerfeuil tubéreux) avait l'obligation de donner à l'utilisateur tous renseignements utiles pour sa mise en œuvre ».

97. Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 1998, *Bull. civ. I*, n° 198 ; *D. Aff.* 1998.1172 : « L'obligation d'information du fabricant à l'égard de l'acheteur professionnel n'existe que dans la mesure où la compétence de celui-ci ne lui donne pas les moyens d'apprécier la portée exacte des caractéristiques techniques des biens qui lui sont livrés » ; en l'espèce, le vendeur professionnel d'une soupape défectueuse destinée à une automobile a été débouté de son action en garantie contre le fabricant : il lui « appartenait, en sa qualité de vendeur professionnel, de prendre toutes mesures autorisant une connaissance parfaite de la part du public ».

98. Ex. : Cass. civ. 3^e, 21 juillet 1993, *Bull. civ. III*, n° 117 ; *D.* 1994, somm., 237, obs. O. Tournafond : le vendeur non professionnel n'engage sa responsabilité pour manquement à son obligation d'information que « s'il disposait d'informations qu'il n'avait pas communiquées aux acquéreurs ».

99. * Cass. civ. 1^{re}, 28 octobre 2010, n° 09-16913, *aff. des carrelages en terre cuite*, *Bull. civ. I*, n° 215 ; *D.* 2010.2580, obs. X. Delpech ; *Defrénois* 2010.2309, n. G. Rabu ; *RDC* 2011.531, n. S. Pimont : « il incombe au vendeur professionnel de prouver qu'il s'est acquitté de l'obligation de conseil lui imposant de se renseigner sur les besoins de l'acheteur afin d'être en mesure de l'informer ».

néophyte. Longtemps cette obligation a été limitée aux choses complexes telles qu'un ordinateur ; la Cour de cassation l'applique maintenant à toute espèce de chose¹⁰⁰. L'article 1112-1 du Code civil ne codifie que l'obligation d'information, mais celle de conseil s'impose par la nature de chaque contrat.

Cette obligation existe avant la conclusion du contrat : les tribunaux décident que le fournisseur¹⁰¹ doit conseiller l'acquéreur en lui indiquant quel matériel convient à ses besoins ; elle constitue, même alors, une responsabilité contractuelle¹⁰². Elle continue après la formation du contrat afin, cette fois, d'aider au bon fonctionnement de l'appareil¹⁰³.

La responsabilité du vendeur n'est pas engagée du seul fait que la chose vendue n'a pas les performances escomptées¹⁰⁴, parce qu'une collaboration – un « dialogue » dit parfois la Cour de cassation – doit s'établir entre le vendeur et son contractant tenu de l'informer de ses besoins¹⁰⁵. Souvent, est adjoind un contrat de maintenance, obligeant le fournisseur à entretenir la chose vendue¹⁰⁶. En d'autres termes, le vendeur a une obligation de conseil et d'information ; l'acquéreur, une obligation de collaboration. Si l'acheteur ne suit pas le conseil que lui a donné le vendeur, celui-ci échappe à toute responsabilité¹⁰⁷.

315. Fournisseur et installateur. – Lorsque la vente a pour objet un matériel qui doit être installé par un spécialiste, ne comporte aucun vice de fabrication et a été mal installé, c'est l'installateur qui est tenu du devoir de conseil¹⁰⁸ (sans avoir de

quant à l'adéquation de la chose proposée à l'utilisation qui en est prévue ». En l'espèce, la vente faite par un professionnel portait sur des carrelages destinés à être posés autour de la piscine de l'acheteur, carrelages qui s'étaient désagrégés au contact de l'eau de piscine, par un phénomène d'électrolyse : la cour d'appel avait exonéré le vendeur parce qu'il n'avait pas été informé par l'acheteur de l'emploi de la marchandise vendue. Cassation.

100. . * Cass. civ. 1^{re}, 28 octobre 2010, *aff. des carrelages en terre cuite*, préc.

101. Cass. com., 5 décembre 1989, *Bull. civ. IV*, n° 306 ; *D.* 1990, somm., 322, obs. J. Huet : le devoir de conseil incombe exclusivement au distributeur lorsque lui seul a été en relation avec l'acheteur.

102. Cass. com., 25 juin 1980, *Bull. civ. IV*, n° 276 ; *RTD civ.* 1981.157, obs. G. Durry : « *Le devoir de conseil constitue une obligation contractuelle* ». Par conséquent, l'assureur qui ne couvre que la responsabilité délictuelle du fournisseur n'engage pas sa garantie.

103. Cass. com., 11 juillet 2006, *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. n° 108, n. L. Leveneur ; n. p. B. statuant sur le fondement de l'obligation de délivrance : elle « *n'est pleinement exécutée qu'une fois réalisée la mise au point effective de la chose vendue* ».

104. Cass. com., 3 décembre 1985, *Bull. civ. IV*, n° 284 ; *RTD civ.* 1986.372, obs. Ph. Rémy ; *R. informatique*, 1986, n° 4, le devoir de conseil ne constitue pas une obligation de résultat.

105. Cass. com., 14 mars 1989, *Bull. civ. IV*, n° 89 : « *Les manquements éventuels du fournisseur d'un équipement informatique à son devoir de conseil, dont elle (la cour d'appel) a relevé exactement qu'il se limitait à une obligation de moyens, devaient s'apprécier en fonction des besoins et des objectifs définis par son client* ».

106. Sur le transfert au sous-acquéreur du contrat de maintenance : Versailles, 21 mai 1986, *D.* 1987.266, n. J. Huet.

107. Ex. : Cass. com., 11 juin 1985, *Bull. civ. IV*, n° 188. En l'espèce, l'acquéreur d'un dispositif contre le vol n'avait pas accepté les propositions de la société Fichet-Baude et avait acquis un procédé moins élaboré. Jugé que « *la société Fichet-Baude ne pouvait être tenue en l'occurrence d'une obligation de résultat et n'avait pas manqué à son obligation de conseil* ». Cass. civ. 1^{re}, 11 déc. 2013, n° 12-23372 : « *il incombait à la société commerciale Citroën, vendeur professionnel, de prouver qu'elle s'était acquittée de son obligation de conseil lui imposant de se renseigner sur les besoins de M. X afin d'être en mesure de l'informer, au regard de la nature et de l'importance des réparations effectuées sur ce véhicule, de l'adéquation de celui-ci à l'utilisation qu'il projetait et aux qualités qu'il en attendait...* ».

108. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 7 avril 1998, *Bull. civ. I*, n° 150 ; *Contrats, conc., consom.* 1997, comm. n° 97, n. L. Leveneur : « *L'obligation de conseil imposait à l'installateur, de s'informer des besoins de sa cliente et d'adapter le matériel proposé à l'utilisation qui en était prévue* ».

recours en garantie contre le fabricant), parce que sa spécialité professionnelle lui permet d'en savoir autant que le fournisseur¹⁰⁹ ; l'obligation de conseil du vendeur n'exclut pas celle de l'installateur. Le conseil doit avoir un rapport direct avec l'utilisation de la chose¹¹⁰.

III. — Devoir de collaboration

316. Exécution et formation du contrat. – Plus qu'une obligation unilatérale de renseignements, s'est développé un devoir réciproque de collaboration. Le vendeur doit informer l'acheteur de ce qu'il sait et interroger l'acheteur sur ce que celui-ci désire ; de son côté, l'acheteur doit informer le vendeur de ce qu'il désire et de ses difficultés et interroger le vendeur sur ce que celui-ci sait.

La vente n'est pourtant pas un contrat de société ; la communauté d'intérêts entre le vendeur et l'acheteur, bien qu'elle ne soit pas inexistante, n'est pas marquée, à cause de leur antagonisme. Il n'existe de devoir de collaboration qu'autant que la bonne foi l'impose ; le critère n'est guère précis car tout dépend des circonstances : la qualité des parties – le vendeur n'a pas à informer un acheteur de ce qu'il pouvait s'informer lui-même – et la nature de la chose vendue – plus elle est complexe, plus le vendeur est seul à la connaître et donc est étendue son obligation d'information.

Le moment où doit s'exercer cette collaboration dépend de l'objet de la vente : soit pendant l'exécution du contrat : les contrats de concession exclusive¹¹¹ et de franchisage¹¹² en sont un exemple. Soit avant la conclusion et lors de l'exécution, comme la vente d'ordinateur¹¹³. Soit seulement lors de la conclusion : lorsque l'acheteur entend faire de la chose un usage spécial¹¹⁴, il doit en informer le vendeur, qui est alors responsable de l'impropriété de la chose¹¹⁵, non dans le cas contraire¹¹⁶ ; inversement, le vendeur doit parfois s'informer de l'usage auquel l'acheteur entend employer la chose¹¹⁷.

109. Cass. civ. 1^{re}, 26 novembre 1981, *supra*, n° 307 : « Il ne pouvait être reproché à la société CIR (le fabricant) de ne pas s'être inquiétée de l'eau à traiter, cette démarche incombant en premier lieu à l'utilisateur, la société des établissements Armand et cie, qui ne pouvait arguer de son ignorance en la matière et à qui il appartenait de consulter la société CIR en lui présentant "toutes les données du problème à résoudre" ».

110. Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2002, *Caméra café*, *Bull. civ. I*, n° 177 ; *RTD civ.* 2003.83, obs. J. Mestre et B. Fages et 105, obs. P.-Y. Gautier : le devoir de conseil du vendeur « s'inscrivait nécessairement dans son domaine de compétence technique », ce qui n'était pas le cas pour savoir si un employeur pouvait installer des caméras dans la cafétéria de l'entreprise.

111. *Infra*, n° 826.

112. *Infra*, n° 838.

113. Ex. : assurer ensemble la formation du personnel.

114. Ex. : usage d'une automobile de tourisme pour la compétition.

115. Ex. : Cass. com., 15 avril 1975, *Bull. civ. IV*, n° 106 : peinture utilisée pour enduire une cuve à vin : le vendeur « informé de la destination de la peinture s'est abstenu, malgré la demande qui lui était faite, de signaler qu'il y avait une contre-indication, et a ainsi livré, en connaissance de cause, un produit impropre à l'usage auquel il était destiné ». Cass. com., 11 mai 1965, *Bull. civ. III*, n° 306 : le chantier naval avait livré une vedette de rivière, alors qu'il savait que l'acheteur devait l'utiliser en mer ; jugé que la vente devait être résolue.

116. Cass. com., 19 mars 1973, *Bull. civ. IV*, n°s 124 et 125 (2 arrêts) : sans que le vendeur le sache, l'acheteur emballe des fruits avec un papier taché, destiné à d'autres usages ; Cass. com., 24 janvier 1968, *JCP G* 1968.II.15429 : machine à laver utilisant non l'eau de ville, mais celle d'un puits particulièrement calcaire, sans que le vendeur l'ait su.

117. Cass. com., 14 novembre 1977, *Bull. civ. IV*, n° 253 : bagues d'étanchéité fabriquées sur mesures dont les propriétés diffèrent selon le découpage : le vendeur fabricant est responsable pour 10 % du défaut de conformité s'il ne s'est pas renseigné sur les besoins de l'acheteur.

■ CHAPITRE II ■

SANCTIONS DU DÉFAUT DE DÉLIVRANCE

317. Carences du vendeur. – Le défaut de délivrance constitue pour le vendeur l'inexécution de son obligation principale, obligation qui découle d'un contrat synallagmatique. Le droit de la vente applique donc ici les règles prévues par la théorie générale des obligations, mais les infléchit lorsque la vente est commerciale. La carence du vendeur doit être sanctionnée sauf lorsqu'elle est justifiée (Section I) ; l'acheteur jouit d'une option (Section II) entre l'exécution (Section III) et la résolution, à laquelle peuvent s'ajouter, s'il a éprouvé un préjudice, des dommages-intérêts relevant de la responsabilité contractuelle (Section IV). Des règles particulières s'appliquent aux ventes commerciales (Section V)

La preuve de la remise matérielle de la chose incombe au vendeur¹, celle du défaut de conformité sur l'acheteur² : cette répartition relève du bon sens.

SECTION I

FAITS JUSTIFICATIFS DU VENDEUR

Le vendeur peut repousser l'action en exécution ou en résolution de l'acheteur insatisfait si ce dernier n'a pas payé le prix, au moyen de l'exception d'inexécution (§ 1) ou si l'inexécution est due à la force majeure ou au fait de l'acheteur (§ 2). Il peut également repousser l'action en résolution tenant à une délivrance défectueuse si l'acheteur a accepté la marchandise purement et simplement, ce que l'on appelle la réception sans réserve (§ 3). Tout ceci est de droit commun.

1. Ex. : Cass. com., 21 octobre 1974, *Bull. civ. IV*, n° 261 : cassation de l'arrêt qui avait condamné l'acheteur à payer le prix pour le motif qu'il avait refusé de vérifier la conformité de la chose, sans chercher si le vendeur la lui avait présentée.

2. L'art. L. 217-7 C. consom. présume, sauf preuve contraire, que les défauts de conformité apparaissant dans les vingt-quatre mois de la délivrance existaient lors de la délivrance. CJUE, 4 juin 2015, *D. 2015. 1275* : la présomption est d'ordre public.

§ 1. EXCEPTION D'INEXÉCUTION

L'exception d'inexécution invoquée par le vendeur a surtout sa place dans les ventes au comptant ; elle exerce aussi un rôle, mais moindre, dans les ventes où le prix est payable à terme.

318. Ventes au comptant : donnant-donnant. – Dans les ventes au comptant, le vendeur est dispensé de délivrer la chose si l'acheteur ne paye pas le prix (art. 1612)³. Donnant-donnant : cette faculté de ne pas livrer la chose constitue une exception d'inexécution et produit les effets d'un droit de rétention. Lorsque l'acheteur refuse de payer le prix en raison de l'inexécution par le vendeur de son obligation de délivrance, le vendeur ne peut invoquer l'article 1612 ; afin de sortir de ce cercle vicieux, la Cour de cassation donne, sauf convention particulière, la priorité à l'obligation de délivrance : le vendeur ne peut réclamer le paiement du prix que s'il a délivré la chose⁴.

Le droit de rétention du vendeur est opposable aux tiers de bonne foi⁵. Dans les ventes avec livraisons successives dont une n'a pas été payée, le vendeur ne peut refuser d'exécuter une livraison ultérieure que si le marché est indivisible, ce qui n'est qu'une conséquence de l'étendue de la délivrance⁶.

L'exception d'inexécution est désormais réglementée de façon générale par les nouveaux articles 1219-1220, la théorie générale des obligations et le droit des contrats spéciaux devant ainsi se combiner. Elle disparaît, bien entendu, lorsque le prix est payable à terme. Le vendeur ne peut alors refuser de délivrer la chose pour le motif que l'acheteur ne paye pas comptant, même si, après le contrat, lui naissent des craintes sur la solvabilité de l'acheteur. Sauf en cas de procédure collective ou de déconfiture de l'acheteur (art. 1613), même si elles n'entraînent plus, en général, déchéance du terme.

§ 2. FORCE MAJEURE

319. Délivrance impossible. – Un événement rendant impossible la délivrance ne libère le vendeur de son obligation de délivrance que s'il remplit les trois caractères de la force majeure, c'est-à-dire s'il est imprévisible, irrésistible et non

3. L'exception joue aussi bien contre l'acheteur que contre les sous-acquéreurs ; elle porte également sur les accessoires, par exemple les documents administratifs : ex. Cass. civ. 1^{re}, 24 septembre 2009, n° 08-10152, *Bull. civ. I*, n° 178 ; *D.* 2010. 302, n. N. Borga ; *JCP G* 2009. 380, n. A. Aynès ; *Contrats, conc. consom.* 2009 n° 284, n. L. Leveneur : « Vu l'art. 1612 C. civ., ensemble les règles gouvernant le droit de rétention ; le droit de rétention est un droit réel opposable à tous, y compris aux tiers non tenus de la dette » (les sous-acquéreurs de camping-cars ne peuvent contraindre le vendeur impayé par son débiteur insolvable à leur remettre les pièces administratives). La solution est identique dans le contrat de dépôt.

4. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 19 novembre 1996, *Bull. civ. I*, n° 411 ; *JCP G* 1997.II.22862, n. J. Huet : « Sauf convention particulière, l'obligation, pour l'acheteur, de payer le prix de vente résulte de l'exécution complète, par le vendeur, de son obligation de délivrance » ; en l'espèce, un ensemble de matériel informatique avait été incomplètement livré ; l'acheteur refusait de payer le prix ; cassation de l'arrêt qui le condamne à payer, alors que le dispositif manquant était indispensable au fonctionnement du système.

5. Cass. civ. 1^{re}, 24 septembre 2009, préc. : rétention des cartes grises de camping-cars déjà revendus à des sous-acquéreurs ; le droit réel du vendeur leur est opposable.

6. Cass. civ., 2 juillet 1924, *DP* 1926.1.95 : « Le contrat prévoyant des livraisons à des dates échelonnées, chaque livraison constituait, en l'absence d'une indivisibilité du contrat voulue par les parties, une vente distincte ». *Supra*, n° 302.

imputable au vendeur⁷. De simples difficultés d'exécution, rendant plus onéreuse la délivrance, ne libèrent pas le vendeur.

La force majeure temporaire entraîne seulement la suspension du contrat ; si l'exécution était encore possible, l'acquéreur n'aurait donc pas la faculté de refuser la livraison tardive, sauf si elle devait avoir lieu dans un délai déterminé (Convention de Vienne, art. 79).

Une clause du contrat peut déterminer la notion et les effets de la force majeure. Elle est fréquente dans les ventes commerciales à exécution successive et dans les ventes internationales⁸. Son but principal est de préciser quels événements peuvent libérer le vendeur ; il est aussi souvent d'élargir la définition de la force majeure ; par exemple, la clause de *hardship* permet de réviser la vente dont, par suite de l'évolution économique, l'exécution devient trop onéreuse pour l'une des parties. Le nouvel article 1195 la rend moins utile.

§ 3. FAIT DE L'ACHETEUR

320. Défaut de collaboration. – Le vendeur peut aussi se justifier en démontrant que l'inexécution, notamment l'exécution défectueuse, avait pour cause le fait de l'acheteur, qui par exemple, n'avait pas convenablement indiqué l'usage inhabituel auquel il destinait la chose.

§ 4. RÉCEPTION SANS RÉSERVE

321. Agréation ; réception. – L'agréation, ou réception, est l'acceptation de la marchandise⁹ dans les ventes d'objets mobiliers corporels ; elle libère le vendeur de son obligation de délivrance. Elle suppose que l'acheteur a été en mesure de contrôler la conformité de la marchandise remise. À cet égard, il y a une règle générale, faite pour les choses simples, qui s'est adaptée aux choses complexes.

À l'égard des choses simples, un coup d'œil suffit pour savoir si elles sont conformes. Sauf convention contraire¹⁰, le contrôle s'accomplit au temps et au lieu où doit s'effectuer la remise, celui de l'expédition (le plus courant) ou celui de l'arrivée ; il peut être l'œuvre d'un tiers, mandataire de l'acquéreur¹¹. À l'égard

7. Les décisions relatives à la **fourniture d'électricité** qui ont une conception étroite de la force majeure. Ex. : TGI, Angers, 11 mars 1986, *JCP G* 1987.II.20789, n. appr. J.-P. Gridel : ne constitue pas une force majeure libératoire un froid exceptionnel lorsque « l'EDF ne verse aucune pièce de nature à justifier que les jours précis où se sont produites les interruptions de courant incriminées le froid ait été si exceptionnel qu'il ne pouvait être raisonnablement prévu ». De même, Douai, 17 mars 1989, *JCP G* 1989.II.21386, n. appr. O. Sachs : jugé que l'obligation d'EDF à l'égard d'un « abonné de base » (*sic*) est une obligation de moyens, et que l'EDF ne répond pas des interruptions de courant dues à des « circonstances climatologiques d'une exceptionnelle sévérité ».

8. M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux*, FEC, 1989, p. 211 et s.

9. H. BOUCARD, *L'agréation de la livraison dans la vente*, public. Univ. Poitiers 2005 ; M. ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, *op. cit.*, *supra*, n° 286, n°s 92-109 ; Ph. KAHN, *La vente commerciale internationale*, *op. cit.*, p. 122-132.

10. Ex. : « En cas de livraison par bateau, la reconnaissance de la marchandise en qualité aura lieu dans le bateau avant que soient entreprises les opérations de déchargement. La vérification en quantité est effectuée contrairement avec le marinier ; aucune réclamation ne sera admise si elle n'a pas été formulée avant le déchargement ».

11. Ex. : Cass. com., 17 février 1998, *Bull. civ. IV*, n° 84 ; en l'espèce, la marchandise (vêtements importés de Thaïlande) n'avait pas été réceptionnée chez le vendeur par l'acheteur lui-même, mais par son mandataire, qui l'a remise ensuite à un transporteur. Jugé que le vendeur avait « rempli son obligation de délivrance ».

des choses complexes, le contrôle prend du temps et une période d'essai doit souvent s'écouler afin que soit appréciée la conformité¹².

La protestation peut prendre une forme quelconque, tandis que lorsqu'il s'agit de vices cachés, elle doit résulter d'une action en justice. À la réception sans réserve est assimilée la tardiveté de la protestation de l'acquéreur, qui doit être faite rapidement, conformément aux usages.

L'acheteur qui accepte sans protester la chose qui lui est remise ne peut, par la suite, prétendre qu'il y avait un défaut apparent de conformité, tenant à une insuffisance de quantité ou à un défaut de qualité¹³. Si le défaut n'est pas apparent, mais aisément décelable par un examen attentif – dont l'ampleur et la nature dépendent de la nature de la marchandise et de la qualité des parties¹⁴ –, l'acheteur peut encore protester. S'il s'agit d'un vice caché, l'acheteur peut invoquer la garantie des vices cachés dans les deux années suivant leur découverte¹⁵.

Si le vendeur ne peut invoquer ces faits justificatifs, l'acheteur bénéficie d'une option.

SECTION II

OPTION DE L'ACQUÉREUR

322. Exécution ou résolution. – En cas de délivrance défectueuse, l'acheteur peut refuser de payer le prix en invoquant l'exception d'inexécution, sans être obligé de demander tout de suite la résolution de la vente ou la diminution du prix¹⁶. Cette attitude est temporaire.

L'acheteur peut, à son choix, demander l'exécution forcée de la délivrance, solliciter une réduction du prix ou provoquer la résolution du contrat. L'article 1610 ne fait qu'appliquer à la vente le principe général posé par l'article 1217 pour tous les contrats synallagmatiques. Il est désormais doublé par des résolutions non judiciaires (nouveaux art. 1217, 1224 et s.).

12. Ex. : Cass. com., 10 février 2015, n° 13-24501, *Bull. civ.* IV n° 33 ; *Contrats, conc. consom.* 2015, n° 111, n. L. Leveueur ; *D.* 2015. 1683, n. T. Rouhette et C. Tiliard ; *RDC* 2015. 494, obs. J. Huet ; *Dr. et patr.*, juill.-août 2015, p. 82, obs. L. Aynès (industrie spatiale) : « il importe que soit établie l'effectivité de la mise en route [...] s'agissant de matériels très sophistiqués ».

13. Jurisprudence constante ; ex. : Cass. com., 1^{er} mars 2005, *Bull. civ.* IV, n° 42 ; *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. n° 127, n. L. Leveueur : « l'acceptation sans réserve de la marchandise vendue par l'acheteur lui interdit de se prévaloir du défaut de conformité » ; en l'espèce, après livraison de la marchandise, acceptée sans réserve, le vendeur assigna l'acheteur en paiement du solde du prix ; la cour d'appel accueillit la demande reconventionnelle de l'acheteur en résolution de la vente pour défaut de conformité ; cassation.

14. Cass. civ. 1^{re}, 20 mai 2010, n° 09-10086, *Bull. civ.* I, n° 119 ; *JCPG* 2010.842, n. crit. H. Bourcart ; *D.* 2010.1757, n. O. Deshayes ; *RDC* 2010.1317, obs. Ph. Brun ; en l'espèce, l'acheteur – un professionnel – avait réceptionné sans réserve la marchandise, dont le défaut de conformité n'était pas apparent ; jugé que la responsabilité devait être partagée entre vendeur et acquéreur et les dommages-intérêts modérés : « La Sté Alupharm (acquéreur) avait commis une faute de négligence en acceptant sans réserve ni contrôle technique lesdits conteneurs (achetés d'occasion) tandis que la qualité de l'inox était déterminante et qu'il était techniquement possible de la vérifier rapidement ».

15. Ex. : Cass. com., 4 juin 1981, *Bull. civ.* IV, n° 263 : « L'agrège n'avait pas eu pour objet de priver la société Sucab du droit de mettre en cause la société Robin à raison des vices cachés qui affectaient antérieurement la marchandise ». *Infra*, n° 400.

16. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 25 mars 1997, *Bull. civ.* I, n° 111 ; en l'espèce, une personne avait acheté des piquets de clôture, qui lui furent livrés ; mais en raison d'un défaut de percement, ils étaient défectueux ; elle accepta de les conserver, mais refusa de les payer ; le tribunal la condamna « au motif que ni la résolution de la vente, ni une diminution de prix n'étaient demandées » ; cassation.

L'option est libre et révocable ; notamment l'acheteur peut agir en exécution, même s'il a commencé par agir en résolution et inversement¹⁷.

Avant de former sa demande en exécution ou en résolution de la vente, l'acheteur doit, conformément au droit commun, mettre en demeure le vendeur, sauf lorsque l'inexécution est avérée.

Le sous-acquéreur peut exercer cette option et ces actions contre le vendeur initial, car il les a recueillies dans la vente comme des accessoires de la chose vendue, dans les mêmes conditions que la garantie des vices cachés. Dans certaines ventes commerciales, des clauses restreignent l'exercice de l'option, en prévoyant, par exemple, que seule la réfaction peut avoir lieu ; ces clauses sont licites, mais évidemment ne peuvent permettre au vendeur de livrer ce qu'il lui plaît¹⁸.

SECTION III ACTION EN EXÉCUTION

323. Inexécution totale et défectueuse. – L'exécution forcée suppose en droit civil que l'acheteur l'ait fait ordonner par un jugement, que l'inexécution ait été totale ou simplement défectueuse. Muni du jugement, il pourra prendre possession du corps certain promis, au besoin avec une astreinte ou le recours à la force publique. Les nouveaux articles 1217 et 1221 consacrent le principe de l'exécution forcée en nature, mettant fin aux incertitudes dans l'application de l'ancien article 1142. Pour les ventes commerciales ayant pour objet une chose de genre, il s'agit de remplacement qui se fait sans décision judiciaire¹⁹.

Si le vendeur a remis une chose non conforme aux stipulations contractuelles (que les commerçants appellent la commande), l'acheteur peut en demander l'échange. Souvent le contrat, notamment les conditions générales de vente²⁰, prévoit que le vendeur doit alors échanger ou réparer la marchandise défectueuse sans autre dédommagement : la stipulation est licite. Si à nouveau, la marchandise était défectueuse, l'acheteur pourrait obtenir la résolution et des dommages-intérêts.

L'ordonnance du 10 février 2016 ajoute une nouvelle possibilité : l'acquéreur peut, après mise en demeure, solliciter une **réduction du prix** – laquelle paraît être de droit – ; et, s'il ne l'a pas encore payé, notifie sa décision de le réduire (art. 1223)²¹.

Des règles particulières relevant de la garantie d'éviction régissent les excès ou les insuffisances de contenance dans les ventes d'immeubles²².

17. Cass. com., 27 octobre 1953, *D.* 1954.201, n. H. L. : « *Le créancier à qui son titre donne tout à la fois une action en exécution et l'action résolutoire n'est pas présumé avoir renoncé à celle-ci parce qu'il exerce la première* ».

18. Dans le droit de la consommation, il faut tenir compte de la « hiérarchie des remèdes » : remplacement ou réparation, et après seulement résolution (C. consom., art. L. 217-9 et L. 217-10).

19. *Infra*, n° 328.

20. *Infra*, n° 437.

21. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

22. *Infra*, n° 359.

SECTION IV RÉSOLUTION

Si l'acheteur ne veut ou ne peut obtenir la délivrance forcée de la chose, il peut demander la résolution de la vente, après avoir mis le vendeur en demeure²³. Le principe traditionnel était que la résolution avait un caractère judiciaire, sauf si le contrat comportait une clause résolutoire. La réforme des contrats de 2016 a au contraire fait de la clause résolutoire le principe (nouvel art. 1224).

Il peut également agir directement contre le fabricant originaire (pour le régime analogue de la garantie des vices cachés)²⁴.

324. Résolutions extrajudiciaire et judiciaire ; rupture unilatérale pour comportement grave. – Le Code civil énonçait que la résolution était judiciaire (ancien art. 1184, al. 3), la jurisprudence décidait depuis une dizaine d'années que même en l'absence de disposition légale ou de stipulation conventionnelle, une partie pouvait, sans intervention judiciaire préalable, unilatéralement rompre un contrat à durée déterminée si son cocontractant avait eu « *un comportement grave* ». Cette rupture était faite aux risques et périls de son auteur²⁵. Cette jurisprudence est consacrée dans les nouveaux articles 1224 et 1226, qui introduisent une hiérarchie, où le juge n'intervient qu'en dernier (art. 1227), après la clause résolutoire et l'initiative extrajudiciaire du créancier. La résolution unilatérale devra avoir été précédée d'une mise en demeure, dernière chance du débiteur.

Dans les ventes commerciales existent aussi des facultés de laissé pour compte et de remplacement²⁶.

Le juge a des pouvoirs étendus qui lui permettent de prendre en compte les données morales de la situation et d'apprécier la gravité de l'inexécution (art. 1226 et 1227 préc., « *l'inexécution suffisamment grave* » devient un standard des deux types de résolution)²⁷. Par exemple, il refusera de prononcer ou confirmer la résolution si le retard n'a pas causé de préjudice à l'acquéreur, sauf lorsque le délai est « *de rigueur* ». Si la livraison n'est que partielle, l'acheteur a le droit de la refuser, mais le juge conserve probablement le pouvoir de décider que l'acheteur devrait se contenter d'une diminution du prix.

Lorsqu'il s'agit de ventes avec livraisons successives et que seule une livraison est défectueuse, la résolution ne porte sur l'ensemble du marché que s'il est indivisible : chaque livraison

23. Ex. : Cass. com., 25 juin 1980, *Bull. civ. IV*, n° 277 : « *La cour d'appel a relevé que la cause du mauvais fonctionnement de la chaîne de lavage, fabriquée par la société Tusveld, résidait dans les imperfections techniques de ce matériel et ayant retenu à la charge du vendeur les négligences qu'il impute à tort à son agent commercial et constaté le dommage subi par l'acquéreur du fait de l'immobilisation et de la non utilisation pendant plusieurs années de l'appareil, elle n'a fait qu'appliquer les dispositions de l'article 1184 en prononçant la résolution du contrat avec octroi de dommages-intérêts* ».

24. *Infra*, n° 416.

25. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

26. *Infra*, nos 326 et 328-329.

27. *Droit des obligations*, coll. Droit civil. Ex. de résolution : livraison d'un système de gestion informatisée, inutilisable pour l'acquéreur : Cass. com., 28 octobre 1986, cité *supra*, n° 313. Ex. de vente qui n'a pas été résolue : Cass. com., 4 juin. 1980, *Bull. civ. IV*, n° 239 : vente d'un camion dont la charge utile était inférieure aux engagements ; jugé que l'acheteur ne devait pas obtenir la résolution, mais seulement des dommages-intérêts : « *les "insuffisances" ainsi constatées ne rendent pas le véhicule impropre à l'usage auquel il est destiné, mais en diminue seulement les possibilités d'utilisation* ».

constitue un tout autonome, sauf clause ou économie contraires du contrat, ce qui est la conséquence des règles sur l'étendue de l'obligation de délivrance²⁸.

325. Clause résolutoire. – La clause résolutoire est désormais le premier mode de résolution du contrat, si les parties l'ont prévue dans leur accord (nouvel art. 1225) L'objectif de la clause résolutoire est, ici comme ailleurs, comminatoire ; la perspective d'une résolution extrajudiciaire peut inciter le vendeur à respecter ses engagements.

Le juge a le pouvoir de l'interpréter, pouvoir qu'il exerce de manière restrictive. Par exemple, si la clause se borne à prévoir la résolution en cas d'inexécution, elle ne dispense pas de recourir au juge, mais en limite les pouvoirs qui ne peuvent plus accorder de délai de grâce au vendeur. La clause stipulant la résolution de plein droit en cas d'inexécution dispense du recours au juge, non d'une mise en demeure pour constater le défaut de délivrance. Le contrat peut stipuler que la vente sera résolue de plein droit par la seule échéance du terme, sans sommation ni autre formalité : cette clause écarte le recours au juge, le délai de grâce et la mise en demeure.

326. Responsabilité contractuelle et remplacement. – Conformément au droit commun, l'acheteur, qu'il demande l'exécution forcée ou la résolution, peut obtenir des dommages-intérêts afin que soit réparé le préjudice que lui a causé l'inexécution (comp. art. 1611).

Une clause du contrat peut limiter ou écarter la responsabilité du vendeur, sans connaître les restrictions affectant les clauses relatives à la garantie : elle peut être efficace, même si les deux parties ne sont pas des professionnels de la même spécialité²⁹ ; dans leurs relations avec un consommateur, cette clause est interdite (C. consom., art. L. 241-5). Conformément au droit commun, elle n'a pas d'effets en cas de faute dolosive ou lourde du vendeur, ou de manquement à son obligation essentielle (nouvel art. 1170)³⁰.

Si un vendeur professionnel a livré à un consommateur une chose non conforme et la remplace, il ne peut exiger une indemnité pour l'usage du bien non conforme jusqu'à son remplacement³¹.

28. Cass. civ. 1^{re}, 13 janvier 1987, *Bull. civ. I*, n° 11 : « Dans les contrats à exécution échelonnée, la résolution pour inexécution partielle atteint l'ensemble du contrat ou certaines de ses tranches seulement, suivant que les parties ont voulu faire une convention indivisible ou fractionnée en une série de contrats ». Cf. *supra*, n°s 302 et 318.

29. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 20 décembre 1988, *Bull. civ. I*, n° 373 : « S'agissant pour les établissements Jacques Marionnet, vendeur professionnel, de limiter leur responsabilité non à raison des vices cachés de la chose vendue mais des défauts de conformité de la marchandise livrée, la cour d'appel n'avait pas à rechercher, pour déclarer la clause opposable au G.A.E.C. (l'acheteur) si ce dernier était un professionnel de même spécialité que le vendeur ». En l'espèce, le vendeur avait livré à l'acheteur des plants de kiwi d'une variété autre que celle qu'il avait commandée ; les conditions générales de vente stipulaient que le vendeur ne pouvait, en aucun cas, être tenu de réparer le manque à gagner. Jugé que cette clause était valable. L. LEVENEUR, « Vente entre professionnels et clause limitative de responsabilité », *Contrats, conc. consom.* 1994, comm. n° 3 ; Y. GONTIER, *Plaidoyer pour une révision judiciaire des clauses limitatives de responsabilité*, th. Aix 2005, préf. J. Mestre.

30. Avant la codification de l'art. 1170 : ex. : Cass. com., 13 février 2007, *Bull. civ. IV*, n° 43 ; D. 2007.654, obs. X. Delpéch ; JCP G 2007.II.10063, n. Y.-M. Serinet ; RDC 2007.707, obs. D. Mazeaud : en l'espèce, une entreprise avait acquis la licence d'un logiciel déterminé, à la place duquel un autre matériel fut livré ; outre la résolution, elle demanda des dommages-intérêts que lui refusa la cour d'appel, en raison d'une clause limitative de responsabilité : cassation ; il y a eu « manquement à une obligation essentielle (qualifiée d'« objectif final » des contrats) de nature à faire échec à la clause limitative de responsabilité » ; sur résistance de la cour de renvoi (Paris, 26 novembre 2008, RDC 2009. 1010, obs. Th. Genicon), la Cour de cassation a finalement considéré que la clause litigieuse « ne vidait pas de toute substance l'obligation essentielle » du débiteur, ni ne « contredit sa portée », à partir du moment où la limitation de responsabilité n'était pas dérisoire et ne faisait que répartir les risques entre les parties : Cass. com. 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ. IV*, n° 115 ; D. 2010. 1832, n. D. Mazeaud ; *Contrats, conc. consom.* 2010, n° 220, n. L. Leveneur ; *Com. com. élect.* 2010, n° 99, n. Ph. Stoffel-Münck ; RDC 2010.1220, obs. Y.-M. Laithier et 1253, obs. O. Deshayes.

31. Cass. com. 10 février 2015, préc., *supra* n° 321 ; CJCE, 17 avril 2008, réponse à question préjudicielle, JCP G 2008.II.10152, n. G. Paisant ; D. 2008.2631, n. G. et L. F. Pignarre ; *infra*, n° 333.

SECTION V

RÈGLES PARTICULIÈRES AUX VENTES COMMERCIALES

La caractéristique des ventes commerciales est d'être spéculatives et de porter sur des marchandises susceptibles d'importantes variations de cours ; en outre, le droit commercial est dominé par un respect scrupuleux de la bonne foi et des engagements contractuels ; la morale des affaires est une morale de fer, et non, comme en droit civil, celle d'une infinie patience ; enfin, il évite autant que possible le recours au juge. Aussi a-t-il prévu trois institutions relatives à l'inexécution ou à l'exécution fautive de la délivrance par le vendeur : la réfaction, en cas d'exécution insuffisante (§ 1), le remplacement, en cas d'absence complète d'exécution (§ 2) et le laissé pour compte, en cas d'absence de conformité (§ 3).

§ 1. RÉFACTION

327. Réduction du prix. – Dans une vente commerciale, l'acheteur qui se plaint de la mauvaise qualité ou de la quantité insuffisante de la livraison peut être obligé par le juge de garder la marchandise si elle reste propre à l'usage convenu ; bien entendu, l'acheteur bénéficie alors d'une réduction sur le prix³², ce que l'on appelle la « réfaction »³³. La réfaction ne peut avoir lieu que si le défaut de la marchandise est modéré ; non s'il constitue une absence de conformité, par exemple si la différence entre la marchandise achetée et livrée touche à la référence, la nature, l'origine de la chose ou sa marque³⁴. La Convention de Vienne étend la réfaction à toutes les absences de conformité, mais seul l'acheteur peut l'invoquer (art. 50), alors que dans le droit français interne, elle peut lui être imposée.

La réfaction ne peut jouer que dans le sens de la réduction : le juge ne saurait obliger l'acheteur à accepter une marchandise de quantité supérieure à celle qu'il avait commandée et de payer un prix plus élevé. Toutefois, si l'acheteur l'accepte, il devra payer le supplément corrélatif. Comme le nom de l'institution le suggère, le contrat est « refait », ce qui est contraire aux règles traditionnelles du droit civil.

La réfaction suppose une exécution insuffisante de la délivrance ; le remplacement implique une absence d'exécution.

32. Ex. : vente de queues de langouste de qualité médiocre : diminution de la moitié du prix : * Cass. com., 23 mars 1971, *Aff. des queues de langoustes*, Bull. civ. IV, n° 89 ; D. 1974.40, n. M. Alter.

33. MARTIN DE LA MOUTTE, « Les sanctions de l'obligation de délivrance », in *La vente commerciale*, ouv. collect. sous la direction de J. Hamel, Dalloz, 1951, p. 190.

34. Req., 23 mai 1900, motifs, DP 1901.I.269 : « D'après les usages du commerce, auxquels les contractants sont réputés se référer dans les transactions relatives au négoce, à moins qu'ils n'y dérogent par un pacte comissoire exprès, lorsqu'un marché à livrer a été conclu sans échantillon, l'infériorité de qualité, si elle n'est pas considérable, n'entraîne pas la résolution des conventions, mais seulement une réduction du prix ».

§ 2. REMPLACEMENT

328. Rachat de la marchandise. – Lorsque la vente est commerciale et porte sur des choses de genre³⁵, par exemple du blé, l'acheteur, en cas de défaillance importante, a le droit de se « remplacer » sans autorisation judiciaire préalable, c'est-à-dire qu'il a la faculté de racheter pour le compte du vendeur les marchandises que celui-ci n'a pas livrées.

Le remplacement doit être précédé d'une mise en demeure de l'acheteur³⁶, impartissant au vendeur un délai précis afin de s'exécuter ; ce qui a pour but d'exercer une dernière pression sur le vendeur, d'établir sa défaillance et de démontrer la bonne foi de l'acheteur. Celui-ci doit se remplacer, c'est-à-dire se procurer une marchandise de quantité et de qualité identiques ; il doit le faire à la date la plus proche de la défaillance du vendeur et aux cours les moins onéreux. Si le prix que paye l'acheteur est plus élevé que celui qui avait été convenu avec le vendeur³⁷, la différence est à la charge de celui-ci ; s'il est inférieur (ce qui est beaucoup plus rare), l'acheteur conserve la différence au titre de dommages-intérêts³⁸.

C'est une forme de justice privée. On peut y voir un mode d'exécution en nature, prévu par l'ancien article 1144. Mais si le texte permettait au créancier, en cas d'inexécution, de faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur, il exigeait une autorisation judiciaire préalable. Il s'agissait plutôt d'une résolution unilatérale de la vente par l'acheteur qui permettait de calculer les dommages-intérêts ; le contrôle du juge n'était qu'éventuel et *a posteriori*³⁹. Le nouvel article 1222, qui remplace et élargit l'ancien article 1144, va dans ce sens, pour tout le droit commun de l'obligation, puisqu'il autorise le créancier, après mise en demeure, à faire exécuter l'obligation, sans avoir besoin d'une autorisation judiciaire.

Le remplacement suppose une absence complète d'exécution ; le laissé pour compte implique un défaut de conformité.

§ 3. LAISSÉ POUR COMPTE

329. Refus de la marchandise. – Lorsque la marchandise livrée par le vendeur n'est pas conforme à celle qui avait été promise, l'acheteur a le droit de la refuser purement et simplement et elle restera à la charge du vendeur ou du transporteur. S'il l'a acceptée, il a le droit de la retourner au vendeur, à condition de la faire très rapidement⁴⁰. En théorie, la validité du laissé pour compte aurait dû être subordonnée au prononcé judiciaire de la résolution ; l'acheteur aurait dû, après avoir refusé la marchandise, demander en justice la résolution. En fait, ce n'est pas ainsi que les choses se passent : c'est le vendeur qui, après le refus de l'acheteur, saisit

35. Il ne peut donc y avoir remplacement lorsque la vente a eu pour objet un corps certain : Cass. com., 20 janvier 1976, *Bull. civ.* IV, n° 26 ; *RTD com.* 1976.785, obs. J. Hémar : machine déterminée et individualisée.

36. Douai, 2 février 1892, *DP* 1892.II.181 : « *Les principes généraux qui règlent l'obligation de faire et les usages commerciaux sont d'accord pour exiger de la part de l'acheteur de marchandises livrables à terme qui ne les a pas reçues, une mise en demeure formelle au vendeur en retard* ».

37. Ex. : le prix du quintal de blé convenu avec le vendeur avait été de 18,50 euros ; l'acheteur se remplace au prix de 19 euros ; la différence est à la charge du vendeur.

38. Dans le même exemple, l'acheteur se remplace au prix de 11,50 euros ; il conserve le bénéfice.

39. M. ALTER, *op. cit.*, n°s 210 et s. ; D. PLANTAMP, « Le particularisme du remplacement dans la vente commerciale », *D.* 2000, chron. 243.

40. Ex. : Cass. com., 2 juin 1958, *Bull. civ.* III, n° 225.

les tribunaux, chaque fois qu'il estime que sa livraison était conforme et que l'acheteur avait eu tort de la refuser. L'institution est consacrée par la Convention de Vienne (art. 49).

■ CHAPITRE III ■

RESPONSABILITÉ POUR DÉFAUT DE CONFORMITÉ DANS LE DROIT DE LA CONSOMMATION

330. Directive européenne. – Une directive de la Communauté européenne du 25 mai 1999, « *sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation* », a voulu unifier le marché en offrant aux consommateurs sur le territoire de l'Union une protection identique et simple. Son économie est inspirée de la Convention de Vienne : réunir conformité et garantie des vices en une seule obligation déterminée par la loi et offrir à l'acheteur le choix entre plusieurs remèdes. En outre, elle entend régler les relations entre les obligations légales du vendeur et la « garantie commerciale », c'est-à-dire la garantie conventionnelle que souvent le vendeur associe au produit, et qui présente un caractère à certains égards limitatif, à d'autres extensif, par rapport à la garantie légale¹.

331. Domaine. – Le domaine de la responsabilité du vendeur, qui s'applique aux ventes conclues après le 18 février 2005, est limité de quatre manières :

— quant aux personnes : le vendeur doit agir « *dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale* » et l'acheteur « *en qualité de consommateur* » ; c'est-à-dire acheter pour ses besoins non professionnels ; sont donc exclues les ventes entre consommateurs et entre professionnels.

— quant à l'objet vendu : il doit s'agir d'un meuble corporel, présent ou à fabriquer ou à produire (immeubles exclus). Le contrat d'entreprise ; l'eau et le gaz, s'ils sont conditionnés, mais non l'électricité, sont également visés ; la garantie inclut les instructions de montage.

— quant à la nature de la vente : sont exclues les ventes par autorité de justice et les ventes aux enchères, ce qui est traditionnel².

— quant à la responsabilité du vendeur : il s'agit d'une garantie matérielle sur l'usage de la chose, non sa sécurité qui relève des articles 1245 et suivants (anciens art. 1386-1 et s.)

Il faut rappeler qu'un nouveau cas de responsabilité existe désormais, qui devra se coordonner avec ce qui va être indiqué : la demande de réparation peut en effet prendre la forme d'une « action de groupe » pour la réparation du dommage individuel subi par une catégorie entière de consommateurs, à l'initiative d'une association (C. consom., art. L. 623-1 et s.). Celle-ci suppose cependant que la

1. *Infra*, n° 437.

2. *Infra*, n° 386.

victime adhère au groupe, car elle peut préférer agir de son côté (art. L. 623-9 et s.).

Le nouveau dispositif distingue la garantie légale (Section I) et la garantie commerciale (Section II).

SECTION I GARANTIE LÉGALE DE CONFORMITÉ

§ 1. OBJET

332. Unicité de l'obligation. – La principale innovation résultant de l'ordonnance de 2005 tient à la fusion des deux obligations du vendeur, délivrer une chose conforme et garantir les vices cachés ; désormais le vendeur n'est tenu que d'une seule obligation : « *livrer un bien conforme au contrat* » et « *répondre des défauts de conformité existant lors de la délivrance* » (C. consom., art. L. 217-4). La loi comporte une définition de la conformité, lorsque le bien est propre à l'usage « *habituellement attendu* » d'un bien semblable (*ib.*, art. L. 217-5) : la garantie des vices rédhibitoires – ceux qui affectent l'usage de la chose – rejoint donc la conformité³. Si l'usage attendu de la chose est « spécial », c'est-à-dire non habituel, il doit avoir été porté à la connaissance du vendeur et accepté par lui. La conformité peut dépasser l'aptitude à l'usage ; elle s'entend d'une correspondance à la description donnée par le vendeur sous forme d'échantillon ou de modèle, ou des qualités qu'un acheteur peut légitimement attendre de la chose eu égard aux déclarations publiques du vendeur ou du fabricant, notamment dans la publicité. La loi entend ainsi moraliser les pratiques publicitaires.

L'acheteur doit prouver le défaut de conformité et son existence au moment de la vente. Mais l'article L. 217-7 le fait bénéficier d'une présomption simple : les défauts de conformité qui se révèlent dans les vingt-quatre mois de la livraison sont présumés exister à ce moment, sauf au vendeur à prouver que l'origine de la défectuosité est postérieure à la délivrance, car la présomption est simple⁴.

§ 2. REMÈDES

333. Deux options. – Dans le droit de la consommation, l'action en défaut de conformité se prescrit par deux ans, non à compter de sa découverte – ce qui est le régime des vices cachés – mais de la délivrance du bien (C. consom., art. L. 217-12).

L'acheteur peut choisir entre la réparation et le remplacement du bien (art. L. 217-9) ; le vendeur peut refuser ce choix s'il entraîne un coût manifestement excessif, compte tenu de la valeur du bien ou de l'importance du défaut (« théorie du moindre coût »). L'appréciation du caractère disproportionné du choix de

3. Le défaut de conformité s'apprécie au regard des données de la technique : Cass. civ. 1^{re}, 7 mai 2008, *Bull. civ. I*, n° 128 ; *RDC* 2008.1172, obs. G. Viney : le vendeur du téléviseur ne pouvait anticiper les nouvelles formes de transmission des images haute définition.

4. Cette présomption est d'ordre public et le juge doit l'appliquer d'office, le cas échéant : CJUE, 4 juin 2015 *préc.*, *supra* n° 317.

l'acheteur relève du vendeur et en cas de conflit, du juge⁵. L'acheteur a un mois pour mettre en œuvre la solution appropriée (art. L. 217-10)⁶. Cela peut être la réparation, si sa durée n'est pas trop longue ; puis le remplacement, ou bien directement celui-ci, selon la proportion des coûts⁷. Le remède doit être « sans frais » pour l'acheteur⁸. Si la réparation et le remplacement sont impossibles, l'acheteur peut choisir entre la résolution totale et la restitution d'une partie du prix, la résolution ne pouvant être prononcée si le défaut est mineur (art. L. 217-10)⁹. Des dommages-intérêts peuvent être accordés.

334. Autres actions. – Action de groupe. – La loi (C. consom., art. L. 217-13) prévoit que ce régime spécial ne prive pas l'acheteur des autres moyens que lui offre le droit commun ou le contrat ; ainsi, il conserve le droit de mettre en œuvre la garantie des vices cachés des articles 1641 à 1649. Il se pourra donc, lorsque le défaut de conformité constitue un vice caché au sens de l'article 1641, que l'acheteur, forclo en ce qui concerne l'action en responsabilité de l'article L. 217-9 en raison de l'écoulement du délai de deux ans, puisse agir en garantie des vices cachés, le délai de prescription (également de deux ans) courant de la découverte du vice¹⁰. Cette action est subsidiaire : elle ne peut être engagée que si le remplacement ou la réparation sont impossibles¹¹. En cas de manquement à une catégorie de consommateurs, une association **agrée** peut exercer par avance et pour leur compte une action de groupe, variété de « *class action* » (art. L. 623-1 et s.).

Le consommateur ne doit pas panacher les deux régimes. Aucune action directe n'est prévue contre le fabricant ; mais l'acheteur peut exercer l'action que lui confère le droit commun, qui lui ménage cette possibilité¹². Le revendeur conserve son action récursoire pour toute la chaîne de contrats¹³.

335. Droit impératif. – Le nouveau régime est impératif. Les conventions limitatives ou exonératoires, directement ou indirectement, sont réputées non écrites. Mais lorsque la réclamation du consommateur s'est exercée, les parties peuvent convenir d'écarter ou d'aménager les remèdes légaux (C. consom., art. L. 241-5).

5. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 9 décembre 2015, n° 14-25910, *Bull. civ.* I à paraître ; *JCP G* 2016, n° 173, chron. G. Paisant ; *D.* 2016. 369, n. S. Desmoulin-Canselier : l'affection de l'acheteur pour son chien vicié (graves troubles de la vision) justifie qu'il réclame une opération et refuse qu'il soit remplacé.

6. L. GAUDIN, « Regards dubitatifs sur l'effectivité des remèdes en cas de défaut de conformité », *D.* 2008.631. La sanction de dépassement du délai est automatique : TI Nice, 7 novembre 2006, *D.* 2007, AJ 441, n. C. Rondey : en l'espèce, un nettoyeur vapeur-aspirateur, dont une pièce avait déjà été remplacée, ne fonctionnant toujours pas ; le vendeur a laissé passer le délai sans le réparer à nouveau ou le remplacer, jugé qu'à la demande de l'acheteur, la vente devait être résolue.

7. Sur le contrôle du remède approprié : CJUE, 16 juin 2011, *JCP G* 2011, n° 1062, n. G. Paisant ; *RDC* 2011.1233, obs. C. Aubert de Vincelles (2 arrêts, carrelage et lave-vaisselle).

8. CJCE, 17 avril 2008, *supra*, n° 326 ; CJUE, 16 juin 2011, préc.

9. V. O. SALVAT, « La garantie spéciale de conformité et l'obligation générale de délivrance conforme : quel choix d'action pour l'acheteur ? », *Contrats, conc. consom.* 2006, chron. n° 18.

10. *Infra*, n° 400.

11. Cass. civ. 3^e, 20 octobre 2010, n° 09-16788 ; *Bull. civ.* III, n° 191 ; *RTD civ.* 2011.141, obs. P.-Y. Gautier ; *Contrats, conc. consom.* 2011, n° 2, n. L. Leveneur : ce n'est que « si la réparation et le remplacement du bien sont impossibles (que) l'acheteur peut rendre le bien et se faire restituer le prix ou garder le bien et se faire rendre une partie du prix ».

12. I. MARIA et O. GOUT, « Réflexions sur la transmission éventuelle des actions en garantie de conformité », *JCP G* 2008.I.109.

13. CJUE, 16 juin 2011, préc.

SECTION II

GARANTIE COMMERCIALE

336. Garanties contractuelles. – La vente au consommateur s’accompagne souvent d’une garantie contractuelle, qui présente des aspects tantôt favorables par rapport à la garantie légale (par exemple, elle étend la durée de la garantie), tantôt défavorables (par exemple, elle limite la durée de la garantie – garantie d’un an, de six mois... – ou des remèdes : seulement réparation, ou seulement remplacement). Plutôt que dépecer cet ensemble et distinguer chacun de ses aspects selon qu’il est extensif ou limitatif, la directive puis l’ordonnance du 17 février 2005 et la loi du 17 mars 2014 préservent l’unité de cette garantie commerciale, à laquelle s’appliquent des règles de forme et de fond.

La garantie commerciale doit être écrite, comportant un certain nombre de précisions, mentionnant que le vendeur demeure tenu des obligations légales de conformité et de garantie des vices cachés et, suivant une technique habituelle dans le droit de la consommation, reproduisant les articles de loi en cause (C. consom., art. L. 217-15). Seul l’acheteur peut se prévaloir de ces règles.

N^{os} 337-348. réservés.

■ SOUS-TITRE III ■

GARANTIE D'ÉVICTION

349. Deux garanties. – Le vendeur ne doit pas seulement délivrer la chose vendue, il doit aussi en garantir¹ la propriété (ce qu'on appelle la garantie d'éviction) et son aptitude à un usage normal (ce qu'on appelle la garantie des vices rédhibitoires)².

Ces deux obligations sont corollaires à l'obligation de délivrance : il ne servirait à rien à l'acheteur d'avoir reçu la chose si, ensuite, il en était dépossédé ou ne pouvait s'en servir. Obligations corollaires mais différentes de l'obligation de délivrance, bien que la distinction ne soit pas toujours facile, comme l'ont montré les subtils rapports entre le vice rédhibitoire et le défaut de conformité. Elles révèlent que des relations continuent entre les parties après la conclusion du contrat, et même après la livraison de la chose.

Par la garantie d'éviction, l'acheteur a la promesse du vendeur qu'il ne perdra pas ses droits sur la chose, soit pour une cause antérieure à la vente, soit même pour une cause postérieure s'il s'agit d'un fait personnel du vendeur.

350. Ventes civiles et commerciales. – 1° Cette garantie a surtout pour domaine les ventes **civiles**. Il est rare que dans une vente commerciale l'acquéreur soit exposé à être évincé, puisque ce type de vente a généralement pour objet des meubles corporels (les marchandises) où l'acheteur trouve sa protection dans la possession.

2° La garantie d'éviction intervient dans certaines ventes **commerciales**³. Ainsi, les cessions de fonds de commerce, où précisément le cédant est soumis aux deux obligations que la garantie d'éviction met à sa charge ; d'une part, la garantie du fait personnel ; il doit s'abstenir de tout fait

1. **Étymologie** de garantie : de l'allemand *Gewähr* = garantie, dérivé de *wahr* = vrai ; *garantir* = assurer qu'une chose est vraie. **Définition** : en droit, le mot garantie a plusieurs sens. 1° Étroit : une personne doit prendre la défense d'une autre pour faire rejeter une demande dirigée contre elle. 2° Large : elle doit prendre en mains les intérêts d'une autre (ce qui convient à la garantie d'éviction, à la sûreté et à l'assurance). 3° Plus vaguement, une obligation renforcée dont l'inexécution engage la responsabilité, même s'il n'y a pas faute (en ce sens on parle de la garantie de vices cachés). **Biblio.** : C. HOCHART, *La garantie d'éviction dans la vente*, th. Paris I, LGDJ, 1993, préf. J. Ghestin. **Histoire** : J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^e éd., 2010, n^{os} 494-495.

2. **Étymologie** d'éviction : du latin *evinco*, *ere* = mettre en déroute ; vaincre en justice ; une personne perd son droit sur une chose parce qu'un droit contraire est reconnu à un tiers par le juge. **Étymologie** de rédhibitoire : du latin *redhibeo*, *ere* = *rem* + *habeo* = reprendre une chose, ou faire rendre une chose = défaut d'une chose qui la rend impropre à son usage et conduit à la restituer au vendeur.

3. M.-A. COUDERT, « La garantie d'éviction dans les ventes commerciales », *D.* 1973, chron. 113.

portant atteinte au droit et à la jouissance de l'acquéreur et notamment de lui faire concurrence⁴ ; d'autre part, la garantie contre les tiers : il doit protéger le cessionnaire contre les troubles de droit provenant d'un tiers⁵. La situation est la même dans les cessions d'actions permettant le contrôle d'une société commerciale lorsque l'associé cédant a une influence sur la clientèle⁶. Il en est de même dans les cessions de brevets d'invention⁷. De même, le vendeur commet une éviction lorsque le prix des marchandises stockées par l'acheteur a baissé en raison du comportement anormal du vendeur (*dumping*)⁸.

Le domaine d'élection de la garantie d'éviction est la vente volontaire de gré à gré. Elle s'applique aussi aux ventes publiques sur adjudication après saisie, en dépit de leur caractère forcé et pèse sur le saisi (art. 2208, al. 2)⁹, non sur le saisissant¹⁰.

La loi dit quels faits donnent lieu à garantie ; mais la convention peut écarter les règles légales, aujourd'hui moins souvent qu'autrefois. Avant d'étudier les effets de la garantie (Section III), seront examinées les garanties légale (Section I) et conventionnelles (Section II).

SECTION I GARANTIE LÉGALE

La loi prévoit deux sortes de garanties d'éviction : celle du fait personnel (§ 1) et celle du fait des tiers (§ 2). L'une établit une interdiction, l'autre une protection.

4. Ch.-E. BUCHER, « L'obligation de non-concurrence née de la garantie d'éviction : entre droit de la concurrence et droits fondamentaux », *Contrats, conc. consom.* 2011, chron. n° 12. L'arrêt de principe est * Cass. civ., 11 mai 1898, *F. Richard*, DP 1903.1.605, 2^e espèce ; S. 1898.1.265 : « L'obligation de garantie comporte pour le vendeur d'un fonds de commerce l'obligation de s'abstenir de tout acte de nature à détourner la clientèle ». Cette obligation interdit aussi au vendeur d'être le salarié d'un concurrent de l'acheteur : Cass. com., 23 avril 1985, *Bull. civ. IV*, n° 123 ; D. 1985, IR, 479, obs. Y. Serra. Sur les clauses modifiant la garantie, *infra*, n°s 363-364.

5. 1^{er} ex. : **garantie de fait personnel** : le cédant n'a pas le droit de faire concurrence au cessionnaire. 2^e ex. : **garantie du fait d'un tiers** : le cessionnaire est exposé à la poursuite exercée par les créanciers du cédant, inscrits sur le fonds cédé (ces créanciers avaient obtenu sur le fonds un nantissement qui a un régime comparable à celui de l'hypothèque) : le cédant est responsable.

6. *Supra* n° 304 ; ex. : Cass. civ. 1^{re}, 24 janvier 2006, *Bull. civ. I*, n° 32 ; RDC 2006.1183, obs. F.-X. Lucas : la garantie d'éviction interdit au cédant (en l'espèce un médecin faisant partie d'une SCP) de chercher à capter la clientèle de la société qu'il a quittée, privant ainsi la cession de son objet ; Cass. com., 18 octobre 2011, 10-24808, n.p.B. ; *Contrats, conc. consom.* 2012, n° 3, n. L. Leveneur : la cédante des actions de la société « Miss France » engage sa garantie d'éviction envers le cessionnaire, en organisant une manifestation concurrente, empêchant ainsi l'entreprise cédée de « poursuivre son activité économique ».

7. J.-M. MOUSSERON, « L'obligation de garantie dans les contrats d'exploitation de brevets d'invention », in *Ét. Desbois*, 1974, p. 154 ; Paris, 2 octobre 1978, D. 1980.139, n. J.-M. Mousseron ; jugé qu'en raison de la garantie à laquelle il était tenu, le cédant d'un brevet d'invention ne devait plus continuer à exploiter le brevet, sauf convention contraire.

8. Paris, 5 juillet 1967, D. 1967.730 a condamné un fabricant d'appareils électroménagers à indemniser son distributeur, du fait de la perte sur stocks subie à la suite d'une campagne publicitaire de baisse de prix lancée par le fabricant.

9. Ex. : Cass. civ. 3^e, 25 mai 2005, *Bull. civ. III*, n° 115 : en l'espèce, les saisis avaient dégradé les lieux avant de les quitter ; ils « ont manqué à leur obligation de délivrance » à laquelle avait droit l'adjudicataire.

10. Cass. civ. 2^e, 22 novembre 2001, *Bull. civ. II*, n° 174 ; RTD civ. 2002.318, obs. P.-Y. Gautier ; *Contrats, conc. consom.* 2002, comm. n° 44, n. L. Leveneur : « Vu l'art. 1626 ; le créancier poursuivant sur saisie immobilière la vente des biens de son débiteur, ne peut être assimilé à un vendeur et ne peut être tenu envers l'adjudicataire à la garantie » prévue par ce texte. Comp. pour les vices cachés, n° 386.

§ 1. GARANTIE DU FAIT PERSONNEL

351. Qui doit garantie ? – Selon l'analyse classique, la garantie du fait personnel interdit au vendeur de troubler la jouissance ou la propriété de l'acquéreur, même par des actes qui eussent été licites s'ils avaient été exercés par une autre personne (art. 1626). La règle est illustrée par l'adage : « *Qui doit garantie ne peut évincer* » et appliquée par l'article 1628 qui interdit à peine de nullité au vendeur de s'en exonérer, parce qu'aucun débiteur ne peut stipuler qu'il n'exécutera pas son obligation. Tel est le principe (I) ; il comporte des tempéraments dont l'importance est croissante (II). Si le vendeur est une personne morale, la garantie pèse aussi sur son dirigeant, s'il n'est pas étranger à l'opération¹¹.

I. — Principe

352. Troubles de fait et de droit. – La garantie du fait personnel interdit au vendeur les troubles de fait et les troubles de droit à l'encontre de l'acquéreur. D'une part, il ne peut accomplir des faits qui portent atteinte à la propriété de l'acquéreur, qui eussent été licites s'ils avaient été commis par un tiers (troubles de fait)¹² ; par exemple de faire concurrence à son cédant d'un fonds de commerce, même si l'engagement de non-concurrence est expiré¹³. D'autre part, il ne peut exercer une action en justice contredisant le droit de l'acquéreur (troubles de droit)¹⁴. S'il agit, l'acquéreur pourra opposer une *exception de garantie* et demander au juge de faire cesser le trouble par tous moyens¹⁵.

Cette garantie n'est pas limitée dans le temps¹⁶.

11. Cass. com., 24 mai 2005, *Bull. civ. IV*, n° 112 ; *D.* 2005, AJ 1634, n. E. Chevrier ; *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. n° 135, n. Marie Malaurie-Vignal : « *si le vendeur est une personne morale, cette interdiction pèse non seulement sur elle, mais aussi sur son dirigeant ou sur les personnes qu'il pourrait interposer pour échapper à ses obligations* » (violation de l'obligation de non-rétablissement).

12. Ex. : le vendeur cède son bien deux fois : Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 1986, *La cage aux folles*, *Bull. civ. I*, n° 144 ; *D.* 1987.209, n. P.-Y. Gautier (adaptation d'une pièce de théâtre au cinéma).

13. Ex. : Cass. com., 15 décembre 2009, n° 08-20522, *Bull. civ. IV* n° 172 ; *Contrats, conc. consom.* 2010, n° 66, note L. Leveneur ; *JCP G* 2010.89 : « *après l'expiration de la clause de non-concurrence, le cessionnaire des actions demeure fondé à se prévaloir de la garantie légale d'éviction* ». Il reste à savoir si cette garantie devient perpétuelle : V. P.-Y. GAUTIER, *RTD civ.* 2001. 611.

14. Ex. : Un vendeur vend la **chose d'autrui** ; ultérieurement, il en devient propriétaire parce qu'il l'a acquise, ou l'a usucapée, ou en a hérité du véritable propriétaire ; il ne peut revendiquer l'immeuble vendu, parce qu'il doit garantir l'acquéreur ; jurisprudence constante ; ex. Cass. civ. 3^e, 20 octobre 1981, *Bull. civ. III*, n° 168 ; *D.* 1982, IR, 531, obs. crit. B. Audit : « *Le vendeur, qui doit garantie à l'acquéreur, est tenu de répondre de son propre fait ; il ne peut, par suite, évincer lui-même l'acquéreur en invoquant la prescription acquisitive pour se faire reconnaître propriétaire de la chose vendue dont il a conservé la possession, l'acquéreur étant toujours recevable dans ce cas à lui opposer l'exception de garantie qui est perpétuelle* ». L'obligation de garantie passe aux héritiers : Cass. civ. 3^e, 13 juillet 2010, n° 09-13472, *Bull. civ. III*, n° 147. Ou bien il vend sa **marque** ; il ne peut en réclamer la déchéance contre le cessionnaire ; Cass. com., 31 janvier 2006, *Inès de la Fressange*, *Bull. civ. IV*, n° 27 ; *D.* 2006, AJ 861, obs. Ph. Allaeys ; *RTD civ.* 2006.339, obs. P.-Y. Gautier ; *Contrats conc. consom.* 2006, comm. n° 79, n. L. Leveneur ; en l'espèce, un ancien mannequin avait cédé son nom de famille à une entreprise, dont elle avait été évincée par la suite et souhaitait reprendre son nom. « *Mme de la Fressange, cédante, n'était pas recevable en une action tendant à l'éviction de l'acquéreur* » (du nom cédé).

15. PLANIOL et RIPERT t. X, par Hamel, n° 91.

16. PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, n° 89 ; *infra*, n° 363.

II. — Tempéraments

353. 1° Troubles de fait. – La garantie du fait personnel comporte un tempérament important ; lorsque le vendeur d'un immeuble est demeuré propriétaire d'un terrain voisin, il peut exercer ses droits sur son bien, même s'ils causent un préjudice à l'acheteur¹⁷, sauf si, lors de la vente, il avait limité ses droits sur la chose qu'il avait conservée¹⁸.

354. 2° Troubles de droit. – Bien que le vendeur ne puisse, par une action en justice, contester la propriété de son acquéreur, il peut exercer contre la vente une action en nullité, en rescision ou en résolution, parce qu'il a le droit de critiquer un contrat irrégulier. Ce qui lui est interdit est la revendication de la chose vendue si le contrat n'avait pas été anéanti¹⁹.

La garantie du fait personnel interdit donc certaines actions et certains faits. La garantie contre les tiers a pour objet de faire protéger l'acquéreur par le vendeur contre les tiers.

§ 2. GARANTIE DU FAIT DES TIERS

355. Troubles de droit ; faute du vendeur. – La garantie que le vendeur²⁰ doit à l'acquéreur contre les tiers a un domaine plus restreint : l'acquéreur n'est pas un incapable, le vendeur n'est pas son tuteur ; c'est donc, en principe, à l'acheteur qu'il appartient de se défendre. Aussi, la garantie suppose-t-elle que le trouble ait une cause antérieure à la vente, et surtout, que le trouble soit un trouble de droit.

1) D'une part, le vendeur ne garantit pas les évictions dont la cause est **postérieure** à la vente²¹. La garantie suppose une faute du vendeur, c'est-à-dire que la cause d'éviction doit être antérieure à la vente²².

2) D'autre part et surtout, le vendeur ne doit pas non plus garantir l'acquéreur contre les **troubles de fait** provenant des tiers²³. Il ne doit protéger l'acquéreur contre les tiers que s'il y a eu un trouble de droit antérieur à la vente.

En son sens primitif, l'éviction était la dépossession subie en justice par l'acquéreur, totalement ou partiellement, à la suite d'une revendication exercée par un tiers (I). La loi (art. 1626) l'a élargie à toutes les charges conférant à un tiers un droit sur la chose qui n'ont pas été déclarées lors de la vente (II).

17. Une personne est propriétaire d'une maison et d'un terrain au bord de la mer ; elle vend la maison sans conférer à l'acquéreur de servitude de vue, ni grever le terrain d'une servitude *non aedificandi* ; elle a le droit de construire sur le terrain qui lui reste un édifice qui masque la vue sur mer de la maison vendue sauf si cette interdiction découle de l'économie de l'acte ; *Droit civil illustré*, n° 148.

18. Cass. civ. 1^{re}, 29 novembre 1955, *aff. du Riviera Palace de Nice*, JCP G, 1956.II.9216 ; *RTD civ.* 1956.548, obs. J. Carbonnier.

19. Ex. : Cass. com., 31 janvier 2006, *Inès de la Fressange*, préc.

20. Ou le vendeur du vendeur : Cass. civ. 3^e, 28 mars 1990, *Bull. civ.* III, n° 93 : « *L'obligation de garantie qui pèse sur le vendeur peut être invoquée aussi contre l'auteur de celui-ci si l'éviction trouve son origine dans le fait de ce dernier* ».

21. Ex. : Cass. civ. 3^e, 11 mai 2011, n° 10-13679, *Bull. civ.* III, n° 74 : vente d'un bien en copropriété, puis défaut d'entretien des parties communes. Toutefois, lorsqu'une prescription acquisitive bénéficie à un tiers possesseur après la vente, mais avait commencé à courir avant, la vente est annulée comme ayant eu pour objet la chose d'autrui : Cass. civ. 3^e, 10 juillet 1996, *Bull. civ.* III, n° 180 ; *D.* 1998.509, n. N. Reboul.

22. Cass. civ. 1^{re}, 28 octobre 2015, n° 14-15114, *Bull. civ.* I à paraître ; *JCP G* 2016, 190, n. M. Ranouil : jugement antérieur à la vente, de condamnation au profit d'un créancier du vendeur, donnant naissance à une hypothèque judiciaire, l'acheteur est contraint de délaisser le bien : peu importe que l'inscription ait été postérieure à l'acte. La garantie a ici été invoquée par voie subrogatoire par l'assureur du notaire, qui a indemnisé l'acquéreur, en application de sa responsabilité civile.

23. Cass. civ. 3^e, 11 mai 2011, préc. (en l'espèce, le défaut d'entretien était imputable à la copropriété).

I. — Éviction proprement dite

356. Défaite en justice. – En son sens strict et étymologique, l'éviction est une défaite en justice, la perte d'un droit par un jugement : elle suppose que l'acheteur ait été condamné en justice à délaisser tout ou partie de la chose vendue à un tiers qui l'a poursuivi en justice. La garantie n'est pas due si l'acheteur s'est laissé condamner « *sans appeler son vendeur si celui-ci prouve qu'il existait des moyens suffisants pour faire rejeter la demande* » (art. 1640)²⁴.

Un premier élargissement s'est produit ; écartant l'analyse littérale que suggérait l'étymologie, la jurisprudence a admis depuis longtemps que l'éviction pouvait exister même en l'absence de jugement : la garantie est engagée dès que le tiers a engagé une procédure contre l'acquéreur, si cette prétention est incontestable et qu'il existe pour l'acquéreur un juste sujet de craindre une éviction²⁵. Mais ne sont pas des évictions de vagues menaces sans lendemain.

II. — Charges non déclarées

Il y a éviction partielle dont le vendeur doit aussi garantir, lorsqu'un tiers a sur la chose des droits que l'acquéreur ignorait. Ce que l'on appelle « *une charge non déclarée* » supposant un droit appartenant à un tiers (A) et l'ignorance de l'acheteur (B).

A. UN DROIT

357. Droits réels et bail. – Les « charges » auxquelles songeaient les rédacteurs de l'article 1626 étaient des droits réels portant sur la chose ou, plus précisément, des droits réels principaux – usufruit et servitude – parce qu'ils démembraient la propriété. C'est ce qu'énonce par exemple l'article 1638 au sujet des servitudes non apparentes²⁶. La jurisprudence a étendu la notion de charge à l'hypothèque, qui est un droit réel accessoire, en raison du risque d'expropriation qu'elle fait peser sur l'acquéreur. Et même au droit personnel que confère le bail, bien qu'il ne s'agisse pas d'une charge réelle²⁷ : l'existence d'un bail est souvent ressentie par l'acquéreur comme une charge, qui a pris, du fait de l'article 1743, alinéa 1, et surtout de la législation spéciale des loyers et fermages, un caractère de réalité.

24. Le texte s'applique rarement ; toutefois Cass. civ. 1^{re}, 5 novembre 1991, *Bull. civ. I*, n° 300 ; *RTD civ.* 1992.576, obs. P.-Y. Gautier : en l'espèce, un arrêt avait décidé qu'un tiers avait acquis par usucapion une parcelle vendue ; jugé que l'acquéreur ne pouvait agir en résolution de son acquisition sur le fondement de la garantie d'éviction, car la possession trentenaire sur laquelle le tiers avait fondé son action était entachée d'équivoque : « *il existait (donc) des moyens suffisants pour faire rejeter cette action* ».

25. Ex. : Cass. civ. 3^e, 3 décembre 2008, n° 07-14545 et n° 07-17516, *Bull. civ. III*, n° 197 ; *D.* 2009, 99 : le vendeur avait un différend préexistant avec un tiers sur la propriété du terrain, objet du contrat : « *la découverte d'un droit invoqué en justice par un tiers sur la chose vendue, existant au moment de la vente, non déclaré et ignoré de l'acheteur, constitue un trouble actuel obligeant de ce seul fait le vendeur à en garantir l'acquéreur, avant même qu'intervienne un jugement le constatant* ».

26. Cass. civ. 3^e, 7 janvier 2016, n° 14-24777, *Bull. civ. III* à paraître : le vendeur qui a dissimulé la violation d'une servitude *non aedificandi* doit la garantie à son acheteur (mais le notaire, qui ne pouvait le suspecter, n'est pas responsable).

27. Cass. civ. 1^{re}, 16 décembre 1958, *Bull. civ. I*, n° 566 ; *D.* 1959.34 ; *Gaz. Pal.* 1959.1.107 ; *RTD civ.* 1959.337, obs. J. Carbonnier : « *L'éviction qui résultait pour (l'acquéreur) de la diminution de jouissance que lui imposait la découverte de la location antérieurement consentie (au preneur) par son vendeur obligeait de ce seul fait ce dernier à l'en garantir* ».

Mais la garantie n'est pas due si l'acquéreur connaissait le bail²⁸, sauf mauvaise foi du vendeur²⁹, ce qui rapproche la charge non déclarée du vice caché.

358. Éviction et vice caché. – Habituellement, la distinction entre l'éviction et le vice rédhibitoire est faite de la manière suivante. L'éviction suppose que le trouble éprouvé par l'acquéreur provienne d'un droit appartenant à un tiers. Au contraire, le vice de la chose (entraînant la garantie des vices cachés) ne résulte pas du droit d'un tiers, mais consiste en un défaut dans les qualités de la chose³⁰.

359. Garantie de contenance. – Le vendeur d'un immeuble doit « *délivrer la contenance telle qu'elle est portée au contrat* » (art. 1616) ; il s'agit d'une obligation distincte de la garantie d'éviction : une insuffisance de contenance ne constitue pas par elle-même une éviction³¹. La « garantie » de contenance n'est donc pas, à proprement parler, une véritable garantie : elle exécute l'obligation de délivrance. Elle s'applique même aux ventes d'immeubles à construire³², mais non aux meubles sauf s'ils sont des immeubles par destination³³.

Parfois, le contrat détermine une relation entre la contenance et le prix : une sorte de vente à la mesure (art. 1617 et 1618). Parfois, aussi, la contenance est indiquée sans avoir de rapports avec le prix (art. 1619 et 1620) ; le prix ne peut alors être modifié que si la différence est au moins d'un vingtième. Mais il est courant qu'une clause écarte la garantie de contenance, ce qui présente l'avantage de limiter le contentieux après la vente en assurant la paix des contractants et la

28. Cass. soc., 10 juillet 1962, *Bull. civ. IV*, n° 640 : « À la différence du droit de préemption, le bail ne porte pas atteinte à la propriété ; l'existence d'un bail relève non de la garantie d'éviction, mais de la garantie des charges ; celle-ci n'est pas due lorsque l'acquéreur a eu connaissance des charges de la vente ».

29. Cass. civ. 3^e, 13 novembre 2003, *Bull. civ. III*, n° 200 ; *RDC* 2004, p. 329, obs. Fr. Collart-Dutilleul ; en l'espèce, le vendeur « avait certifié dans l'acte de vente que l'immeuble vendu était libre de toute location (ce qui, comme il le savait, était inexact) ; il importait peu que (l'acquéreur) ait pu avoir connaissance de la présence (du preneur à bail rural) sur la parcelle, qu'elle pouvait considérer comme une simple tolérance non créatrice de droit ».

30. Ex. : il n'y a pas d'éviction, mais vice de la chose ou défaut de conformité lorsque la parcelle vendue, décrite comme étant une terre labourable, est, en réalité, composée de bois.

31. V. O. BARRET, « Recours offerts à l'acquéreur contre le vendeur au cas de superficie insuffisante de l'immeuble vendu », *RTD civ.* 2012. 207. Cass. civ. 3^e, 3 juillet 1974, *Bull. civ. III*, n° 292 : « Vu l'article 1636, applicable seulement lorsque l'acquéreur a été évincé d'une partie de la chose » ; en l'espèce, il y avait à la fois une insuffisance de contenance et une non-conformité : la parcelle « décrite comme étant en nature de terre et d'une contenance d'1 ha 69 a 20 ca s'est révélée être en nature de bois et d'une contenance de 50 a » ; la cour d'appel avait résilié la vente : « Il s'avère en effet qu'il (l'acquéreur) a contracté par erreur et ne l'aurait point acquise (la parcelle) s'il en avait connu la véritable nature et la contenance réelle » ; cassation : la cour d'appel n'avait pas constaté d'éviction.

32. Cass. civ. 3^e, 24 novembre 1999, *Bull. civ. III*, n° 225 ; *D.* 2000, somm. 286, obs. O. Tournafond ; *JCP G* 2000.I.237, n°s 19 et s., obs. Y.-M. Serinet ; en l'espèce, l'acquéreur prétendait que la contenance d'un immeuble acheté en état futur d'achèvement était inférieure à la surface promise et avait agi en diminution du prix contre son vendeur, qui a opposé avec succès l'art. 1622 imposant l'exercice de l'action dans le délai d'un an, à peine de déchéance : « la cour d'appel a retenu, à bon droit, que l'article 1622 était applicable à la vente en état futur d'achèvement sous réserve de faire courir le délai préfix d'un an à compter du transfert de la propriété, constaté par la livraison ».

33. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 11 janvier 2005, *Bull. civ. I*, n° 25 ; *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. n° 107, n. L. Leveneur ; en l'espèce, la vente avait pour objet des truites destinées à l'exploitation piscicole appartenant à un autre propriétaire. La quantité des poissons livrée ayant été inférieure à celle qu'avait prévue le contrat, l'acquéreur demanda un remboursement partiel du prix ; il fut débouté par la cour d'appel, faute d'avoir agi dans l'année de la vente ; cassation : « l'art. 1622 ne s'applique pas aux ventes de meubles » et « les poissons avaient été cédés [...] indépendamment du terrain sur lequel avaient été implantés les bassins, de sorte qu'ils ne peuvent présenter les caractères d'immeubles par destination ».

stabilité des conventions; quelle que soit l'importance de la superficie manquante, la clause est licite³⁴ (art. 1619, al. 2, *in fine*).

Cette licéité disparaît dans cinq circonstances. **1°** S'il y a eu fraude, dol ou faute lourde du vendeur³⁵ ou condition potestative³⁶. **2°** En cas d'éviction, lorsque le vendeur n'avait pas la propriété de la parcelle désignée comme faisant partie du fonds vendu³⁷, sauf si la vente avait été faite aux risques et périls de l'acheteur³⁸. **3°** En cas d'erreur sur les qualités substantielles³⁹. **4°** Lorsque le vendeur est un professionnel et l'acquéreur un profane⁴⁰. **5°** Lorsqu'il s'agit de la vente d'un lot de copropriété (L. Carrez, 18 déc. 1996, ajoutant un art. 46 à la loi du 10 juill. 1965 sur la copropriété), le vendeur doit préciser à l'acquéreur la superficie du lot vendu et en garantir la contenance⁴¹.

Le particularisme de ces règles et leur contentieux apparaissent surtout dans le bref délai de la prescription : les actions en augmentation ou en diminution du prix tenant à un excédent ou à

34. Ex. : Cass. civ. 3^e, 20 février 1973, *Bull. civ. III*, n° 144 ; D. 1973, somm. 92 ; en l'espèce, le géomètre avait commis une erreur involontaire ; Versailles, 5 février 1999, D. 1999, IR, 98 : « La clause de non-garantie de superficie est opposable à l'acquéreur, dès lors qu'il ne rapporte pas la preuve que le vendeur savait » (la différence).

35. Ex. : Cass. civ. 1^e, 16 décembre 1959, *Bull. civ. I*, n° 542 ; *Defrénois* 1960.27980 ; *RTD civ.* 1961.146, obs. J. Carbonnier. En l'espèce, la cour d'appel avait appliqué « la clause de non-garantie au motif que l'existence d'un dol n'était pas établie à la charge de la venderesse ». Cassation : la cour d'appel aurait dû « rechercher si les faits établis contre elle (la venderesse) n'étaient pas constitutifs d'une faute lourde susceptible de faire échec à ladite clause ».

36. Cass. civ. 3^e, 24 mars 1999, *Bull. civ. III*, n° 79 ; *Defrénois* 1999.1140, obs. H. Périnet-Marquet, 1328, obs. Ph. Delebecque ; en l'espèce, la clause d'une vente en état futur d'achèvement « précisait que "l'acquéreur prendra les biens et droits immobiliers présentement vendus tels qu'ils existeront lors de leur achèvement, sans garantie de contenance, la différence excédât-elle un vingtième pour ce qui concerne le terrain", la cour d'appel a exactement retenu qu'il ne pouvait exister en l'espèce de renonciation valable des acquéreurs au bénéfice de l'art. 1619 [...], les époux Lefin ne pouvaient accepter par avance une réduction de contenance qui n'était que du seul pouvoir du vendeur ».

37. Cass. civ. 3^e, 12 janvier 1982, *cons. de Montaigne*, *Bull. civ. III*, n° 12 ; D. 1982, IR, 530, 2^e esp., obs. B. Audit ; *RTD civ.* 1983.147, obs. Ph. Rémy : « La clause de non-garantie de contenance ne dispense pas le vendeur de garantir l'acheteur contre l'éviction d'une partie de la chose vendue ».

38. Cass. civ., 10 mars 1948, D. 1948.255 ; *RTD civ.* 1948.347, obs. J. Carbonnier : « Si, aux termes de l'article 1629, dans le cas même de stipulation de non-garantie, le vendeur en cas d'éviction est tenu à la restitution du prix, il en est autrement, par exception, quand l'acquéreur a acheté à ses risques et périls ». L'acceptation d'un pareil aléa peut résulter, comme en l'espèce, de termes équivalents ; bien que la clause eût été rédigée comme d'habitude, la Cour de cassation a admis qu'elle avait produit son effet, bien qu'il y ait eu manifestement éviction pour une des parcelles vendues ; la vente avait été faite « aux risques et périls » de l'acheteur parce qu'elle avait pour objet, non une parcelle déterminée, mais un ensemble de terres.

39. Cass. civ., 23 novembre 1931, *DP* 1932.I.129, n. L. Josserand : « Si le défaut de contenance d'un immeuble ne peut donner lieu, par application de l'article 1619 qu'à une diminution du prix lorsque la différence en moins excède un vingtième, il en est autrement lorsque le défaut de contenance rendrait cet immeuble impropre à la destination, connue des parties, en vue de laquelle il a été acquis ; en ce cas, la contenance devient en fait une qualité substantielle de l'objet du contrat et l'erreur sur cette qualité rend applicable l'article 1110 du Code civil » ; en l'espèce, le vendeur avait indiqué que la parcelle avait une superficie de 7 800 m², alors qu'elle n'en avait que 5 119, au plus : les acquéreurs, « dans le but unique connu du vendeur de la revendre après l'avoir morcelée, la contenance annoncée était une condition essentielle du contrat, l'arrêt (de la cour d'appel) relève ensuite que le vendeur a volontairement, de mauvaise foi, induit en erreur les acquéreurs et ainsi vicié leur consentement ». Nullité du contrat ; rejet du pourvoi.

40. Paris, 7 avril 1998, D. 1998, IR, 136 : « la clause de non-garantie (de contenance) ne pouvant être tenue en échec que si le vendeur est un professionnel et l'acquéreur un non-professionnel ».

41. La connaissance de la superficie réelle par l'acheteur, avant la vente, « ne le prive pas de son droit à la diminution du prix, qui n'est pas subordonné à la preuve d'un préjudice » : Cass. civ. 3^e, 5 décembre 2007, *Bull. civ. III*, n° 218 ; *JCP G* 2008.II.10117, n. L. Leveuveur : différence de 5 m².

une insuffisance de la contenance doivent être intentées dans l'année suivant la conclusion du contrat (art. 1622)⁴².

360. Documents précontractuels. – La portée des documents préparant le contrat (petites annonces, prospectus publicitaires, brochures promotionnelles, notices bancaires, conditions générales de vente, indications de catalogue dans les ventes aux enchères, licences d'utilisation pour des programmes informatiques, etc.) comporte de nombreuses zones d'ombre⁴³. Selon les tribunaux ils ont une signification contractuelle si les parties l'ont voulu ; si le contrat ne les respecte pas, la jurisprudence en a tiré deux conséquences : 1^o ils engagent la responsabilité de leur auteur⁴⁴ lorsqu'ils donnent des informations inadéquates. 2^o Ils n'entraînent pas la nullité du contrat lorsque les indications portées dans ces documents ne sont pas entrées dans le champ contractuel, car ils ont seulement entraîné chez l'acheteur une erreur sur les motifs, non sur la substance⁴⁵.

Les documents précontractuels échangés pendant la négociation sont dépourvus de valeur obligatoire après la conclusion du contrat ; seul celui-ci les engage ; ils n'en permettent que l'interprétation, à la condition que le contrat ne l'ait pas exclue, ce qui est assez fréquent⁴⁶. Ils ne se confondent pas avec les diagnostics techniques, qui sont impératifs⁴⁷.

361. Propriétés incorporelles. – La garantie d'éviction existe aussi dans les cessions de propriétés incorporelles⁴⁸, telles que les droits d'auteur.⁴⁹

42. Cass. civ. 3^e, 24 novembre 1999, préc.

43. **Bibli.** : Fr. LABARTHE, *La notion de document précontractuel*, th. Paris I, LGDJ, 1994, préf. J. Ghestin ; O. AUDIC, *Les fonctions du document contractuel en droit privé*, LGDJ, 2004.

44. Ex. Cass. civ. 1^{re}, 6 mai 2010, n°08-14461 ; RDC 2010.1197, obs. D. Mazeaud ; n.p.B. : « *les documents publicitaires peuvent avoir une valeur contractuelle dès lors que, suffisamment précis et détaillés, ils ont eu une influence sur le consentement du cocontractant* ». En l'espèce, dans une brochure publicitaire, une école privée avait promis de trouver un employeur à ses élèves, les juges du fond avait dénié toute valeur à ce document : « *les brochures publicitaires ne pouvant en aucun cas être considérées comme un contrat* ». Cassation. La responsabilité de l'intermédiaire peut également être engagée : *infra*, n° 566.

45. Cass. civ. 3^e, 24 avril 2003, *Bull. civ.* III, n° 82 ; JCP G 2003.II.10134, n. R. Wintgen ; RDC 2003, p. 42, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2003.723, obs. P.-Y. Gautier ; en l'espèce, un promoteur immobilier avait, dans ses documents publicitaires, indiqué que l'achat de parkings en l'état futur d'achèvement serait soumis au régime fiscal des BIC, ce qui ne s'est pas produit ; l'acheteur a vainement demandé la nullité de la vente, exposant que ce régime fiscal avait été son motif déterminant ; rejet du pourvoi : « *Les consorts S.C. et M. ne démontraient pas que l'assujettissement au régime des BIC des revenus tirés de l'exploitation des emplacements de stationnement aurait été contractuellement stipulé lors de leur vente, et retenu que les plaquettes publicitaires éditées n'avaient pas de caractère contractuel, la cour d'appel [...] a pu en déduire [...] qu'il n'y avait pas lieu de prononcer l'annulation des contrats de vente, l'erreur sur un motif du contrat extérieur à l'objet de celui-ci n'étant pas, faute de stipulation expresse, une cause de nullité de la convention, quand bien même ce motif aurait été déterminant* ».

46. E. RAWACH, « La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat », *D.* 2001.223.

47. *Infra*, n° 379.

48. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 13 mars 2008, n°06-20152 et n°06-20443, *Bull. civ.* I, n° 78 ; JCP G 2008.IV.1712 : « *La garantie d'éviction est due par tout cédant d'un droit de propriété, corporel ou incorporel, sauf à établir que le cessionnaire a participé aux actes de contrefaçon en mettant en vente un produit qu'il savait contrefait* » ; en l'espèce, jugé qu'un fabricant de vêtements peut exercer une action en garantie d'éviction contre la société qui lui avait fourni des tissus contrefaits, sauf s'il est établi qu'il avait eu connaissance de la contrefaçon.

49. Cass. civ. 1^{re}, 7 avril 1998, *Bull. civ.*, I, n° 145 ; *D.* 1999, somm. 123, obs. Hassler et Lapp : « *la garantie d'éviction est due par tout cédant d'un droit de propriété, corporel ou incorporel* » ; en l'espèce, la RATP avait cédé à une société cinématographique l'exploitation de films dont le réalisateur avait revendiqué la propriété intellectuelle ; la cour d'appel a rejeté la demande en garantie d'éviction du cessionnaire contre le cédant, en « *sa qualité de professionnelle de l'audio-visuel, il lui incombait de vérifier l'existence, l'origine et l'étendue des droits acquis* » : cassation.

Pour qu'il y ait éviction engageant la garantie du vendeur, il ne suffit pas qu'un tiers ait eu un droit sur la chose vendue, il faut aussi que, lors de la vente, l'acheteur l'ait ignoré.

B. IGNORANCE DE L'ACHETEUR

362. *Emptor debet esse curiosus?* Non. – Pour que le vendeur soit tenu à garantie, il faut que l'acheteur ait ignoré la menace d'éviction. La raison d'être de la règle est évidente : l'acheteur n'a pas à se plaindre si la charge était apparente, ou si, ne l'étant pas, cette menace lui avait été déclarée ou s'il en avait eu connaissance ; de quoi pourrait-il se plaindre ? Il a acheté en connaissance de cause⁵⁰. La même règle apparaît dans le vice caché.

L'application de ce principe soulève des difficultés ; tout le droit de la vente évolue en effet vers une extension de la garantie renforçant les droits de l'acquéreur, améliorant la garantie et aggravant les obligations du vendeur. Ici aussi, il prend plus en compte les intérêts de l'acheteur que ceux du vendeur. Comme on le verra dans l'étude des vices rédhibitoires, naguère on disait qu'*emptor debet esse curiosus* (l'acheteur doit être curieux) ; on dit maintenant que le vendeur doit être loyal. La question s'est essentiellement posée à l'égard des servitudes.

1° La jurisprudence du **xix^e siècle** dispensait le vendeur de déclarer les servitudes apparentes : en ouvrant les yeux, l'acheteur en avait connaissance. Il en était de même, avec un peu moins d'évidence, des servitudes légales que l'acheteur était censé connaître puisqu'il devait, selon l'adage connu, connaître la loi. On était allé jusqu'à se demander si la transcription (aujourd'hui la publicité foncière) des servitudes non apparentes ne dispensait pas le vendeur de les déclarer, puisque l'acheteur n'avait qu'à consulter la transcription pour être informé. Dans ces trois cas, *emptor debebat esse curiosus*.

2° En trois étapes, la jurisprudence du **xx^e siècle** a évolué en élargissant la garantie du vendeur afin de souligner le devoir de loyauté auquel il est tenu. **1** Elle a d'abord décidé dans un arrêt de principe que la publication à la **publicité foncière** d'une servitude non apparente (ou d'un usufruit) ne dispensait pas le vendeur d'en informer l'acquéreur⁵¹. L'arrêt a d'abord eu pour intérêt de fixer la véritable portée de la publicité foncière qui est faite pour protéger l'acquéreur contre les actes de disposition de son vendeur, non pour protéger le vendeur contre le recours en garantie de l'acquéreur. Surtout, il annonça une évolution importante dans la théorie de la garantie : en cas de charges grevant la chose, le vendeur n'y échappe plus au moyen de présomptions permettant de penser que l'acheteur était au courant, mais seulement en démontrant directement que l'acquéreur les a effectivement connues. **2** La seconde étape a eu les **servitudes légales** pour objet. La jurisprudence a décidé que l'acheteur n'était tenu de les connaître que si elles constituaient une charge normale de la propriété résultant de l'état des lieux⁵² : le seul fait qu'une servitude fut légale ne dispensait pas le vendeur d'en informer l'acheteur. **3** La troisième

50. Cass. civ. 1^{re}, 15 octobre 1996, *Bull. civ. I*, n° 355 ; *Contrats, conc. consom.* 1997, comm. n° 5, n. L. Leveneur : « La personne qui a participé à une contrefaçon en mettant en vente un produit qu'elle savait être contrefait, n'est pas fondée à obtenir la garantie de son vendeur pour l'éviction qu'elle subit, qui est de son fait ».

51. Jurisprudence constante depuis *Req., 30 décembre 1940, *Bonnet, DC*, 1941.107, n. J. Carbonnier ; *JCP G* 1941.II.1622, n. E. Becqué ; *RTD civ.* 1940.290, obs. H. Solus : « Il appartient au vendeur d'informer l'acheteur des servitudes occultes, et non à l'acheteur de se renseigner à cet égard ; la L. du 23 mars 1855 (sur la transcription) est faite en principe pour protéger l'acquéreur contre les actes de disposition du vendeur et non pour protéger le vendeur contre le recours en garantie de l'acquéreur ».

52. Cass. civ. 1^{re}, 21 février 1956, *Bull. civ. I*, n° 87 ; *D.* 1956.285 ; *JCP G* 1956.II.9200, n. Blin ; *RTD civ.* 1956.549, obs. J. Carbonnier ; en l'espèce, il s'agissait d'une servitude légale *non aedificandi* que le vendeur n'avait pas déclarée et que l'état des lieux ne permettait pas de soupçonner ; l'acheteur a obtenu la « résiliation » du contrat (*sic*).

étape a porté sur les **servitudes apparentes** ; bien que, par définition, elles fussent visibles, le vendeur doit les déclarer quand l'apparence n'est pas claire et qu'ainsi l'acquéreur peut ne pas s'en rendre compte⁵³.

On est loin de la vieille règle *emptor debet esse curiosus* (rappr. art. 1112-1 C. civ.).

Les règles légales sur la garantie d'éviction peuvent être modifiées par la volonté des parties, parce qu'il appartient aux contractants de fixer l'économie de leur contrat et de répartir la charge financière des risques.

SECTION II

GARANTIES CONVENTIONNELLES

Les conventions relatives à la garantie d'éviction sont diverses et peuvent faire l'objet de deux grandes classifications. D'une part, elles peuvent soit étendre, soit limiter, voire écarter, la garantie légale. D'autre part, elles peuvent avoir pour objet la garantie du fait personnel ou la garantie contre des tiers : en outre, selon les cas, elles sont valables ou nulles. Quelles qu'elles soient, elles sont toujours d'interprétation restrictive.

363. Garantie du fait personnel. – Les clauses extensives de la garantie du fait personnel sont rares. On les trouve surtout dans les cessions de fonds de commerce⁵⁴. La garantie légale interdit au cédant d'installer un autre fonds susceptible de porter concurrence au cessionnaire parce que ce qui constitue un fonds de commerce est la clientèle. L'acte de cession peut élargir cette obligation pesant sur le cédant, en lui interdisant d'exercer un commerce quelconque, à condition que cette interdiction soit limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle soit rémunérée et ne soit pas disproportionnée ; autrement, elle supprimerait la liberté du commerce et de l'industrie⁵⁵. L'acquéreur ne peut invoquer la méconnaissance de cette obligation que s'il éprouve un préjudice⁵⁶.

En principe, les clauses restreignant la garantie du fait personnel sont nulles : le vendeur ne peut jamais se réserver le droit d'évincer l'acquéreur (art. 1628). Sont également inefficaces les

53. Jurisprudence constante : ex. : * Cass. civ. 1^{re}, 13 janvier 1965, *Guillou-Pilven*, *Bull. civ. I*, n° 39 ; *D.* 1965.555 ; *Gaz. Pal.* 1965.I.371 ; *RTD civ.* 1965.667, obs. G. Cornu ; en l'espèce, il s'agissait d'un oléoduc dont la pose était en cours lors de la vente : « *Guillou-Pilven, vendeur, avait l'obligation de faire connaître à la sté du Pra-l'Abbé la convention conclue par lui avec la sté Trepil et la servitude passive ainsi que les autres engagements qui en résultaient, la présence du pipe-line entraînant une diminution certaine de jouissance* ».

54. Ces clauses sont conformes à la réglementation de la concurrence (C. com., art. L. 420-1). Ex. : Avis de la commission de la concurrence dans le secteur de la presse gratuite en région Provence-Alpes-Côte d'Azur, 20 mai 1986 (BOEC 1986.223) : « *En application des articles 1625 et s., le vendeur d'un fonds de commerce doit s'abstenir de tout acte de nature à diminuer l'achalandage, et à détourner la clientèle du fonds cédé. Il est loisible aux parties d'aménager conventionnellement cette obligation dans une clause de non-rétablissement.* » La question se présente dans les mêmes termes à l'égard du droit européen de la concurrence (l'art. 101, TFUE). Cf. * CJCE, 28 janvier 1986, *Aff. Pronuptia, infra*, n° 836 : « *Ne constitue pas une restriction de la concurrence au sens de l'article 81, § 1 (du Traité de Rome) [...] l'interdiction faite au franchisé d'ouvrir, pendant la durée du contrat ou pendant une période raisonnable après l'expiration de celui-ci, un magasin ayant un objectif identique ou similaire où il pourrait entrer en concurrence avec l'un des membres du réseau* ».

55. Cass. soc., 10 juillet 2002, *Bull. civ. V*, n° 239, arrêts n°s 1 et 3 ; *D.* 2002.2491, n. Serra ; *JCP G* 2003.I.130, n° 1, obs. P. Morvan ; *Deffrénois* 2002, art. 37644, n° 94, p. 1619, obs. crit. R. Libchaber ; *JCP G* 2002.II.10162, n. F. Petit ; *RDC* 2003, p. 17, obs. J. Rochfeld : « *une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie, ces conditions étant cumulatives* ».

56. Cass. civ. 1^{re}, 19 novembre 1996, *Bull. civ. I*, n° 404 ; *RTD civ.* 1997.157, obs. crit. P.-Y. Gautier : « *en l'absence de préjudice, (les acquéreurs) étaient sans intérêt à agir en exécution de la clause contractuelle, caractérisant ainsi l'abus de droit dont procédait leur demande* ».

fausses garanties conventionnelles, limitant dans le temps l'obligation du vendeur, en deçà de ce que la garantie légale lui confère⁵⁷. Cependant, pour les cessions de fonds de commerce, il a été admis que le cédant pouvait, lors de la vente, valablement prévenir le cessionnaire qu'il avait un autre fonds susceptible de lui porter concurrence⁵⁸, ce qui pose un problème analogue au trouble de fait⁵⁹.

364. Garantie contre les tiers. – Les clauses **extensives** de la garantie d'éviction, garantissant l'acquéreur contre les troubles de fait provenant de tiers, sont également rares parce qu'elles imposent une lourde garantie au vendeur, qui devient une sorte d'associé de l'acquéreur.

Au contraire, les clauses **restrictives** sont fréquentes et licites. Elles doivent être expresse et non équivoques⁶⁰. Et sont d'interprétation étroite : la non-garantie de contenance ne dispense pas le vendeur de garantir l'éviction⁶¹. Si elle couvre le risque d'éviction, elle exonère le vendeur de tous dommages-intérêts, non de la restitution du prix, sauf si l'acheteur avait acheté à ses risques et périls (art. 1629). Le contrat devient alors aléatoire, l'acheteur a acheté non la chose, mais l'espoir de la garder : la vente est une *emptio spei*⁶².

Comme pour la garantie des vices cachés⁶³, la clause restreignant la garantie d'éviction est privée d'effet si le vendeur est de mauvaise foi ou un professionnel (par exemple, un promoteur) ; aucun texte du Code civil ne le dit, mais la jurisprudence le décide par application des principes généraux.

SECTION III

EFFETS DE LA GARANTIE D'ÉVICTION

365. Droit commun et statuts spéciaux ; prescription. – Lorsque l'acquéreur est évincé et la garantie du vendeur engagée, si l'on avait appliqué le droit commun purement et simplement, deux conséquences auraient dû se produire ; chacune est infléchie par le droit spécial de la vente.

D'une part, en invoquant l'exception d'inexécution, l'acheteur aurait pu refuser de payer en pratiquant la rétention du prix.

D'autre part, le vendeur aurait dû être soumis aux règles de la responsabilité contractuelle puisqu'il n'a pas exécuté son obligation : il aurait dû réparer tout le

57. Ex. : Cass. com., 14 avril 1992, *Bull. civ.* IV, n° 160 ; *RTD civ.* 1993.150, obs. crit. P.-Y. Gautier : « le vendeur d'un fonds de commerce a l'obligation de s'abstenir de tout acte de nature à détourner la clientèle du fonds cédé ; dans le cas où les parties ont stipulé que le vendeur ne pourrait se rétablir dans son activité dans un certain délai, l'expiration de ce délai n'a pas pour effet de le libérer de l'obligation légale de garantie de son fait personnel, qui est d'ordre public ». En l'espèce, la garantie conventionnelle était de cinq ans ; le vendeur s'était rétabli dix ans après la cession ; la cour d'appel avait jugé qu'il n'avait pas contrevenu à son obligation. Cassation : la cour d'appel aurait dû « procéder [...] aux recherches concrètes nécessaires au regard de l'obligation légale de garantie ».

58. Cass. com., 2 décembre 1965, *Bull. civ.* III, n° 623 ; *Gaz. Pal.* 1966.I.185 : « L'article 1628 ne fait pas obstacle à la validité de la clause de non-garantie, destinée à renseigner l'acquéreur sur une circonstance particulière antérieure à la vente et susceptible de provoquer éventuellement son éviction ou d'entraîner, à son détriment, une situation préjudiciable, éventualité dont il a, en se portant acquéreur, accepté le risque. »

59. *Supra*, n° 353.

60. Ex. : Cass. civ. 3^e, 7 juillet 2010, *Époux V*, n° 09-12055, *Bull. civ.* III, n° 140 ; *RTD civ.* 2010.794, obs. P.-Y. Gautier : « cette clause de non-garantie de désignation et de contenance ne dispensait pas les vendeurs de garantir les acheteurs contre l'éviction de la chose vendue ».

61. *Supra*, n° 359.

62. *Supra*, n° 190.

63. *Infra*, n° 432.

préjudice éprouvé par l'acquéreur, *damnum emergens* (perte éprouvée) et *lucrum cessans* (gain manqué), sauf la double limitation au dommage direct et au dommage prévisible quand le vendeur est de bonne foi.

Par conséquent, afin de fixer le préjudice de l'acquéreur évincé, il eût été rationnel d'évaluer la chose vendue (un immeuble par exemple) au jour où le vendeur a indemnisé l'acheteur et d'y comprendre les autres frais auxquels celui-ci a été exposé.

Ce n'est pas tout à fait le système du Code civil, qui écarte certaines règles de la responsabilité contractuelle (art. 1630 à 1637), mais non toutes (art. 1639). Il énumère les éléments de l'indemnité due à l'acquéreur (art. 1630) ; pour simplifier, n'en seront retenus que deux, le prix et les dommages-intérêts. Par rapport au droit commun de la responsabilité contractuelle, ces dispositions, tantôt favorisent l'acquéreur, tantôt le défavorisent.

La prescription est soumise au droit commun, à défaut de texte spécial, cinq ans à compter de la connaissance du fait faisant naître la garantie (art. 2224) ; le délai ne court pas, tant que l'éviction n'est pas consommée (art. 2233, 2^o).

366. Prix. – En cas d'éviction totale, le prix payé au vendeur doit être remboursé à l'acheteur et, conformément au droit commun, la somme est fixe, figée et n'est donc pas réévaluée, par application du nominalisme monétaire, même si du temps s'est écoulé entre le paiement du prix (par l'acheteur) et son remboursement (par le vendeur). Le particularisme de la garantie d'éviction tient à ce que le prix doit toujours être remboursé par le vendeur à l'acquéreur, même si, lors de l'indemnisation, la chose vendue s'est dépréciée ou ne vaut plus rien, et même si elle a péri par cas fortuit (art. 1631). Le système est à cet égard plus avantageux pour l'acquéreur que ne l'est le droit commun : l'acheteur réalise un bénéfice, puisqu'au lieu d'un bien déprécié, il récupère ce qu'il a versé. De toute façon, l'acheteur est dans une situation favorable, car si l'immeuble a augmenté de valeur, il a droit à des dommages-intérêts.

En revanche, en cas d'éviction partielle, si la chose a diminué de valeur, la perte sera pour l'acheteur, qui ne pourra se faire restituer que la valeur de la portion évincée, sans pouvoir se faire rembourser de la différence de prix (art. 1637)⁶⁴.

367. Dommages-intérêts. – Bien entendu, l'acquéreur n'a droit à des dommages-intérêts que s'il a éprouvé un préjudice que n'aurait pas réparé le remboursement du prix. Le calcul de ce préjudice relève du droit commun (art. 1639)⁶⁵, sauf plusieurs dérogations (art. 1631 à 1638), dont certaines sont avantageuses pour l'acquéreur, d'autres désavantageuses.

1^o Le système est **avantageux** pour l'acquéreur en ce que le vendeur de bonne foi ne peut limiter son obligation au dommage prévisible, au contraire de ce que prévoit l'article 1231-3 (ancien art. 1150). La règle découle de l'article 1633 : « *Si la chose vendue se trouve avoir augmenté de valeur lors de l'éviction [...], le vendeur (la loi ne distingue pas selon qu'il est de bonne ou de mauvaise foi) est tenu de lui payer ce qu'elle vaut au-dessus du prix de la vente* ». Le vendeur doit indemniser complètement l'acheteur pour toutes les plus-values prises par la chose, même si elles résultent de circonstances que le vendeur n'aurait pu prévoir : impenses

64. Cass. civ. 3^e, 21 mars 2001, *Bull. civ.* III, n^o 37 ; *RTD civ.* 2001.614, obs. P.-Y. Gautier ; *Defrénois* 2001. art. 37399, n^o 72, obs. R. Libchaber ; *Contrats, conc. consom.* 2001, comm. n^o 121, n. L. Leveneur : en l'espèce, « *si, dans le cas de l'éviction d'une partie du fonds vendu, la vente n'est pas résiliée, la valeur de la partie qui se trouve évincée lui est remboursée suivant l'estimation à l'époque de l'éviction, et non proportionnellement au prix total de la vente, soit que la chose ait augmenté ou diminué de valeur* ».

65. Ex. : Cass. civ. 3^e, 7 juillet 2010, *Époux V*, n^o 09-12055, préc. : « *l'acquéreur évincé a droit à la réparation de tout le préjudice causé par l'inexécution du contrat* » (remboursements des frais de procès).

(si elles sont voluptuaires, seul le vendeur de mauvaise foi en est tenu, art. 1635), plus-values tenant à des causes économiques ou monétaires, ce qui est à peu près le système du droit commun, sauf la réparation du préjudice imprévisible.

2° Le système est **désavantageux** pour l'acquéreur en ce qu'il prévoit que l'évaluation se fait au jour de l'éviction, c'est-à-dire à la date de la décision constatant l'éviction⁶⁶. Il serait plus juste, conformément au droit commun de la responsabilité contractuelle et de la dette de valeur, d'évaluer l'immeuble au jour du jugement condamnant le vendeur à indemniser l'acheteur.

N^{os} 368-377. réservés.

66. Jurisprudence constante ; ex. : Cass. civ. 3^e, 7 juillet 2010, préc. : « *L'indemnité d'éviction due par le vendeur aux acquéreurs évincés doit être faite à la valeur du bien dont ils sont évincés à la date de la décision d'éviction, quels qu'aient été les projets des acquéreurs pour ce bien* ».

GARANTIE DES VICES CACHÉS

378. Vices et qualités. – Le vendeur doit délivrer à l’acheteur la chose vendue et lui en assurer la propriété ; il doit aussi lui garantir que la chose est apte à l’usage prévu, ce qui constitue la garantie des vices cachés. Le Code civil (art. 1641) n’énonce pas une garantie de bon usage et de bon fonctionnement de la chose vendue, mais seulement une garantie contre les défauts cachés de la chose qui en empêchent un usage normal. La distinction est utile pour déterminer l’objet de la preuve.

Les ventes où la garantie des vices cachés est le plus souvent invoquée sont celles de produits mobiliers ; elle existe aussi dans les ventes d’immeubles¹. Dans les ventes d’immeubles à construire, elle est soumise à un régime particulier, car la loi assimile ce vendeur à un constructeur (art. 1646-1, L. 4 janv. 1978)². La garantie des vices cachés est aussi attachée à d’autres contrats relatifs à une chose³ ; par exemple, le bail, le crédit-bail, le prêt à usage, le contrat de construction et certains contrats d’entreprise, parfois selon des modalités différentes. Ainsi, le restaurateur (professionnel qui tient un restaurant) est responsable envers le client de l’intoxication causée par le vice même indécélable d’un mets⁴. En revanche, le réparateur d’une machine n’est pas garant des vices de la chose qu’il a réparée, sauf s’il avait expressément promis une garantie conventionnelle, ou avait concouru à la vente (la garantie du vendeur serait alors en cause).

379. Évolution et extension. – La garantie des vices cachés dans la vente (dite aussi édilicienne, car créée par les édiles curules romains) s’est étendue au fil des temps, afin de protéger l’acheteur.

1. Ex. : En raison de la nature du sous-sol (marécage mal comblé : Cass. civ. 3^e, 15 février 1989, *JCP G* 1989.IV.141 ; n.p.B. ; *JDI* 1989.361, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli) ; 17 janvier 1990, *Bull. civ.* III, n^o 26 (« le terrain vendu présentait à la date du contrat un vice caché le rendant impropre à sa destination ») ou du sol qui s’affaisse (ex. : Cass. civ. 3^e, 20 janvier 1988, *JCP G* 1988.IV.117 ; n.p.B.) ou des champignons (mérules), ou des insectes (termites), ou même quand les servitudes d’urbanisme rendent un immeuble impropre à son usage. Il y a des textes spéciaux pour certains vices (par ex. pour les termites, L. 8 juin 1999) et l’amiante.

2. *Supra*, n^o 77.

3. B. GROSS, *La notion d’obligation de garantie dans le droit des contrats*, th. Nancy, LGDJ, 1964, préf. D. Tallon ; pour l’extension de l’art. 1641 à l’ensemble des contrats relatifs à la production d’une chose : PUIG, *RDC* 2005.963 et 1118.

4. Ex. : Poitiers, 16 décembre 1970, *Aff. du turbot botulique*, *Gaz. Pal.* 24 avril 1971 ; *RTD civ.* 1971.670, obs. G. Cornu : en l’espèce, le poisson servi par le restaurateur était infecté d’un virus indécélable (le virus botulique) qui rendit malade le client. V. aussi la responsabilité des centres de transfusion sanguine ayant utilisé un sang contaminé par le virus du sida, *infra*, n^o 387.

L'origine est **romaine** et fut l'œuvre des édiles curules⁵. Initialement, il s'agissait de ventes d'esclaves, ce qui a pour toujours imprimé certains traits à la théorie : les vendeurs étant d'une malhonnêteté proverbiale, ils étaient présumés de mauvaise foi si l'esclave avait un vice qu'ils prétendaient ignorer⁶ (il fallait moraliser la vente) et étrangers – des Orientaux – (le commerce international était très sensible à la garantie des vices cachés) ; les acquéreurs étaient des Romains, qu'il fallait protéger (la garantie des vices cachés était faite pour protéger certains acquéreurs). Puis, la garantie édicteuse a eu pour objet des animaux ; son aspect moralisateur, international et protecteur s'est atténué, sans pour autant disparaître. Les caractères que Rome a conférés à l'institution sont demeurés constants pendant longtemps.

Selon le **Code civil**, qui a repris la tradition romaine, la garantie a pour objet le vice caché qui compromet l'utilité de la chose ; elle a pour conséquence essentielle de permettre à l'acheteur d'obtenir à son choix soit une résolution de la vente, soit une diminution du prix ; ces règles n'ont qu'un caractère supplétif, que la convention peut donc écarter.

Dans la **pratique contemporaine** des affaires, la garantie est devenue un élément de la politique commerciale, que l'on appelle parfois le *marketing*. Les commerçants multiplient dans leurs contrats des clauses de garantie, souvent différentes de la garantie légale. Lorsqu'elles sont conclues entre un professionnel et un consommateur, elles sont dépourvues d'effets dans la mesure où elles restreignent la garantie légale.

À l'égard des vices cachés la **législation contemporaine** devient préventive : ce qui explique les « diagnostics techniques » préalables que le vendeur doit désormais communiquer à l'acheteur (amiante, termites, plomb, énergie, assainissement, pollution, sites classés, etc.) à peine de nullité ou d'une aggravation de la garantie. Ces documents sont prévus dans d'autres codes que le Code civil (ex. : CCH, C. sant. pub., C. environnement, etc.).

380. Jurisprudence moderne. – Depuis environ 1950, sous l'influence d'Henri Mazeaud⁷, les tribunaux ont élaboré un droit prétorien tendant à conférer une sécurité presque absolue au consommateur. La raison en est claire : la civilisation industrielle multiplie les dangers causés par une chose. La jurisprudence a établi un équilibre entre intérêts antagonistes : protéger le consommateur contre le professionnel sans en faire un incapable, et moraliser la vente sans paralyser les procédés normaux du commerce.

Dans les rapports entre vendeurs professionnels (et fabricants) et consommateurs, la garantie des vices cachés a connu trois transformations. **1°** Est compris dans le vice caché l'ensemble des dommages causés par la chose : la garantie devient une aggravation de la responsabilité contractuelle du fait de la chose ; **2°** sont interdites les clauses limitant ou écartant les obligations légales de garantie, sauf à informer l'acquéreur des vices et des dangers de la chose ou à limiter l'obligation de délivrance ; **3°** la responsabilité du fait des vices cachés ne garantit pas seulement le contractant, mais aussi un certain nombre d'usagers de la chose.

381. Union européenne. – Deux directives de l'Union européenne sont intervenues. La première, du 25 juillet 1985, prévoit une responsabilité sans faute du fait des produits défectueux ; ce qui compte n'est plus l'inaptitude du produit à l'usage, mais son « défaut de sécurité »⁸. Elle ne concerne que les dommages causés par la chose aux personnes ou à leurs biens. Son domaine est donc plus réduit que celui de la garantie, qui doit jouer dès lors que la

5. J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^e éd., 2010, n° 498 ; v. aussi *supra*, n° 61.

6. ULPEN, *Digeste*, 21.1.2 : « ces professionnels doivent connaître la chose qu'ils vendent, d'autant plus qu'ils ont pu se renseigner eux mêmes sur place en l'achetant » ; Ph. COCATRE-ZILGIER, « La réhabilitation de l'esclave pour cause de maladie en droit romain », *Revue générale de droit médical* 2008, p. 9 et s.

7. H. MAZEAUD, « La responsabilité civile du vendeur-fabricant » *RTD civ.* 1955, 611-621.

8. Y. MARKOVITS, *La directive CEE du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits*, th. Paris I, LGDJ, 1990, préf. J. Ghestin.

chose a un vice caché ; elle a été transposée dans les articles 1245 et suivants (anciens art. 1386-1 ets.)

Ce régime n'est guère différent de celui auquel était parvenue la jurisprudence française, en matière de responsabilité contractuelle ou délictuelle du fait des choses. Elle prévoit que doit être accordée une action aux victimes, s'ajoutant au droit antérieur. À certains égards, la directive aggrave les obligations des fabricants, à d'autres, elle limite celles des vendeurs professionnels. La question la plus controversée a été de savoir si le « *risque du développement* »⁹ devait être supporté par le fabricant, ou, au contraire, constituait une cause d'exonération. La directive ouvre une option aux États membres. En France, la transposition a été effectuée par une loi du 19 mai 1998¹⁰. Ne supprimant pas le régime actuel, la directive ainsi transposée ajoute un droit complexe à un système compliqué. Dans une décision *atillon*, la CJCE a condamné la France pour n'avoir pas transposé à l'identique la directive en assimilant la responsabilité des vendeurs et fournisseurs et celle des producteurs¹¹.

Le deuxième texte, qui concerne plus spécialement la garantie des vices cachés, est la directive du 25 mai 1999 sur la conformité dans la vente des biens de consommation, dont la transposition a été réalisée par l'ordonnance du 17 février 2005¹².

382. Appréciation. – En se cantonnant au droit civil, l'efficacité de ce grand corps juridique (jurisprudentiel, législatif et européen) est limitée. Elle est surtout critiquée pour des raisons de fond. Les fabricants, vendeurs professionnels et leurs assureurs lui reprochent les obligations qui leur sont imposées, entraînant une hausse des primes d'assurance et un abus de la paperasse (excès des mentions informatives). En outre, elle décourage l'innovation, nuit à la compétitivité des fabricants français dans la concurrence internationale, impose une garantie identique pour les dommages corporels et les dommages matériels, et pour les ventes de toutes espèces de choses quelles qu'elles soient.

Il serait sans doute utile d'adapter la garantie des vices à la nature et au prix de la chose vendue, qui commandent la durée pendant laquelle on peut en attendre une utilité normale. On n'attend pas la même solidité d'une automobile ou d'un bâtiment, d'un produit bon marché ou d'un produit cher. Par ailleurs, il y a des choses complexes, dont l'usage appelle une collaboration entre le vendeur et l'acquéreur, par exemple les systèmes informatiques ; d'autres où l'acquéreur est seul et doit l'être pour s'en servir. Cette adaptation de la garantie a traditionnellement relevé du contrat. Suivant une tendance générale, le législateur et le pouvoir réglementaire sont intervenus. Des lois contemporaines différencient les règles relatives à la garantie des vices selon la nature de la chose vendue et la qualité de l'acquéreur : ainsi, depuis les lois du 3 janvier 1967, les ventes de navires ou d'immeubles à construire comportent des règles particulières. Le rôle respectif de la volonté et de la loi dans le régime des vices cachés soulève des difficultés de plusieurs ordres, notamment les animaux et les installations classées.

383. 1° Animaux. – Selon le Code Napoléon, les règles générales sur la garantie des vices s'appliquaient aux ventes d'animaux domestiques malades, ce qui entraînait de nombreuses difficultés d'application : les vices étaient difficiles à découvrir et les brefs délais pour agir mal fixés par l'usage ; en outre, les progrès de la médecine vétérinaire avaient permis de découvrir de nouvelles maladies, leur thérapeutique et leur prévention. Depuis 1838, la législation est intervenue à plusieurs reprises (aujourd'hui C. rur. pm., art. L. 213-1 ets.), afin d'écarter le

9. Il s'agit d'un défaut du produit, indécélable compte tenu de l'état des sciences et de la technique au moment où il a été mis sur le marché, *infra*, n° 398.

10. G. RAYMOND, *Contrats, conc. consom.* 1998, chron. 7 ; J. GHESTIN, *JCP G* 1998.I.148 ; J. HUET, *D. Aff.* 1998.1160. Cahier spécial, *D. Aff.* 16 juillet 1998, par F.-X. Testu et J.-H. Moitry, et du même TESTU, *ib.*, p. 1995 et s. ; G. VINEY, *D.* 1998, chron. 291 ; Chr. LARROUMET, *ib.* 311, ainsi que le n° spécial des *Petites Affiches*, 28 décembre 1998, égal. avec les rapports L. Leveueur (défauts) et N. Molféssis (produits) ; Y. DAGORNE-LABBÉ, *Defrénois* 1998.1265 ; J. REVEL, *RTD com.* 1999.317 (sur la coexistence avec le droit commun subsistant). Et pour les constructeurs : Ph. MALINVAUD, *D.* 1999, chron. 85. V. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

11. CJCE, 25 avril 2002, *D.* 2002.2462, n. Chr. Larroumet et chron. 2458 par J. Calais-Auloy.

12. *Supra*, n°s 330-336.

droit commun¹³ en : **1**) énumérant les vices propres à chaque espèce (ex. : équidés, porcins, bovins, etc.), **2**) imposant une preuve du vice par expertise, **3**° déterminant le très bref délai (quarante-cinq jours maximum) pendant lequel l'action peut être exercée (C. rur. pm., art. L. 223-7).

De plusieurs manières, la jurisprudence a assoupli ces règles en contournant le caractère limitatif des vices et les régimes spéciaux des preuves et des délais, pour faciliter l'action de l'acheteur. Non seulement, elle lui permet de demander la nullité du contrat pour cause d'erreur ou de dol¹⁴ et d'agir en responsabilité, afin d'obtenir réparation du dommage subi ; surtout, elle admet qu'une convention entre les parties peut rendre applicable à ce genre de ventes la garantie du droit commun, celle de l'article 1641¹⁵ ; cette convention peut même être tacite, découlant du seul fait que les parties ont donné une certaine destination aux animaux vendus¹⁶. En outre, lorsqu'il s'agit d'un autre vice caché qu'une maladie contagieuse ou d'un autre animal que ceux qu'énumère la loi, le droit commun de la vente s'applique¹⁷. Le droit commun est donc très souvent applicable¹⁸. Lorsque l'acheteur est un consommateur, s'applique la garantie de conformité (C. com., art. L. 217-4)¹⁹.

384. 2° Installations classées. – La loi du 19 juillet 1976 sur les installations classées pour la protection de l'environnement, modifiée par une loi du 13 juillet 1992 prévoit dans son article 8-1 (codifiée dans le C. env., art. L. 514-20) que « *lorsqu'une installation soumise à autorisation a été exploitée sur un terrain, le vendeur de ce terrain est tenu d'en informer par écrit l'acheteur ; il l'informe également, pour autant qu'il les connaisse, des dangers ou inconvénients importants qui résultent de l'exploitation. À défaut, l'acheteur a le choix de poursuivre la résolution de la vente ou de se faire restituer une partie du prix ; il peut aussi demander la remise en état du site aux frais du vendeur, lorsque le coût de cette remise en état ne paraît pas disproportionné par rapport au prix de vente* ». La loi ne fait qu'appliquer les principes généraux de la garantie des vices cachés ou plutôt des « risques » cachés ; dès lors qu'il y a information, il n'y a plus vice caché.

13. Jurisprudence constante : ex. : Cass. civ. 1^{re}, 30 septembre 2010, n°09-16890, *Bull. civ. I*, n°182 ; D. 2011.659, n. D. Mazeau : « *l'action en garantie dans les ventes d'animaux domestiques est régie, à défaut de convention contraire non invoquée en l'espèce, par les seules dispositions du Code rural* ».

14. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 1992, *Bull. civ. I*, n°81 ; *Contrats, conc. consom.* 1992, comm. n°129, obs. L. Leveueur : « *L'action en nullité de plein droit prévue par l'article 240, C. rur. pm. (auj., art. L. 223-7), n'est pas exclusive des actions tendant à la nullité de la vente fondée sur les vices du consentement, et notamment sur le dol [...]; ce délai de quarante-cinq jours imparti par ce texte ne s'applique pas aux demandes invoquant l'existence d'un tel vice* ».

15. Cass. civ. 1^{re}, 5 mai 1987, *Bull. civ. I*, n°136 : « *Les règles légales relatives à la vente d'animaux domestiques atteints d'une maladie réputée contagieuse, telles qu'elles sont définies par les articles 224 à 243 et 284 et s., C. rur. pm. (auj., art. L. 221-1 et s.), peuvent être écartées, au bénéfice des articles 1641 et s. par une convention contraire, qui a été retenue en l'espèce par l'arrêt attaqué et dont l'existence n'est pas contestée* ».

16. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 11 janvier 1989, *Bull. civ. I*, n°1 ; *Defrénois* 1989, art. 34595, n°101, p. 1133, obs. G. Vermelle : « *Les règles légales de la garantie des vices rédhitoires dans la vente des animaux domestiques, telles qu'elles sont définies par les articles 284 et s., C. rur. (auj., C. rur. pm., art. L. 213-2 et s.), peuvent être écartées par une convention contraire, qui peut être implicite et résulter de la destination des animaux vendus et du but que les parties s'étaient proposées et qui constituait la condition essentielle du contrat* ».

17. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 12 mars 1980, *Bull. civ. I*, n°85 ; restitution d'une partie du prix, alors que le chien acheté était inapte à la reproduction : l'achat d'un chien destiné à l'élevage « *pouvait être présumé fait en vue de la reproduction* ».

18. La commission des clauses abusives avait déjà proposé que le droit commun s'applique aux vices cachés dans les ventes d'animaux de compagnie à des acheteurs non professionnels, *BOCC*, 9 mai 1981, Cass. civ. 1^{re}, 20 novembre 1990, *Bull. civ. I*, n°246 : « *L'art. L. 213-1 du C. rur. pm. (auj., art. L. 213-5), selon lequel la vente des chiens et chats est nulle de plein droit lorsque, dans les 15 jours francs qui suivent leur livraison, ils sont atteints de certaines maladies, qui tend à la défense des acheteurs, n'a en aucun cas pour effet de leur interdire l'exercice des actions en garantie des vices cachés* ».

19. *Supra*, n°333.

385. Sociologie. – Vue à travers la jurisprudence, la sociologie des vices rédhibitoires est diverse. Le consommateur mécontent du mauvais fonctionnement de la chose achetée, celui qu'on voit dans les arrêts, est souvent du type opiniâtre. Plaider jusque devant la Cour de cassation pour un manteau jauni par le soleil ou une machine à laver qui ne lave pas ! Tantôt, il a raison, car l'objet était impropre à son usage. Tantôt, il est un Chicaneau ou une comtesse Pimbêche, toujours atrabilaire – le procès est son exutoire. Tantôt, il cherche un avantage indu. Le consommateur est de plus en plus épaulé par les puissantes, efficaces et bruyantes associations de consommateurs. La « *class action* » à la française ne fera que l'amplifier (C. consom., art. L. 623-1 et s., L. du 17 mars 2014). Un autre type est la victime dramatique de dommages corporels, par exemple les consommateurs de médicaments mortels. L'avant-projet de loi sur la responsabilité civile soumet la réparation du dommage corporel aux règles extracontractuelles (art. 1233). À l'opposé, il est des fabricants qui se croient tout permis. Le vice rédhibitoire apparaît aussi dans une autre espèce de litiges très différents, celui qui oppose les industriels entre eux, par exemple un armateur à un chantier naval, soit directement, soit à la suite d'un recours en garantie. L'importance des litiges est extrêmement variable : d'une centaine d'euros à des centaines de millions.

En fait, comme toujours, la jurisprudence ne permet pas de bien connaître la sociologie réelle : elle n'a affaire qu'aux vices ayant causé des dommages corporels ou, pour les dommages matériels, ceux qui intéressent des espèces moyennes. D'une part, on ne plaide pas pour des petits litiges parce que les frais et les ennuis du procès sont décourageants – mais, inspirées du droit américain, il existe plusieurs *class actions* (les associations de consommateurs agréées peuvent exercer une « action collective ») ; la loi sur l'action de groupe pourrait changer la situation. Les articles L. 623-1 et suivants du Code de la consommation prévoient la réparation du préjudice patrimonial d'acheteurs consommateurs d'une même catégorie, par action à l'encontre du vendeur, tenu par les garanties légales ; les consommateurs sont représentés par avance par une association agréée qui fait fixer la responsabilité du vendeur par un juge, puis ils se manifesteront après des mesures de publicité du jugement, afin d'être indemnisés. L'action suspend la prescription des demandes individuelles. L'acheteur n'est pas tenu d'adhérer et conserve le droit d'action individuelle, notamment pour les autres dommages qu'il a subis.

D'autre part, ce n'est pas devant les tribunaux étatiques, mais devant des arbitres que se règlent généralement les litiges importants entre industriels.

Seront successivement exposés les conditions (Chapitre 1) et les effets (Chapitre 2) de la garantie légale, puis les stipulations conventionnelles (Chapitre 3).

■ CHAPITRE I ■

CONDITIONS DE LA GARANTIE LÉGALE

Les conditions requises pour que la garantie légale des vices cachés soit engagée sont de deux ordres : des conditions de fond, essentiellement le vice caché (Section I) et des conditions d'exercice, essentiellement le délai pendant lequel l'action doit être introduite (Section II).

SECTION I

CONDITIONS DE FOND

386. Vente et vice. – La première condition est qu'il y ait une vente. Presque toutes les ventes font naître une obligation de garantie, même les ventes aux enchères¹. Sauf celles qui sont faites obligatoirement par autorité de justice (art. 1649), par exemple la vente sur saisie², qui échappent également à la rescision pour lésion ; mais l'acquéreur, victime d'un vice caché antérieur à l'acquisition de la chose par le saisi, peut exercer une action contre celui qui avait vendu au saisi³. Lorsque la chose est fournie gratuitement, accessoirement à une vente, la garantie doit aussi jouer⁴.

1. Dans ses effets, la **vente aux enchères publiques** est une vente comme les autres, établissant un rapport direct entre le vendeur et l'acheteur. En principe, la société de ventes volontaires de meubles (ex-commissaire-priseur) n'est qu'un mandataire du vendeur : Cass. civ. 1^{re}, 23 mars 1982, *Bull. civ. I*, n° 119 : « *M. Pierre B., commissaire-priseur chargé par M. Jean R. de vendre un dessin pour le compte de celui-ci, était le mandataire du vendeur* » ; et tenue d'un devoir de conseil : C. com., art. L. 321-17 ; Cass. civ. 1^{re}, 12 mars 2002, *Bull. civ. I*, n° 90, « *indications erronées* » figurant dans le catalogue et fournies par l'expert ; la responsabilité de celui-ci se trouve également engagée. Cass. civ. 1^{re}, 3 avril 2007, *D.* 2007.2288, n. crit. F. Baillet Bouin, *Bull. civ. I*, n° 141 préc. ; le dol du vendeur, si elle l'ignorait, n'engage pas sa responsabilité : Paris, 31 janvier 1997, *D. Aff.* 1997.343. Au cas où sa responsabilité est retenue, elle peut être condamnée *in solidum* avec le vendeur, avec un recours contributif contre lui : Cass. civ. 1^{re}, 22 avril 1997, *Bull. civ. I*, n° 129 ; *D. Aff.* 1997.759 : « *le commissaire-priseur est tenu de ne donner que des informations exactes dans les catalogues mis à la disposition de la clientèle et, dans ses rapports avec l'acheteur, sa responsabilité peut être engagée envers lui in solidum avec le vendeur, sauf à ce que, dans ses rapports avec ce dernier, seul celui-ci ait éventuellement à contribuer* ». Fr. CHATELAIN et P. TAUGOURDEAU, *Œuvres d'art et objets de collection en droit français*, LexisNexis 2011 ; M. CORNU et N. MALLET-POUJOL, *Droit, œuvres d'art et musées*, CNRS, 2^e éd., 2006.

2. L. LEVENEUR, *Contrats, conc. consom.* 1992, comm. note 112, sous Cass. civ. 1^{re}, 3 mars 1992 : « *Ce serait en effet un comble que celui-ci (le saisi), qui n'a rien demandé, ni rien offert et n'a fait que subir la vente forcée de son bien, doive ensuite garantir l'acquéreur contre la découverte des défauts !* » ; L. MAUGER-VIELPEAU, *Les ventes aux enchères*, 2^e éd., Economica, 2017.

3. *Supra*, n° 226.

4. Cass. com., 25 novembre 1997, *Bull. civ. IV*, n° 308 ; *D. Aff.* 1998.65 ; *Contrats, conc. consom.* 1998, comm. n° 43, n. L. Leveneur : support informatique affecté d'un virus remis à titre gratuit,

Comme la notion l'indique, pour qu'il y ait vice caché, deux éléments doivent être réunis : que la chose soit impropre à son usage normal (§ 1) et que le vice soit caché (§ 2) ; afin que la garantie du vendeur soit engagée, une troisième condition est exigée : le vice doit se rattacher à la vente (§ 3).

§ 1. IMPROPRIÉTÉ DE LA CHOSE

387. Vice rédhibitoire. – Pour qu'il y ait vice rédhibitoire, il faut que la chose soit « *impropre à l'usage auquel on la destine* » (art. 1641). Cette notion abstraite recouvre des situations diverses et concrètes : tous les maux contemporains du consommateur et du fabricant⁵. Il faut que le vice soit rédhibitoire, c'est-à-dire qu'il empêche l'usage de la chose, ce qui n'est pas le cas s'il est peu important, affectant seulement l'agrément⁶ (sauf pour les produits de luxe⁷) ou ses qualités secondaires ou s'il est facilement réparable⁸.

Il doit s'agir de l'usage de la chose, auquel elle est normalement destinée. Si le vice empêche un usage inhabituel de la chose, le vendeur n'a sa garantie engagée que s'il l'avait acceptée, ce qui suppose qu'il en avait été informé par l'acheteur. Lorsque l'acheteur précise au vendeur l'usage particulier auquel il destine la chose et que celle-ci n'y satisfait pas, l'action qu'il intente n'est pas une action en garantie des vices cachés, mais en responsabilité pour inexécution de l'obligation de délivrance, qui n'a pas à être intentée dans le délai de deux ans de l'article 1648⁹.

388. Vice temporaire et réparé. – Il a été jugé qu'un vice temporaire n'était pas rédhibitoire¹⁰. Si l'acheteur a accepté la réparation, il ne peut réclamer la résolution, comme le prévoit le droit actuel de la vente au consommateur.

comme il est d'usage, en complément d'une revue vendue aux usagers ; la chose « *ne pouvait être physiquement dissociée avant que l'acquisition de la revue permette d'en disposer ; [...] elle constituait l'un des éléments du contrat de vente* ».

5. Ex. : sang infecté de sida, légumes putréfiés, blés charançonnés, semences stériles, pain qui rend fou, chrysanthèmes qui refusent de fleurir, fromages grouillant de bactéries, cheval borgne, chat domestique qui meurt presque tout de suite après son achat, produits industriels mal conçus ou mal fabriqués (ex. : automobile dont le défaut de fabrication cause un accident mortel à l'acquéreur) et qui fonctionnent mal, appareils de télévision qui implosent, bateaux qui coulent, automobiles, machines à laver, fers à repasser, etc., tombant en pannes répétées ou consommant trop d'énergie, tuiles gélives, médicaments qui tuent ou rendent infirmes (le cas le plus grave), immeubles infestés d'amiante ou de termites, dont les fondations s'effondrent ou qui prennent l'eau de toutes parts, fonds de commerce contre lequel une procédure de fermeture administrative avait commencé, virus informatique, teinture de cheveux qui rend chauve, cuisinière à gaz qui explose, etc. La liste des produits défectueux est inépuisable.

6. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 22 avril 1997, *Bull. civ. I*, n° 129 ; la *Jaguar* avait un compteur libellé en miles, non en kilomètres et l'acheteur était un collectionneur averti ; Paris, 13 mai 1997, *D. Aff.* 1997.1145 : défauts qui « *affectent essentiellement l'esthétique de la voiture* ».

7. La distinction entre ce qui relève de l'usage et de l'agrément est relative : d'un produit de luxe, on n'attend pas le même usage que d'un produit courant. De même, l'usage peut s'entendre de l'aptitude de la chose à être revendue : Cass. civ. 1^{re}, 11 déc. 2013, n° 12-23372 (automobile d'occasion).

8. Ex. : Cass. civ. 3^e, 28 mars 2007, *Bull. civ. III*, n° 50 ; *Defrénois* 2007.1014. n. Y. Dagorne-Labbé ; *RDC* 2007.1199, obs. Ph. Brun ; *Dr. et patr.* mai 2008, p. 32 s., n. J. Lesueur : le non-raccordement de l'immeuble à un réseau collectif d'assainissement ne rend pas la chose impropre à l'usage que l'acheteur pouvait en attendre. L'art. L. 1331-11-1 C. santé publ. prévoit désormais que l'information doit être portée à la connaissance de l'acquéreur dans un document annexe.

9. Cass. com., 17 février 1981, *Bull. civ. IV*, n° 92 ; en l'espèce, la cour d'appel avait déclaré irrecevable l'action de l'acheteur parce que tardive ; cassation : elle devait « *rechercher* (si le vendeur *n'avait pas engagé sa responsabilité, en livrant des "fermes" insuffisamment étudiées pour répondre aux conditions d'utilisation résultant de la commande* ».

10. Cass. civ. 3^e, 25 janvier 1989, *Bull. civ. III*, n° 23 ; *D.* 1990.100, n. crit. Y. Dagorne-Labbé ; *Defrénois* 1989, art. 34595, n° 102, p. 1135, obs. G. Vermelle : « *Un tel trouble ne justifie pas la*

389. Perte de la chose. – Si la chose qui avait des vices périt après la vente, l'article 1647 fait une distinction : si la perte est due au vice, le vendeur doit indemniser l'acheteur ; si, au contraire, elle est due à un cas fortuit, elle est pour l'acheteur. Ce qui est l'application de la théorie des risques. Malgré le texte de l'article 1647, alinéa 2, un arrêt a admis, même en ce cas, l'exercice de l'action estimatoire s'il y avait un vice de la chose¹¹.

Il faut, en outre, que le vice soit caché.

§ 2. CARACTÈRE OCCULTE DU VICE

390. Vice apparent, vice caché et bonne foi. – Si l'acheteur sait que la chose a un vice, il ne pourra se plaindre : la chose livrée a en effet les qualités qu'il attendait ; il l'a acceptée en connaissance de cause, le vice n'est donc pas caché (art. 1642). Ainsi en est-il si le vice est apparent¹² ou si le vendeur¹³ ou un expert¹⁴ a attiré l'attention de l'acheteur sur un vice occulte de la chose en l'informant. En cas de vice apparent, l'acheteur doit aussitôt le dénoncer¹⁵.

Ainsi, le vice est caché lorsque l'acheteur ne pouvait le découvrir et l'a ignoré¹⁶. Ce caractère est relatif : il dépend des qualités de l'acquéreur (A) et de la nature de la chose (B).

Peu importe que le vendeur n'ait pas connu ces vices : il est tenu de la garantie, même s'il est de bonne foi (art. 1643). Mais il ne doit pas alors de dommages-intérêts (art. 1645) et les clauses exonératoires de responsabilité sont valables.

restitution partielle du prix ». La cour d'appel avait obligé le vendeur d'un immeuble à restituer à

11. Cass. civ. 1^{re}, 3 décembre 1996, *Bull. civ. I*, n° 441 : « Si la perte de la chose vendue arrivée par cas fortuit est aux risques de l'acheteur, qui en est demeuré propriétaire, elle ne fait pas obstacle à ce que celui-ci obtienne, par la voie de l'action estimatoire, la réduction du prix que justifie la gravité du vice dont cette chose était atteinte ».

12. Cass. civ. 3^e, 10 septembre 2008, n° 07-17086, *Bull. civ. III*, n° 130 ; *JCP G* 2008.IV.2595 : une commune avait acquis un terrain en état de « friche industrielle » ; or « il était de notoriété publique que ce terrain avait servi depuis 1945 de déchetterie de ferrailles diverses ; elle (l'acquéreuse) ne pouvait ignorer qu'il était sérieusement pollué ».

13. Ex. : termites : Cass. civ. 3^e, 26 février 2003, *Bull. civ. III*, n° 53 ; *Defrénois* 2003.914, n. Y. Dagorne-Labbé ; *Contrats, conc. consom.* 2003, comm. n° 106, n. L. Leveneur ; *RDC* 2003.245, obs. F.-G. Trébulle, 2004.974, obs. Fr. Collart-Dutilleul : « Ayant relevé que M^{me} H. et M^{me} A. ne contestaient pas que l'agent immobilier leur avait signalé l'existence d'une infestation de capricornes dans la charpente et leur avait conseillé de prendre l'avis d'un spécialiste [...], la cour d'appel a pu déduire de ces seules constatations que la présence non révélée (par le vendeur) de termites ne constituait pas un vice caché justifiant l'allocation de dommages-intérêts ».

14. Cass. civ. 3^e, 27 septembre 2006, *Bull. civ. III*, n° 194 ; *RDC* 2007.366 obs. Fr. Collart-Dutilleul.

15. C. NOBLOT, « Les clauses de dénonciation des défauts et vices apparents dans la vente », *Contrats, conc. consom.* 2013, Formule n° 9.

16. Ex. : si, pour découvrir le vice du navire, il avait fallu faire une sortie en mer, accompagné de techniciens (Cass. civ. 1^{re}, 26 septembre 2012, n° 11-22399, *Bull. civ. I* n° 192 ; *RDC* 2013. 161, obs. Ph. Brun, cassation de l'arrêt qui a « ajouté à la loi une condition qu'elle ne prévoit pas ») ; ou monter dans les combles et sur la toiture puis faire intervenir un homme de l'art. Cass. Ass. plén., 27 octobre 2006, *Bull. civ. Ass. plén.*, n° 13 ; *JCP G* 2007.I.104, n° 12, obs. A. Constantin et II.10019, n. L. Leveneur ; *Defrénois* 2007.431, n. Y. Dagorne-Labbé (charpente infestée d'insectes xylophages et tuiles gélives).

I. — Acheteurs occasionnels et professionnels

La jurisprudence n'a pas soumis au même régime l'acheteur occasionnel (A) et l'acheteur professionnel (B). Distinction symétrique à celle, plus connue, qui est faite entre les vendeurs occasionnel et professionnel¹⁷.

A. ACHETEUR OCCASIONNEL

391. Diligence du profane. – Lorsque l'acheteur n'a pas de compétence technique professionnelle lui permettant de connaître la chose, les tribunaux admettent facilement qu'un vice présente un caractère occulte¹⁸. Sans doute, le vice apparent est plus que le vice ostensible ou immédiatement perceptible, ou celui que révèle un examen superficiel. Il est le vice qui apparaît après une vérification élémentaire¹⁹.

On ne saurait imposer à l'acquéreur occasionnel d'obvier à son ignorance en se faisant assister des conseils d'un professionnel ou d'un expert²⁰; il ne doit pas non plus acheter les yeux fermés; il est tenu à un examen normalement attentif de la chose: par exemple, déballer la marchandise, mettre en marche l'appareil, essayer l'automobile, etc.²¹. Le retraitement de la chose ou la levée de conditions suspensives ne saurait par eux-mêmes valoir renonciation à la garantie²².

B. ACHETEUR PROFESSIONNEL

392. Présomption de connaissance des vices. – La condition de l'acheteur professionnel est, à l'égard des vices cachés, plus sévère que celle de l'acheteur occasionnel, du moins s'il est de la même spécialité que le vendeur: il est alors censé connaître les vices de la chose qu'il achète²³. La Cour de cassation ne définit pas « l'acheteur professionnel de la même spécialité que le vendeur », mais elle est stricte²⁴; peu importe que l'acquéreur soit une grande entreprise comportant des personnes qualifiées de la même spécialité que le vendeur, et ayant donc

17. *Infra*, n^{os} 411-413.

18. Ex. de vice caché: Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1964, *Bull. civ. I*, n^o 105: « Le cheval était borgne lors de la vente; cette infirmité n'était pas apparente et ne pouvait être décelée que par un examen approfondi auquel un acheteur n'a pas coutume de se livrer en personne ».

19. Ex. de vices apparents: lors de la vente... le manteau était jauni par le soleil: Cass. com., 5 février 1974, *Bull. civ. IV*, n^o 50... le navire prenait l'eau: Cass. civ. 1^{re}, 7 janvier 1982, *Bull. civ. I*, n^o 8.

20. Jurisprudence constante; Ex.: Cass. Ass. plén., 27 octobre 2006, préc.

21. Comp. Cass. civ. 1^{re}, 26 septembre 2012, préc., pour un bateau.

22. Cass. civ. 1^{re}, 26 septembre 2012, préc.

23. Ex.: Cass. civ. 1^{re}, 18 décembre 1962, *Bull. civ. I*, n^o 554; *D.* 1963.114. En l'espèce, un cultivateur avait vendu un tracteur à des garagistes; « Les sieurs Rouys (des garagistes), hommes de métier, auraient facilement pu et surtout dû découvrir les défauts de l'objet vendu ».

24. Acheteurs professionnels n'ayant pas la même spécialité que le vendeur: Ex.: Cass. civ. 1^{re}, 20 décembre 1983, *Bull. civ. I*, n^o 308: vente d'un camion d'occasion à un entrepreneur de travaux publics; clause excluant la garantie des vices cachés: la cour d'appel l'avait déclaré valable: l'acquéreur « était compétent en mécanique au point d'apprécier le degré d'usure des bagues de pivot du train avant ». Cassation: la cour devait « s'expliquer sur le point de savoir si l'acquéreur possédait une qualification professionnelle permettant de supposer de sa part une réelle capacité de contrôle de la chose vendue ». Acheteurs professionnels de la même spécialité que le vendeur: Ex.: pour un camion, non seulement un garagiste, mais aussi un chauffeur professionnel: Cass. com., 5 octobre 1965, *Bull. civ. III*, n^o 481: « Tout chauffeur de camion, tant soit peu expérimenté, sait interpréter le sens d'une bielle coulée [...] les chauffeurs de profession devaient connaître, au moment de la vente, l'état défectueux du moteur ».

autant de connaissances que lui²⁵. La seule question qui se pose est de savoir s'il a « la même spécialité » que le vendeur, ce qui est une vue excessivement juridique et peu réaliste.

L'acheteur professionnel « *de la même spécialité que le vendeur* » est donc obligé de procéder à une vérification minutieuse de la chose, car, par hypothèse, il possède les qualités professionnelles lui permettant d'apprécier les qualités et les défauts de la chose. Dans le doute, il a intérêt à faire des réserves.

393. Preuve contraire : dol du vendeur et vices indécélables. – Cette présomption est différente de celle qui frappe le vendeur professionnel qui connaît la chose puisqu'il l'a entre ses mains, au contraire de l'acheteur. Aussi, la présomption de connaissance des vices cachés qui frappe l'acheteur professionnel de même spécialité n'est-elle pas absolue et cède dans deux cas : le dol du vendeur et les vices indécélables.

1° D'une part, s'il y a eu **dol** du vendeur ; lorsque celui-ci a dissimulé le vice en maquillant la chose, le vice est caché même à l'égard d'un acheteur professionnel : le dol fait toujours disparaître les limitations de responsabilité²⁶.

2° D'autre part et surtout, s'il existe des **vices indécélables**²⁷ que, même curieux et compétent, on ne peut découvrir qu'en démontant la chose et en étant un expert hautement qualifié : la garantie des vices cachés reste due, même entre professionnels de la même spécialité. De même, le vendeur professionnel ne peut échapper à l'aggravation de sa responsabilité en démontrant le caractère indécélable du vice²⁸.

D'autres distinctions doivent être faites, tenant à la nature de la chose vendue.

II. — Nature de la chose vendue

394. 1° Produits industriels et naturels ; cession de contrôle. – La garantie des vices cachés s'applique surtout aux produits industriels : elle intéresse aussi toutes les autres choses : même les immeubles, les animaux et les produits naturels²⁹. Elle s'étend même aux prises de contrôle d'une société – par exemple, la cession de la totalité des parts sociales – lorsque le vice empêche l'exercice de l'activité

25. Ex. : un chantier naval (constructeur de navires) et un armateur (acheteur) sont des professionnels qui ne sont pas de la même spécialité, même si l'armateur est une entreprise qui dans son bureau d'études a des gens qui en savent autant que le chantier sur la construction navale. *Idem* pour un fabricant d'avions (ex. Airbus) et une compagnie aérienne (ex. Air France ou British Airways) : ce ne sont pas des professionnels de la même spécialité ; il est pourtant inopportun de les protéger contre leur ignorance.

26. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

27. Ex. : Cass. com., 15 novembre 1983, *Bull. civ. IV*, n° 311 ; *RTD com.* 1985.180, obs. J. Hémarid et B. Bouloc : « La cour d'appel ayant relevé que la simple observation des purgeurs automatiques n'était pas suffisante pour déceler leur défectuosité, qu'il a fallu les scier, donc les détruire, pour se rendre compte du vice, a tiré de ces constatations les conséquences légales qui en résultaient en faisant apparaître que ces vices avaient pu rester cachés à (l'acheteur) malgré sa qualité de professionnel ».

28. *Infra*, n° 413.

29. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 11 mars 1980, sté *Vilmorin-Andrieux*, *Bull. civ. I*, n° 84 : « Une firme spécialisée dans la commercialisation de produits, fussent-ils naturels, est tenue par le fait même de son activité et de sa spécialisation d'en connaître les vices ». En l'espèce, la sté *Vilmorin-Andrieux* avait vendu à des maraîchers du Roussillon des graines de salade ; or les plantations avaient révélé des anomalies ; jugé que le producteur de semences était responsable.

économique de la société³⁰ : il y a ainsi une transparence civile de la société et un recul de l'écran que constitue la personne morale. La garantie s'applique également à la vente des objets d'occasion ; elle est plus étendue lorsqu'il s'agit de choses dangereuses. Les produits nouveaux soulèvent les difficultés du « risque du développement ».

395. 2° Objets d'occasion. – L'acquéreur ne peut s'attendre à ce que la qualité d'un objet d'occasion soit la même que celle d'un objet neuf³¹.

Autrefois, on avait même soutenu que, dans ce genre de vente, il n'y avait pas, sauf stipulation particulière, de garantie des vices cachés, parce que le vice résultant de la vétusté n'aurait jamais été caché. Cette opinion n'a jamais été accueillie : par exemple, la plupart des ventes immobilières sont des ventes d'objets d'occasion, où s'applique pourtant la garantie légale des vices cachés ; la Cour de cassation a condamné cette thèse pour une vente mobilière³². Il reste que l'objet d'occasion est souvent vétuste et que l'usage attendu d'un objet vétuste est normalement moindre que celui qu'on attend d'un objet neuf.

Si le principe est clair, son application est relative : le vendeur garantit l'usage normal que l'acheteur pouvait raisonnablement attendre de la chose. Mais tout dépend de la vétusté de la chose : il est des défauts de la chose qui ne sont pas des vices cachés mais résultent de son ancienneté³³, du prix auquel elle a été payée³⁴ et de son apparence³⁵.

Ces ventes comportent souvent des clauses restrictives de la garantie des vices cachés³⁶. Certaines sont typiques des ventes d'occasion, par exemple, la clause « *vendu dans l'état où se trouve la chose* ». Un arrêt y a vu une clause exclusive de responsabilité³⁷ ; si la vente est conclue entre un professionnel et un non-professionnel, elle est réputée non écrite (C. consom., art. L. 241-5).

396. 3° Produits défectueux ; obligation de sécurité. – Le vendeur est tenu d'une obligation de sécurité envers l'acheteur et même envers les tiers lorsqu'ils en sont usagers et que la chose est potentiellement dangereuse. Comme le dit la

30. Cass. com., 12 décembre 1995, sol. implic., *Bull. civ. IV*, n° 302 ; *D.* 1996.297, n. J. Paillassou ; *JCPE*, 1996.II.541, n. A. Viandier et J.-J. Caussain. Il faut prouver que le vice affectant l'immeuble (appartenant à une SCI) : « *était de nature à rendre les parts sociales cédées impropres à leur destination* ». Les garanties légale et contractuelle sont sans préjudice d'un éventuel vice du consentement : Cass. com., 3 février 2015, n° 13-12483, *Bull. civ. IV* n° 15.

31. Ex. Cass. civ. 1^{re}, 7 mars 2000, *Contrats, conc. consom.* 2000, comm. n° 109, n. L. Leveneur (le *Bulletin civil* dit que ce moyen est sans « intérêt ») : « *L'achat d'une chose d'occasion s'entend normalement d'une chose en l'état où elle se trouve* » ; en l'espèce, le tracteur n'avait pas de portières.

32. Cass. com., 11 juin 1954, *D.* 1954.697 ; *Gaz. Pal.* 1954.II.258 ; *RTD civ.* 1955.128, obs. J. Carbonnier : « *La responsabilité édictée par l'article 1641 à l'encontre du vendeur s'applique en principe à la vente de toutes marchandises et de tous objets* ».

33. Versailles, 28 septembre 1990, *D.* 1991, somm. 168, obs. Tournafond : « *en raison du kilométrage déjà parcouru, il (l'acheteur) pouvait normalement prévoir qu'il courait le risque d'avoir à effectuer des réparations au cours des mois à venir [...] Cette vétusté ne saurait, en l'état, être considérée comme un vice caché* ».

34. Ex. : l'acquéreur d'une automobile achetée au prix du métal ne peut raisonnablement prévoir qu'elle fonctionne.

35. Ex. : l'acquéreur d'un manteau jauni par le soleil ne peut raisonnablement prévoir que le jaunissement disparaîtra : Cass. com., 5 février 1974, cité *supra*, n° 391.

36. *Infra*, n° 431.

37. Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 1968, *Bull. civ. I*, n° 183 : « *cette clause équivalait à l'insertion dans le contrat d'une clause de non-garantie* ».

Cour de cassation, cette obligation lui impose de livrer « des produits exempts de tout vice de nature à créer un danger »³⁸.

Ce qu'énonce aussi le Code de la consommation : « les produits et les services doivent, dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes » (art. L. 421-3). La directive de 1985 énonce aussi une responsabilité de plein droit, contrats et délits confondus, pesant sur le fabricant des produits défectueux causant un dommage aux personnes ou aux biens (la simple indication d'une inaptitude à l'usage convenu est insuffisante)³⁹. Elle exclut celle de l'intermédiaire, soumise au droit commun de la responsabilité pour faute⁴⁰.

Le produit peut être corporel ou incorporel (par ex. un programme informatique infecté d'un virus) ; on peut alors remonter la chaîne des responsables jusqu'à son concepteur. Lorsqu'il s'agit d'un produit de santé, le professionnel qui s'en sert (hôpital, médecin) en est aussi responsable⁴¹. En matière de produits agro-alimentaires, une autre directive (2002) pose un certain nombre d'obligations, tendant à assurer leur « traçabilité »⁴². Peu importe que les règles de l'art aient a priori été respectées (art. 1245-9, ancien art. 1386-10). La loi « Touraine » du 26 janvier 2016 organise une action de groupe permettant à une association agréée d'obtenir une indemnisation générale pour des victimes de produits de santé au titre de leur dommage corporel (CSP, art. L. 1143-1 et s.)⁴³.

Cette responsabilité n'empêche pas l'acheteur d'être prudent, spécialement lorsque l'emballage du produit comporte un mode d'emploi et des mises en garde, à peine d'un partage de responsabilités (art. 1245-12, ancien art. 1386-13)⁴⁴. En revanche, le fait du tiers est indifférent (art. 1245-13, ancien art. 1386-14)⁴⁵ sauf s'il est complètement imprévisible (art. 1245-10, ancien art. 1386-11) ; doivent être établis le défaut du produit⁴⁶ et le rapport de causalité avec le

38. Jurisprudence constante. Ex. : * Cass. civ. 1^{re}, 17 janvier 1995, *sté Planet-Wattohm*, *Bull. civ. I*, n° 43 ; *D.* 1995.350, n. P. Jourdain : « Le vendeur professionnel est tenu de livrer des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou les biens ; il en est responsable tant à l'égard des tiers que de son acquéreur ».

39. **Bibli.** : « La responsabilité du fait des produits défectueux, trente ans après la directive », dossier spécial, dir. DURRY et alii, *Resp. civ. Assur.* 2016, n°s 1 à 15.

40. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2012, n° 11-17. 510, *Bull. civ. I* n° 165 ; *RDC* 2013. 111, obs. G. Viney : le chirurgien prothésiste n'est pas soumis à ce régime, mais au droit commun de la responsabilité pour faute.

41. CJCE, 10 mai 2001, *D.* 2001.3065, n. P. Kayser ; *RTD civ.* 2001.898, obs. P. Jourdain et 988, obs. J. Raynard ; *JCP G* 2002.II.10 141, n. H. Gaumont-Prat (injection d'un liquide de perfusion défectueux) ; Cass. civ. 1^{re}, 24 janvier 2006, 2^e esp., *Bull. civ. I*, n° 35 ; *JCP G* 2006.II.10082, n. L. Grynbaum.

42. J.P. BUGNICOURT, F. COLLART-DUTILLEUL et J.-S. BORGHETTI, « Le droit civil de la responsabilité à l'épreuve du droit spécial de l'alimentation », *D.* 2010. 1099.

43. K. HAERI et B. JAVAUUX, *D.* 2016. 330 ; S. ARAMNI-MEKKI, *JCP G* 2016, 146.

44. La Cour de cassation est exigeante pour admettre cette exonération : Cass. civ. 1^{re}, 7 novembre 2006, *Bull. civ. I*, n° 467 ; *Contrats, conc. consom.* 2007, comm. n°s 60, n. G. Raymond et 64, n. L. Leveneur ; *RTD civ.* 2007.139, obs. P. Jourdain ; *RDC* 2007.312, obs. J.-S. Borghetti : en l'espèce, faisant des travaux de cimenterie pour son usage personnel, un particulier avait été brûlé par le ciment qu'il avait acheté ; le fabricant de béton en a été déclaré responsable en raison d'une information insuffisante ; jugé que la faute de la victime (pendant une heure après l'apparition du dommage elle avait continué à porter un pantalon souillé par le ciment) ne constituait pas « la faute exonératoire de l'art. 1386-13 [devenu art. 1245-12] ».

45. Cass. civ. 1^{re}, 21 juin 2005, *Bull. civ. I*, n° 275 ; *D.* 2006.565, n. S. Lambert : « l'intervention d'un tiers n'était pas de nature à exonérer la société fabricante ».

46. Notion que contrôle la Cour de cassation : ex. * Cass. civ. 1^{re}, 24 janvier 2006, *sté Aventis-Pasteur*, *Bull. civ. I*, n° 33 ; *D.* 2006.1273, n. L. Neyret ; *JCP G* 2006.II.10082, n. L. Grynbaum ; *RDC* 2006.841, obs. J.-B. Borghetti ; en l'espèce, la cour d'appel avait insuffisamment motivé « le caractère défectueux du vaccin litigieux », le déduisant du seul fait que la notice mentionnait un effet secondaire nocif, fût-ce « très rarement ». Cassation. Selon L. Grynbaum, n. préc., il s'agissait plutôt d'un rapport de causalité : le caractère défectueux du vaccin ne résultant pas du seul fait qu'il avait causé un dommage.

dommage⁴⁷ (art. 1245-8, ancien art. 1386-9), ce qui suscite une jurisprudence abondante et circonstanciée, notamment pour les dommages causés par des médicaments ; la jurisprudence a imposé à ces producteurs une nouvelle obligation qu'elle appelle « *une obligation de vigilance* »⁴⁸.

Lorsque le produit est complexe, les deux producteurs (du composant et de l'ensemble) sont solidairement responsables (art. 1245-7, ancien art. 1386-8), sauf si le sous-traitant prouve que le défaut n'est pas de son fait (art. 1245-10, ancien art. 1386-11). Les constructeurs sont exclus du champ d'application de la loi (art. 1245-5, ancien art. 1386-6), étant soumis à un régime propre (art. 1792 et s., 1646-1)⁴⁹.

La victime a une option entre ce droit spécial (art. 1245-17) et le droit commun, qui ne sera bientôt qu'extra-contractuel (futur art. 1233) en cas de dommage corporel.

397. 4° Produits nouveaux. – Les hésitations sont plus grandes lorsqu'il s'agit de produits nouveaux, ceux qui comportent une innovation technique. On avait un moment soutenu que le vendeur ne saurait être tenu de garantir qu'un produit nouveau n'entraînerait pas de conséquences dommageables portant atteinte à la sécurité des personnes, à peine d'entraver le progrès technique : l'acheteur savait qu'il prenait des risques. Désormais, il est acquis que le vendeur a une obligation spéciale d'information tendant à instruire l'utilisateur du mode d'emploi et des dangers de la chose⁵⁰.

398. 5° Risque de développement. – La question intéresse surtout « le risque de développement ». Lorsqu'un produit nouveau est fabriqué ou vendu, il est parfois impossible, eu égard aux connaissances scientifiques et techniques de l'époque, d'en déceler le vice ; le produit est irréprochable ; son caractère défectueux n'apparaît qu'après ; il se révèle parce que les procédés de fabrication ou les connaissances ont changé⁵¹. L'article 1245-10 (ancien art. 1386-11), transposant la directive de Bruxelles de 1985, l'exclut (4°). Ce n'est pas une cause étrangère, puisque le

47. Ex. : * Cass. civ. 1^{re}, 24 janvier 2006, *Institut Pasteur*, *Bull. civ. I*, n° 34 ; *JPC G*, 2006.I.166, n° 5, obs. Ph. Stoffel-Munck et Il.10082, 3^e esp., n. L. Grynbaum ; *RTD civ.* 2006.323, obs. P. Jourdain : en espèce, il s'agissait d'une hormone de croissance administrée à un patient décédé de la maladie de Creutzfeld-Jacob ; la causalité avait été établie, en l'espèce, du fait de la faute : « *le rapport de M. Montagnier (autorité médicale spécialiste de l'hormone de croissance) avait souligné, dès 1980 (bien avant les faits de l'espèce), la nécessité impérieuse de prendre toutes les précautions dans l'extraction, la purification et la composition des hormones de croissance et malgré ce rapport, les précautions recommandées n'avaient pas été suivies d'effet* ». Le rapport de causalité est souvent établi par un faisceau d'indices et le recours aux « *présomptions graves, précises et concordantes* » : ex. : Cass. civ. 1^{re}, 10 juillet 2013, n° 12-21314, *Bull. civ. I* n° 157 ; *D.* 2013. 2306, avis C. Mellottée, n. Ph. Brun et J.S. Borghetti (lien entre des vaccinations contre l'hépatite B et l'apparition d'une sclérose en plaques). La Cour de cassation a décidé d'un renvoi préjudiciel à la CJUE sur ces questions de preuve : Cass. civ. 1^{re}, 12 novembre 2015, n° 14-18118, *Bull. civ. I* à paraître ; *JCP G* 2016, 8, obs. G. Viney.

48. Cass. civ. 1^{re}, 7 mars 2006, *Bull. civ. I*, n° 143 ; *RDC* 2006.844, obs. J.-B. Borghetti : « *la cour d'appel qui a constaté qu'en 1968, en présence de la littérature scientifique faisant état dès les années 1953-1954 de la survenance de cancers très divers et compte tenu d'expériences animales qui démontraient que le risque cancérigène était connu, a pu en déduire que cette société (un fabricant pharmaceutique) avait ainsi manqué à son obligation de vigilance* ».

49. Sur les difficultés d'application à leur sujet, v. Ph. MALINVAUD, *D.* 1999, chron. 85.

50. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 7 novembre 2006, préc. : le fabricant de béton aurait dû prévenir ses acheteurs qu'ils devaient porter des vêtements de protection, afin d'éviter tout contact avec la peau, sous peine d'allergies ou de brûlures, et laver immédiatement les zones exposées ; Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2009, *Bull. civ. I*, n° 176 ; *JCP G* 2009, 308, 2^e esp., chron. P. Sargos : la notice d'information du médicament ne reproduisait pas la liste des effets secondaires, qu'on trouvait dans le *Dictionnaire Vidal*.

51. Ex. : dans les années 1950, le caractère radioactif d'un produit paraissait être une qualité (ex. : le caractère phosphorescent des aiguilles et des chiffres d'une montre) ; aujourd'hui, on y voit une nuisance.

défaut existe et a bien provoqué un dommage, mais une sorte d'excuse civile⁵². Comme toute exception, elle est d'interprétation stricte⁵³.

§ 3. IMPUTABILITÉ DU VICE À LA VENTE

399. Antériorité à la vente. – Le vendeur n'est pas garant des vices qui ne se rattachent pas à la vente, ce qui est à la fois négatif et positif.

1° D'une part, pour faire naître la garantie, le vice doit être **antérieur** à la vente⁵⁴ ou plus exactement au transfert de propriété qui, dans les ventes de choses de genre, résulte généralement de la livraison ; il suffit que le vice soit alors en germe, comme le sont la pourriture dans un produit naturel, des charançons dans le blé⁵⁵ ou une paille dans l'acier ; la pourriture, le charançon et la paille existaient avant la vente et n'ont produit leurs effets qu'après. Le vendeur ne garantit pas seulement les vices qui lui sont imputables ; il doit garantir aussi que la chose est apte à l'usage prévu, même si le vice est dû à un tiers ; il a alors un recours contre le tiers.

2° D'autre part, lorsqu'il y a **utilisation défectueuse** de la chose, le vice n'est pas imputable à la vente, mais à l'acquéreur. Il en est de même si la chose est utilisée d'une manière qui n'est pas conforme à son usage habituel⁵⁶, sauf si l'acheteur s'en était convenu avec le vendeur.

3° Pas davantage, la garantie du vendeur n'est engagée en cas d'usure tenant à l'**utilisation prolongée**⁵⁷. Le vice est alors imputable non au vendeur, mais au temps. De surcroît, la chose a rempli son usage normal. Il n'y a pas non plus de garantie lorsque le vice est imputable à l'acquéreur⁵⁸.

En outre, l'exercice de la garantie est soumis à des conditions particulières.

SECTION II

CONDITIONS D'EXERCICE

Les conditions d'exercice relatives à la garantie des vices cachés sont de deux ordres : le délai (§ 1), qui soulève plus de difficultés que la preuve (§ 2).

52. Chr. LARROUMET, « La notion de risque de développement, risque du XXI^e siècle », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 1589 et s.

53. CJCE, 10 mai 2001, préc.

54. Ex. : Cass. com., 8 juillet 1981, *Bull. civ.* IV, n° 316 : « La société Geem ne faisait pas la preuve que le dommage était dû à un vice caché antérieur à la vente ». Sur la preuve : *infra*, n° 401.

55. Req., 8 mars 1892, DP 1892.I.204. « Les charançons n'étaient alors dans les grains de blé qu'à l'état rudimentaire [...] ; cet état de la marchandise constituait un vice caché, engageant la responsabilité des vendeurs ».

56. Cass. civ. 1^{re}, 8 avril 1986, RTD civ. 1987.557, obs. J. Huet ; n.p.B. : « Il n'y a pas de relation directe entre la vente d'un objet et l'utilisation aberrante qui peut en être faite ». Jugé qu'une société fabricant des pétards n'était pas responsable de l'incendie d'une usine consécutif au jet d'un pétard dans la cheminée de cette usine par un enfant.

57. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 4 décembre 1973, *Bull. civ.* I, n° 337 : après l'usage d'une bouteille de gaz pendant dix-huit ans, celle-ci explosa ; jugé que le vice de la chose n'était pas imputable à la vente : « La preuve du lien de causalité entre le vice originaire de la chose et le dommage n'était pas établie ».

58. Cass. civ. 1^{re}, 22 janvier 1991, *Bull. civ.* I, n° 30 : vente de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle ; jugé que le fabricant et le vendeur ne doivent pas la garantie de l'affection due aux caractéristiques propres à l'utilisateur.

§ 1. DÉLAI

400. Deux ans. – Depuis l'ordonnance du 17 février 2005 (art. 3), le délai de recevabilité pendant lequel l'action doit être exercée, prévu par l'article 1648, est de deux ans à compter de la découverte du vice ; l'expiration du délai fait perdre l'action et l'exception. Dans sa rédaction antérieure (1804), le Code disposait que l'action résultant des vices rédhibitoires devait être exercée « dans un bref délai » (ancien art. 1648), qu'elle n'avait pas fixé, sauf en certaines hypothèses⁵⁹. Seul cas dans le Code Napoléon, où la loi, ni ne chiffrait la durée d'une prescription, ni n'en déterminait le point de départ et laissait faire le juge. La souplesse légale s'expliquait par la diversité des situations dans lesquelles la garantie était en cause : les choses, n'étant pas toutes les mêmes, ne devaient pas toutes être traitées de la même manière. Elle avait pour rançon un contentieux considérable.

Le point de départ du délai est la découverte effective du vice⁶⁰ qui peut résulter d'un rapport d'expertise, faisant suite à une mesure d'instruction *in futurum* (CPC, art. 145)⁶¹ ; ce peut être aussi le jour où l'acheteur a découvert ou aurait dû découvrir le vice, du fait du mauvais fonctionnement et où il s'est manifesté ou aurait dû le faire auprès du vendeur. Ce qui peut donner un point de départ assez incertain (dans le sillage du droit commun de la prescription extinctive, où le point de départ est « le jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer [l'action en justice] », art. 2224). L'essentiel est que l'acheteur ait démontré sa diligence. Il faut ensuite une action en justice : une réclamation amiable serait inefficace. Le délai pour agir étant bref, l'article 1648 ne saurait s'interpréter largement, au profit de l'acheteur.

Le délai butoir du droit commun s'applique à l'action en garantie : vingt ans « à compter de la naissance du droit » (art. 2232), c'est-à-dire du jour du contrat. Dans les ventes aux consommateurs, le délai est également de deux ans mais court de la délivrance ; le consommateur est moins bien traité que l'acheteur ordinaire ; cependant il pourra opter pour le délai du Code civil. Et même si lui ou son avocat n'y pense pas, le juge pourrait le faire d'office à leur place⁶².

59. Ex. : Vente de... navires (L. 3 janv. 1967, art. 8)... immeubles à construire (art. 1648, al. 2, réd. L. 7 juill. 1967)... machines dangereuses pour les ouvriers (C. trav., art. L. 4411-7) : délai d'un an ; ... animaux domestiques : *supra*, n° 384. Le « chiffrage » du délai ne fera probablement pas disparaître les difficultés. Ex. : pour un navire : le point de départ est-il le rapport d'expertise ? Oui. (Cass. com., 27 nov. 1973, *Bull. civ. IV*, n° 344 ; *JCP G* 1974.II.17887, 1^{re} esp., n. Ph. Malinvaud ; *RTD com.* 1975.1011, obs. du Pontavice). La nature de la défaillance commande la durée du délai : ex. : « l'insuffisance de vitesse est un vice apparent et constitue donc un défaut de conformité » : Cass. com., 27 avril 1979, *Bull. civ. IV*, n° 132 ; la prescription est de cinq ans.

60. **Biblio.** : J. KLEIN, *Le point de départ de la prescription*, Economica 2013. Ex. : vente... d'un bateau reproducteur : le délai court du jour où l'acheteur s'aperçoit que l'animal ne peut accomplir de saillie : Cass. civ. 1^{re}, 30 janvier 1967, *JCP G* 1967.II.15025 ; n.p.B. ; ... d'une machine : le délai court du jour où sont apparus des inconvénients dans son fonctionnement : Cass. com., 18 février 1974, *JCP G* 1974.II.17798 ; n.p.B. La découverte du vice peut être éloignée du jour de l'achat : Cass. civ. 3^e, 2 février 1999, *Contrats, conc. consom.* 1999, comm. n° 71, n. L. Leveneur ; n.p.B. ; en l'espèce, l'achat de fenêtres à double vitrage avait eu lieu en décembre 1982 ; l'acheteur avait assigné en 1992 ; la cour d'appel avait jugé l'action irrecevable parce qu'exercée tardivement ; cassation : elle aurait dû « rechercher la date à laquelle le vice s'était révélé à l'acquéreur ».

61. Le rapport d'expertise est le point de départ habituel lorsque le vice est technique : ex. : Cass. civ. 1^{re}, 11 janvier 1989, *Bull. civ. I*, n° 12 ; *Defrénois* 1989, article 34595, n° 103, obs. G. Vermelle (automobile) ; *RTD com.* 1989.711, obs. B. Bouloc. Lorsqu'il y a un désaccord entre les experts amiablement choisis (l'un estimant que le vice avait pour cause la mauvaise utilisation de la chose, l'autre une réparation défectueuse antérieure), le point de départ du délai est le dépôt du rapport de l'expert officieux, si c'est lui qui a permis à l'acquéreur de découvrir le vice : Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 1991, *Bull. civ. I*, n° 101.

62. La Cour de cassation reste assez conservatrice sur ce point : Cass. Ass. plén., 21 décembre 2007, motifs, *Bull. Ass. plén.*, n° 10 ; *RTD civ.* 2008. 317, obs. P.Y. Gautier.

Lorsque le délai est interrompu, notamment par une action en référé expertise, un délai de même durée se met à courir (art. 2231). En rupture avec le droit antérieur, il n'y a plus « d'interversion » par retour à la prescription de droit commun. Celui qui oppose la fin de non-recevoir de la prescription doit se justifier⁶³.

§ 2. PREUVE

Trois preuves doivent être faites : du vice, de son origine et de son caractère occulte. De plus, pour l'obtention de dommages-intérêts, il faut démontrer la connaissance du vice par le vendeur. En général, non toujours, la preuve incombe à l'acheteur.

401. 1^o Preuve du vice. – Si la livraison a été accomplie, c'est à l'acheteur de démontrer que la chose comportait un vice⁶⁴. Le seul fait qu'elle ne remplisse pas les qualités qui en étaient attendues n'en démontre pas l'existence⁶⁵; de la même manière, dans la responsabilité civile, le seul fait qu'une personne a causé un dommage n'en établit pas la faute.

La preuve du vice peut être faite par tous moyens, notamment en démontrant que les défauts ne peuvent avoir d'autres causes⁶⁶. Le juge peut ainsi retenir des présomptions et indices, sans pour autant inverser la charge de la preuve⁶⁷. Elle peut également se déduire de l'attitude du vendeur⁶⁸. En général, une expertise est nécessaire⁶⁹. Le défaut s'apprécie au jour de la vente (sauf évolutions technologiques).

63. Cass. civ. 3^e, 9 févr. 2011, n^o 10-11573, *Bull. civ. III*, n^o 23 ; *RDC* 2012.125, obs. Pimont (date de connaissance du vice par l'acheteur). En effet, la prescription est une fin de non-recevoir (CPC, art. 122), de sorte que la charge de la preuve doit normalement peser sur le défendeur, même si l'acheteur seul connaît le moment de la découverte du vice. Le juge va surtout raisonner en termes de probabilités et de présomptions de l'homme, précises et concordantes.

64. Cass. com., 25 octobre 1961, *Bull. civ. III*, n^o 380 ; *D.* 1962.290 ; *Gaz. Pal.* 1961.I.32 : « La matérialité des livraisons étant reconnue et (l'acheteur) ayant utilisé et conservé la marchandise, il lui incombait d'en payer le prix, sauf à lui à prouver qu'elle était atteinte de vices qui la rendaient impropre à l'usage auquel elle était destinée ».

65. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 15 janvier 1976, *Bull. civ. I*, n^o 22 : « la reprise des plants (de thuyas) a échoué dans des proportions anormales ; il ne résulte pas de cette constatation que lesdits plants étaient atteints d'un vice les rendant impropres à l'usage auquel ils étaient destinés ».

66. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 21 juillet 1987, *Bull. civ. I*, n^o 250. En l'espèce, une automobile neuve est vendue ; après quelques mois d'utilisation normale, le moteur s'enflamme : « Ce feu avait pris naissance dans le carburateur ou à sa périphérie immédiate [...] ; la personne qui avait loué ce véhicule (location-vente) avait satisfait à son obligation contractuelle d'entretien et une intervention étrangère sur l'automobile ou une mauvaise utilisation n'était pas prouvée » ; la cour d'appel « a pu en déduire que le sinistre révélait nécessairement un vice de construction ou un défaut de matière entraînant la garantie du fabricant vendeur et n'a pas méconnu les règles sur la charge de la preuve ».

67. Jurisprudence souvent réitérée ; ex : Cass. civ. 1^{re}, 24 septembre 2009, n^o 08-16097, *Bull. civ. I*, n^o 185 ; *D.* 2009. 2426, n. I. Gallmeister : après une vaccination contre l'hépatite B, deux ans plus tard, n'est apparue une sclérose en plaques ; le patient n'a pas prouvé que le vice avait la vaccination pour origine : le fabricant n'est donc pas responsable ; *infra*, n^o 414.

68. Cass. com., 1^{er} avril 1997, *D. Aff.* 1997.632 ; n.p.B. : le vendeur avait changé une première fois la pièce défectueuse à ses frais : « Cette attitude, en l'absence d'éléments contraires, établit l'existence d'un vice caché ».

69. Cass. civ. 1^{re}, 15 juillet 1999, *Bull. civ. I*, n^o 252 : « la cour d'appel, ayant relevé que des graines de même provenance avaient eu des résultats complètement différents dans le Maine-et-Loire et sur les parcelles litigieuses, ce qui tendrait à confirmer l'influence des facteurs climatiques régionaux retenus par l'expert sans que la mauvaise qualité des graines elles-mêmes puisse être retenue, a souverainement déduit de ces constatations l'absence de vice caché ».

402. 2° Preuve de l'origine du vice. – C'est également à l'acheteur qu'il appartient de démontrer que le vice est imputable à la vente⁷⁰; en pratique, cette preuve se fait d'elle-même si l'inaptitude de la chose se révèle lors de la livraison ou très peu de temps après⁷¹. De même, lorsque la chose avait toutes les apparences du bon fonctionnement et que le dommage ne peut provenir que de son vice interne⁷².

Dans les ventes aux consommateurs, l'article L. 217-7 du Code de la consommation pose une présomption simple de défaut de conformité si le désordre apparaît dans les vingt-quatre mois de la délivrance (loi du 17 mars 2014)⁷³.

403. 3° Preuve du caractère caché. – La charge de la preuve du caractère caché du vice ne pèse généralement pas sur l'acheteur. Pour démontrer que le vice est apparent, c'est au vendeur de le faire; s'il est caché, c'est au vendeur de démontrer que l'acheteur en avait eu connaissance⁷⁴, notamment parce qu'il en avait été informé⁷⁵. Ou même par présomption: si le prix est faible par rapport au prix du marché, c'est probablement que la chose est de médiocre qualité, ce qui implique souvent qu'elle a des vices⁷⁶ (ce n'est pas toujours vrai) et que l'acheteur le savait. Ou bien, autre présomption, moins rustique mais presque aussi rudimentaire: l'acheteur professionnel est présumé connaître les vices de la chose, sauf ceux qui sont indécélables⁷⁷.

404. 4° Preuve de la mauvaise foi du vendeur. – Pour que l'acheteur obtienne des dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par les vices de la chose, il doit prouver la mauvaise foi du vendeur, c'est-à-dire qu'il connaissait les vices de la chose au moment de la vente. Il est dispensé de cette preuve si le vendeur est professionnel, présumé connaître les vices, même si l'acheteur est lui-même professionnel.

N^{os} 405-408. réservés.

70. Ex.: Cass. com., 18 janvier 1984, *Bull. civ. IV*, n° 26; en l'espèce, une cuve pour produits pétroliers comportait des fissures; les causes n'en avaient pas été déterminées; jugé par la cour d'appel que le vendeur était garant de ce vice caché; cassation: « sans relever aucune circonstance établissant que le vice allégué était antérieur à la vente, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

71. Cass. civ. 1^{re}, 27 mars 1980, *Bull. civ. I*, n° 107: « Vice caché résultant du fait qu'une bielle avait "coulé" dans les jours qui ont suivi l'achat de la voiture ».

72. Cass. civ. 1^{re}, 15 juillet 1999, *Contrats, conc. consom.* 1999, comm. n° 175, n. L. Leveneur; n.p.B.: camion « peu ancien, bien entretenu, etc. », dont « l'incendie révélait nécessairement l'existence d'un vice caché, qui ne pouvait être qu'un vice de construction ».

73. Cette présomption est d'ordre public: CJUE, 4 juin 2015 préc., *supra* n° 317.

74. Cass. civ. 1^{re}, 21 juillet 1970, *Bull. civ. I*, n° 249; en l'espèce, la sté Fly-Tox avait vendu des sacs d'occasion qui avaient contenu des produits herbicides; ces sacs firent l'objet de ventes successives; un marchand d'engrais les acquit, et les livra remplis de ses produits à des clients cultivateurs lesquels, constatant des dégâts à leurs cultures, agirent contre lui, qui se retourna contre le vendeur initial, la sté Fly-Tox; jugé qu'elle n'était pas responsable, ayant informé « l'acquéreur originaire du danger que présentaient [...] ces emballages ».

75. Cass. civ. 3^e, 26 février 2003, cité *supra*, n° 390.

76. La modicité du prix permet parfois de présumer la connaissance du vice par l'acheteur: Ex.: Cass. civ. 1^{re}, 13 mai 1981, *Bull. civ. I*, n° 165: « L'acheteur avait donc dû se douter que la voiture qu'il achetait n'était pas en très bon état ».

77. *Supra*, n° 393.

■ CHAPITRE II ■

EFFETS DE LA GARANTIE LÉGALE

Les effets de la garantie légale doivent être examinés d'abord dans le cas simple des relations entre acquéreur et vendeur (Section I), et dans celui, plus complexe, de ventes successives où l'action est exercée par un sous-acquéreur contre le fabricant (Section II) ; puis, dans le cas encore plus complexe, où l'action, après avoir été exercée par l'ultime acquéreur contre son propre vendeur, entraîne une action récursoire de ce dernier contre le fabricant-vendeur initial (Section III) et enfin lorsque l'action est exercée par une personne complètement étrangère au contrat (Section IV).

Le débiteur de la garantie est le vendeur ou, exceptionnellement, celui qui se présente comme tel, même s'il n'est en réalité que le représentant du propriétaire¹.

SECTION I

RELATIONS ENTRE ACQUÉREUR ET VENDEUR

409. Rédhibitoire, estimatoire. – Depuis le droit romain, la garantie confère à l'acquéreur le choix entre deux actions, auxquelles on donne encore leur nom archaïque : l'action rédhibitoire et l'action estimatoire² (art. 1644). Dans la première, qui a dénommé le vice, l'acheteur demande que le prix lui soit remboursé moyennant restitution de la chose³, sans être tenu à indemniser le vendeur pour

1. Cass. civ. 1^{re}, 18 décembre 2014, n° 13-23868, npB, *RDC* 2015. 489, obs. A. Danis-Fâtome : le garagiste, vendant le bien sur une plate-forme Internet, doit se comporter « *comme le vendeur du véhicule* ».

2. **Étymologie** de rédhibitoire : du latin *res, rei + habeo, ere* = reprendre la chose. D'estimatoire : du latin *aestimo, are* = fixer le prix ou la valeur de, lui-même, peut-être dérivé du grec *eis + temos* = celui qui coupe le bronze (la monnaie).

3. **1°**) La résolution doit porter sur l'objet de la vente : Cass. civ. 1^{re}, 6 février 1996, *Bull. civ. I*, n° 63 : jugé que si la vente portait sur un ensemble routier constitué d'un tracteur et d'une demi-remorque, seule affectée d'un défaut, la résolution devait avoir le même objet (l'ensemble routier). **2°**) L'acquéreur ne peut exercer l'action rédhibitoire s'il ne peut restituer la chose. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 12 janvier 1994, *Bull. civ. I*, n° 23 ; *RTD civ.* 1994.878, obs. P.-Y. Gautier : « *La cour d'appel qui constate que la perte du véhicule vendu, imputable à la négligence de l'acquéreur, rendait impossible sa restitution au vendeur, en a justement déduit que la résolution de la vente ne pouvait pas être prononcée* ». Mais « *la*

l'utilisation qu'il a faite de la chose avant la résolution⁴ ; bien qu'elle en produise les effets, on ne l'appelle pas action résolutoire, afin de souligner qu'elle est soumise à une condition particulière, celle du délai pendant lequel elle doit être introduite. Dans la seconde, qu'on appelle aussi (plus rarement) *quanti minoris*, l'acheteur demande que le prix soit réduit, la vente étant maintenue⁵ ; il y a une réfaction de la vente. Les nouveaux articles 1217 et 1223 et suivants du Code civil généralisent l'option de réduction du prix au profit de la victime du manquement.

La réduction du prix est appréciée par des experts (art. 1644)⁶. Elle tient compte de la valeur réelle de la chose et du trouble de jouissance éprouvé par l'acheteur. Le Code civil ajoute que si le vendeur connaît les vices de la chose, il doit, en outre, des dommages-intérêts envers l'acheteur (art. 1645)⁷ ; bien que les textes ne le disent pas, il peut être tenu d'une réparation en nature⁸.

perte de la chose, si elle faisait obstacle à la résolution de la vente, ne privait pas l'acquéreur du droit de réclamer des dommages-intérêts au vendeur qui connaissait les vices ».

4. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 19 février 2014, n° 12-15520, *Bull. civ. I* n° 26 ; D. 2014.642, n. S. Pellet ; RDC 2014. 358, obs. E. Savaux, 374, obs. O. Deshayes et 641, obs. J. Le Bourg (restitution quatre ans après la vente, peu importe l'usure) ; Cass. civ. 1^{re}, 21 mars 2006, 2 espèces, *Bull. civ. I*, n° 171 et 172 ; D. 2006.1869, n. C. Montfort ; *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. n° 130, n. L. Leveneur ; RDC 2006.1140, obs. crit. Ph. Brun et 1230, obs. G. Viney : « en matière de garantie des vices cachés, lorsque l'acquéreur exerce l'action réhibitoire prévue par l'article 1644, le vendeur, tenu de restituer le prix reçu, n'est pas fondé à obtenir une indemnité liée à l'utilisation de la chose vendue ou à l'usure résultant de cette utilisation ». Dans un arrêt du même jour, *Bull. civ. I*, n° 165 ; *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. n° 130, 2^e esp., n. L. Leveneur ; la même chambre a décidé le contraire pour le défaut de conformité : « si l'effet rétroactif de la résolution d'une vente pour défaut de conformité permet au vendeur de réclamer à l'acquéreur une indemnité correspondant à la dépréciation subie par la chose en raison de l'utilisation que ce dernier en a faite, il incombe au vendeur de rapporter la preuve de l'existence et de l'étendue de cette dépréciation ». La distinction ainsi affirmée entre vice caché et défaut de conformité est contraire à l'évolution contemporaine ; elle est d'inspiration communautaire et n'a aucun fondement rationnel (v. les obs. préc. de Ph. Brun et de G. Viney). La chambre commerciale a pris à son tour parti pour l'absence d'indemnité : Cass. com., 22 mai 2012, n° 11-13086, *Bull. civ. IV*, n° 109.

5. Ex. : Cass. civ. 3^e, 1^{er} février 2006, *Bull. civ. III*, n° 22 ; D. 2006.1213, n. L. Eyriagnac ; JCP 2006.II.10070, n. F. Rouvière ; *Defrénois* 2006.651, n. crit. E. Savaux : remboursement des travaux effectués pour mettre le bien en conformité, même si la chose fut-elle viciée, vaut selon l'expert, plus que le prix payé (« l'action estimatoire permet de replacer l'acheteur dans la situation où il se serait trouvé si la chose vendue n'avait pas été atteinte de vices cachés ») ; Cass. civ. 3^e, 19 avril 2000, *Bull. civ. III*, n° 87 ; *Contrats, conc. consom.* 2000, comm. n° 125, n. L. Leveneur ; *Defrénois* 2000. 1175, obs. A. Bénabent ; en l'espèce, l'immeuble acheté présentait des nuisances sonores anormales ; leur suppression aurait coûté plus que le prix de l'immeuble ; l'acheteur décida de garder la chose, la cour d'appel lui accorda une « indemnité [...] correspondant au prix de vente de l'immeuble ». Cassation : « lorsque l'acquéreur conserve la chose vendue, il n'a droit de se faire rendre qu'une partie du prix ». V. égal. Cass. civ. 1^{re}, 6 avril 2016, n° 15-12402, *Bull. civ. I*, à paraître ; RTD civ. 2016, n° 3, obs. P.-Y. Gautier : cassation de l'arrêt qui a condamné à plus que la restitution partielle du prix (installation d'un nouveau moteur de bateau). La solution est différente lorsque le vendeur est de mauvaise foi ou est un professionnel, parce qu'il peut être condamné à des dommages-intérêts.

6. Eux seuls ; le juge ne pouvant les substituer : Cass. civ. 3^e, 10 novembre 1999, *Bull. civ. III*, n° 217 ; mais il n'a pas à suivre les experts, n'étant pas lié par leurs conclusions : Cass. civ. 3^e, 1^{er} février 2006, préc. : « la réduction du prix devait être arbitrée par experts ». Ce n'est pas non plus à l'acheteur de le faire : Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 2006, *Bull. civ. I*, n° 216.

7. Le vendeur occasionnel de bonne foi n'est pas tenu de dommages-intérêts (art. 1645, *a contrario*) : * Cass. civ. 1^{re}, 4 février 1963, *Entreprise moderne de canalisations, supra*, n° 308 : « Le vendeur qui ignore l'existence d'un vice de la chose n'est tenu qu'à la restitution du prix et des frais de la vente, sans devoir garantir l'acheteur des conséquences du dommage causé par ce vice ».

8. Ex. : Cass. civ., 11 avril 1933, *DH* 1933.331 : « Le droit de demander, en cas de vices cachés de la chose vendue, soit la résolution de la vente, soit une réduction du prix, n'exclut pas, alors d'ailleurs que le vendeur a eu connaissance du vice au moment de la vente, la faculté pour l'acheteur d'en demander la réparation en conservant la chose, ou par voie d'équivalence, des dommages-intérêts ; cette faculté résulte du principe même duquel s'est inspiré l'article 1645 ».

L'acheteur a en droit commun un libre choix entre les actions rédhibitoire et estimatoire⁹ ; il peut réclamer la réparation ou la résolution avec dommages-intérêts¹⁰ ; mais peut toujours demander le remplacement ou la réparation, en application du droit commun, par une exécution en nature. Son choix lie le juge¹¹. Dans le droit de la consommation aussi, « l'acheteur choisit entre la réparation et le remplacement du bien » (C. consom., art. L. 217-9), mais en respectant la hiérarchie des remèdes : résoudre s'il n'est pas possible de réparer¹². Dans les relations entre vendeur professionnel et acquéreur profane, aucune clause ne peut écarter ni limiter ce choix¹³. La faute de l'acheteur ne le prive pas de son option¹⁴.

Il reste à savoir comment ces choix s'articuleront avec les nouveaux articles 1217 et suivants.

L'acheteur peut encore exercer une action autonome, en vue de l'indemnisation de son dommage¹⁵. La remise en état de la chose ne met pas obstacle à l'indemnisation¹⁶.

410. Dommages-intérêts ; garantie légale. – Le Code ajoute que si le vendeur connaît les vices de la chose, ce qu'on appelle un vendeur de mauvaise foi, auquel est assimilé le vendeur professionnel¹⁷, il doit, en outre, des dommages-

9. Lorsque la chose vendue a disparu par cas fortuit, l'acheteur perd l'action rédhibitoire, puisqu'il ne peut plus rendre la chose ; l'action estimatoire demeure : Cass. civ. 1^{re}, 3 décembre 1996, *Bull. civ. I*, n° 441 ; *Contrats, conc. consom.* 1997, comm. n° 44, n. L. Leveneur.

10. Jurisprudence constante : ex. : Cass. civ. 1^{re}, 23 mai 1995, *Bull. civ. I*, n° 216 ; *D.* 1996, somm., 14, obs. O. Tournafond ; *RTD civ.* 1996.191, obs. P.-Y. Gautier : « L'acheteur (d'une chose atteinte d'un vice caché) a le choix, qu'il exerce sans avoir à le justifier, entre les options offertes par l'article 1644 » ; en l'espèce, pourtant, le coût de la réparation était modique ; jugé que l'acheteur pouvait exiger la résolution. Cependant, s'il a exprimé une demande principale rédhibitoire et accessoire, estimatoire, le juge peut alors, en fonction de l'espèce, ne faire droit qu'à la seconde : Cass. civ. 3^e, 25 juin 2014, n° 13-17254, *Bull. civ. III*, n° 92 ; *RTD civ.* 2014. 902, obs. P.-Y. Gautier ; *JCP G* 2014, 1035, n. J. Dubarry. En outre, il peut parfois être tenu compte des réparations : Cass. civ. 1^{re}, 2 décembre 1997, *Bull. civ. I*, n° 351 ; *D. Aff.* 1998.104 ; *RTD civ.* 1998.397, obs. P.-Y. Gautier (action en résolution introduite après réparation par le vendeur) : « Les défauts affectant cet instrument ne le rendaient plus impropre à l'usage auquel il était destiné ».

11. Cass. civ. 3^e, 20 octobre 2010, n° 09-16788, *Bull. civ. III*, n° 191 ; *Contrats, conc. consom.* 2011, n° 2, n. L. Leveneur ; *JCP G* 2011.63, n° 13, obs. P. Grosser ; *RTD civ.* 2011.141, obs. P.-Y. Gautier ; *RDC* 2011.521, obs. Ph. Brun : « le choix entre l'action estimatoire et l'action rédhibitoire appartient à l'acheteur et non au juge qui n'a pas à motiver sa décision sur ce point » (nuisances acoustiques et infiltrations dans un appartement acheté).

12. L. GAUDIN, « Regards dubitatifs sur l'effectivité des remèdes offerts au consommateur en cas de défaut de conformité de la chose vendue », *D.* 2008.631 ; P.-Y. GAUTIER, obs. *RDC* 2005.925.

13. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 5 mai 1982, *Bull. civ. I*, n° 163 ; *D.* 1983, IR, 478, obs. Chr. Larroumet : « La clause litigieuse en obligeant l'acheteur à accepter le remplacement de la chose reconnue atteinte d'un vice caché exclut par là même qu'il puisse choisir la restitution plutôt que la diminution de prix » ; cette clause est donc nulle.

14. Cass. civ. 1^{re}, 11 février 1997, *D.* 1997.535, n. Cl. Mouloungui ; n.p.B. ; l'acheteur qui « a excessivement fait jouer le démarreur de la voiture, provoquant son incendie, compte tenu d'un vice caché », (caractère défectueux du dispositif d'allumage) : jugé que devait être maintenue la garantie des vices cachés. L'arrêt ne précise pas si la responsabilité a été totale ou partielle.

15. Jurisprudence plusieurs fois réitérée depuis : ex. : Cass. civ. 3^e, 24 juin 2015, n° 14-15205, *Bull. civ. III* à paraître ; *D.* 2015. 1939, n. B. Waltz-Teracol ; *JCP G* 2015, 1261, n. G. Virassamy (action d'un syndicat de copropriétaires, ayant qualité pour agir en raison d'un vice caché affectant les parties communes de l'immeuble vendu par lots) ; * Cass. com., 19 juin 2012, n° 11-13176, *Société Rambaud*, *Bull. civ. IV*, n° 132 ; *JCP G* 2012, 963, avis L. Le Mesle ; *RTD civ.* 2012. 741, obs. P.-Y. Gautier, *Contrats, conc. consom.* 2012, n° 227, n. L. Leveneur, *RDC* 2013. 101, obs. J.-S. Borghetti (vices cachés affectant une machine pour produits bitumeux, l'acheteur n'exerce pas d'action rédhibitoire, ni estimatoire, cassation au visa de l'art. 1645 de l'arrêt qui a rejeté sa demande de réparation).

16. Cass. com., 19 juin 2012, préc.

17. *Infra*, n° 411.

intérêts à l'acheteur (art. 1645), qui peuvent excéder la valeur ou le prix de la chose¹⁸. Dans le cas contraire, il ne doit que le prix (art. 1646)¹⁹.

Il ne n'agit pas d'une responsabilité civile, contractuelle ou délictuelle, mais d'une garantie légale²⁰; aussi n'en est pas tenu l'assureur du vendeur, lorsque l'assurance est limitée à la responsabilité²¹. Il est contestable de distinguer aussi nettement l'obligation aux dommages-intérêts de la garantie de vices cachés, qui, avait pourtant dit la Cour de cassation en 1933, « *résulte du même principe* »²².

411. Vendeur professionnel et dommages-intérêts. – L'action en dommages-intérêts a pris une grande importance parce que, sans modification des textes, la jurisprudence, en constante extension, a posé le principe qu'à la différence du vendeur non professionnel, tout fabricant ou vendeur professionnel, toute personne qui, dans son activité, utilise ses connaissances professionnelles²³ ou se livre de façon habituelle au même type de ventes²⁴, connaît ou doit connaître les vices de la chose et doit donc des dommages-intérêts en cas de vices cachés de la chose dont il n'a pas informé l'acquéreur; il est donc assimilé à un vendeur de mauvaise foi²⁵ ce qui a également pour conséquence de rendre nulles les

18. Cass. civ. 3^e, 8 octobre 1997, *Bull. civ.* III, n° 193; *Contrats, conc. consom.* 1998, comm. n° 5, n. L. Leveneur; en l'espèce, l'immeuble vendu comportait d'importantes fissures, obligeant à le reconstruire; elles étaient ignorées de l'acheteur et connues du vendeur; la reconstruction était d'un coût excédant la valeur de l'immeuble ou son prix; la cour d'appel fit « *application d'un abattement pour vétusté sur le coût de la démolition et de la reconstruction de l'immeuble* ». Cassation: le vendeur devait payer la totalité de la reconstruction.

19. Cass. civ. 1^{re}, 6 avril 2016, n° 15-12402, *Bull. civ.* I à paraître, *RTD civ.* 2016, n° 3, n. P.-Y. Gautier.

20. * Cass. com., 19 mars 2013, n° 11-26566, *La Dépêche du Midi*, *Bull. civ.* IV n° 45; *D.* 2013 1947, n. A. Hontebeyrie; *JCP G* 2013 n° 705, n. G. Pillet; *Contrats, conc. consom.* 2013, n° 129, n. L. Leveneur; *RDC* 2013. 967, obs. J. Le Bourg et C. Quézel-Ambrunaz: « *le vice caché, lequel se définit comme un défaut rendant la chose impropre à sa destination, ne donne pas ouverture à une action en responsabilité contractuelle, mais à une garantie dont les modalités sont fixées par les art. 1641 et s.* » (donc, les règles sur les clauses limitatives de responsabilité sont hors sujet).

21. Cass. civ. 3^e, 13 novembre 2003, *Bull. civ.* III, n° 194; *RDC* 2004, p. 344, obs. crit. Ph. Brun: « *ayant retenu, à bon droit, que la condamnation prononcée contre M. Ramès (un vendeur professionnel), au titre des coûts des travaux de réparation de l'immeuble, trouvait son fondement non dans les règles de la responsabilité civile, contractuelle ou délictuelle, mais dans l'obligation légale propre au vendeur de garantir l'acquéreur des vices cachés de la chose vendue et ayant constaté (que la MSM, l'assureur), ne garantissant que les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile a pu en déduire que la condamnation dont la garantie était demandée était étrangère à l'assurance souscrite auprès de la MSM* ».

22. Cass. civ., 11 avril 1933, cité *supra*.

23. Cass. civ. 3^e, 26 avril 2006, *Bull. civ.* III, n° 106; *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. n° 155, n. crit. L. Leveneur; en l'espèce, un covendeur d'un vieux château avait, avant sa mise à la retraite, dirigé une entreprise de bâtiments; avant la vente, il avait fait rénover la charpente du château qui, après la conclusion du contrat, fut ravagée par des insectes xylophages; sur l'action en garantie des vices cachés exercée par l'acheteur, il opposa vainement la clause de non-garantie: « *la vente avait été consentie par des vendeurs dont l'un était un professionnel de la construction immobilière* ».

24. Cass. civ. 1^{re}, 30 septembre 2008, *Bull. civ.* I, n° 216; *Contrats, conc. consom.* 2009, comm. n° 4, n. L. Leveneur; *JCP G* 2008.IV.2718; *RDC* 2009.111, n. A. Bénabent: « *se livrant de façon habituelle à des opérations d'achat et de revente de véhicules d'occasion dont il tirait profit* ».

25. Pour un vendeur professionnel: **Cass. civ. 1^{re}, 19 janvier 1965, *affaire du pain de Pont-Saint-Esprit*, *Bull. civ.* I, n° 52; *D.* 1965.389: « *Le vendeur qui connaissait les vices de la chose, auquel il convient d'assimiler celui qui par sa profession ne pouvait les ignorer, est tenu, outre la restitution du prix qu'il a reçu, de tous dommages-intérêts envers l'acheteur* ». Il est aussi censé connaître le vice, alors même que la chose a été directement livrée par le fabricant au client: Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 1999, *Bull. civ.* I, n° 198; *D. Aff.* 1999.1171: « *le vendeur professionnel ne peut ignorer les vices de la chose vendue, même lorsqu'il a fait procéder à une livraison directe de la chose par le producteur au client* ». Cette présomption n'est pas applicable dans les relations internationales, soumises à la Convention de Vienne sur la vente: Cass. com., 4 novembre 2014, n° 13-10776, *Bull. civ.* IV n° 161; *D.* 2015. 902, n. Cl. Witz (achat de sapins par une entreprise française, à un vendeur danois).

clauses restrictives de la garantie²⁶. Comme en droit commun des obligations, l'acheteur victime d'un vice de la chose peut ne demander que des dommages-intérêts sans vouloir résoudre le contrat²⁷.

Les dommages-intérêts réparent aussi bien les dommages causés à la chose que ceux causés par la chose, souvent beaucoup plus importants²⁸. Lorsque le dommage est subi par un tiers, il s'agit d'une responsabilité délictuelle du fait des choses²⁹.

412. Fabricant, revendeur. – L'article 1245-6 (ancien art. 1386-7), transposant la directive de 1985, aligne la responsabilité du vendeur sur celle du producteur, si celui-ci ne peut être identifié³⁰. Lorsque le vendeur est l'objet d'une action en justice, il a trois mois pour désigner le producteur, afin d'échapper à l'obligation de réparer. Il jouit également d'une action récursoire, dans le délai d'un an (*ib.*)³¹. L'acheteur peut aussi agir contre son vendeur (art. 1245-17, ancien art. 1386-18)³².

Par la garantie de conformité le vendeur est tenu à l'égard du consommateur, sans préjudice de son action récursoire contre le fabricant « *selon les principes du Code civil* » (C. consom., art. L. 217-14.)

413. Vices indécélables. – Ainsi, le fabricant doit vendre une chose dépourvue de vices et ne peut échapper à cette obligation en prouvant sa bonne foi : par exemple, en démontrant son absence de faute, son ignorance du vice, parce que celui-ci était indécélable, même après un examen minutieux de la chose vendue³³. Cette responsabilité objective, indépendante d'une conduite blâmable, a beaucoup étendu la garantie des vices rédhibitoires.

414. Responsabilité et causalité. – La garantie des vices cachés suppose que soit démontré le lien de causalité entre le vice et le dommage. La cause étrangère exonère donc le vendeur ou le fabricant de produits défectueux³⁴. Ce qui cantonne la responsabilité mais soulève les affres

26. *Infra*, n° 432.

27. Jurisprudence souvent réitérée : ex. Cass. com., 25 février 1981, *Bull. civ. IV*, n° 111 ; *D.* 1981, IR, 445, obs. Ch. Larroumet : « *L'action en paiement de dommages-intérêts n'est pas subordonnée à la résolution du contrat* ».

28. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 1999, *Contrats, conc. consom.* 2000, comm. n° 23, n. L. Leveneur ; n.p.B. ; ardoises ayant un vice caché ; le vendeur doit la réparation de toute la toiture, même si le coût de celle-ci dépasse le prix de celles-là.

29. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

30. Dans le cas contraire, l'action contre le revendeur est irrecevable : Cass. com., 26 mai 2010 préc., *supra* n° 396.

31. *Infra*, n° 420, pour le droit commun.

32. Rapp. CJCE 10 janvier 2006, *JCPG* 2006.II.10082, n. L. Grynbaum ; *RDC* 2006.835, obs. J.-B. Borghetti.

33. Cass. com., 27 avril 1971, *Bull. civ. IV*, n° 117 ; *JCPG* 1972.II.17280. En l'espèce, une aciérie avait fabriqué pour un chantier naval un étambot (c'est-à-dire une pièce à l'arrière de la coque, portant le gouvernail), qui s'est révélé défectueux. Sur l'action du sous-acquéreur (l'armateur qui avait commandé le navire), la cour d'appel avait déclaré irresponsable le fabricant, parce que celui-ci avait démontré le caractère indécélable du vice. Cassation : « *Tout fabricant est tenu de connaître les vices affectant la chose fabriquée* ».

34. Ex. : Cass. com., 25 novembre 1997, *Excelsior informatique*, *Bull. civ. IV*, n° 308 ; *D. Aff.* 1998.65 ; *Contrats, conc. consom.* 1998, comm. n° 43, n. L. Leveneur ; *RTD civ.* 1998.386, obs. P. Jourdain : virus informatique sur un support fourni par un éditeur spécialisé dans ce genre de prestation, de sorte que « *le caractère imprévisible et irrésistible du fait d'un tiers n'était pas démontré* ».

de la causalité, parfois appréciée de manière rigoureuse³⁵. Le juge ne s'interdit pas d'avoir recours aux présomptions de l'homme³⁶.

415. Obligation de sécurité. – Cette garantie devient une obligation de sécurité lorsque la chose vendue a causé un dommage corporel à l'acheteur (art. 1245 et s., anciens art. 1386-1 et s.), ce qui a des conséquences sur le régime de la preuve : le vendeur ne peut échapper à son obligation de réparation en démontrant qu'il avait fait toute diligence. L'acheteur doit prouver le vice de la chose et son rapport de causalité avec le dommage³⁷ ; dans les ventes aux consommateurs, ces preuves sont inutiles si le défaut est apparu dans les vingt-quatre mois de la délivrance (C. consom., art. L. 217-7, loi du 17 mars 2014)³⁸. L'avant-projet de loi sur la responsabilité civile détache le dommage corporel du contrat (art. 1233).

SECTION II

RELATIONS ENTRE SOUS-ACQUÉREUR ET VENDEUR INITIAL

Les vices cachés mettent en cause les relations entre sous-acquéreur et vendeur initial dans l'hypothèse suivante : une chose est revendue par son acquéreur, qui, à son tour, la revend, etc. – ce que l'on appelle souvent les ventes successives de la même chose ou les chaînes de contrats : la situation est courante dans le commerce, où entre le fabricant-vendeur initial et le consommateur-sous-acquéreur ultime se développe une chaîne d'intermédiaires – grossistes, détaillants – qui généralement ont acheté pour revendre.

35. Ex. : Vaccination contre l'hépatite B, jurisprudence souvent réitérée ; ex. : Cass civ. 1^{re}, 23 septembre 2003, *Bull. civ. I*, n° 188 ; *D.* 2004.898, n. Y.-M. Sérinet et R. Mislawski ; somm. 1344, obs. D. Mazeaud ; *JCP G* 2003.II.10179, n. Jonquet, Maillols, Mainguy et Terrier ; 2004.I.101, n°s 23 s., obs. G. Viney ; *RTD civ.* 2004.101, obs. P. Jourdain ; en l'espèce, M^{me} X. avait été vaccinée contre l'hépatite B ; quelques mois après, elle fût atteinte de sclérose en plaques ; la cour d'appel déclara responsable le laboratoire ayant fourni le vaccin. Cassation : « *Vu les art. 1147 [devenu art. 1231-1] et 1382 [devenu art. 1240] interprétés à la lumière de la directive CE du 25 juillet 1985 ; la responsabilité du producteur est soumise à la condition que le demandeur prouve, outre le dommage, le défaut du produit et le lien de causalité entre le défaut et le dommage [...] ; or, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations desquelles il résultait que le défaut du vaccin comme le lien de causalité ne pouvaient être établis* ».

36. Jurisprudence plusieurs fois réitérée : ex. vaccination contre l'hépatite B, suivie de troubles neurologiques : Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2009, n° 08-11073, *Bull. civ. I* n° 176 ; *D.* 2009. 1968, n. I. Gallmeister : jugé que le laboratoire devait être condamné, car la notice de présentation du produit était insuffisante et il existait des présomptions graves, précises et concordantes que le vaccin était à l'origine du dommage (pas d'antécédent familial, aucune autre cause n'apparaissait).

37. Pour un téléviseur, * Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 1989, *sté Thomson-Brandt*, *Bull. civ. I*, n° 137 ; *D.* 1989.381, n. Ph. Malaurie. En l'espèce, l'implosion d'un téléviseur, acheté huit ans auparavant, avait causé un incendie ayant ravagé un immeuble ; l'expert n'avait pu déterminer la cause de l'accident ; la cour d'appel avait déclaré responsable le fabricant qui « *n'a pas respecté son obligation de ne mettre sur le marché que des appareils dont le dynamisme propre ne présente pas de danger* ». Cassation : « *Le vendeur professionnel est seulement tenu de livrer des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou les biens.* » Pour les dommages causés aux tiers par l'implosion, la responsabilité est délictuelle : Cass. civ. 2^e, 30 novembre 1988, *Bull. civ. II*, n° 240 ; *RTD civ.* 1989.324, obs. P. Jourdain : jugé que si l'expert constate « *que le sinistre a pour origine un vice caché du téléviseur* », se trouve établie « *l'antériorité du vice par rapport à la vente* » ; en l'espèce, l'appareil avait été fabriqué sept ans avant l'implosion.

38. Rapp. CJUE, 4 juin 2015, *supra* n° 332.

416. Relativité des conventions ? – Le principe de la relativité des conventions (art. 1199, ancien art. 1165) impose, semble-t-il, que le sous-acquéreur qui n'a eu de relations contractuelles qu'avec son auteur, ne puisse exercer d'actions contractuelles que contre lui et non contre le vendeur initial : le consommateur d'un produit ne pourrait donc invoquer directement la garantie des vices cachés contre le fabricant : la solution serait que le consommateur mécontent agisse contre son auteur qui exercerait un recours contre son propre auteur, etc. Les recours de garantie en cascade remonteraient la chaîne des intermédiaires successifs pour, finalement, parvenir au fabricant initial.

Le système présentait des inconvénients évidents. 1° Il gênait le consommateur qui aurait dû agir contre un revendeur peut-être insolvable. 2° Multipliant les actions en justice, il coûtait cher ; en outre, il obligeait chacun des intermédiaires à s'assurer ; il n'était pas certain que la faculté de recours fût toujours prise en considération dans le calcul des primes par les assureurs. 3° Surtout, il mettait en cause des intermédiaires qui, souvent, n'étaient pour rien dans le dommage ; à l'égard des vices de la chose, le droit ne peut remplir son rôle prophylactique que si le fabricant est directement responsable.

417. Dommages-intérêts. – Depuis 1820, une jurisprudence constante reconnaît au sous-acquéreur déçu le droit d'agir en dommages-intérêts, soit contre son vendeur, soit directement contre le fabricant, vendeur originaire, soit contre n'importe quel intermédiaire de commercialisation du produit, tous obligés envers le sous-acquéreur³⁹. Chacun des coobligés est tenu *in solidum*⁴⁰. La seule condition est que le vice existe au moment de chaque vente.

Cette action est contractuelle⁴¹ ; elle est régie par les clauses stipulées entre le vendeur initial et l'acquéreur intermédiaire⁴² et, en conséquence, elle est soumise à la prohibition du cumul entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle qu'impose le droit commun. Aussi, si le délai prévu par l'article 1648 est expiré, le sous-acquéreur ne peut demander, ni au fabricant, ni à son vendeur, la réparation du dommage que lui cause le vice caché, même sur le fondement de l'article 1240 (ancien art. 1382)⁴³.

La question avait rebondi lorsque la fourniture avait été faite, non à un acquéreur qui avait revendu, mais à un entrepreneur qui avait construit pour le compte du maître de l'ouvrage. Pour mettre un terme aux divergences entre les chambres de la Cour de cassation, l'Assemblée

39. Jurisprudence constante : Ex. : Cass. civ. 3^e, 7 mars 1990, *Bull. civ.* III, n° 72 : « *Le sous-acquéreur est recevable à exercer l'action en garantie des vices cachés contre le vendeur originaire de la chose atteinte du vice* ».

40. Cass. com., 15 mai 1972, *Bull. civ.* IV, n° 144 ; en l'espèce, le fabricant et le vendeur avaient été condamnés solidairement par la cour d'appel à réparer le dommage causé par les vices cachés de la chose fabriquée ; pourvoi du fabricant « *qui n'a jamais été lié (à l'acquéreur) par un contrat de vente* » ; rejet du pourvoi : « *Tout fabricant est tenu de connaître les vices de la chose fabriquée et doit en réparer les conséquences dommageables* ».

41. ** Cass. civ. 1^{re}, 9 octobre 1979, *sté Lamborghini*, *Bull. civ.* I, n° 241 ; *Gaz. Pal.* 1980.I.249 ; *D.* 1980, IR, 222, obs. Chr. Larroumet ; *RTD civ.* 1980.354, obs. appr. G. Durry : « *L'action directe dont dispose le sous-acquéreur contre le fabricant ou un vendeur intermédiaire, pour la garantie du vice caché affectant la chose vendue dès sa fabrication, est nécessairement de nature contractuelle* » ; v. cep., pour la Convention de Vienne, Cass. civ. 1^{re}, 5 janvier 1999, *société Thermo-King*, *Bull. civ.* I, n° 6 ; *D.* 1999.383, n. Cl. Witz ; *Contrats, conc. consom.* 1999, comm. n° 53, n. L. Leveneur ; *JCP G* 2000.I.199, n° 19, obs. Viney : cassation de l'arrêt qui n'avait pas caractérisé « *l'existence entre (le fabricant et l'acheteur final) d'un contrat de vente...* » L'action directe est désormais prévue par le nouvel art. 1341-3, qui ne distingue pas selon sa nature.

42. Ex. : Cass. com., 26 mai 2010, n° 07-11744, *Bull. civ.* IV, n° 100 ; *JCP G* 2010 n° 849, n. J.J. Barbieri : le fabricant de la chose vendue est en droit d'opposer au sous-acquéreur exerçant une action contractuelle tous les moyens de défense qu'il pouvait opposer à son propre cocontractant.

43. Cass. civ. 3^e, 26 juin 2002, *Contrats, conc. consom.* 2002, comm. n° 173, n. L. Leveneur ; n.p.B.

plénière a décidé qu'il s'agissait d'une action contractuelle⁴⁴. Est aussi contractuelle l'action exercée par l'acquéreur contre l'architecte ou l'entrepreneur avec lequel le vendeur a contracté (art. 1792, al. 1) : l'action en garantie se transmet avec l'immeuble.

L'avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile modifie l'article 1603 du Code civil et codifie l'action directe contractuelle.

418. Action réhibitoire. – La Cour de cassation admet également que le sous-acquéreur peut directement exercer l'action réhibitoire contre le vendeur initial ou un vendeur intermédiaire⁴⁵ ; le fait d'avoir agi contre l'un n'empêche pas d'agir contre l'autre⁴⁶. La difficulté, sur laquelle la jurisprudence avait buté, tient à la restitution du prix : qui, et surtout, quoi. Qui le doit ? Celui à qui la chose a été restituée⁴⁷ ; dans un contrat synallagmatique qui a été exécuté, les restitutions consécutives à la résolution constituent à leur tour un rapport synallagmatique qui doit s'exécuter trait pour trait. Quoi ? Le fabricant ne peut restituer que ce qu'il a perçu⁴⁸.

419. Fondements. – Cette transmission au sous-acquéreur de l'action contractuelle a été expliquée par la doctrine de plusieurs manières : par l'effet d'une stipulation pour autrui⁴⁹, qui paraît artificielle, ou par une cession tacite de créance⁵⁰, également artificielle et dont, au surplus, aucune des formalités n'a été remplie. On peut aussi y voir une action directe, reconnue par la loi depuis février 2016 (nouvel art. 1341-3) On peut surtout y voir l'accessoire de la chose vendue⁵¹ ; en ce sens, certaines dispositions législatives énoncent que « ces garanties bénéficient aux propriétaires successifs de la chose vendue » (en l'espèce, une vente d'immeubles à construire : art. 1646-1, al. 2, L. 4 janv. 1978). Certains y avaient vu un « groupe de contrats »⁵².

Cette action directe semble se maintenir, après l'arrêt de l'Assemblée plénière refusant au maître de l'ouvrage une action contractuelle contre le sous-traitant⁵³. Pourtant, nombre de droits étrangers l'ignorent. En outre, un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes, saisi par la Cour de cassation de l'interprétation de l'ancienne Convention de Bruxelles (aujourd'hui art. 25, règlement du 12 décembre 2012), a décidé que l'action en garantie du sous-acquéreur contre le fabricant n'était pas contractuelle⁵⁴. Le nouvel article 1603, tel que prévu par l'avant-projet de loi, codifie, au moins pour la vente, l'action directe contractuelle.

44. * Cass. Ass. plén., 7 février 1986, *sté produits céramiques de l'Anjou*, *GAJ civ.*, n° 266.

45. Cass. civ. 1^{re}, 20 mai 2010, *société Alupharm*, cité *supra*, n° 321 (« l'action résolutoire résultant d'un même défaut de conformité se transmet avec la chose livrée ») ; Cass. com., 17 mai 1982, *Bull. civ. IV*, n° 182 ; *D.* 1983, IR, 179, obs. Chr. Larroumet : « l'action directe dont dispose le sous-acquéreur contre le fabricant ou le vendeur intermédiaire pour la garantie du vice caché affectant la chose vendue dès sa fabrication est nécessairement de nature contractuelle ».

46. Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 1988, *Bull. civ. I*, n° 231 ; *RTD com.* 1988.296, obs. B. Bouloc.

47. Seul le vendeur est tenu de restituer le prix, à la suite de la résolution et c'est à lui que la chose sera rendue (non à son propre vendeur) : Cass. com., 3 février 1998, *Bull. civ. IV*, n° 61 : « en cas de résolution d'une vente, la restitution du prix reçu par le vendeur est la contrepartie de la remise de la chose par l'acquéreur et ainsi seul celui auquel la chose est rendue doit restituer à celui-ci le prix qu'il en a reçu ».

48. Cass. civ. 1^{re}, 20 mai 2010, *préc.* : le vendeur originaire « ne peut être tenu de restituer d'avantage qu'il n'a reçu ».

49. R. SAVATIER, « Le prétendu principe de la relativité des contrats », *RTD civ.* 1939.525.

50. R. RODIÈRE, n. sous Aix, 5 octobre 1954, *JCP G* 1955.II.8548.

51. AUBRY et RAU, t. II, 7^e éd., 1961, par P. Esmein, § 176, n° 169.

52. G. VINEY, « L'action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats », in *Ét. Holleaux*, Litec, 1990, p. 399-424 ; P. JOURDAIN, n. *JCP G* 1988.II.21070, sous Cass. civ. 1^{re}, 8 mars 1988 : « C'est l'appartenance au groupe qui, ôtant aux responsable et victime leur qualité de tiers, justifierait une dérogation à l'article 1165 ».

53. *Supra* et *infra*, n° 756. Rapp. futur art. 1233 C. civ.

54. CJUE, 7 février 2013 ; *D.* 2013. 1110, n. S. Bollée ; *JCP G* 2013, n° 516, n. Ph. Guez ; *RTD civ.* 2013. 339, n. P. Remy-Corlay : « le sous-acquéreur et le fabricant doivent être considérés comme n'étant pas unis par un lien contractuel (de sorte que la première clause attributive de juridiction est inopposable au tiers sous-acquéreur du bien), sauf s'il est établi que ce tiers a donné son consentement effectif à l'égard de ladite clause... ». V. appliquant cette jurisprudence européenne : Cass. civ. 1^{re}, 11 septembre 2013, n° 09-12442, *Bull. civ. I* n° 162 ; *JCP G* 2013, 1129, n. C. Nourissat ; *Contrats, conc. consom.* 2013, n° 257, n. L. Leveneur ; *RTD civ.* 2013. 839, obs. H. Barbier ; *D.* 2014. 121, n. D. Mazeaud

SECTION III

ACTIONS RÉCURSOIRES

420. Contre le fabricant et le fournisseur. – Lorsqu'en raison de la garantie des vices cachés le vendeur indemnise son acheteur, il peut exercer un recours contractuel contre son propre vendeur⁵⁵. Il doit, évidemment, démontrer que le vice existait au moment où la chose lui a été remise car le vendeur ne doit garantir que les vices antérieurs à la vente. Si le vendeur avait découvert le vice lors de son achat, il eût également été privé de l'action récursoire⁵⁶. S'il ne l'avait pas découvert, il pourrait se prévaloir de la présomption de connaissance du vice à l'encontre de son propre vendeur.

Le délai pendant lequel le recours en garantie doit être exercé court, non du jour de la vente, mais de celui de l'assignation par la victime contre le vendeur⁵⁷. Ce principe est l'application de la règle générale : *Actioni non natae non currit prescriptio* (tant qu'une action n'est pas née, la prescription ne court pas) (art. 2234)⁵⁸ ; il présente l'inconvénient de prolonger, parfois d'une manière considérable, le temps pendant lequel la responsabilité du fabricant peut être mise en cause⁵⁹. Dans les mêmes conditions, le fabricant dont la responsabilité est engagée en raison des vices cachés de la chose qu'il a fabriquée peut exercer un recours contre le fournisseur des produits qu'il a utilisés⁶⁰.

À l'égard de la responsabilité tenant aux produits défectueux, le recours doit être exercé dans l'année de l'assignation (art. 1245-6, ancien art. 1386-7). Dans les ventes entre consommateurs, le recours doit être exercé « *selon les principes du Code civil* » (C. consom., art. L. 217-14).

(inopposabilité de la clause par le fabricant au sous-acquéreur d'un compresseur, dès lors qu'il ne l'a pas acceptée). Peut-être faut-il distinguer selon que le transfert profite ou nuit au sous-acquéreur.

55. Cass. civ. 1^{re}, 19 janvier 1988, *Bull. civ. I*, n° 20 ; *RTD civ.* 1988.549, obs. Ph. Rémy : « *Si l'action en garantie se transmet, en principe, avec la chose vendue au sous-acquéreur, le vendeur intermédiaire ne perd pas la faculté de l'exercer quand elle présente pour lui un intérêt direct et certain* ».

56. Ex. Cass. civ. 3^e, 16 novembre 1988, *Bull. civ. III*, n° 164 : le fait que les acheteurs aient remis en vente une maison, après avoir connu le vice (des termites), les prive d'une action en garantie contre leur propre vendeur ; ils sont en effet à l'origine de leur propre dommage. Jurisprudence constante.

57. Ex. : Cass. com., 19 mars 1974, *Bull. civ. IV*, n° 102 ; *D.* 1975.628, n. Ph. Malinvaud ; *JCP G* 1975.II.17941, n. J. Ghestin : « *L'entrepreneur ne pouvait exercer le recours (en garantie) avant d'avoir été lui-même assigné par le demandeur principal* ».

58. V. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

59. BONET et GROSS, « La réparation des dommages causés aux constructions par les vices des matériaux », *JCP G* 1974.I.2602, n° 15 et s.

60. Ex. : Cass. com., 3 mai 1983, *Bull. civ. IV*, n° 131 : le fabricant d'aliments destinés à l'élevage de veaux, s'il est condamné à des dommages-intérêts en raison de la mauvaise qualité de ces produits, peut se retourner contre le fournisseur du lait dont la matière grasse avait « *une structure défectueuse* » (*sic*).

SECTION IV

ACTION EXERCÉE PAR UN TIERS

421. L'étranger au contrat. – Lorsque le vice de la chose a causé un dommage à une personne complètement étrangère au contrat, la responsabilité du fabricant ne peut être contractuelle⁶¹ et est donc délictuelle⁶².

Lorsqu'il s'agit de choses ayant un dynamisme propre, par exemple une bouteille contenant une boisson gazeuse, les tribunaux décident que le fabricant est « gardien de la structure » et que sa responsabilité peut être engagée sur le terrain de l'article 1242 al. 1^{er} (ancien art. 1384, al. 1^{er}), si un vice de la chose est démontré⁶³. Sa responsabilité existe de plein droit pour les choses dangereuses (art. 1245, ancien art. 1386-1).

N^{os} 422-427. réservés.

61. Ex. * Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 1989, *sté Thomson-Brandt*, *supra*, n^o 415 : jugé que les dommages causés aux tiers par l'incendie résultant de l'implosion d'un téléviseur ne relèvent pas de la responsabilité contractuelle.

62. Ex. : Req., 8 mars 1937, *DP* 1938.I.76, n. R. Savatier ; *S.* 1937.I.241, rap. E. Pilon : « *Si la disposition de l'article 1382 [devenu art. 1240] ne peut, en principe, être invoquée pour le règlement d'une faute commise dans l'exécution d'une obligation contractuelle, elle reprend son empire à l'égard des tiers étrangers au contrat* ». En l'espèce, un accident avait été causé à un tiers ; il était dû à un vice de fabrication d'une automobile ; jugé que la responsabilité du fabricant de l'automobile était délictuelle.

63. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 23 juin 1971, *Bull. civ. I*, n^o 212 ; *JCPG* 1971.II.16881, 2^e esp. : « *Le fabricant n'est tenu à garantie envers le détaillant que s'il est établi que la chose par lui livrée comporte des défauts ou des vices ayant joué un rôle dans la réalisation du dommage* ».

■ CHAPITRE III ■

GARANTIES CONVENTIONNELLES

428. Typologies des garanties conventionnelles. – Dans la pratique contemporaine, les conventions relatives à la garantie des vices cachés sont nombreuses. On peut en proposer plusieurs classifications : l'une s'attache à la qualité des contractants ; l'autre à l'objet et aux sources de la garantie ; la troisième à la nature de la convention.

On peut faire une première distinction s'attachant à la qualité des contractants. Conclues entre professionnels et consommateurs, les clauses de garantie peuvent constituer un abus de position dominante et il serait raisonnable de protéger le consommateur qui est la partie la plus faible ; la clause est alors souvent interdite et un formalisme minutieux imposé pour un certain nombre de biens. Conclues entre professionnels de la même spécialité, elles ont pu faire l'objet d'une discussion entre les parties qui, chacune, ont calculé leurs risques financiers ; elles sont donc valables.

En deuxième lieu, on peut distinguer quatre catégories de clauses, dont les deux dernières sont les plus importantes : conserver la garantie légale, la limiter, l'augmenter, en en faisant une garantie individuelle ou collective.

1° Il en est qui ont simplement pour effet de **confirmer** les règles légales, sans les modifier ; la source de la garantie demeure légale, malgré les apparences. La pratique commerciale des ventes faites aux consommateurs présente souvent ces garanties comme un avantage conféré à l'acheteur, ce qui est parfois dolosif. Elles présentent l'intérêt d'être précises, notamment en déterminant la durée de la garantie.

2° Elles ont souvent pour objet de **limiter**, voire d'écartier complètement les obligations du vendeur. Elles donnent lieu à un contentieux abondant et ont suscité une intense activité doctrinale (Section I).

3° Parfois, l'acquéreur obtient conventionnellement une garantie particulière **augmentant** la garantie légale ; l'apparence de ces clauses est fréquemment trompeuse ; beaucoup se présentent faussement comme des clauses extensives de garantie, alors qu'elles sont restrictives (Section II).

4° Il faut distinguer les clauses stipulées dans un contrat **individualisé** – par exemple, une vente d'immeuble – et celles qui figurent dans un contrat d'adhésion, dans les conditions générales de vente des marchandises fabriquées en série – par exemple, les automobiles et les appareils ménagers – (Section III). Les conditions générales de vente ne sont pas une simple juxtaposition des clauses restrictives ou extensives, mais constituent un système d'ensemble.

429. Renonciation et option. – L'acheteur peut décider de ne pas exercer la garantie conventionnelle ; il ne renonce pas pour autant à la garantie légale¹.

SECTION I CLAUSES RESTRICTIVES

430. Interprétation et illicéité. – Le principe est que l'interprétation des clauses restrictives relève des règles générales et ainsi le juge ne doit pas, sous prétexte d'une interprétation restrictive, les dénaturer². Lorsqu'il s'agit de la protection du consommateur, elles sont interdites (C. consom., art. L. 241-5). De même, pour les ventes de terrains pollués³. Si elles exonèrent le vendeur de ses obligations essentielles, elles peuvent être réputées non écrites (nouvel art. 1170 C. civ.)

Comme pour la garantie légale tenant aux vices cachés, il faut distinguer vendeur occasionnel, vendeur professionnel, acheteur occasionnel et acheteur professionnel.

431. 1^o Vendeur occasionnel. – À l'égard du vendeur occasionnel, les règles légales sur la garantie sont purement dispositives. Par conséquent, les parties peuvent diminuer la garantie des vices réhibitoires, voire la supprimer complètement : elles font une vente « sans garantie », ce qui présente l'avantage de réduire le contentieux après la vente.

Ces clauses perdent leur effet lorsque le vendeur est de mauvaise foi, c'est-à-dire lorsqu'il connaissait les vices de la chose⁴ ou avait commis une faute⁵ ; la charge de la preuve pèse sur l'acheteur⁶. L'ordre public de direction peut aussi les condamner⁷.

1. Cass. com., 28 juin 1994, *Bull. civ. IV*, n° 248 ; *RTD civ.* 1995.138, obs. P.-Y. Gautier ; en l'espèce, il s'agissait d'une société de crédit-bail, mais la règle en cause a une portée générale et s'étend à tous les acheteurs : « *Le refus, opposé par la société Bour, du bénéfice de la garantie conventionnelle ne lui interdisait pas d'invoquer les manquements du vendeur à ses obligations légales* ».

2. Ex. : **vente d'immeubles** : Cass. civ. 3^e, 19 octobre 1971, *Bull. civ. III*, n° 498 ; la clause stipulait que les acquéreurs renonçaient « à tout recours contre leur vendeur pour cause de mauvais état de la construction » ; la cour d'appel l'avait donc exclue pour des dommages causés à des planchers et à la charpente par des « *capricornes de maison* » ; cassation pour dénaturation. **Vente de camion** : Cass. com., 8 décembre 1975, *Bull. civ. IV*, n° 297 ; *D.* 1976, somm., 28 : « *en l'état où il se trouvait* » ; jugé que cette clause n'impliquait pas l'exclusion de la garantie des vices cachés.

3. Cass. civ. 3^e, 16 janvier 2013, n° 11-27101, *Bull. civ. III* n° 4 ; *D.* 2013. 676, n. O. Sutterlin (obligation légale d'ordre public de remise en état de l'immeuble).

4. Jurisprudence abondante : ex : Cass. civ. 3^e, 16 décembre 2009, n° 09-10540, *Bull. civ. III*, n° 288 ; (le vendeur savait qu'il y avait des termites et l'a tu).

5. Cass. civ. 3^e, 23 février 1994, *D.* 1994.524, n. crit. C. Mascala ; n.p.B. : en l'espèce, les dommages (écoulements d'eau) survenus à l'immeuble vendu « *avaient été provoqués par l'installation défectueuse et illicite d'un système d'assainissement autonome mis en place par M. Rambure-Lambert (le vendeur) qui avait fait réaliser les travaux sans consulter la direction départementale des affaires sanitaires et sociales et sans respecter la réglementation en vigueur, rendant ainsi les désordres prévisibles* ». Jugé que la clause de non-garantie ne pouvait produire effet à l'égard des acquéreurs « *qui n'étaient pas des professionnels du bâtiment* » et n'avaient pas « *une connaissance technique particulière leur permettant de déceler les imperfections et les irrégularités du système d'assainissement* ».

6. *Supra*, n° 404. Jurisprudence plusieurs fois réitérée : ex. : Cass. civ. 3^e, 6 octobre 2010, n.p.B. ; *Defrénois* 2011.76, n. C. Sourzat (le vendeur, « simple particulier », avait réparé les anciens désordres et croyait de bonne foi qu'ils étaient achevés, la clause exonératoire pouvait s'appliquer).

7. Ainsi, en matière de pollution d'installations classées : Cass. civ. 3^e, 3 novembre 2011, n° 10-14986, n.p.B. ; *RDC* 2012. 1314, obs. M. Boutonnet.

432. 2° Vendeur professionnel et fabricant. – Depuis 1950 environ, la jurisprudence assimile au vendeur de mauvaise foi (celui qui connaît les vices de la chose), le vendeur professionnel et le fabricant, ce qui a pour conséquence d'aggraver leur responsabilité⁸. Il leur est interdit de restreindre et, à plus forte raison, d'écarter la garantie légale, car ils sont tenus de connaître la chose qu'ils vendent. Pour les relations entre professionnels et consommateurs, cette jurisprudence est consacrée par le Code de la consommation (art. L. 217-17). Ces clauses sont également réputées non écrites dans la responsabilité des produits défectueux (art. 1245-14, ancien art. 1386-15); et en cas de manquement à une obligation essentielle (nouvel art. 1170 préc.).

433. 3° Acheteur occasionnel. – Le vendeur professionnel ne peut directement restreindre la garantie à laquelle il est légalement tenu lorsque l'acquéreur est occasionnel – un consommateur – (C. consom., art. R. 212-1). Mais il peut indirectement y parvenir de trois manières⁹.

1) Ou bien, il informe l'acquéreur des vices de la chose; le vice n'est plus caché, l'acheteur a acquis en connaissance de cause¹⁰.

2) Ou bien, il délimite son obligation de délivrance, par exemple en précisant l'usage auquel la chose doit être employée ou en limitant les conséquences de la livraison d'une chose non conforme¹¹; là aussi, l'acheteur a acquis en connaissance de cause.

Ainsi, dans une vente d'automobile, il stipule que la garantie est exclue si l'automobile est utilisée dans une compétition sportive, ou bien il subordonne la garantie à des contrôles et à des réparations par des agents de la marque, ou bien il prévient l'acquéreur que l'automobile est hors d'état de rouler.

3) Ou bien, l'acheteur a acheté à ses risques et périls : la clause est valable, sauf fraude du vendeur¹².

434. 4° Acheteur professionnel. – Lorsque l'acheteur est un professionnel de la même spécialité que le vendeur, la validité de la clause limitative ou exclusive de responsabilité est admise, parce qu'en raison de sa profession l'acheteur est à même de connaître les risques de la chose qu'il achète, d'en évaluer les conséquences financières et de déterminer la mesure dans laquelle il entend les supporter.

8. *Supra*, n° 411.

9. Ex. : est nulle la clause limitant la garantie au remplacement de la marchandise défectueuse; l'acheteur doit pouvoir choisir entre l'action rédhitoire et l'action estimatoire : Cass. civ. 1^{re}, 5 mai 1982, *Bull. civ. I*, n° 163 : « *Le choix offert à l'acheteur par l'article 1644 s'exerce, sans que cet acheteur ait à le justifier, entre l'action rédhitoire et l'action estimatoire* ».

10. Telle est la solution prévue par la loi du 8 juin 1999 sur les immeubles infestés de termites : le vendeur doit annexer au contrat un « état parasitaire » (art. 8), de sorte que l'acheteur ainsi prévenu ne pourra invoquer la présomption de vices cachés, lorsque le cédant est un professionnel (Th. REVET, *RTD civ.* 1999.714).

11. Cass. civ. 1^{re}, 20 décembre 1988, *Bull. civ. I*, n° 373; *Defrénois* 1990, art. 34633, n° 137, p. 1418, obs. G. Vermelle : « *S'agissant pour les établissements Jacques Marionnet, vendeur professionnel, de limiter leur responsabilité, non à raison des vices cachés de la chose vendue mais des défauts de conformité de la marchandise livrée, la cour d'appel n'avait pas à rechercher, pour déclarer la clause opposable au GAEC (l'acheteur) si ce dernier n'était pas un professionnel de la même spécialité que le vendeur* ».

12. *Supra*, n° 392.

En pratique, la Cour de cassation n'applique que rarement la règle. Elle exige que les deux parties soient de « la même spécialité »¹³. Il faut également que le vice ne soit pas indécélable¹⁴ : la clause restrictive ou exclusive de garantie n'est donc valable que lorsqu'elle est inutile, c'est-à-dire lorsque l'acquéreur a connu ou été en mesure de connaître les vices : il n'y a plus alors de vice caché¹⁵.

Quand il s'agit de produits défectueux, la clause est admise entre professionnels, mais seulement pour les dommages aux biens (art. 1245-14, ancien art. 1386-15).

Lorsqu'entre le fabricant et l'acquéreur ultime, qui par hypothèse est un professionnel de la même spécialité que le fabricant, il y a eu des intermédiaires, ceux-ci doivent pouvoir aussi invoquer la clause de non-garantie. Sinon, le revendeur intermédiaire, impérativement tenu de la garantie légale envers l'acquéreur, ne pourrait se retourner contre le fabricant qui lui opposerait la clause limitative de garantie : il supporterait toute la charge du vice¹⁶.

SECTION II

CLAUSES EXTENSIVES

435. Diversité. – Les clauses extensives de garantie sont toujours valables. Elles peuvent consister en une garantie de bon fonctionnement, qui couvre toutes les avaries, non imputables à l'acheteur, qui interviendraient pendant la période convenue, même celles qui ne seraient pas considérées comme un vice au sens de l'article 1641. Elles peuvent aussi prévoir l'échange de la chose vendue défectueuse, dans des conditions plus favorables que la règle légale, l'acheteur étant dispensé de prouver le vice et l'antériorité ; ce qui est susceptible de désavantager l'acquéreur, en ne lui permettant pas de faire résoudre le contrat ; mais il peut toujours invoquer la garantie légale¹⁷. Elles peuvent surtout étendre la durée de la garantie ; ce qui n'a pas seulement pour intérêt d'allonger la garantie légale et de dispenser l'acquéreur d'assigner obligatoirement le vendeur pendant le délai légal¹⁸, mais aussi de faire que toute anomalie de la chose survenue avant

13. La clause limitative n'est donc pas valable si les deux parties, bien que toutes deux professionnelles, n'ont pas la même spécialité. Ex. : * Cass. com., 19 mars 2013, *supra* n° 410 : entreprise de presse qui achète une rotative défectueuse, l'acheteur « ne disposait pas des compétences techniques nécessaires pour déceler les vices ».

14. De nombreux arrêts l'affirment, peu l'admettent : v. cependant Cass. com., 8 octobre 1973, *Bull. civ. IV*, n° 272 ; *JCP G* 1975.II.17927, n. J. Ghestin. En l'espèce, il s'agissait de la vente d'une automobile d'occasion faite entre deux garagistes aux « risques et périls de l'acheteur » : « Dès lors qu'elle constatait qu'il s'agissait d'une vente entre professionnels de même spécialité et que cette vente sans garantie avait été conclue par l'acquéreur professionnel en pleine conscience des risques qu'il acceptait de prendre à sa charge, la cour d'appel a pu considérer que celui-ci n'était pas fondé à invoquer, nonobstant la clause litigieuse, la garantie du vendeur contre lequel aucune fraude n'était alléguée ».

15. Ph. MALINVAUD, « Pour ou contre la validité des clauses limitatives de la garantie des vices cachés », *JCP G* 1975.I.2690.

16. C'est, peut-être, une des raisons pour lesquelles le ministère de la Justice demeure hostile à toutes les clauses restrictives ou évasives de garantie, lorsque le vendeur est un fabricant ou un professionnel, même lorsque l'acquéreur est un professionnel de la même spécialité (Rép. min. just., *JO déb. AN*, 24 juin 1977, p. 4168).

17. Cass. com., 28 juin 1994, cité *supra*, n° 429.

18. Ex. : Cass. com., 2 mai 1990, *Bull. civ. IV*, n° 132 ; *D.* 1990, IR, 146 ; *JCP G* 1990.IV.246 : « Sauf stipulation contraire, les dispositions de cet article (art. 1648 ancien, qui prévoyait un "bref délai") ne s'appliquent pas à l'action tendant à faire sanctionner l'inexécution par le vendeur de marchandises d'une obligation contractuelle de garantie ».

l'expiration du délai soit présumée due à un vice de la chose. Elles peuvent aussi être une garantie de la marque, prévoyant que la réparation sera faite gratuitement par n'importe lequel des revendeurs du réseau de la marque, ce qui est une clause courante pour les ventes d'automobiles. Le plus souvent, ces clauses apparaissent dans les conditions générales de vente.

436. Droit de la consommation. – Le Code de la consommation reconnaît la validité des clauses extensives, sous le nom de « *garantie commerciale* » (art. L. 217-15, O. 17 févr. 2005) ; elles doivent être précises, indiquant l'objet de la garantie, sa durée et son territoire ; par défiance envers les fausses clauses extensives, en fait restrictives, le Code oblige le vendeur de stipuler qu'il reste tenu de la garantie légale de conformité et même de celle des vices cachés ; conformément à la méthode législative contemporaine, il devra reproduire intégralement plusieurs articles des deux codes.

Les « périodes d'immobilisation » causées par la réparation ne s'imputent pas sur la durée de garanties (art. L. 217-16).

SECTION III

CONDITIONS GÉNÉRALES DE VENTE

437. Produits standardisés. – Un auteur¹⁹ a montré que les clauses relatives à la garantie stipulées dans les conditions générales de vente des produits industriels standardisés (ex. : automobiles, appareils ménagers) n'avaient pas tellement pour objet de limiter ou d'élargir la garantie légale, mais établissaient un régime « *qui n'a que de lointains rapports avec la garantie des vices cachés telle qu'elle est étudiée dans les traités classiques de droit civil* »²⁰. S'inspirant de la directive communautaire du 25 mai 1999, la loi (C. consom., art. L. 217-15 à L. 217-17, O. 17 févr. 2005) les appelle « *garantie commerciale* ». Elles fixent un délai de garantie : tout vice qui apparaît pendant ce délai est à la charge du fabricant²¹, ce qui écarte la condition d'antériorité exigée par la garantie légale²². De même, les caractères des vices garantis sont indifférents²³ : il n'est pas nécessaire qu'ils soient rédhibitoires ; elle couvre aussi bien les défauts mineurs que les vices majeurs. Enfin et surtout, les effets de la garantie sont différents : la garantie légale sanctionne (résolution, diminution du prix, dommages-intérêts), alors que la garantie résultant des conditions générales de vente assure la réparation ; une sorte de « *service après-vente* ». Selon qu'elles sont au non favorables au consommateur, elles sont valables ou réputées non écrites (art. L. 241-5)²⁴.

438. Service après-vente. – Le concessionnaire (notamment d'automobiles) est souvent tenu d'assurer le service après-vente de tous les produits de la marque, même ceux qu'il n'a pas vendus ; il fait partie d'un « *réseau* » : on explique parfois cette atteinte à la relativité du contrat par une stipulation pour autrui : le concédant-fabricant est le stipulant ; le concessionnaire-distributeur est le promettant ; le client de la marque est le bénéficiaire. La réglementation

19. P. ANCEL, « La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière », *RTD com.* 1979, 203-229 ; P. MALINVERNI, *Les conditions générales de vente et les contrats types des chambres syndicales*, th. Paris II, LGDJ, 1978, préf. J. Hémard ; en droit comparé, D. BEN ABDERRAHMANE, *Le droit allemand des conditions générales des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes*, th. Paris II, LGDJ, 1985, préf. M. Pédamon.

20. *Loc. cit.*, n° 26.

21. P. ANCEL, *op. cit.*. Ex. : six mois, un an, etc.

22. *Supra*, n° 399.

23. *Supra*, n° 387.

24. *Supra*, n° 336.

protectrice des consommateurs a minutieusement fixé la « présentation » (*sic*) écrite de ces contrats, lorsqu'ils ont pour objet des appareils courants (ex. : machines à laver le linge ou la vaisselle, réfrigérateurs, cuisinières, etc.).

N^{os} 439-498. réservés.

■ TITRE III ■

OBLIGATIONS DE L'ACHETEUR

Les obligations de l'acheteur constituent la contrepartie de celles du vendeur. Elles sont plus simples et leur régime n'a guère évolué depuis le Code civil. L'obligation principale est de payer le prix (art. 1650 à 1656 ; Section I) ; une autre impose de prendre livraison de la chose et porte le nom de retraitement quand il s'agit de choses mobilières (art. 1657 ; Section II) ; parfois, la convention lui impose des obligations spéciales (Section III).

SECTION I

PAIEMENT DU PRIX

§ 1. MODALITÉS

Les modalités du paiement en fixent le moment (I), le lieu (II) et les modes de preuve (III) ; lorsque la vente a pour objet un immeuble hypothéqué, la pratique notariale a inventé un régime original (IV).

I. — Moment

En principe, le paiement se fait au comptant (A), sauf règle légale, usage ou convention contraire (B).

A. PAIEMENT COMPTANT

499. Simultanéité. – Lorsque le paiement est fait au comptant, l'acquéreur doit remettre les instruments du paiement au moment où il prend livraison de la chose (art. 1651). Il y a donc exécution simultanée des obligations du vendeur et de l'acheteur : si c'est l'acheteur qui demande la livraison de la chose, il doit offrir le prix ; si c'est le vendeur qui demande le paiement du prix, il doit offrir la livraison de la chose.

500. Consignation. – Le prix est parfois consigné, c'est-à-dire qu'au lieu d'être remis au vendeur, il est déposé dans une caisse publique. C'est une situation parfois prévue par la loi. Ainsi, en cas d'obstruction (art. 1345-1, ancien art. 1257, al. 1), dans la distribution par contribution (art. 2216) et dans l'ordre, ou dans la vente d'immeuble à construire, « *en cas de contestation sur la conformité avec les prévisions du contrat* » (CCH, art. R. 261-14)¹.

501. Exception d'inexécution. – L'acheteur peut refuser de payer tant que le vendeur n'exécute pas ses propres obligations, tout au moins si cette inexécution est d'une gravité suffisante, ce qui est l'effet de l'exception d'inexécution, commune à tous les contrats synallagmatiques². Elle est désormais consacrée par les nouveaux articles 1219 et 1220.

En outre, une règle particulière prévoit que l'acheteur peut suspendre le paiement du prix s'il « *est troublé ou a juste sujet de craindre d'être troublé par l'action, soit hypothécaire, soit en revendication [...] jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, si mieux n'aime celui-ci donner caution ou à moins qu'il n'ait été stipulé que, nonobstant le trouble, l'acheteur payera* » (art. 1653). Ce que l'on appelle la « *rétenion du prix* » par l'acheteur.

Ce n'est pas un vrai droit de rétenion, qui ne porte que sur des choses corporelles. La règle peut s'expliquer par une analogie avec deux institutions, la garantie d'éviction et l'exception d'inexécution, mais elle ne coïncide ni avec l'une ni même avec l'autre. D'une part, elle confère à l'acquéreur une protection plus étendue que ne donne la garantie d'éviction, qui suppose un trouble effectif, alors qu'ici une simple menace d'éviction suffit ; l'acheteur peut suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le trouble soit terminé : il échappe ainsi aux aléas du remboursement du prix s'il avait payé et que l'éviction se fût produite. D'autre part, le droit de l'acheteur ressemble à une exception d'inexécution : l'acquéreur refuse d'exécuter son obligation tant que le vendeur n'aura pas exécuté la sienne, mettre la chose en la jouissance et possession de l'acheteur (art. 1604). Si l'acheteur est menacé d'éviction, le vendeur n'a pas vraiment délivré la chose. À rapprocher du nouvel article 1220 précité, qui généralise « la juste crainte » à l'ensemble des contrats.

Chacune de ces explications est bonne lorsque l'acheteur est menacé par une revendication ou une action en justice susceptible de l'évincer³. Aucune ne l'est lorsque la menace est hypothécaire : sans doute, l'acheteur court le risque d'être tenu hypothécairement, mais, comme Pierre Voirin l'avait relevé⁴, la loi lui accorde alors le moyen de se défendre contre tout danger : soit la purge des hypothèques (art. 2479), soit le paiement avec subrogation (nouvel art. 1346, ancien art. 1251).

1. La consignation ne vaut alors paiement libératoire que si elle est accompagnée de réserves sur la conformité : Cass. civ. 3^e, 13 février 1985, *Bull. civ. III*, n° 35 ; *D.* 1985.581, n. H. Souleau ; *Defrénois* 1985, article 33596, n° 89, p. 1084, m. n. ; *Gaz. Pal.* 1985, Pan. 167, obs. Ph. Jestaz ; *RTD civ.* 1986.144, obs. Ph. Rémy : « *L'article 19 du D. du 22 décembre 1967, devenu l'article R. 261-14, CCH, n'autorise l'acquéreur à consigner le solde du prix exigible lors de la mise à sa disposition du local, qu'en cas de contestation sur la conformité de celui-ci avec les prévisions du contrat* ».

2. Ex. : l'acheteur peut refuser de payer le prix ; si le vendeur, ... ne délivre pas la marchandise : Cass. civ. 1^{re}, 19 novembre 1996, *Bull. civ. I*, n° 411 ; *JCP G* 1997.II.22862, n. J. Huet, ... exige le paiement sans que l'acheteur ait pu vérifier la marchandise : Cass. com., 21 octobre 1974, *Bull. civ. IV*, n° 261, ... ne fait pas les retouches promises aux vêtements vendus : Cass. civ. 1^{re}, 17 février 1976, *Bull. civ. I*, n° 74. L'acheteur n'est obligé de payer que si la malfaçon n'est pas grave : Cass. com., 16 juillet 1980, *Bull. civ. IV*, n° 297. C. MAŁECKI, *L'exception d'inexécution*, th. Paris I, LGDJ, 1999, préf. J. Ghestin, n° 421.

3. Cass. civ. 3^e, 18 janvier 1983, *Bull. civ. III*, n° 17 : « *La persistance des vendeurs dans leur action en résolution non fondée constituait pour l'acquéreur un juste motif de crainte d'être troublé* » ; en l'espèce, la vente résultait d'une saisie ; jugé que l'adjudicataire pouvait refuser de payer le prix tant que la validité de la saisie n'avait pas été définitivement jugée.

4. N. D., 1964, 33, sp. 34, *in fine*.

Néanmoins, la Cour de cassation décide depuis 1881⁵ que « le vendeur a, sauf convention contraire, l'obligation, lors de la délivrance, d'effectuer la radiation des inscriptions des privilèges ou hypothèques ayant grevé l'immeuble antérieurement »⁶. Des juges du fond ont résisté à cette interprétation, en relevant l'impasse dans laquelle elle mettait le vendeur lorsqu'il restait tenu de rembourser un prêt garanti par une hypothèque⁷ ; le vendeur ne peut, en général, payer ses créanciers hypothécaires qu'avec le prix que lui verse l'acheteur, d'un autre côté, l'acheteur refuse de payer tant que subsiste sur l'immeuble une inscription hypothécaire – on est au rouet ; on comprend la nécessité de faire intervenir le notaire dans l'opération⁸. Néanmoins, la Cour de cassation persiste⁹.

B. PAIEMENT DIFFÉRÉ, ANTICIPÉ OU FRACTIONNÉ

502. Conventions contraires. – Dans la pratique commerciale, il est courant que le prix soit différé et payable par fractions ; par exemple, un tiers lors de la commande, un tiers lors de la livraison, un tiers trois mois après.

Ces conventions sont variées, car, dans un régime de concurrence, le crédit est un élément de politique commerciale, variant d'un vendeur ou d'un acheteur à un autre. Par exemple, un acheteur qui est en relations suivies avec le vendeur bénéficie souvent d'un crédit plus favorable qu'un autre.

503. Vente à l'abonnement. – Dans la vente à abonnement, généralement précédée d'un contrat-cadre, le prix forfaitaire est souvent payé en plusieurs fois¹⁰. La facture adressée périodiquement à l'abonné, indiquant la quantité consommée et le prix facturé, bénéficie d'une présomption d'exactitude, qu'il appartient au client de renverser par la preuve contraire¹¹ ; le

5. Req., 21 juin 1881, *DP* 1881.I.468.

6. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 23 octobre 1963, *Bull. civ. I*, n° 452 ; *D.* 1964.33, n. P. Voirin ; *JCP G* 1964.II.13485.

7. La vente en chaîne est une pratique courante : elle représente près de la moitié des ventes d'appartements. Le schéma est le suivant : le vendeur avait acquis son appartement au moyen d'un prêt, garanti par un privilège ou une hypothèque ; sans qu'il ait remboursé le prêt, il aliène son appartement afin d'en acquérir un autre convenant mieux à ses besoins familiaux. Il a donc immédiatement besoin de l'argent provenant de la vente pour deux fins : payer ses créanciers, et acheter l'immeuble – ou tout au moins payer la partie exigible comptant, afin d'obtenir un nouveau prêt finançant le solde de l'acquisition.

8. Il existe une autre manière, plus courante, la reprise de prêt : l'acheteur prend à sa charge la partie du prêt fait au vendeur qui n'a pas été remboursée ; cette charge vient évidemment en déduction du prix.

9. Cass. civ. 3^e, 7 novembre 1978, *Bull. civ. III*, n° 337 ; *Defrénois* 1979, article 32093, n° 71, p. 1244, obs. J.-L. Aubert : « Si l'acheteur a un juste sujet de craindre d'être troublé par une action hypothécaire, il peut suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, à moins qu'il n'ait été stipulé que nonobstant le trouble l'acheteur paiera ». Par conséquent, tant que l'acheteur n'obtient pas mainlevée des sûretés grevant le bien, il peut ne pas payer, sauf convention contraire.

10. **1° Gaz** : Cass. civ. 1^{re}, 14 juin 1991, *Bull. civ. I*, n° 181 ; *RTD civ.* 1992.403, obs. P.-Y. Gautier ; en l'espèce, le compteur de gaz s'était bloqué ; le tribunal avait rejeté la demande forfaitaire de la cie du gaz, pourtant conforme aux conditions générales : « Il appartenait au gaz de Strasbourg de supporter les conséquences du défaut de fonctionnement de son compteur ». Cassation : « Quelles qu'aient pu être les obligations de la sté Gaz de Strasbourg en ce qui concerne l'entretien du compteur, l'abonné demeurait redevable du gaz par lui consommé, facturé conformément aux clauses contractuelles ». **2° Eau**. Cass. civ. 1^{re}, 23 janvier 1996, *Bull. civ. I*, n° 36 ; *D.* 1997.571, n. Ph. Soustelle ; en l'espèce, un office public d'HLM, n'avait jamais réglé ses factures d'eau ; la cour d'appel débouta la cie des eaux : « rien ne faisait obligation à l'Office de détecter l'absence de facturation » ; cassation : « l'Office ne pouvait ignorer être débiteur du coût de la consommation d'eau [...] ; tenu d'exécuter de bonne foi le contrat le liant au distributeur d'eau (il devait vérifier si cette facture lui était facturée par la CGE ».

11. **1° Eau** : Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1999, *Bull. civ. I*, n° 113 ; *D.* 2000.596, n. D. Ammar ; *JCP G* 2000.II.10 335, n. C. Ghica-Lemarchand ; *RTD civ.* 1999.642, obs. P.-Y. Gautier ; en l'espèce, un abonné prétendait que sa facture d'eau était démesurée : « il n'avait jamais eu de factures d'un montant aussi élevé » ; le tribunal lui donna raison : la charge de la preuve pesait sur le fournisseur ; cassation : « il incombait (à l'abonné) d'établir le fait ayant produit l'extinction de son obligation » ; **2° Téléphone** : Cass. civ. 1^{re}, 28 janvier 2003, *Bull. civ. I*, n° 26 ; *D.* 2003, IR, 533 ; *Contrats, conc. consom.*

créancier se constitue ainsi son propre titre. Au cas où l'abonné se montrerait de mauvaise foi, le prestataire pourra résilier unilatéralement le contrat¹².

II. — Lieu

504. Diversité. – Le lieu du paiement a pour intérêt principal de déterminer où le paiement est libératoire. Il permet aussi, dans les ventes internationales, de préciser la monnaie de paiement ; par exemple, s'il doit être fait en France, le vendeur peut exiger qu'il soit effectué en euros¹³.

Lorsque la vente est au comptant et qu'il n'existe pas de stipulations sur ce point, le paiement du prix doit être fait au lieu où doit être effectuée la délivrance (art. 1651), ce qui marque l'interdépendance entre les obligations du vendeur et de l'acheteur. La règle est dérogoratoire au droit commun.

Pour les autres ventes, la dette du prix est quérable, conformément à la règle générale, toujours avec l'exception qu'il n'y ait pas eu de clauses particulières sur ce point (art. 1342-6, ancien art. 1247) ; la chose doit donc être livrée au lieu où elle se trouvait, le prix être payé au domicile de l'acheteur.

La règle est contraire à la pratique commerciale, où un lieu unique détermine le rattachement des obligations découlant de la vente, généralement le domicile du vendeur. En outre, dans les ventes immobilières, l'usage est de remettre le prix au notaire, qui ne le transmet au vendeur qu'après règlement des créances hypothécaires.

505. Intérêts. – L'acheteur doit payer le prix convenu¹⁴. En outre, il doit des intérêts jusqu'au jour du paiement du capital dans des conditions (art. 1652) un peu différentes de celles du droit commun. Comme le prévoit l'article 1231-6 (ancien art. 1153), ils sont dus du jour de la sommation ; comme le prévoit l'article 1103 (ancien art. 1134), ils sont également dus si la convention l'a prévu. En outre, ils sont dus de plein droit si la chose vendue était frugifère¹⁵ et avait été livrée. Cette règle se fonde sur l'équité : il serait injuste qu'avant le paiement du capital, l'acheteur bénéficie à la fois des fruits de la chose et des intérêts du prix¹⁶.

2003, n° 88, n. L. Leveneur ; *Comm. com. élect.* 2003, n° 111, n. Ph. Stoffel-Munck : « France Télécom bénéficie d'une présomption résultant du relevé des communications téléphoniques ». Cette présomption suppose que le contrat d'abonnement ait été prouvé par écrit : *Cass. civ. 1^{re}*, 12 juillet 2005, *Bull. civ. I*, n° 328 ; *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. n° 2 ; *RDC* 2006.319, obs. Y.-M. Laithier : « en l'absence d'écrit constatant l'abonnement, le relevé informatique émanant de la sté France-Télécom ne pourrait constituer un commencement de preuve par écrit de la créance litigieuse, de sorte que, faute d'un tel commencement de preuve par écrit, la preuve par présomptions de l'existence comme du montant de cette créance ne pouvait être admise ».

12. *Cass. civ. 1^{re}*, 9 juillet 2002, *Bull. civ. I*, n° 187 : factures d'électricité, que l'usager refusa d'honorer sous un « prétexte spécieux ».

13. Ex. : Req., 17 février 1937, *DH* 1937.234 : « Tout paiement fait en France, quelle qu'en soit la cause, doit être effectué en monnaie française ».

14. Sur l'indexation, v. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

15. Pour qu'une chose soit frugifère, il suffit que lors de la vente, la chose vendue soit susceptible de l'être : Req., 19 juin 1928, *DH* 1929.144 ; en l'espèce, il s'agissait d'un immeuble susceptible d'être loué. Cette règle a été étendue aux dividendes résultant de titres de sociétés : Ex. : *Cass. com.*, 5 octobre 1999, *Bull. civ. IV*, n° 163 ; *D.* 2000, 552, note G. Morris-Becquet ; *JCP G* 2000.I.205, chron. Vian-dier et Caussain ; *Defrénois* 2000.40, n. Le Cannu ; *RTD com.* 2000.138, obs. M. Storck : les bénéficiaires « participent de la nature des fruits » (donc les intérêts courent de plein droit à compter du jour où le prix aurait dû être acquitté).

16. Aix, 26 octobre 1970, *D.* 1971.370 : l'article 1652 « n'a pas pour objet de sanctionner une faute de l'acquéreur ayant provoqué un retard de paiement du prix de la vente, mais procède d'une considération d'équité selon laquelle l'acquéreur ne peut à la fois conserver les fruits et revenus de la chose vendue et les intérêts du prix de vente ». En l'espèce, la chose vendue « était une propriété horticole et

III. — Modes de preuve

La preuve du paiement du prix est établie selon les règles générales de preuve permettant de démontrer qu'un paiement a été effectué. Le procédé classique, quand le paiement a été fait en espèces, est la quittance : à l'acheteur de la produire. Cependant, la preuve présente certains particularismes lorsqu'il s'agit d'une vente mobilière au comptant ou d'une vente immobilière.

506. 1° Vente mobilière au comptant. – Dans les ventes mobilières au comptant, la remise de la chose à l'acheteur vaut présomption de paiement du prix, sans qu'il soit nécessaire de le prouver avec une quittance : il n'est pas dans l'usage de ce genre de ventes que le vendeur délivre une quittance à l'acheteur. Cette présomption souffre la preuve contraire : il s'agit d'une présomption simple¹⁷. Mais il existe des arrêts qui refusent cette présomption, même simple¹⁸.

507. 2° Ventes immobilières ; actes authentiques. – À peu près toujours, la vente immobilière donne lieu à un acte notarié ; notamment, parce qu'elle ne peut être publiée à la publicité foncière que si elle a été, selon les termes du décret du 4 janvier 1955 (art. 4), « dressée en la forme authentique ». Le plus souvent, le paiement est fait comptant ; pourtant, l'acheteur n'a pas toujours les ressources suffisantes pour procéder à ce paiement, mais habituellement il ne fait pas appel au crédit du vendeur : il paye en empruntant à un tiers, notamment à une banque.

Si le paiement est fait comptant, l'acte notarié le relate dans une clause, dont la force probante dépend de la manière dont elle a été rédigée. Si l'acte notarié indique que le paiement a été fait « en la vue du notaire » ou « dans l'instant même » ou « ainsi qu'il résulte de la comptabilité du notaire », il a la forte force probante des actes authentiques, puisque c'est la constatation du notaire qu'il relate. Au contraire, si l'acte indique que le prix a été payé « hors la vue du notaire » et que le vendeur en donne quittance à l'acheteur, il n'a pas la force probante attachée aux actes authentiques, puisque le notaire n'a pas *ex propriis sensibus* constaté le paiement. Ce qui n'empêche pas, qu'il y ait présomption de paiement, qu'il appartiendra à celui qui le conteste de détruire par la preuve contraire¹⁹.

donc frugifère » ; jugé que l'acheteur devait les intérêts du prix à partir de la mise en possession de la chose jusqu'au paiement du capital ; le débat sur les responsabilités du retard était oiseux.

17. Cass. com., 17 novembre 1987, *Bull. civ. IV*, n° 243 : « Si la vente au comptant d'une marchandise sur un marché public peut constituer une présomption de fait du règlement de la transaction intervenue, une telle présomption est abandonnée aux lumières et à la prudence du magistrat ». La mise en jeu de cette présomption n'est pas clairement fixée. Selon un arrêt, elle n'existe que si elle a été « corroborée par l'ensemble des circonstances de la cause » : Cass. civ. 1^{re}, 7 février 1989, *Bull. civ. I*, n° 74 ; *RTD com.* 1989.713, obs. B. Bouloc (vente d'automobiles). Selon un autre, elle existe « sauf circonstances particulières » que le vendeur doit démontrer : Cass. civ. 1^{re}, 4 novembre 1970, *Bull. civ. I*, n° 297 (vente aux enchères publiques).

18. Cass. civ., 15 juillet 1942, *DC*, 1943.104 ; *RTD civ.* 1943.265, obs. J. Carbonnier : « Ni le transfert de propriété de la chose vendue, ni sa délivrance à l'acheteur ne forment, au profit de celui-ci, présomption légale de libération du prix [...] ; il est donc admissible que (le vendeur) ait délivré la marchandise dans la croyance qu'il aurait été payé quelques instants après ». En l'espèce, il s'agissait d'une vente de haricots, au marché : le vendeur avait remis la marchandise à l'acheteur et demandé à être payé ; les juges ont donné tort à l'acheteur qui soutenait que du moment qu'il avait reçu la marchandise, il avait payé, puisque la vente était au comptant. Cf. aussi : Cass. civ. 1^{re}, 21 mars 1960, *Bull. civ. I*, n° 168 ; *Gaz. Pal.* 1960.II.76 : la remise des bestiaux vendus à l'acheteur ne vaut pas, même dans une vente au comptant, présomption de paiement du prix ; comp. J. Carbonnier, obs. préc.

19. Jurisprudence souvent réitérée ; ex. : Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 1998, *Bull. civ. I*, n° 195 ; *Defrénois* 1999.99, n. S. Piédelièvre : « Il appartenait (au promettant) d'établir que la quittance donnée dans la promesse n'avait pas la valeur libératoire qu'impliquait son libellé ». V. égal. P.Y. GAUTIER, obs. *RTD civ.* 2009.339.

IV. — Immeuble grevé d'hypothèques

508. Intérêts en cause. – Lorsqu'un immeuble grevé d'hypothèques est vendu à l'amiable, la pratique notariale s'efforce de concilier les trois intérêts en cause : **1°** ceux des créanciers hypothécaires, qui doivent être payés de leur créance par préférence à tout autre ; **2°** ceux du vendeur, qui veut obtenir rapidement la perception du prix, ou tout au moins son reliquat sur les créances hypothécaires ; **3°** ceux de l'acheteur, qui veut à la fois obtenir la quittance du prix qu'il a payé et ne pas être exposé à payer deux fois : une fois le vendeur, une autre fois les créanciers hypothécaires.

Parfois, l'acheteur se contente de ne pas remettre le prix au vendeur, mais au notaire, qui l'utilise afin de désintéresser les créanciers inscrits. Pendant longtemps, on a estimé inefficace la précaution, car lorsque le prix était entre les mains du notaire, il tombait dans le patrimoine du vendeur ; le notaire l'avait en effet reçu en qualité de mandataire du vendeur. Or les inscriptions hypothécaires grevant l'immeuble ne se reportent pas sur le prix payé amiablement. Au moyen d'une saisie-attribution, le prix peut donc être saisi par des créanciers chirographaires du vendeur, sans que les créanciers hypothécaires puissent exercer leur droit de préférence. Leur créance n'étant pas payée et leur hypothèque n'étant pas éteinte, ils pourraient agir contre l'acquéreur qui serait ainsi obligé de payer deux fois, une fois le prix, une autre fois les créances hypothécaires (art. 2477).

509. Nantissement-sequestre. – La pratique notariale a amélioré le procédé. L'acquéreur remet, contre quittance, le prix au notaire, qui le détient pour le compte du vendeur, lequel donne immédiatement ce prix en gage à l'acheteur, en garantie du droit qu'a ce dernier d'obtenir la radiation des hypothèques de l'immeuble qu'il a acheté. Ce gage est détenu par un tiers convenu, le notaire : c'est un gage par entiercement. Le notaire est aussi mandataire de l'acheteur, qui le charge de payer les créanciers inscrits. De sorte que si un créancier chirographaire du vendeur saisit le prix qui est entre les mains du notaire, celui-ci lui opposera le nantissement conféré à l'acquéreur. Le notaire remettra le prix en priorité aux créanciers hypothécaires, le solde aux créanciers chirographaires saisissants, et le reliquat au vendeur.

Le procédé est ingénieux. Il encourt cependant la critique. Ce genre de clause est inintelligible pour les profanes : il n'est pas bon de leur faire signer des actes qu'ils ne comprennent pas. La clause signifie que la remise du prix au notaire a trois conséquences : **1°** du fait de la quittance du vendeur, elle a pour effet de démontrer que l'acheteur a payé le prix qui, bien que détenu par le notaire, est tombé dans le patrimoine du vendeur ; **2°** du fait de la clause de nantissement, la remise du prix signifie qu'au même instant le prix revient provisoirement dans le patrimoine de l'acheteur, bien que détenu par le notaire ; **3°** du fait du mandat donné par l'acquéreur au notaire, le notaire doit payer les créanciers hypothécaires. Ce va-et-vient du prix entre plusieurs patrimoines est singulier.

510. Simplification ? – De deux arrêts de la Cour de cassation²⁰, il résulte que du seul fait qu'il est détenteur du prix, le notaire doit payer les créanciers hypothécaires sans avoir à tenir compte des oppositions faites par les créanciers chirographaires. Par conséquent, lorsqu'il est remis au notaire, le prix est affecté par préférence aux créanciers hypothécaires, et la formule compliquée de la clause stipulant le nantissement du prix est devenue inutile²¹.

20. Cass. civ. 3^e, 17 janvier 1978, *Bull. civ.* III, n° 38 ; D. 1978.605, n. H. Souleau ; *Defrénois* 1978, article 31763 : « Le syndic de copropriété n'ayant pas fait inscrire l'hypothèque légale instituée par l'article 19 de la loi (du 10 juill. 1965) se trouve, bien qu'ayant fait opposition, primé par les créanciers hypothécaires régulièrement inscrits ».

21. *Droit des sûretés*, coll. Droit civil.

§ 2. GARANTIES DU VENDEUR NON PAYÉ

511. Récapitulation. – Pour déterminer les garanties du vendeur, il suffit de récapituler ses garanties de paiement. Lorsque la vente est au comptant, il jouit d'une exception d'inexécution : il a le droit de refuser la délivrance tant qu'il n'a pas été payé²². Lorsque le prix est payable à terme, il bénéficie des sûretés légales que peuvent compléter des sûretés conventionnelles, par exemple une réserve de propriété²³.

Il peut aussi, à son choix, exercer soit une action en exécution afin de contraindre l'acheteur à payer le prix, soit une action en résolution (art. 1654). La résolution doit être judiciaire, sauf si une clause résolutoire avait été stipulée – que l'on appelle souvent, en souvenir de Rome, un pacte commissoire – ou s'il y a urgence. L'article 1655 lui permet d'obtenir la résolution, dès qu'il y a « danger » pour lui, sous réserve d'un délai de grâce à l'acheteur²⁴. En cas de vente publique, le cédant peut invoquer l'article 1654 pour non-paiement du prix et faire revendre le bien sur folle enchère²⁵. Lorsqu'une clause résolutoire a été stipulée²⁶, le vendeur est libre de ne pas s'en prévaloir pour exiger l'exécution du contrat, c'est-à-dire le paiement du prix²⁷ ; si son action ne réussit pas, il pourra invoquer la clause résolutoire. L'inverse n'est pas vrai ; s'il se prévaut d'abord de la clause résolutoire, il ne peut plus ultérieurement demander l'exécution ; car la résolution est automatiquement consommée du moment qu'il a invoqué une résolution de plein droit.

Si rigoureuse qu'elle soit, la clause résolutoire doit, conformément au droit commun, être invoquée de bonne foi²⁸.

La jurisprudence a assoupli le régime de la résolution, qui n'est plus nécessairement judiciaire, même en l'absence de clause résolutoire ; ainsi le vendeur non payé qui n'a pas encore livré la marchandise peut, s'il y a urgence, par exemple lorsque la marchandise risque de déperir, ou en cas de comportement grave de l'acheteur, résoudre unilatéralement le contrat²⁹ en faisant vendre aux enchères publiques la marchandise³⁰ ; cette faculté ressemble à la résolution que la loi a prévue pour le défaut de retraitement³¹. Les nouveaux articles 1224 et suivants devraient faire reculer la résolution judiciaire, à l'avantage des modes unilatéraux.

22. *Supra*, n° 318.

23. *Droit des sûretés*, coll. Droit civil.

24. F. PARISSO, « Observations sur la résolution de la vente d'immeubles d'après l'art. 1655 C. civ. (anticipation de l'inexécution) », *RTD civ.* 2011.67.

25. Cass. civ. 2^e, 19 mai 1998, *Bull. civ.* II, n° 153.

26. L'interprétation de la clause est la même que lorsqu'elle a pour objet l'inexécution de l'obligation de délivrance : *supra*, n° 325.

27. * Cass. com., 27 octobre 1953, *Brajbort*, *D.* 1954.201 ; *RTD. civ.*, 1954.320, obs. J. Carbone : « Le créancier à qui son titre donne tout à la fois une action en exécution et l'action résolutoire, n'est pas présumé avoir renoncé à celle-ci parce qu'il exerce la première ». *V. Droit des obligations*, coll. Droit civil.

28. Ex. : Cass. civ. 3^e, 8 avril 1987, *Bull. civ.* III, n° 88 ; *Defrénois* 1988, article 34202, n° 15, p. 375, obs. J.-L. Aubert ; *RTD. civ.*, 1988.147, obs. Ph. Rémy. En l'espèce, il s'agissait d'une vente moyennant rente viagère comportant une clause résolutoire pour défaut de paiement de la rente ; le créancier s'était abstenu d'en réclamer pendant dix ans le paiement en raison de l'affection qu'il portait aux débirentiers, ce qui avait fait naître chez ceux-ci « la conviction que la rente ne leur serait jamais réclamée [...] ; le brusque changement de comportement de Mme Thomas (le créancier), seulement dû à des dissensions dans le ménage de la fille de Mme Renouvier (un des débirentiers), avait constitué une situation imprévisible pour les débirentiers, empêchés de se mettre en règle dans le délai prévu ».

29. *Supra*, n° 324.

30. Colmar, 7 février 1975, *D.* 1978.169, n. Ortscheid.

31. Sur les restitutions, v. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

SECTION II

RETIREMENT

512. Résolution judiciaire et unilatérale. – L'acheteur doit prendre livraison de la chose ; il ne peut s'y refuser si la chose est conforme au contrat. Ce qui présente un intérêt particulier en matière mobilière où cette obligation porte le nom de retraitement.

La loi prévoit une sanction rigoureuse pour l'inexécution du retraitement, afin de permettre au vendeur de libérer rapidement ses magasins. Selon le droit commun, le contractant, victime d'une inexécution, a le choix entre l'exécution forcée et la résolution judiciaire. En cas de défaut de retraitement, la résolution, sanctionnant l'inexécution d'une obligation essentielle de l'acheteur présente un caractère particulier ; elle n'est pas judiciaire et il n'est pas même nécessaire qu'elle soit précédée d'une mise en demeure de l'acheteur : elle a lieu de plein droit et sans sommation, après l'expiration du terme convenu (art. 1657), et permet au vendeur de revendre à un tiers la marchandise qui n'a pas été retirée à l'échéance³².

Le vendeur ne peut invoquer le défaut de retraitement que s'il a, lui-même, exécuté ses obligations³³.

SECTION III

OBLIGATIONS SPÉCIALES

513. Restrictions aux droits de l'acheteur. – Dans les ventes commerciales, sont souvent prévues des obligations restreignant par la convention les droits de l'acheteur sur la chose, ce que l'on a appelé les « obligations spéciales » de l'acheteur³⁴. Pratiquées dans le commerce moderne, elles permettent à un fabricant d'exercer un contrôle sur son acheteur et surtout, dans la distribution des marchandises, de rationaliser et d'organiser le marché. Elles ne sont pas raisonnables quand elles altèrent trop profondément la liberté de l'acheteur.

Par exemple, un fabricant peut limiter la liberté de revendre de l'acheteur-revendeur. Ces clauses sont valables, sauf si elles portent atteinte à la liberté de la concurrence³⁵ et prévoient que l'acheteur ne pourra retirer de la chose son usage

32. Ex. : Nancy, 10 juin 2009, *Dr. rur.* 2010, n° 36, n.C. Lebel, au sujet d'une vente sur pied ; * Cass. com., 21 avril 1950, *Banque de l'Union Syndicale*, S. 1951.I.47 ; *RTD. civ.*, 1951.262, obs. J. Carbonnier : cession d'actions qui devaient être payées et retirées avant une échéance que le cessionnaire n'a pas respectée ; jugé que le cédant pouvait déclarer que la vente était résiliée (la valeur des actions avait considérablement monté).

33. Cass. civ. 1^{re}, 25 mai 1992, *Bull. civ. I*, n° 166 ; *RTD. civ.*, 1993.376, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD. com.* 1993.156, obs. Bouloc : « Vu l'article 1657 ; la résolution de la vente au profit du vendeur en cas de défaut de retraitement ne peut lui être reconnue que s'il a préalablement délivré l'objet vendu dans les conditions prévues au contrat [...] ; la révélation d'un défaut de la chose vendue, couvert par la garantie des vices cachés, autorise l'acheteur à refuser la délivrance ». En l'espèce, au moment de retirer l'automobile qu'il avait achetée, l'acheteur constata des vices et exigea des réparations ; le vendeur obtint de la cour d'appel la résolution de la vente pour défaut de retraitement. Cassation.

34. P. COULOMBEL, *in La vente commerciale de marchandises*, ouvr. collect., dir. J. Hamel, Dalloz, 1951, p. 289-338 ; M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux*, FEC, 1989, « Les obligations survivant au contrat », p. 323, qui envisage le sort des stocks et des documents et une obligation de « confidentialité ».

35. *Infra*, n° 833.

essentiel³⁶ : une clause délimitant une obligation contractuelle n'est en effet valable que si elle n'écarte pas une obligation essentielle du contrat qui, autrement, manquerait de cause³⁷.

Il est licite de limiter certains des droits que la propriété confère à l'acheteur ; par exemple, restreindre un ou plusieurs de ses usages³⁸, ou même limiter partiellement son aliénabilité – ainsi, stipuler une interdiction d'exporter³⁹ ou même une inaliénabilité complète, si elle est limitée dans le temps et dans l'espace et justifiée par un intérêt sérieux⁴⁰. Mais il n'est pas licite de lui retirer ses droits essentiels, en prévoyant par exemple que toute espèce d'utilisation de la chose achetée sera soumise à l'autorisation du vendeur ; le contrat ne présenterait aucun intérêt pour l'acheteur, qui n'aurait acheté que du vent – son obligation manquerait de cause. Au contraire, si les droits de l'acheteur avaient été subordonnés au paiement d'une redevance périodique en cas d'usage successif de la chose, la clause serait licite, car elle serait un aménagement du prix ; en outre, l'acheteur aurait conservé un intérêt (« une cause ») dans la vente, puisqu'il aurait acquis le principe du droit, une sorte de nue-propriété.

Les stipulations restreignant la liberté de prix de revente sont interdites, sauf dérogation ministérielle.

N^{os} 514-519. réservés.

36. 1^{er} ex. : Cass. civ. 3^e, 18 mars 1987, *Bull. civ.* III, n^o 59. Jugé qu'est nulle la clause de l'acte de vente d'un terrain à bâtir interdisant à l'acquéreur l'exercice d'un type de commerce (vente de produits pétroliers pour automobile) sans limite de temps. 2^e ex. : en l'espèce, un fabricant avait vendu des disques à une société de radio, subordonnant chaque diffusion radiophonique à son autorisation. Les juges du fond ont décidé que la clause était nulle : * Paris, 2 mars 1979, *syndicat national de l'édition phonographique et audiovisuelle*, *JCP G* 1980.II.19351, n. Plaisant : « L'acquéreur de biens mobiliers, et a fortiori, celui d'objets de série, acquiert sur ces objets tous les droits du propriétaire ; rien ne peut autoriser un producteur de disques, pas plus que tout autre vendeur, à limiter unilatéralement ses droits ». L'arrêt a été cassé pour un autre motif par Cass. civ. 1^{er}, 5 novembre 1980, *Bull. civ.* I, n^o 285 ; *JCP G* 1982.II.19827.

37. *Droit des obligations*, coll. *Droit civil*.

38. Ex. : l'utilisation d'une automobile, *supra*, n^o 433. Ou d'une œuvre de l'esprit.

39. H. LALOU, « Les prohibitions conventionnelles d'exportation », *DH* 1929, chron. 79 ; Ph. KAHN, *La vente internationale de marchandises*, th. Dijon, Sirey, 1961, préf. B. Goldman, p. 214-218. Ex. : « L'acheteur s'engage à n'utiliser et à ne revendre le produit que dans le pays pour lequel il a été vendu. » Généralement, une clause prévoit, pour le cas où elle n'est pas respectée, une amende, non la résolution de la vente.

40. *Supra*, n^o 176.

■ DEUXIÈME PARTIE ■

CONTRATS DE SERVICES

Toutes sortes de conventions, autres que la vente, ont pour objet, non de transférer un droit réel au cocontractant, mais de lui procurer un service¹. Ainsi en est-il du mandat (Livre I), des louages (Livre II), de divers contrats d'échanges économiques (Livre III), des contrats de restitution (Livre IV), des contrats aléatoires (Livre V) et des contrats relatifs au litige (Livre VI).

1. L'ordonnance du 10 février 2016 consacre la catégorie des « contrats de prestation de service » à l'article 1165, sans définir ceux-ci. Le rapport au président de la République donne les contrats d'entreprise en exemple ; à cette catégorie est attachée la fixation du prix après exécution, à défaut d'accord avant exécution. La loi donne au créancier le pouvoir de fixer le prix, sous contrôle judiciaire de l'abus.

■ LIVRE I ■

MANDAT

PREMIÈRES VUES SUR LE MANDAT

520. Contrat de confiance. – Avec la vente, le mandat¹ est à l'origine de tous les contrats ; l'une permet la transmission des richesses, l'autre développe l'activité juridique. Grâce à lui, une personne peut faire des actes juridiques sans être effectivement présente, car elle est représentée², ce qui confère de multiples avantages : le mandat assure à la personne une sorte d'ubiquité, car, par ses mandataires, elle peut être présente au même moment en plusieurs endroits.

Il permet aussi l'accomplissement d'actes à toutes les personnes qui ne peuvent les faire par elles-mêmes, parce qu'elles en sont inaptes, soit juridiquement – les personnes protégées –, soit matériellement – les personnes morales –, qui, les unes et les autres, agissent par l'intermédiaire d'administrateurs, c'est-à-dire de mandataires –, soit intellectuellement – les personnes profanes qui font traiter une affaire complexe par un professionnel. Ces avantages ne sont pas sans dangers. La présence d'une personne à la conclusion d'un acte garantit, dans une certaine mesure, la plénitude de sa volonté ; en outre, la représentation, notamment le mandat, soumet le mandant au pouvoir du mandataire et peut avoir pour conséquence qu'une personne soit tenue par l'acte de son représentant sans l'avoir vraiment voulu. C'est pourquoi le mandat est un contrat de confiance³.

SECTION I DIVERSITÉ ET COMPLEXITÉ

521. « Agents » = intermédiaires indépendants. – Le mandat permet les activités les plus variées : de l'accomplissement d'un acte isolé à la gestion d'un patrimoine et jusqu'à l'exercice de certaines professions libérales : ainsi, la représentation en justice par un avocat (sa forme la plus ancienne) ; ou bien, dans la vie

1. **Biblio.** : C. GIVERDON, *L'évolution du contrat de mandat*, th. Paris, 1947 ; **Étymologie** de mandat : du verbe latin *mando, are*, lui-même dérivé de *manum dare* = mettre en main, confier. Le mot *main* est symbole de force et d'autorité.

2. **Étymologie** de représentation : du verbe latin *repraesento, are* = rendre présent lui-même dérivé de *praesens, tis* = présent opposé à *absens* = absent.

3. P.-Y. GAUTIER, « Un contrat spécial à proximité des autres », in *Le mandat, un contrat en crise ?*, dir. N. Dissaux, *Economica*, 2011, p. 95 s.

commerciale, l'activité d'un certain nombre d'« agents »⁴, un des intermédiaires indépendants de notre droit⁵. Beaucoup de professions utilisent aujourd'hui le mandat ; inversement, l'emploi du mandat est de plus en plus lié à une activité professionnelle. Le droit contemporain a cependant créé quelques hypothèses de mandat d'amitié, qui était la règle en droit romain ; par exemple, la « personne de confiance » en matière médicale (C. santé publ., art. L. 1111-6⁶) ou, à un moindre degré, le mandat de protection future (art. 477 et s., L. 5 mars 2007) dans le droit des incapacités⁷.

L'agent d'affaires est le titre générique de l'activité professionnelle, souvent en qualité de mandataire, ayant pour objet de s'occuper des affaires des autres. Lorsqu'une activité est professionnelle, elle est généralement réglementée, afin de protéger les clients et les praticiens eux-mêmes. Ainsi, l'agent immobilier est-il un agent d'affaires, généralement un courtier ; il est un mandataire lorsqu'il achète ou vend un immeuble ou un fonds de commerce pour le compte et au nom d'autrui, ce qu'il fait rarement⁸ ; il se distingue du marchand de biens, qui n'est pas un mandataire et achète (il se « titre », dit le jargon notarial) en vue de revendre. De même, l'agent commercial traite une affaire pour une entreprise⁹ ; l'intermédiaire de Bourse négocie une valeur en Bourse pour le compte de son client ; l'agent de voyages est mandataire lorsqu'il conclut un contrat de transport ou d'hôtellerie pour le compte d'un touriste, ou encore, l'agent artistique, l'agent sportif¹⁰.

Le mandat implique l'accomplissement d'un acte juridique ; en général, l'agent n'est pas exclusivement mandataire, puisqu'il se charge souvent de l'accomplissement d'actes matériels. L'agent d'affaires est un mandataire s'il fait des actes juridiques pour le compte d'autrui ; au contraire, il exécute un contrat d'entreprise s'il fait des actes matériels ; par exemple, s'il se borne à rédiger un acte. De même, l'agence de voyages, lorsqu'elle organise le voyage, n'est pas un mandataire mais un entrepreneur¹¹. L'agent de publicité, lorsqu'il ne fait pas uniquement des ventes ou des contrats pour le compte de son client, n'est pas davantage un mandataire¹². Le régisseur publicitaire (placement d'annonces auprès des supports) l'est en revanche. Il en est de même de l'agent immobilier lorsqu'il fait visiter l'immeuble, publie des offres puis rédige une promesse de vente, ce qui constitue, et de beaucoup, son activité principale : il est alors un courtier, non un mandataire. L'agent artistique (impresario) remplit les deux rôles¹³.

4. Dans la *Common Law*, ce qui correspond à peu près au mandat est « l'agency » : *infra*, n° 530. De même, Rome connaissait les *agentes in rebus* (fonctionnaires impériaux du I^{er} siècle). **Étymologie** d'agent : du verbe latin *ago, ere* = agir, pousser en avant.

5. **Biblio.** : N. DISSAUX, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, LGDJ, 2007, préf. Chr. Jamin ; *Le mandat, un contrat en crise ?*, dir. N. Dissaux, Economica, 2011.

6. Choisie par un majeur pour prendre les décisions médicales sur sa fin de vie quand il devient « hors d'état d'exprimer sa volonté ».

7. Une personne désigne un mandataire qui gèrera ses affaires quand un médecin aura constaté l'altération de ses facultés. V. Ph. MALAURIE, « Le mandat en droit des personnes », in *Le mandat, un contrat en crise ?*, préc., p. 115 s.

8. Sur la durée du contrat, *infra*, n° 551 ; sur sa forme, *infra*, n° 563. Afin de protéger le consommateur pour lui assurer le concours d'un professionnel solvable et compétent, la loi *Hoguet* du 2 janvier 1970 subordonne cette activité à l'obtention d'une carte professionnelle.

9. Sur la forme du contrat, *infra*, n° 563 ; sur sa révocation, *infra*, n° 557.

10. J.F. CALMETTE et R. BOUNIOL, *JCP G* 2013, n° 455.

11. Sur sa responsabilité, *infra*, n° 714. Afin de protéger le consommateur, le Code du tourisme subordonne l'activité d'agence de voyages à une licence, délivrée par l'administration.

12. L'agent de publicité assure en tout ou en partie, pour le compte de ses clients, la conception, la réalisation, l'exécution et la diffusion de la publicité. Il est douteux qu'il soit un agent commercial, ce qui est important afin de déterminer le régime de sa révocation. Mais l'intermédiaire pour l'achat d'espace publicitaire est considéré comme un mandataire de l'annonceur ; son activité est réglementée (L. 29 janvier 1993, art. 20-27) ; J.-J. BIOLAY, « Transparence et publicité », *JCP E*, 1993.I.249.

13. Sur le mandat en droit d'auteur, P.-Y. GAUTIER, in *Mélanges A. Françon*, Dalloz, 1995, p. 223 et s. ; et *infra*, n° 540.

Plus nettement que nous, certains droits étrangers distinguent les agents commerciaux qui ont un pouvoir de représentation de ceux qui ne l'ont pas : par exemple, le droit italien (*agente con rappresentanza*, titulaire de la *procura*, et *agente senza rappresentanza*).

Dans l'exercice d'une profession libérale, le rapport entre le mandat et le contrat d'entreprise est encore plus variable. Ainsi, l'avocat qui donne une consultation ou un conseil à autrui ou plaide pour lui n'est pas un mandataire, car une consultation, un conseil ou une plaidoirie ne sont pas des actes juridiques, mais des prestations ; il n'est un mandataire que dans la mesure où il représente son client : il fait alors des actes juridiques pour le compte et au nom de son client. En d'autres termes, son contrat est souvent mixte : à la fois, mandat et entreprise.

Le mandataire est un intermédiaire ayant le pouvoir d'agir pour autrui ; il établit des relations juridiques entre le mandant et le tiers avec lequel il a matériellement conclu un contrat. Tout mandataire est un intermédiaire ; la réciproque n'est pas vraie ; tout intermédiaire n'est pas nécessairement un mandataire. Le courtier¹⁴ est un intermédiaire : il met des personnes en rapport avec d'autres, mais n'est pas un mandataire, car il n'a pas le pouvoir d'agir pour le compte et au nom d'autrui. Le commissionnaire n'est pas non plus un mandataire ordinaire bien qu'il soit un représentant, car il n'agit pas au nom d'autrui¹⁵.

522. Contrats complexes et obligations accessoires. – Comme il est constant dans les contrats spéciaux, le mandat se combine souvent avec d'autres contrats, ou fait naître des obligations accessoires qui ne découlent pas de sa nature. Ainsi, le crédit-bail mélange la vente, le bail et le mandat¹⁶. Le contrat ayant pour objet la régie générale d'une propriété mélange le contrat de travail et le mandat. Le contrat de généalogiste a été qualifié de contrat *sui generis*¹⁷.

On se demande si le contrat de management (*management agreement*) constitue un mandat : il confère à une société spécialisée dans la gestion (*general manager*), le pouvoir de diriger et de contrôler l'exploitation d'un établissement (par exemple, un hôtel) : elle embauche, fixe les tarifs, tient la comptabilité, conclut les baux, etc. ; elle se rémunère par un pourcentage sur les bénéfices, sans avoir à supporter les pertes. On a douté que ce contrat fût compatible avec l'organisation des pouvoirs dans la société anonyme¹⁸.

523. Conduit-pipe et nuntius. – L'idée profonde du mandat est que la personnalité juridique du mandataire s'efface derrière celle du mandant, parce que le mandataire agit au nom et pour le compte du mandant : en quoi il est une représentation. Mais dans la réalité psychologique, la personnalité du mandataire n'est ni ne doit être absorbée par celle du mandant : le mandataire n'est pas le pur instrument du mandant, ni ce que les Anglais appellent un *conduit-pipe*, le canal, le *pipe-line* par lequel se déverse la volonté du mandant, ni ce que les Romains appelaient le *nuntius*, le messager, le porte-plume ou le porte-parole, qui n'ont aucune volonté distincte de celui pour lequel ils agissent. Le mandataire est, au contraire, l'auteur des actes qu'il conclut pour le compte et au nom du mandant, dont il n'est pas le préposé¹⁹.

Car il existe dans le mandat deux volontés, celle du mandant qui demande à quelqu'un de le représenter, et celle du mandataire qui accepte de le représenter avec une tête pensante et une volonté ayant son indépendance. De là viennent la plupart des difficultés que connaît le

14. *Infra*, n° 539.

15. *Infra*, n° 538.

16. *Infra*, n° 814.

17. *Les successions*, coll. Droit civil ; *supra*, n° 3.

18. Ph. MERLE, « Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la société anonyme », *D.* 1975, chron., 245-248.

19. *Droit civil illustré*, n° 149.

mandat, car peuvent se révéler une absence de concordance, des divergences, voire des antagonismes entre les volontés du mandant et du mandataire.

Deux têtes pensantes, mais inégalement car, dans la pureté des principes, le mandat est conclu dans l'intérêt exclusif du mandant, pour le compte duquel le mandataire agit. Ce n'est pas toujours vrai. Ainsi, les Romains avaient utilisé la technique du mandat afin de parvenir à la cession de créance que leur conception primitive de l'obligation ne permettait pas²⁰ ; ils avaient inventé la *procuratio in rem suam* faite dans l'intérêt exclusif du mandataire ; celui-ci était chargé de recouvrer une créance appartenant au mandant et la conservait sans avoir de comptes à rendre. De même, la pratique commerciale contemporaine a inventé le mandat d'intérêt commun conférant aux mandataires plus de pouvoirs et de stabilité qu'ils n'en ont habituellement, et comme son nom l'indique, dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire.

SECTION II

APERÇUS HISTORIQUES ET COMPARATIFS

Il a toujours été difficile d'expliquer la représentation (§ 1) ; les réponses présentent des modalités qui varient selon les pays (§ 2).

§ 1. HISTORIQUE

524. Représentation et profession. – Longtemps, le droit français a lié le mandat à la représentation. Le lien aujourd'hui s'estompe ; le mandat est de plus en plus lié à l'action pour autrui, pas nécessairement en une représentation. Une autre ligne d'évolution apparaît, la professionnalisation du contrat. Comme souvent en droit civil, la césure se trouve dans la codification napoléonienne.

525. Avant le Code civil. – Trois systèmes de droit ont marqué les étapes de l'évolution : le droit romain, le droit canon et l'Ancien droit²¹.

1° Le **droit romain** avait éprouvé de grandes difficultés à admettre la représentation volontaire d'une personne privée par une autre, surtout lorsqu'elle n'était pas en sa puissance. Pour deux raisons. D'une part, le formalisme juridique interdisait la représentation : seule la personne qui accomplissait les gestes et prononçait les paroles rituelles était liée ; il lui fallait donc être présente. D'autre part et surtout, l'obligation avait, en droit romain, un caractère personnel accusé et entraînait la soumission du débiteur à son créancier : Rome hésitait à admettre qu'un débiteur pût être une autre personne que celle avec laquelle le créancier avait corporellement traité.

Sous la pression de la pratique et du commerce, le mandat s'est développé.

Afin d'y parvenir, des procédés indirects ont été utilisés : le *nuntius*, qui rapporte fidèlement, sans rien y ajouter, la volonté du représenté. Ou bien encore, le préposé du maître qui a plus d'indépendance que le *nuntius*, mais est un *alieni juris*. Ou bien encore, le *jussum* : le mandant signifie au tiers sa volonté d'assumer les conséquences de l'engagement pris par le mandataire. Le plus difficile fut l'hypothèse où le mandataire était une *persona extranea* (un tiers) ; on a finalement abouti à une représentation imparfaite, où le mandataire était obligé envers le tiers, et le mandant était engagé envers le mandataire, soit que le mandataire eût un recours contre le mandant, soit même que le tiers pût agir directement contre le mandant. Rome n'a pas connu la représentation parfaite, où seul le représenté est tenu des actes conclus par le représentant. La représentation n'a jamais produit à Rome la plénitude de ses effets.

20. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

21. J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^e éd., 2010, n^{os} 602-606. L. PFISTER, « Jalons pour une histoire de la qualification du mandat », in *Le mandat, un contrat en crise ?*, préc., p. 1 s.

2° À partir du ^{xii}e siècle, le **droit canon** a assoupli les mécanismes du mandat qu'il a étendu. Afin d'assurer l'autorité pontificale dans l'Église universelle, ont été créés les légats pontificaux mandataires du Pape, le rendant symboliquement omniprésent. Surtout, le droit canon porta un coup décisif au formalisme des contrats (condamnation des *vestimenta*), ce qui permit le développement du consensualisme en droit civil, et en conséquence, l'extension du mandat.

3° Dans l'**Ancien droit**, au fur et à mesure qu'a été admis le consensualisme, a disparu l'obstacle que le formalisme opposait à la représentation. La reconnaissance de la représentation volontaire s'est faite lentement, surtout au profit des communautés et des incapables. Au début, la technique du *nuntius* fut reprise, sans être bien distinguée de celle du mandat. À la fin du ^{xvi}e siècle, où le consensualisme progressa, la représentation volontaire fut plus clairement comprise ; le mandant put laisser au mandataire un pouvoir d'initiative et pourtant le mandataire ne fut pas personnellement tenu lorsqu'il avait révélé sa qualité, sans dépasser les bornes de son mandat. En outre, à la fin du Moyen Âge, l'essor économique développa la représentation chez les marchands, avec l'institution du contrat de commission, où l'on distingua selon que le commissionnaire s'était engagé au nom et pour le compte du commettant, ou en son nom propre.

Ce double mouvement a été accueilli par deux codifications napoléoniennes, le Code civil et le Code de commerce.

526. Codification napoléonienne et époque contemporaine. – Le **Code civil** reconnaissait implicitement l'existence d'un principe général de représentation dans l'ancien article 1119, si on en fait une interprétation *a contrario* : on peut engager une personne ou stipuler pour elle en contractant en son nom. En réalité, il ne connaissait pratiquement la représentation que dans les textes relatifs au contrat de mandat (art. 1994 à 2010). La réforme de 2016 l'y intègre désormais de façon expresse et détaillée (art. 1153 à 1161, 1203 substitué à l'ancien art. 1119). Le **Code de commerce** consacre de brèves dispositions au contrat de commission (art. L. 132-1 et s.).

L'évolution s'est faite dans cinq directions qui ont suivi un ordre chronologique : les trois premières intéressent les relations du mandat et de la représentation, la quatrième fait apparaître la professionnalisation contemporaine du mandat²² ; la dernière, la plus récente, permet au mandat d'anticiper la liquidation d'une succession et l'incapacité future du mandant.

1° D'abord, des tentatives afin d'expliquer la représentation ; au début, en faisant appel à l'idée de fiction ; puis, au début du ^{xx}e siècle, en estimant que l'obligation n'était qu'un lien entre deux patrimoines²³ ou que le représentant prolongeait la personnalité du représenté²⁴. Aujourd'hui, l'institution est solidement établie²⁵ : plus besoin de la justifier.

2° Puis, on analysa le mécanisme du mandat, auquel seul on s'attacha. Dès le commencement du ^{xix}e siècle, on distingua progressivement ce qui avait trait aux rapports entre les parties au contrat de mandat (entre mandant et mandataire) et ce qui relevait des rapports entre le mandataire et le tiers avec lequel il avait affaire, et qui n'était pas partie au contrat de mandat. La distinction n'a jamais été tranchée car on a toujours considéré que cette double relation constituait un ensemble.

3° À partir de la fin du ^{xix}e siècle, la représentation se détacha du mandat. Se développèrent des représentations sans mandat (représentation légale, judiciaire, gestion d'affaires et mandat apparent) ; inversement, il y eut même, plus rarement, des quasi-mandats sans représentation (ex. : le prête-nom).

22. Ph. Le TOURNEAU, « De l'évolution du mandat », *D.* 1992, chron., 157.

23. E. PILON, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, th. Caen, 1897.

24. R. SAVATIER, « L'écran de la représentation devant l'autonomie de la volonté de la personne », *D.* 1959, chron., 47-54.

25. M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, th. Strasbourg, LGDJ, 1982, préf. D. Huet-Weiller.

4° Depuis l'entre-deux-guerres, le mandat devient souvent l'activité de professionnels, avec le cortège habituel de ses conséquences : d'abord le développement du mandat salarié²⁶ puis la protection du mandataire salarié contre le mandant (indemnité de résiliation)²⁷ et, en dernier lieu, la protection du consommateur contre le mandataire professionnel (obligation d'information, formalisme informatif)²⁸.

5° Au XXI^e siècle, sont apparus le mandat à effet posthume (permettant à une personne d'organiser de son vivant la liquidation de sa succession après sa mort) et le mandat de protection future (permettant à une personne en plénitude de ses moyens d'organiser sa protection lorsque ses facultés seront altérées) : le mandat devient une technique d'anticipation.

Dans d'autres cas, le mandat est même anticipé : ainsi, de l'action de groupe (variété de « *class action* »), introduite par la loi du 17 mars 2014, permettant à une association de consommateurs agréée d'agir au nom d'une catégorie entière de victimes, avant même d'en avoir reçu mandat, la ratification venant seulement dans un second temps, lorsque le jugement sur la responsabilité de l'auteur du dommage, sera rendu (C. consom., art. L. 623-1 et s.). La loi accorde un monopole aux associations, mais rien n'empêche un cabinet d'avocats ou une personne morale de se faire consentir un bouquet de mandats individuels, ce qui en pratique, reviendra au même et lui permettra d'échapper licitement à ce statut contraignant²⁹. Ce qui permet en outre d'obtenir la réparation d'autres dommages que ceux, seulement « patrimoniaux », visés par celui-ci.

Quoi qu'il en soit, dans l'action de groupe, le jugement est rendu (compétence exclusive du tribunal de grande instance, C. org. jud., art. L. 211-15) avant même que les victimes se soient manifestées, de sorte que le « dommage » dont le juge fixe la réparation devient de ce fait abstrait, alors qu'est évoquée la « réparation de préjudices individuels ».

Certains de ces phénomènes sont plus accusés dans les droits étrangers, particulièrement dans le droit allemand.

§ 2. DROITS ÉTRANGERS

527. Droit allemand et Common Law. – 1° Alors que le droit français voit un ensemble contractuel dans les relations entre le mandant et le mandataire, entre le mandataire et les tiers et entre le mandant et les tiers, le **droit allemand** les distingue, surtout celles qui se nouent entre mandataire et mandant et entre mandataire et tiers. Dans le système de la *Prokura*, le pouvoir conféré au mandataire est, à l'égard des tiers, impérativement fixé par la loi. Le contrat de mandat a uniquement pour objet de fixer les rapports entre mandant et mandataire³⁰.

Dans la **Common Law**, le domaine de l'agency est plus vaste que celui du mandat, puisqu'il intéresse aussi bien les actes juridiques que les délits et quasi-délits (*torts*) dont l'intermédiaire

26. *Infra*, n^{os} 549-551.

27. *Infra*, n^{os} 555-559.

28. *Infra*, n^o 563.

29. * Cass. crim., 20 mai 2015, n^o 14-81147, *Afer*, *Bull. crim.* à paraître ; *D.* 2015. 1419, n. N. Dissaux ; *JCP G* 2015, 831, n. J.B. Perrier : « aucun texte n'interdit de donner mandat à un tiers de présenter une requête en restitution dès lors que l'existence de ce mandat est prouvée et que le nom du mandant figure dans chaque acte de procédure effectué par le mandataire » (55 000 mandants, un seul mandataire). P.Y. GAUTIER, « La somme de mandats en droits civil et processuel français ». *D.* 2012. 208.

30. Dans le *BGB*, les règles du « pouvoir de représentation » (§ 164-181) ne figurent pas au même endroit que celles du mandat (§ 672-676). Il en est de même dans les droits suisse (C.O., art. 32-40 et 394-406) et italien (C. civ., art. 1387-1400 et 1703-1730).

est l'auteur. Comme en droit français, l'agent (l'intermédiaire) n'agit pas seulement en qualité de *mouth piece* (porte-parole) du principal (l'équivalent du représenté), car on distingue, d'une part, l'*authority* – rapports entre le principal et l'agent – ; d'autre part, le *power* – relations entre l'agent et le tiers – ; le *power* peut avoir une étendue plus large que l'*authority*.

On exposera les caractères fondamentaux du mandat (Titre I), puis ses effets (Titre II).

N^{os} 528-529. réservés.

■ TITRE I ■

CARACTÈRES FONDAMENTAUX DU MANDAT

530. Définition. – Comme tout contrat, le mandat donne naissance à des obligations ; son effet caractéristique est de conférer un pouvoir de représentation ; il est un contrat par lequel une personne (le mandant ; ils peuvent être plusieurs) donne à une autre (le mandataire) le pouvoir d'accomplir en son nom et pour son compte des actes juridiques (art. 1984) (Chapitre 1). En outre, il est une convention normalement à titre gratuit (art. 1986) (Chapitre 2). De plus, les relations du mandant et du mandataire sont temporaires et reposent sur *l'intuitus personae* (Chapitre 3). Enfin, comme la plupart des contrats, il est un contrat consensuel (Chapitre 4).

Il présente donc six caractères fondamentaux : il a pour objet des actes juridiques, constitue un mécanisme de représentation, gratuit, temporaire, conclu en considération de la personne et d'une manière consensuelle. Aucun de ces caractères, sauf un (le caractère temporaire), ne lui est essentiel ; progressivement, l'évolution contemporaine les fait tous reculer, plus la gratuité que les autres.

Lorsqu'il est commercial, il présente aussi d'autres particularismes ; non seulement sa preuve est libre, mais surtout il est toujours onéreux et échappe souvent à la libre révocabilité.

■ CHAPITRE I ■

REPRÉSENTATION ET ACTES JURIDIQUES

SECTION I

REPRÉSENTATION

531. Capacité. – Parce que le mandataire engage le mandant, la capacité pour conférer un mandat s'apprécie en la personne du mandant au moment où le mandat a été donné. À l'égard des tiers, le mandataire peut être une personne protégée, pourvu qu'il ait l'intelligence et la liberté de ses actes (art. 1990)¹. Mais le mandataire n'est obligé à l'égard du mandant que s'il est capable.

532. Relativité des contrats ? – En apparence, la représentation porte atteinte à la relativité des contrats ; la règle est que les effets d'une convention ne se produisent qu'entre les « *parties contractantes* » (art. 1199, ancien art. 1165). Or, lorsqu'il y a représentation, les effets de la convention s'accomplissent, non entre le représentant et le tiers avec lequel il contracte, mais entre le tiers et le représenté bien que celui-ci n'ait pas matériellement figuré au contrat. Ce que prévoit le nouvel article 1154 du Code civil. Effectivement, le mandataire « représente » le mandant : l'acte est corporellement accompli par le mandataire mais produit ses effets exclusivement et directement dans le patrimoine du mandant². Par conséquent, le mandat n'établit pas seulement des rapports entre mandant et mandataire ; c'est à l'égard des tiers avec lesquels le mandataire contracte au nom du mandant qu'il y a substitution de l'un à l'autre.

Le lien entre mandat et représentation n'est pas absolu : il y a des représentations sans mandat et des « quasi-mandats » sans représentation³.

1. Cass. civ., 5 décembre 1933, *DH* 1934.49 ; S. 1935, L. 23 : « *Un mandat peut être donné à un incapable, dont les actes accomplis pour le compte du mandant échappent aux causes de nullité qui vicieraient les mêmes actes, accomplis par l'incapable, pour son propre compte* ».

2. Ex. : Cass. com., 4 octobre 2011, n° 10-24810, *Bull. civ.* IV, n° 149 ; *Contrats, conc. consom.* 2012 ; n° 1, n. L. Leveneur : « *l'annonceur est par l'effet du mandat, partie aux contrats d'espaces publicitaires conclus en son nom et pour son compte* » de sorte que le tiers cocontractant (ici le support de publicité) a une action en paiement de ses factures contre lui.

3. **Contra** : A.L. GRIZON, *La qualification du contrat de mandat*, th. Paris XI, 2010 ; selon l'auteur, les liens entre mandat et représentation seraient consubstantiels.

533. Représentation indépendante du mandat. – Il existe des représentations indépendantes du mandat et sans origine conventionnelle. Ainsi, dans le droit des personnes protégées, où un pouvoir légal pour représenter un mineur est conféré tantôt à un administrateur légal (art. 389-3, L. 14 déc. 1964), tantôt à un tuteur (art. 408, L. 5 mars 2007). De même, dans ceux des régimes matrimoniaux (art. 1432 et 1542, L. 13 juill. 1965) et de l'indivision (art. 815-3, al. 2, L. 31 déc. 1976), la loi suppose l'existence d'un « mandat tacite » lorsqu'un époux ou un indivisaire prend en main la gestion des biens de son conjoint ou de l'indivision. La représentation peut avoir aussi une source judiciaire : par exemple, lorsqu'un époux est hors d'état de manifester sa volonté, son conjoint peut se faire habiliter en justice à le représenter (art. 219, al. 1, L. 13 juill. 1965) ; une règle analogue est énoncée dans l'indivision (art. 815-4, al. 1, L. 31 déc. 1976 modifiée en 2006).

Il peut aussi y avoir des « quasi-mandats » sans représentation, qui permettent à un intermédiaire de conclure un acte juridique pour le compte d'une personne : la convention de prête-nom et la déclaration de command (§ 1), la fiducie (§ 2), la convention de portage (§ 3) et la commission (§ 4). Il peut aussi y avoir un mélange de représentation et de cession de droits (§ 5).

§ 1. PRÊTE-NOM ET DÉCLARATION DE COMMAND

534. 1^o Prête-nom. – Dans la convention de prête-nom, une personne promet d'agir pour le compte d'autrui mais en son propre nom, car elle dissimule sous sa propre personnalité le véritable intéressé : il y a simulation par interposition de la personne. Au contraire, le mandataire n'agit pas seulement pour le compte d'autrui, mais aussi au nom d'autrui. Le prête-nom est pratiqué lorsqu'une personne ne veut pas apparaître dans un contrat et veut faire croire à son cocontractant et aux tiers que son intermédiaire traite pour son propre compte. En voici trois exemples :

1) Le prête-nom permet à une personne d'acheter moins cher ; lorsque tout le monde, notamment le propriétaire, sait qu'une personne désire acheter un bien déterminé, celle-ci risque de se voir proposer un prix élevé : elle le fera donc acquérir en apparence par un « *homme de paille* », le prête-nom.

2) Une personne fait conclure par un prête-nom un contrat qu'elle n'a pas le droit de faire ; ainsi, s'il lui est interdit de faire une libéralité à une personne frappée d'une incapacité de recevoir, elle accomplira sa libéralité par l'intermédiaire d'une personne interposée.

3) Une personne obérée de dettes fera faire par son prête-nom une acquisition, afin de soustraire ce bien à ses créanciers.

Dans le premier exemple la convention est valable, non dans les autres.

La convention de prête-nom est soumise aux conditions régissant la simulation⁴ : la dissimulation du nom du mandant ne doit pas tourner des règles prohibitives⁵. Ses effets reposent sur une distinction entre les rapports à l'égard des tiers et entre les parties.

Les tiers peuvent invoquer, soit l'acte ostensible, soit l'acte occulte s'ils le connaissent : ils peuvent poursuivre, soit le prête-nom, même s'ils avaient connaissance de sa qualité⁶, soit celui qu'il dissimule. Entre les parties, seul

4. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

5. Req., 5 avril 1880, DP 1881.1.13 : « *Si l'on peut, en général, constituer un prête-nom, c'est-à-dire un mandataire agissant en son propre nom, c'est à la condition que cette constitution n'ait pas pour objet de faire préjudice aux tiers.* » Ex. : Fraude à la loi : Req., 26 juin 1883, DP 1884.1.229. En l'espèce, un immeuble du débiteur avait été acheté par un prête-nom afin de le faire échapper au créancier (son épouse) du véritable acquéreur ; jugé que la preuve du prête-nom a pu être faite librement.

6. Cass. com., 26 avril 1982, Bull. civ. IV, n° 135 ; D. 1986.233, n. D. Rambure : « *Le prête-nom est personnellement et directement engagé envers celui avec lequel il a contracté à ce titre, quand bien même*

l'acte occulte produit ses effets s'il est prouvé⁷ ; c'est un mandat, avec les obligations de restitution et de rendre compte qui pèsent sur les parties⁸.

Cependant, puisqu'à l'égard des tiers, le prête-nom ne représente pas le mandant, l'acquisition qu'il fait entraîne une double mutation de propriété : du vendeur à lui-même, puis de lui-même à celui pour lequel il agit quand il lui transfère le bien qu'il a acquis. Ce qui produit de lourdes conséquences fiscales pour les intéressés⁹. Il en est autrement, non seulement en cas de mandat, mais aussi de déclaration de command, sous certaines conditions.

535. 2° Déclaration de command. – La déclaration de command est liée à une vente (elle est interdite dans les ventes judiciaires – art. 2207). L'acheteur (le command) fait acheter un bien par une autre personne (le commandé) qui déclare qu'elle traite pour autrui, sans en indiquer au vendeur l'identité. Le nom de l'institution vient de ce que la personne qui traite déclare qu'un ami lui a « commandé » d'acheter à sa place : l'acheteur véritable a commandé à l'acheteur apparent. Elle est pratiquée quand une personne a intérêt à ne pas révéler son identité au vendeur ; par exemple, comme dans le prête-nom, propriétaire d'une riche fortune ou d'un terrain contigu à celui qu'elle veut acquérir, elle craint que sa situation n'incite le vendeur à lui demander un prix élevé.

Il est toujours stipulé un délai, généralement très bref, pendant lequel le commandé doit révéler au vendeur le nom du command. Si le nom est indiqué dans le délai convenu, il y a représentation : la vente a directement lié le vendeur au command : il n'y a pas deux ventes successives, l'une consentie par le vendeur au commandé, l'autre par le commandé au command : la déclaration de command est un mandat. Si le nom n'est pas indiqué dans le délai convenu, la vente est conclue entre le vendeur et le commandé et si le commandé transfère ensuite la propriété au command, c'est une nouvelle vente, comme dans le prête-nom, avec toutes les conséquences (fiscales, droit de préemption, garanties...) qui s'y attachent.

§ 2. FIDUCIE

536. Fiducie et mandat. – La fiducie¹⁰ fut à Rome le plus ancien des contrats réels ; elle est aujourd'hui une institution vivante dans des pays étrangers,

ce cocontractant aurait eu connaissance de sa qualité ». Pour qu'il en aille autrement, il faudrait que le tiers ait « participé activement » à la simulation : Cass. civ. 1^{re}, 17 novembre 1999, *Bull. civ. I*, n° 311 ; *Contrats, conc. consom.* 2000, comm. n° 42, n. L. Leveneur ; en l'espèce, une femme avait remis à sa sœur une somme d'argent à titre de prêt ; lorsqu'elle en demanda le remboursement, la sœur prétendit que la somme avait été prêtée non à elle, mais à son mari dont elle n'était que la mandataire ; la cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, rejeta cette défense : la cour d'appel a « décidé que les parties étaient liées par une convention de prête-nom » et retenu « sans constater une participation active de (la prêteuse) à la simulation, que celle-ci savait que l'argent serait remis au mari de l'emprunteuse ».

7. Il peut être prouvé par l'aveu du prête-nom ; ex. : Paris, 6 décembre 1989, *D.* 1990, IR, 2 : « L'acquéreur d'un bien immobilier, figurant en cette qualité à l'acte notarié de vente, reconnaît avoir passé une convention du prête-nom avec un tiers ». Jugé que c'était le tiers qui était le propriétaire.

8. Ex. : si le prête-nom a été obligé de payer le tiers, il a un recours contre celui pour lequel il a agi : Req., 3 mai 1893, *DP* 1893.I.567 : « Le mandataire, lorsqu'il a, en son propre nom, contracté une obligation, devient le débiteur personnel et direct du créancier, sauf son recours contre le mandant, au regard duquel il conserve la qualité de mandataire ».

9. Ex. : Req., 10 février 1936, *DP* 1937.I.92, rap. E. Pilon : « Le mandataire (sic) prête-nom ne représente pas son mandant ; par suite, l'opération juridique dont il est l'instrument comporte, tant au point de vue civil qu'au regard du fisc, une double transmission de propriété, la première s'opérant dans le patrimoine du prête-nom, la seconde dans celui du mandant ».

10. **Étymologie** : du latin *fiducia*, *ae* = confiance, issu lui-même de *fides*, *ei* = foi : l'aliénateur fiduciaire fait confiance à l'acquéreur pour obtenir la restitution du bien dont il était resté propriétaire ultime.

notamment en Allemagne et en Suisse ; elle a été progressivement introduite en France¹¹.

Selon l'article 2011 (L. 19 février 2007), elle est « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ». Ce contrat permet d'accomplir des opérations diverses : assurer la gestion d'un patrimoine mobilier, notamment de titres, ou immobilier, ou encore constituer une sûreté (art. 2488-1 et s. : « propriété cédée à titre de garantie ») ; la loi ne permet pas qu'elle puisse accomplir une libéralité. Toute personne physique ou morale peut la constituer ; le fiduciaire doit être un établissement financier, une entreprise d'investissement ou d'assurance ou un avocat (art. 2105)¹².

La fiducie se rapproche du mandat en ce que l'une et l'autre sont des contrats de confiance, conférant le pouvoir d'agir dans l'intérêt d'autrui ; mais le fiduciaire reçoit les biens à titre de propriétaire à charge de les rendre lorsque le terme est accompli : le contrat doit indiquer à peine de nullité, outre l'identité des biens et des parties et sa durée (99 ans maximum) « la mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition » (art. 2018) ; lorsque le fiduciaire agit pour le compte de la fiducie, « il doit en faire expressément mention » (art. 2021), sachant que « dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs » ; son patrimoine propre est séparé du patrimoine fiduciaire (ex. : art. 2024 sur les procédures collectives et 2025 sur les droits des seuls créanciers du constituant) ; il « rend compte de sa mission au constituant » (art. 2022) ; « il est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission » ; s'il « manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés », ou s'il fait l'objet d'une procédure collective, il peut être remplacé par le juge, à la demande notamment du constituant ou du bénéficiaire (art. 2027). Le bénéficiaire a droit à être informé, du moins lorsqu'il devient une partie au contrat par son acceptation (art. 2022 et 2028). Comme le mandat, la fiducie prend fin par le décès du constituant – sauf la fiducie-sûreté – le terme, la réalisation de l'opération pour laquelle elle a été instituée (art. 2029). C'est à ce moment que le bien fera, en l'absence de bénéficiaire, retour dans le patrimoine du constituant ou de ses héritiers (art. 2030). En raison de son caractère *intuitu personae*, la fiducie ne peut faire l'objet ni d'une cession, ni d'une transmission par fusion-absorption (art. 2029).

Il existe des cas spéciaux de fiducie (le dépôt de garantie¹³, la cession de créance à titre de garantie, la gestion d'un fonds commun de placement ou de créances, les apports aux sociétés d'auteurs, la distribution cinématographique...).

§ 3. PORTAGE

537. « Mères porteuses ». – Le portage d'actions est une convention imaginée par la pratique commerciale : un établissement financier (le porteur) achète les actions d'une société pour le compte d'un ou plusieurs donneurs d'ordre, qui

11. *Les biens*, coll. Droit civil ; Dossier spéc. Contrat de fiducie. *Dr. et patr.* 2008, p. 45 s. ; Cl. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, th. Strasbourg, Economica, 1981, préf. D. Schmidt ; F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Litec, 2004 ; Dossier spéc. *D.* 2007.1346 s., dirigé par le même auteur.

12. La fiducie, introduite par la loi du 19 février 2007, a été réformée par la loi du 4 août 2008, et les ordonnances du 18 décembre 2008 et 30 janvier 2009 ; sur ces réformes successives : R. RAHMAN et G. PODEUR, « Fiducie-sûreté, Fiducie-gestion, les applications pratiques », *Rev. Banque* 2009, n° 713 ; L. AYNÈS, « L'introduction de la fiducie en droit français », *RLDC* 2009, 63 ; sur la fiducie-sûreté, v. *Droit des sûretés*, coll. Droit civil.

13. *Infra*, n° 867.

s'engagent à les lui acheter pour un prix déterminé ; on a qualifié le porteur de « mère porteuse » : il « *porte temporairement un paquet d'actions ou de parts sociales pour le compte d'une autre société* »¹⁴.

Ce contrat est complexe ; il réunit souvent deux promesses croisées : une promesse unilatérale de vente de la part du porteur, une promesse unilatérale d'achat de la part du donneur d'ordre. Il répond à des fins diverses : prise de participation discrète dans une société, transmissions successives d'entreprises, arbitrage d'un conflit entre deux groupes d'actionnaires rivaux ou acquisition temporaire en attendant que l'acquéreur final soit déterminé ou puisse acquérir. Généralement, le porteur n'entend pas supporter les pertes de la société ; la convention n'échappe à la prohibition du pacte léonin (art. 1844-1, al. 2) que si elle ne modifie pas la répartition des bénéfices et des pertes dans les relations entre les associés ; il peut être licitement convenu entre le donneur d'ordre et le porteur que celui-ci ne supportera aucun passif social¹⁵.

Le porteur ne détient pas pour le compte d'autrui. Il est seulement un propriétaire temporaire. Il n'agit pas en qualité de mandataire : les actes qu'il accomplit ne sont pas destinés à produire effet dans le patrimoine d'autrui.

§ 4. COMMISSION ET COURTAGE

538. En son nom et pour autrui. – Le contrat de commission est surtout pratiqué en matière commerciale ; il est conclu avec un intermédiaire en vue de la conclusion d'un autre contrat (C. com., art. L. 132-1) : par exemple, un commissionnaire à l'achat ou à la vente ; un commissionnaire de transport, qui se charge d'organiser un transport de marchandises ; un consignataire, chez lequel des marchandises ont été déposées et qui est chargé de les vendre ; un correspondant, chargé d'effectuer des opérations relatives aux effets de commerce¹⁶, etc.

Le commissionnaire agit en son propre nom et pour le compte du commettant¹⁷ et a un pouvoir d'initiative. Il n'est pas un mandataire, puisqu'il agit en son propre nom. Il n'est pas non plus un prête-nom : la convention de prête-nom permet de faire secrètement un acte ; au contraire, le commissionnaire est ostensiblement un intermédiaire : il déclare qu'il agit en son nom et pour le compte d'autrui, dont il ne révèle pas le nom. Il s'agit d'une représentation imparfaite. Ses actes et ceux des intermédiaires qu'il se substitue (C. com., art. L. 132-1) l'engagent personnellement (art. L. 132-6)¹⁸. Il est donc débiteur des personnes avec lesquelles il contracte¹⁹. S'il dévoile la commission, le commettant a un droit direct contre

14. M. COZIAN *et al.*, *Droit des sociétés*, Litec, 28^e éd., 2015, n° 1594.

15. Ex. : Cass. com., 24 mai 1994, *Bull. civ. IV*, n° 189 ; D. 1994.503, n. appr. A. Couret : « *Vu l'article 1844-1 ; [...] la cour d'appel a déclaré nulle et réputée non écrite la clause relative à la définition du prix de rachat en retenant que la clause litigieuse avait eu pour but de garantir la SDBO contre toute évolution défavorable des actions et de la soustraire à tout risque de contribution aux pertes sociales ; en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que la cession initiale avait été complétée par des promesses croisées de rachat et de vente des mêmes actions libellées en des termes identiques au profit de chacune des parties contractantes, ce dont il résultait que celles-ci avaient organisé, moyennant un prix librement débattu, la rétrocession des actions litigieuses sans incidence sur la participation aux bénéfices et la contribution aux pertes dans les rapports sociaux* », Cassation.

16. M.-P. DUMONT, *L'opération de commission*, Litec, 2000 ; M.-L. IZORCHE, *D.* 1999, chron. 369.

17. Ex. : Cass. com., 3 mai 1965, *Bull. civ. III*, n° 280 : « *À la différence d'un mandataire, le commissionnaire agit en son nom propre ou sous un nom social qui n'est pas celui de son commettant* ».

18. Jurisprudence constante : ex. Cass. com., 11 février 2004, *Bull. civ. IV*, n° 24 ; D. 2004.699 : « *un commissionnaire de transport est garant des faits du transporteur dès lors que le choix de celui-ci n'avait pas été imposé par son commettant* ».

19. Ex. : Cass. com., 7 mai 1962, *Bull. civ. III*, n° 240 : « *Le commissionnaire, qui agit pour le compte d'un commettant en son propre nom, est personnellement tenu des obligations contractées envers les tiers en cette qualité* » ; peu importe qu'il ait pu connaître l'identité du commettant ; en l'espèce, Topakian avait passé une commande de tissus à la sté Aimé Babouin, pour le compte de Bin Himd,

les débiteurs du commissionnaire et inversement²⁰. S'il ne la dévoile pas, l'action directe est exclue, car il n'y a pas eu de représentation²¹.

Dans les relations entre commettant et commissionnaire, les règles du mandat s'appliquent ; ainsi, les obligations du commissionnaire envers son commettant sont celles d'un mandataire salarié ; mais les règles du mandat ne s'appliquent pas à la révocation de la commission²² ; en outre, le commettant bénéficie d'un privilège pour la valeur des marchandises que le commissionnaire détient pour son compte (*ib.*, art. L. 132-2)²³.

Un groupement ou une coopérative d'achats (qui réunit plusieurs distributeurs) n'est pas un commissionnaire et n'est donc pas tenu de payer les marchandises achetées directement par ses adhérents lorsqu'il se borne à négocier les contrats, conclus directement par ses adhérents²⁴ ; il pratique ce que l'on appelle « un contrat-cadre de référencement ». Il peut aussi cautionner ses adhérents, ou acheter la marchandise en son nom et pour le compte des adhérents ; dans ces cas, il sera engagé à côté des membres du groupement, qui resteront personnellement obligés²⁵. En revanche, un agent artistique se rattache au commissionnaire²⁶.

Si le commissionnaire a agi au nom et pour le compte du commettant, il n'y a plus commission, mais mandat avec représentation parfaite ; le commissionnaire n'est pas alors obligé envers les tiers.

négociant en Arabie saoudite, qui n'avait acquitté qu'une partie du prix, en raison d'un retard de livraison ; jugé que Topakian devait payer le solde.

20. F. AUCKENTHALER, « Commettants commissionnaires à la vente, détermination du véritable titulaire de la créance envers le tiers contractant », *D.* 1998, chron. 53.

21. Cass. com., 9 décembre 1997, *Bull. civ.* IV, n° 333 ; *JCP G* 1998.II.10201, n. O. Litty ; en l'espèce, agissant en son nom propre, un commissionnaire, afin d'expédier de France en Chine des marchandises, avait confié à un transporteur maritime la partie maritime la partie maritime ; le connaissance mentionnait le nom du chargeur ; une fois le transport accompli, le commissionnaire fit l'objet d'une procédure collective et le transporteur agit directement contre le chargeur en paiement du fret ; il fut débouté : « le transporteur maritime, pour le recouvrement du fret à lui dû, n'a d'action directe à l'encontre du commettant du commissionnaire de transport que si celui-ci a agi, non en son nom propre comme le prévoit l'art. 94, al. 1, C. com. (aujourd'hui C. com., art. L. 132-1, al. 1), mais au nom du commettant, ainsi que l'envisage l'alinéa 2 du même texte ».

22. Ex. : Cass. com., 27 juin 1978, *Bull. civ.* IV, n° 182 : « En la cause (c'est-à-dire, un contrat de commission), les règles spéciales du mandat d'intérêt commun n'étaient pas applicables ».

23. Ce fut pour donner aux producteurs de films ce privilège que la Cour de cassation a jugé qu'ils étaient liés aux distributeurs par un contrat de commission : Cass. civ. 1^{re}, 11 avril 1995, *Bull. civ.* I, n° 166 ; *D.* 1996, somm., 70, obs. Th. Hassler : « la cour d'appel a justement retenu [...] que les distributeurs de films agissaient en qualité de commissionnaires des producteurs pour le recouvrement des créances de ces derniers, qui bénéficient du privilège légal » ; en l'espèce, un exploitant de salle de cinéma fut mis en redressement judiciaire ; jugé que huit distributeurs de films devaient être admis en paiement de leur créance, à titre privilégié.

24. Ex. : Cass. com., 28 mai 1991, *Bull. civ.* IV, n° 196 ; *RTD civ.* 1992.86, obs. J. Mestre : « Le rôle de la sté Sopegros (le groupement d'achats) était celui d'un intermédiaire qui faisait connaître les fournisseurs à ses adhérents et négociait les meilleures conditions des transactions à intervenir entre eux ; la cour d'appel a par là même constaté que l'économie du contrat conclu avec la sté Mars (le fournisseur) n'impliquait pas que la sté Sopegros fût garante de l'exécution des commandes passées pour les membres du groupement ».

25. Ex. : Cass. com., 25 octobre 1994, *Bull. civ.* IV, n° 317 ; en l'espèce, la sté Cassin, fournisseur sélectionné par la coopérative sté Codec, avait reçu une commande de la sté Sarid, qui avait adhéré à la coopérative ; la sté Cassin fournit la sté Sarid, qui paya la coopérative, laquelle fut mise en redressement judiciaire et ne paya pas le fournisseur ; jugé que la sté Cassin pouvait obtenir le paiement des fournitures de la sté Sarid (qui aura donc payé deux fois, une fois à la coopérative, une autre fois au fournisseur) : « La sté Codec n'était que la garante de la solvabilité de ses adhérents de telle sorte que les fournisseurs n'avaient point déchargé les adhérents de leur obligation de paiement ».

26. Cass. com., 16 avril 2013, n° 11-24018, n.p.b., *Contrats, conc. consom.* 2013, n° 152, n. L. Leveuve : « l'impresario ou agent artistique, qui a pour mission d'opérer le placement de l'artiste, agit non comme mandataire de ce dernier mais en qualité d'intermédiaire et comme tel, est seul tenu des engagements qu'il prend à l'égard des tiers ».

En général, le commissionnaire ne s'engage pas à ce que l'opération soit effectivement réalisée ; sauf s'il est « ducroire » à l'égard de son donneur d'ordre²⁷, où, en contrepartie d'une rémunération plus élevée, il garantit l'exécution intégrale par le tiers du contrat qu'il a conclu²⁸. Cette clause doit être en principe expresse, mais peut résulter d'un règlement ou d'un usage²⁹.

539. Courtier. – Le commissionnaire doit être distingué du courtier³⁰ qui ne passe pas les contrats, se borne à rapprocher les parties et n'est donc pas un représentant, à la différence d'un mandataire³¹. Il a deux cocontractants, au lieu d'un seul, puisqu'il agit pour les deux. C'est un intermédiaire qui agit en toute indépendance, à la différence des salariés ou des VRP (voyageurs, représentants, placiers). Par conséquent, lorsqu'un courtier négocie un contrat, celui-ci n'est définitif qu'à près l'accord des parties, sauf s'il avait eu le mandat de conclure l'opération.

La convention ou les usages professionnels peuvent mêler les qualités de courtier et de mandataire ; par exemple, conférer au courtier la qualité de mandataire, même des deux parties : le courtier – mandataire pourra ainsi conclure la vente, sans que le vendeur et l'acheteur l'aient signée : il suffira qu'il ait envoyé à chacun une lettre de confirmation, sauf protestation de leur part³².

Il est tenu de chercher un cocontractant, d'informer le donneur d'ordre des circonstances relatives à l'exécution de l'opération ; il n'engage que lui-même³³ et

27. **Étymologie** de ducroire : de l'italien *del credere* = de la confiance. Fr. GORÉ, « Le commissionnaire ducroire » in *Le contrat de commission*, p. 281 et s., ouvr. collect., dirigé par J. Hamel, Dalloz, 1949.

28. Sur la nature du contrat de ducroire, Fr. GORÉ, art. préc. ; F. DERRIDA, *ib.*, p. 105 et s. ; LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. III, n° 453 ; THALLER, *Traité*, 8^e éd., n° 1128. Sur la portée de cette stipulation, ex. : Cass. com., 22 octobre 1996, *Bull. civ.* IV, n° 246 ; *Contrats, conc. consom.* 1997, comm. n° 21, n. L. Leveneur ; D. 1998.511, n. D. Arlie : en l'espèce, une entreprise avait conclu avec un agent commercial un contrat de représentation, comportant une clause de ducroire ; la cour d'appel l'avait condamnée en application de cette clause à payer à son agent une commission pour les commandes impayées ; cassation : « à défaut de toute stipulation contraire, fût-elle implicite, la clause de ducroire garantit le défaut de paiement à l'échéance par un tiers et non la solvabilité de celui-ci ».

29. TGI Versailles, 28 mars 2006, *professeur X*, D. 2006, IR, 1631 ; *RTD civ.* 2006.576, obs. P.-Y. Gautier : l'avocat, tenu de régler les honoraires du professeur de droit consulté pour le compte de son client, est un commissionnaire ducroire parce que le règlement du barreau auquel il appartient prévoit qu'il en est solidaire pour régler les correspondants recrutés dans l'exercice de sa mission. Le ducroire est ainsi étendu à l'hypothèse où l'intermédiaire donne sa garantie au tiers-contractant, pour la dette de son mandant ; Cass. civ. 1^{re}, 14 novembre 2013, n° 12-28763, *JCP G* 2014 n° 13, n. D. Landry et J. Villacèque, *Bull. civ.* I n° 219.

30. **Étymologie** de courtier : de courir : le courtier court entre le vendeur et l'acheteur (ou bien il court après l'un et l'autre). Le *Vocabulaire juridique* de G. CORNU le fait venir du latin *collectarius*, *ii* = changeur, receveur du fisc. C. GRIMALDI, « Mandat et courtage », in *Le mandat, un contrat en crise ?*, préc., p. 79 s. ; Ph. DEVESA, *L'opération de courtage*, th. Montpellier, Litec, 1993.

31. Pour un courtier de téléphonie mobile : Cass. civ. 1^{re}, 18 octobre 2005, *Bull. civ.* I, n° 366 ; *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. n° 20, n. L. Leveneur : « la qualité de courtier n'emporte pas nécessairement celle de mandataire ».

32. Ex. : dans le commerce bordelais des vins : Cass. com., 3 mai 2003, *Bull. civ.* IV, n° 82 ; D. 2004.414, n. J.-M. Bahans et M. Menjucq ; *RTD civ.* 2003.727, obs. P.-Y. Gautier : « le courtier a pour fonction de mettre en rapport un négociant-acheteur avec un producteur de vins pour négocier la récolte de ce dernier et il agit en mandataire de l'une et de l'autre parties [...] ; l'établissement et l'envoi, par le courtier au vendeur et à l'acheteur de la "lettre de confirmation", sans qu'il y ait de leur part un accord formel, équivalait suivant l'usage ancien et constant en Bordelais, à une vente parfaite, sauf protestation dans un très bref délai ».

33. V. Cass. civ. 1^{re}, 18 octobre 2005, préc. : l'entreprise avec laquelle le client avait été mis en contact par le courtier n'est donc pas responsable de son fait. Pour un impresario : Cass. com., 22 mai 1991, *Bull. civ.* IV, n° 173 ; *RTD civ.* 1992.86, obs. J. Mestre : « Sauf dispositions particulières au contrat et dont il incombe à celui qui s'en prévaut d'en apporter la preuve, l'impresario ou agent

ne garantit pas l'exécution du contrat³⁴. Il a droit à une rémunération³⁵, même si elle n'a pas été convenue, à la différence du mandat³⁶ ; celle-ci n'est pas exigible si le contrat n'est pas conclu³⁷ ; en revanche, elle l'est même en cas de mauvaise exécution, qui ne le concerne pas. Sauf convention contraire, il n'a pas de clientèle³⁸, ce qui traduit son absolue indépendance. Il engage sa responsabilité personnelle envers les contractants ou les tiers, en cas de faute caractérisée.

L'agent immobilier, qui se borne à chercher et à présenter un acheteur ou un locataire, est, malgré les termes de la loi *Hoguet* qui le qualifie de mandataire (L. 2 janv. 1970, art. 5), un courtier doublé d'un entrepreneur³⁹ : il est rare qu'il ait le pouvoir de conclure la vente au nom du propriétaire. Généralement, l'activité du courtier est spécialisée, comme celle de tout professionnel : courtier en assurance, ou en vin, ou de prêt, ou courtier matrimonial (dont l'entremise est très particulière). On trouve des courtiers sur l'Internet, qui organisent des enchères sans adjudication consécutive, mais doivent se présenter comme tels (C. com., art. L. 321-3)⁴⁰. Le courtage peut porter sur toutes sortes de contrats, pas seulement la vente : ainsi, la location ou l'échange entre particuliers, le contrat d'entreprise (ex. : voitures avec chauffeurs, « Uber », doublant les taxis, location de meublés, « airBnB », etc.), le prêt, etc. À défaut d'application du Code de la consommation, le droit commun du Code civil et du Code de commerce s'applique à la fois aux parties et à l'intermédiaire⁴¹. Notamment dans les rapports de ces derniers avec les tiers, ils peuvent engager leur responsabilité civile. Les agents sportifs ont également le statut de courtiers et doivent être dotés d'une licence (C. sports, art. L. 222-7).

§ 5. REPRÉSENTATION ET CESSON

540. Gestion collective. – Les « sociétés de perception et de répartition des droits d'auteur » (ex. : la SACEM, société des auteurs, compositeurs et éditeurs

artistique, qui a pour mission d'opérer le placement de l'artiste, agit, non comme mandataire de ce dernier, mais en qualité d'intermédiaire et, comme tel, est seul tenu des engagements qu'il prend à l'égard des tiers ».

34. Paris, 29 octobre 1992, *JCPG* 1993.IV.494 : « La sté qui a mis en présence 2 parties en vue de la signature d'un bail commercial a agi comme intermédiaire et non comme mandataire ; elle n'est tenue à aucune garantie ; il ne lui appartenait pas de vérifier la bonne foi du bailleur ou de se porter garant de son comportement ».

35. Sauf si le contrat est illicite, ou si l'activité de l'intermédiaire aurait dû être gratuite (ex. : pour une adoption : Cass. civ. 1^{re}, 22 juill. 1987, *Bull. civ. I*, n° 252 ; *D.* 1988.172, n. J. Massip ; *Defrénois* 1988, art. 34186, n° 7, p. 317). La commission sera payée par le donneur d'ordre ou partagée entre les deux parties, voire réglée par le tiers que le courtier a démarché.

36. *Infra* n° 569.

37. V. ESCARRA, RAULT et HÉMARD, *Contrats commerciaux*, T. II, n° 789.

38. Ex. : Paris, 24 juin 1963, *D.* 1964, somm., 46 ; *RTD com.* 1964.607, obs. J. Hémar ; *Gaz. Pal.* 1963.II.291 : « Le courtier en publicité ne peut prétendre à aucune indemnité si un client même très ancien décide de se passer dorénavant de ses services ».

39. C. SIFFREIN-BLANC, « Le contrat d'agent immobilier : mandat ou contrat spécial d'intermédiaire ? », *Defrénois* 2007.1344. Cass. civ. 1^{re}, 8 juillet 1986, *Bull. civ. I*, n° 194 ; *RDI* 1986.488 : le mandat conféré à une personne accomplissant des opérations d'agent immobilier « n'est en principe qu'un mandat d'entremise consistant en la recherche de clients ou la négociation, ou l'une de ces missions seulement ; seule une clause expresse, conforme aux prescriptions de l'article 72, al. 3, du *D. du 20 juillet 1972*, peut autoriser le mandataire à engager son mandant ». *Infra*, n° 711. À l'inverse : Cass. civ. 1^{re}, 31 octobre 1989, *Bull. civ. I*, n° 333, lorsque l'agent « n'avait agi qu'en qualité de représentant mandataire du vendeur », la loi *Hoguet* ne s'applique pas.

40. *Supra* n° 165. V. F. ALTENBOURGER, *Les enchères électroniques*, th. Paris II, 2004.

41. L. D. GODEFROY, « Vers une régulation juridique des places de marché de commerce en ligne entre particuliers », *D.* 2015. 2513. Il existe un texte spécifique sur l'obligation d'information de la plate-forme : C. consom., art. L. 111-7.

de musique) ont le pouvoir légal d'agir en justice⁴² et de conclure pour leurs membres certains contrats⁴³.

Techniquement, ce système mutualiste procède de la fiducie : cession en propriété à la fin de la gestion dans l'intérêt des auteurs et des artistes⁴⁴.

SECTION II ACTES JURIDIQUES

541. Principal et accessoire. – Traditionnellement, le mandat ne peut avoir pour objet que des actes juridiques (art. 1994), contrat ou acte unilatéral. Un contrat ayant pour objet principal l'accomplissement pour autrui d'actes matériels n'est pas un mandat, mais un contrat d'entreprise⁴⁵ ou un contrat de travail. Cependant, le mandat peut comporter l'exécution d'actes matériels, s'ils sont accessoires⁴⁶ à des actes juridiques. En outre, la distinction entre les actes matériels et les actes juridiques est souvent difficile (ex. le paiement d'une obligation).

N^{os} 542-545. réservés.

42. Art. L. 321-1, al. 2, C. propr. intell. : « Ces sociétés [...] ont qualité pour ester en justice pour la défense des droits dont elles ont statutairement la charge ».

43. Art. L. 321-10 du même code : ces sociétés « ont la faculté, dans la limite des mandats qui leur sont donnés soit par tout ou partie des associés [...] d'exercer collectivement les droits en exerçant des contrats généraux d'intérêt commun [...] ».

44. P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 10^e éd., à paraître en 2017, n^o 719 ; rapp. Cass. soc., 20 février 1949, D. 1951.73 ; 1^{re} esp. ; JCP G 1950.II.5419, 1^{re} esp. : « La SACEM [...] agissait aux termes de ses statuts, non seulement comme mandataire desdits auteurs, mais encore comme cessionnaire d'une fraction de leurs droits [...] ; il importait peu que cette société, personne morale habilitée par la loi et ses statuts à ester en justice pour la défense de ses intérêts propres et ceux de ses adhérents, n'ait pas fait figurer le nom de ses adhérents dans les actes de la procédure ».

45. *Infra*, n^o 708 ; P.-Y. GAUTIER, obs., RTD civ. 2002.323 ; Fr. LABARTHE, « La distinction du mandat et du contrat d'entreprise », in *Le mandat, un contrat en crise ?*, dir. N. Dissaux, Economica, 2011, p. 39 s.F. LEDUC, « Deux contrats en quête d'identité, les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise », *Études offertes à G. Viney*, LGDJ, Lextenso éditions, 2008, p. 595 s. Sur les combinaisons de courtage et de mandat, *supra*, n^o 539.

46. Ex. : l'activité des sociétés de ventes mobilières (les anciens commissaires-priseurs) aux enchères publiques.

■ CHAPITRE II ■

GRATUITÉ DU MANDAT ?

546. Origine : amitié. – Dans ses origines romaines, le mandat supposait un rapport d'amitié entre mandant et mandataire : pas de confiance sans amitié ; pas d'amitié sans gratuité. Pour toujours, le mandat restera marqué de cette origine, malgré l'importance de l'évolution qu'il a connue et bien qu'aujourd'hui le mandat salarié soit statistiquement beaucoup plus courant que le mandat gratuit.

Dans le droit romain ancien, le mandat n'était pas seulement gratuit : il était essentiellement gratuit, c'est-à-dire que le mandataire ne devait jamais être rémunéré. À partir du Haut Empire (I^{er} siècle), sous l'effet des besoins commerciaux qu'ignorait la Rome pastorale primitive, tout en maintenant le principe de gratuité, les Romains ont admis que le mandat pouvait être salarié au moyen d'honoraires¹ qui se distinguaient des salaires car le juge pouvait les réviser : les augmenter, voire en décider le versement même si les parties ne l'avaient pas prévu, et surtout les diminuer lorsqu'ils étaient excessifs.

Le mandat a conservé dans le Code civil son caractère gratuit, « *s'il n'y a convention contraire* » (art. 1986²). Pothier y voyait un « *pur office d'amitié* », à la fois sous l'influence romaine et celle de l'École du droit de la nature et des gens. Encore aujourd'hui, la vieille règle s'applique dans les rapports entre particuliers.

547. Aujourd'hui : acte professionnel. – Le développement contemporain du commerce, la professionnalisation croissante des relations humaines, la multiplication des sociétés gérées par des mandataires (des « administrateurs ») et le recul de l'amitié dans les rapports sociaux confèrent à la gratuité du mandat le parfum d'une règle surannée. La jurisprudence en a tiré les conséquences : au contraire de ce qu'elle disait au XIX^e siècle³, désormais le mandat est présumé salarié lorsque le mandataire est un professionnel⁴. En outre, la loi a minutieusement réglementé le statut de ces divers mandataires professionnels, afin de donner une stabilité à leur emploi et de protéger leur clientèle.

1. **Étymologie :** du latin *honorarium*, *ii* = manifestation de reconnaissance pour honorer le talent dont on a bénéficié ; lui-même dérivé de *honor*, *oris* = honneur décerné à quelqu'un (le sentiment de l'honneur = *honestum*, *i*).

2. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 4 mai 2012, n° 11-10943, *Bull. civ. I*, n° 100 : le mandataire non professionnel, chargé de négocier une vente, n'a pas de rémunération.

3. Ex. : un notaire, mandataire de son client, ne pouvait prétendre à des honoraires pour cette activité que s'ils avaient été expressément convenus : Req., 1^{er} décembre 1891, *DP* 1892.I.209, n. Cohendy, rapp. Babinet.

4. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 10 février 1981, *Bull. civ. I*, n° 50 : « *Le mandat est présumé salarié en faveur des personnes qui font profession de s'occuper des affaires d'autrui* ».

548. Honoraires. – La rémunération du mandataire peut être indéterminée, c'est-à-dire ne pas avoir fait l'objet d'un accord, lors de la concession du mandat. La règle comporte des exceptions : parfois la loi oblige les parties à la fixer, souvent par écrit, dans l'intérêt du mandant, lorsque le mandataire est un professionnel – ainsi, dans la loi *Hoguet* du 2 janvier 1970, articles 2 et 6, qui énonce une interdiction pour l'agent immobilier de percevoir la commission avant que l'opération principale n'ait été conclue⁵.

Il s'agit d'assurer un maximum de « transparence » (v. encore le formalisme légal, pour les agences de publicité, la loi *Sapin* du 29 janvier 1993, art. 20)⁶.

Les parties peuvent déterminer par avance les modes de fixation du salaire du mandataire, selon deux méthodes. Soit une somme fixe due en tout état de cause ; telle est la méthode libérale, où toute peine mérite salaire ; la rémunération du mandataire n'est pas alors subordonnée à la réussite de l'affaire (art. 1999, al. 2). Soit, plus fréquemment, une méthode commerciale et utilitaire qui stimule les affaires, où le salaire est de tant pour cent : la commission dépend du succès⁷. En ce cas, la rémunération du mandataire à raison de ses diligences est due une fois l'affaire faite et l'acte passé⁸.

Lorsque le mandataire bénéficie d'une exclusivité et que l'affaire a été conclue par un autre, il a droit à une indemnité, en réparation du préjudice résultant de la méconnaissance de son obligation par le mandant. Au contraire, si le mandataire ne bénéficiait d'aucune exclusivité, il n'a droit à rien⁹. Les règles régissant le contrat de travail sont inapplicables à la rémunération du mandataire¹⁰. Les honoraires des syndics de copropriété sont obligatoirement forfaitaires (art. 18, loi de 1965, L. du 24 mars 2014).

5. Le contrat d'agent immobilier relève plutôt de l'entreprise, mais le législateur l'a qualifié de mandat. Il est un « mandat d'entremise » ; pour sa rémunération, *infra*, n° 711.

6. Ex. : pour la sanction de l'énoncé de la commission de l'agence de publicité dans des documents extérieurs à l'écrit lui-même : Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1998, *Bull. civ. I*, n° 76 ; *Contrats, conc. consom.* 1998, comm. n° 69, n. L. Leveueur ; *D. Aff.* 1998.905. En l'espèce, un contrat organisant une campagne publicitaire avait été conclu entre une entreprise et un agent publicitaire ; l'entreprise avait remis à l'agent une « étude » déterminant les prestations à fournir et leur rémunération ; se fondant sur ce document, la cour d'appel avait condamné l'entreprise à payer la rémunération prévue. Cassation : « La cour d'appel, s'est ainsi référée à des documents extérieurs au contrat écrit du 20 septembre 1998 lequel ne satisfaisait pas aux exigences du texte susvisé » (art. 20 de la loi Sapin).

7. J. CARBONNIER, *RTD civ.* 1952.521 ; cf. aussi une situation intermédiaire : * Req., 29 octobre 1930, *sté des aéroplanes Potez, DH 1930.554* ; *S.* 1931.1.14 : en l'espèce, le mandataire chargé d'obtenir une commande n'y était pas parvenu ; puis, le mandat était expiré ; quelques mois après, le constructeur obtint le marché, grâce aux démarches antérieures du mandataire ; celui-ci ne put obtenir la commission, devenue caduque, mais obtint une rémunération « en fonction des avantages retirés de ladite convention ».

8. En revanche, si l'affaire a été conclue sans qu'il y soit pour rien, il n'a pas droit à sa rémunération. ex. Cass. civ. 1^{re}, 21 juillet 1970, *Bull. civ. I*, n° 243 : « une commission ne peut être allouée à un intermédiaire que si l'affaire qu'il a indiquée a été menée à bonne fin par ses soins ».

9. Cass. civ. 1^{re}, 15 février 2000, *Bull. civ. I*, n° 46 ; *RTD civ.* 2000.357, obs. crit. P.-Y. Gautier : « à bon droit, la cour d'appel a retenu que lorsque le mandant a donné à plusieurs le mandat non exclusif de vendre un même bien, il n'est tenu de payer une rémunération qu'à celui par l'entremise duquel l'opération a été effectivement conclue au sens de l'art. 6 de la loi du 2 janvier 1970 ».

10. Cass. com., 21 avril 1992, *Bull. civ. IV*, n° 175 : « Les règles relatives au contrat de travail ne sont pas applicables à la rémunération allouée au gérant d'une SARL à raison de son mandat social ». En l'espèce, un des gérants d'une SARL avait été déchargé par l'administrateur provisoire d'une société des tâches qu'il y effectuait ; la cour d'appel avait décidé qu'il n'avait plus droit à une rémunération, que le contrat liait à « l'exécution effective d'un travail ». Cassation : « Les statuts de la sté prévoient la rémunération des gérants à raison de leur mandat social ». D'une façon plus générale, v. D. TOMASIN, in *Mélanges Despax*, Presses Univ. Toulouse, 2002, p. 203 s.

549. Révision des honoraires. – Comme à Rome, les tribunaux se sont toujours reconnu le droit de contrôler le montant des honoraires promis au mandataire, soit pour les augmenter, soit, plus souvent, afin de les diminuer¹¹, et cette règle est d'ordre public¹². Cette jurisprudence s'est étendue à tous les membres des professions libérales¹³, même s'ils ne sont pas principalement des mandataires¹⁴. Ainsi en est-il des agents d'affaires et des conseils¹⁵, même lorsque leur conseil est aléatoire¹⁶. Pendant longtemps, les tribunaux se justifiaient en qualifiant inexactement ces contrats de mandat, même si l'agent d'affaires n'accomplissait pas d'actes juridiques au nom et pour le compte de son client. La règle subsiste, mais cette qualification est abandonnée.

La rémunération ne peut être réduite que si elle a été stipulée avant l'accomplissement de la mission. Si elle a été convenue après, elle ne peut être modifiée, car le client a été à même d'apprécier l'importance et les résultats du travail fourni par son contractant¹⁷. En outre, la théorie de la contrepartie peut priver le mandataire de son droit à rémunération si, après la conclusion du contrat, la cause disparaît¹⁸. La charge de la preuve du caractère excessif appartient au mandant¹⁹. La réduction s'impose *a fortiori* si le mandataire a commis une faute²⁰.

Cette jurisprudence traditionnelle et constante²¹ est contraire à l'interdiction habituellement faite au juge de réviser le contrat. Selon les uns, elle se justifierait par l'équité ; selon d'autres,

11. Cette jurisprudence constante est très ancienne : Req., 11 mars 1824, Jur. gén. V^o Mandat, n^o 75 : « *Tout salaire d'agent d'affaires est sujet à évaluation et règlement par le juge* » ; chron. ALBIGÈS, in *Mélanges Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 11 et s.

12. Cass. civ. 3^e, 20 février 1973, *Bull. civ.* III, n^o 145 : « *Même si le mandat prévoyait que la commission serait "irréductible et forfaitaire", due en tout état de cause* ».

13. Ex. : pour un comptable : Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 1986, *Bull. civ.* I, n^o 150 ; *JCPG* 1988.II.20791, n. A. Viandier : « *Les tribunaux peuvent, quand une convention a été passée en vue de l'exécution de travaux donnant lieu à honoraires, réduire ces derniers lorsqu'ils paraissent exagérés, pourvu qu'ils n'aient pas été versés en connaissance du travail effectué et après service fait* ». Pour les avocats, *infra*, n^o 767.

14. Ainsi le généalogiste, Cass. civ. 1^{re}, 5 mai 1998, *Bull. civ.* I, n^o 168 ; *Defrénois* 1998.1042, n. Ph. Delebecque ; *Contrats, conc. consom.* 1998, comm. n^o 111, n. L. Leveneur : « *Les tribunaux peuvent quand une convention a été passée en vue de la révélation d'une succession en contrepartie d'honoraires, réduire ces derniers lorsque ceux-ci paraissent exagérés au regard du service rendu* ».

15. Cass. com., 2 mars 1993, *Bull. civ.* IV, n^o 83 : « *Le rapport d'expertise avait mis en évidence la mauvaise qualité de la prestation de la sté CFCI (une sté de conseil en gestion d'entreprise) et les honoraires réclamés étaient disproportionnés au regard de la petite taille de l'entreprise* »...

16. Cass. civ. 1^{re}, 23 novembre 2011, n^o 10-16770 ; *Bull. civ.* I, n^o 206 ; *D.* 2012.589, n. M. Séjean ; *D.* 2011.2935, obs. I. Gallmeister ; *JCPG* 2011.1344, obs. B. Walz ; *RDC* 2012. 396, obs. Y-M. Laithier : « *l'aléa exclusivement supporté par M. B... ne faisait pas obstacle à la réduction éventuelle de la rémunération convenue* ».

17. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 19 janvier 1970, *Bull. civ.* I, n^o 23 : « *Les juges ne peuvent réduire la somme qu'après la fin du mandat, le mandant a reconnu devoir au mandataire à titre de commission* ».

18. Ex. : Cass. com., 21 décembre 1981, *Bull. civ.* IV, n^o 450 : l'agent immobilier chargé de commercialiser un programme immobilier perd ses droits en cas d'impossibilité d'exécution du programme, car il ne peut plus rendre de services : « *Si le résultat cherché n'avait pu être obtenu, l'échec de l'opération était dû à un ensemble de circonstances particulières indépendantes des parties, d'où il résultait que la raison même du maintien du mandat avait cessé d'exister [...] ; la rémunération promise devait être limitée à la partie exécutée du contrat* ».

19. Cass. com., 9 juillet 2002, *Contrats, conc. consom.* 2003, comm. n^o 3, n. L. Leveneur ; n.p.B.

20. Cass. civ. 1^{re}, 14 janvier 2016, n^o 14-26474, *Bull. civ.* I à paraître ; *Contrats, conc., consom.* 2016, n^o 89, n. L. Leveneur ; *RTD civ.* 2016. 391, obs. P.-Y. Gautier : la fixation préalable de la rémunération « *ne fait pas obstacle au pouvoir que le juge tient [de l'art. 1999] de réduire, voire supprimer cette rémunération, en considération des fautes que l'intermédiaire a commises dans l'exécution de sa mission* » (agent immobilier, qui ne s'était pas avisé d'une servitude *non aedificandi* conventionnelle).

21. Req., 12 janvier 1863, *DP* 1863.I.302 : « *La cour (d'appel) avait le droit et le devoir de rechercher comme elle l'a fait le rapport de l'importance des soins, démarches et peines des mandataires,*

par l'idée de cause requérant une certaine proportionnalité entre les prestations²² ; on fait aussi appel à l'histoire, où les juges ont toujours exercé ce contrôle. L'explication la plus raisonnable se trouve dans le pouvoir de surveillance que les juges exercent sur les professions faisant naître un risque d'abus d'influence²³. Plus techniquement, la fixation anticipée du prix d'une prestation à venir (obligation de faire) fait courir aux parties un risque, qu'elles n'ont peut-être pas accepté, de sorte que des vérifications peuvent être légitimement opérées²⁴.

Le nouvel article 1165 confirme le droit de fixer le prix pour le prestataire, mais oublie le pouvoir de révision du juge, évoqué seulement pour sanctionner l'abus.

Certains professionnels sont particulièrement contrôlés : le pouvoir réglementaire fixe le maximum de leur rémunération ; par exemple les officiers ministériels, sous le nom de tarif.

avec l'importance de la rémunération convenue et de la réduire dans le cas où elle lui paraîtrait excessive » ; cf. aussi * Cass. civ., 29 janvier 1867, *Poictevin*, DP 1867.1.53 ; S. 1867.1.245 (courtage, qualifié de mandat).

22. H. CAPITANT, *La cause dans les obligations*, Dalloz, 1925, n° 98.

23. G. CORNU, *RTD civ.* 1971.172.

24. *Supra*, n° 548.

■ CHAPITRE III ■

CARACTÈRE TEMPORAIRE ET *INTUITUS PERSONAE*

550. Durée limitée et considération de la personne. – 1^o Le mandat doit être conféré pour une **durée limitée**, déterminée ou indéterminée ; il ne peut être perpétuel¹. Parfois, les parties n'indiquent pas de durée : on le présume alors d'une durée indéterminée, donc résiliable à tout moment sous les réserves d'usage, à moins que la durée ne découle de l'exécution d'une mission précise.

2^o En outre, ce qui traditionnellement caractérise le mandat est qu'il repose sur la confiance personnelle que le mandant porte au mandataire. Seule cette confiance explique qu'une personne puisse accepter d'être engagée par autrui. Le mandat est ainsi un contrat *intuitu personae*. Aussi, en général, le mandat, même d'une durée déterminée, cesse de produire ses effets, soit par le décès du mandant ou du mandataire (Section I), soit par la révocation du mandat ou la renonciation d'une des parties (Section II) ; en outre, il est impossible au mandataire de se substituer une autre personne sans l'accord du mandant (Section III).

Cependant, sur chacun de ces points, des tempéraments sont apportés à la règle. L'*intuitus personae* est de la nature du contrat, non de son essence : les parties peuvent faire un mandat où ne joue pas la considération de la personne, ce qui retire au décès et aux procédures collectives leur effet habituel de caducité du mandat. Elles peuvent aussi consentir par avance à la substitution de mandataire².

SECTION I

DÉCÈS ET PROCÉDURES COLLECTIVES

Le décès mettant fin au mandat est soit celui du mandant, soit, surtout, celui du mandataire ; le cas des procédures collectives est un peu différent.

1. Cass. civ. 1^{re}, 5 mars 1968, *Bull. civ. I*, n^o 85. En l'espèce, un peintre avait donné à une galerie « pour une durée illimitée » le mandat exclusif de vendre ses tableaux moyennant une commission de 40 % ; puis, il avait voulu révoquer le mandat ; estimant qu'il s'agissait d'un contrat à durée indéterminée, la cour d'appel avait accordé des dommages-intérêts à la galerie (sans doute, parce qu'elle avait jugé que le peintre avait commis une faute en révoquant le mandat) ; cassation : « L'arrêt attaqué a dénaturé la clause claire et précise » : le mandat était nul parce que perpétuel.

2. Cass. civ. 1^{re}, 6 juin 2000, *D.* 2001.1345, n. D. Krajewski ; *RTD civ.* 2000.858, obs. P.-Y. Gautier (changement d'avocat).

551. 1^o Décès du mandant ; dissolution de la personne morale mandante. – Le principe est que la mort du mandant entraîne extinction du mandat (art. 2003, al. 3) : le contrat conclu par le mandataire après le décès du mandant est nul, en règle générale³. La raison principale tient à ce que le mandat constitue un contrat conclu *intuitu personae* et que les héritiers du mandant peuvent ne pas avoir confiance dans le mandataire.

1) Le principe est écarté, ou tout au moins assoupli, soit sous l'empire de la nécessité, soit par la volonté du mandant.

D'une part, en raison de **nécessités** pratiques, la loi apporte à ce principe plusieurs tempéraments. **1.** Le mandataire « doit achever la chose commencée au décès du mandant s'il y a péril en la demeure » (art. 1991, al. 2). **2.** « Si le mandataire ignore la mort du mandant [...], ce qu'il a fait dans cette ignorance est valide » (art. 2008)⁴. **3.** Les tiers de bonne foi peuvent se prévaloir de la théorie du mandat apparent lorsqu'ils ont ignoré le décès du mandant, bien que le mandataire en ait été avisé (art. 2009). **4.** Si le mandat a été fait dans l'intérêt commun.

2) D'autre part, en raison de la **volonté** du mandant, maître de la confiance qu'il dispense.

La jurisprudence avait avant même la loi de 2006 décidé que l'extinction du mandat par le décès du mandant était une règle supplétive, à laquelle les parties pouvaient déroger par convention expresse, ou même tacite⁵, tenant, par exemple, à l'objet du mandat⁶ ou au fait qu'il était « irrévocable ». Le mandat *post mortem* devait être spécial, c'est-à-dire qu'il ne pouvait avoir d'effet que pour un objet déterminé. Il était révocable par les héritiers.

Lorsque le mandant est une personne morale, la dissolution de celle-ci met fin au mandat⁷.

552. Mandat à effet posthume. – Depuis la loi du 23 juin 2006 qui a consacré la validité de ce mandat en lui donnant un régime légal, le Code civil autorise le mandat *post mortem*, pour

3. *Infra*, n^o 573.

4. Ex. : Cass. soc., 22 juin 1978, *Bull. civ.* V, n^o 511 : « Vu les articles 1235, 2003 et 2008 ; il résulte notamment de ces textes, d'une part, que ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition, d'autre part, que le mandat finit par la mort du mandant ; si le mandataire ignore la mort du mandant, ce qu'il a fait dans cette ignorance est valide, ignorance qu'il lui incombe de prouver ». En l'espèce, une caisse de retraite avait continué à verser au compte en banque d'une retraitée, après son décès, les arriérés de la pension qu'elle lui devait ; la banque a été qualifiée de mandataire de sa cliente ; la cour d'appel avait rejeté l'action en répétition de la caisse : cassation : la cour d'appel n'avait pas relevé « que la banque eût établi qu'elle ignorait, au moment de chacun des versements effectués, le décès du titulaire du compte ».

5. Req., 22 mai 1860, *DP* 1860.1.448 ; S. 1860.1.721 : « S'il est vrai que le mandat prend fin par la mort du mandant, ce principe fléchit devant une volonté contraire exprimée par le mandant ou s'induisant de l'objet du mandat et des circonstances dans lesquelles il a été donné ». En l'espèce, une personne avait donné à son créancier mandat de vendre ses immeubles afin qu'il se paye sur le prix : « Le mandat donné par la demoiselle Davy au sieur Boutton-Levesque de vendre ses immeubles pour, avec le prix en provenant, se couvrir des avances qu'il avait faites pour elle, devait nécessairement, dans la pensée des parties, se prolonger jusqu'à l'entière libération de la mandante » et donc se poursuivre après son décès.

6. Paris, 12 décembre 1967, *D.* 1968.269 : « Cette disposition (l'art. 2003) n'est que supplétive de la volonté des parties ; elle cesse donc de s'appliquer lorsqu'il apparaît que telle a été la volonté du mandant, cette volonté pouvant s'induire notamment de l'objet du mandat et du but dans lequel il a été donné ».

7. Cass. com., 29 octobre 2002, *D.* 2003.2231, n. Brillat-Koering ; *Contrats, conc. consom.* 2003, comm. n^o 36, n. L. Leveneur ; n.p.B. ; en l'espèce, une sté de sucrerie devait par un apport partiel d'actif à une autre sté, qui l'avait également apporté à une troisième sté, laquelle déclara ne plus continuer le contrat d'agent commercial conclu avec la 1^{re} sté ; jugé que le contrat était éteint, à défaut d'accord entre les parties pour le continuer.

deux ans, prorogables par le juge, donné à une personne physique (qui peut être un futur héritier) ou morale, à condition qu'il soit justifié par un intérêt sérieux et légitime⁸; la forme authentique est requise et la mission en principe gratuite, mais la rémunération est possible et vraisemblablement sera fréquente (art. 812 à 812-7). Le mandat prend fin par l'arrivée du terme, le décès du mandataire ou une révocation judiciaire. Ou encore, si les héritiers se mettent d'accord sur un nouveau mandataire. L'objet peut en être général, porter sur toute la succession; le mandataire passera des actes d'administration, voire de disposition, si le mandant lui en donne mission⁹. Les règles des articles 1984 et suivants s'appliquent, dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec ce statut spécial, voisin de l'exécution testamentaire.

De leur côté, conformément à une vieille tradition, les héritiers peuvent confier l'administration de la succession, une fois ouverte, à l'un d'eux (art. 813, combiné aux art. 1984 et s.). En cas de crise, le juge a le même pouvoir (art. 813-1).

Les caisses d'épargne et certaines banques prévoient parfois que le mandat donné à un tiers ou à un successible par le titulaire d'un livret ou d'un compte continuera à produire ses effets après la mort du titulaire. Cette pratique permet de tourner les règles de la dévolution et de la transmission successorales, même lorsque celles-ci sont impératives. Elle peut soulever des conflits avec les héritiers¹⁰. Sans contester directement la validité du mandat *post mortem*, la Cour de cassation a décidé qu'il ne devait pas heurter les règles successorales d'ordre public et que l'établissement financier qui l'avait accepté engageait sa responsabilité envers les héritiers¹¹, ce qui a dissuadé les établissements de continuer cette pratique.

553. Mandataire. – La mort du mandataire met également fin au mandat¹², ce qui est gênant en matière commerciale; les héritiers du mandataire professionnel disposent parfois d'un droit de présentation qu'ils peuvent monnayer (agent commercial, agent d'assurances...). La règle comporte des tempéraments; elle peut être écartée par la convention des parties et les héritiers du mandataire peuvent prendre les mesures d'urgence nécessaires.

Il en est de même en cas de dissolution d'une personne morale mandataire: la personne morale substituée à l'ancienne ne continue pas de plein droit le mandat¹³. Il peut aussi en être de même, compte tenu de l'économie du mandat, en cas de décès du dirigeant de la personne morale mandataire¹⁴.

8. Ch. BAHUREL, *Les volontés des morts*, LGDJ, 2014; N. LAURENT-BONNE, « Aux origines du mandat à effet posthume », *RDC* 2013. 827; M. GRIMALDI, « Le mandat à effet posthume », *Deffrénois* 2007.3.

9. V. *Les successions*, coll. Droit civil.

10. Ex.: Le mandataire prétend avoir bénéficié d'un don manuel de la part de son mandant; la Cour de cassation repousse cette prétention. Ex.: Cass. civ. 1^{re}, 14 juin 1977, *Bull. civ. I*, n° 276; *Deffrénois* 1978, art. 31653, n° 14, p. 382, obs. G. Champenois: « Le mandataire est tenu de rendre compte au mandant et la possession des deniers qu'il a perçus en exécution du mandat est entachée de précarité ». V. *Les successions*, coll. Droit civil.

11. Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 1988, *Crédit commercial de France*, *Bull. civ. I*, n° 209; D. 1989.181, n. I. Najjar; *JCPG* 1989.II.21366; *JCPN* 1989.II.74; *JCPE*, 1990.II.15715; *Deffrénois* 1990, art. 36.644, n. M. Beaubrun; *RTD civ.* 1989.116, obs. J. Patarin; *RTD com.* 1989.298, obs. B. Bouloc: « Le mandat post mortem [...] ne pouvait transgresser les règles d'ordre public édictées en matière successorale [...]; le Crédit commercial de France, en exécutant le mandat sans l'accord de tous les héritiers du mandant, avait commis à l'égard de ceux-ci une faute génératrice de sa responsabilité ».

12. Cass. com., 20 avril 1967, *Bull. civ. III*, n° 156; *JCPG* 1968.II.15339, 1^{re} esp.: « Un tel mandat (donné à un agent commercial, mandat d'intérêt commun) étant présumé donné intuitu personae, il n'existe aucune raison déterminante d'écarter, en l'état actuel de la législation et en l'absence d'une stipulation contractuelle contraire, l'application de l'article 2003, al. 4 ».

13. Jurisprudence souvent réitérée; ex.: Cass. civ. 3^e, 10 novembre 1998, *Bull. civ. III*, n° 212; *RTD civ.* 1999.416, obs. P.-Y. Gautier; en l'espèce, un syndicat de copropriétaires avait saisi les biens d'un copropriétaire débiteur d'un arriéré de charges; le syndicat était représenté par une société qui s'était fondue avec une autre; or la fusion d'une société entraîne la dissolution et transfert de son patrimoine au profit de la société absorbante; jugé que celle-ci était sans qualité pour représenter le syndicat.

14. Ex. Cass. com., 3 mars 2004, *Bull. civ. IV*, n° 42; *RTD civ.* 2004.525, obs. P.-Y. Gautier.

554. 2^o Procédures collectives. – L'article 2003 prévoit que le mandat prend fin en cas de déconfiture du mandant ou du mandataire. La règle a toujours été étendue à la faillite, maintenant les procédures collectives. Par exemple, si l'administrateur d'une entreprise soumise à une procédure collective résilie un contrat d'agent commercial, aucune indemnité n'est due, car le mandat avait pris fin de plein droit¹⁵. Cependant, il est admis que l'administrateur peut maintenir ces contrats lorsque l'entreprise a pour activité une représentation professionnelle¹⁶. En outre, la procédure collective ne porte pas atteinte au mandat fait dans l'intérêt commun du mandant et de tiers¹⁷.

SECTION II

RÉVOCACTION ET RENONCIATION

555. Principe. – Le mandat, au moins lorsqu'il est onéreux, constitue un contrat synallagmatique ; mais il n'est pas besoin de *mutuus dissensus* pour y mettre fin : une déclaration unilatérale de volonté, du mandant ou du mandataire, suffit.

§ 1. RÉVOCACTION

On ne peut concevoir de mandat que si le mandant a confiance dans le mandataire ; non seulement lors de la conclusion du contrat, mais pendant toute sa durée : la confiance vient-elle à cesser, le contrat doit disparaître. Aussi, l'article 2004 prévoit, en termes énergiques, que « *le mandat peut révoquer sa procuration quand bon lui semble* ». *Ad nutum*¹⁸, dit-on souvent.

Le mandat peut être révoqué à tout moment, même si sa durée est déterminée¹⁹. La révocation peut être faite par tous moyens ; ainsi, elle pourra se faire tacitement en conséquence de l'exécution personnelle par le mandant de l'acte pour lequel il avait donné procuration. Elle peut être partielle²⁰. La rémunération, si elle couvrait pour partie des diligences à venir, devra en principe être proportionnée au service rendu et, en cas de révocation, ne saurait être complète²¹.

15. Besançon, 20 février 1985, *D.* 1986, IR 8, 1^{re} esp., obs. F. Derrida.

16. Paris, 21 mai 1985, *D.* 1986, IR 8, 2^e esp., obs. F. Derrida. Rapp. l'art. L. 622-13, C. com.

17. Cass. civ., 30 juillet 1912, *DP* 1913.I.81 : « *Si la faillite du mandant met fin au mandat par lui donné uniquement dans son intérêt, cet événement reste sans influence sur le mandat conféré dans l'intérêt du mandant et de tiers pour une affaire commune à toutes les parties* ».

18. **Étymologie** : du latin *nutus, us* = mouvement de tête.

19. Jurisprudence constante ; ex. : Cass. civ. 3^e, 27 avril 1988, *Bull. civ.* III, n° 80 ; *D.* 1989.351, n. Chr. Atlas ; en l'espèce, il s'agissait d'un syndic de copropriété que les copropriétaires avaient révoqué alors que la durée de ses fonctions n'était pas expirée ; la révocation a été jugée valable : « *Malgré la durée prévue, le mandat de syndic peut être révoqué à tout moment* », mais des dommages-intérêts ont été accordés au syndic. En matière d'agence immobilière, la révocation peut être opérée trois mois après la signature de l'acte, en cas de mandat exclusif (art. 78, Décret 20 juill. 1972).

20. Cass. civ. 1^{re}, 25 février 2010, n° 08-22066, *Bull. civ.* I, n° 44 ; *D.* 2010. 653, n. Y. Rouquet ; *RTD civ.* 2010. 345, obs. P.-Y. Gautier ; *Contrats conc. consom.* 2010 n° 117, n. L. Leveneur ; *Defrénois* 2010.1708, obs. J.-B. Seube : en l'espèce, le mandant n'avait ôté que l'exclusivité, de sorte que le mandataire n'a pu se plaindre de ce que quelques jours plus tard, la vente ait été conclue avec un tiers, par l'intermédiaire d'un autre mandataire : « *sauf stipulation d'irrévocabilité, la révocation partielle est, comme sa révocation totale, laissée à la discrétion du mandant* ».

21. Cass. civ. 2^e, 10 décembre 2015, n° 14-29871, *Bull. civ.* II à paraître ; *RTD civ.* 2016.143, obs. P.-Y. Gautier (honoraires de résultat de l'avocat non dus, l'affaire ayant été transigée et non plaidée ; l'avocat a été révoqué, en cours de procédure).

Elle ne produit effet que si elle est portée à la connaissance du mandataire²² et des tiers (art. 2005²³ ; jusqu'à cette date, le mandant continue à être obligé par les actes du mandataire²⁴. La révocation ne constitue pas une sanction disciplinaire et ne se trouve donc pas soumise aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit à un procès équitable²⁵. Aussi, ni le respect des droits de la défense, ni l'exigence de motivation ne sont-ils requis.

La révocation du mandat ne donne pas, en principe, droit à des dommages-intérêts au mandataire révoqué : la crainte de verser une indemnité pourrait entraver la liberté du mandant. Sauf si la révocation a été abusive²⁶. La règle est d'ordre public : il ne pourrait donc être stipulé que le mandat est toujours révocable *ad nutum* sans qu'aucune indemnité ne fût due. C'est au mandataire révoqué de prouver la faute du mandant s'il veut obtenir des dommages-intérêts²⁷. Lorsque les parties ont convenu d'un préavis, celui-ci doit être respecté. Si le mandataire est un non-professionnel, il jouit des droits corrélatifs de non-reconduction, au cas où il aurait été prévu que le mandat serait renouvelable²⁸.

556. Mandat « irrévocable ». – La révocabilité du mandat n'est pas d'ordre public²⁹. Le mandat peut être « irrévocable », soit par le fait d'une stipulation expresse, soit surtout en raison de sa nature ou de son économie, par exemple, le mandat d'intérêt commun.

En raison des dangers que ce genre de stipulation fait courir au mandant, qui abdique ses pouvoirs, la jurisprudence exige que le mandat, lorsqu'il est expressément irrévocable, doive être spécial, c'est-à-dire limité à une affaire et temporaire. Toutefois, même lorsque le mandat

22. Cass. civ. 3^e, 28 février 1984, *Bull. civ.* III, n° 52 : « La révocation du mandat n'est opposable au mandataire qu'au jour où celui-ci a eu connaissance de la volonté du mandant et non au jour où cette volonté s'est exprimée ». En l'espèce, il s'agissait d'un agent immobilier ayant le mandat exclusif de vendre les appartements d'une société immobilière ; la société avait révoqué le mandat par une lettre recommandée expédiée le 28 décembre, pour prendre effet le 31 ; la lettre ne fut reçue par le mandataire que le 8 janvier suivant ; jugé que la société immobilière avait engagé sa responsabilité en vendant ses appartements entre le 1^{er} et le 23 janvier.

23. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 4 janvier 1965, *Bull. civ.* I, n° 8 : « Le mandant n'établit pas avoir porté la révocation du mandat à la connaissance du tiers ».

24. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 1994, *Bull. civ.* I, n° 323 ; *D.* 1995, IR, 6 ; *JCP G* 1995.IV.79 : jugé que la convention d'honoraires conclue par le mandataire avec un avocat est opposable aux mandants, même pour les diligences postérieures de l'avocat à la date de révocation du mandat, tant que la révocation n'a pas été portée à la connaissance du tiers : « le mandant doit assumer toutes les obligations résultant des actes conclus par le mandataire au nom du mandant avant la prise d'effet de la révocation du mandat ».

25. Cass. soc., 25 octobre 2005, *Bull. civ.* V, n° 304 ; *RTD civ.* 2006.139, obs. P.-Y. Gautier.

26. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 2 mai 1984, *Bull. civ.* I, n° 143 : « Le mandant est libre de révoquer à tout moment son mandat, sauf à ne pas commettre un abus de droit » ; en l'espèce, il s'agissait d'un mandat donné à un avocat.

27. Cass. soc., 24 juin 1973, *Bull. civ.* V, n° 419 : jugé, en l'espèce, que le mandataire révoqué « n'avait pas apporté la preuve, qui lui incombait, que des mesures malicieuses et vexatoires eussent précédé ou accompagné sa révocation et ainsi sa demande (en dommages-intérêts) n'était pas fondée ». En l'espèce, un syndic de copropriété avait été révoqué ; la cour d'appel, sans dire qu'il s'agissait d'un mandat d'intérêt commun, avait refusé de lui accorder une indemnité, car la faute du mandant n'avait pas été prouvée. Cassation : il fallait rechercher « si la société Agence Lamy (le syndic) avait commis un manquement de nature à justifier sa révocation sans indemnité ».

28. Cass. civ. 1^{re}, 25 novembre 2015, cité *infra* n° 570 : un syndicat de copropriétaires bénéficie de l'article L. 215-1 C. consom. sur le formalisme de la reconduction d'un contrat de services, fût-il représenté par un syndic professionnel.

29. Req., 8 avril 1857, *DP* 1858.I.134 : « Aucune disposition de la loi ne défend de modifier le contrat de mandat par des conventions particulières ; ainsi, il est loisible aux parties de stipuler que la procuration ne pourra être révoquée sans que le mandataire reçoive une indemnité ». I. NAJJAR, « Mandat et irrévocabilité », *D.* 2003, chron. 708.

est irrévocable, le mandant peut renoncer à l'opération projetée, ce qui met fin au mandat sans qu'il y ait lieu à indemnité³⁰.

La révocation d'un mandat « irrévocable » est, malgré le nom de cette convention, tenue par les juges pour efficace : le mandataire perd donc ses pouvoirs (prétendument « irrévocables ») en dépit de l'irrégularité de la révocation ; les actes faits par le mandant en méconnaissance du mandat « irrévocable » sont donc valables, sauf fraude³¹. Mais en révoquant un mandat « irrévocable », le mandant engage sa responsabilité contractuelle³² ; par conséquent, le mandataire a droit à une indemnisation, sauf s'il a commis lui-même une faute qui justifie la révocation³³. Si une indemnité a été prévue à l'avance, elle ne saurait être réduite, ne constituant pas une clause pénale³⁴. En matière immobilière, la clause d'irrévocabilité est inefficace, passé trois mois (décret du 20 juill. 1972, art. 78)³⁵.

Le mandat « irrévocable » a donc pour effet de déplacer la charge de la preuve, qui en cas de révocation de ce mandat pèse sur le mandant. Celui-ci n'échappe à sa responsabilité qu'en démontrant la faute du mandataire.

557. Mandat d'intérêt commun. – Le mandat est également « irrévocable », lorsqu'en raison de son économie, il est d'intérêt commun³⁶. Mais bien que le mandat soit d'« intérêt commun », le mandataire peut être révoqué³⁷, y compris lorsque le contrat a été conclu pour une opération ou une durée déterminée. Cependant il a droit à des dommages-intérêts³⁸, sauf si le mandant démontre

30. Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2006, *Bull. civ. I*, n° 269 ; *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. n° 184, n. L. Leveueur : « le mandat, même stipulé irrévocable de rechercher un acquéreur en vue de la vente d'un bien, ne prive pas le mandant du droit de renoncer à l'opération ; la révocation produit alors tous ses effets ». De sorte que si une clause pénale a été insérée dans l'acte, elle ne peut jouer.

31. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 1970, *Bull. civ. I*, n° 208 ; *D.* 1971.261, n. J.-L. Aubert : « Le pouvoir stipulé irrévocable ne [...] privait pas (le mandant) du droit de disposer personnellement de ses parts, en qualité de propriétaire ».

32. Cass. civ. 1^{re}, 5 février 2002, *Bull. civ. I*, n° 40 ; *D.* 2002, 2640, n. Dagorne-Labbé et somm. 2838, obs. L. Aynès ; *JCP G* 2003.II.10 029, note D. Martin : « le mandat, même stipulé irrévocable, [...] ne prive pas le mandant du droit de renoncer à l'opération ; la révocation produit (alors tous) ses effets, sous réserve de la responsabilité du mandant envers le mandataire ».

33. Cass. civ. 1^{re}, 23 mai 1979, *Bull. civ. I*, n° 153 : « S'il est loisible aux parties de stipuler que le mandat ne pourra être révoqué sans que le mandataire reçoive une indemnité, cette dérogation au principe posé par l'article 2004 ne s'applique pas lorsque la révocation du mandat est rendue nécessaire par une faute imputable au mandataire ; dans ce cas, le mandant n'est plus lié à son égard par la promesse d'indemnité ».

34. Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 2001, *Bull. civ. I*, n° 56 ; *D.* 2001, somm.2343, obs. Ph. Delebecque ; *JCP G* 2002.II.10067, n. Y. Dagorne-Labbé ; *Contrats, conc. consom.* 2001, comm. n° 102, n. L. Leveueur ; en l'espèce, il avait été stipulé qu'un mandat de gestion pouvait être révoqué moyennant « le versement d'une indemnité égale au montant des rémunérations qui auraient dû être perçues si le mandat était allé jusqu'à son terme » ; jugé que cette stipulation était valable : « les dispositions de l'art. 2004 ayant un caractère supplétif, la cour d'appel a exactement jugé que l'indemnité contractuelle de résiliation litigieuse aménageait simplement les conditions de rupture du contrat et ne représentait que le prix de la faculté de résiliation unilatérale, en dehors de toute notion d'inexécution, de sorte qu'elle n'avait pas le caractère d'une clause pénale ».

35. A.-S. LUCAS-PUGET, « La clause d'irrévocabilité du mandat d'entremise de l'agent immobilier », *Contrats, conc. consom.* 2013, Formule n° 13.

36. Ex. : ** Cass. civ., 13 mai 1885, *Frédéric Fiat*, *DP* 1885.I.350 ; *S.* 1887.I.220 : « Lorsque le mandat a été donné dans l'intérêt du mandant et du mandataire, il ne peut pas être révoqué par la volonté de l'une ou même de la majorité des parties intéressées, mais seulement de leur consentement mutuel, ou pour une cause reconnue en justice, ou enfin suivant les clauses et conditions spécifiées par le contrat ».

37. * Cass. civ. 1^{re}, 2 octobre 2001, *Bernard*, *Bull. civ. I*, n° 239 ; *Contrats, conc. consom.* 2002, comm. n° 3, n. Leveueur ; *RTD civ.* 2002.118, obs. P.-Y. Gautier ; *Deffrénois* 2002.321, n. A. Rabreau ; *JCP E*, 2002.593, n. E. Treppoz et *JCP G* 2002.II.10094, n. Y. Dagorne-Labbé : « L'absence de cause légitime ne prive pas de l'effet la révocation du mandat d'intérêt commun ».

38. Cass. com., 18 janvier 2000, *Contrats, conc. consom.* 2000, comm. n° 75, n. L. Leveueur ; n.p.B. : l'indemnité est due sauf faute du mandataire ou renonciation de sa part et les clauses contraires ou ambiguës sont sans effet.

que la révocation était justifiée, par exemple par la faute du mandataire³⁹ ou l'évolution économique⁴⁰.

La charge de la preuve de la faute est renversée : elle pèse sur le mandant. Mais : 1^o la règle est supplétive : le mandat d'intérêt commun peut prévoir que le mandant a une faculté de révocation unilatérale sans indemnité, à la condition d'un préavis dont la nécessité est d'ordre public⁴¹ ; 2^o comme pour les agents commerciaux, la règle ne s'applique pas au non-renouvellement du mandat à durée déterminée, qui ne donne pas lieu à indemnité⁴². La renonciation du mandataire d'intérêt commun à son indemnisation ne se présume pas⁴³.

Le mandataire professionnel d'intérêt commun a le droit, sauf clause contraire, d'accepter aussi la représentation d'un autre mandant, à condition qu'il n'y ait pas concurrence avec le premier mandant⁴⁴. Pour qu'un mandat soit d'intérêt commun, il faut qu'il n'ait pas été conclu dans le seul intérêt du mandant mais aussi dans celui du mandataire⁴⁵. Les hypothèses d'intérêt commun sont variées et vont des contrats onéreux aux conventions entre coindivisaires⁴⁶. La jurisprudence n'admet pas que l'intérêt du mandataire soit seulement constitué par son salaire⁴⁷ : le seul fait d'être un mandataire professionnel n'est pas non plus suffisant ; le mandataire doit avoir un intérêt plus caractéristique, lié à la réalisation de l'objet du mandat, par exemple, une clientèle commune⁴⁸. Mais il faut qu'il y ait représentation : ce qui ne serait le cas... ni de la commission, car le commissionnaire agit en son propre nom⁴⁹... ni de la concession

39. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 1987, *Bull. civ. I*, n° 94 ; *RTD com.* 1988.291, obs. B. Bouloc. En l'espèce, jugé qu'il y avait « une cause légitime de révocation sans indemnité » lorsque le mandataire d'une compagnie d'assurances avait eu une « production » insuffisante, bien que le mandat fût d'intérêt commun.

40. Ex. : Cass. com., 20 juin 1967, *Bull. civ. III*, n° 267 : « La cessation de la fabrication des produits dont la vente fait l'objet du mandat commercial constitue une cause légitime de rupture de ce mandat lorsqu'elle ne s'accompagne d'aucune faute du mandant ».

41. Cass. com., 10 février 1975, *Bull. civ. IV*, n° 39 ; *RTD civ.* 1975.556, obs. G. Cornu : « Le mandat d'intérêt commun peut être révoqué [...] suivant les clauses et conditions spécifiées par le contrat ». Toutefois : Cass. com., 2 mars 1993, *supra*, n° 550 : « les usages professionnels ne prévalent pas sur la loi ».

42. Cass. com., 5 décembre 1989, *Bull. civ. IV*, n° 304 : « La dénonciation dans le délai contractuel d'un contrat conclu pour une durée déterminée ne constitue pas la résiliation de ce contrat avant l'échéance du terme ; [...] la sté Patz, loin de résilier le contrat litigieux, n'avait fait qu'user de la faculté qui s'y trouvait stipulée de ne pas le renouveler au terme convenu ».

43. Cass. com., 18 janvier 2000, préc.

44. Cass. com., 16 mars 1993, *Bull. civ. IV*, n° 109 ; *D.* 1994, somm., 224, obs. Y. Picod : le mandataire, non tenu d'une obligation d'exclusivité, qui travaille pour un autre mandant sans l'accord du mandant initial, n'est exempt de faute qu'à la condition que « les produits (sic) de ce dernier (le nouveau mandant) ne soient pas concurrents de ceux du premier mandant ».

45. Ex. : les distributeurs de presse ont comme le journal ou la messagerie un intérêt à la distribution de la presse, même s'ils ne courent aucun risque financier lorsque le journal reprend les invendus : Cass. com., 2 mars 1993, *Bull. civ. IV*, n° 90 ; *D.* 1994.48, n. T. Aubert-Monpeyssen ; *JCP G* 1993.II.22176, n. M. Behar-Touchais ; *Contrats, conc. consom.* 1993, n° 106 n. L. Leveueur. E. CADOU, *La distribution de la presse*, LGDJ, 1998.

46. Dans cette dernière hypothèse, tant le mandat que sa révocation devront obéir à la règle d'unanimité ou de majorité des deux tiers, selon les cas (art. 815-3, L. 23 juin 2006). À défaut, la révocation serait nulle, ou inopposable au mandataire.

47. Cass. com., 20 janvier 1971, *Bull. civ. IV*, n° 20 : « La stipulation d'un salaire ne permet pas, à elle seule, de considérer le mandat comme étant donné dans l'intérêt du mandataire ».

48. Définition donnée par Cass. com., 8 octobre 1969, *Bull. civ. IV*, n° 284 ; *D.* 1970.143, 1^{re} esp. ; *JCP G* 1970.II.16339 ; *RTD com.* 1970.474, obs. J. Hémar : « La réalisation de l'objet du mandat présentait (pour le mandant et le mandataire) l'intérêt d'un essor de l'entreprise par création et développement de la clientèle ».

49. Cass. com., 10 février 1970, *Bull. civ. IV*, n° 49 ; *D.* 1970.392 : « En appliquant ainsi en la cause les règles spéciales au mandat d'intérêt commun alors qu'en vertu (de l'art. L. 132-1, C. com.), les articles 1984 et s. ne s'appliquent qu'à celui qui, à l'égard de la clientèle, agit au nom du commettant et non pas en son propre nom, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». Par

commerciale, au prétexte que le concessionnaire agit pour son propre compte⁵⁰... ni des actes purement matériels accomplis par l'intermédiaire⁵¹. Celui qui ne fait que présenter la clientèle à son cocontractant n'est pas non plus un mandataire d'intérêt commun⁵².

558. Agent commercial ; non-concurrence. – L'agent commercial est l'exemple type du mandataire d'intérêt commun (C. com., art. L. 134-4)⁵³. Sa qualité est déterminée par la loi⁵⁴ ; mais la preuve en est libre⁵⁵. Comme le dit la Cour de cassation : il « *est un mandataire indépendant chargé de négocier et, éventuellement de conclure des contrats au nom et pour le compte de son mandant* »⁵⁶. Sa révocation n'a pas un régime identique à celle des mandataires d'intérêt commun : le droit se diversifie, ici aussi. En cas de cessation de ses relations avec le mandant, y compris en cas de décès, et à moins que l'agent en ait pris l'initiative⁵⁷, celui-ci a droit à une indemnité, sauf s'il a commis une faute grave⁵⁸ qui doit être prouvée par le mandant⁵⁹. Selon un autre arrêt de la Cour

conséquent, si le contrat est à durée indéterminée, le commissionnaire n'a droit à aucune indemnité en cas de résiliation, sauf s'il y a eu abus du droit ou violation du délai de préavis.

50. Refus de la qualification de mandat d'intérêt commun : * Cass. com., 7 octobre 1997, *Maine Auto*, *Bull. civ. IV*, n° 252 ; *JCP G* 1998.II.10085, n. J.-P. Chazal ; *D.* 1998.413, n. Chr. Jamin et somm. 333, obs. Ferrier ; *RTD civ.* 1998.130, obs. crit. P.-Y. Gautier et 370, obs. J. Mestre : « *Le contrat de concession exclusive ne constitue pas un mandat d'intérêt commun [...], le concédant peut résilier le contrat de concession sans donner de motifs, sous réserve de respecter le délai de préavis et sauf abus du droit de résiliation* ». Ph. BRIAND, « Le mandat en droit de la distribution » in *Le mandat, un contrat en crise ?*, dir. N. Dissaux, *Economica*, 2011, p. 135 s. Ph. GRIGNON, *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, Litec, 2000, n°s 242 et s.

51. Cass. com., 8 janvier 2002, *Bull. civ. IV*, n° 1 ; *RTD civ.* 2002.323, obs. P.-Y. Gautier ; *Contrats, conc. consom.* 2002, comm. n° 87, n. L. Leveneur ; en l'espèce, les Galeries Lafayette (un grand magasin) avaient concédé à un commerçant M. Sebagh, un emplacement « *afin qu'y soient vendus des produits choisis par ce dernier mais commandés par la société* » ; les Galeries Lafayette ayant révoqué cette concession, jugé qu'il ne s'agissait pas d'un mandat d'intérêt commun, « *les préposés de Sebagh n'ayant effectué que des actes matériels de présentation des produits à l'exclusion d'actes juridiques pour le compte de la société* ».

52. Cass. com. 8 juillet 2008, *Bull. civ. IV* n° 148 ; *D.* 2008.2140, n. X. Delpech ; *Contrats, conc. consom.* 2008, comm. n° 229, n. N. Mathey. L'arrêt précise que la qualification de mandataire d'intérêt commun est aussi exclue parce que la clientèle appartient à l'intermédiaire et n'est point partagée.

53. **Biblio.** : J.-M. LELOUP, *Les agents commerciaux*, Delmas, 2016-2017.

54. Cass. com., 10 décembre 2003, *Bull. civ. IV*, n° 198 ; *D.* 2004.210, n. E. Chevrier ; *Contrats, conc. consom.* 2004, comm. n° 34, n. L. Leveneur ; *RDC* 2004, p. 731, obs. crit. M. Behar-Touchais ; en l'espèce, un contrat avait qualifié une personne d'« *agent commercial indépendant* » ; après quelques années d'activités, l'entreprise pour laquelle elle travaillait décida d'y mettre fin ; l'« *agent commercial indépendant* » demanda le versement d'indemnités, que lui refusa la cour d'appel ; rejet du pourvoi : « *l'application du statut d'agent commercial ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties dans le contrat, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leurs conventions mais des conditions dans lesquelles l'activité est effectivement exercée* ».

55. Cass. com., 25 juin 2002, *Bull. civ. IV*, n° 110 ; *D.* 2002.2529, n. E. Chevrier : rien n'oblige les parties à signer un contrat écrit. Le juge est également libre de rechercher la qualification du contrat, à la demande d'une partie qui la conteste : Cass. com., 10 février 2015, n° 13-28262, *Bull. civ. IV* n° 17 ; *Contrats, conc. consom.* 2015, n° 85, n. N. Mathey.

56. Cass. com., 15 janvier 2008, *Bull. civ. IV*, n° 4, *JCP G* 2008.IV.1285 ; en conséquence, si le prétendu agent commercial négocie des contrats « *pour son propre compte* », et non « *au nom et pour le compte du mandant* », il ne peut prétendre « *au bénéfice ou statut d'agent commercial* ».

57. Cass. com., 18 octobre 1988, *Bull. civ. IV*, n° 277 : l'agent commercial qui a pris l'initiative de la rupture n'a pas droit à une indemnité.

58. Ex. : Cass. com., 15 octobre 2002, *Contrats, conc. consom.* 2003, comm. n° 19, n. L. Leveneur ; n.p.B. ; la faute grave est celle qui « *porte atteinte à la finalité commune du mandat d'intérêt commun et rend impossible le maintien du lien contractuel...* ». C'est au mandant qui s'en prévaut d'en rapporter la preuve.

59. Ex. : Cass. com., 13 avril 1967, *Bull. civ. IV*, n° 145 : « *Il appartenait à la société (le mandant) de prouver que la résiliation du mandat était justifiée par une faute des mandataires* ».

de cassation, le contrat peut subordonner l'exercice de la profession à une immatriculation⁶⁰. Les éléments constitutifs de la faute sont fixés par la loi (*ib.*, art. L. 134-12), qui est d'ordre public⁶¹, un ordre public de protection n'empêchant pas le contrat de stipuler d'autres indemnités relatives à la cessation de contrat⁶².

Si le non-renouvellement est abusif, l'agent a droit à des dommages-intérêts⁶³. À la différence des VRP, il n'est pas un salarié⁶⁴, ce qui impose aux parties une loyauté particulièrement exigeante ; ainsi l'agent « ne peut accepter une représentation concurrente de celle de l'un de ses mandants sans l'accord de ce dernier » (*ib.*, art. L. 134-1), « le contrat peut contenir une clause de non-concurrence après la cessation du contrat » (*ib.*, art. L. 134-14)⁶⁵. En revanche, certaines clauses ne sauraient être admises, à raison de leur contrariété à l'ordre public ou parce qu'elles constitueraient un abus de dépendance économique⁶⁶.

Le Code de commerce a intégré dans notre droit une directive communautaire, consacrant le droit existant, mais en développant la protection des agents : droit à commission si le contrat a été conclu grâce à lui, privation de l'indemnité uniquement en cas de faute grave (art. L. 134-13), préavis obligatoire avant la rupture d'un contrat à durée indéterminée (art. L. 134-11), transformation en contrat à durée indéterminée d'un contrat à durée déterminée qui continue à être exécuté après son terme (art. L. 134-11), droit à indemnité en cas de cessation du contrat quelles

60. Cass. com., 8 juillet 2003, *Bull. civ. IV*, n° 116 ; *D.* 2003.2234, n. crit. E. Chevrier : « l'article L. 134-16, C. com. qui répute non écrite toute clause contraire à certaines dispositions du statut des agents commerciaux, n'interdit pas aux parties de subordonner la prise d'effet du contrat d'agent commercial à l'immatriculation de l'agent sur le registre spécial » ; en l'espèce, la cour d'appel avait imputé les commissions reçues avant l'immatriculation sur l'indemnité de rupture ; rejet du pourvoi.

61. Le caractère d'ordre public de l'article L. 134-12 produit au moins deux conséquences (la matière est très contentieuse) 1°) Cass. com., 28 mai 2002, *Bull. civ. IV*, n° 91 ; *D.* 2003, somm. 459, obs. P. Delebecque ; *RTD civ.* 2002.833, obs. P.-Y. Gautier : « les parties ne peuvent décider qu'un comportement déterminé constituera une faute grave et la clause contractuelle qui définit la non-atteinte du chiffre d'affaires minimum à réaliser comme une faute grave justifiant le non-renouvellement du contrat sans indemnité doit être réputée non écrite ». 2°) Ce sont les éléments retenus par l'article 134-12 qui doivent être retenus pour fixer l'indemnité, non d'autres : Cass. com., 25 juin 2002, *Bull. civ. IV*, n° 109 ; *Contrats, conc. consom.* 2002, comm. n° 152, n. L. Leveneur « l'article 134-12 a transposé la directive (du 18 décembre 1986) en optant pour la réparation du préjudice causé par la cessation des relations contractuelles, et non la réparation de la perte de clientèle ».

62. Jurisprudence plusieurs fois réitérée ; ex. Cass. com., 17 juin 2003, *Bull. civ. IV*, n° 99 ; *D.* 2003.1910, n. E. Chevrier : « si les parties peuvent convenir d'indemnités se cumulant avec celle qui est prévue par le texte toute clause prévoyant une indemnité différente est non avenue ».

63. Cass. com., 15 octobre 2002 préc.

64. Ex. : Cass. soc., 21 novembre 1968, *Aff. Tupperware*, *Bull. civ. V*, n° 525 ; *JCP G* 1969.II.15943 : le contrat par lequel un fabricant « confie la vente d'articles ménagers en matière plastique [...] à des démonstratrices qui, selon le procédé dit "home party", les placeront dans le cercle de leurs relations au cours de réunions organisées par une hôtesse à laquelle la démonstratrice remet ultérieurement les objets commandés par les clientes moyennant le versement du prix d'achat » n'est pas un contrat de travail de VRP, à cause de l'indépendance des intéressées (liberté des horaires), mais un mandat d'agent commercial.

65. Puis, la Cour de cassation, statuant sur une clause de non-concurrence stipulée dans un contrat de travail, a ajouté une condition nouvelle : que l'employeur devait avoir versé une contrepartie financière : Cass. soc., 10 juillet 2002, 3 arrêts, *Bull. civ. V*, n° 239 ; *D.* 2002.2491, n. Serre ; *JCP G* 2002.II.10162, n. F. Petit ; *Defrénois* 2002.1619, obs. R. Libchaber ; *RDC* 2003.17, obs. J. Rochfeld : « une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives ».

66. Ex. Cass. com., 28 mai 2002, préc. : « il appartient au seul juge de qualifier de faute grave les faits qui lui sont soumis [...], les parties ne peuvent décider qu'un comportement déterminé (non-réalisation par l'agent d'un quota) constituera une faute grave privative d'indemnité ».

qu'en soient la forme et la cause (art. L. 134-12)⁶⁷. Le mandant, en vertu de son obligation de loyauté (art. L. 134-4), doit mettre l'agent en mesure d'exécuter le contrat, veillant à ce qu'il puisse pratiquer des prix concurrentiels par rapport aux autres distributeurs⁶⁸. L'agent est lui aussi tenu de se montrer loyal (art. L. 134-3)⁶⁹ ; il a un an pour réclamer l'indemnité, à peine d'être déchu de son droit (art. L. 134-12, al. 2)⁷⁰.

559. VRP, gérants-mandataires et promoteurs. – Les VRP⁷¹ sont des salariés⁷² ayant pour activité de provoquer des commandes de marchandises ou de prestations de services. Ils bénéficient d'un statut impératif (C. trav., art. L. 7311-1 et s.) : en cas de rupture par l'employeur, ils ont droit à une indemnité de « clientèle »⁷³, sauf s'ils ont commis une faute grave⁷⁴. Ils sont les intermédiaires les mieux protégés.

Un contrat de travail de VRP peut se nover en un mandat d'intérêt commun⁷⁵. Un autre texte (C. civ., art. 1831-1, L. 1971) a aussi, curieusement, conféré la qualité de mandataire d'intérêt commun aux promoteurs immobiliers, alors qu'il veut protéger, non le promoteur (prétendu mandataire), mais son client (prétendu mandant), ce qui dénature le mandat d'intérêt commun. Le Code de commerce contient également des dispositions sur les « gérants-mandataires » de fonds de commerce, qui à l'encontre des locataires-gérants, constituent des mandataires du propriétaire, et perçoivent une indemnité en fin de contrat (art. L. 146-1 et s.)⁷⁶

67. Les juges se montrent en général protecteurs de l'agent ; ex. : l'appréciation restrictive de la faute grave : Aix, 19 juin 2001, *JCP G* 2002.II.10 122, n. E. Mouveau.

68. Cass. com., 24 novembre 1998, *Bull. civ. IV*, n° 177 ; *Contrats, conc. consom.* 1999, comm. n° 56, n. M. Malaurie-Vignal ; *Defrénois* 1999.371, n. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 1999.98, obs. J. Mestre et 646, obs. P.-Y. Gautier ; *JCP G* 1999.II.10210, n. Y. Picod : « *Le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat* ».

69. Cass. com., 15 mai 2007, *Bull. civ. IV*, n° 128 ; *Contrats, conc. consom.* 2007, comm. n° 202, n. M. Malaurie-Vignal : l'agent commet un « *manquement à l'obligation de loyauté, essentielle au mandat d'intérêt commun, dans le fait d'avoir caché l'activité parallèle* » ; il n'a donc pas d'indemnité de rupture, du fait de cette faute grave, même si les parties ne sont pas sous exclusivité.

70. Cass. com. 11 mars 2008, n° 07.10590, *Bull. civ. IV*, n° 55 ; *JCP G* 2008.IV.1713 : « *le délai de déchéance d'un an prévu à l'art. L. 134-12 C. com. ne s'applique pas à l'indemnité visant à compenser le non-respect du préavis prévu par l'art. L. 134-11 du même Code* ».

71. H. DE BALZAC, les premières lignes de *L'illustre Gaudissart* : « *Le Commis Voyageur, personnage inconnu dans l'antiquité, n'est-il pas une des plus curieuses figures créées par les mœurs de l'époque actuelle ? N'est-il pas destiné, dans un certain ordre de choses, à marquer la grande transition qui, pour les observateurs, soude le temps des exploitations matérielles au temps des exploitations intellectuelles* ».

72. Le VRP peut être rémunéré par une somme fixe ou par une commission ou par une combinaison des deux. La charge de la preuve du droit à rémunération pèse sur le VRP (la question se pose surtout lorsqu'il s'agit d'une commission) : ex. : Cass. Ass. plén., 26 février 1988, *Bull. civ. Ass. plén.*, n° 2 : « *Il incombait au demandeur (le VRP) d'établir qu'il existait un accord ou un usage en vertu duquel les marchés sur appel d'offres ouvraient droit à commission* ».

73. Cass. soc., 2 mars 1966, *Bull. civ. IV*, n° 225 : « *Cette indemnité est destinée à réparer le préjudice que lui cause la perte, pour l'avenir, de la faculté de continuer à visiter ladite clientèle* ». La charge de la preuve de la création ou du développement de la clientèle incombe au VRP : Cass. soc., 2 février 1961, *Bull. civ. IV*, n° 164.

74. Ex. : Cass. soc., 19 juillet 1988, *Bull. civ. V*, n° 468 : le représentant « *n'acceptant pas, malgré des mises en demeure réitérées, d'exécuter les instructions de son employeur, avait continué à visiter une partie de son ancien secteur attribuée à un autre représentant, au risque de nuire à la crédibilité de la société et refusé de visiter ses nouveaux clients au risque de les voir perdus par la société ; elle (la cour d'appel) a pu en déduire [...] que l'attitude de celui-ci (le VRP) constituait une faute grave justifiant la rupture immédiate du contrat de travail* ».

75. Cass. civ., 7 juillet 1988, *Bull. civ. V*, n° 435 ; *RTD com.* 1989.299, obs. B. Bouloc.

76. N. DISSAUX, « *La gérance-mandat, une troisième voie ?* » *D.* 2010. 667.

§ 2. RENONCIATION

560. Une règle bien tempérée. – Puisque le mandat repose sur la confiance, le mandataire⁷⁷ peut y renoncer (art. 2003) en notifiant sa renonciation au mandant (art. 2007, al. 1) : il ne peut être maintenu contre son gré dans les liens du mandat. Mais il doit une indemnité au mandant si cette renonciation lui cause un préjudice⁷⁸, sauf s'il « se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable » (art. 2007, al. 2)⁷⁹.

SECTION III

SUBSTITUTION DE MANDATAIRE

561. Sous-mandat. – Rationnellement, du fait de l'*intuitus personae* qui domine le mandat, le mandataire ne devrait pas pouvoir se substituer un tiers dans l'accomplissement de sa mission sans l'accord du mandant. Le mandat est en effet une mission de confiance, et la confiance est personnelle. Effectivement, il est des cas où la substitution est impossible, parce que la convention de mandat l'a interdit, ou que cet *intuitus personae* résulte de l'économie du contrat. Ainsi en est-il de la représentation en justice, où les rapports de confiance sont particulièrement personnels⁸⁰. Mais, en général, la substitution est possible ; la pratique a ainsi créé le contrat de sous-mandat, qui relève du genre plus général des sous-contrats⁸¹. La Cour de cassation a même admis la validité du mandat au porteur et du mandat en blanc⁸².

Si le mandant n'a pas autorisé la substitution, le mandataire initial demeure responsable ; au contraire, lorsque la substitution a été autorisée, le mandataire initial n'est responsable que s'il a mal choisi son substitué (art. 1994, al. 1) ou l'a mal surveillé⁸³.

77. La règle ne s'applique pas aux mandataires de justice : Cass. civ. 1^{re}, 10 juin 1986, *Bull. civ. I*, n° 161 : « Le mandataire désigné par autorité de justice ne peut mettre fin lui-même à ses fonctions sans y avoir été expressément autorisé par une décision de l'autorité qui l'a désigné ». En l'espèce, le tribunal de commerce avait désigné un administrateur judiciaire afin d'assurer le redressement d'une entreprise en difficultés financières : il était prévu que ses honoraires étaient de 11 500 € mensuels, que si sa mission venait à être écourtée par le tribunal, les honoraires continueraient à être dus pour une durée d'un an, « que le rôle de M. Gandur (l'administrateur) implique une intervention minimale d'une année, quel qu'en soit le statut juridique ». Au bout de six mois, « M. Gandur a informé la société de sa démission de son mandat judiciaire, tout en se disant disposé à l'assister "en tant que conseil" ». Jugé qu'il n'avait plus droit à indemnité du jour de sa démission.

78. Ex. : Cass. com., 14 mars 1995, *Bull. civ. IV*, n° 74 ; *RTD civ.* 1996.195, obs. P.-Y. Gautier : « La brusque cessation des fonctions de son agent commercial [...] a entraîné pour la sté Kempel (le mandant) divers préjudices ».

79. Ex. : une maladie, un changement de résidence ou de profession, une inimitié profonde entre mandant et mandataire, etc.

80. Req., 8 janvier 1912, *DP* 1913.I.185, 2^e esp., n. H. Lalou ; S. 1912.I.359 (avoué).

81. Bl. MALLET-BRICOUT, *La substitution de mandataire*, th. Paris II, Éd. Panthéon-Assas 2000, préf. Chr. Larroumet : critique le rapprochement de la substitution de mandataire avec le sous-mandat.

82. Jurisprudence souvent réitérée ; ex. : Cass. civ. 1^{re}, 28 février 1989, *Bull. civ. I*, n° 98 ; *Deffrénois* 1989, art. 34.530, obs. M. Vion ; *RTD com.* 1989.720, obs. B. Bouloc : « Le mandant a la faculté de laisser à celui auquel est remise la procuration, le soin de choisir le mandataire ».

83. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 1980, *Bull. civ. I*, n° 163 : « Le mandataire qui s'est substitué un tiers pour l'exécution de sa mission, même avec l'autorisation du mandant, reste tenu d'une obligation de surveillance vis-à-vis du mandataire substitué pour la bonne exécution du mandat ». En l'espèce, jugé qu'une agence de voyage avait commis « un manquement à son obligation de veiller à ce que les mesures prises par son correspondant local soient exécutées dans des conditions de sécurité suffisantes ».

Lorsque la substitution est permise, le mandant est tenu d'exécuter les actes conclus en son nom et pour son compte par le mandataire substitué. En outre, le Code civil accorde au mandant « *dans tous les cas* » (c'est-à-dire qu'il y ait eu ou non autorisation), une action contre le sous-mandataire, qualifiée d'action directe (art. 1994, al. 2) : il faut et il suffit que le mandataire substitué ait agi pour le compte du mandant initial⁸⁴. La Cour de cassation a également accordé une action directe au mandataire substitué contre le mandant⁸⁵ ; il y a eu ainsi « bilatéralisation » de l'action directe. La recevabilité de cette action n'est pas subordonnée à la connaissance par le mandant de l'existence du sous-mandat⁸⁶.

Le sous-mandataire peut donc directement réclamer ses honoraires au mandant ; mais dans la double limite des engagements du mandant et de ceux du mandataire, le mandant peut lui opposer le paiement au mandataire avant l'exercice de l'action⁸⁷ ; l'action directe est donc « imparfaite ». Le fondement de cette règle est incertain : cession de contrat ? Sous-contrat ? Contrat conclu directement entre le sous-mandataire et le mandant par l'entremise du mandataire⁸⁸ ? C'est un sous-contrat un peu particulier, une sorte de représentation au second degré⁸⁹.

Entre mandataire et sous-mandataire, les relations sont celles qui découlent d'un mandat. Ainsi des relations directes unissent les deux extrêmes (mandant et sous-mandataire) sans effacer celles qui liaient les deux groupes de contractants (mandant-mandataire ; mandataire-sous-mandataire)⁹⁰. Le sous-mandataire est tenu d'exécuter les ordres qui lui sont notifiés par le mandant⁹¹.

84. Jurisprudence constante : Ex. : Cass. com., 2 décembre 1997, *Vilgrain*, *Bull. civ.* IV, n° 313 ; *Contrats, conc. consom.* 1998, comm. n° 42, n. L. Leveneur ; *JCP G* 1998.II.10160, note crit. M. Storck : il résulte de l'art. 1994 que la substitution de mandataire sans autorisation du mandant « *avait pour seul effet de rendre le mandataire responsable de la gestion de celui qu'il s'est substitué, elle n'était pas interdite* » ; la responsabilité du mandataire substitué peut être engagée s'il a commis une faute.

85. * Cass. civ. 1^{re}, 27 décembre 1960, *Louis Bruno*, *Bull. civ.* I, n° 573 ; *D.* 1961.491, n. J. Bigot ; *RTD civ.* 1961.700, obs. G. Cornu ; *GAJ civ.*, n° 283 : « *Le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substitué ; par voie de conséquence, le substitué jouit d'une action personnelle et directe contre le mandant pour obtenir le remboursement de ses avances et frais et le paiement de la rétribution qui lui est due* ».

86. Cass. com., 19 mars 1991, *Bull. civ.* IV, n° 102 ; *D.* 1992, somm., 81, obs. M. Rémond-Gouilloud ; *RTD civ.* 1992.414, obs. P.-Y. Gautier : « *L'action directe du mandataire substitué contre le mandant peut être exercée dans tous les cas, que la substitution ait été, ou non, autorisée par le mandant* ».

87. Jurisprudence plusieurs fois réitérée : Ex. : * Cass. com., 3 décembre 2002, *Ziegler France*, *Bull. civ.* IV, n° 188 ; 2003.786, n. B. Mallet-Bricout ; *RTD civ.* 2003.312, obs. P.-Y. Gautier ; *Defrénois* 2003.236, n. E. Savaux ; *Contrats, conc. consom.* 2003, comm. n° 55, n. L. Leveneur : l'action directe « *ne peut toutefois être exercée qu'autant que l'action du mandataire intermédiaire n'est pas elle-même éteinte [...]* ; (lorsque) *celui-ci a reçu les fonds, l'extinction de sa créance fait obstacle à l'action directe* » ; rapp. *infra*, n° 755, la même situation faite au sous-traitant.

88. Ph. DELEBECQUE, *D.* 1996.290, n° 13, sous Cass. com., 20 février 1996.

89. M. COZIAN, *L'action directe*, th. Dijon, LGDJ, 1969, préf. A. Ponsard, n° 62-93.

90. Autre conséquence : opposabilité de la clause compromissoire au mandataire substitué : Cass. civ. 1^{re}, 8 février 2000, *Bull. civ.* I, n° 36 ; *Rev. arb.* 2000.280, obs. P.-Y. Gautier ; *JCP G* 2001.II.10570, n. D. Ammar : « *la clause d'arbitrage international s'impose à toute partie venant aux droits de l'un des contractants ; la cour d'appel [...] en a exactement déduit que la convention d'arbitrage stipulée dans le mandat du 9 février 1966 devait recevoir application à l'égard des mandataires substitués* ».

91. Cass. civ. 1^{re}, 13 juin 2006, *Bull. civ.* I, n° 304 : en l'espèce, semble-t-il (la Cour de cassation est elliptique), un mari (« mandant originaire ») avait donné mandat à sa femme, (« mandataire intermédiaire ») de faire vendre par un commissaire-priseur divers meubles ; la femme révoqua le mandat donné au commissaire-priseur ; le commissaire-priseur poursuivit néanmoins la vente sur instruction du mari ; jugé qu'il n'était pas en faute.

■ CHAPITRE IV ■

CONTRAT CONSENSUEL

Comme la plupart des contrats, le mandat est, dans son principe même, un contrat consensuel (art.1985). Il peut donc être conclu par écrit, ou verbalement¹, ou même tacitement. L'écrit peut être dématérialisé (art. 1366 et s., ancien art. 1316-1) Là aussi, le principe comporte des tempéraments : dans certains cas ou à certains égards, il est soumis à un formalisme qui, parfois constitue même une solennité (Section I), parfois est simplement probatoire (Section II).

SECTION I

MANDAT TACITE ET MANDAT SOLENNEL

562. Mandat tacite. – Il y a mandat tacite lorsqu'une personne fait un acte au nom et pour le compte d'autrui, qui y consent en silence (art. 1985, al. 2). Bien que non exprimée, la volonté du mandant est déduite des circonstances² ; elle ne peut alors avoir pour objet que les actes d'administration.

1. Chr. LAZERGES, « Les mandats tacites », *RTD civ.* 1975.222.

2. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 15 mars 2005, *Bull. civ.* I, n° 131 ; *JCP G.* 2005.IV.1962 ; *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. n° 125, n. L. Leveneur : en l'espèce, un avocat avait obtenu en justice une indemnité pour le compte de son client, l'avait remise à un « intermédiaire » qui la détourna ; la cour d'appel condamna l'avocat à payer cette somme à son client, car il avait commis une faute : il n'aurait dû se dessaisir de cet argent, « qu'au vu d'un acte sous seing privé l'habilitant à recevoir un paiement en ses lieu et place ». Cassation, au visa de l'art. 1985, « le mandat peut être donné [...] verbalement ».

L'admission du mandat tacite est dangereuse, car le mandat ne doit pas être donné à la légèreté et le mandant ne doit pas être engagé à son insu. Elle apparaît surtout lorsqu'il y a communauté de vie³ ou d'intérêts⁴ ; souvent, les officiers ministériels en bénéficient⁵.

Le principe est que le mandat tacite doit être prouvé selon le droit commun⁶. La jurisprudence admet facilement qu'il y ait un commencement de preuve par écrit⁷ ou une impossibilité morale ou matérielle de se procurer un écrit⁸ rendant, l'un et l'autre, admissibles les présomptions et les témoignages ; elle admet aussi, avec la même facilité, que le mandant a tacitement ratifié le mandat⁹.

563. Mandat solennel. – Bien que dans son principe, le mandat soit consensuel, il est parfois solennel : il devient alors un contrat dont la validité est subordonnée à l'accomplissement de certaines formes, tantôt simples, tantôt authentiques.

Les formes imposées par la loi peuvent être simples lorsqu'elles sont des mentions informatives : un écrit sous signature privée serait suffisant, certains textes le précisant expressément (L. 29 janvier 1993, L. Sapin sur le mandat « forcé » unissant les annonceurs aux intermédiaires en achat d'espaces publicitaires). Le mandat « d'aliéner » (c'est-à-dire de faire des actes de disposition¹⁰) doit être « exprès » (art. 1988, al. 2), ce qui implique un écrit. Cette règle est à la

3. Ex. : l'achat fait par un mineur habitant avec ses parents : TI Nîmes, 29 juin 1982, *D.* 1983.13 (*Droit des personnes*, coll. Droit civil). De même, une cour d'appel s'est fondée sur un ensemble de faits pour décider « qu'après sa majorité, (une mineure) avait maintenu tacitement à son père le mandat qu'auparavant il tenait de la loi » : Req., 13 juin 1936, *DH* 1936.393 ; *S.* 1936.I.388. L'hypothèse la plus vivante de mandat tacite est le mandat tacite entre époux, prévu par la loi (art. 1432, al. 1 et 1540) ; il n'y a mandat tacite que s'il s'agit d'un acte d'exploitation normale. V. toutefois pour un emprunt de 221 812 fr. fait par un mari pour les besoins d'une exploitation agricole : Cass. civ. 1^{re}, 12 novembre 1986, *Bull. civ. I*, n° 259 ; *JCPG* 1988.II.21128, n. Ph. Simler ; *Defrénois* 1987, art. 33393, n° 32, p. 561, obs. G. Champenois. Dans un autre arrêt, la Cour de cassation a admis qu'un bail commercial fait par un mari pour les besoins de sa femme pouvait être justifié par un mandat tacite : Cass. civ. 1^{re}, 21 mars 1984 ; *Defrénois* 1984, art. 33432, n° 121, p. 1498, obs. G. Champenois ; n.p.B. Entre époux, l'acte d'exploitation normale est largement compris, parce que les relations entre époux sont confiantes. De même, dans une moindre mesure, entre concubins. V. *Droit des régimes matrimoniaux*, coll. Droit civil.

4. Ex. : un malade peut donner un mandat tacite au médecin traitant de charger un laboratoire de faire un examen médical : Cass. civ. 1^{re}, 27 mars 1979, *Bull. civ. I*, n° 102 ; *D.* 1980, IR, 167, obs. J. Penneau. De même, un représentant de commerce, selon les circonstances, a (Req., 27 nov. 1935, *S.* 1936.I.109) ou n'a pas (Req., 26 nov. 1935, *S.* 1936.I.69) le pouvoir de vendre les marchandises de l'entreprise qui l'emploie. La loi a prévu des mandats tacites entre indivisaires pour les actes d'administration (art. 815-3, al. 2, L. 31 déc. 1976).

5. Ex. : d'après les circonstances, la clause insérée dans un acte de vente ou de prêt selon laquelle le paiement se fera en l'étude du notaire vaut, ou ne vaut pas, mandat tacite de recevoir les paiements : Req., 10 octobre 1940, *Gaz. Pal.* 1940.II.166 ; Cass. civ., 3 novembre 1947, *JCP G* 1947.II.4009, n. R.C.

6. Ex. : Cass. civ. 3^e, 29 octobre 1970, *Bull. civ. III*, n° 562 : « La preuve du mandat, même tacite, reste soumise aux règles générales de la preuve des conventions et doit répondre aux exigences des articles 1341 et s. » ; v. J. CARBONNIER, obs. *RTD civ.* 1947.205.

7. Cass. civ. 1^{re}, 16 janvier 1952, *Bull. civ. I*, n° 26 : un client adresse de nombreuses lettres à son notaire habituel, le priant d'entrer en relations avec le vendeur, afin d'en obtenir un prix définitif : la preuve du mandat tacite d'acheter est faite.

8. Req., 13 janvier 1925, *S.* 1926.I.227.

9. Req., 13 juin 1936, préc. En l'espèce, la fille majeure avait eu connaissance de la transaction faite en son nom par son père ; jugé qu'il y avait eu mandat tacite.

10. Cass. com., 10 janvier 1966, *Bull. civ. III*, n° 15 ; *D.* 1966, somm., 53 ; en l'espèce, le mandataire des commanditaires d'une société en commandite (c'était, semble-t-il, un mandat général) avait, au nom de ses mandants, transformé la société en société anonyme ; la cour d'appel avait décidé que cet acte était opposable aux tiers. Cassation : « Le mandataire doit pour l'accomplissement de tous les actes autres que les actes d'administration être habilité par un mandat exprès » ; or la transformation d'une société n'est pas un acte d'administration.

fois une règle de forme et une règle d'interprétation¹¹. La loi impose parfois que la procuration soit authentique, à peine de nullité du mandat et, par voie de conséquence, de l'acte consenti en vertu de la procuration nulle. Par exemple, à l'égard des actes de l'état civil (art. 36) ou des révocations de testament (L. 25 ventôse an XI, art. 9, al. 2) ; cette dernière disposition n'a aucune portée pratique car le formalisme imposé pour la révocation des testaments est léger. La loi exige parfois l'emploi d'un contrat type (ex. art. 18, L. 1965, loi du 24 mars 2014, pour les syndics de copropriété). Et même des formalités pré-contractuelles (art. 21, L. 1965, loi Macron du 6 août 2015 : « mise en concurrence de plusieurs projets de contrats »).

En dehors de dispositions expresses de la loi, la jurisprudence, systématisée par la doctrine, a posé un principe reposant sur une distinction.

Le problème se pose lorsque l'acte à passer par le mandataire est authentique, par exemple une donation, un contrat de mariage, une constitution d'hypothèque ou l'acceptation d'une cession de créance par le débiteur.

Il n'existe aucune difficulté lorsque l'authenticité n'est pas imposée par la loi mais résulte de la volonté des parties¹² : le mandat peut alors être sous signature privée. Dans le cas contraire, lorsque la loi n'a pas expressément précisé les conditions de forme que doit remplir la procuration ayant un acte solennel pour objet, deux principes paraissent s'opposer : celui du consensualisme (le mandat n'est soumis à aucune forme) et celui du parallélisme des formes (la procuration devrait avoir la même forme que l'acte qu'elle permet de passer). La conciliation entre ces deux principes est faite au moyen d'une distinction découlant des fondements sur lesquels repose le formalisme.

Si la solennité est destinée à protéger le consentement, la procuration doit, en général, revêtir la même forme que l'acte qu'elle a pour objet ; s'applique ainsi le parallélisme des formes, fondées sur la finalité des deux actes : ainsi en est-il de la donation et du contrat de mariage. Pour le cautionnement, la jurisprudence est hésitante ; dans son dernier état, elle décide que le formalisme des articles 1376 et suivants (anciens articles 1326 et suivants) ; et 2292 – mention de l'étendue de l'engagement – est une règle de preuve, et que par conséquent le mandat de donner caution constitue, lorsqu'il est irrégulier en la forme, un commencement de preuve par écrit, susceptible d'être complété par des éléments extrinsèques ; à défaut, le mandat et le cautionnement sont irréguliers¹³. Pour l'hypothèque, la Cour de cassation a posé au milieu du XIX^e siècle un principe différent, dont elle ne se départira plus, mais que le législateur cantonnera : « *le consentement du débiteur étant l'élément essentiel de la convention hypothécaire, si ce débiteur stipule par mandataire, la procuration doit participer de l'authenticité du contrat*

11. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 21 décembre 1976, *Bull. civ. I*, n° 421 ; en l'espèce, un propriétaire avait écrit à une agence immobilière : « *J'ai décidé de vendre au plus vite mon studio (suivent les conditions). Si vous pensez avoir un acquéreur, faites-moi le savoir (sic) immédiatement et je viendrai sur place, etc.* » ; la cour d'appel avait décidé que cet acte constituait un mandat de vendre. Cassation : « *Ces documents ne comportaient pas un mandat exprès de vendre* ». *Infra*, n° 571.

12. Cass. civ. 1^{re}, 5 janvier 1973, *Bull. civ. I*, n° 8 : « *Un mandat de passer un acte authentique ne doit lui-même revêtir cette forme que si la passation de l'acte sous forme authentique est exigée par la loi, ce qui n'est pas le cas en matière de prorogation de bail* ».

13. Cass. civ. 1^{re}, 27 juin 1995, *Bull. civ. I*, n° 286 ; *D.* 1996.133, n. Micha-Gaudet : « *La cour d'appel, qui a constaté l'insuffisance de la mention manuscrite, laquelle ne comportait pas l'indication en toutes lettres et en chiffres du montant de la somme cautionnée et rendait l'acte irrégulier, celui-ci constituant seulement un commencement de preuve par écrit susceptible d'être complété par des éléments de preuve extrinsèques, a, par une appréciation souveraine de la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis, retenu que ce commencement de preuve se trouvait complété par la reconnaissance de dette faite par les époux Aubriet, en leur qualité de caution, au profit des époux Collet dans leur protocole du 11 septembre 1985, ainsi que par des actes d'exécution par les époux Aubriet de ce protocole d'accord [...]* ».

lui-même ; ces deux actes forment un tout indivisible et sont soumis aux mêmes conditions »¹⁴.

Cette règle comporte une importante exception. À l'égard des hypothèques et des autres sûretés réelles constituées par une société, le pouvoir d'hypothéquer peut être donné par un acte sous signature privée (art. 1844-2) ; cette exception a d'abord été admise au profit des seules sociétés commerciales en 1893 ; elle s'étend maintenant à toutes les sociétés, ce qui s'explique par des besoins de commodité et, peut être aussi, parce que les sociétés n'ont guère besoin d'être protégées. Bien que le texte ne le dise pas expressément, il doit également s'appliquer à la mainlevée de l'hypothèque, si elle est consécutive à un paiement.

Au contraire, si le formalisme a pour raison d'être la publicité ou la certitude de la date (des « formalités » et non des formes), le mandat n'y est pas soumis. Ainsi en est-il de la procuration que donne à un mandataire le débiteur cédé afin d'accepter une cession de créance (art. 1321) ou de celle qui est donnée à un débiteur pour subroger le *solvens* dans les droits du créancier (art. 1346-2, ancien art. 1250, 2^o). En réalité, il n'y a pas véritablement atteinte dans ces cas au parallélisme des formes, car ces formalités ne sont pas nécessaires à la validité de l'acte, mais seulement à son opposabilité.

SECTION II PREUVE

La preuve du mandat relève du droit commun régissant les actes juridiques (art. 1985, al. 1), sauf certains inflexions tenant à son particularisme. Il faut distinguer l'existence et le contenu du mandat, et non seulement, comme en droit commun, les rapports entre les parties (mandat et mandataire) et à l'égard des tiers (mandataire et tiers).

564. 1^o Rapports entre mandant et mandataire. – Entre les parties, le mandat doit être prouvé par écrit si son objet dépasse 1 500 euros (art. 1359, ancien art. 1341)¹⁵ ; avec les tempéraments habituels : la preuve par aveu – consistant ici en l'exécution par le mandataire et la ratification par le mandant –, le commencement de preuve par écrit – par exemple un échange de lettres –, l'impossibilité morale de se préconstituer un écrit – tenant par exemple à la cohabitation familiale –, et les matières commerciales, où la preuve est libre¹⁶.

Si l'existence d'un mandat est prouvée, son étendue peut être librement démontrée, fût-ce par présomptions¹⁷.

14. * Cass. civ., 7 février 1854, *de Barante*, DP 1854.1.49 ; S. 1854.1.322 ; GAJ civ., n° 308 ; v. *Droit des sûretés*, coll. Droit civil ; S. BECQUÉ, *Le parallélisme des formes en droit privé*, th. Paris II, éd. Panthéon-Assas, 2004, n° 250.

15. L'écrit peut être électronique : Caen, 5 mars 2015, RDC 2016. 241, obs. J. Huet.

16. Ex. : Cass. com., 4 mai 1970, *Bull. civ. IV*, n° 141 ; en l'espèce, Chavanne prétendait avoir reçu d'Imbert un mandat pour conduire un procès en son nom, à compte à demi ; il proposa d'en faire la preuve par témoins ; la cour d'appel l'avait débouté : « *La conduite d'un procès même commercial [...] (est) un acte essentiellement et exclusivement civil* ». Cassation : « *Ledit mandat [...] était [...] commercial à l'égard d'Imbert ; dès lors Chavanne était recevable à prouver par tous moyens contre Imbert, la réalité et la teneur de l'engagement que celui-ci aurait pris à son profit* ».

17. Ex. : si l'on prouve qu'un notaire a le pouvoir de recevoir un acompte, les tribunaux peuvent admettre que son pouvoir s'étend à la réception des paiements ultérieurs : G. CORNU, obs. RTD civ. 1961.702 ; Cass. civ. 1^{re}, 16 mars 1964, *Bull. civ. I*, n° 157, préc.

565. 2° Rapports avec les tiers. – Le tiers qui contracte avec un prétendu mandataire est étranger au contrat de mandat conclu entre le mandant et le mandataire doit ainsi librement pouvoir établir le mandat qu'il invoque. La question ne se pose qu'en matière civile, car en matière commerciale la preuve est libre. La Cour de cassation¹⁸, approuvée par la doctrine¹⁹, a longtemps décidé que le droit commun de la preuve des actes juridiques devait s'appliquer. Aujourd'hui, elle accepte la liberté de la preuve²⁰.

18. Jurisprudence constante : ex. : Cass. civ. 1^{re}, 19 décembre 1995, *Bull. civ. I*, n° 473 : « La preuve d'un mandat, même verbal, ne peut être reçue conformément aux règles générales sur la preuve des conventions ; ces règles sont également applicables dans les rapports du mandant avec les tiers qui ont traité avec le prétendu mandataire ». Des raisons pratiques justifient ces décisions ; le tiers qui contracte avec un mandataire doit s'assurer que ce dernier a les pouvoirs qu'il prétend avoir.

19. Ex. : PLANIOL et RIPERT, t. XI, par R. Savatier, n° 1453, p. 884 et s.

20. Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 2015, n° 14-19825, *Bull. civ. I* à paraître ; *Contrats, conc. consom.* 2015, n° 222, n. L. Leveneur ; *D.* 2016. 172, obs. A. Aynès ; *RDC* 2016. 242, obs. J. Huet : banquier dépositaire des fonds, qui a accepté des retraits par un époux du compte sur livret ouvert par l'autre : cassation de l'arrêt qui avait exigé une preuve écrite ou un commencement de preuve, c'est-à-dire une procuration, « alors que le banquier dépositaire qui se borne à exécuter les ordres de paiement que lui transmet le mandataire du déposant, peut rapporter la preuve par tous moyens du contrat de mandat auquel il n'est pas partie ».

■ TITRE II ■

EFFETS DU MANDAT

Les obligations du mandataire (Section I) sont plus importantes que celles du mandant (Section II).

SECTION I

OBLIGATIONS DU MANDATAIRE

Le mandataire a deux obligations¹ : exécuter sa mission, qui est son obligation principale (§ 1) et rendre des comptes (§ 2).

§ 1. EXÉCUTION DU MANDAT

566. Obligations. – Le mandataire doit exécuter la mission qui lui a été impartie. Selon les pouvoirs qui lui ont été conférés, il a une faculté d’initiative plus ou moins étendue, l’obligeant à procéder au mieux des intérêts du mandant. Il engage sa responsabilité s’il fait un acte inopportun ou ne fait pas un acte opportun².

En outre, lorsqu’il est professionnel, il est tenu d’un devoir de conseil, de renseignement et de se renseigner, qui aggrave son obligation ; par exemple, il doit... veiller à ce que les documents précontractuels soient conformes à ce qui a été promis aux clients³... assurer la régularité et

1. Ph. PETEL, *Les obligations du mandataire*, th. Montpellier, Litec, 1988, préf. M. Cabrillac.

2. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 1985, *Bull. civ. I*, n° 219 : « *Un huissier, n’étant pas un mandataire dépourvu de toute initiative, il incombait à X, sauf instructions formelles contraires de son client quant à la date de la vente, de la fixer de la façon la plus propice aux intérêts de celui-ci et de la déplacer ou de la maintenir en fonction de ces seuls mêmes intérêts* ». En l’espèce, il s’agissait d’un huissier chargé de faire une saisie, qu’il avait retardée à une date postérieure à la mise en « faillite » du débiteur ; jugé qu’il était responsable.

3. Pour l’agent immobilier : Cass. civ. 1^{re}, 2 octobre 2013, n° 12-20504, *Bull. civ. I* n° 194 ; *RTD civ.* 2013. 855, obs. P.Y. Gautier (placement immobilier qui s’avère désastreux, en dépit de ce qui avait été indiqué dans la plaquette publicitaire ; l’agent avait une obligation d’alerte et de mise en garde, dont il ne s’est pas acquitté ; il doit donc indemniser le client).

l'efficacité des actes accomplis⁴... vérifier la solvabilité de l'acquéreur⁵... attirer l'attention du mandant, lorsqu'il collabore à la rédaction d'un acte⁶... informer de l'existence d'un revirement de jurisprudence⁷. C'est généralement une obligation de moyens⁸. Elle peut profiter au tiers-cocontractant, même s'ils n'ont pas de rapports conventionnels⁹.

Le mandataire est aussi tenu d'une obligation de loyauté envers le mandant¹⁰, puisque le mandat repose sur la confiance. Aussi, il n'a le droit, ni de se porter contrepartie sans l'accord du mandant¹¹, ni d'acquérir les biens qu'il est chargé de vendre (art. 1596)¹². Il ne peut non plus représenter à la fois le mandant et le tiers contractant¹³; un tel double mandat ne devrait pas produire effet. Cependant, le juge le déclare valable, lorsque son exécution « a lieu de bonne foi »¹⁴, à la condition que le mandant ait été informé de cette nouvelle qualité prise par son

4. Jurisprudence constante souvent réitérée : ex. : un paiement qu'un conseil juridique avait l'obligation de faire : ce mandataire ne doit pas se borner à envoyer le chèque, il doit vérifier « l'arrivée du pli à sa destination » : Cass. civ. 1^{re}, 2 octobre 1984, *Bull. civ. I*, n° 243.

5. Cass. civ. 1^{re}, 19 janvier 1988, *Bull. civ. I*, n° 9 : « Le négociateur d'une cession d'un fonds de commerce doit, en principe, s'assurer de la solvabilité des acquéreurs » ; il engage donc sa responsabilité, si l'acquéreur avait remis un chèque sans provision et n'avait procédé à aucun règlement ultérieur.

6. Cass. civ. 1^{re}, 14 janvier 1997, *Bull. civ. I*, n° 18 ; *D. Aff.* 1997.308 : « Vu les articles 1991 et 1992 ; les rédacteurs d'actes sont tenus d'une obligation de conseil envers toutes les parties en présence et doivent s'assurer de la validité et de l'efficacité des actes qu'ils confectionnent » ; en l'espèce, il s'agissait d'un contrat de prêt, non remboursé, et rédigé par un avocat ; cassation de l'arrêt d'appel décidant que l'avocat n'était pas responsable de n'avoir pas prévu de garanties de remboursement.

7. Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2007, *Bull. civ. I*, n° 266, *D.* 2007.2234, n. X. Delpech (informer les médecins habilités par la nouvelle jurisprudence à percevoir des sommes complémentaires auprès des caisses primaires d'assurance-maladie).

8. Ph. PETEL, *op. cit.*, n°s 241 et s. ; ex. : Cass. civ. 1^{re}, 10 février 1987, *Bull. civ. I*, n° 43 : « Cette obligation, qui est de moyens, doit s'apprécier en fonction des circonstances de la cause, et, en particulier, de la volonté, de la situation et des connaissances des parties ». En l'espèce, les clients de l'agent immobilier étaient des « commerçants ayant une certaine expérience des affaires » : ils avaient obtenu, par l'intermédiaire de l'agent, une promesse synallagmatique de vente ayant pour objet un fonds de commerce, comportant pour le promettant une faculté de dédit ; le cédant refusa de réaliser ; jugé qu'ils ne pouvaient agir en garantie contre l'intermédiaire.

9. Cass. civ. 1^{re}, 14 janvier 2016 préc. *supra* n° 549 : agent immobilier du vendeur, qui n'avait pas informé l'acquéreur de l'existence de la servitude, parce qu'il ne s'en était pas lui-même avisé : « L'intermédiaire qui prête son concours à la rédaction d'un acte [...] est tenu de s'assurer que se trouvent réunies toutes les conditions nécessaires à l'efficacité juridique... même à l'égard de l'autre partie ». La règle est la même pour les notaires et les avocats.

10. Ph. PETEL, *op. cit.*, n°s 172 et s. ; Cass. Ass. plén., 9 octobre 2006, *Bernard Tapie*, *Bull. civ. Ass. plén.*, n° 11 ; *D.* 2006, AJ 2525, n. X. Delpech et 2933, n. D. Houtcieff ; *JCP G* 2006.II.10175, n. Th. Bonneau ; *RTD civ.* 2007.145, obs. P.-Y. Gautier : les juges du fond ont retenu à la charge du mandataire (une banque) des manquements à l'obligation d'informer loyalement son mandant, qui lui avait donné mission de vendre ses titres. Dans le même dossier, mais ne retenant pas d'atteinte à l'art. 1596, du fait de l'absence de dissimulation au mandant : Paris 3 décembre 2015, *supra* n° 177.

11. Le mandataire se porte contrepartie lorsqu'il prend à son compte l'opération qu'il devait conclure avec un tiers. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 27 janvier 1987, *Bull. civ. I*, n° 32 ; en l'espèce, le mandataire avait acheté l'immeuble qu'il était chargé de vendre, au moyen d'une interposition de personne ; il avait constitué une société civile où il était associé majoritaire : « L'interdiction faite au mandataire d'acquérir par lui-même ou par personne interposée le bien qu'il est chargé de vendre s'applique même si la vente se fait au prix fixé par le mandant ».

12. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 19 décembre 1995, *Bull. civ. I*, n° 474 : « Le mandataire qui poursuit une vente judiciaire d'un bien pour le compte du créancier saisissant ne peut se rendre adjudicataire du bien saisi ». L'art. 1596 s'applique à toutes les ventes, en dépit de son libellé évoquant les adjudications, les motifs de défiance étant les mêmes. Ex. Cass. Ass. plén., 9 octobre 2006, *Bernard Tapie*, préc.

13. Cass. com., 27 mai 1997, *Bull. civ. IV*, n° 155 ; *JCP G* 1997.II.22930, n. M. Storck : « Chacune de ces opérations effectuées dans un intérêt autre que celui du mandant, constituerait un abus de mandat » (achat et vente de titres par un gérant de portefeuille).

14. Jurisprudence constante ; ex. : Cass. civ. 1^{re}, 13 mai 1998, *Bull. civ. I*, n° 169 ; *RTD civ.* 1998.927, obs. P.-Y. Gautier ; *Defrénois* 1999.366, obs. Delebecque, pour un agent immobilier : aucun texte (spéc. la loi Hoguet) « ne fait obstacle à ce qu'un agent immobilier détienne un mandat d'un vendeur et un mandat d'acquéreur, pour une même opération ». La situation est même la norme

mandataire, de sorte que le mandataire aura droit à une double commission¹⁵. Le nouvel article 1161 interdit la double représentation, sauf disposition légale ou si le représenté l'a autorisée ou ratifiée ; la loi est donc, semble-t-il, supplétive, mais elle soulève des difficultés d'application notamment dans l'administration des sociétés.

La méconnaissance de ces règles est sanctionnée par une nullité, relative puisqu'elles ont pour raison d'être la protection du mandant¹⁶. Le mandataire doit éviter de se placer en situation de conflit d'intérêts¹⁷.

567. Responsabilité envers le mandant et envers les tiers. – Le mandataire engage sa responsabilité de manière différente envers le mandant et envers les tiers avec lesquels il traite.

1° Il est responsable **envers le mandant** du dommage causé par sa faute, même si elle n'est ni dolosive, ni lourde, ni grave (art. 1992, al. 1)¹⁸ et sa responsabilité est contractuelle. Il est tenu d'une obligation de loyauté. Pour déterminer l'objet de la preuve de la faute commise par le mandataire envers le mandant, la Cour de cassation a énoncé une règle rigoureuse. Elle a dit que le seul fait que n'ait pas été accomplie la mission qui lui avait été impartie faisait présumer la faute du mandataire, présomption que ce dernier ne pouvait combattre qu'en démontrant le cas fortuit¹⁹ ; ce qui impliquait une obligation de résultat²⁰. Mais tout dépend de l'étendue de sa mission. En réalité, il faut préciser le « résultat » auquel s'engage le mandataire : s'il s'agit d'un acte précis, telle la renonciation à une succession ou la conclusion d'une vente, par lui-même le défaut d'accomplissement de l'acte établit la faute ; mais le mandataire n'est pas garant du résultat de l'acte²¹, notamment des effets bénéfiques de son intervention. Si aucun acte précis n'a été promis, la présomption s'évanouit : il appartient au mandant d'établir les fautes de gestion du mandataire.

chez certains mandataires, ainsi, les agents de voyages, agissant tant pour le compte du transporteur que pour celui du passager.

15. Cass. civ. 1^{re}, 9 avril 2015, n° 14-13501, *Bull. civ. I*, n° 80 ; *RTD civ.* 2015. 641, obs. P.Y. Gautier (agent immobilier : les textes spéciaux ne dérogent pas à cette faculté).

16. Cass. civ. 1^{re}, 29 novembre 1988, *Bull. civ. I*, n° 341 ; *Deffrénois* 1989, art. 34554, n° 52, p. 760, obs. J.-L. Aubert ; *RDI* 1989.368, obs. crit. D. Tomasin : « La nullité fondée sur l'article 1596 est une nullité relative qui se prescrit par cinq ans ». *Supra*, n° 186.

17. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 3 mars 2011, n° 10-14012, *Bull. civ. I*, n° 42, *RTD civ.* 2011.366, obs. P.Y. Gautier (pas de conflit pour l'avocat d'une banque, qui s'était occupé auparavant d'un dossier pour la famille du débiteur) ; J. MORET-BAILLY, « Définir les conflits d'intérêts », *D.* 2011.1100. CUIF, « Le conflit d'intérêts », *RTD com.* 2005.5 ; B. DONDERO, « Le traitement juridique des conflits d'intérêts : entre droit commun et dispositifs spéciaux », *D.* 2012.1686 (obligation de révélation ou d'interdiction à peine de sanction) ; D. SCHMIDT, « Essai de systématisation des conflits d'intérêts », *D.* 2013. 446.

18. Jurisprudence constante ; ex. : la banque, chargée d'encaisser les chèques, est responsable des fautes commises en exécutant mal ce mandat : Cass. com., 15 janvier 1958, sol. impl., *Bull. civ. III*, n° 25 ; *JCPG* 1958.II.10462 bis, n. H. Cabrillac : « Le banquier, mandataire du porteur d'un chèque remis à l'encaissement, ne peut être considéré comme en faute, d'avoir, sauf obligation résultant d'une convention particulière, attendu l'extrême limite du délai légal pour effectuer cette présentation ».

19. Cass. civ. 1^{re}, 19 février 1963, *Bull. civ. I*, n° 110 ; *JCPG* 1964.II.13475 : en l'espèce, le PMU n'avait pas transmis des paris à l'hippodrome à la suite de la rupture de lignes téléphoniques ; jugé qu'il était responsable parce qu'il n'avait pas démontré « l'impossibilité d'exécution ».

20. Ex. : les contrats de crédit-bail prévoient souvent que le « preneur » agit en qualité de mandataire de la société de crédit-bail pour choisir le fournisseur et le matériel et qu'il est à cet égard tenu d'une obligation de résultat ; en conséquence, si le matériel ne répond pas à l'usage auquel il est destiné ou est atteint de vices rédhibitoires, le « locataire » engage sa responsabilité envers le « bailleur » : Cass. com., 11 mai 1981, *Bull. civ. IV*, n° 214 ; *D.* 1982, IR, 195, obs. M. Vasseur. *Infra*, n° 821.

21. Ex. : Paris, 25 novembre 1988, *D.* 1989, IR, 1 : « L'agent de change n'est pas débiteur d'une obligation de résultat ».

Cette faute est appréciée en tenant compte des aptitudes respectives du mandant et du mandataire, et de l'existence ou de l'absence d'un salaire. La responsabilité de celui qui rend un service gratuit est, en effet, appréciée sans sévérité (art. 1992, al. 2²²). La faveur à la gratuité a pour conséquence une indulgence dans l'appréciation de la faute²³, sans pour autant entraîner une irresponsabilité²⁴; mais elle est sans effets sur l'étendue de la réparation²⁵ et n'écarte pas la présomption de faute qui pèse sur le mandataire ayant échoué dans sa mission²⁶. Lorsque le mandataire est un professionnel rémunéré, sa responsabilité ne comporte aucune modération²⁷; on peut le présumer en faute, sauf preuve contraire.

L'action en responsabilité est, conformément au droit commun, soumise à la prescription quinquennale²⁸, sauf lorsqu'un texte spécial en modifie la durée, par exemple en matière de construction, où elle est décennale ou biennale selon la nature des ouvrages. Ainsi en est-il du promoteur immobilier (art. 1792) ou de celui qui « *accomplit une mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage* », bien qu'agissant en qualité de mandataire du propriétaire de l'ouvrage (art. 1792-1, al. 3). De même en matière commerciale. Les clauses limitatives de responsabilité exonèrent le mandataire, sauf s'il a commis une faute lourde; s'il est professionnel, ces clauses sont sans effets sur le devoir de conseil. Si l'inaccomplissement de la mission est dû à une faute du mandant, le mandataire ne saurait en être responsable²⁹.

2° À l'égard des tiers, le mandataire n'engage sa responsabilité contractuelle qu'exceptionnellement, car la représentation établit un lien direct entre le tiers et le mandant (art. 1154 C. civ.)³⁰. Ce n'est qu'en cas de représentation imparfaite – le mandataire ayant traité en son propre nom – qu'il engagerait sa responsabilité

22. Ex. : le gros lot manqué : Cass. civ. 1^{re}, 16 mai 2006, *Bull. civ. I*, n° 241 ; en l'espèce, un petit groupe s'était constitué pour jouer au PMU ; l'un de ses membres « à qui l'argent était remis faisait enregistrer les paris à partir des combinaisons de numéros choisis en commun. » Or cet intermédiaire avait modifié le numéro et ainsi empêché de gagner le gros lot ; jugé qu'il n'était pas responsable du préjudice subi par le groupe.

23. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 3 février 1909, *DP* 1911.I.413 ; S. 1909.I.428 : le mandataire n'est pas responsable car « il remplissait un mandat purement gratuit » et « les précautions par lui prises étaient normales et suffisantes ».

24. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 8 décembre 1965, *Bull. civ. I*, n° 686 : « Bien qu'ayant agi à titre bénévole, (il) n'en était pas moins tenu d'exécuter correctement la mission qu'il avait reçue, notamment celle de régler les entrepreneurs ».

25. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 4 janvier 1980, *Bull. civ. I*, n° 11 ; *RTD civ.* 1981.406, obs. crit. G. Cornu : « Si aux termes de l'article 1992, al. 2, la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire, cette disposition ne concerne que l'appréciation de la faute et non l'étendue de la réparation ».

26. Cass. soc., 30 novembre 1945, préc. *supra*.

27. Ex. : pour un commissionnaire en douane : Cass. com., 4 octobre 1988, *Bull. civ. IV*, n° 259 ; *RTD com.* 1989.301, obs. B. Bouloc : « Elle (la commissionnaire) n'avait pas apporté à l'exécution de son mandat le soin qu'impliquait sa spécialisation professionnelle ».

28. Cass. civ. 3^e, 5 juillet 1978, *Bull. civ. III*, n° 279 ; *RTD civ.* 1979.623, obs. G. Cornu : « L'action en responsabilité formée par le mandant contre le mandataire pour fautes de gestion est soumise à la prescription trentenaire du droit commun ».

29. Cass. civ. 1^{re}, 7 février 2006, préc. *supra* : le commissaire-priseur avait spontanément retiré de la vente une œuvre d'art, qui ne correspondait pas aux mentions du catalogue fournies par le vendeur.

30. Jurisprudence constante : Ex. : Cass. com., 9 mai 1985, *Bull. civ. IV*, n° 143 : « L'exécution des obligations contractées par un mandataire au nom et pour le compte de son mandant n'incombe qu'à ce dernier ». En l'espèce, la société Calberson représentait la société égyptienne du canal de Suez, qui, ayant commandé des marchandises, les avait fait embarquer avec retard. La Cour de cassation casse la décision de la cour d'appel qui avait refusé au mandataire (la sté C.) le remboursement par le vendeur des frais de stationnement à Marseille des wagons ayant amené la marchandise.

contractuelle envers les tiers³¹, sauf son recours contre le mandant³². Au contraire, le mandataire est responsable des délits ou quasi-délits (art. 1240, ancien art. 1382 et 1241, ancien art. 1383) qu'il commet dans l'exécution de sa mission³³. Lorsqu'il est mandataire social, sa « faute détachable » peut engager sa responsabilité³⁴.

Le mandant peut, en outre, être responsable, à l'égard des tiers, de la faute du mandataire, si celui-ci est son préposé (art. 1242 al. 5, ancien art. 1384, al. 5) et si l'acte du mandataire ne constitue pas un abus de fonction³⁵. Corrélativement, le mandataire n'a pas d'action contractuelle contre le tiers cocontractant, mais pourra éventuellement rechercher sa responsabilité délictuelle, fondée sur une faute à son détriment³⁶.

§ 2. REDDITION DE COMPTES

568. Comptes et restitution. – Sauf s'il en a été dispensé³⁷, le mandataire doit rendre compte au mandant de sa gestion, c'est-à-dire l'informer de sa mission et lui restituer les sommes reçues en vertu de sa procuration même si elles ne lui étaient pas dues (art. 1993)³⁸. Ces sommes ne peuvent en effet rester entre ses mains, car il ne les avait pas reçues pour lui mais pour le mandant³⁹. Quant aux intérêts, il doit toujours les rendre, aux termes de l'article 1996, s'il les avait perçus pour le compte du mandant.

31. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 17 novembre 1993, *Bull. civ. I*, n° 329 ; *JCP G* 1994.IV.158 ; *Defrénois* 1994, article 35845, n° 58, obs. Ph. Delebecq : « *Le mandataire qui traite en son propre nom avec un tiers devient le débiteur de ce dernier, sauf son recours contre le mandant* ». En l'espèce, une société de gestion avait loué un appartement « *sans aucune mention du nom de Mme Loris, propriétaire de l'appartement* » ; jugé qu'elle devait prendre en charge les dépenses de mise en état des lieux loués.

32. *Supra*, n° 534, à propos du prête-nom, et n° 538, à propos de la commission.

33. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 11 avril 1995, *Bull. civ. I*, n° 171 : « *Le mandataire est personnellement responsable envers les tiers des délits ou quasi-délits qu'il peut commettre à leur préjudice dans l'accomplissement de sa mission, cette faute pouvant aussi bien résulter d'une abstention que d'un acte positif* ».

34. Ex. : Cass. com., 28 avril 1998, *Bull. civ. IV*, n° 139 ; *JCP G* 1998.II.10177, n. D. Ohl ; *RTD civ.* 1998.688, obs. P. Jourdain et 1999.99, obs. J. Mestre ; *RTD com.* 1998.623, obs. Petit et Y. Reinhard : « *la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions et qui lui soit imputable personnellement* ».

35. *Droit des obligations*, coll. *Droit civil*.

36. Cass. Ass. plén. 9 mai 2008, *D.* 2008.2328, n. A.L. Thomat-Raynaud ; *JCP G* 2008.II.10183, n. H. Kenfack ; *Bull. civ. Ass. plén.* n° 3 ; *Defrénois* 2008.1986, n. E. Savaux ; *RTD civ.* 2008.485, obs. B. Fages et 498, obs. P.-Y. Gautier ; *RDC* 2008.1151, obs. S. Carval (l'agent immobilier peut réclamer l'équivalent de sa commission en dommages-intérêts à l'encontre de l'acquéreur qui l'a trompé).

37. La dispense peut être tacite et résulter des circonstances : Cass. civ. 1^{re}, 12 novembre 1952, *Bull. civ. I*, n° 431 ; c'est à l'adversaire de prouver que les fonds n'ont pas été utilisés conformément aux instructions du mandant.

38. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 12 novembre 2015, n° 14-28016, *Bull. civ. I*, à paraître : « *il incombe au mandataire de justifier de l'utilisation des fonds reçus ou prélevés* » (cassation de l'arrêt qui avait inversé la charge de la preuve, en obligeant le mandant à démontrer que le mandataire habilité à effectuer des retraits bancaires en avait fait usage à des fins personnelles et qu'il n'en avait pas lui-même profité).

39. Quelles qu'aient été les intentions du *solvens*. 1^{er} ex. : le débiteur devait 1 000 au mandant ; il verse au mandataire 1 200, car, par erreur, il croyait devoir cette somme. 2^e ex. : le débiteur devait 1 000 au mandant ; il verse au mandataire 1 200, par erreur matérielle. Dans les deux cas, le mandataire doit restituer 1 200 au mandant : Cass. civ. 1^{re}, 8 juillet 1975, *Bull. civ. I*, n° 226 ; *D.* 1976.315, n. Gaury ; *RTD civ.* 1977.149, obs. G. Cornu : « *Doivent être considérées comme reçues en vertu du mandat, et non à l'occasion de l'exercice de ce mandat, les sommes remises au mandataire pour le compte du mandant et dont il a, en son nom, donné décharge ; il est dès lors tenu de faire raison de la totalité de celles-ci audit mandant, sauf si ce dernier a accepté expressément l'utilisation que le mandataire en a faite* ».

Si le mandant prétend que les comptes sont irréguliers, il doit le prouver. Après sa mort, les comptes devront être rendus à sa succession⁴⁰. Lorsqu'une somme est versée à un compte ouvert au nom d'un mandataire pour le compte du mandant, elle peut être saisie par le créancier du mandataire tant qu'elle n'a pas été restituée au mandant puisqu'elle est censée faire partie du patrimoine du mandataire⁴¹. Ce qui suppose qu'elles n'aient pas été affectées à un compte spécial (ou un sous-compte), permettant de les individualiser et de les séparer du patrimoine et de la « faillite » du mandataire⁴²; en effet, la chose n'est plus alors fongible. Certains professionnels sont obligés à cette comptabilité séparée : avocats (D. 25 août 1972, art. 40 et 42); notaires (D. 19 décembre 1945, art. 15); syndicats de copropriété (L. 10 juillet 1965, art. 18, L. du 24 mars 2014⁴³). Le dossier doit être transmis au mandataire succédant à celui qui avait été chargé de l'affaire⁴⁴.

SECTION II

OBLIGATIONS DU MANDANT

Le mandant a des obligations envers son mandataire (§ 1) et, surtout, envers les tiers (§ 2).

§ 1. ENVERS LE MANDATAIRE

569. Mandat ordinaire et mandat exclusif; co-mandat. – D'une manière générale, afin d'assurer l'exécution du mandat, le mandant doit fournir au mandataire les moyens nécessaires pour exécuter sa mission, le rembourser de ses avances et des frais qu'il a engagés (art. 1999, al. 1)⁴⁵, l'exonérer de ses obligations,

40. Cass. civ. 1^{re}, 2 février 1999, *Bull. civ. I*, n° 35 : la cour d'appel a, « après déduction des dépenses estimées pour les besoins de la défunte, fixé le montant des retraits non justifiés devant être rapportés à la succession ».

41. Cass. civ. 1^{re}, 20 avril 1983, *Bull. civ. I*, n° 127 ; D. 1984, IR, 78, obs. crit. M. Vasseur ; *Defrénois* 1983, art. 33132, n. Chr. Larroumet : « Les sommes inscrites à un compte de chèques postaux constituent, dès leur versement, quelle que soit l'origine des fonds versés, une créance du titulaire du compte contre le centre des chèques postaux » ; Chr. LARROUMET, n. D., 1998.91. Sur la nature des sommes déposées dans un compte bancaire, *infra*, n° 887.

42. Cass. civ., 23 février 1909, *DP* 1909.I.421 (notaires); Cass. civ. 1^{re}, 19 février 1985, *Bull. civ. I*, n° 68 (conseils juridiques).

43. Les syndicats de copropriété doivent ouvrir un compte au nom de chaque syndicat de copropriétaires dont ils ont la charge ; à défaut d'accord des mandants, la banque ne peut établir une fusion entre ces comptes et compenser leurs créances ; jurisprudence plusieurs fois réitérée ; en dernier lieu, Cass. com., 10 février 1998, *Bull. civ. IV*, n° 64 ; *RTD civ.* 1998.702, obs. P.-Y. Gautier : « le banquier ne pouvait se méprendre sur la nature et l'origine des fonds ». La loi du 24 mars 2014 interdit les conventions de fusion ou les compensations (art. 18 préc., L. 1965).

44. Pour un syndic de copropriété : Cass. civ. 3^e, 5 octobre 2004, *Bull. civ. III*, n° 162 ; *RTD civ.* 2005. 419, obs. P.-Y. Gautier. La règle s'applique aussi aux avocats, aux agents commerciaux, etc.

45. Ex. : 1^o pour un **commissaire-priseur** : Cass. civ. 1^{re}, 23 mars 1982, *Bull. civ. I*, n° 119 : en l'espèce, une vente faite devant un commissaire-priseur fut annulée à la demande de l'acheteur parce que l'œuvre d'art mise en vente était un faux ; jugé que le commissaire-priseur pouvait demander au vendeur dont il était le mandataire, non seulement le remboursement du prix qu'il lui avait avancé mais aussi, en application des articles 1999 et 2001 « dès lors qu'aucune faute ne lui est reprochée et même si l'affaire n'a pas réussi, les frais et avances qu'il a faits pour l'exécution du mandat ainsi que les intérêts de cette somme ». 2^o Les avances consenties par un **syndic de copropriété** ne sont pas remboursables, car la loi du 13 juillet 1965 ne lui permet pas de faire des avances pour le compte du syndicat « sauf circonstances particulières pouvant justifier l'application de l'art. 1999 » : Cass. civ. 3^e, 29 mai 2002, *Bull. civ. III* n° 115 ; *RTD civ.* 2003.109, obs. P.-Y. Gautier ; jugé qu'en l'espèce, le syndic ne pouvait se faire rembourser ses avances qui « ne relevaient pas de circonstances

l'indemniser de ses pertes, sauf si elles ont été causées par sa faute, (art. 2000) et lui payer les honoraires convenus, sauf si le mandat était nul⁴⁶.

Ces dispositions étant supplétives de volonté⁴⁷, les parties peuvent prévoir que le mandataire supportera ses frais, par exemple en les déduisant de sa commission forfaitaire ou même exceptionnellement les pertes essuyées⁴⁸, à la condition qu'elles n'aient pas pour origine un fait imputable au mandant⁴⁹. Même si l'affaire a été conclue sans son intermédiaire, la rémunération est due au mandataire dès lors que c'est lui qui a apporté l'affaire : sa mission a bien été exécutée pendant le temps du mandat et la cause du paiement existe⁵⁰. Si l'affaire n'est pas conclue, mais qu'il a exécuté sa mission sans faute, il doit également être payé (art. 1999, al. 2).

Lorsque le mandat est conféré à un agent d'affaires, notamment immobilier, une clause d'exclusivité est souvent stipulée ; si le mandant viole cette obligation en confiant l'affaire à un autre intermédiaire, il doit réparer le préjudice causé. L'exclusivité n'est pas de droit dans le contrat de mandat et doit donc avoir été expressément stipulée. Son absence affaiblit la situation du mandataire lorsque l'affaire a été conclue sans son intervention⁵¹. Les parties peuvent être liées par un co-mandat, qui se définit comme la convention par laquelle plusieurs mandants désignent un même mandataire pour une affaire commune. Par exemple, dans une indivision ou lors d'une action en justice conjointe engagée par de nombreuses personnes. Ce qui produit des effets énergiques, comme la solidarité des co-

dont le syndic n'avait pas la maîtrise » ; la cour d'appel avait précisé que le syndic n'avait pas averti les copropriétaires de ces avances et n'avait pas engagé les actions pour le recouvrement des créances ; Cass. civ. 3^e, 16 octobre 2013, n° 12-20881, D. 2013. 2465, obs. Y. Rouquet, Bull. civ. III n° 131 ; RTD civ. 2014.139, obs. P.Y. Gautier (même solution, le mandat du syndic avait été résilié, il avait poursuivi sa mission et ne sera pas remboursé de ses dépenses). L'art. 18 de la loi de 1965, réd. loi de 2014, confirme l'interdiction des avances.

46. Ce qui n'est pas le cas lorsque le mandat donné à l'agent immobilier ou à l'agent d'affaires a un vice de forme (*supra*, n° 563). Le mandat de vendre donné à un agent immobilier par un indivisaire, sans l'accord des autres copropriétaires, est valable, mais inopposable aux autres indivisaires ; par conséquent, la commission est due : Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 1987, Bull. civ. I, n° 197 : « *Le contrat par lequel un indivisaire, agissant seul, donne mandat à un tiers de vendre la chose indivise, s'il est inopposable, sauf ratification, aux coindivisaires, n'est pas nul et produit ses effets entre les contractants* ».

47. Req., 9 février 1938, DH 1938.213 : « *Les dispositions de l'article 2000 d'après lequel le mandant doit indemniser le mandataire des pertes qu'il a subies à l'occasion de sa gestion n'étant pas d'ordre public, il peut y être dérogé par la convention des parties* ».

48. Cass. com., 26 octobre 1999, motifs, *infra*.

49. Cass. com., 26 octobre 1999, Bull. civ. IV, n° 195 ; Contrats, conc. consom. 2000, comm. n° 41, n. Leveueur ; RTD civ. 2000.136, obs. P.-Y. Gautier : « *les pertes que le mandataire a essuyées à l'occasion de sa gestion et dont les parties peuvent décider qu'elles seront couvertes par un forfait sont exclusives de celles qui ont pour origine un fait imputable au mandant* ».

50. Cass. civ. 1^{re}, 8 juillet 1994, Bull. civ. I, n° 234 : « *Lorsqu'un agent immobilier fait visiter à une personne l'immeuble mis en vente et qu'ensuite le vendeur traite directement avec cette personne, l'opération est réputée effectivement conclue par l'entremise de cet agent, lequel a alors droit au paiement de la commission convenue, sauf à tenir compte du prix de vente réel de l'immeuble et des circonstances ou fautes de l'agent* » ; CJCE, 12 décembre 1996, D. 1997.438, n. J.-M. Leloup : « *L'agent commercial lorsqu'il est chargé d'un secteur géographique a droit à la commission afférente aux opérations conclues avec des clients appartenant à ce secteur, même si elles l'ont été sans son intervention* ».

51. Ex. Cass. civ. 1^{re}, 25 novembre 2010, n° 08-12432, Bull. civ. I, n° 241 ; en l'espèce, le mandat donné à l'agent immobilier n'était pas exclusif ; l'acheteur a été présenté au mandant par un autre agent ; le premier se voit refuser une indemnité car il n'y a ni faute ni abus : « *Attendu que lorsque le mandant a donné à un mandataire le mandat non exclusif de rechercher un bien, il n'est tenu de payer une rémunération qu'à l'agent immobilier par l'entremise duquel l'opération a été effectivement conclue, au sens de l'article 6 de la loi du 2 janvier 1970, et cela, même si le bien lui avait été précédemment présenté par le mandataire initial, sauf à ce dernier à prétendre à l'attribution de dommages et intérêts en prouvant une faute du mandant qui, par abus de sa part et compte tenu des diligences accomplies, aurait privé de la réalisation de l'acquisition* ».

mandants lorsqu'ils ont nommé ensemble le mandataire pour une affaire commune (art. 2002)⁵². En outre, la révocation du mandat devra alors être faite par l'ensemble des co-mandants⁵³.

§ 2. ENVERS LES TIERS

570. Engagement du mandant. – Envers les tiers, le mandant est lié comme s'il avait traité lui-même sans avoir employé d'intermédiaire, ce qui est la conséquence de la représentation⁵⁴ (art. 1998). Il se trouve même engagé par le dol ou les fautes de son mandataire⁵⁵. Mais il n'est tenu que dans la mesure où le mandataire a eu un consentement sain – ce qui est le droit commun⁵⁶ – et avait le pouvoir de le représenter – ce qui est une règle spécifique au mandat (I). Cependant, dans certains cas importants, il est engagé malgré le dépassement de pouvoirs, s'il y a eu faute de sa part, mandat apparent (II) ou ratification (III).

I. — Étendue des pouvoirs

571. Pouvoirs du mandant. – Le mandat a pour objet de conférer des pouvoirs au mandataire ; mais il ne retire pas au mandant la faculté d'agir : les actes qu'il conclut avec les tiers sont donc valables, sauf collusion⁵⁷. Mais il engage alors sa responsabilité envers le mandataire auquel il a conféré un pouvoir exclusif ; notamment, il lui doit sa commission.

572. Pouvoirs du mandataire. – Le mandat délimite les pouvoirs du mandataire qui ne lie le mandant que s'il a agi dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés (art. 1998, al. 1). C'est au mandant d'en fixer l'étendue, pour les actes patrimoniaux, voire extrapatrimoniaux ; s'il ne l'a pas fait, la loi comble le vide en réglant la double antinomie du mandat.

Spécial ou général (art. 1987), en ce qui concerne l'objet, plus ou moins étendu, de la mission. Conçu en termes généraux ou exprès (art. 1988), en ce qui concerne la nature des actes que peut accomplir le mandataire (nouvel article 1155). Ces deux oppositions sont relatives : un pouvoir peut être plus ou

52. V. L. AYNÈS et A. HONTEBEYRIE, *D.* 2006, chron. 331 ; P.-Y. GAUTIER, obs. *RTD civ.* 1993.845.

53. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 17 juillet 1973, *Bull. civ. I*, n° 247 : « *sauf convention contraire, lorsque plusieurs indivisaires ont donné d'un commun accord un mandat, il n'est pas possible à l'un d'eux de révoquer, sans l'accord des autres, le mandat dont il s'agit* ».

54. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 25 novembre 2015, 2 esp., n° 14-20760 et 14-21873, *Bull. civ. I* à paraître ; *D.* 2016. 234, n. A. Tadros ; *Contrats, conc. consom.* 2016, n° 49, n. S. Bernheim-Desvaux ; *JCP G* 2016, 260, n. N. Dissaux : le mandataire, fût-il professionnel, qui représente un mandant qui ne l'est pas, s'efface derrière ce dernier, lequel peut donc opposer au cocontractant les règles favorables du droit de la consommation ; Cass. civ. 1^{re}, 14 novembre 1978, *Bull. civ. I*, n° 346 : « *l'exécution des obligations contractuelles passées par un mandataire au nom et pour le compte de son mandant incombe à ce dernier seul* ».

55. Cass. civ. 3^e, 29 avril 1998, *Bull. civ. III*, n° 87 ; *RTD civ.* 1998.930, obs. P.-Y. Gautier et 1999.89, obs. J. Mestre. En l'espèce, une SCI avait donné le mandat de vendre ses appartements à une société financière (la sté CEF) à la connaissance de la SCI, qui donna aux trois acquéreurs « *des informations fallacieuses [...] appuyées par une offre de garantie du locataire excessive afin d'accréditer que le prêt serait remboursable par les loyers* » ; jugé « *que la SCI était responsable du dol commis envers les époux Morin (tiers acquéreur), tiers de bonne foi par la sté CEF dans l'exécution de son mandat* ».

56. Les vices du consentement du mandataire deviennent ceux du mandant, qu'il représente : Ph. STOFFEL-MUNCK, *RDC* 2015. 443.

57. Cass. civ. 1^{re}, 18 juin 1970, *Bull. civ. I*, n° 204 ; *D.* 1971.261, n. J.-L. Aubert : « *Le pouvoir stipulé irrévocable, donné par Lévy à Oggero de céder un certain nombre de parts sociales, ne le privait pas du droit de disposer personnellement de ces parts, en qualité de propriétaire* ».

moins spécial, plus ou moins étendu. Il existe un principe général d'interprétation stricte des pouvoirs donnés au mandataire (art. 1989, par analogie et 1998, al. 2), qui s'explique par l'idée que le mandat démembre la personnalité juridique du mandant : cette situation doit être exceptionnelle⁵⁸. Une interprétation stricte n'est pourtant pas littérale : le mandat exprès s'étend aux actes qui sont le préliminaire ou la conséquence nécessaire des actes prévus⁵⁹.

1°) Le pouvoir peut être **spécial**, c'est-à-dire n'avoir pour objet que des actes limitativement énumérés, par exemple un acte déterminé, ou un bien déterminé⁶⁰. Il peut également inclure le pouvoir d'exercer une action en justice⁶¹. En revanche, il ne peut déléguer un pouvoir *intuitu personae* ou nécessitant une certaine qualité⁶². Il peut aussi être général, c'est-à-dire qu'il confère tous les pouvoirs susceptibles d'être donnés à un mandataire et embrasse toutes les affaires du mandant⁶³ : le mandataire devient alors juge des actes à accomplir.

2°) Lorsque le mandat est conçu en termes **généraux**, le Code civil précise qu'il n'embrasse que les actes d'administration⁶⁴ (art. 1988, al. 1) (*cf.* aussi, en matière d'indivision, art. 815-3, al. 3) : sous couvert d'interprétation, la loi impose une règle de fond, non parce que la volonté du mandant serait obscure, mais afin de le protéger contre lui-même. Le mandataire a alors les mêmes pouvoirs que ceux que la loi donne au tuteur d'un majeur protégé (art. 504, al. 1) et à l'administrateur légal d'un mineur (art. 389-5, al. 1), c'est-à-dire qu'il a le pouvoir de faire les actes normaux et courants. Les actes les plus graves (aliénation définitive et hypothèque) impliquent un mandat exprès (art. 1988, al. 2)⁶⁵.

573. Absence de pouvoirs. – D'évidence, le mandat est nul lorsque le prétendu mandataire était dépourvu de pouvoirs ; la Cour de cassation a décidé que cette nullité était relative⁶⁶.

58. Ex. : Limoges, 12 mars 1935, *DH* 1935.341 : le mandat de vendre ne comporte pas celui de recevoir le prix ; Req., 31 décembre 1845, *S.* 1845.1.362 : le pouvoir d'administrer ne comporte pas celui de transiger ; Cass. civ. 1^{re}, 21 décembre 1976, *Bull. civ. I*, n° 421 ; *D.* 1977, IR, 145 : le mandat de négocier une vente n'implique pas le pouvoir de la conclure.

59. Ex. : Cass. civ. 3^e, 29 novembre 1972, *Bull. civ. III*, n° 646 : « *Vu l'article 1989 ; aux termes de ce texte, le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat et de ce qui en est la suite nécessaire* » ; en l'espèce, un mandat avait conféré à un notaire le pouvoir « *de recevoir "tous paiements et arrérages de la rente"* » ; la cour d'appel avait décidé « *qu'il donnait pouvoir au notaire de renoncer au jeu déjà acquis d'une clause résolutoire* ». Cassation : il s'agissait d'un « *acte de disposition qui n'est pas la suite nécessaire de ce qui était porté dans le mandat* ».

60. Ex. : A donne à B le pouvoir de vendre, pour le prix minimum de 140 000 € l'immeuble qu'il possède à tel endroit. Le mandat de faire une donation ne peut être qu'un mandat spécial : Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 1983, *Bull. civ. I*, n° 192 (mandat entre époux) ; *cf. Les régimes matrimoniaux*, coll. Droit civil.

61. V. * Cass. crim., 20 mai 2015, *supra*, n° 526 (mandat de se faire restituer des sommes indûment confisquées, donné par 55 000 justiciables à une personne morale). M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, T. XI par R. Savatier, préc., n° 1459.

62. Par ex. présider une assemblée générale (de copropriétaires), alors qu'il n'est pas associé et même s'il peut prendre part au vote : Cass. civ. 3^e, 13 novembre 2013, n° 12-25682, *D.* 2013. 2697, obs. Rouquet ; *Bull. civ. III* n° 146.

63. La procuration est alors extrêmement longue, de façon à embrasser toutes les hypothèses.

64. Un pouvoir d'administration peut comprendre un achat ou une vente s'il est nécessaire à l'administration d'un bien. Ainsi l'achat de certains produits pour la gestion d'une entreprise : Cass. civ. 1^{re}, 7 octobre 1975, *Bull. civ. I*, n° 258 : « *En achetant des vaches pleines et des aliments pour le bétail, destinés au domaine, (le mandataire) avait accompli des actes d'administration, et n'avait pas outrepassé ses pouvoirs* ».

65. Ex. : Cass. civ. 3^e, 17 juillet 1991, *Bull. civ. III*, n° 216 ; en l'espèce, pour décider que le notaire d'un propriétaire avait le pouvoir de vendre au nom de son client, la cour d'appel avait relevé « *qu'au cours d'une entrevue, chacune des parties a expressément décidé de mandater un notaire pour élaborer le projet définitif et établir les formalités de la vente* ». Cassation : « *De tels motifs [...] ne caractérisent pas l'existence d'un mandat exprès d'aliéner donné au notaire* ».

66. Cass. civ. 1^{re}, 12 novembre 2015, n° 14-23340, *Bull. civ. I* à paraître ; *Defrénois* 2016.71, obs. J.-B. Seube et 124, n. C. Lebel ; *Contrats, conc., consom.* 2016, n° 31, n. L. Leveneur ; *RTD civ.* 2016.105, obs. Barbier (bail commercial, le locataire ne peut exciper de la nullité du contrat, du fait

Pratiquement, la question ne se pose que dans le cas de décès du mandataire et surtout de révocation ou de non-renouvellement du mandat : le mandant n'est pas lié par les actes faits par le mandataire qui a perdu ses pouvoirs. Pour établir la date des actes faits par le mandataire, la Cour de cassation a décidé « *que c'est au mandant qui entend contester la date d'un contrat conclu par son mandataire qu'il incombe d'apporter la preuve de la fausseté de la date* »⁶⁷.

Si l'intermédiaire qui s'est présenté comme mandataire ne jouissait d'aucun pouvoir, le supposé mandant n'est pas obligé, sauf application des règles du mandat apparent (nouvel art. 1156, al. 1^{er}, C. civ.) ; de même, sa responsabilité civile n'est pas engagée, au cas où le supposé mandataire commettrait des actes illicites, au détriment des tiers. Au cas où le mandat serait expiré et si l'acte a été utile à l'ancien mandant, la gestion d'affaires pourrait trouver à s'appliquer⁶⁸. L'article 18 de la loi du 1965, L. du 24 mars 2014, interdit cependant au syndic de copropriété d'avancer des fonds au syndicat.

574. Dépassement de pouvoirs. – Le mandant n'est lié que par les actes du mandataire faits dans la limite de ses pouvoirs⁶⁹. Par exemple, si le mandat est limité à l'administration, la vente faite par le mandataire est sans effets à l'égard du mandant, parce que la vente est, en général, un acte de disposition⁷⁰. Si ce mandataire a dépassé ses pouvoirs, ce qu'on appelle parfois un excès de pouvoir, le mandant ne peut être engagé par un acte qu'il n'a pas voulu⁷¹ ; le tiers acquéreur a acquis *a non domino*, et il a commis une imprudence en ne vérifiant pas les pouvoirs de celui avec qui il contractait, sauf à bénéficier de l'apparence. Le tiers pourra exciper de la nullité (nouvel art. 1156 al. 2).

La situation est donc la suivante : le mandataire est responsable à l'égard du mandant et celui-ci est obligé envers les tiers lorsque les conditions du mandat apparent sont remplies⁷². Si l'acte du mandataire a été utile au mandant, on peut cependant envisager le remboursement⁷³.

de l'absence de pouvoir du représentant du propriétaire) ; Cass. civ. 1^{re}, 2 novembre 2005, *Bull. civ. I*, n° 395 ; *RTD civ.* 2006.138, obs. crit. P.-Y. Gautier : « *la nullité d'un contrat en raison de l'absence de pouvoir du mandataire, qui est relative, ne peut être demandée que par la partie représentée* » ; en cette espèce, un contrat d'assurance de groupe avait été conclu par une entreprise ; un des bénéficiaires, salarié de l'entreprise, qui avait agi au nom de l'entreprise, avait demandé l'application de l'assurance (paiement d'indemnités journalières pour le cas de maladie) ; l'assureur lui opposa la nullité de l'assurance, ayant été conclue par un salarié dépourvu de mandat ; cassation de l'arrêt qui avait accueilli cette exception de nullité.

67. Cass. civ. 1^{re}, 4 janvier 1984, *Bull. civ. I*, n° 5 ; *RTD com.* 1985.355, obs. J. Hémar et B. Bouloc.

68. *Contra* : Cass. civ. 3^e, 16 octobre 2013, n° 12-20881 ; *RTD civ.* 2014.139, obs. P.Y. Gautier, *Bull. civ. III* n° 131 (pas de remboursement des avances consenties par un syndic dans l'attente que son successeur reprenne la gestion).

69. Ex. Cass. civ. 1^{re}, 26 janvier 1999, *Bull. civ. I*, n° 30 : le mandant est lié « *pour ce qui a été exécuté conformément au mandat* ».

70. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 27 janvier 1973, *Bull. civ. I*, n° 25 : « *La procuration donnant au mandataire le pouvoir de gérer et d'administrer une ferme avec le pouvoir de traiter, de transiger et de compromettre ne permettait pas à celui-ci de conclure une vente immobilière* ».

71. Ex. : Cass. com. 26 mars 2008, *Bull. civ. IV*, n° 69 ; *RTD civ.* 2008.689, obs. P.-Y. Gautier ; *RDC* 2008.1177, obs. S. Carval : en l'espèce, le mandataire de bourse avait acheté les titres cotés le lendemain du jour où il aurait dû le faire, « *le mandant n'est pas tenu d'exécuter les actes faits par son mandataire au-delà du pouvoir qui lui a été donné... l'exécution de l'ordre d'achat était intervenue après que celui-ci fut devenu caduc et ne pouvait dès lors engager le donneur d'ordre* ».

72. Ex. Cass. civ. 3^e, 15 mai 2002, *Bull. civ. III*, n° 100 : le syndic qui a imprudemment demandé une étude à un architecte doit garantir la copropriété, tenue elle-même d'indemniser l'homme de l'art.

73. Tradition de POTHIER : *Mandat*, n°s 74 et 299, sur le fondement de la gestion d'affaires ; V. aussi Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil*, 2^e éd. par son fils ROBERT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, T. XII par R. Rodière, n° 316 ; mais la Cour de cassation n'y est pas favorable : Cass. civ. 3^e, 29 mai 2002, *Bull. civ. III* n° 115 ; *RTD civ.* 2003. 109, n. P.Y. Gautier (pas de remboursement pour le syndic de copropriété qui a fait sans autorisation des avances de fonds pour régler les créanciers). V. égal. l'art. 18 préc. nouveau de la loi de 1965.

575. Détournement de pouvoirs. – Le mandant n'est pas non plus lié si l'acte du mandataire constitue un détournement de pouvoirs, bien qu'apparemment il soit resté dans les limites de sa mission ; généralement, il s'agit d'hypothèses où le mandataire poursuit son intérêt personnel au détriment de ceux du mandant et viole ainsi son obligation de loyauté, par exemple, en cas d'abus de blanc-seing⁷⁴. Le mandataire est bien entendu responsable, mais l'acte n'est annulé que lorsqu'est rapportée la preuve d'un concert frauduleux entre le mandataire et le tiers⁷⁵.

Le détournement de pouvoirs est un abus de pouvoirs qui tient à l'intention du mandataire. Afin d'assurer la sécurité des transactions, la bonne ou la mauvaise foi du tiers est appréciée comme à l'égard du mandat apparent.

576. Absence de pouvoirs. – L'acte conclu par un mandataire sans pouvoir est nul. La nullité est relative⁷⁶. Pas davantage le contrat n'est conclu avec le mandataire, qui voudrait s'en prévaloir⁷⁷. En revanche, il peut lui être opposé lorsqu'il s'agit d'actes conclus pour le compte d'une société en formation (art. 1843 ; C. com., art. L. 210-6) : si la société ne « reprend » pas les actes, le prétendu mandataire est personnellement engagé⁷⁸.

La faute du mandant et surtout le mandat apparent apportent d'importantes limites à ces règles.

II. — Faute du mandant et mandat apparent

Par l'effet de la représentation, une personne est engagée sans l'avoir voulu, si elle a commis une faute en donnant un mandat (A) et surtout par l'effet du mandat apparent (B).

577. Fondements. – L'efficacité du mandat apparent est étonnante : il est extraordinaire qu'une personne soit contractuellement engagée sans l'avoir voulu. La règle se justifie par la sécurité des tiers, ceux qui contractent avec un intermédiaire dont il est raisonnable qu'ils n'aient pas vérifié les pouvoirs. Cette raison en explique l'extension, puisque la sécurité juridique est un des soucis majeurs du droit contemporain.

La sécurité doit se concilier avec la justice : il n'est pas juste qu'une personne soit engagée sans l'avoir voulu. La conciliation entre ces intérêts antagonistes donne lieu à un droit jurisprudentiel où la Cour de cassation exerce un contrôle minutieux : les arrêts de censure sont nombreux, ce qui en révèle l'incertitude.

A. FAUTE DU MANDANT

578. Bonne foi et faute du mandant. – La jurisprudence a toujours admis que, malgré le dépassement de pouvoirs par le mandataire, le mandant était tenu

74. Ex. : Req., 13 février 1883, DP 1884.1.80 : « Si aux termes de l'article 1998, le mandant n'est pas tenu de ce qui a pu être fait au-delà du mandat, il en est autrement lorsque le mandant a imprudemment confié au mandataire un blanc-seing dont il a abusé pour contracter vis-à-vis d'un tiers de bonne foi, des engagements qui excèdent la limite de ses pouvoirs ».

75. Jurisprudence constante : ex. : Req., 14 avril 1908, DP 1908.1.344 ; S. 1909.1.23 : « L'engagement pris par un mandataire n'oblige le mandant que vis-à-vis de tiers de bonne foi, et le contrat intervenu à la suite d'un concert frauduleux entre le mandataire et le tiers doit être annulé ».

76. Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2009, n° 08-15413, n.p. B. ; *Contrats, conc. consom.* 2009 n° 260, n. L. Leveneur : « la nullité d'un contrat pour absence de pouvoir du mandataire, qui est relative, ne peut être demandée que par la partie représentée » (en l'espèce, le constructeur avait soulevé la nullité du contrat conclu par un pseudo-mandataire, alors que le pseudo-mandant avait demandé son exécution).

77. Cass. civ. 1^{re}, 2 novembre 2005, *supra*.

78. V. cep. *supra* nos 573-574 sur la gestion d'affaires.

envers les tiers de bonne foi, lorsque leur erreur a été rendue possible par une faute du mandant. Par exemple, le mandant n'avait pas prévenu le tiers de la révocation du mandat (art. 2005), ou bien avait donné un blanc-seing, ou bien la procuration était obscure.

B. MANDAT APPARENT

579. Bonne foi et croyance légitime. – L'extension involontaire des pouvoirs d'un mandataire, la plus importante et la plus curieuse, tient à la théorie du mandat apparent. Une personne peut être engagée par un intermédiaire qui a excédé ses pouvoirs de mandataire ou même n'en possédait pas, s'il avait une apparence de mandat et si celui qui a agi avec le mandataire apparent l'avait fait sous l'empire d'une croyance légitime⁷⁹. Depuis 1962, la jurisprudence a élargi le domaine du mandat apparent⁸⁰, sans doute à cause de l'accroissement contemporain des rapports d'affaires. Tout se passe comme si l'intermédiaire bénéficiait d'un pouvoir de la personne qu'il prétendait représenter. Bien entendu, celle-ci aura un recours contre le mandataire apparent.

Cette jurisprudence s'est élaborée en faveur des tiers qui contractent avec les dirigeants de sociétés en ignorant les restrictions de pouvoirs résultant des statuts. Il a paru inopportun d'obliger une personne qui fait des affaires avec une société à vérifier chaque fois le pouvoir du mandataire social : l'acte doit engager la société s'il est dans la limite des pouvoirs qu'ont habituellement les administrateurs ou gérants de société. La protection de ces tiers est maintenant assurée par les lois sur les sociétés : le Code de commerce (art. L. 221-5, L. 223-18, L. 225-35, L. 225-51, L. 225-64) et la loi du 4 janvier 1978 (art. 1849, al. 3) prévoient que sont inopposables aux tiers les restrictions statutaires aux pouvoirs légaux des mandataires sociaux, ce qui rapproche le mandat de la théorie allemande de la *Prokura*⁸¹. On pouvait penser qu'après cette intervention législative, la jurisprudence sur le mandat apparent aurait disparu, faute d'objet. Elle s'est, au contraire, maintenue et même vivifiée : la loi a eu, comme souvent, un effet d'*impetus*.

On en voit la raison d'être : la sécurité des transactions ; il faut pouvoir se fier aux apparences. On en voit aussi les dangers : une personne est engagée par un tiers sans l'avoir voulu (il n'y a pas de mandat) et sans que l'acte soit utile (il n'y a pas de gestion d'affaires). En pratique, le mandat apparent n'est qu'une *ultima ratio* car il présente un caractère subsidiaire : par hypothèse, il n'existe ni mandat, même tacite, ni gestion d'affaires, ni faute du mandant, ni propriétaire apparent. On comprend que le contentieux soit important, d'autant que la jurisprudence est circonstanciée. Elle se trouve partiellement consacrée aux nouveaux articles 1156 à 1158 : opposabilité de l'acte « sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs », lorsque le tiers « a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant », mais il faut que ce soit du fait du « comportement ou des déclarations du représenté », ce qui rétrécit beaucoup le champ du mécanisme. Si le tiers le réclame, l'acte est nul ou inopposable, selon qu'il y a eu détournement ou dépassement, sans qu'on comprenne bien la différence de traitement. Une curieuse procédure permet au tiers qui a un « doute » d'interroger le représenté pour avoir confirmation des pouvoirs du représentant apparent.

79. A. BATTEUR, *Le mandat apparent en droit privé*, th. Caen, LGDJ, 2004 ; A. DANIS-FATÔME, *Apparence et contrats*, th. Paris I, LGDJ, 2004 ; J. CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, th. Montpellier, LGDJ, 1959, préf. Cabrillac ; M. N. JOBARD-BACHELIER, *L'apparence en droit international privé*, th. Paris, LGDJ, 1984.

80. ** Cass. Ass. plén., 13 décembre 1962, *Banque canadienne nationale*, Bull. civ. Ass. plén., n° 2 ; GAJ civ., n° 282 ; D. 1963.277, n. J. Calais-Auloy ; JCPG 1963.II.13105, n. P. Esmein ; RTD civ. 1963.572, obs. G. Cornu : « Le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ce pouvoir ». En l'espèce, le président d'une banque avait cautionné une dette au nom de la banque sans en avoir le pouvoir ; jugé que la banque était engagée.

81. *Supra*, n° 527.

580. En fait de mandat, croyance légitime vaut titre. – Pour qu'il y ait mandat apparent, deux conditions doivent être remplies.

1°) Qu'il y ait **apparence** de mandat, c'est-à-dire qu'une personne se comporte en fait comme un mandataire, alors qu'elle n'en a pas les pouvoirs ou les outre-passe.

2°) Que le tiers soit de **bonne foi** (art. 2009) ; la jurisprudence exige que son erreur ait été légitime ou, en d'autres termes, que sa croyance ait été légitime⁸² : il a eu de bonnes raisons de croire aux pouvoirs du mandataire : « *que des circonstances autorisent le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ce pouvoir* »⁸³. Comme l'avait dit Pierre Voirin, « *la théorie de l'apparence n'est pas une planche de salut à l'usage des négligents et des étourdis, mais une protection réservée aux victimes d'une croyance légitime* »⁸⁴.

581. Preuve. – À la différence du mandat exprès ou tacite, la preuve du mandat apparent peut être faite librement, notamment par présomptions⁸⁵.

582. Variétés. – Il existe des hypothèses où la jurisprudence admet le mandat apparent, d'autres, pourtant analogues, où elle l'écarte ; en réalité, tout dépend des circonstances, ce qui explique que le mandat apparent soit délicat à appliquer.

Lorsqu'une personne traite avec un agent d'assurances, elle peut croire légitimement que celui-ci est le mandataire apparent de l'assureur⁸⁶. Ou un agent immobilier le croyant mandataire du propriétaire⁸⁷. Ou bien, lorsque... un ordre de publicité, recueilli dans le magasin d'un commerçant, a été passé par le caissier comptable sous sa signature et le cachet commercial⁸⁸, ... une personne utilise le moyen de communication de l'acquéreur sans son autorisation⁸⁹, ... il y a eu utilisation du papier en-tête du mandant apparent, ... le directeur financier d'une entreprise donne à une banque l'ordre d'acheter une Sicav⁹⁰, ... une promesse de vente portant sur un immeuble appartenant à une société a été signée, non par le président de la société, mais par son fils, simple directeur, sans qualité pour conclure cet acte⁹¹.

À l'inverse, il n'y a pas de mandat apparent lorsqu'... un effet de commerce a été signé par le conjoint du dirigeant⁹², ... le prétendu mandataire était directeur d'un cabinet de transactions

82. Malgré les analogies que le mot d'apparence suggère avec la théorie du propriétaire apparent (*supra*, n° 183), il n'est pas nécessaire qu'à la bonne foi du tiers s'ajoute l'erreur commune ; il suffit que la croyance soit légitime.

83. Jurisprudence constante depuis **Cass. Ass. plén., 13 décembre 1962, *Banque canadienne nationale*, préc. *supra*.

84. N. DP 1929.II.81.

85. Ex. : Cass. civ. 3^e, 21 janvier 1981, *Bull. civ. III*, n° 19 ; *Jour. not.* 1981, article 56035 ; en l'espèce, le débiteur du prix de vente l'avait remis au notaire rédacteur de l'acte, auquel le vendeur n'avait pas donné le pouvoir d'encaisser le prix pour son compte ; jugé que pouvait être présumé que le notaire était le mandataire apparent du vendeur.

86. Cass. civ. 1^{re}, 25 octobre 1977, *Bull. civ. I*, n° 387 : « *Les juges du second degré, ayant admis que la faute commise par Leydier l'avait été en sa qualité d'agent général mandataire de la compagnie (d'assurance), en ont justement déduit que celle-ci devait être déclarée civilement responsable du dommage causé par cette faute* ».

87. Cass. civ. 3^e, 25 mai 2005, *Bull. civ. III*, n° 117 ; *JCP G* 2005.IV.2541 ; *RDC* 2005.1071, obs. Fr. Collart-Dutilleul.

88. Cass. com., 26 janvier 1976, *D.* 1976, IR, 112 ; n.p.B.

89. Cass. com., 12 mai 1987, *D.* 1987, IR, 134 ; n.p.B. : « *L'erreur commise par le vendeur quant à la personnalité de son cocontractant était légitime* ».

90. Cass. com., 23 janvier 2007, *Contrats, conc. consom.* 2007, comm. n° 115, n. L. Leveneur.

91. Cass. com., 29 mars 1966, *Bull. civ. III*, n° 179 ; *JCP G* 1967.II.15310, 2^e esp.

92. Cass. com., 9 mars 1999, *Bull. civ. IV*, n° 57 : « *le banquier, porteur de bonne foi d'un billet à ordre signé au nom d'une société, n'est pas tenu de vérifier ni la signature apposée sur l'effet ni*

immobilières⁹³, ... un marchand de biens traite avec l'intermédiaire⁹⁴, ... une procuration sur un compte bancaire a permis de souscrire des emprunts⁹⁵.

Seul le tiers peut invoquer le mandat apparent à l'encontre du supposé mandant et non le mandant, à l'encontre d'un tiers qui se serait immiscé dans l'exécution de la mission confiée au mandataire⁹⁶.

583. Jurisprudence circonstanciée. – La jurisprudence est donc circonscrite : ni la nature de l'acte, ni la qualité de l'intermédiaire, ni même celle du tiers ne suffisent pour déterminer s'il y a ou non mandat apparent. L'erreur n'est légitime que si les circonstances justifient que le tiers n'ait pas vérifié les pouvoirs du mandataire.

1°) La nature de l'acte n'est pas un critère décisif : le mandat apparent s'étend à tous les actes, même les plus graves tels que les actes de disposition. Cependant, en ce cas, la légitimité de l'erreur du tiers s'apprécie avec sévérité⁹⁷.

2°) La qualité de l'intermédiaire n'est pas non plus un critère incontestable. Sans doute, il existe des intermédiaires qui ont pour qualité habituelle d'être des mandataires – il est alors inutile que les tiers qui contractent avec eux vérifient leurs pouvoirs⁹⁸ –, sauf lorsque les pouvoirs de l'intermédiaire dépendent d'un formalisme impératif, comme l'agent immobilier dont le mandant doit être écrit⁹⁹, ce qui interdit de lui appliquer le mandat apparent¹⁰⁰. Inversement, un grand nombre de personnes ne devraient pas habituellement être considérées comme des mandataires ; il est donc nécessaire que les tiers qui contractent avec eux vérifient leur pouvoir ; néanmoins, la situation relève parfois du mandat apparent ; par exemple, à l'égard du notaire, des indivisaires ou des époux.

Un acte fait par un **notaire** pour le compte d'un client qui ne lui en a pas donné pouvoir peut, selon les circonstances..., être jugé avoir été fait par un mandataire apparent, parce que le tiers a

l'étendue des pouvoirs du signataire, et la société est engagée par la signature de son mandataire apparent, sauf à elle d'établir être étrangère dans la formation de cette apparence de mandat ».

93. Cass. civ. 3^e, 20 juin 1972, *Bull. civ. III*, n° 414 : « Le seul fait pour Martinot, d'avoir agi en tant que directeur d'un cabinet de transactions immobilières ne pouvait lui conférer le caractère d'un mandataire apparent autorisant, en l'espèce, l'acquéreur à ne pas vérifier le pouvoir de représentation invoqué par lui ».

94. Cass. civ. 1^{re}, 29 avril 1969, *Bull. civ. I*, n° 155 ; *D.* 1970.23, 1^{re} espèce, n. J. Calais-Auloy : « Le prêt consenti par Riou avait été effectué dans des conditions tout à fait contraires aux usages du commerce, que Riou qui exploite un cabinet d'affaires, est particulièrement bien placé pour connaître parfaitement et dont il ne pouvait s'écarter qu'à ses risques et périls ».

95. Cass. civ. 1^{re}, 30 septembre 1997, *Bull. civ. I*, n° 258 ; *D. Aff.* 1997.1249 ; en l'espèce, une femme, M^{me} R. avait contracté des emprunts auprès de deux prêteurs ; « ayant reçu procuration sur le compte bancaire de sa fille [...], elle a tiré sur ce compte et remis aux prêteurs "en garantie" deux chèques qui sont demeurés impayés faute de provision » ; les prêteurs ont été déboutés de leur action contre la titulaire du compte bancaire : « Si M^{me} R. avait reçu de sa fille une procuration sur son compte bancaire, elle n'avait reçu, pour autant, mandat de contracter ou de garantir des emprunts ».

96. Cass. com., 21 mars 1995, *Bull. civ. I*, n° 101 : « le mandat apparent a pour seul effet d'obliger le mandant à exécuter les engagements pris envers les tiers par le mandataire apparent, mais non d'y obliger ce dernier ».

97. Cass. civ. 1^{re}, 30 novembre 1965, sol. impl., *Bull. civ. I*, n° 664 : acte translatif ou constitutif de droits réels immobiliers ; Cass. com., 9 mars 1970, *Bull. civ. IV*, n° 88 : emprunt, cautionnement ; v. aussi : ** Cass. Ass. plén., 13 décembre 1962, *Banque canadienne nationale*, préc., ci-dessus.

98. Ex. Cass. civ. 3^e, 25 mai 2005, préc. supra : « l'acquéreur qui a accepté une offre de vente à lui transmise par un professionnel en vertu d'un mandat nul, peut invoquer à son profit l'existence d'un mandat apparent ».

99. *Infra*, n° 711.

100. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 5 juin 2008, *Bull. civ. I*, n° 163 ; *D.* 2008.1693, n. Y. Rouquet : « la preuve de l'existence et de l'étendue du mandat de gestion immobilière délivré à un professionnel ne peut être rapportée que par écrit et le mandat apparent ne peut tenir en échec ces règles impératives ».

pu légitimement croire que le notaire avait le pouvoir d'agir à cause de la réputation de prudence qu'ont ces officiers ministériels¹⁰¹... ou, au contraire, ne pas l'être, lorsque le notaire accomplit manifestement un acte sortant de ses obligations professionnelles : par exemple l'acceptation d'un paiement tardif privant le créancier du bénéfice de la clause résolutoire¹⁰². De même, un acte de disposition¹⁰³ fait par un **indivisaire** sans avoir reçu de mandat de ses consorts peut, selon les circonstances... être couvert par la théorie du mandat apparent¹⁰⁴... ou ne pas l'être¹⁰⁵. À l'égard des **époux**, la tendance actuelle est de n'admettre qu'exceptionnellement le mandat apparent¹⁰⁶, à peine de retirer toute portée à la répartition des pouvoirs qu'organisent la loi et le régime matrimonial.

3°) La qualité du tiers joue également un rôle afin de savoir s'il y a ou non un mandat apparent. Notamment, un professionnel est tenu à plus de diligence que ne l'est un profane : il ne peut prétendre à un mandat apparent lorsque les usages lui commandent de demander des justifications à son interlocuteur¹⁰⁷. Ce qui n'est pas toujours vrai : par exemple, lorsque le mandant a commis une faute ou n'a pas été étranger à l'apparence créée¹⁰⁸. À l'inverse, les tribunaux sont indulgents envers les profanes, lorsqu'ils sont peu avertis des affaires¹⁰⁹.

101. Cass. civ. 3^e, 2 octobre 1974, *Bull. civ. III*, n° 331 ; *JCP G* 1976.II.18247 ; validité de la vente d'un immeuble faisant partie d'une succession, conclue par le notaire chargé de la liquider : « le comportement de Magois, notaire, [...] avait permis à Rouault de croire légitimement que celui-ci agissait dans les limites du mandat donné par Bouvier, et qu'ainsi ce dernier se trouvait engagé par l'accord intervenu entre son mandataire apparent et Rouault ».

102. Cass. civ. 3^e, 15 juin 1976, *Bull. civ. III*, n° 266 : en acceptant le paiement tardif de l'acheteur d'un immeuble, le notaire du vendeur n'avait pas le mandat apparent de renoncer à une clause résolutoire : « Le pouvoir d'accomplir un acte de disposition ne relevant pas de l'exercice normal de ses attributions professionnelles, excédait si manifestement la mission d'encasement [...] qu'il ne pouvait être légitimement tenu pour crédible sans vérification de l'existence d'un mandat spécial qui eût habilité ledit notaire à disposer d'un droit déjà acquis au bénéfice du vendeur ».

103. Les actes d'administration faits par un indivisaire sans le consentement des autres relèvent du mandat tacite : art. 815-3, al. 2.

104. Ex. : Cass. civ. 3^e, 6 février 1973, *Bull. civ. III*, n° 102 : « Les juges d'appel ont relevé que la maison, presque en ruine, était de faible valeur, que les indivisaires étaient unis par des liens de parenté, qu'il existait des difficultés de communication entre la France et l'Espagne (où était domicilié un des coindivisaires) [...] que X apparaissait comme le représentant de ses coindivisaires [...], la cour d'appel [...] a pu décider que (l'acquéreur) avait traité avec des mandataires apparents des coindivisaires absents et dans les limites de leur mandat ».

105. Cass. civ. 3^e, 13 novembre 1979, *JCP G* 1981.II.19509 ; n.p.B. (bail).

106. Jurisprudence plusieurs fois répétée ; ex. : Cass. civ. 1^{re}, 31 mars 2010, n° 08-19649, *Bull. civ. I*, n° 81 ; *D*. 2010. 1019 ; *Dr. et patr.* juill.-août 2010, p. 102, obs. L. Aynès ; *RDC* 2010.952, obs. Ch. Goldie-Genicon : le fait que la femme soit restée passive lors de la vente du bien commun ne fait pas présumer son accord. Au contraire, il y a mandat apparent si le conjoint a une procuration notariée de son épouse (quand bien même la procuration serait dépourvue d'effet) : Cass. civ. 1^{re}, 11 mars 1986, *Bull. civ. I*, n° 67.

107. Ex. : un marchand de biens qui est en même temps gérant de société doit vérifier les statuts d'une société pour savoir si le gérant avait le pouvoir de vendre ; exclusion du mandat apparent : Cass. civ. 1^{re}, 29 avril 1969, *Bull. civ. I*, n° 155 ; *D*. 1970.23, 1^{re} esp., n. J. Calais-Auloy. Au contraire, on est plus indulgent envers un rural ou un vieillard : Cass. civ. 3^e, 27 novembre 1969, *Bull. civ. III*, n° 771 : « Acquéreur non averti et dont on ne pouvait raisonnablement exiger qu'il prit la précaution préalable de vérifier le pouvoir du mandataire avec lequel il traitait ».

108. Ex. : Cass. com., 25 février 1980, *Bull. civ. IV*, n° 94 : commande de fournitures à un concessionnaire ; bien que le concédant ait révoqué la concession, le paiement fait par l'acquéreur à l'ex-concessionnaire est libératoire : (le concédant) « n'étant pas étranger à l'apparence ainsi créée et (le solvens) pouvant légitimement croire que l'ex-concessionnaire avait agi en qualité de mandataire du concédant ».

109. Ex. : Cass. civ. 3^e, 27 novembre 1969, *Bull. civ. III*, n° 771 : « Les apparences, bien que contraires à la réalité, étaient suffisamment convaincantes pour entraîner la croyance légitime de Toffoli, qui était un acquéreur non averti "dont on ne pouvait raisonnablement exiger qu'il prit la précaution préalable de vérifier les pouvoirs du mandataire avec lequel il traitait" ». En l'espèce, Toffoli avait acheté une villa d'un mandataire d'une SCI, qui avait seulement le pouvoir de l'administrer ; jugé que la vente était valable.

584. Critère. – De ces espèces, se déduit un critère juridique, puisque le mandat apparent est une notion de droit contrôlée par la Cour de cassation ; mais le critère n'est pas précis. Il y a mandat apparent lorsque la croyance légitime est vraisemblable et raisonnable (rappr. nouvel art. 1156).

Ainsi en est-il lorsque les circonstances – nature de l'acte, professions de l'intermédiaire et du tiers, usage d'un papier à lettres ou d'un cachet au nom du prétendu mandant, habitudes d'agir au nom de celui-ci, urgence, faute du mandant – autorisent celui qui s'est trompé à ne pas vérifier l'étendue et l'existence des pouvoirs de l'intermédiaire. Lorsque ces circonstances n'existent pas, il n'y a pas mandat apparent.

III. — Ratification

585. Expresse ou tacite. – Malgré l'absence ou le dépassement de pouvoir par le mandataire, malgré l'absence de mandat apparent, le mandant est tenu s'il a ratifié l'acte du mandataire (ou prétendu tel) (art. 1998, al. 2)¹¹⁰ : le mandant fait siens les actes du mandataire. La ratification peut être expresse ou tacite¹¹¹. La Cour de cassation a décidé qu'il n'était pas nécessaire que le mandataire eût agi pour le compte du mandant¹¹². La ratification vaut complément de pouvoirs et produit les mêmes effets qu'un mandat : *Ratihabitio mandato aequiperatur* ; rétroactivement¹¹³, même à l'égard des ayants cause à titre particulier des parties, si l'acte avait rempli les conditions de publicité qui l'eussent rendu opposable aux tiers s'il avait été régulier¹¹⁴.

En principe, la ratification couvre la responsabilité du mandataire : le mandant en a approuvé la gestion et ne peut donc lui demander d'indemnités¹¹⁵ ; le contraire a été jugé aussi¹¹⁶. La ratification confère rétroactivement un pouvoir ; théoriquement, elle n'implique pas que celui-ci ait été bien exercé ; l'existence du pouvoir et la qualité de la gestion sont deux choses différentes. En fait, il est difficile, dans la manifestation de volonté *a posteriori* du mandant, de les distinguer.

110. Ex. : Cass. civ. 3^e, 8 juillet 1987, *JCPG* 1987.IV.321 ; n.p.B. : « *L'existence de la procuration, quelle qu'en soit la date, emporte ratification rétroactive des actes du mandataire* ».

111. Ex. : Req., 23 mars 1897, *DP* 1897.I.152 ; S. 1897.I.114 ; 2 décembre 1935, *DH* 1936.52 : la ratification « *résulte de tous actes, faits et circonstances qui manifestent de la part du mandant la volonté certaine de ratifier* ». Une des formes courantes de la ratification tacite est l'exécution par le « *mandant* » de l'acte fait par le « *mandataire* », ou un rappel de l'acte dans un acte ultérieur également fait par le « *mandant* ».

112. Cass. civ. 1^{re}, 28 avril 1980, *Bull. civ. I*, n° 129 ; *RTD civ.* 1981.408, obs. G. Cornu : « *Le fait que le mandataire qui dépasse son mandat déclare agir en son nom personnel ne s'oppose pas à ce que le mandant ratifie ses actes* ». En l'espèce, un éditeur français avait demandé à un éditeur étranger de traduire un ouvrage, sans que l'auteur lui en eût donné le pouvoir. Ultérieurement l'auteur donna tacitement son approbation (il signala à l'éditeur les erreurs de traduction) : c'était une ratification.

113. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 4 décembre 1979, *Bull. civ. I*, n° 304 : « *L'existence de la procuration, dès lors qu'elle est admise, et quelle qu'en soit la date, emporte ratification rétroactive de l'acte passé par le mandataire* » ; en l'espèce, A, B et C sont indivisaires. A passe un acte au nom de ses copropriétaires sans en avoir le pouvoir. Il en reçoit ultérieurement procuration ; l'acte est ratifié *ab initio*.

114. Ex. : Cass. civ., 4 mars 1891, *DP* 1891.I.313 : « *Cet effet rétroactif ne peut être opposé aux tiers qu'autant que l'existence de l'acte ratifié leur a été révélée soit par une inscription, soit par une transcription suivant la nature de l'acte* ».

115. Ex. : Cass. civ., 9 mai 1853, *DP* 1853.I.293 ; S. 1854.I.30 : « *Le mandant qui a ratifié, même tacitement, sans aucunes protestations ni réserves, ce qui a été fait en son nom, renonce par cette ratification à réclamer contre celui-ci une indemnité à raison des retards ou des changements apportés à l'exécution du mandat* » ; en l'espèce, A est le mandataire de B ; il dépasse ses pouvoirs ; B ratifie ; B ne peut demander une indemnité à A.

116. Ex. : Req., 28 mars 1855, *DP* 1855.I.165 ; S. 1856.I.590 ; en l'espèce, A est le mandataire de B ; il dépasse ses pouvoirs dans un acte conclu avec C ; B ratifie ; C agit contre B ; B peut demander une indemnité à A.

On oppose souvent la confirmation et la ratification : la première est l'œuvre d'une partie et a pour objet d'effacer une nullité ; la seconde est l'œuvre d'une personne qui n'a pas été partie à un acte et a pour objet de le prendre à son compte. Mais leurs conditions et leurs effets sont pratiquement identiques¹¹⁷.

N^{os} 586-597. réservés.

117. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

■ LIVRE II ■

LOUAGES

598. Variétés en un genre unique. – Comme à Rome¹, le Code civil fait du louage un genre unique (art. 1708), recouvrant des variétés différentes : le louage de choses (aujourd’hui, dénommé généralement bail ou location)², le louage de services (aujourd’hui, dénommé contrat de travail), le louage d’ouvrage (aujourd’hui dénommé contrat d’entreprise et autrefois louage d’industrie).

Genre unique, ce qui signifie que dans le contrat de travail, une personne loue sa force de travail contre un salaire, de la même manière qu’un propriétaire loue sa chose contre un loyer. Cette unité de la *locatio conductioque* s’expliquait à Rome, où le travail était assuré par une main-d’œuvre servile : l’esclave était une chose ; on louait un homme comme un animal ou une ferme. Conception qui a survécu à l’esclavage : pendant longtemps, on a vu dans le travail humain une marchandise que l’on pouvait louer. Elle est révolue : la convention qui porte sur le travail humain n’a pas de rapports avec celle qui a pour objet les services d’une chose.

Le contrat de travail relève d’une discipline qui a maintenant son autonomie, le droit du travail. On étudiera seulement les baux (Titre I) et le contrat d’entreprise (Titre II).

1. J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^e éd., 2010, n° 471.

2. Dans l’Ancien droit, les synonymes étaient déjà nombreux : bailler, louer, affermer, arrenter, amodier.

■ TITRE I ■

BAUX

PREMIÈRES VUES SUR LES BAUX

599. Sources apparentes et réelles. – Le Code civil consacre plus de soixante articles (art. 1713 à 1778) au « *louage des choses* ». Ses textes n'ont pratiquement pas changé depuis 1804. Stabilité remarquable du droit? Pure apparence, car aujourd'hui les dispositions du Code civil ne jouent qu'un rôle secondaire. Les distinctions du Code, d'ailleurs confuses, entre « baux des maisons et des biens ruraux », « baux à loyer » et « baux à ferme » ne correspondent à aucune réalité effective, tant s'est diversifié le droit du bail. En revanche, le Code ne dit rien d'une distinction capitale, entre les baux mobiliers et immobiliers; rien ou presque sur les premiers, alors que la location de certains meubles, y compris incorporels (ex. : fonds de commerce), présente aujourd'hui une grande importance. Enfin, le droit des baux immobiliers n'a plus sa source effective dans le Code, mais est étroitement réglementé dans des lois spéciales à chaque type de bail qui se succèdent. Le Code est supplétif, alors que ces statuts sont impératifs. Plus que le Code, ils portent la marque de l'évolution.

600. Importance du bail. – Le bail exerce un rôle économique et social de premier plan et croissant; en dissociant propriété et jouissance, il permet une utilisation rationnelle des richesses¹ : au locataire, il procure l'usage du bien, son utilité; au bailleur, ses fruits. Aussi rencontre-t-on le louage de choses dans tous les rouages de la vie sociale. Le bail immobilier satisfait le besoin essentiel du logement, fournit au commerçant le local où il attire et retient la clientèle, au fermier la base de son exploitation. Le bail mobilier, apparemment secondaire, joue un rôle important dans la circulation des richesses, à l'égard du profane (location de véhicule, de matériel sportif, audiovisuel...) ou du professionnel (location d'engin de travaux publics, de *container*...). Comme le montre le crédit-bail, le bail, de la même manière que d'autres contrats², tend à devenir une technique neutre, un « montage » qui permet même des opérations financières³. On assiste aussi à une professionnalisation du bail mobilier : des entreprises louent,

1. Comp. TROPLONG, *Droit civil expliqué, De l'échange et du louage*, 1840, p. XIV : « .. le louage aime le soleil de la civilisation ; il se développe et grandit sous son influence. Tandis que la nuit des temps barbares le rapetisse. Si vous descendez au degré le plus bas de la civilisation, vous ne lui voyez jouer presque aucun rôle dans la vie civile ». Pour une analyse sociologique et historique du bail, S. MAGRI, *Rev. fr. de sociologie*, XXXVII, 1996, p. 397-418.

2. *Supra*, n° 52.

3. Ex. : Un promoteur immobilier propose à ses clients d'acheter des appartements, qui lui sont immédiatement « loués » pendant dix ans, à charge de verser aux « bailleurs » un loyer qui est en réalité l'intérêt du prix payé par l'acquéreur : le revenu du propriétaire n'est pas constitué par les loyers de sa chose, mais par l'intérêt de la somme qu'il a dépensée. Le promoteur « locataire » prend à sa charge toutes les réparations et « sous-loue » ces appartements à des tiers. C'est un système d'investissement, qui permet des rendements nets.

pour une courte période, des biens mobiliers (ex. : automobile, matériel de chantier, appareils audiovisuels).

Ce rôle explique l'intervention croissante, surtout depuis 1945, du législateur qui a eu presque exclusivement pour objet le bail immobilier.

601. Bail mobilier. – Le bail mobilier n'est pourtant pas ignoré de la loi. Le Code civil le mentionne à deux reprises (art. 1711 et 1713) ; deux textes réglementent le bail portant sur un meuble incorporel : la location-gérance du fonds de commerce (C. com., art. L. 144-1 et s.) et la location d'actions et de parts sociales (*ib.*, art. L. 239-1 et s.).

La location mobilière, secondaire en 1804, a connu un développement important, notamment dans plusieurs domaines. Celui de la consommation, où la location peut constituer une opération de crédit, lorsque sa durée est voisine de celle de l'amortissement, s'il s'agit d'un bien dont la valeur réside tout entière dans l'usage (véhicule, appareil électro-ménager...) : la somme des loyers représente le prix, augmenté des intérêts. La Cour de cassation a décidé que ce contrat n'était pas soumis aux règles du Code de la consommation relatives aux opérations de crédit⁴. Celui de l'équipement professionnel, sous forme du *renting* ou de « location-service »⁵ : lorsqu'un bien d'équipement professionnel présente une grande complexité, implique une maintenance régulière, et se trouve rapidement dépassé par les progrès de la technique (ex. : standard téléphonique...), l'utilisateur a parfois intérêt à être locataire plutôt que propriétaire, ce qui lui évite un investissement rapidement inutile. La location atteint les titres de sociétés, afin de faciliter la transmission des petites et moyennes entreprises (PME), sorte de période d'essai pour le futur dirigeant et le propriétaire actuel, voire de *leasing* sur des biens incorporels⁶. Ce bail est réservé aux seules personnes physiques et sa possibilité doit être inscrite dans les statuts. Les parties se répartiront les droits et devoirs (dividendes, participations aux assemblées, etc.) à la manière de l'usufruit. La délivrance se fait par l'inscription sur le registre des titres de la société.

Ces différentes locations ne sont pas identiques : généralement, les obligations du locataire sont aggravées dans le premier cas, alors que celles du bailleur (entretien, garantie...) le sont dans le second. L'avantage du bail mobilier, à l'abri d'une réglementation impérative, est de laisser libre cours à la volonté contractuelle.

Dans quelle mesure, lorsque les parties ne se sont pas exprimées sur ce point, les dispositions du Code civil (art. 1714 à 1762), manifestement écrites pour le bail immobilier, régissent-elles le bail mobilier⁷ ? Le principe communément admis est que s'appliquent, directement ou par analogie, les règles relatives aux obligations respectives des parties, à la durée du bail et à la responsabilité spéciale du preneur en cas d'incendie ou de dégradations⁸, mais non les dispositions du Code relatives à la preuve (art. 1715 et s.) et à la durée de la tacite reconduction (art. 1736 et 1759) : le bail mobilier est sur ces points soumis au droit commun des contrats.

4. Cass. civ. 1^{re}, 11 octobre 1989, *Bull. civ. I*, n° 317 ; *D.* 1991.225, n. crit. P. Ancel ; *contra* J. STOUFFLET, « La protection des consommateurs faisant appel au crédit », in *Ét. de Lagrange*, p. 231 ; J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^e éd., 2010, n° 335.

5. Ch. VOLAIT, *La location-service, une technique locative d'équipement pour l'entreprise*, th. Paris I, ronéo, 1976 ; B. GRELON, *Les entreprises de services*, Economica, 1978, n°s 302 et s. ; S. DAUPHIN, « L'essor de la location de longue durée », *Contrats, conc. consom.* 1997, chron. n° 2 ; *infra*, n° 824.

6. C. MALECKI, *D.* 2005, chron. 2382.

7. Cass. civ., 16 août 1882, *DP* 1883.I.213, 1^{re} esp. ; S. 1884.I.33, n. A. Esmein ; « Les règles générales applicables au louage de biens immeubles le sont également au louage des biens meubles, autant qu'elles sont compatibles avec la nature des choses ». P.-Y. GAUTIER, *RTD civ.* 1996.923.

8. Cass. civ., 16 août 1882, n. préc. ; Cass. civ. 1^{re}, 5 mai 1998, *Contrats, conc. consom.* 1998, comm. n° 112, n. L. Leveneur ; n.p.B.

En matière de bail incorporel, la Cour de cassation exclut l'application des articles 1732 (responsabilité des dégradations)⁹ et 1733 (responsabilité tenant à l'incendie)¹⁰, à la location des fonds de commerce (location-gérance). Lorsque le louage porte sur un monopole d'exploitation, il prend le nom de « licence » (brevets et marques) ou de « concession » (droit d'auteur)¹¹. Sur l'Internet, la possibilité de louer des films ou des séries (le « *streaming* ») est une forme de bail.

Au contraire des baux mobiliers, les baux immobiliers sont étroitement réglementés.

602. Baux immobiliers : inventaire ; destination. – Il existe actuellement quatre catégories de baux immobiliers soumis à un statut différent, à de nombreux égards : plus ou moins étendu, plus ou moins impératif, plus ou moins exclusif. Le rôle respectif de la loi spéciale et du Code civil à défaut de volonté contraire varie d'un bail à l'autre. En outre, l'esprit dans lequel intervient le législateur et le but qu'il se donne varient profondément selon les statuts.

La distinction entre les baux immobiliers dépend de la destination convenue de l'immeuble loué : habitation, exercice d'une profession (ni commerciale ni artisanale), exploitation commerciale, artisanale, artistique, ou agricole¹². C'est la nature de la chose louée, plus que la volonté des parties, qui en détermine la destination et, donc, le champ d'application de chaque statut spécial¹³. Certaines locations faites aux consommateurs sont étroitement surveillées : ainsi, les baux saisonniers (faites pour la durée des vacances)¹⁴.

603. 1^o Baux d'habitation ; loi et dirigisme. – À l'égard des baux d'habitation et des baux à usage mixte, professionnel et d'habitation, l'intervention législative est pesante, au point que le Code civil n'a guère plus qu'un rôle résiduel¹⁵. Elle est très dépendante de la conjoncture économique, sociale et politique. La loi « ALUR » du 24 mars 2014, extrêmement détaillée et dirigiste à l'endroit des bailleurs et copropriétaires en est un symbole.

Le législateur a d'abord eu pour objet d'atténuer les conséquences de la pénurie qui avait suivi la guerre, en réglementant le montant du loyer (dit « scientifique ») et la durée du bail (L. 1^{er} septembre 1948). Cette loi a créé au profit de nombreux locataires ou occupants une rente de situation (loyer faible et maintient dans les lieux), décourageant l'investissement, la location, l'entretien et l'amélioration de l'immeuble. À plusieurs reprises assouplie, notamment en vue d'encourager l'amélioration de l'habitat, elle demeure une source de contentieux. De

9. Cass. com., 2 juillet 1996, *Bull. civ. IV*, n° 198 ; *RTD civ.* 1996.923, obs. P.-Y. Gautier : « l'article 1732 relatif aux baux des maisons et des biens ruraux n'est pas applicable aux rapports entre loueur et locataire-gérant d'un fonds de commerce » ; crit. par P.-Y. Gautier, *RTD civ.* 2000.352.

10. Cass. com., 21 avril 1992, *Bull. civ. IV*, n° 168 ; *JCP G* 1993.II.22101, n. T. Dubaele : l'article 1733 « n'est pas applicable à la location des fonds de commerce, qui sont des biens incorporels ».

11. La licence met la marque à la disposition du contractant, pour en jouir et sans garantie de la rentabilité du contrat : Cass. com., 18 mars 2014, n° 12-29453, npB ; *Comm. com. élec.* 2014, n° 77, n. Caron ; *JCP G* 2014, 1116, n. J. Ghestin ; *Dr. et patr.*, janv. 2015, p. 64, obs. Ph. Stoffel-Munck ; certaines licences sont obligatoires et sous la surveillance du droit de la concurrence : ex. CJUE, 16 juillet 2015, *D.* 2015. 2482, n. J.C. Roda ; *RDC* 2016. 302, obs. L. Idot (brevets de télécommunications).

12. A. LEBORGNE, *Recherches sur l'originalité du louage d'immeuble*, th. Aix, 1992, ronéo.

13. Cass. com., 20 janvier 1966, *Bull. civ. III*, n° 42 ; *D.* 1966.484, n. R. Garron : « Si, en principe, le caractère d'une location dépend de la destination prévue par les parties, il ne peut dépendre de celles-ci de qualifier à leur gré cette destination, ni de se référer à une législation autre que celle imposée par la loi » ; en l'espèce, la question était de savoir si « un fonds de commerce de maraîchers » était un bail commercial ou rural.

14. Ex. : Paris, 7 mai 1998, *D. Aff.* 1998.1082.

15. J.-B. SEUBE, *RDC* 2015. 874. **Biblio.** : Ph. PELLETIER et S. FRAÏCHE-DUPEYRAT, *Les baux d'habitation après la loi ALUR*, LexisNexis, 2014 ; J. LAFOND, *Les baux d'habitation*, Litec, 7^e éd., 2007 ; H. DES LYONS et Y. ROUQUET, *Baux d'habitation*, 8^e éd., Delmas, 2015-2016.

nombreux baux sont encore régis par elle puisque les lois *Quilliot* du 22 juin 1982 et *Méhaignerie* du 23 décembre 1986 ou celle du 6 juillet 1989 n'ont pas eu le courage de l'abroger. Mais se trouve mise en place une « sortie progressive » de la loi de 1948. La loi *Quilliot* avait plus sacrifié à l'idéologie qu'aux nécessités économiques : elle n'était pas une législation d'exception liée à la pénurie momentanée, mais, à bien des égards, un manifeste¹⁶, dont les effets psychologiques avaient accentué la pénurie de logements.

La loi *Méhaignerie* « *tendant à favoriser l'investissement locatif...* » participa d'un autre esprit, l'esprit libéral ; elle libéra les loyers et le renouvellement des baux conclus après son entrée en vigueur, afin de mettre un terme à la prise de la construction. La loi du 6 juillet 1989 modifia profondément la loi *Méhaignerie*, en reprenant de nombreuses dispositions de la loi *Quilliot* : un curieux cocktail. Elle comportait des dispositions sur les loyers qui ont eu des conséquences directes sur l'investissement et le parc locatif. D'une part (art. 17), si les loyers sont, en règle générale, librement déterminés par le contrat, il existe un grand nombre de logements où le loyer doit être fixé par référence « *aux loyers habituellement constatés dans le voisinage pour des logements comparables* » ; on revient, sans le dire, au loyer « scientifique » de la loi de 1948. En outre, dans la plupart des nouveaux baux, « *le locataire dispose, sans qu'il soit porté atteinte à la validité du contrat en cours, d'un délai de deux mois pour contester le montant du loyer auprès de la commission de conciliation* ». D'autre part (art. 18), dans certaines « zones géographiques » et pour une durée déterminée, le gouvernement peut limiter par décret les hausses de loyers. De toute façon (art. 17 c), « *lors du renouvellement du contrat, le loyer ne donne lieu à réévaluation que s'il est manifestement sous-évalué* ». Pauvre bail d'habitation soumis aux nombreux changements politiques de la France ! On comprend qu'il ne figure pas dans le Code civil. La loi ne s'applique pas aux personnes morales locataires (durée, prix, droit de préemption, etc.), sauf accord exprès des parties¹⁷. Elle ne s'applique pas non plus aux locations en « meublé » (art. 2, al. 2), car la fourniture des meubles rapproche le contrat d'une variété d'hôtellerie¹⁸. La loi ALUR de 2014 restreint le champ d'application et le régime de faveur des meublés, montant du loyer compris (art. 25-3 et s. nouveaux de la loi de 1989). La compétence du contentieux appartient au tribunal d'instance.

La loi ALUR contient de très nombreuses dispositions contraignantes, touchant également l'urbanisme, le droit de la copropriété, etc. Sa mesure phare est l'encadrement des loyers, dès la conclusion du bail initial, avec la fixation réglementaire d'un « taux médian de référence », obligatoire dans toutes les communes importantes, à commencer par les grandes villes¹⁹.

Pour l'essentiel, ces textes sont d'ordre public (art. 2, L. 1989, modif. L. 2014) et les parties ne peuvent y déroger²⁰. Le décret n° 2015-587 du 29 mai 2015 est de ce point de vue éloquent, érigeant le droit spécial en droit commun des baux d'habitation : « *le régime de droit commun en matière de baux d'habitation est défini principalement par la loi du 6 juill. 1989 modifiée. L'ensemble de ces dispositions étant d'ordre public, elles s'imposent aux parties qui en principe, ne peuvent y renoncer* ». Pourtant, quelques renonciations sont ainsi admises à la loi de 1948, en se conformant à celle de 1989²¹.

16. Ex. : Article 1 : « *Le droit à l'habitat est un droit fondamental, il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent [...] Les droits et obligations réciproques des bailleurs et des locataires doivent être équilibrés dans leurs relations individuelles comme dans leurs relations collectives* » ; cette disposition, peu normative (elle relève plutôt de l'exposé des motifs), est reprise par la loi du 6 juillet 1989, article 1.

17. Ex. : Cass. civ. 3^e, 23 mai 1995, *Bull. civ. III*, n° 126 ; *RDI* 1995.801, obs. Collart-Dutilleul : « *les dispositions de la loi du 6 juillet 1989 ne régissent pas les locations consenties à des personnes morales (sauf accord exprès des parties pour soumettre leur bail à des dispositions)* ».

18. Ex. : Cass. civ. 3^e, 9 février 2005, *Bull. civ. III*, n° 35 : n'est pas une location en meublé, mais un bail d'habitation soumis à la loi de 1989 le bail ne comportant pas « *les éléments d'équipement essentiels, tels que le réfrigérateur, des plaques chauffantes ou une gazinière, permettant aux locataires d'avoir une jouissance normale des locaux* ».

19. Ph. PELLETIER et S. FRAÏCHE-DUPEYRAT, cités ci-dessus ; le n° spécial *Defrénois* 2014.543 et s.

20. Ex. : Cass. civ. 3^e, 20 mars 1996, *Bull. civ. III*, n° 73 : les dispositions de la loi de 1989 sont d'ordre public « *et la convention [...] ne pouvait contenir renonciation pour le bailleur à invoquer la nullité de la clause excluant le bénéfice d'une nouvelle loi d'ordre public* ».

21. Versailles, 16 avril 1999, *D.* 2001, somm. 174 : renonciation non équivoque, par la signature d'un bail soumis à la loi nouvelle.

Comme dans les relations de travail, se développent des accords collectifs entre bailleurs et associations de locataires ; les pouvoirs publics encouragent cette concertation qui souvent empêche les conflits.

604. 2° Baux professionnels. – Les baux de locaux destinés exclusivement à l'exercice d'une profession non commerciale ou artisanale, c'est-à-dire d'une profession libérale, relèvent de la liberté contractuelle, et, à défaut, du Code civil dans la plupart des cas. Sans doute, aux locaux construits avant son entrée en vigueur, la loi du 1^{er} septembre 1948 (art. 1^{er}) a-t-elle vocation à s'appliquer. En fait, même à leur égard, de nombreuses « libérations » sont intervenues, si bien que le domaine de la loi de 1948 à cet égard est devenu résiduel. Les points communs entre preneurs professionnels, commerciaux et civils ne sont pas négligeables²².

605. 3° Baux commerciaux. – Le statut des baux commerciaux (C. com., art. L. 145-1 et s.) s'applique, pour l'essentiel (car il existe plusieurs extensions) aux baux immobiliers destinés à l'exploitation d'une clientèle commerciale ou artisanale : il faut donc qu'il y ait exploitation d'un fonds de commerce dans les lieux loués et que le locataire soit propriétaire de ce fonds²³. Dès l'origine (L. 30 juin 1926), il avait eu pour objet la protection de la « propriété commerciale » : éviter que le preneur n'ait plus son fonds de commerce en perdant la jouissance de l'immeuble où il exploitait son commerce, ce qui suppose une autonomie de gestion²⁴.

Il ne régit pas l'ensemble des relations entre le bailleur et le preneur, mais seulement l'octroi à celui-ci d'un droit au renouvellement en fin de bail, certaines règles de fixation et de révision des loyers, la durée minimum du contrat, le régime de la résolution, ainsi que plusieurs facilités d'exploitation (déspécialisation)²⁵. Le reste relève du Code civil. Cette protection des locataires commerçants est aujourd'hui critiquée ; elle constitue un frein à l'expansion économique et est ignorée par les autres pays de l'Union européenne²⁶. Les parties peuvent se placer volontairement sous l'empire du statut, si elles le font sans fraude²⁷.

Il est d'ordre public, notamment dans ce qu'il a de plus important, le droit au renouvellement (C. com., art. L. 145-15). Il laisse plus de place à la liberté contractuelle que le statut des baux ruraux mais la réglementation contemporaine se fait plus contraignante (V. par ex. au sujet de la réévaluation du loyer, art. L. 145-34, réd. loi du 18 juin 2014).

606. 4° Baux ruraux. – Le statut du fermage (C. rur. pm., art. L. 411-1 à L. 417-15) s'applique à « toute mise à disposition à titre onéreux d'un immeuble à usage

22. Ex. sur la solidarité entre copreneurs pour le paiement du loyer (V. cep., la refusant au sujet d'avocats : Cass. civ. 3^e, 30 octobre 2013, n° 12-21034, *Bull. civ.* III n° 136, *RTD civ.* 2014.137, obs. P.Y. Gautier ; *Contrats, conc. consom.* 2014 n° 32, n.L. Leveneur ; *RDC* 2014. 216, obs. J. Klein et 223, obs. J.-B. Seube).

23. **Biblio.** : L. RUET, *Les baux commerciaux*, éd. Defrénois, 3^e éd., 2015.

24. Cass. civ. 3^e, 5 février 2003, *Bull. civ.* III, n° 25 ; *D.* 2003.910, n. Y. Rouquet ; une entreprise titulaire d'un emplacement dans un centre commercial ne bénéficie pas du statut des baux commerciaux car elle n'a pas « d'autonomie de gestion ».

25. *Infra*, n° 686.

26. M. CLARET, « La propriété commerciale dans la CEE », *Administrer* 1985.25.

27. Cass. Ass. plén., 17 mai 2002, *Bull. civ. Ass. plén.*, n° 1 ; *JCP* 2002.II.10 131, n. J. Monéger ; *Defrénois* 2002.1234, n. R. Libchaber ; *D.* 2002.333, n. S. Becqué-Ickowicz ; *RTD civ.* 2003.88, obs. J. Mestre et B. Fages : « En cas de soumission volontaire (au C. com., *D.* 1953 relatif au bail commercial), sont nulles les clauses contraires aux dispositions impératives... » (pas de dérogation à la forme solennelle du congé). Ce qui vaudra pour le prix, le renouvellement, les cessions, la déspecialisation, etc. V. D. BUREAU, « L'extension conventionnelle d'un statut impératif », *Mélanges Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 125.

agricole en vue de l'exploiter » (art. L. 411-1), et à quelques autres contrats assimilés. À la différence du statut des baux commerciaux, le statut du fermage comporte un ensemble de dispositions qui ne laissent guère de place ni au Code civil ni à la volonté individuelle, et organisent la quasi-perpétuité du droit du preneur.

Le preneur doit remplir des conditions d'aptitude et d'expérience appréciées par diverses commissions, et son choix peut être retiré à la volonté du bailleur²⁸. La matière échappe peu à peu au contrat. Le statut ne s'étend pas à la vente d'herbes²⁹... aux conventions d'occupation précaire³⁰... à la prise en pension d'animaux³¹.

607. Évolution du statut du fermage. – En 1945, le statut du fermage avait pour objectif la protection des preneurs en consolidant leur droit. Son évolution, marquée par une grande instabilité législative (près d'une vingtaine de lois « d'orientation » et « complémentaires ») tend à plus d'équilibre ; la terre n'est plus aussi recherchée, la surproduction agricole est redoutée, la concurrence européenne amènera, peut-être, à une certaine harmonisation législative : peu à peu son domaine se restreint. Pourtant, plus de la moitié de la surface cultivée en France lui est soumise. On ne lui reproche pas seulement son excessive protection du fermier, mais aussi sa méconnaissance de la diversité rurale³².

Le dirigisme agricole, très accusé, utilise souvent la technique des autorisations administratives, qui a des conséquences considérables : par exemple, le droit de planter ou de replanter la vigne³³. La Cour de cassation décide qu'elles bénéficient à l'« exploitation agricole », ce qui est obscur et désigne probablement le bailleur³⁴.

608. 5° Diversité et complexité. – Ces quatre catégories principales n'épuisent pas la réalité, diverse et complexe, des baux immobiliers.

Certaines règles spéciales s'ajoutent ou se substituent aux statuts, en fonction de l'objet du bail ou de la personne du bailleur. Ainsi relèvent d'un droit particulier les baux relatifs aux logements... construits avec l'aide du Crédit foncier... ou conclus avec les organismes de HLM.

En outre, il existe des baux immobiliers ne relevant pas de l'un de ces statuts mais de règles propres. Ainsi, de la concession immobilière, du bail à construction ou du bail emphytéotique³⁵. Le droit rural connaît une grande variété de ces louages atypiques : bail à complant, bail pastoral, bail à cheptel, bail à domaine congéable. De même sont soumises à un statut particulier... les locations d'emplacements publicitaires... ; les locations saisonnières et les conventions d'occupation précaire (qui ne sont pas des baux).

28. CE, 17 mai 1989, *RD rur.* 1990.482 : jugé que le préfet peut substituer l'exploitant qu'il désigne au fermier choisi par le bailleur.

29. *Supra*, n° 82 et *infra*, n° 615.

30. *Infra*, n° 665.

31. Cass. civ. 3^e, 26 juin 1994, *Bull. civ.* III, n° 136 ; *JCPG* 1994.IV.2163 : « Ayant souverainement constaté que M. Contiveaux (le propriétaire des animaux) n'avait, même après le début de 1987, effectué aucun des ouvrages qui lui auraient incombé s'il avait acquis la qualité de preneur et qu'il avait, en 1988, déclaré qu'il considérait toujours les animaux comme "étant en pension", la cour d'appel qui, ayant constaté que M. Durieux (le propriétaire du terrain) avait continué, après 1986, à entretenir les lieux par la taille des haies, la cueillette des fruits et le maintien en état du système de clôtures, n'avait pas à procéder à des recherches (pour savoir si était applicable le statut du fermage) que ses constatations rendaient inopérantes ».

32. P. OURLIAC, « Cinquante années de droit rural », *RD rur.* 1993.193 ; n. *JCPG* 1995.II.22446 sous Cass. civ. 1^{re}, 23 février 1994.

33. St. BERRE, *Du droit de planter de la vigne*, th. Lyon III, ronéo, 2004.

34. Cass. civ. 3^e, 17 avril 1996, *Bull. civ.* IV, n° 105 ; D. 1997.318, n. E. Agostini ; *RD rur.* 1996.225, n. Weber et 410, n. M. Géninet.

35. *Infra*, n° 620.

À l'égard du bail, plus que de tout autre contrat, se vérifie la relativité de la notion de contrat spécial³⁶ : du Code civil à telle loi particulière, chaque étape intermédiaire est un degré dans la spécialisation progressive³⁷.

Après avoir examiné les caractères généraux du bail (Sous-Titre I), en dépit de sa diversité, on exposera les règles concernant sa formation (Sous-Titre II), sa durée (Sous-Titre III), et les éléments du statut du preneur (Sous-Titre IV).

N^{os} 609-614. réservés.

36. *Supra*, n° 5.

37. Ex. : Responsabilité du preneur en cas d'incendie (*infra*, n° 690). Pour une grange soumise pour partie à un bail d'habitation : Cass. civ. 3^e, 31 mai 1989, *RTD civ.* 1990.301, obs. Ph. Rémy : il faut appliquer l'article 1733 : le droit du bail (art. 1733) est spécial par rapport au droit commun ; le bail rural comporte une règle plus spéciale (C. rur. pm., art. L. 415-3) ; la convention d'occupation précaire ou les conventions pluriannuelles de pâturages (C. rur. pm., art. L. 481-1) échappent à la règle spéciale.

■ SOUS-TITRE I ■

CARACTÈRES DU BAIL

Aux termes de l'article 1709, « le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige à lui payer »¹. Deux éléments le caractérisent : la jouissance à laquelle s'oblige le bailleur, c'est-à-dire le droit personnel de jouissance conféré au preneur (Section I) ; le loyer que celui-ci s'oblige à payer en contrepartie (Section II). Ils permettent, surtout le premier, de distinguer le bail d'autres contrats ou de situations juridiques voisines.

SECTION I

DROIT PERSONNEL DE JOUISSANCE

Le bailleur « s'oblige à faire jouir l'autre partie d'une chose pendant un certain temps ». Comme beaucoup d'autres contrats « relatifs » à une chose (vente, dépôt, ...) ou comme l'usufruit, le bail permet au preneur d'appréhender matériellement une chose. Seul le bail lui donne aussi un droit de jouissance (§ 1) personnel (§ 2).

§ 1. JOUISSANCE

Titulaire d'un droit exclusif de jouissance², le preneur peut user de la chose et en percevoir les fruits ; mais non en altérer la substance : temporaire, le droit de jouissance l'oblige à la restituer à l'expiration du contrat. Le bail se distingue ainsi de la vente (I), du dépôt (II), du contrat d'entreprise (III) et de l'emphytéose (IV).

1. Il n'y a pas d'autre condition : Cass. civ. 3^e, 28 octobre 2009, n° 08-20224, *Bull. civ.* III n° 236 ; *D.* 2009. 2752 : cassation de l'arrêt qui « a ajouté à la loi une condition tenant à la date de la prise d'effet du bail ».

2. Cass. civ. 3^e, 11 janvier 2006, *Bull. civ.* III, n° 10 ; *Defrénois* 2006.721, n.E. Savaux ; *RDC* 2006.758, obs. J.-B. Seube : « en l'absence d'une libre disposition à usage exclusif de ce local, la convention signée entre les parties ne pouvait être qualifiée de bail ». En l'espèce une entreprise de thalasso-thérapie avait contracté avec un enseignant en « gymnastique aquatique » (*sic*) afin de mettre à sa disposition des bassins de piscine et des vestiaires ; pour contester la révocation unilatérale de cet engagement, l'enseignant prétendit qu'il s'agissait d'un bail professionnel ; les tribunaux rejetèrent sa demande car l'enseignant « bénéficiait de la mise à disposition d'un bassin de piscine partagé avec d'autres utilisateurs et selon des horaires modifiables à tout moment ».

I. — Bail et vente

La distinction entre le bail et la vente paraît nette : la vente transfère un droit réel, généralement de propriété, de manière définitive et instantanée, alors que le bail ne confère qu'un droit de jouissance temporaire³. Historiquement, pourtant, le bail est né de la vente de fruits. Aujourd'hui, celle-ci soulève encore des difficultés de qualification⁴. De plus, le bail débouche parfois sur un transfert de propriété, lorsqu'il est associé à la vente.

615. Fruits, produits, substance. – Titulaire d'un droit de jouissance, le preneur ne doit pas altérer la substance de la chose, qu'il devra restituer en fin de bail ; ce qui appelle une distinction traditionnelle dans le droit des biens, entre les fruits et les produits : les uns et les autres sont des accessoires de la chose ; mais les premiers n'épuisent pas la substance de celle-ci, alors que les seconds la diminuent progressivement. Ne peut donc être un bail le contrat permettant d'appréhender les produits. En revanche, la vente de fruits peut être, dans certains cas, un bail.

Ainsi, la convention permettant à un tiers d'extraire les produits d'une carrière ou d'une mine, même si elle donne à l'exploitant le droit de jouir du terrain moyennant une redevance périodique n'est pas un louage mais une vente de matériaux, mobilière et immobilière⁵. Au contraire, la vente de fruits à produire peut être un bail lorsqu'elle donne à l'acquéreur le droit de jouir de la chose productrice et l'obligation de la faire fructifier⁶.

616. Crédit-bail, location-vente, location-accession. – Lorsque la jouissance n'est pas l'objet principal du contrat, mais une technique permettant d'anticiper le transfert de propriété, véritable objectif des parties, le contrat n'est pas, même pendant la période dite de location, un bail.

Tel est le crédit-bail, associant location et promesse de vente⁷. La jurisprudence écarte l'application de la plupart des règles du louage : statut des baux commerciaux⁸, privilège du bailleur. De même, la location-accession prévue par la loi du 12 juillet 1984 échappe au statut des baux d'habitation (art. 28 à 34). Enfin, les locations-ventes mobilières ont été fréquemment requalifiées de ventes à tempérament, lorsqu'on ne pouvait distinguer clairement le bail de la promesse de vente⁹.

Lorsque la location-vente a pour objet un bien d'équipement, la distinction entre bail et vente est malaisée, car la jouissance de la chose en épuise l'utilité : le transfert de propriété ne présente en lui-même aucun intérêt. La location permet alors, comme la vente, de réaliser une opération de crédit.

La distinction entre le bail et la vente, en principe nette, s'estompe donc dans certains cas. Le bail confère au preneur l'*usus*, comme la vente ; de plus, un certain nombre de baux donnent au preneur vocation à se transformer en acquéreur, par l'exercice du droit de préemption¹⁰. Elle n'en est pas moins nécessaire, car plusieurs règles propres à la vente (détermination du prix,

3. *Supra*, n° 79.

4. *Supra*, n° 82.

5. *Supra*, n° 73 ; Cass. civ. 3^e, 25 octobre 1983, *Bull. civ.* III, n° 197 : « Il ne peut y avoir contrat de louage lorsque le preneur consomme la substance même de la chose, objet du contrat ».

6. *Supra*, n° 83.

7. *Infra*, n°s 811-822.

8. Cass. civ. 3^e, 10 juin 1980, *sté Épipress*, *Bull. civ.* III, n° 114 ; *D.* 1980.566, n. Y. Guyon ; *JCP G* 1981.II.19655, n. E. M. Bey ; *infra*, n° 814.

9. *Infra*, n° 808. L'option est alors indivisible de la location.

10. *Infra*, n° 699.

transfert des risques, garantie...) ne s'appliquent pas, ou pas de la même manière, au bail, sans compter les intérêts fiscaux de la distinction.

II. — Bail et dépôt

L'obligation de garde et de restitution caractérise le dépôt (art. 1915). En principe, rien ne permet de rapprocher la situation du preneur à bail ou du bailleur de celle du déposant, et, *a fortiori*, du dépositaire ; s'ils doivent l'un et l'autre restituer, cette obligation est principale dans le dépôt, secondaire dans le bail.

617. Coffre-fort et parking. – Cependant, lorsqu'une personne met à la disposition d'une autre un emplacement dont elle est propriétaire (coffre-fort, *parking*), s'agit-il d'un louage de chose ou d'un dépôt, l'obligeant à garder et à restituer les objets placés à cet endroit ? La question relève de l'interprétation de la convention. À l'égard du contrat de coffre-fort, par lequel le banquier « loue » à ses clients un compartiment dans une chambre forte, les tribunaux ont longtemps adopté une position ambiguë ; c'était un louage, décidaient-ils¹¹, mais ils le soumettaient au régime du dépôt : le banquier était responsable de la disparition des objets placés dans le coffre, sauf cas de force majeure. Aujourd'hui, la Cour de cassation ne rattache plus ce contrat à une catégorie nommée et se contente d'écarter les règles du louage¹².

Quant au contrat de *parking* ou de location d'un mouillage à quai, il s'agit d'un louage¹³, sauf si une obligation de garde a été spécialement prise par le propriétaire de l'emplacement, en général un professionnel¹⁴.

III. — Bail et contrat d'entreprise

618. Principe de la distinction. – La différence entre ces deux contrats est nette : le contrat d'entreprise oblige l'entrepreneur à faire quelque chose pour le maître d'ouvrage (art. 1710), alors que le bailleur ne s'oblige qu'à permettre la jouissance du locataire, et le preneur, à payer un loyer.

Il est utile de distinguer le bail et le contrat d'entreprise parce que le régime juridique des deux contrats présente plusieurs différences. 1° Les conséquences de la perte de la chose : dans le bail, les risques pèsent sur le bailleur (art. 1792)¹⁵ ; dans le contrat d'entreprise, sur la partie qui a fourni la matière (art. 1788-1789). 2° La responsabilité contractuelle : les deux contrats n'imposent pas les mêmes obligations. 3° Le domaine d'application des statuts locatifs spéciaux, notamment le statut du fermage : le locataire jouit de la terre qu'il cultive, notamment de ses fruits, tandis que l'entrepreneur doit cultiver une terre pour le compte d'autrui sans profiter des fruits¹⁶.

619. Travail, transport, hôtellerie, location de voiture, abonnement. – Le bail, le contrat de **travail** et le contrat d'entreprise sont souvent associés : l'exécution

11. Ex. : Cass. com., 29 octobre 1952, *D.* 1953.53.

12. Cass. com., 11 octobre 2005, *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. n° 19, n. L. Leveneur ; *RDC* 2006.422, n. Puig ; *Bull. civ.* IV, n° 206 : « l'article 1722 n'est pas applicable au contrat par lequel la banque loue à un client un compartiment ou un coffre dont elle assume la surveillance et auquel le client ne peut accéder qu'avec le concours du banquier » : responsabilité de la banque (le Crédit Lyonnais) pour avoir privé son client de l'accès au coffre en raison des travaux consécutifs à un incendie.

13. *Infra*, n° 870.

14. Cass. civ. 1^{re}, 3 février 1982, *Bull. civ.* I, n° 60 ; *RTD civ.* 1983.555, obs. Ph. Rémy : une caravane est « mise en stationnement moyennant une redevance sur le terrain où pendant la belle saison celui-ci (le propriétaire du terrain) exploite un camping » ; jugé que le contrat est un bail non un dépôt et que par conséquent le propriétaire n'est pas responsable du vol de la caravane. *Infra*, n° 870.

15. *Infra*, n° 673.

16. Cass. civ. 3^e, 20 novembre 1991, *RD rur.* 1992.35 ; n.p.B.

d'un contrat de travail ou d'entreprise implique souvent la remise et la jouissance d'une chose appartenant à l'employeur ou au maître de l'ouvrage ; la jouissance de la chose peut s'accompagner de la fourniture de services. Le principe de la distinction repose sur l'indépendance du locataire, caractérisant le bail.

Le **transport** de voyageurs n'est pas un louage de chose, car le transporteur conserve la maîtrise du véhicule dont jouit le voyageur. De même, dans le contrat d'**hôtellerie**, la prééminence des services fournis par l'hôtelier et le contrôle qu'il peut exercer sur la jouissance de l'immeuble par les clients, excluent la qualification de bail¹⁷ ; à l'inverse, l'absence d'obligations propres au contrat d'hôtellerie ou la présence d'obligations spéciales au bail excluent la qualification de contrat d'hôtellerie¹⁸. De même, le salarié auquel un **véhicule** de service est confié n'est pas un locataire, puisque, dans l'exécution du contrat de travail, il est subordonné¹⁹. Au contraire, la location d'une voiture avec chauffeur est un louage de chose si le locataire est indépendant et peut donner des ordres au chauffeur²⁰. Il y a contrat d'entreprise et non bail dans la location d'une place de théâtre ou dans l'**abonnement** au téléphone ou à l'Internet²¹.

La convention de **para-hôtellerie** associe aussi ces deux contrats : une personne, généralement une entreprise commerciale, fournit à des vacanciers la jouissance temporaire d'un appartement meublé et offre des services hôteliers dont le « locataire » peut user et qu'il paie en plus du « loyer ». Ce contrat connaît un succès croissant avec le développement du tourisme et de la civilisation des loisirs, car il permet de combiner l'indépendance du preneur à bail avec la fourniture de services, propre à l'entreprise. Il ne constitue pas un bail, mais un contrat original²², dans lequel certains auteurs voient la renaissance du contrat de la location en garni²³. On le rencontre également avec les contrats des maisons de retraite (« contrats de séjour »)²⁴ ; le contrat est innommé et la jurisprudence décide que les règles du bail ne lui sont pas applicables²⁵. Sur l'Internet, les locations de meublés entre particuliers (ex. : « airBnb ») se développent, en marge

17. Cass. soc., 12 mars 1954, *D.* 1954.311 ; *RTD civ.* 1954.515, obs. J. Carbonnier ; *Rev. loyers* 1954.280 : « La nature du contrat d'hôtellerie se différencie de celui du contrat de location en meublé, non par les modalités de règlement, mais par les prestations de fournitures secondaires qu'il n'est point d'usage de trouver dans des baux de location en meublé ».

18. Cass. civ. 3^e, 26 juin 1996, *Bull. civ.* III, n° 161 ; *JCP* 1996.IV.1929 : constitue un bail, non un contrat d'hôtellerie, la convention où « des prestations caractéristiques du contrat d'hôtellerie n'étaient pas assurées bien que la sté Le Lion d'Or assumait, en qualité d'hôtelier-logeur, un ensemble d'obligations de surveillance, d'entretien, de fournitures d'eau et d'électricité et de fournitures de services, qui sont exclusives du contrat de bail ». Le bail se caractérise aussi par les obligations du locataire : Cass. civ. 1^{re}, 19 octobre 1999, *Bull. civ.* I, n° 278 ; *D.* 1999, IR, 257. « La cour d'appel a relevé qu'aux termes du contrat, il avait été demandé à M. Ferrendel une caution à la remise des clés, un inventaire du mobilier devait être dressée et le nettoyage des lieux était à la charge du premier ; (la cour d'appel) a ainsi caractérisé l'existence d'un contrat de location d'un appartement meublé ».

19. Req., 23 juin 1903, *DP* 1904.I.139 : « Les liens de subordination qui rattachent les cochers à la compagnie (générale des voitures) font de ceux-ci des préposés salariés ».

20. Cass. civ. 2^e, 11 mai 1956, *Bull. civ.* II, n° 248 ; *D.* 1957.121, n. R. Rodière ; en l'espèce, il s'agissait, pour appliquer l'article 1384, al. 1, (devenu art. 1242) de déterminer qui avait la garde d'un tracteur loué pour la journée avec son conducteur.

21. PLANIOL et RIPERT, t. X, par A. Tunc, n° 418. De plus en plus de contrats sont encadrés par le droit de la consommation (souscription, paiement et conditions de résiliation ; ex. : les « services de communications électroniques ». C. consom., art. L. 224-26 et s.).

22. Cass. Ass. plén., 10 avril 1970, *Bull. civ. Ass. plén.*, n° 2 : « Il n'y avait pas, en l'espèce, un contrat soumis au régime de la loi du 1^{er} septembre 1948 ».

23. A. BÉNABENT et Cl. LUCAS DE LEYSSAC, « La nature juridique de la location saisonnière », *D.* 1977, chron. 241.

24. Cass. civ. 3^e, 1^{er} juillet 1998, *Bull. civ.* III, n° 145 ; *Contrats, conc. consom.* 1998, comm. n° 140, n. L. Leveneur : « le contrat de séjour par lequel une maison de retraite s'oblige à héberger une personne âgée et à procurer des prestations hôtelières, sociales et médicales n'étant pas soumis aux règles du Code civil relatif au louage de choses... ».

25. Cass. civ. 3^e, 1^{er} juillet 1998, préc.

des réglementations, à cela près que l'article L. 111-7 C. consom. (loi Macron du 6 août 2015) oblige la plate-forme qui sert d'intermédiaire à fournir un certain nombre d'informations loyales²⁶. Dans la loi « ALUR », le meublé devient exclusivement une location touristique, condition de l'inapplicabilité de la loi de 1989.

IV. — Bail et emphytéose

L'emphytéose est un droit réel immobilier que confèrent le bail emphytéotique et, dans sa variété moderne, le bail à construction.

620. Bail emphytéotique et bail à construction. Bail réel immobilier. – 1° D'origine romaine, le **bail emphytéotique**²⁷ permet l'association du propriétaire d'un fonds rural à un exploitant se proposant de défricher et de mettre en culture celui-ci. Son objet est l'amélioration du fonds par des plantations ou des constructions. C'est pourquoi il doit être conclu pour une longue durée (entre 18 et 99 ans) et confère au preneur un droit réel, susceptible d'hypothèque et cessible²⁸, moyennant une redevance (le canon) modique (C. rur. pm., art. L. 451-1 à L. 451-13)²⁹. Il est également utilisé pour les parcs de loisirs.

L'administration peut louer, selon un bail emphytéotique, un bien du domaine public, afin de permettre à une personne privée ou publique l'accomplissement d'une mission de service public ou d'intérêt général (C. gén. collectiv. territ., art. L. 1311-2, L. 1988); ce bail demeure emphytéotique, même s'il confère au bailleur, par une faculté exorbitante du droit commun, une faculté de résiliation unilatérale³⁰.

2° Le **bail à construction** est une version moderne et urbaine du bail emphytéotique (CCH, art. L. 251-1 à 251-9). Il permet d'associer le propriétaire d'un terrain à un constructeur, en vue de la mise en valeur du sol urbain. Le preneur s'oblige, à titre principal, à construire (art. L. 251-1); de la même manière, il dispose d'un droit réel pendant la durée du bail (art. L. 251-3)³¹.

Dans ces deux contrats, l'essentiel n'est pas la jouissance de l'immeuble, mais sa mise en valeur; la jouissance n'est qu'un moyen d'y parvenir. Aussi le bail emphytéotique, comme le bail à construction, ne sont-ils pas soumis, pour l'essentiel, aux règles du louage de chose (ex. : C. com., art. L. 145-3).

Il est tentant, pour échapper à un statut jugé gênant, de déguiser un bail ordinaire à long terme sous un bail emphytéotique. Les tribunaux recherchent dans les cas douteux les signes de

26. P. STORRER, « Les premiers pas d'un droit "Airbnb" », *D.* 2016. 265.

27. **Étymologie** d'emphytéose : du grec *emphuteusiz* = plantation.

28. Cass. civ. 3^e, 10 avril 1991, *Bull. civ.* III, n° 114; *D.* 1991, somm., 304, obs. A. Robert : « *Le droit de libre cession constitue un caractère essentiel du bail emphytéotique* ».

29. Ex. : Cass. civ. 3^e, 5 décembre 2001, *Bull. civ.* III, n° 142 : « *redevance modique, droit réel* », c'est bien une emphytéose, de sorte que le preneur doit apporter une plus-value au fonds, lorsqu'il sera restitué plus tard à son propriétaire, car celle-ci est « *la part principale de sa rémunération* ».

30. CE, 25 février 1994, *D.* 1994.536, n. M. Lombard : « *Si contrairement aux dispositions de l'art. L. 451-5 C. rur. pm., le bailleur a en l'espèce le droit de résilier unilatéralement la convention dans certaines hypothèses, une telle stipulation, exorbitante du droit commun peut être insérée dans un bail souscrit en application des dispositions précitées de l'art. 13 de la loi du 5 janvier 1988 (permettant à une collectivité territoriale de conclure en bail emphytéotique), sans que le contrat ainsi passé perde la qualité de bail emphytéotique* ».

31. Ex. : Cass. com., 24 juin 1997, *Bull. civ.* IV, n° 202; *JCP G* 1998.II.10059, note Gonzalez et Cornille : « *Le preneur bénéficie sur le terrain d'un droit réel immobilier et sur les constructions, d'un droit de propriété temporaire* ». En cas de résiliation anticipée, celle-ci sera assimilée en droit fiscal, à une cession consentie par le preneur au bailleur, en dépit des règles de l'accession (même arrêt).

l'existence d'un droit réel : longue durée³², faible redevance³³, obligation de supporter les frais des améliorations³⁴, absence de destination imposée par le « bailleur » ou de restriction à l'exploitation³⁵, absence de faculté de résiliation au gré du bailleur³⁶, faculté de céder, louer et hypothéquer librement le droit de jouissance³⁷. Cette recherche est devenue hasardeuse ; depuis que le bail emphytéotique n'oblige pas nécessairement le preneur à faire des travaux d'amélioration ou de construction, la raison d'être du droit réel de jouissance n'existe pas toujours³⁸ et aucun de ces critères n'est déterminant. Tout se passe donc comme si les mêmes baux pouvaient, au gré des parties, conférer un droit réel ou seulement un droit personnel, et se trouver soumis ou échapper au statut des baux à loyer. Du moins on peut affirmer que lorsqu'un bail de longue durée oblige le preneur à construire ou à améliorer le fonds, il ne peut s'agir d'un bail à loyer ; ainsi en est-il du bail à construction³⁹.

Pour le bail à construction, sauf les dispositions impératives du Code de la construction, les parties peuvent aménager comme elles le veulent le statut du preneur⁴⁰.

Le **bail réel immobilier** (BRILLO)⁴¹ (ordonnance du 20 février 2014) est un bail de longue durée (jusqu'à 99 ans) ayant pour objet de mettre des logements à disposition de foyers défavorisés ; le preneur est obligé de construire ou réhabiliter, les loyers payés par les bénéficiaires étant plafonnés (CCH, art. L. 254-1 et s.). Le preneur verse une redevance et son « droit réel » est cessible ou peut être hypothéqué (art. L. 254-3). La loi Macron du 6 août 2015 l'a doublé d'un « *bail réel solidaire* », au régime à peu près similaire (art. 94).

§ 2. DROIT PERSONNEL

621. Vaine controverse. – Selon les articles 1709 et 1719, la jouissance du preneur est due par le bailleur ; le preneur est donc titulaire d'un droit de créance.

À quoi s'était opposée une controverse fameuse au XIX^e siècle⁴², revivifiée à notre époque en raison de l'éclosion de statuts spéciaux protecteurs : statut du fermage, baux commerciaux et

32. Cass. civ. 3^e, 15 mai 1991, *Bull. civ.* III, n° 140 : la précarité d'un bail (tenant à la faculté de résiliation que les bailleurs s'étaient réservée) exclut le caractère emphytéotique du bail.

33. Pas toujours : ex. : Cass. civ. 3^e, 12 octobre 1994, *Bull. civ.* III, n° 175.

34. * Cass. civ., 24 août 1857, *aff. de la gare d'Ivry*, DP 1857.I.326. En 1853, le baron de Ladoucette avait loué des terrains à une compagnie de chemins de fer, pour une durée de 97 ans. Jugé que l'administration de l'enregistrement ne pouvait soumettre cet acte aux droits frappant les baux emphytéotiques.

35. Cass. civ. 3^e, 12 décembre 1978, *D.* 1979, IR, 220 ; n.p.B.

36. Cass. civ. 3^e, 15 mai 1991, préc.

37. Jurisprudence abondante : ex. : Cass. civ. 3^e, 15 mars 1983, *Bull. civ.* III, n° 74 ; *Defrénois* 1983, article 33180, n° 122, p. 1573, obs. H. Souleau.

38. TROPLONG, Rapport sous Req., 12 mars 1845, DP 1845.I.106 : « L'obligation d'améliorer un terrain stérile qui a donné son nom au contrat d'emphytéose n'a jamais été considérée comme essentielle ».

39. Cass. civ. 3^e, 30 janvier 2008, n° 06-21292 ; *Bull. civ.* III, n° 14 ; JCP G 2008.IV.1399 : « constitue un bail à construction le bail par lequel le preneur s'engage, à titre principal, à édifier des constructions sur le terrain du bailleur et à les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail ». Peu importe que le preneur se soit engagé « à l'expiration du bail à remettre les baux dans l'état dans lequel ils se trouvaient lors de sa prise de possession ».

40. Cass. civ. 3^e, 7 avril 2004, *Bull. civ.* III, n° 70.

41. B. CHEUVREUX, *D.* 2014. 1320.

42. TROPLONG, t. II, n° 473 : « L'article 1743 est peut-être le plus grave et le plus fécond de toute la matière du louage. C'est lui qui a transformé la matière de ce contrat ; c'est lui qui a fait passer le droit du preneur de la classe des droits relatifs (jus ad rem) à la catégorie des droits absolus (jus in re) » ; D. HOUTCIEFF, *RRJ* 2003-4, 2300 et s.

baux d'habitation⁴³ ; elle opposait les tenants du caractère réel du droit du preneur à ceux du caractère personnel. L'opposabilité de son droit à l'acquéreur de l'immeuble (art. 1743) et à un preneur postérieur⁴⁴, le droit de renouvellement lui donnant vocation à la perpétuité, précisément baptisé « propriété » commerciale ou culturelle, en auraient fait un *jus in re*, pas seulement un *jus ad rem*.

L'enjeu de la controverse est plus théorique que pratique ; la plupart des conséquences de la qualification font l'objet de dispositions spéciales : opposabilité du bail (art. 1743), publicité des baux de longue durée (D. 4 janvier 1955, art. 28, 1^o), protection possessoire (art. 2278), compétence juridictionnelle, sort du bail entre époux (art. 1751, pour le bail d'habitation) ou dans la communauté légale (art. 1425, L. 23 décembre 1985).

La Cour de Strasbourg considère donc un bail de très longue durée comme un bien et fait bénéficier le preneur de la protection du droit de propriété assurée par la Convention EDH⁴⁵.

La discussion révèle la relativité des catégories de droit réel et de droit personnel : un droit est plus ou moins personnel ou réel. Alors que depuis longtemps la jurisprudence affirme le caractère personnel du droit du preneur⁴⁶, elle applique au conflit entre deux preneurs successifs des règles propres au conflit des droits réels⁴⁷. Les prérogatives importantes que confèrent aux preneurs les statuts spéciaux tendent, comme au xiv^e siècle, à lentement reconstituer un « domaine utile » au profit du preneur et à ne laisser au bailleur que le « domaine éminent ».

Ayant une certaine opposabilité, le droit du preneur est doté des prérogatives du droit réel, surtout dans les statuts spéciaux : vocation à la durée, avec le droit au renouvellement ou au maintien dans les lieux, à la propriété, avec le droit de préemption ; voire parfois (statut du fermage) un droit direct sur la chose louée, avec le droit d'en modifier la structure. Néanmoins, ce droit demeure personnel. Il suffit d'observer les conséquences de sa violation par le bailleur : le preneur doit engager la responsabilité contractuelle de celui-ci et ne dispose d'aucun moyen pour retrouver directement la jouissance de la chose louée⁴⁸.

622. Bail et usufruit. – Par son objet, l'usufruit est proche du bail : « *l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété* »... (art. 578), et peut également résulter d'un contrat. Mais l'usufruit démembre la propriété : à l'usufruitier *l'usus* et le *fructus* ; au nu-propriétaire *l'abusus*⁴⁹.

43. J. DERRUPPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, th. Toulouse, 1952 ; « Souvenir et retour sur le droit réel du locataire », in Ét. L. Boyer, Toulouse, 1996, p. 169.

44. Ex. : * Cass. soc., 1^{er} juin 1954, *Merker*, Bull. civ. IV, n^o 383 ; JCP G 1955.II.8507, n. Mayer-Jack, 2^e esp. : entre deux preneurs successifs de la chose louée, celui qui a l'antériorité du titre doit être préféré à l'autre, « son droit, opposable aux tiers depuis le jour où il avait eu date certaine, l'étant par conséquent à celui de dame Bouche (l'autre locataire) postérieur au sien ».

45. CEDH, 16 novembre 2004, *Bunrona c/Finlande*, RDC 2005.467, obs. A. Debet : « un bail d'une durée de trois cents ans confère au preneur un intérêt patrimonial entrant dans la catégorie des baux qui constituent "un bien" au sens de l'article 1 protocole 1^o » ; en l'espèce, la couronne finlandaise avait, au xviii^e siècle, consenti des droits d'une durée de trois cents ans aux ancêtres de la famille Brunrona portant sur des îles et de vastes espèces aquatiques ; en 1998, le service des eaux et forêts de la République finlandaise ordonna à la famille Brunrona d'évacuer les lieux. Condamnation de la Finlande.

46. ** Req. 6 mars 1861, *synd. Vollot*, DP 1861.I.417 ; S. 1861.I.713 ; GAJ civ., n^o 271, tête d'une longue série : « Le bail n'opère aucun démembrement de la propriété, qui reste entière entre les mains du bailleur, pour qui il n'est qu'un moyen de la rendre productive et d'en recueillir les fruits [...] ; sous l'empire de l'ancienne législation, le caractère purement personnel et mobilier du droit que le bail confère au preneur n'a jamais été mis en question [...] ; dans le silence qu'il a gardé à cet égard, il est impossible d'admettre que le Code Napoléon, en reproduisant la définition que Pothier donne du bail, ait entendu transformer la nature de ce contrat, pour en changer et en modifier les effets... ». L'arrêt est fondé sur la tradition.

47. *Supra*.

48. La protection possessoire est accordée au détenteur « contre tout autre que celui de qui il tient ses droits » (art. 2278, al. 2).

49. *Les biens*, coll. Droit civil.

Titulaire d'un droit réel, l'usufruitier peut être mis directement en possession de la chose, en jouir et en percevoir les fruits, sans rien attendre ni exiger du nu-propiétaire. Les rapports entre usufruitier et nu-propiétaire sont dominés par l'indépendance et l'ignorance réciproques : pendant toute la durée de l'usufruit, il n'existe entre eux aucune relation ; tout au plus, le nu-propiétaire peut-il faire sanctionner l'abus de jouissance de l'usufruitier par une déchéance judiciaire de l'usufruit (art. 618).

Le droit réel de l'usufruitier est mobilier ou immobilier suivant son objet (art. 526) ; il peut faire l'objet d'une sûreté réelle (gage ou hypothèque), être librement cédé ou loué (sous réserve des dispositions de l'art. 595, dern. alinéa), ce qui constitue des différences importantes d'avec le droit du preneur ; la sous-location dépend de la convention conclue avec le bailleur et la cession de bail est souvent limitée par le contrat ou par la loi.

SECTION II

PAIEMENT D'UN LOYER

Comme le prix dans la vente⁵⁰, le loyer est de l'essence du louage de choses. À défaut d'accord sur le fait qu'un loyer sera dû, le bail est nul, ou n'est pas un bail mais un prêt à usage. Le prix sera normalement en argent, mais pourrait être payé en nature (par ex. : marchandises, fraction de la production).

623. Bail et prêt à usage. – Comme le bail, le prêt à usage confère le droit de se servir d'une chose et oblige l'emprunteur à usage à la restituer (art. 1875)⁵¹. Mais les deux contrats s'opposent radicalement par leur essence, gratuite (art. 1876) ou onéreuse (art. 1709). L'existence d'un loyer ou d'une autre contrepartie⁵² est incompatible avec le prêt à usage, souvent utilisé pour déguiser un bail afin d'échapper aux contraintes du statut des baux commerciaux⁵³.

Que faut-il entendre par « loyer » ? La Cour de cassation estime qu'un bail doit comporter un loyer sérieux⁵⁴. Mais il n'est pas nécessaire que celui-ci enrichisse le bailleur⁵⁵. Surtout, la mise à

50. *Supra*, nos 68-71.

51. *Infra*, n° 910.

52. Cass. civ. 3^e, 14 janvier 2004, *Bull. civ. III*, n° 6 ; *RDC* 2004, p. 708, obs. J.-B. Seube ; en l'espèce, la sté Bouygues avait consenti à une EARL un « prêt à usage » portant sur un domaine agricole ; à l'expiration du contrat, elle lui demanda de quitter les lieux ; elle a été déboutée, les juges ayant requalifié la convention en bail rural ; rejet du pourvoi, les juges du fond « ayant relevé que la convention [...] mettait à la charge de l'EARL [...] toutes les charges afférentes à l'exploitation, notamment la taxe foncière ».

53. Cass. soc., 31 janvier 1958, *Bull. civ. IV*, n° 187 ; *D.* 1958.449 : « Les juges d'appel ayant constaté [...], en leurs motifs, que les époux Servant avaient versé une indemnité mensuelle de 1 000 F [...] ne pouvaient, sans contradiction, qualifier "prêt" la convention onéreuse en vertu de laquelle les époux S. avaient occupé les lieux du consentement de leur propriétaire » ; Cass. civ. 1^{re}, 9 janvier 1961, *Bull. civ. I*, n° 18 ; au contraire, en l'absence de loyer et d'indemnité d'occupation : Cass. civ. 3^e, 9 mai 1983, *JCP G* 1983.IV.225, n.p.B. : un « bail » pour un franc de loyer peut être qualifié de prêt à usage ; Cass. civ. 3^e, 4 mars 2008, n.p.B. ; *RDC* 2008.836, obs. J.-B. Seube : pas de loyer pour des bâtiments à usage commercial, pas de bail commercial.

54. Ex. : Cass. soc., 16 janvier 1953, *Bull. civ. III*, n° 54 : le remboursement des impôts n'est pas un loyer sérieux ; Cass. civ. 3^e, 20 décembre 1971, *Bull. civ. III*, n° 644 : nullité d'un bail pour vileté du loyer : « L'existence d'un bail, quelle qu'en soit la durée, impliquant la stipulation d'un loyer sérieux... ».

55. Cass. com., 2 février 1967, *Bull. civ. III*, n° 58 : le remboursement par un sous-locataire de tout ou partie des loyers payés par le locataire principal suffit à exclure le prêt à usage.

disposition peut ne pas être gratuite, bien qu'elle n'ait aucune contrepartie immédiate, parce qu'elle est un des éléments d'un contrat complexe (ex : contrat de fournitures, ou vente). L'absence de loyer interdit alors la qualification de bail. Les tribunaux retiennent parfois celle qui est discutable, de prêt à usage, ou plus justement, de contrat innommé⁵⁶.

Lorsque le loyer est dérisoire, le bail est nul, d'une nullité relative⁵⁷.

624. Apport à société en jouissance. – L'apport en jouissance à une société d'un corps certain place l'apporteur, envers la société, dans la même situation qu'un bailleur envers le preneur : il doit garantir à la société la jouissance du bien dont il conserve la propriété, donc les risques. Si l'apport en jouissance porte sur des choses de genre, la propriété et donc les risques sont transférés à la société (art. 1843-3, al. 4). On peut également le rapprocher d'un usufruit contractuel, spécial, qui confère à la société un droit réel⁵⁸.

À la différence d'un bail, cet apport a pour contrepartie non un loyer, mais des droits sociaux, acquis instantanément par l'apporteur ; la prestation due par celui-ci est successive, alors que sa contrepartie est instantanée, et ne consiste pas en une créance de somme d'argent contre la société⁵⁹.

N^{os} 625-634. réservés.

56. Cass. civ. 3^e, 31 mars 1978, *An. loy.* 1979.131 (contrat de fournitures) ; n.p.B. ; *infra*, n^o 910.

57. * Cass. civ. 3^e, 21 septembre 2011, n^o 10-21900 ; *Bull. civ.* III, n^o 152 ; *RDC* 2012.47, obs. E. Savaux et 130, obs. J.-B. Seube ; *JCP G* 2011, n^o 1276, n.J. Ghestin ; *D.* 2011.2711, n. D. Mazeaud ; *Dr. et patr.*, févr. 2012, p. 64, n. Ph. Stoffel-Munck : « la cour d'appel a retenu à bon droit que le contrat de bail à construction conclu pour un prix dérisoire ou vil n'était pas inexistant mais nul pour défaut de cause et en a exactement déduit que l'action en nullité de ce contrat, qui relevait d'intérêt privé, était, s'agissant d'une nullité relative, soumise à la prescription quinquennale de l'art. 1304 ». Aujourd'hui, toutes les actions en nullité sont soumises à la prescription quinquennale (art. 2224). Mais le caractère relatif de la nullité a d'autres intérêts. Cette nouvelle règle s'applique également à la vente, v. *supra*, n^o 214.

58. N. PETERKA, « Réflexions sur la nature juridique de l'apport en jouissance », *Defrénois* 2000.1137.

59. Cass. com., 3 décembre 1991, *Bull. civ.* IV, n^o 373 ; *RTD civ.* 1992.781, obs. crit. P.-Y. Gautier : l'apport en jouissance n'est pas un bail ; C. REGNAUT, *La notion d'apport en jouissance*, th. Caen, LGDJ, 1994. M. BUCHBERGER, *Le contrat d'apport*, Éd. Panthéon-Assas 2011.

■ SOUS-TITRE II ■

FORMATION DU BAIL

Le bail se forme entre des parties – bailleurs et locataires – qui doivent avoir certaines qualités (Section I). Il suppose un échange des consentements dont la preuve et la forme présentent des particularités (Section II).

SECTION I

PARTIES AU BAIL

Le louage des choses implique, comme toute convention, un échange de consentements, ici entre bailleur et preneur¹. La jouissance conférée à celui-ci constitue sur le bien de celui-là une emprise plus ou moins durable suivant la nature du bail. Pour le bailleur (§ 1) comme pour le preneur (§ 2), en raison des besoins qu'il satisfait, le bail – spécialement immobilier – ne peut être anodin.

§ 1. BAILLEUR

635. Acte d'administration ? – Le bail ne confère au preneur qu'un droit personnel de jouissance. Donner à bail n'est pas disposer d'un droit : le bail de la chose d'autrui ne peut donc être traité de la même manière que la vente de la chose d'autrui.

Pour le Code civil, la conclusion d'un bail est un acte d'administration, souvent de saine gestion. Elle peut être l'œuvre de l'administrateur du patrimoine d'autrui, par exemple le mandataire titulaire d'un pouvoir conçu en termes généraux ; elle ne devient un acte grave, nécessitant un pouvoir spécial, que lorsqu'elle est conclue pour une durée supérieure à neuf ans. Le développement des statuts spéciaux superpose à ce clivage traditionnel dont les textes actuels se font encore l'écho (art. 595, 1718) une nouvelle distinction entre les baux ruraux et commerciaux – conférant un droit au renouvellement – et les autres. Les premiers sont des actes d'administration graves, justifiant des mesures de protection particulières.

1. L'art. 22-2 de la loi du 6 juillet 1989, L. du 24 mars 2014, réglemente les pièces justificatives que le bailleur est en droit d'exiger du futur locataire. Il interdit la cosignature d'un ascendant.

Du fait d'interventions législatives successives (L. 14 décembre 1964 : tutelle ; L. 13 juillet 1965 : régimes matrimoniaux ; L. 31 décembre 1976 : indivision), la nature de la conclusion d'un bail n'est pas homogène. Le bail est, en principe, un acte d'administration, mais sa gravité explique le particularisme que présentent le bail de la chose d'autrui (I) et celui de la chose indivise (II) ; en outre, seuls le bail commercial et le bail rural nécessitent un régime particulier, lorsque la chose est grevée d'un usufruit (III) ou dépend de la communauté légale entre époux (IV) ; tous les baux subissent le même sort lorsque le bailleur est une personne protégée (qu'on dénommait naguère « un incapable ») (V).

I. — Bail de la chose d'autrui

Donner à bail permet de faire fructifier la chose. Aussi, le bailleur doit-il, en principe, être titulaire d'un droit réel de jouissance, lui permettant de s'approprier les fruits², donc d'en faire profiter le preneur.

636. Responsabilité contractuelle. – À la différence de la vente, translatrice de droit réel, le bail ne fait naître que des obligations. La vente de la chose d'autrui est inefficace parce que le vendeur n'a pu transmettre aucun droit réel³. Au contraire, le bail de la chose d'autrui n'est pas, en lui-même, inefficace, car rien n'interdit de s'engager à procurer la jouissance du bien d'autrui. Le contrat est valable entre bailleur et preneur, mais inopposable, sauf exception, au véritable propriétaire.

Dans les rapports entre preneur et bailleur, le contrat est valable : il a pu faire naître des obligations réciproques ; ni le bailleur, ni le preneur ne disposent d'une action en nullité⁴. S'il est troublé dans sa jouissance par le véritable propriétaire, le preneur peut engager la responsabilité contractuelle du bailleur, qui manque à son obligation principale : garantir une jouissance paisible⁵. S'il n'a jamais pu entrer en jouissance, le preneur peut, de même, invoquer l'inexécution par le bailleur de son obligation de délivrance (art. 1719) : il est, à son égard, dans la même situation que le créancier d'un porte-fort⁶.

Le bail est inefficace à l'égard du véritable propriétaire, à moins que celui-ci l'ait ratifié : il peut obtenir la libération immédiate des lieux.

Pendant, si le bailleur s'est comporté en propriétaire apparent, ce qui suppose que le preneur ait été de bonne foi et victime d'une erreur commune et invincible, le bail s'impose au véritable propriétaire⁷ : la règle applique les principes généraux de la propriété apparente⁸.

2. Sur la location du droit de jouissance de l'associé d'une société d'attribution, qui n'est pas un véritable droit réel, V. MALINVAUD *et al.*, *Droit de la promotion immobilière*, Dalloz, 9^e éd., 2014, n° 536.

3. *Supra*, n°s 185 et s.

4. Cass. civ., 17 mai 1927, *DP* 1928.I.25, n. H. Capitant, concl. P. Matter ; S. 1927.I.89, n. P. Esmein : « *Le bail de la chose d'autrui sans effets (sic) dans les rapports entre le bailleur et le preneur tant que celui-ci en a la jouissance paisible* ».

5. Dans le cas contraire, il devra s'exécuter : Cass. civ. 3^e, 7 octobre 1998, *Bull. civ.* III, n° 187 : « *Le bail de la chose d'autrui (produit) effet entre le bailleur et le preneur (qui) n'a pas soutenu avoir subi un trouble de jouissance* ».

6. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

7. Cass. civ. 1^{re}, 2 novembre 1959, *Bull. civ.* I, n° 448 ; S. 1960.65 ; *JCPG* 1960.II.11456 ; *Gaz. Pal.* 1960.I.30 ; *RTD civ.* 1960.327, obs. J. Carbonnier : « *Le bail consenti par une personne autre que le véritable propriétaire n'en est pas moins valable et opposable à celui-ci, dès lors que le preneur a conclu ce bail de bonne foi et sous l'empire de l'erreur commune* ». Au contraire, l'apparence ne peut être invoquée lorsque la qualité du bailleur était « douteuse » : Cass. civ. 3^e, 29 janvier 1992, *Bull. civ.* III, n° 31.

8. *Supra*, n° 183.

637. Résolution ou nullité. – Lorsque le bailleur était propriétaire ou usufruitier au moment de la conclusion du contrat, mais cesse ensuite de l'être par l'effet de la résolution de son droit ou de la nullité de son titre, le bail aurait dû subir le même sort : il aura été conclu sur la chose d'autrui. Cependant, pour des raisons pratiques – sécurité des transactions et stabilité du bail – et juridiques – le bail est en principe un acte d'administration –, un texte propre à la vente avec rachat (art. 1673, al. 2), que la jurisprudence étend à toutes les restitutions, permet de faire échec à la rétroactivité, sauf s'il y avait eu mauvaise foi du preneur, en vertu du principe général : *fraus omnia corrumpit* (également, art. 1673, al. 2)⁹ ou s'il y avait des circonstances particulières¹⁰.

La règle, traditionnelle, s'expliquait facilement autrefois : les baux d'une durée de neuf ans au maximum étaient considérés par le Code civil comme des actes d'administration parce qu'ils relevaient d'une bonne gestion. Aujourd'hui, certains baux sont des actes graves en raison du droit quasi perpétuel qu'ils confèrent au preneur, quelle que soit leur durée initiale ; le maintien de la règle jurisprudentielle ne se justifie guère que par la sécurité des transactions.

II. — Bail d'une chose indivise

Depuis la loi du 31 décembre 1976, il existe deux types d'indivisions : l'indivision ordinaire, non organisée, soumise aux articles 815-1 à 815-18 et l'indivision organisée par une convention, beaucoup plus rare, dont la gestion peut être proche de celle d'une société (art. 1873-1 à 1873-18). La dation à bail n'obéit pas aux mêmes règles dans les deux cas.

638. Majorité des deux tiers. – En l'absence d'organisation conventionnelle, la conclusion d'un bail requiert depuis la loi du 23 juin 2006 sur les successions la majorité des deux tiers des indivisaires, à l'exception des baux ruraux et commerciaux où l'unanimité des indivisaires continue à être requise¹¹ (art. 815-3) ; le bail consenti par certains indivisaires seulement constitue un bail de la chose d'autrui, valable dans les rapports entre les cocontractants mais inopposable aux indivisaires non consentants¹². Ceux-ci peuvent agir immédiatement, sans attendre les résultats du partage¹³, en nullité du contrat¹⁴ – intégrale parce que le bail est

9. Cass. civ. 3^e, 25 octobre 1983, *Bull. civ. III*, n° 196 : « *Bien que le bail commercial consenti pour une durée de neuf ans ne constitue pas, en soi, un acte de disposition, le bail passé par l'acquéreur d'un immeuble dont la vente a été résolue ne peut être maintenu que si le locataire a contracté de bonne foi* ».

10. Ex. : Cass. civ. 3^e, 14 mai 1974, *Bull. civ. III*, n° 194 ; *Gaz. Pal.* 1974.II.879 ; *RTD civ.* 1975.132, obs. G. Cornu ; en l'espèce, la cour d'appel avait refusé d'annuler un bail commercial consenti par un acquéreur dont le titre avait été ultérieurement résolu. Cassation : « *Sans rechercher si la nature commerciale du bail, consenti par Gravelat sur un immeuble qui était inoccupé et dans lequel aucun commerce n'était exploité, et la possibilité qu'avait le locataire de se renseigner sur la précarité des droits du bailleur [...] ne faisaient pas du bail litigieux un acte de disposition, la cour d'appel n'a pas donné une base légale à sa décision* ».

11. Lorsque l'indivision comprend un ou des usufruitiers, il y a lieu de respecter en outre les règles propres à l'usufruit, *infra*, nos 641 et s.

12. Cass. civ. 1^{re}, 27 octobre 1992, *Descamps*, *Bull. civ. I*, n° 264 ; *RTD civ.* 1993.614, obs. F. Zénati : « *Il résulte de l'article 883 que le bail d'un bien indivis fait par un seul indivisaire n'est pas nul ; il est seulement inopposable aux autres indivisaires et son efficacité est subordonnée au résultat du partage* » ; en l'espèce, la cour d'appel avait annulé un bail fait par un seul indivisaire en relevant « *qu'il importe peu que la chose louée ait été ultérieurement placée dans le lot du bailleur* ». Cassation.

13. Par analogie avec le congé, Cass. civ. 3^e, 12 janvier 1978, *Bull. civ. III*, n° 36.

14. Versailles, 2 novembre 2001, *D.* 2003, somm., 730, obs. N. Pierre : « *le bail (de la chose indivise) est nul et cette nullité s'impose également au locataire dont l'expulsion est ordonnée* ».

indivisible¹⁵ – et en expulsion du preneur¹⁶. La règle s'applique non seulement à la conclusion du bail, mais encore à son renouvellement (art. 815-3), à sa tacite reconduction¹⁷ ou à sa prolongation¹⁸ : chaque indivisaire peut individuellement s'y opposer. Elle s'applique également à la cessation d'un bail valablement conclu : la délivrance d'un congé, quel qu'en soit le motif¹⁹, les actions en résiliation²⁰ et en expulsion²¹ nécessitent la même majorité ou l'unanimité, selon les cas, tout comme la modification du contrat.

Le bail peut être consenti par un indivisaire seul, à condition d'en avoir reçu le pouvoir exprès. À cet égard, la loi de 1976 n'assimile pas la conclusion d'un bail ou son renouvellement à un acte d'administration : le mandat donné à l'indivisaire doit être spécial et exprès (art. 815-3, dernier al.), ce qui, selon un auteur, exclut l'efficacité d'un mandat apparent²². C'est au preneur, ayant traité avec un indivisaire seul, de prouver que celui-ci avait le pouvoir d'engager les autres²³.

Dans la mesure où elle est maintenue, la règle de l'unanimité présente un risque de blocage, alors que la conclusion d'un bail est souvent un mode normal d'exploitation d'un immeuble à usage commercial ou d'un fonds rural. Le *jus prohibendi* appartenant à chaque indivisaire peut être une source d'abus, surtout lorsque les intérêts des copropriétaires sont opposés, par exemple à propos de l'exercice du droit de reprise. Certains moyens traditionnels permettent de sauver le bail conclu par un indivisaire seul. Ainsi en est-il du recours à l'apparence, lorsqu'un indivisaire s'est comporté comme unique propriétaire, envers un preneur de bonne foi et victime d'une erreur commune²⁴. Il en est de même de la ratification par les autres indivisaires, qui peut être tacite. Ou du mandat tacite. Ou de la gestion d'affaires. Ou de l'effet déclaratif du partage, lorsque le bien loué est mis dans le lot du bailleur. La loi de 1976 ajoute des moyens nouveaux : l'autorisation ou l'habilitation judiciaires, en vertu des articles 815-4, 815-5, 815-6.

639. Bail consenti à l'un des indivisaires. – En sa qualité de copropriétaire ou d'usufruitier indivis, tout indivisaire a le droit de jouir lui-même de la chose indivise ; le droit de jouissance concurrent peut être réglé par une convention, et, à défaut, par le président du tribunal (art. 815-9).

15. Cass. civ. 3^e, 11 février 1975, *Bull. civ. III*, n° 53 : « tout indivisaire est recevable à faire reconnaître son droit de propriété indivis, et à agir en nullité des actes qui y porteraient atteinte [...] ; la cour d'appel a admis à bon droit que les consorts Pouriau (des indivisaires) devaient être admis à demander la nullité du bail portant sur le bien commun ».

16. Cette expulsion peut être réclamée par ceux dont le consentement n'a pas été donné. Les autres restent garants du preneur.

17. Cass. civ. 3^e, 19 octobre 1976, préc.

18. Req., 28 mai 1940, S. 1940.I.79.

19. Ex. : Cass. civ. 3^e, 23 novembre 1976, *Bull. civ. III*, n° 417 : cassation d'un arrêt dans lequel « pour valider le congé, les juges du fond déclarent que dame Bertrand peut exercer seul son droit de reprise sous la condition suspensive de la réalisation du partage, actuellement pendant devant le TGI, alors que le congé [...] signifié par une seule des indivisaires ne pouvait produire d'effets... ».

20. Ex. : Cass. civ. 3^e, 4 novembre 1976, *Bull. civ. III*, n° 380 : unanimité pour intenter l'action en résiliation et pour l'abandonner quand elle a été régulièrement engagée.

21. Ex. : Cass. civ. 3^e, 12 janvier 1978, *Bull. civ. III*, n° 36 ; *Defrénois* 1978, art. 31808, n° 53, obs. J.-L. Aubert.

22. P. CATALA, *L'indivision*, *Defrénois* 2001, art. 32576, n° 92.

23. Cass. civ. 3^e, 23 mars 1977, *Bull. civ. III*, n° 150 : « Il appartient au locataire qui n'a traité qu'avec un seul [indivisaire] d'établir que celui-ci avait pouvoir à cet effet des coindivisaires à qui le contrat est opposé, à moins que ceux-ci ne l'aient ratifié ultérieurement ».

24. Cass. civ. 3^e, 21 janvier 1981, *Bull. civ. III*, n° 17 ; D. 1983.36, n. crit. P. Diener : « Vu l'article 1714 ; le bail consenti par le propriétaire apparent de la chose louée est opposable au véritable propriétaire, lorsque le locataire a traité de bonne foi, sous l'empire de l'erreur commune » ; en l'espèce, un bail à ferme avait été conclu par l'usufruitier seul, sans le concours du nu-proprétaire, au mépris de l'article 595 ; jugé que le bail est valable si l'usufruitier est propriétaire apparent.

À ce titre, un indivisaire peut se voir reconnaître par les autres un droit de jouissance exclusif, à titre onéreux ou gratuit. Proche du bail, cette convention s'en distingue par le fait que les coindivisaires ne s'obligent pas à procurer à l'un des leurs la jouissance du bien, mais s'interdisent seulement d'exercer leur propre jouissance ; d'ailleurs, l'article 815-9, alinéa 2, ne fait pas de l'indemnité, contrepartie de la jouissance, un élément essentiel de cette convention.

Il est aujourd'hui admis que les indivisaires peuvent consentir à l'un d'eux un véritable bail sur la chose indivise²⁵. Le bénéficiaire ajoute alors à sa qualité d'indivisaire celle, indépendante²⁶, de preneur. La règle de la majorité des deux tiers ou de l'unanimité, selon les hypothèses, doit être respectée, pour conclure comme pour faire cesser ce bail.

640. Indivision organisée. – Lorsque les indivisaires désignent un gérant (art. 1873-5), celui-ci a les pouvoirs d'un administrateur des biens d'autrui. L'article 1873-6 se réfère à ceux d'un époux sur les biens communs²⁷. Il invite donc à distinguer suivant la nature des baux : le bail rural et le bail commercial nécessitent le consentement des indivisaires ; les autres baux peuvent être conclus par lui seul ; mais ils sont soumis aux mêmes règles que celles qui gouvernent les baux consentis par un usufruitier²⁸.

III. — Usufruitier

Lorsqu'il y a usufruit, l'usufruitier a seul le droit de donner à bail, puisqu'il est titulaire de l'*usus* et du *fructus*²⁹. Il agit en son nom propre et le bail produit ses effets dans son patrimoine. Il est tenu aux obligations du bailleur envers le preneur³⁰. Cependant, cet usufruit est temporaire ; les baux conclus par l'usufruitier ont donc vocation à obliger le nu-proprétaire lors de la cessation de l'usufruit. Pour en ménager les intérêts, la loi du 13 juillet 1965 (art. 595) distingue entre les baux, suivant l'emprise plus ou moins durable (statuts spéciaux, durée du bail) qu'ils exercent sur le bien loué³¹.

641. Bail rural, commercial ou d'habitation. – La loi de 1965 maintient, à l'égard de tous les baux, la règle générale, fondée sur la durée du bail : le bail en cours lors de la cessation de l'usufruit ne produit ses effets à l'égard du nu-proprétaire que jusqu'au terme de la période de neuf ans commencée (art. 595, al. 2). Le nu-proprétaire dispose donc d'une action en réduction de la durée du bail, qu'il peut exercer même s'il est l'héritier de l'usufruitier³² : les obligations de

25. Ex. : Cass. soc., 9 juin 1951, *D.* 1951.633, 2^e esp., n. R. Savatier.

26. Sauf en cas d'attribution préférentielle ou de partage, où il faut bien tenir compte de sa qualité de bénéficiaire de l'occupation, v. *Les successions*, coll. Droit civil.

27. *Infra*, n° 642.

28. *Infra*, n° 641 ; de plus, lorsque l'un des indivisaires est incapable, l'art. 456, al. 3, est applicable : *infra*, n° 643.

29. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 25 novembre 1986, *Bull. civ.* I, n° 282 ; *D.* 1987.141, n. G. Morin ; *Défrénois* 1987, art. 33887, même note ; *JCP G* 1987.II.20866, n. A. Cohen : l'usufruitier d'un fonds de commerce peut le donner en location-gérance sans le concours du nu-proprétaire.

30. Cass. civ. 3^e, 28 juin 2006, *Bull. civ.* III, n° 165 ; *RTD civ.* 2006, 788, obs. P.-Y. Gautier : les grosses réparations ne peuvent être exigées que de l'usufruitier.

31. LACHAUD, « L'effritement du nouvel article 595 du Code civil sur les restrictions des pouvoirs de l'usufruitier », *Gaz. Pal.* 1981.II.477 ; v. *Les biens*, coll. Droit civil.

32. Req., 13 avril 1897, *DP* 1898.I.76 : « Le nu-proprétaire n'est pas tenu de respecter le bail consenti par l'usufruitier pour une durée de plus de neuf ans, et il en est ainsi, alors même que l'usufruit ayant pris fin par le décès de l'usufruitier, le nu-proprétaire est devenu l'héritier de celui-ci, car, les obligations de l'usufruitier cessant avec l'usufruit lui-même, il n'a pu transmettre à ses héritiers des obligations que l'extinction de l'usufruit avait fait disparaître ».

celui-ci à l'égard du preneur cessent avec l'usufruit. En pratique, la règle ne s'applique qu'aux baux à usage d'habitation et professionnels ou mobiliers, car pour les autres, le nu-propiétaire est appelé à donner son consentement.

À l'égard des baux commerciaux et des baux ruraux, la loi de 1965 a introduit la cogestion : ces baux et leur renouvellement³³ ne sont valables que si le nu-propiétaire y concourt (art. 595, al. 4). La méconnaissance de la règle est sanctionnée par la nullité du bail, que le nu-propiétaire seul peut invoquer, et il peut le faire immédiatement³⁴.

Pour éviter tout blocage, la loi permet à l'usufruitier, en cas de refus du nu-propiétaire, de se faire autoriser en justice³⁵. De plus, la théorie de l'apparence permet, ici comme en d'autres domaines³⁶, de sauver certains baux irréguliers³⁷.

Le concours du nu-propiétaire ne s'impose que lors de la conclusion ou du renouvellement de ces baux ; pour le reste, l'usufruitier a seul, pendant la durée de l'usufruit, la qualité de bailleur³⁸.

IV. — Époux communs en biens

642. Comme l'usufruit. – Traditionnellement, les biens communs peuvent être donnés à bail dans les mêmes conditions que les biens grevés d'usufruit. La loi du 13 juillet 1965 a maintenu l'analogie. Le bail est un acte de gestion normal que chacun des époux (art. 1421, al. 1) peut accomplir seul : son efficacité est limitée dans le temps, comme en matière d'usufruit (art. 1424, al. 2, *in fine*).

Pendant, trois catégories de baux, traitées comme des actes graves, impliquent le consentement des deux époux³⁹ : le bail rural, le bail commercial (art. 1425) et le bail (location-gérance) du fonds de commerce ou de l'entreprise artisanale (C. com., art. L. 121-5). À défaut, le bail peut être annulé à la demande de l'époux non consentant (art. 1427 ; C. com., art. L. 121-5, al. 2).

L'erreur sur le caractère commun d'un bien est facilement surmontable ; la théorie de la propriété apparente ne joue ici presque aucun rôle. La jurisprudence avait, un moment, paru admettre facilement celle du mandat apparent donné par l'un des époux à l'autre⁴⁰, qui

33. Cass. civ. 3^e, 25 avril 1990, *Bull. civ.* III, n° 100 ; *RD rur.* 1990.397 : « *Le bail (rural) renouvelé constitue dans tous les cas un nouveau bail* » ; *infra*, n° 667 ; en l'espèce, la nue-propiétaire avait exercé l'action en nullité moins de cinq ans après le renouvellement, mais plus de cinq ans après le bail ; la cour d'appel avait jugé prescrite l'action. Cassation. Au contraire, certains commentateurs estiment que le renouvellement peut être consenti par l'usufruitier seul puisqu'il ne confère aucune prérogative nouvelle.

34. Ex. : Cass. civ. 3^e, 26 janvier 1972, *Bull. civ.* III, n° 69 ; *D.* 1975.22, n. J. Penneau ; *JCP G* 1972.II.17104, n. G. C. ; *RTD civ.* 1972.619, obs. Bredin.

35. J. LACHAUD, « Contrôle du juge sur le bail rural consenti par un usufruitier », *Gaz. Pal.* 1974.1, doct. 57.

36. *Supra*, n° 636.

37. Cass. civ. 3^e, 21 janvier 1981, cité *supra*, n° 638.

38. Il peut poursuivre seul la résiliation du bail : Cass. civ. 3^e, 4 mai 1976, *Bull. civ.* III, n° 186 ; *RTD civ.* 1976.801, obs. Cl. Giverdon ; *Defrénois* 1976, art. 31221, p. 1291, obs. M. Vion ; et pour le congé : Cass. civ. 3^e, 16 mars 1988, *Bull. civ.* III, n° 61 ; *RTD civ.* 1989.104, obs. Ph. Rémy ; le droit de reprise s'apprécie en sa personne : Cass. civ. 3^e, 16 janvier 1979, *Bull. civ.* III, n° 18 : « *Veuve Arnauts qui avait seule en tant qu'usufruitière la qualité de bailleuse des terres et pâtures était fondée à exercer seule la reprise en faveur de son petit-fils* ». Il autorise seul les travaux d'amélioration culturelle et foncière ; Cass. civ. 3^e, 20 mai 1992, *Bull. civ.* III, n° 163 ; *Defrénois* 1993, art. 35490, n° 32, obs. G. Vermelle.

39. *Les régimes matrimoniaux*, coll. Droit civil.

40. Cass. civ. 1^{re}, 14 décembre 1976, *épx Cheval*, *Bull. civ.* I, n° 403 ; *JCP G* 1978.II.18864, n. J. Monéger.

aboutissait pratiquement à écarter les règles protectrices de la cogestion. Elle est revenue, sous les critiques de la doctrine, à une plus grande rigueur⁴¹.

V. — Personnes protégées

643. Efficacité limitée. – L'administration du patrimoine d'une personne protégée peut nécessiter la conclusion d'un bail. Acte normal de gestion, celle-ci est librement autorisée, mais l'efficacité des baux conclus par le représentant seul est limitée, comme en matière d'usufruit (art. 1718) ; elle ne confère en outre aucun droit au renouvellement ou au maintien dans les lieux à l'encontre de la personne protégée (art. 504)⁴², sauf si le juge des tutelles l'avait spécialement autorisé⁴³. Lorsqu'il s'agit du logement d'un majeur protégé, tout acte relatif à sa location doit être autorisé par le juge ou le conseil de famille (art. 426).

§ 2. PRENEUR

Pour le preneur, la conclusion d'un bail est un acte d'administration ordinaire : l'administrateur du patrimoine d'autrui peut sans restriction prendre à bail. La qualité de preneur peut parfois appartenir à d'autres qu'au cocontractant du bailleur. Ainsi, lorsqu'un bail est consenti à des époux, ou entre dans la communauté conjugale, ou encore en cas d'indivision entre les preneurs.

644. Époux cotitulaires ; PACS. – Afin de protéger le logement de la famille lorsqu'il est assuré au moyen d'un bail, la loi du 4 août 1962 (art. 1751) rend indivis le bail servant effectivement à l'habitation des deux époux, même s'il n'a été consenti qu'à un seul, ou avant le mariage ; le bénéficiaire s'applique au bail, non au prêt à usage⁴⁴. En cas de divorce ou de séparation de corps, le droit au bail peut être attribué à l'un ou à l'autre. Cette cotitularité crée entre les époux une indivision spéciale : le bail ne peut prendre fin à leur initiative que s'ils agissent ensemble⁴⁵ ; inversement, le congé signifié par le bailleur doit l'être à chacun des époux, sauf si l'existence du conjoint n'avait pas été portée à la connaissance du bailleur (L. 21 juillet 1994, art. 13). Les époux restent solidairement tenus des dettes de loyer, jusqu'à la transcription du jugement de divorce. Et réciproquement, ils jouissent du droit au bail jusqu'à cette date, peu important qu'au moment du congé, l'un des époux ait quitté le logement depuis longtemps,

41. * Cass. civ. 1^{re}, 24 mars 1981, *Cellerin*, cité *supra*, n° 582 ; comp. pour un bail rural ou pour un bien propre par le conjoint non propriétaire : Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 1976, *Bull. civ. I*, n° 246 ; *JCP G* 1978.II.18845, n. R. Le Guidec ; *Defrénois* 1977, art. 31350, n° 46, p. 472, obs. G. Champenois.

42. Ex. : Cass. civ. 3^e, 15 mars 2000, *Bull. civ. III*, n° 60 ; *D.* 2000, AJ, p. 273. *Les personnes*, coll. Droit civil.

43. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 21 juin 1989, *Bull. civ. I*, n° 244 ; *Defrénois* 1989, art. 34574, n° 92, obs. J. Massip : « L'article 456, al. 3, qui dispose que les baux consentis par le tuteur ne confèrent au preneur à l'encontre du mineur, devenu majeur ou émancipé, aucun droit à renouvellement ne concerne que les baux conclus par le tuteur ou l'administrateur légal seul ; le juge des tutelles qui a le pouvoir d'autoriser les actes de disposition a, à plus forte raison, le droit d'autoriser l'administrateur légal des biens d'un mineur à consentir sur un bien dont le pupille est propriétaire, un bail donnant droit au renouvellement au profit du preneur à l'encontre du mineur devenu majeur ».

44. Ex. : Cass. civ. 3^e, 13 mars 2002, *Bull. civ. III*, n° 60 ; *D.* 2002, IR, 1237 ; *D.* 2003, somm. 735, obs. N. Dranas : « les dispositions de l'article 1751 ne sont pas applicables à une convention d'occupation gratuite d'un local ».

45. Ex. : Cass. civ. 3^e, 19 juin 2002, *Bull. civ. III*, n° 140 ; *Defrénois* 2003.672, n. Brémond : « le congé donné par un seul des époux titulaires du bail n'est pas opposable à l'autre et l'époux qui a donné congé reste solidairement tenu des loyers ».

pourvu qu'il y ait habité un temps⁴⁶. Cette cotitularité a été étendue par la loi ALUR du 24 mars 2014 aux personnes sous PACS (art. 1751 et 1751-1, pour le droit d'attribution préférentielle).

Le bénéfice du droit au maintien dans les lieux s'étend au conjoint successible en cas de mort d'un des cotitulaires, ainsi qu'à la personne pacsée (art. 1751 préc., modifié par la loi *Duflot*). En matière rurale, sans donner à chacun des époux la qualité de preneur, l'article L. 411-68 du Code rural et de la pêche maritime impose leur accord pour accepter la résiliation, céder le bail rural ou s'engager à ne pas en demander le renouvellement, lorsqu'ils participent ensemble et de façon habituelle à l'exploitation agricole. L'article 9-1 de la loi de 1989 prévoit, pour les époux et les pacsés, que les notifications faites au locataire en titre sont opposables à son conjoint ou partenaire si le bailleur n'en a pas eu connaissance par un acte positif de notification⁴⁷.

645. Bail et communauté. – Si le bail est conclu ou acquis (cession de bail) après le mariage, il est un acquêt, lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté, à moins qu'il n'en soit exclu et demeure propre, en raison de son caractère personnel ou incessible (art. 1404, al. 1).

Le bail commercial n'a pas ces caractères. Il entre donc en communauté et a vocation à être partagé à la dissolution de celle-ci. Cependant, seul l'époux cocontractant du bailleur a la qualité de preneur. Pour protéger l'autre, lorsqu'il participe à l'exploitation commerciale ou artisanale, l'article L. 121-5 du Code de commerce, sans lui conférer la qualité de copreneur, soumet à cogestion l'aliénation ou la constitution de droits réels sur un élément du fonds nécessaire à l'exploitation de l'entreprise, dépendant de la communauté.

À l'égard du bail professionnel, les auteurs sont divisés, et la jurisprudence ne paraît pas avoir eu à choisir⁴⁸.

Elle a décidé au contraire que le bail rural, personnel au preneur et incessible, ne tombait pas en communauté⁴⁹. L'époux titulaire du bail ne dispose pas pour autant d'une autonomie complète⁵⁰. De plus, il est fréquent que le bail ait été consenti aux deux époux, indivisément : ils ont alors l'un et l'autre la qualité de preneurs.

646. Copreneurs indivis. Colocation. – 1^oLe bail peut être **indivis** entre plusieurs preneurs soit dès l'origine (ex. : époux copreneurs), soit parce qu'il appartient à l'indivision successorale ou postcommunautaire. Le bail ne peut alors être résilié ou modifié qu'avec l'accord de tous les preneurs⁵¹, le congé doit être délivré à chacun⁵² sauf s'ils sont

46. Cass. civ. 3^e, 31 mai 2006, *Bull. civ. III*, n° 135 ; *D.* 2006.2777, n. N. Damas ; *RDC* 2006.1143, obs. G. Lardeux : en l'espèce, la cour d'appel avait refusé au mari de contester le congé signifié, alors qu'il n'habitait plus dans les lieux loués depuis dix ans. Cassation : « *le logement donné à bail à M^{me} D. avait servi à l'habitation des deux époux* ».

47. Cass. civ. 3^e, 19 octobre 2005, *Bull. civ. III*, n° 198 ; *RDC* 2006.405, obs. J.-B. Seube : « *L'art. 9-1 de la loi du 6 juillet 1989 faisait peser sur le locataire une obligation d'information de son lien matrimonial impliquant une démarche positive de sa part envers son bailleur et la preuve que cette information avait bien été donnée au preneur* » ; en conséquence, est opposable à l'époux le congé signifié seulement à son conjoint si le locataire, célibataire lors de la conclusion du bail, n'avait pas notifié bailleur sa nouvelle situation matrimoniale.

48. *Droit des régimes matrimoniaux*, coll. Droit civil.

49. * Cass. soc., 27 février 1958, *époux Mariol*, *Bull. civ. IV*, n° 301 ; *JCPG* 1958.II.10892, 2^e esp., n. P. Ourliac et M. de Juglart : « *Le bail rural étant conclu intuitu personae et incessible, le bailleur ne peut, hors les cas prévus par le statut du fermage, se voir imposer un autre preneur que celui avec lequel il a conclu [...] ; la substitution au preneur d'une tierce personne, fût-elle sa femme, ne peut constituer au regard du bailleur qu'une cession prohibée* ».

50. *Supra*, n° 644.

51. Cass. soc., 20 décembre 1966, *Bull. civ. IV*, n° 983 : « *La résiliation du bail, signée par veuve Henri Poulain, le 30 octobre 1963, ne pouvait en cours de bail, mettre fin à ce contrat au regard des autres copreneurs qui entendaient continuer ce bail* ».

52. Cass. soc., 21 janvier 1965, motifs, *Bull. civ. IV*, n° 67 : « *Si pour mettre totalement fin au bail consenti à plusieurs personnes pour une période indéterminée, congé doit être notifié à chacun des preneurs, le congé délivré à l'un d'entre eux seulement n'en demeure pas moins valable à l'égard de celui qui l'a reçu* ».

solidaires⁵³. Cette indivision prend fin par le partage et l'attribution du droit au bail (C. civ., art. 831-2 ; C. rur. pm., art. L. 441-34).

2° Une nouvelle variété de bail se développe, spécialement dans la jeunesse (ex. étudiants) : la **colocation**, consistant à louer un bien à plusieurs entre lesquels est répartie l'obligation au paiement du loyer et des charges. Elle est réglementée partiellement par l'art. 8-1, L. 1989, dans sa rédaction de la loi du 24 mars 2014 : « *location d'un même logement par plusieurs locataires constituant leur résidence principale et formalisée par la conclusion d'un contrat unique* ». Elle doit obéir à un contrat type imposé par le décret n° 2015-587 du 29 mai 2015. En l'absence de solidarité légale, la plupart des contrats types stipulent une solidarité entre les copreneurs, y compris le dépôt de garantie, en cas de réparations à effectuer en fin de bail. Un « payeur » unique peut avoir été désigné par le bailleur, afin d'éviter les règlements séparés. S'agissant du congé, celui donné par le bailleur à l'un des colocataires vaut à l'égard de tous les autres ; à l'inverse, celui donné par un des colocataires seul ne le libère pas de sa dette de loyer⁵⁴. Dans le bail d'habitation, la solidarité expire après six mois (art. 8-1 préc., L. 1989).

SECTION II

CONSENTEMENT

647. Droit commun et droit spécial. – Conformément au droit commun, le bail est conclu lorsque l'accord s'est fait sur ses éléments essentiels : la chose et son utilisation, l'obligation au paiement d'un loyer et la date d'entrée en jouissance. Les exigences du droit commun sont cependant atténuées pour plusieurs raisons. La plupart des baux immobiliers sont régis par un statut spécial, imposant aux parties une durée minimale, un renouvellement ou un maintien dans les lieux ; d'une manière générale, le silence des parties peut être suppléé par les usages, les formulaires types ou les pratiques habituelles. Enfin, l'exécution effective du contrat joue un rôle qu'elle ne peut avoir à l'égard d'un contrat translatif⁵⁵. Un bail peut donc exister et produire ses effets sans que soit formellement établi l'accord sur ses éléments essentiels. Seule la promesse de bail est soumise aux règles ordinaires des contrats.

Le bailleur a normalement le libre choix de son locataire, à la condition de ne pas procéder à des discriminations illicites (L. 6 juillet 1989, art. 1^{er} et art. 22-2, qui interdit même la production d'une photo d'identité !). Parfois, le droit spécial va jusqu'à supprimer la liberté du consentement, dans une perspective humanitaire, en créant un « bail forcé » : ainsi, la loi *Dufflot* du 24 mars 2014, s'ajoutant à la loi de 1998 sur l'exclusion, permet à l'autorité publique de réquisitionner les locaux vacants afin de loger les plus démunis ; ce peut être par le biais de sous-locations via les organismes administratifs CCH, (art. L. 441-2-3).

648. Promesse de bail ; pacte de préférence. – Le bail, comme la vente, peut être précédé d'avant-contrats qui relèvent, pour l'essentiel, du droit commun : à la différence du simple projet ou de l'accord de principe, la promesse de bail est obligatoire pour l'une des parties (promesse unilatérale) ou pour les deux (promesse synallagmatique) lorsque la volonté de s'obliger s'exprime par une détermination suffisante des éléments du contrat⁵⁶.

53. Cass. civ. 3^e, 20 juillet 1989, *Bull. civ.* III, n° 174 ; *JCP G* 1991.II.21595, 1^{re} esp. ; *Defrénois* 1991, art. 35062, n° 43, p. 728, obs. crit. J.-L. Aubert : « *La notification d'un congé à l'un des preneurs solidaires est opposable aux autres ; sur le bail d'habitation consenti à des époux* », *supra*, n° 644.

54. C. GRIMALDI, *RDC* 2010.917.

55. *Infra*, n° 649.

56. Cass. civ. 3^e, 20 mai 1992, *Bull. civ.* III, n° 152 ; *D.* 1993, somm., 68, obs. E. Martine : « *La promesse de bail valant bail lorsqu'il y a accord des parties sur la chose et sur le prix...* » ; en l'espèce, les

La promesse synallagmatique de bail, par laquelle bailleur et preneur s'engagent définitivement « vaut bail » (anal. art. 1589, al. 1) et le bailleur peut être condamné, le cas échéant sous astreinte, à laisser le preneur entrer en jouissance⁵⁷. Encore faut-il que la promesse manifeste un accord sur les éléments essentiels du contrat : chose et destination, date d'entrée en jouissance, prix⁵⁸, durée (lorsque celle-ci ne s'impose pas aux parties en vertu de la loi) ; il faut aussi qu'elle n'ait pas suspendu la conclusion définitive du contrat à une condition, par exemple la fourniture par le preneur d'une caution. Lorsqu'un pacte de préférence a pour objet un bail, que le propriétaire le méconnaît en louant à un tiers, ce bail n'est pas nul⁵⁹ (sauf si le tiers est de mauvaise foi – nouvel art. 1123, al. 2, applicable à tous les contrats).

649. Exécution et loyer indéterminé. – Dans un contrat translatif comme la vente, il est impossible de prouver la formation du contrat par son exécution ; l'effet principal – transfert d'un droit – ne se manifeste pas, mais résulte d'une opération purement intellectuelle. C'est pourquoi le seul moyen de prouver le contrat est de démontrer l'accord sur la chose et sur le prix. L'effet principal du louage de chose, au contraire, est de permettre au preneur d'entrer en jouissance ; il se manifeste matériellement. Le constat de l'exécution, pourvu que l'on y décèle les éléments essentiels d'un bail – jouissance de la chose et obligation au paiement d'un prix⁶⁰ – prouve la formation du contrat.

Ainsi s'expliquent les règles particulières de détermination du loyer, lorsque le bail a déjà été exécuté ; prononcer la nullité d'un contrat successif pour indétermination du prix serait absurde ; mais le juge n'a pas le pouvoir de fixer lui-même le loyer, il doit recourir à une expertise, en cas de contestation, afin de compléter l'accord des parties qui se serait manifesté par l'exécution du contrat (art. 1716)⁶¹.

La prédétermination du prix n'est plus en droit commun une condition de validité du bail⁶². La règle vaut pour tous les types de louages, mobiliers et immobiliers, corporels et incorporels (licences de marques ou de brevets) ; les parties peuvent ainsi conclure le contrat en ne déterminant pas le prix avant son exécution. La règle vaut aussi pour les indemnités de résiliation anticipée⁶³. Le juge n'a pas pour autant le pouvoir de fixer le prix à défaut d'accord entre les parties, postérieurement à la conclusion du contrat⁶⁴ ; mais la fixation unilatérale par le

propriétaires d'une exploitation rurale avaient promis de la louer pour une période de 21 ans ; jugé que le bail était conclu ; *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

57. Jurisprudence constante depuis Cass. civ., 3 avril 1838, *Jur. gén.*, v° Louage, n° 80.

58. Ci-dessous sur la détermination du prix ; comp. Cass. civ. 3^e, 27 juin 1973, *Bull. civ.* III, n° 446 ; *D.* 1973, IR, 198 : « Le prix étant un élément essentiel du contrat de louage, une promesse de bail ne peut valoir bail que si elle contient accord des parties sur le prix ».

59. Cass. civ. 1^{re}, 10 juillet 2002, *Bull. civ.* I, n° 102 ; *RTD civ.* 2003.107, obs. crit. P.-Y. Gautier : « l'art. 1143 n'est pas applicable à la violation d'un pacte de préférence qui met une obligation de faire à la charge du débiteur », jurisprudence rendue obsolète par le nouvel art. 1123 al. 2 préc.

60. Car, en elle-même, la jouissance est équivoque : elle peut résulter d'une occupation sans droit ni titre, d'un prêt à usage ou d'un véritable bail.

61. Cass. civ. 3^e, 15 mars 2000, *Bull. civ.* III, n° 54 ; *Contrats, conc. consom.* 2000, comm. n° 90, n. L. Leveneur ; *D.* 2001, somm. 167 ; *RDI* 2000.253, obs. Fr. Collart-Dutilleul ; cassation de l'arrêt qui avait permis au juge de fixer lui-même le prix, en se référant aux circonstances.

62. *Droit des obligations*, coll. Droit civil. Deux des arrêts d'Assemblée plénière de 1995, rendus au sujet de la location d'une installation téléphonique, visaient l'art. 1709 : Cass. Ass. plén., 1^{er} décembre 1995, *Bull. civ. Ass. plén.*, n° 7, 2 arrêts ; *D.* 1996.13, n. L. Aynès.

63. *Droit des obligations*, coll. Droit civil. Pour l'inapplicabilité de l'article 1129 (devenu art. 1163) à l'indemnité de résiliation d'un louage de matériel informatique : Cass. com., 17 juillet 2001, *Defrénois* 2001.1425, n. E. Savaux ; n.p.B.

64. Ex. : Cass. civ. 3^e, 8 février 2006, *Bull. civ.* III, n° 25 ; *Defrénois* 2006, art. 38433, n° 47, n. R. Libchaber : en l'espèce, les parties avaient convenu par avance du renouvellement du bail ; elles n'étaient pas parvenues à s'entendre sur la révision du loyer ; les juges du fond ont imposé un

bailleur, créancier du prix, s'imposera, sauf abus, comme le prévoit désormais l'article 1165 ; à moins naturellement que les parties aient fait de leur accord sur le montant du loyer une condition de la conclusion du bail, comme il arrive souvent en matière immobilière.

L'exécution du bail exerce surtout son influence sur la preuve du contrat (§ 1), soumis par ailleurs au consensualisme (§ 2).

§ 1. PREUVE DU BAIL

Les articles 1715 et 1716 invitent à distinguer la preuve de l'existence (I) et celle du contenu (II) du bail.

I. — Existence d'un bail

650. Bail verbal. – Comme l'accord entre bailleur et locataire n'est soumis à aucune forme particulière⁶⁵, le bail n'est pas nécessairement constaté par écrit, même s'il l'est le plus souvent en matière immobilière. Il s'agit alors d'un bail verbal, dont la preuve relève de l'article 1715, alinéa 1, positivement (en cas d'absence d'exécution) et *a contrario* (en cas d'exécution).

Positivement, si le bail n'a reçu aucune exécution, les règles de preuve sont plus rigoureuses qu'en droit commun⁶⁶ ; la preuve par témoins est impossible, quelle que soit la valeur du bail, même en cas d'impossibilité de préconstituer un écrit, et même en cas de commencement de preuve par écrit ; à défaut d'écrit, seul le serment déféré à celui qui nie le bail peut prouver celui-ci ; ou l'aveu, preuve suprême⁶⁷. Ces règles ne valent qu'entre les parties : les tiers peuvent établir un bail par tous les moyens. Cette sévérité s'explique par une politique juridique illusoire : éviter la multiplication des procès et les difficultés tenant à l'enquête et à la preuve testimoniale. Les faits ont déjoué ces prévisions.

Les tribunaux ont contourné la règle de l'article 1715, alinéa 1 dans son acception positive, en l'appliquant largement *a contrario* : lorsque le bail a reçu un commencement d'exécution, la preuve par témoins ou présomptions est recevable⁶⁸. Tout dépend donc de l'objet et des moyens de preuves établissant un commencement d'exécution. Sur le premier point, la jurisprudence exige que celui qui allègue un commencement d'exécution prouve les éléments principaux du bail : non seulement la jouissance, mais encore « l'existence et le paiement d'un prix convenu »⁶⁹. Le second est décisif : de lui dépend la plus ou moins grande facilité donnée aux parties – le plus souvent, le preneur – de se placer sous la protection d'un statut

loyer fixé par expert ; cassation : « le loyer n'était soumis à aucune réglementation légale et les juges du fond ne pouvaient se substituer aux parties, en désaccord, pour fixer les modalités de sa révision ».

65. *Infra*, n° 653.

66. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

67. Aveu judiciaire ou extrajudiciaire ; ex. : ... lettre missive (Req., 5 mars 1856, *DP* 1856.I.146)... ou clause dans un autre acte (Paris, 20 mai 1858, *DP* 1859.II.39)... ou commandement de payer les loyers (Cass. civ. 3^e, 12 février 1980, *D.* 1980, IR, 418).

68. Ex. : Cass. civ. 3^e, 13 mars 2002, *Bull. civ.* III, n° 59 ; *LPA*, 18 novembre 2002, p. 15, n. Ph. Stoffel-Munck ; *Defrénois* 2002.1541, obs. J. Honorat.

69. Ex. : Cass. civ. 3^e, 5 janvier 1978, *Bull. civ.* III, n° 10 : « Si l'exécution d'un bail peut être prouvée par témoins ou à l'aide de simples présomptions, elle ne saurait résulter de la simple occupation des lieux, car elle suppose de la part de celui qui s'en prévaut, aussi bien l'accomplissement des obligations que l'exercice des droits découlant du prétendu bail ». En l'espèce, les époux R. occupaient une habitation ; le mari décéda, intoxiqué par un chauffe-bain ; ses héritiers ne purent engager la responsabilité du propriétaire du local en qualité de bailleur qu'en prouvant qu'il y avait un bail ; en l'absence d'écrit, ils devraient démontrer son exécution, en particulier, le paiement d'un prix convenu.

spécial. Or, la jurisprudence admet aujourd'hui que la preuve de l'exécution du bail peut être rapportée par tous moyens⁷⁰. Pratiquement, la preuve de la jouissance par le preneur sera administrée par témoignages, et celle du paiement des loyers, le plus souvent, par les quittances délivrées par le bailleur⁷¹. Cette évolution aboutit, en fait, à rendre libre la preuve du bail verbal exécuté.

Dans les baux d'habitation, c'est l'autre extrême, le formalisme réglementaire : la loi *Dufflot* du 24 mars 2014 (art. 3 et s. L. 1989, modifiée) dispose que le bail doit être écrit et surtout, qu'il doit obéir aux prescriptions précises d'un « contrat type », défini par décret en Conseil d'État (notamment le montant du « loyer médian », celui que payait l'ancien locataire, etc. : décret n° 2015-587 du 29 mai 2015).

II. — Contenu du bail

En principe, le contenu du bail – les obligations respectives des parties – doit être prouvé conformément au droit commun (art. 1359, ancien art. 1341). Ainsi, de la destination conventionnelle des lieux, et de sa modification. Seules les preuves du montant du loyer et de la durée obéissent à des règles particulières, légale ou jurisprudentielle. Dans les baux d'habitation, le contrat type imposé par le décret précité du 29 mai 2015 réglemente minutieusement les clauses essentielles, dont certaines doivent être reproduites, d'autres le sont dans une notice d'information annexée à l'acte, étant rappelé que toute la réglementation d'ordre public s'applique de plein droit à l'acte. Il n'y a pratiquement plus de droit supplétif dans ce domaine.

651. Loyer. – L'article 1716, inséparable de l'article 1715, alinéa 1, exclut la preuve testimoniale, quel que soit le montant du loyer, lorsque l'exécution du bail a commencé. Seuls trois modes de preuve sont admissibles : les quittances délivrées par le bailleur ; à défaut, le serment du bailleur⁷² ou, si le locataire le préfère, l'estimation par experts⁷³. Comme l'article 1715, alinéa 1, l'article 1716 s'explique par des raisons de politique juridique : éviter les incertitudes de la preuve testimoniale.

En cas de pluralité de locataires, hypothèse fréquente chez les concubins, s'ils se sont engagés solidairement, le bailleur pourra réclamer à l'un quelconque d'entre eux la totalité du loyer⁷⁴, mais non l'indemnité d'occupation⁷⁵, sans préjudice du recours contributoire du *solvens*, par part virile s'ils n'en avaient disposé autrement⁷⁶. Le locataire sortant, à défaut d'accord du bailleur, reste tenu, dans le délai maximum de six mois (loi ALUR préc. (art. 8-1°, L. 1989, L. 2014)).

70. Ex. : Cass. civ. 3^e, 26 février 1971, *Bull. civ.* III, n° 147 ; *RTD civ.* 1971.867, obs. G. Cornu, tête d'une longue série : « *La prohibition de la preuve par témoins ou par présomptions d'un bail verbal édictée par le texte (art. 1715) ne s'applique pas lorsque le bail a reçu exécution* ».

71. Ce qui permet de revenir à la règle générale (preuve par écrit) ou spéciale (aveu du bailleur).

72. Seul le serment du bailleur, lui-même, non celui de ses héritiers, remplit les conditions de l'article 1716 : Cass. civ., 20 novembre 1945, *D.* 1946.184.

73. Cass. civ. 3^e, 15 mars 2000, préc. ; si l'estimation est supérieure au prix déclaré par le preneur, il supporte les frais de l'expertise.

74. Ce qui est une cause fréquente de surprise chez beaucoup de concubins, après la rupture du concubinage ; le concubin qui n'est pas resté dans les lieux loués demeure solidairement tenu de tous les loyers.

75. Cass. civ. 3^e, 5 mai 2004, *Bull. civ.* III, n° 87 ; *D.* 2005.750, obs. N. Damas ; *JCP G* 2004.II.10099, n. J. Casey ; *RTD civ.* 2004.510, obs. J. Mestre et B. Fages : « *l'engagement solidaire souscrit par des copreneurs ne survit pas, sauf stipulation expresse contraire, à la résiliation du bail et l'indemnité d'occupation est due en raison de la faute quasi délictuelle commise par celui qui se maintient sans droit dans les lieux* ».

76. Cass. civ. 3^e, 24 juin 1998, *Bull. civ.* III, n° 129 ; *D.* 1999, somm. 115, obs. R. Libchaber ; en l'espèce, deux concubins avaient loué un logement ; le contrat avait stipulé une clause « *Solidarité-*

La solidarité est de plein droit entre époux (art. 220 et 1751) et entre pacsés (art. 1751 préc. modifié). En revanche, elle ne s'applique pas aux simples concubins non-signataires du bail⁷⁷. Tous les autres copreneurs sont soumis au droit commun de la divisibilité de la dette de loyer, sauf stipulation expresse⁷⁸.

652. Durée. – La preuve de la durée du bail devrait relever du droit commun (art. 1359, ancien art. 1341). Mais la jurisprudence assimile l'absence d'écrit concernant la durée à l'indétermination de celle-ci⁷⁹; ce qui est critiquable : la durée peut avoir été déterminée par un accord verbal. Pratiquement, s'appliquent alors au bail les règles relatives aux baux à durée indéterminée : possibilité de donner congé à tout moment, en respectant le délai fixé par l'usage des lieux (art. 1736 et 1758), ou durée minimum résultant d'un statut spécial (neuf ans, pour les baux commerciaux et ruraux ; trois ans, pour les baux d'habitation soumis à la loi du 6 juillet 1989).

§ 2. CONSENSUALISME

653. Législation protectrice ; interprétation du contrat. – Puisque l'« on peut louer ou par écrit ou verbalement... » (art. 1714), la règle générale est que l'écrit n'est pas une condition de validité du bail. L'écrit offre seulement des facilités de preuve.

Cependant, plusieurs législations spéciales l'imposent. Ainsi, l'article L. 411-4 du Code rural et de la pêche maritime exige la rédaction et l'enregistrement du bail rural. De même, l'article 3 de la loi du 6 juillet 1989 sur le bail d'habitation impose la rédaction d'un écrit, comportant certaines mentions obligatoires et la remise de plusieurs documents justificatifs.

S'agit-il de règles de forme ? La difficulté est résolue depuis longtemps à l'égard du bail rural : l'écrit n'est pas prescrit à peine de nullité du contrat ; un bail rural verbal est valable⁸⁰ et relève des règles de preuve d'un bail verbal⁸¹. Quant au bail d'habitation, les lois de 1986 et de 1989 (art. 3, avant-dern. al.) se contentent d'interdire au bailleur de se prévaloir de ses dispositions, et d'imposer à chaque partie d'accepter à tout moment la rédaction d'un contrat conforme. La nullité en la forme devrait être écartée⁸² ; le caractère successif du contrat et les intérêts du consommateur protégé la rendraient inopportune.

L'interprétation du bail est soumise au droit commun (C. civ. art. 1188 et s., anciens art. 1156 et s.) ; l'art. 1602 C. civ. propre à la vente (interprétation contre le vendeur), règle d'exception, ne saurait s'appliquer au bailleur. Les clauses défavorables au locataire s'interprètent

indivisibilité » entre les locataires ; le concubin ayant donné congé, la concubine resta dans les lieux et paya la totalité de loyer jusqu'à son départ ; le tribunal d'instance rejeta sa demande en remboursement de la moitié de loyer engagé contre le concubin, parce qu'elle ne faisait « état d'aucun accord sur le taux de participation du colocataire aux loyers ». Cassation ; v. aussi *infra*, n° 651.

77. Paris, 29 novembre 2005, *JCP G* 2006.IV.1323.

78. Cass. civ. 3^e, 30 octobre 2013, n° 12-21034, *Bull. civ.* III n° 136 ; *RTD civ.* 2014.137, obs. P.Y. Gautier ; *Contrats, conc. consom.* 2014, n° 32, n. L. Leveneur *RDC* 2014. 216, obs. J. Klein et 223, obs. J.-B. Seube. (avocats).

79. Ex. : Cass. civ., 28 juillet 1908, *DP* 1908.I.461 ; S. 1909.I.381 : « Vu l'article 1736 ; la durée d'un bail verbal, quel qu'en soit le prix, qu'il y ait ou non un commencement de preuve par écrit, ne peut se prouver ni par témoins, ni par présomption ; l'usage des lieux seul doit déterminer cette durée et, par suite, le délai dans lequel le congé peut être utilement donné ».

80. Ex. : Cass. soc., 29 juillet 1950, *JCP G* 1951.II.5988, n. P. Esmein ; jugé que le droit de préemption du fermier devait être accordé à un preneur titulaire d'un bail verbal.

81. *Supra*, n° 650.

82. Cass. civ. 3^e, 7 février 1990, *Bull. civ.* III, n° 40 ; *Defrénois* 1991, art. 35030, n. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1990.679, obs. Ph. Rémy : « Le bail (soumis à la loi du 22 juin 1982) ayant été exécuté, l'absence d'écrit ne le rendait pas nul ».

strictement⁸³. Si le locataire est un consommateur (loi de 1989) l'interprétation *in favorem* s'impose (C. consom., art. L.211-1).

N^{os} 654-664. réservés.

83. Cass. civ. 3^e, 29 septembre 2010, n°09-69337, *Bull. civ.* III, n° 173; *D.* 2010.2360, n. Y. Rouquet; *RTD civ.* 2010.797, obs. P.-Y. Gautier; *RTD com.* 2011.63, n. F. Kendérian (charge d'une grosse réparation).

■ SOUS-TITRE III ■

DURÉE DU BAIL

La durée est inhérente au contrat de bail, parce que la jouissance suppose l'écoulement du temps : le bail est l'archétype des contrats successifs.

665. Convention d'occupation précaire. Internet. – Le bail se caractérise par le droit de jouissance conféré au preneur, que le bailleur doit respecter. S'il est convenu que ce droit pourra cesser à tout moment, sans préavis et sans indemnité, la jouissance du « preneur » est précaire, et se rapproche de celle d'un emprunteur à usage ; elle n'est pas, pour autant, gratuite. En marge du bail, la convention d'occupation précaire est jugée valable par les tribunaux et par la loi.

Par cette convention¹, le propriétaire n'entend pas s'engager comme un bailleur ; il donne provisoirement la jouissance d'un immeuble à titre onéreux². Les critères de ce contrat sont variables et alternatifs, par exemple : faculté pour le bailleur de reprendre les locaux à tout moment et sans préavis, aléa tenant à un événement extérieur, modicité de la redevance³, intermittence de l'utilisation convenue⁴, relations amicales entre les parties et gratuité de l'occupation⁵, usage du domaine public⁶ ; peu importe que l'occupation, en fait, ait duré longtemps⁷. Le régime spécial des baux est ainsi écarté ; le droit commun du Code civil s'applique à sa formation et son régime.

1. J.-M. PIZZIO, « La convention d'occupation précaire... », *JCP G* 1980.I.2975 ; ROY-LOUSTAUNAU, *RTD com.* 1987.333 et s., *D.* 1988, chron. 216. La location saisonnière est une convention d'occupation précaire : A. BÉNABENT et Cl. LUCAS DE LEYSSAC, « La nature juridique des locations saisonnières », *D.* 1977, chron. 241. Sur l'application du contrat de précaire aux contrats conclus entre les producteurs de cinéma et les chaînes de télévision : P.-Y. GAUTIER, « Du contrat de précaire sur les images de cinéma », *D.* 1989, chron. 113.

2. Par ex. en raison de « circonstances exceptionnelles » : Cass. civ. 3^e, 29 avril 2009, n° 08-13308, *Bull. civ.* III n° 89 ; *Defrénois* 2009. 2414, n. L. Ruet ; *RDC* 2010. 678, obs. C. Grimaldi (occupation provisoire de locaux d'une société soumise à une procédure collective).

3. Ex. : Cass. civ. 3^e, 15 avril 1975, *Bull. civ.* III, n° 118 : étudiant ne versant qu'« une simple redevance mensuelle de 30 F, à tort qualifiée de "loyer", ne représentant qu'une participation aux frais ».

4. Cass. civ. 3^e, 14 novembre 1973, *Bull. civ.* III, n° 578 ; *D.* 1974.139 : « En raison même de l'intermittence de la jouissance des lieux accordée au Crédit du Nord, la cour d'appel n'a pas dénaturé le contrat de 1950 en décidant qu'il s'agissait d'une convention d'occupation précaire qui n'entraînait pas dans le champ d'application du C. com. ».

5. Nîmes, 24 mars 1992, *JCP G* 1992.IV.2085.

6. Cass. civ. 3^e, 5 mars 1997, *Bull. civ.* III, n° 47 ; *D. Aff.* 1997.433 : « le déclassement du domaine public ne pouvait, sans nouvel accord des parties, modifier le caractère précaire de la convention ».

7. Ex. : Cass. civ. 3^e, 20 décembre 1971, *Bull. civ.* III, n° 639 ; *Rev. loyers* 1972.65.

Comme la convention d'occupation précaire n'est pas un bail, la tentation est grande de l'utiliser pour échapper aux statuts impératifs des baux commerciaux. La loi du 18 juin 2014 l'a consacrée dans le Code de commerce (art. L. 145-5-1 C. com. : à la condition de « *circonstances particulières, indépendantes de la seule volonté des parties* »). Pour les baux ruraux, la règle est identique (C. rur. pm., art. L. 411-2)⁸. Déjà, la jurisprudence n'avait admis la qualification de convention d'occupation précaire⁹, échappant au statut des baux commerciaux, que si la précarité avait été justifiée par des éléments particuliers et n'avait pas constitué pas une fraude destinée à échapper au statut impératif¹⁰; par exemple, attente de la liquidation d'une installation définitive¹¹, immeuble destiné à être démolit ou restauré¹², attente du règlement d'une succession ou d'un procès¹³, etc. Il en est de même pour les baux d'habitation¹⁴. Une variété de contrat d'occupation précaire apparaît dans certains contrats sur l'Internet, de nature saisonnière, par lesquels un propriétaire met à disposition son bien à un locataire, le plus souvent étranger, pour la durée de son séjour, contre un prix, comme une chambre d'hôtel (modèle : « Airbnb »).

Le bail doit donner au preneur une jouissance d'une durée suffisante pour répondre aux besoins sociaux (habitation) ou économiques (exploitation, donc investissements) qu'il entend satisfaire. À la détermination initiale de la durée (Section I) s'ajoute la stabilité du droit du preneur (Section II).

SECTION I DÉTERMINATION DE LA DURÉE

La durée du bail est un élément essentiel sur lequel doit s'être fait l'accord des parties ; à défaut, le bail n'est pas formé. L'enjeu est si grave que les législations spéciales, dans une mesure variable, en ont soustrait la détermination à l'autonomie de la volonté. Aux principes généraux du Code civil (§ 1), les statuts spéciaux (§ 2) apportent des bouleversements.

8. Le texte est limitatif ; il énumère trois cas de précaire : 1° mise en valeur des biens compris dans une succession litigieuse dans l'attente d'un partage ; 2° maintien temporaire d'un preneur dont le bail expiré ou résilié n'a pas été renouvelé ; 3° exploitation temporaire d'un bien non agricole ou dont la destination agricole doit être changée.

9. L'occupation précaire ne doit pas être confondue avec le bail de deux ans maximum qui permet d'échapper au droit au renouvellement ; il s'agit d'un véritable bail ; ex. : Cass. civ. 3^e, 8 octobre 1986, *Bull. civ. III*, n° 135 : « *si à l'expiration d'un bail (commercial) d'une durée au plus égale à deux ans, le preneur reste et est laissé en possession, il s'opère un nouveau bail dont l'effet est réglé par les dispositions du décret du 30 septembre 1953* ».

10. Ex. : Cass. civ. 3^e, 9 novembre 2004, *Bull. civ. III*, n° 195 ; *Defrénois* 2005.1157, n. L. Ruet ; en l'espèce le contrat de bail conclu par l'Université de Lille III avait, en cours de bail, comporté un avenant dans lequel elle s'engageait à quitter les lieux loués à une date déterminée, puis elle prétendait que le bail, étant soumis au statut des baux commerciaux, l'avenant était nul et non avenu ; la cour d'appel admit la validité de cette renonciation au statut des baux commerciaux. Cassation : la cour devait « *caractériser l'existence de circonstances particulières constituant un motif de précarité* ». V. aussi *supra*, n° 42.

11. Caen, 27 janvier 1950, *D.* 1950, somm., 43.

12. Ex. : Cass. civ. 3^e, 12 janvier 1977, *Bull. civ. III*, n° 20 ; *D.* 1977, IR, 159. Comme pour le précaire rural, le critère du précaire commercial n'est pas toujours objectif ; en l'espèce, il a dépendu d'éléments intentionnels.

13. TGI, Paris, 16 juin 1972 et Paris, 13 janvier 1972, *JCPG* 1973.II.17361.

14. Paris, 30 mai 1989, *D.* 1990, somm., 313, obs. Ph. Bihl : échappe à la loi du 1^{er} septembre 1948, la convention de jouissance limitée dans sa durée « *dès lors qu'il (le bailleur) a l'intention de vendre les locaux et que la convention précaire lui permet de les libérer lors de la vente effectuée* ».

§ 1. PRINCIPES GÉNÉRAUX

Le Code civil (art. 1736 à 1740) applique aux baux la distinction entre les contrats à durée déterminée et à durée indéterminée. La règle traditionnelle prohibant les baux perpétuels complète cette distinction.

666. 1^o Durée indéterminée et congé. – 1) Le Code civil (art. 1736, 1774) appelle « *bail sans écrit* » le bail dont la durée est **indéterminée**, ce qui est doublement inexact : un bail verbal peut avoir une durée déterminée¹⁵ ; un bail écrit, une durée indéterminée. L'assimilation s'explique parce qu'en général, lorsqu'elles rédigent un écrit, les parties fixent au bail une durée déterminée.

2) Conformément au droit commun, le bail à durée indéterminée cesse à l'initiative du preneur ou du bailleur par un acte unilatéral, **le congé**, « *en observant les délais fixés par l'usage des lieux* » (art. 1736). Le congé est discrétionnaire, met fin aux obligations des parties, notamment de payer des loyers¹⁶ et produit ses effets même en l'absence d'acceptation par le destinataire¹⁷. Il n'est soumis à aucune forme particulière, mais doit être prouvé en cas de contestation¹⁸. L'article 1736 se borne à imposer le respect des délais fixés par l'usage des lieux, c'est-à-dire un préavis dont la durée varie en fonction des régions et de la destination du bien loué (trois mois ou six semaines, en général, pour un bail immobilier) ; la convention des parties peut librement fixer ce délai¹⁹. Dans les baux d'habitation, le délai de préavis du locataire est de trois mois, réductibles dans certains cas à un mois (loi *Duflot* du 24 mars 2014, modifiant l'art. 17, L. 1989)²⁰. S'agissant du bailleur, le délai est de six mois et le congé doit être fondé sur un motif légitime et sérieux, par une décision de vendre ou une reprise pour habiter. Pendant le préavis, le bailleur peut faire visiter les lieux à des tiers (spéc. les jours fériés : L. 1989, art. 4-a), à condition de ne pas gêner le locataire.

Le congé délivré à ou par un colocataire ne produit d'effet qu'à son égard, sauf solidarité. Lorsqu'il est fait de mauvaise foi (« *frauduleusement* »), la loi ALUR du 24 mars 2014 l'érige en infraction pénale (punie par une amende art. 15-VI nouveau, L. 1989). Si le locataire est mort, le congé doit être délivré à chaque héritier, sauf solidarité ou indivisibilité, un seul suffit alors²¹.

15. Mais la jurisprudence exclut la preuve de la durée déterminée qui ne serait pas un écrit, *supra*, n^o 652.

16. Cass. civ. 3^e, 4 février 2009, n^o 07-20980, *Bull. civ.* III, n^o 30 ; *D.* 2009.491, n. Y. Rouquet ; « *Le congé régulièrement délivré est un acte unilatéral qui met fin au bail et à l'obligation de payer le loyer par la seule manifestation de volonté de celui qui l'a délivré* » ; en l'espèce, bien que le locataire eût donné congé, le bailleur avait prétendu que le locataire était tenu de payer les loyers jusqu'à la restitution effective des lieux, matérialisée par la remise des clefs au bailleur.

17. Cass. com., 28 décembre 1949, *D.* 1950.158 ; *Gaz. Pal.* 1950.I.191 : « *Vu l'article 1736 ; le congé n'est soumis en principe à aucune formalité et il suffit qu'il exprime la volonté de la part de celui qui le donne de mettre fin au bail, lorsque ce dernier est fait sans détermination de durée* ».

18. Les règles de preuve sont en principe celles d'un acte juridique (art. 1359, ancien art. 1341) ; mais la jurisprudence a parfois appliqué l'article 1715 de manière erronée : A. TUNC, in PLANIOL et RIPERT, t. X, n^o 632. La lettre recommandée avec accusé de réception est le moyen le plus souvent utilisé et s'y ajoute maintenant le courrier électronique certifié par la Poste ; pour les baux commerciaux, il faut un acte d'huissier (C. com., art. L. 145-9).

19. Ex. : Cass. civ. 3^e, 6 novembre 1975, *Bull. civ.* III, n^o 320 ; *D.* 1976, IR, 39 ; en l'espèce, « *Le bail [...] disposait que les parties pouvaient y mettre fin moyennant un préavis de 3 mois* » ; la cour d'appel déclara « *suffisant un préavis d'un mois* », car les locataires avaient changé d'emploi et de localité et avaient présenté un successeur au bailleur. Cassation.

20. Cass. civ. 3^e, 30 septembre 1998, *D.* 1999, somm. 137 ; n.p.B. : interprétation stricte, exigence de bonne foi de la part du locataire ; 4 avril 2001, *Bull. civ.* III, n^o 42 : le délai raccourci ne bénéficie pas au locataire chômeur.

21. S. GAUDEMET, *RDC* 2014. 709.

L'occupation par le preneur après la date fixée pour la résiliation du bail devient une occupation sans droit ni titre²² ; le bailleur peut la faire cesser en recourant à l'expulsion, ordonnée en référé ; son exécution effective dépend du recours à la force publique, donc de l'autorité administrative : bien des décisions d'expulsion restent lettre morte. Une enquête sociale précède l'expulsion ; dans certains cas, l'expulsé doit être relogé ; la procédure doit être notifiée au préfet, dans des délais fixés par la loi (CCH, art. L. 613-1 et s., ainsi que C. proc. civ. exéc., art. L. 412-5). L'expulsion peut être retardée pendant plusieurs mois si le locataire est en situation d'exclusion. La loi ALUR du 24 mars 2014 augmente les difficultés de l'expulsion pour le propriétaire.

En outre, pendant la période d'hiver (1^{er} novembre-31 mars *ib.*, art. L. 412-6, la loi ALUR prévoit qu'elle peut remonter jusqu'au 15 octobre) est interdite toute expulsion. Si l'expulsion n'a pas lieu, le bailleur peut exiger une indemnité d'occupation, qui a une double nature : contrepartie de la jouissance, comme le loyer, et réparation du préjudice subi²³ ; elle peut être supérieure au loyer²⁴ ; elle n'est due que par celui des copreneurs qui, effectivement, occupe le local, en raison de son fondement quasi délictuel²⁵. Si l'initiative du congé provient de celui qui a quitté les lieux loués et que l'autre partie soit restée locataire en titre, la solidarité est maintenue²⁶. Mais pour un an seulement.

667. 2^o Durée déterminée, renouvellement et tacite reconduction. – Dans le bail à durée déterminée, que le Code civil assimile au bail par écrit (art. 1737)²⁷, un terme certain (telle date, telle durée)²⁸ ou incertain (tel événement, dont la date de survenance est incertaine)²⁹ est fixé par les parties. Le bail cesse lorsque survient le terme, « *sans qu'il soit nécessaire de donner congé* ». Le preneur doit donc restituer la chose louée, et le bailleur peut l'y contraindre. Le départ du locataire se manifeste par la remise des clés³⁰, maintenant réglée par la loi (art. 22, L. 1989, L. 2014).

22. À moins que le bailleur n'ait renoncé aux effets du congé, ce qui relève de l'interprétation de volonté : Versailles, 3 juillet 1978, *Gaz. Pal.* 1979.I, somm., 256. Il n'y a pas alors tacite reconduction (art. 1739), mais poursuite du même bail. Le preneur ne peut rétracter le congé qu'il a donné, sans le consentement du bailleur : Cass. civ. 3^e, 27 juin 1984, *Bull. civ.* III, n^o 125.

23. Cass. civ. 3^e, 18 janvier 1989, *Bull. civ.* III, n^o 15 : si l'indemnité prévue en cas de maintien dans les lieux après expiration de la location a été prévue par le bail et est supérieure au loyer convenu (en l'espèce, elle était « draconienne »), elle est une pénalité excessive que le juge peut modérer (art. 1231-5, al. 2, ancien art. 1152, al. 2) ; pour sa qualification de *sui generis* dans les baux commerciaux : Cass. civ. 3^e, 11 juin 1997, *Bull. civ.* III, n^o 132 : « *L'indemnité d'occupation doit être déterminée (en fonction de la valeur locative) compte tenu de tous éléments d'appréciation* ».

24. Cass. civ. 3^e, 26 novembre 1997, *Bull. civ.* III, n^o 210 ; *D.* 1999, somm. 146.

25. Cass. civ. 3^e, 16 mai 1984, *Bull. civ.* III, n^o 99 ; en l'espèce, à la suite d'un divorce, le logement donné à bail avait été attribué au mari, et la femme l'avait quitté ; le mari ne paya pas les loyers ; le bailleur obtint la résiliation du bail ; la cour d'appel condamna les deux époux à payer l'indemnité de résiliation ; cassation : « *aucune faute ne pouvait être reprochée à M^{me} Leroy* ». *Contra* Paris, 28 mai 2002, *D.* 2003, somm. 732, obs. S. Pierre-Maurice ; v. aussi *supra*, n^o 651.

26. Cass. civ. 3^e, 8 novembre 1995, *Bull. civ.* III, n^o 220. « *M. Radilla qui s'était obligé solidairement avec M^{me} Muldermans, demeurée locataire, reste tenu, de ce chef, au paiement des loyers et des charges* ».

27. *Supra*, n^o 652. La tacite reconduction suppose l'expiration au terme convenu, non la résiliation anticipée du bail : Cass. civ. 3^e, 14 juin 1984, *Bull. civ.* III, n^o 118.

28. Le bail à périodes (le contrat précise la durée pour laquelle le renouvellement du bail peut être proposé (ex. : un an), sans limiter le nombre de reconduction) est un bail à durée déterminée : Cass. civ. 3^e, 22 mars 1977, *Bull. civ.* III, n^o 137. « *Le bail dont le renouvellement est prévu d'année en année est un bail à périodes et non un bail à durée indéterminée* » ; V. GERNEL-RYSSEN : « Les baux renouvelables par périodes... », *JCP N* 1990.I.393. Sur le congé : TGI, Créteil, 26 avril 1994, *JCP G* 1995.II.22832.

29. Ex. : Cass. civ. 3^e, 18 janvier 1995, *Bull. civ.* III, n^o 16 : « *Le bail dont le terme est fixé par un événement certain, même si la date de sa réalisation est inconnue, est conclu pour une durée déterminée* ». En l'espèce, le terme était « *le décès des preneurs* » ; la cour d'appel avait jugé que le bail était d'une durée indéterminée et le congé valable. Cassation.

30. S'il quitte les lieux, sans rendre les clés ou que le bailleur ait refusé de les recevoir, il devra une indemnité, puisqu'il est censé continuer à les occuper ; à lui de prouver qu'il les a rendues : Cass. civ. 3^e, 13 octobre 1999, *Bull. civ.* III, n^o 202 ; *D.* 1999, AJ, p. 87. En cas de colocation, si l'un des copreneurs

Lorsque le locataire met prématurément fin au bail, il doit au bailleur les loyers restant à courir³¹. Lorsque le non-renouvellement est illégal, le locataire peut prétendre se maintenir dans les lieux et obtenir un nouveau contrat, si le juge a le pouvoir d'imposer un contrat forcé³².

Il se peut, cependant, qu'en fait la jouissance se poursuive au-delà du terme. Ou bien, le bailleur et le locataire ont donné leur accord exprès : il y a ce que l'on appelle d'une expression un peu équivoque un renouvellement³³. Ou bien, l'accord est tacite : « *le preneur reste et est laissé en possession* » ; d'après l'article 1738, s'opère une tacite reconduction du bail expiré, qui n'est pas une prorogation, mais un renouvellement aux effets pratiquement identiques³⁴. Ce que prévoient également les nouveaux articles 1214 et 1215, qui érigent ces règles en droit commun des obligations contractuelles.

Ce n'est pas une prorogation, car le bail expiré est éteint ; un nouveau contrat s'est formé, distinct du précédent, avec sa date³⁵ et sa durée propres : il est un bail à durée indéterminée qui ne prendra fin que par l'effet d'un congé (art. 1738 et nouvel art. 1214 préc.).

Les sûretés qui garantissaient le bail expiré sont éteintes et, sauf convention contraire, ne s'attachent pas au bail tacitement reconduit (art. 1740, pour le cautionnement)³⁶. Il en est de même d'un pacte de préférence³⁷. C'est un renouvellement partiel, car si le bail tacitement reconduit a une durée indéterminée³⁸, il est, conclu aux mêmes conditions (prix, destination, solidarité entre copreneurs, possibilité de céder ou sous-louer...) que le bail expiré (art. 1759, pour les baux à loyer). Si le preneur a cédé son bail, il reste garant du cessionnaire jusqu'à la date d'expiration du bail reconduit³⁹.

rend les clés au bailleur, les autres restent engagés : Cass. civ. 3^e, 18 février 2015, n° 14-10510, *Bull. civ.* III n° 19 ; *RDC* 2015.511, obs. J.-B. Seube.

31. Cass. civ. 3^e, 10 janvier 1990, *Bull. civ.* III, n° 7.

32. Cass. com., 24 octobre 2000, *Bull. civ.* IV, n° 163 ; *Contrats, conc. consom.* 2001, comm. n° 7, n. M. Malaurie-Vignal ; *RTD civ.* 2001.163, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD com.* 2001.427, obs. E. Claudel ; en l'espèce, un bailleur (il s'agissait d'un « louage » de carrières) avait, en donnant congé, refusé le renouvellement de son bail à un entrepreneur et loué la carrière litigieuse à un concurrent qui était en « situation de monopole ». Jugé que ce second bail était nul, non le congé donné à l'entrepreneur évincé (donc condamné à être expulsé) : « *selon l'art. 9 de l'ordonnance (du 1^{er} décembre 1986 sur la liberté de la concurrence, auj. C. com., art. L. 420-3) est nul "tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique" anti-concurrentielle prohibée ; ce texte ne prévoit pas la possibilité pour le juge d'ordonner la conclusion d'un contrat ou son renouvellement* ».

33. 1^o Le contrat est nouveau, ce qui a une incidence sur le cautionnement. Ex. : Cass. civ. 3^e, 4 novembre 1980, *Bull. civ.* III, n° 167 ; *Defrénois* 1981, art. 32797, n° 125, p. 1646 : « *L'arrêt énonce exactement que l'avenant du 8 mars 1972 est un nouveau bail même s'il reprend les stipulations de celui du 1^{er} avril 1959 [...]* ; (il) en a justement déduit que l'obligation de la caution avait cessé à l'expiration de la durée contractuelle de ce bail ». Cf. aussi l'art. 1740. 2^o Le contrat nouveau ne constitue pas une rupture avec le contrat ancien. Ex. : Cass. civ. 3^e, 8 décembre 1999, *Bull. civ.* III, n° 235 : le fait que le contrat ait été tacitement reconduit « *n'interdisait pas au bailleur de réclamer à la locataire [...] la réparation des dégradations résultant de l'usage de la chose pendant toute la durée de la location* ». 3^o Le contrat nouveau ne doit pas comporter de nouvelles clauses, sauf si les deux parties les ont acceptées : Cass. civ. 3^e, 6 mars 1991, *Bull. civ.* III, n° 77 ; *RTD civ.* 1992.137, obs. crit. P.-Y. Gautier.

34. O. PENIN, *RTD civ.* 2015.45.

35. Ex. : Cass. civ. 3^e, 10 juin 1998, *Bull. civ.* III, n° 119 ; *D. Aff.* 1998.1208 ; *RTD civ.* 1999.93, obs. J. Mestre : « *Le bail tacitement reconduit constituant un nouveau contrat...* » (donc une loi nouvelle lui est applicable).

36. Ex. : Cass. civ. 3^e, 5 novembre 2009, n° 08-15433, *RDC* 2010.1325, n. C. Grimaldi. En revanche, la caution reste tenue si le renouvellement était prévu dans le bail : Versailles, 5 décembre 1997, *D. Aff.* 1998.233.

37. Cass. civ. 3^e, 21 décembre 1988, *supra*, n° 143.

38. Ex. : Cass. civ. 3^e, 12 février 1985, *Bull. civ.* III, n° 26 : « *Les stipulations du bail expiré ne peuvent influencer sur la durée du bail renouvelé par tacite reconduction qui prend fin au terme fixé par l'usage des lieux* ».

39. Cass. civ. 3^e, 7 février 2007, *D.* 2007.664 ; *RDC* 2007.812, obs. J.-B. Seube ; n.p.B. (bail commercial). Rapp. *infra*, n° 695.

Donnant naissance à un nouveau bail, la tacite reconduction résulte de la volonté du bailleur et du locataire. Il ne suffit pas que celui-ci continue sa jouissance après le terme extinctif ; il faut qu'il soit « laissé » en possession, avec l'accord du bailleur.

Le bailleur peut s'opposer à la tacite reconduction, mais il doit manifester son opposition de manière positive. Bien qu'aucune forme ne soit imposée⁴⁰, le bailleur, en général, délivre un « congé », auquel l'article 1739 fait allusion, qui n'a pas la même nature que le congé destiné à faire cesser un bail à durée indéterminée : il ne s'agit pas de mettre fin à un contrat, qui s'éteint de lui-même, mais d'empêcher sa reconduction ; les conditions de l'article 1736, notamment le respect du délai suivant l'usage des lieux, ne s'imposent donc pas ; dans les baux commerciaux, la règle est différente : la tacite prolongation (loi 22 mars 2012) n'est écartée que par un congé donné au moins six mois à l'avance (C. com., art. L. 145-9)⁴¹. La tacite reconduction, ensuite, suppose en la personne des bailleurs, capacité et pouvoir de donner à bail : lorsque le bail est consenti par des indivisaires, l'opposition d'un seul suffit à l'empêcher, au cas où l'unanimité est requise. La reconduction ne purge pas les vices du bail initial⁴². La loi du 28 janvier 2005 a modifié les règles sur le rejet de la tacite reconduction dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, en imposant au professionnel un formalisme informatif (C. consom., art. L. 215-1)⁴³.

À l'inverse, il se peut que le locataire veuille quitter les lieux, pour des raisons objectives, avant l'arrivée du terme ; en droit commun, il ne le peut pas, sauf si le bailleur s'opposait à son départ sans motif légitime, commettant de ce fait un abus de droit⁴⁴.

668. 3^o Baux perpétuels. – Une règle traditionnelle, qu'aucun texte n'exprimait, interdit de convenir que le preneur aura un droit de jouissance pour une durée supérieure à 99 ans. Elle est désormais inscrite à l'article 1210 : « *les engagements perpétuels sont prohibés* », de sorte que le contrat est qualifié d'office de durée indéterminée.

Il se peut qu'en fait, notamment par l'application des statuts spéciaux, la jouissance du preneur dure plus longtemps que 99 ans ; il est interdit d'en convenir. La règle s'explique par des raisons historiques – réaction contre l'Ancien droit qui connaissait les baux perpétuels, et surtout contre la féodalité et sa distinction entre le domaine utile et le domaine éminent –, et économiques : le bail perpétuel rend impossible l'accès de preneurs nouveaux à l'exploitation ; mais les statuts spéciaux peuvent avoir presque le même effet. La règle est d'ordre public⁴⁵ ; elle

40. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 20 février 1996, *Bull. civ. I*, n^o 87 : « La tacite reconduction reposant sur une présomption de volonté des deux parties est exclue dans le cas où le maintien en possession du preneur est contredit par la volonté du bailleur d'obtenir la restitution du bien loué ».

41. Ex. : Cass. civ. 3^e, 24 novembre 1999, *Bull. civ. III*, n^o 221.

42. Cass. civ. 3^e, 11 juin 1986, *Bull. civ. III*, n^o 91 : « La tacite reconduction ne pouvant à elle seule caractériser une manifestation non équivoque de la volonté des parties de renoncer à contester la régularité du bail ».

43. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

44. Cass. civ. 3^e, 22 février 1968, *Bull. civ. III*, n^o 71 ; *D.* 1968.607, note Ph. M. ; *JCP G* 1968.II.15735, note R. D. ; *RTD civ.* 1968.735, obs. G. Cornu ; Ph. SIMLER, obs., *JCP G* 1971.I.2413, n^{os} 15 et s. : en l'espèce, le bailleur (Ménard) s'était opposé à la résiliation de son bail demandée par le locataire « muté par son employeur » ; la cour d'appel lui donna raison « le strict respect de la convention claire et précise ». Cassation : « sans rechercher si l'exercice de son droit par Ménard reposait sur des motifs légitimes ou si son refus de mettre fin au bail lui avait été, au contraire, dicté par le désir de nuire à son contractant, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

45. Cass. civ., 20 mars 1929, *DP* 1930.I.13, n. P. Voirin : elle est « fondée sur des raisons qui tiennent tant à l'organisation de la propriété qu'à des intérêts d'économie générale ».

est sanctionnée par la nullité du bail et non sa réduction⁴⁶ ; l'action en nullité est éteinte par la prescription quinquennale⁴⁷.

Il est rare, en pratique, qu'un bail soit ouvertement perpétuel. Le plus souvent, il est à durée indéterminée que seule l'une des parties peut rompre ; ou surtout, un bail à durée déterminée, donnant à une seule des parties le droit d'exiger son renouvellement⁴⁸ ou bien, le bail à vie⁴⁹. Si le droit de résiliation est bilatéral et non à la discrétion d'un seul, la perpétuité est écartée⁵⁰. Lorsque la loi favorise la prolongation indéterminée du bail sans réajustement de loyer, le droit fondamental de propriété du bailleur peut être atteint⁵¹.

§ 2. BAUX SPÉCIAUX

Les statuts spéciaux protecteurs du preneur se méfient de la convention des parties ; n'attachant qu'une importance secondaire à la détermination ou à l'indétermination de la durée, ils fixent généralement une durée minimum impérative que la convention peut seulement allonger, à l'issue de laquelle le preneur est maintenu en jouissance. Les règles du Code civil s'en trouvent bouleversées, par des procédés différents d'un statut à l'autre.

669. 1° Baux ruraux et commerciaux. – Le statut du fermage (C. rur. pm., art. L. 411-5) comme celui des baux commerciaux (C. com., art. L. 145-4) imposent, sauf exceptions⁵², une durée minimum de jouissance de neuf ans, que le bail soit ou non à durée déterminée. Pendant cette période, seul le preneur (bail commercial : résiliation triennale) ou exceptionnellement le bailleur peut mettre fin au bail. Les parties peuvent seulement allonger la durée déterminée du bail.

Sur le rôle du congé et de l'échéance du terme, les deux statuts divergent profondément.

1) À l'échéance du terme, le bail rural se renouvelle pour neuf ans (et non pour une durée indéterminée : comp. art. 1775), par le seul effet de la loi et non par tacite reconduction, sauf si l'une des parties a donné congé avant le terme, et pour l'un des motifs énoncés par la loi (C. rur. pm., art. L. 411-46 à L. 411-50). Le congé a donc pour objet exclusif de faire échec au renouvellement.

2) Dans le statut des baux commerciaux, le rôle du congé est différent : il est destiné à mettre fin à un bail, qui, même à durée déterminée, a pourtant vocation à se poursuivre pour une durée

46. Ex. : Paris, 23 février 1987, *D.* 1987, IR, 58.

47. Cass. civ. 3^e, 15 décembre 1999, *Bull. civ.* III, n° 242 ; *JCPG* 2000.II10236, concl. Weber ; *Contrats, conc. consom.* 2000, comm. n° 77, n. crit. L. Leveneur ; *D.* 2001, somm. 167, repousse la théorie de l'inexistence.

48. Ex. : Cass. civ. 3^e, 19 février 1992, *Bull. civ.* III, n° 416 ; *D.* 1993, somm., 52, obs. L. Rozès : la location a un caractère perpétuel en violation de l'article 1709, en raison de la clause d'un bail commercial stipulant que le contrat sera renouvelé dans tous ses effets à son expiration sur simple demande du preneur

49. Ex. : Cass. civ. 3^e, 10 mars 2010, n° 09-12135, *Bull. civ.* III, n° 56 ; *D.* 2010.1846, n. C. Juillet ; *RDC* 2010.916, obs. J.-B. Seube ; *JCPG* 2010.412 « un bail d'habitation stipulant que le preneur sera maintenu dans les lieux sa vie durant, dont le terme est fixé par un événement certain, les bailleurs ne peuvent délivrer congé avant ce terme ». M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le décès du contractant*, th. Paris II, Economica, 1988, n°s 23 et s.

50. Cass. com., 3 avril 2002, *Contrats, conc. consom.* 2002, comm. n° 119, n. L. Leveneur ; n.p.B. : « Il n'y a pas d'engagement perpétuel dès lors qu'il y a faculté de résiliation ou refus de faire courir une nouvelle période contractuelle » (tacite reconduction).

51. CEDH, 12 juin 2012, *D.* 2012.2007, n. F. Marchadier ; *RDC* 2013. 31, obs. J. Rochfeld (les restrictions à l'exercice du droit de propriété et à la liberté contractuelle du bailleur sont de nature à porter atteinte au respect de ses biens : en l'espèce, avait été convenu un droit au renouvellement pour une très longue durée et aux mêmes conditions financières).

52. Pour les baux commerciaux dérogoratoires de courte durée, art. L. 145-4, al. 3, C. com. ; pour les baux ruraux échappant au statut, C. civ., art. 1774-1775 ; C. rur. pm., art. L. 411-2.

indéterminée⁵³. La fixation initiale de la durée interdit seulement de donner congé pendant la période convenue. Le congé exerce donc deux fonctions contraires : il met fin au bail et en empêche le renouvellement (congé sans offre de renouvellement, avec ou sans offre d'indemnité d'éviction), ou au contraire, le permet (congé avec offre ou demande de renouvellement).

670. Lois de 1948, 1989 et 2014. – La loi du 1^{er} septembre 1948 n'a pas réglementé la durée du bail d'habitation ou professionnel. Celle-ci est donc, à première vue, soumise aux règles du Code civil : le bail à durée déterminée cesse à son terme ; le bail à durée indéterminée s'achève par l'effet d'un congé. En réalité, instituant un droit au maintien dans les lieux à l'expiration du bail initial (L. 1^{er} septembre 1948, art. 4), il accuse l'intérêt de la distinction : en l'absence de congé, le bail à durée indéterminée se poursuit ; alors que la tacite reconduction des baux à durée déterminée est écartée au bénéfice du droit légal au maintien dans les lieux, qui présente des caractères originaux⁵⁴.

Plus ambitieuse, la loi du 6 juillet 1989, modifiée par la loi *Duflot* du 24 mars 2014, réglemente la durée du contrat de location. Le contrat est conclu pour une durée minimum de trois ans (sauf une durée plus courte dans quelques cas et plus longue, six ans, lorsque le bailleur est une personne morale) ; à l'échéance du terme, le contrat prend fin, si l'une des parties a donné un congé motivé (art. 15, qui énonce limitativement les motifs du bailleur, pratiquement obligé de reconduire), en respectant le préavis légal « *de trois mois, lorsqu'il émane du locataire et de six mois lorsqu'il émane du bailleur* » ; le délai de trois mois peut être réduit⁵⁵ ; à défaut, le contrat est tacitement reconduit ou renouvelé pour une durée au moins égale à trois ou six ans (art. 10). Le locataire a cependant la faculté de quitter les lieux à tout moment, sous réserve d'un préavis de trois mois, sauf circonstances exceptionnelles (art. 12) ; s'il ne le respecte pas, il devra les loyers de cette période. Le locataire peut s'en aller et rendre les clés à l'intérieur du délai de préavis, à condition que le bailleur n'en subisse aucun dommage⁵⁶.

Les principes généraux sont devenus d'application exceptionnelle : désormais, le Code civil s'applique surtout aux baux mobiliers et aux baux immobiliers non soumis aux lois de 1948 et de 1989 modifiées, c'est-à-dire les moins nombreux. Le droit spécial est pratiquement devenu le droit commun.

SECTION II STABILITÉ DE LA JOUISSANCE

Réglementer la durée du bail n'est rien si le droit de jouissance du preneur se trouve à la merci d'événements inévitables, permettant d'y mettre fin. Renforcé par les statuts spéciaux (§ 2), le droit commun (§ 1) assure au preneur une stabilité plus grande que celle des autres contrats.

53. Cass. civ. 3^e, 19 février 1975, *Bull. civ. III*, n° 70 ; *JCP G* 1975.IV.117 ; *Rev. loyers* 1975.248 : « *Faute de congé valable, un bail soumis au (C. com.) se poursuit purement et simplement au-delà de la date contractuellement fixée pour son expiration et il n'y a pas formation d'un nouveau contrat* ».

54. TUNC, *in* PLANIOL et RIPERT, t. X, n° 627 bis.

55. Cass. civ. 3^e, 20 janvier 2010, n° 09-10287, *Bull. civ. III*, n° 16 ; D. 2010.326, n. Y. Rouquet ; *RDC* 2010.900, obs. Gw. Lardeux ; *JCP G* 2010.179 : même si la « mutation » a été demandée par le locataire.

56. Cass. civ. 3^e, 9 janvier 2008, *Bull. civ. III*, n° 3 ; D. 2008.295, n. G. Forest ; *RTD civ.* 2008.319, obs. P.-Y. Gautier : « *la libération des lieux loués au cours du délai de préavis n'est pas en soi constitutive d'un manquement à l'obligation de jouissance paisible* » : en l'espèce, le locataire était parti un mois et demi avant l'expiration du préavis ; des squatters en avaient profité pour s'installer ; la Cour de cassation reproche aux juges du fond de n'avoir pas recherché s'il n'y avait pas eu force majeure.

§ 1. DROIT COMMUN

Le bail survit souvent à l'aliénation de la chose louée et au décès de l'une des parties ; seule la résolution pour inexécution ou la disparition de la chose louée l'éteint.

671. 1^o Aliénation de la chose louée. – Invoqué par les tenants du droit réel comme le signe de l'opposabilité du droit du preneur, l'article 1743, al. 1 se borne, en fait, à rendre obligatoire ce qui, dans l'Ancien droit, résultait d'une clause courante dans les ventes d'immeubles : l'acquéreur de la chose louée doit continuer le bail, il devient à son tour bailleur. Loin d'instituer seulement une opposabilité du droit du preneur à l'acquéreur, le texte impose une cession du contrat de bail, légale et obligatoire et déroge au principe de la liberté contractuelle⁵⁷.

Texte exceptionnel, cette opposabilité du bail à l'acquéreur d'un lieu loué paraît conférer une sorte de droit de suite au locataire ; il est écarté pour cette raison en cas de louage de meubles. Il suppose la réunion de deux conditions : l'une, positive, est qu'il s'agisse d'un véritable bail (et non d'une convention d'occupation précaire, ou d'une convention attribuant un logement de fonctions au salarié⁵⁸), en cours au moment de l'aliénation, ayant date certaine, c'est-à-dire authentique ou répondant aux conditions de l'article 1377 (ancien art. 1328)⁵⁹. La règle s'explique par le souci d'éviter une fraude facile par l'antidate⁶⁰ ; elle s'applique aux baux immobiliers soumis à un statut spécial, sauf lorsque le preneur peut invoquer un droit légal au maintien dans les lieux⁶¹. Et vaut tant pour la conclusion du bail que pour ses avenants (par ex. extension de la destination, autorisation de sous-louer, etc.). L'autre condition est négative : l'absence d'une clause dans le bail par laquelle le bailleur se serait réservé le droit d'expulser le preneur en cas de vente, clause inefficace dans un bail rural (art. 1743, al. 2).

La loi du 6 juillet 1989 (bail d'habitation) a introduit une exception limitée : le bailleur peut donner congé pour vendre à l'expiration du bail initial ou renouvelé, ou tous les trois ans (art. 10)⁶². Le preneur bénéficie alors d'un droit de préemption (art. 15, II). Si l'aliénation intervient en cours de bail, les dispositions de l'article 1743 s'appliquent. L'art. 15 modifié par la loi du 24 mars 2014 n'autorise le nouveau propriétaire à donner congé qu'au terme du bail en cours s'il exerce un droit de reprise et seulement à l'issue du premier renouvellement, s'il veut vendre. Lorsque le congé pour vendre s'exerce dans un ensemble immobilier, son régime (notamment l'information) a fait l'objet d'un accord collectif entre plusieurs représentants de bailleurs et d'associations de locataires, consacré par la loi *SRU* du 13 décembre 2000.

57. L. AYNÈS, *La cession de contrat*, th. Paris II, Economica, 1983, préf. Ph. Malaurie, n^{os} 100, 188-197. La cession de contrat n'est normalement pas automatique et nécessite un nouvel accord de volonté : nouvel art. 1216.

58. J. VIATTE, « Opposabilité à l'acquéreur de la location consentie comme accessoire à un contrat de travail », *AJPI* 1970.531.

59. Les juges ont une conception large de l'acte authentique : il suffit que l'existence du bail y soit relatée, alors même qu'il ne constitue pas son objet principal (Cass. civ. 3^e, 15 mars 2000, *Bull. civ.* III, n^o 55 ; *D.* 2000.285, vente de fonds de commerce). Les baux de plus de 12 ans doivent en outre être publiés au service de la publicité foncière pour que le droit de jouissance excédant cette durée soit opposable à l'acquéreur (*D.* 4 janvier 1955, art. 28, 1^o b).

60. Un bail enregistré peut être frauduleux, ce que l'acquéreur peut démontrer : Cass. civ. 3^e, 10 octobre 1979, *D.* 1980, IR, 40 ; n.p.B.

61. L'article 1743, al. 1, est alors étranger à la matière : Cass. soc., 11 juin 1949, *JCP G* 1949.II.5099 ; 18 juillet 1952, *D.* 1952.726 (bail soumis à la loi du 1^{er} septembre 1948).

62. J.-L. PUYGAUTHIER, « Le congé pour vendre », *Defrénois* 2002, p. 653 et s., 727 et s.

L'article 1743, alinéa 1 intéresse toute espèce d'aliénation : vente volontaire ou forcée⁶³, donation, apport en société ou échange.

Lorsque les conditions de l'article 1743, alinéa 1 ne sont pas réunies, notamment lorsque le bail n'a pas date certaine, la cession du contrat ne s'impose pas : l'acquéreur n'a pas, légalement, la qualité de bailleur. Cependant, sa connaissance de l'existence du bail et l'acquisition du bien, dans ces conditions, font présumer son accord et le lui rendent opposable⁶⁴.

Les effets de la transmission du bail sont ceux de toute cession de contrat successif : l'acquéreur ne devient créancier des loyers que pour l'avenir, il ne peut invoquer les manquements du preneur antérieurs à l'aliénation, sauf si le vendeur lui a spécialement transmis sa créance contre le preneur, ou s'il en souffre un dommage actuel, ou si les manquements se sont renouvelés⁶⁵. Lui seul peut désormais délivrer congé, s'opposer à la reconduction ou au renouvellement ; lui seul devient, à compter de l'aliénation, débiteur envers le preneur. Il ne prend en charge les obligations de l'aliénateur que pour l'avenir⁶⁶. Les sûretés, notamment le cautionnement, bénéficient à l'acquéreur de plein droit, sauf stipulation contraire dans l'acte constitutif de la sûreté⁶⁷. Il en est de même de la fusion-absorption de la société propriétaire⁶⁸.

672. 2° Décès de l'une des parties ; abandon du logement. – Aux termes de l'article 1742 : « *le contrat de louage n'est point résolu par la mort du bailleur ni*

63. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 1991, *Bull. civ. I*, n° 90 : « *Le bail est opposable à l'acquéreur d'une chose louée ; cette règle, de portée générale, s'applique en cas de licitation d'un bien indivis même si le bail a été consenti à l'un des indivisaires* ». Le bail consenti avant le commandement à fins de saisie de l'immeuble loué peut être annulé, s'il n'a pas acquis date certaine ; ex. : Cass. civ. 3^e, 16 mai 1984, *Bull. civ. III*, n° 101. S'il est consenti après le commandement, il doit l'être, à la demande des créanciers ou de l'adjudicataire.

64. Jurisprudence constante depuis 1976 ; ex. : Cass. civ. 3^e, 11 février 2004, *Bull. civ. III*, n° 24 ; *D.* 2005.749, obs. N. Damas ; *JCP G* 2004.II.10009, n. A. Djigo : en l'espèce, la cour d'appel avait refusé de déclarer opposable à l'acquéreur (un adjudicataire) un bail sous signature privée, dépourvu de date certaine mais dont l'acquéreur avait eu connaissance. Cassation : « *Vu les articles 1743 C. civ. et 684 C. pr. civ. [...] ; en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que la sté Scalbert investissement avait eu connaissance du bail avant l'adjudication, la cour d'appel [...] a violé les textes susvisés* ».

65. Cass. civ. 3^e, 2 octobre 2002, *Bull. civ. III*, n° 189 ; *D.* 2003, somm. 731, obs. N. Damas ; L. AYNÈS, *op. cit.*, n° 193. *Comp. supra*, n° 308.

66. Pour la restitution du dépôt de garantie versé lors de l'entrée dans les lieux : Cass. civ. 3^e, 18 janvier 1983, *Bull. civ. III*, n° 14 ; *Administrer* juillet 1983.24, n. Frank ; *Defrénois* 1983, art. 33133, n° 84, p. 1167, obs. J.-L. Aubert : « *La sté Sonimo (le locataire) n'ayant pas été partie à l'acte de vente, la clause relative à la transmission du dépôt de garantie au nouveau locataire ne lui était pas opposable* » ; en l'espèce, l'acte de vente prévoyait que l'acquéreur devait restituer le dépôt de garantie ; jugé que, néanmoins, le locataire pouvait en demander la restitution au vendeur, qui était son bailleur initial.

67. Cass. Ass. plén., 6 décembre 2004, *Bull. civ. Ass. plén.*, n° 14 ; *D.* 2005.750, obs. N. Damas ; 227, n. L. Aynès ; *Dr. et patr.* avril 2005, p. 26 s., n. L. Aynès ; *Defrénois* 2005, 316, même note et 634, obs. E. Savaux ; *JCP G* 2005.II.10010, n. St. Piedelièvre ; *RDC* 2005.25, obs. D. Houtcief : « *en cas de vente de l'immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit au nouveau propriétaire en tant qu'accessoire de la créance de loyers cédée à l'acquéreur par l'effet combiné de l'article 1743 et des articles 1692, 2013 et 2015 du Code civil* ».

68. Cass. com., 8 novembre 2005, *Bull. civ. IV*, n° 218 ; *JCP G* 2005.II.10170, 2^e esp., n. D. Houtcief : « *en cas de fusion absorption d'une société propriétaire d'un immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit à la société absorbante* ». Mêmes motifs que pour la cession de contrat. En revanche, si c'est le locataire qui fait l'objet d'une fusion, la transmission automatique n'a pas lieu, car la caution s'est engagée pour lui, non pour un autre. Elle restera tenue, mais seulement pour les dettes de loyer nées avant la dissolution : Cass. com., 8 novembre 2005, *Bull. civ. IV*, n° 219 ; *JCP G* 2005.II.10170, 1^{re} esp., n. D. Houtcief.

par celle du preneur ». À l'égard du bailleur, le principe ne soulève guère de difficultés : le contrat de bail, comme la plupart des contrats en cours lorsqu'ils ne comportent aucun *intuitus personae* en la personne du défunt, s'impose à ses continuaturs universels et au légataire à titre particulier de la chose louée⁶⁹.

À l'égard du preneur, ce principe, sauf s'il a été écarté par une clause du bail, fait entrer le bail dans l'indivision successorale, le droit de jouissance pouvant faire l'objet d'un partage⁷⁰. Plusieurs statuts spéciaux perturbent la règle, en organisant une dévolution successorale spéciale, à laquelle ne sont appelés que certains héritiers.

Ainsi en est-il du bail rural, qui ne suit pas le sort des autres biens de la succession du preneur, mais n'est continué que par les proches du défunt désignés par l'article L. 411-34, du Code rural ; s'il n'en existe pas, le bailleur peut obtenir la résiliation du contrat. De même, la loi du 6 juillet 1989 relative au bail d'habitation instituée, en cas de décès du locataire ou de son abandon de domicile⁷¹, une transmission au conjoint successible non cotitulaire du bail, aux ascendants, descendants, concubino notoire, partenaire pacsé ; ou personnes à charge « *qui vivaient avec [le locataire] depuis au moins un an à la date du décès* »⁷² (art. 14). S'il n'en existe pas, le bail est résolu de plein droit.

La dissolution d'une personne morale équivaut au décès d'une personne physique⁷³.

673. 3^o Résolution pour inexécution et perte de la chose louée. – Seules, les causes que vise l'article 1741 rendent la rupture inéluctable, relevant l'une et l'autre de la théorie générale des obligations : résiliation sans rétroactivité pour inexécution par le bailleur ou le preneur⁷⁴, à partir du moment où le contrat n'est plus exécuté, résolution rétroactive (résolution judiciaire ou clause résolutoire) pour inexécution dès l'origine des obligations promises⁷⁵ ou pour perte de la chose

69. *Les successions*, coll. Droit civil. Le bail s'éteint par confusion lorsque le preneur est légataire du bailleur : Cass. civ. 1^{re}, 10 juillet 1984, *Bull. civ. I*, n° 226 : « *Le bail consenti en 1957 s'est éteint par confusion à la suite de la réunion en la personne de Mlle J. de la double qualité de propriétaire et de locataire* ».

70. Ex. : Cass. soc., 4 juin 1959, *Bull. civ. IV*, n° 656. Une telle clause est prohibée dans les baux ruraux et les baux d'habitation (L. 6 juillet 1989), en raison du caractère d'ordre public des règles de transmission qu'ils imposent. V. M. BEHAR-TOUCHAIS, th. préc., n°s 164 et 334.

71. Même s'il résulte d'un congé : Cass. civ. 3^e, 6 décembre 1996, *Bull. civ. III*, n° 247 ; *Defrénois* 1996, art. 36.358, n° 77, obs. A. Bénabent.

72. Si le bénéficiaire ne vivait pas avec le locataire depuis un an, il pourra être expulsé : Cass. civ. 3^e, 13 juillet 1999, *Bull. civ. III*, n° 170.

73. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 4 avril 1991, *Bull. civ. I*, n° 111 ; *RTD civ.* 1992.139, obs. crit. P.-Y. Gautier : « *La dissolution d'une association n'entraîne pas de plein droit la résiliation du bail qui lui a été consenti* ».

74. La clause résolutoire doit être exécutée de bonne foi, même s'il est stipulé qu'elle a lieu « *de plein droit* ». Ex. : lorsque le locataire ne fait pas les travaux d'entretien nécessaires, la résolution doit être précédée d'une mise en demeure : Cass. civ. 3^e, 11 octobre 1977, *Bull. civ. III*, n° 331 : « *La mise en demeure visant la clause résolutoire aurait dû, pour avoir effet, indiquer de façon précise les manquements auxquels il devait être remédié* ». Il peut y avoir option entre la résolution conventionnelle et la résolution judiciaire : Cass. civ. 3^e, 4 mai 1994, *Bull. civ. III*, n° 84 ; *JCP G* 1994.II.22380, n. crit. B. Boccard : « *La délivrance, par le propriétaire, d'un commandement visant la clause résolutoire du bail, ne le privait pas de la faculté de demander ultérieurement le prononcé de la résiliation de cette convention, même en invoquant les manquements, objet de cette mise en demeure* ».

75. Pour distinguer entre la résiliation non rétroactive et la résolution qui l'est, la Cour de cassation, examine si l'inexécution ou l'imperfection de l'exécution a eu lieu dès l'origine : Cass. civ. 3^e, 30 avril 2003, *Bull. civ. III*, n° 87 ; *JCP G* 2003.I.170, n°s 15 et s., obs. A. Constant ; *RTD civ.* 2003.501, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2004, p. 365, obs. J.-B. Seube ; en l'espèce, le bailleur n'avait pas assuré l'accès aux lieux loués par un ascenseur et un escalier qu'il avait pourtant promis ; le locataire obtint des juges du fond la résolution rétroactive du bail et le remplacement, dès le jour de la conclusion du bail, du loyer par une indemnité d'occupation. Pourvoi du bailleur qui s'est fondé sur la non-rétroactivité de la résiliation des contrats à exécution successive. Rejet : « *si dans un contrat à exécution*

louée par cas fortuit (théorie des risques). En revanche, la résiliation unilatérale n'est pas admise⁷⁶. La mauvaise foi du bailleur importe peu dès lors que la faute du locataire est établie⁷⁷.

La perte de la chose s'entend de la destruction matérielle, aussi bien que de l'impossibilité fortuite de l'utiliser conformément à sa destination⁷⁸. La destruction peut être totale ou partielle⁷⁹; en ce cas, le locataire a une option (art. 1722) : exiger une diminution du loyer ou demander la résiliation du bail⁸⁰. L'obligation du bailleur dépend des causes de la destruction⁸¹ : cas fortuit⁸²? Le bailleur n'a pas à reconstruire, et ne doit aucune indemnité⁸³; défaut d'entretien⁸⁴? Il doit reconstruire ou verser une indemnité d'éviction, et si la résiliation est prononcée, elle l'est à ses torts. Pour alléger la charge des bailleurs, la jurisprudence assimile à la force majeure la vétusté, lorsque les dépenses de remise en état seraient excessives⁸⁵.

successive, la résiliation judiciaire n'opère pas pour le temps où le contrat a été régulièrement exécuté, la résolution judiciaire pour absence d'exécution ou exécution imparfaite dès l'origine entraîne l'anéantissement rétroactif du contrat.

76. Cass. civ. 3^e, 28 octobre 2009, n° 08-16158, n.p.B.; JCP G 2010 n° 50, n. Chr. Lachière : cassation de l'arrêt qui a « donné des effets de droit à l'action unilatérale de la bailleuse » (incidents de paiement dès les premiers mois d'occupation du locataire commercial, le propriétaire reprend possession du local et change les serrures). Il faut cependant réserver le nouvel article 1226.

77. Cass. civ. 3^e, 9 décembre 2009, n° 04-19923, *Bull. civ. III* n° 275 ; D. 2010. 87, n. Y. Rouquet : en l'espèce, les dirigeants de la société locataire avaient été mis en prison, le fonds de commerce de restaurant avait été cédé de fait, des travaux non autorisés avaient été effectués, la société bailleuse était au courant, mais elle a été quand même en droit d'obtenir la résiliation du bail, car telle est la « substance de son droit », distinct de « l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle ». *Infra*, n° 693.

78. Cass. civ. 3^e, 12 mai 1975, *Bull. civ. III*, n° 171 ; D. 1975, IR, 186 (impossibilité d'exécuter par suite de la création du marché de Rungis et de l'interdiction légale d'exploiter aux Halles de Paris). Le C. rur. pm. (art. L. 411-32) permet au bailleur de résilier le bail rural des parcelles dont la destination rurale peut être changée par un plan d'urbanisme. L'impossibilité doit être absolue et définitive, faute de quoi le bailleur devra en répondre : Cass. civ. 3^e, 2 juillet 2003, *Bull. civ. III*, n° 138 ; D. 2004.1411, n. G. Pignarre : traitement de l'immeuble contre l'amiante, qui pouvait être réoccupé par la suite. Si la perte est due à la faute du locataire, le bail est résilié de plein droit, sans préjudice de dommages-intérêts « à la charge de celle des parties déclarée responsable de cette perte » : Cass. civ. 3^e, 22 janvier 1997, *Bull. civ. III*, n° 17 ; JCP G 1997.II.22943, n. A. Djigo ; D. 1998.43, n. Furnacchia. Si elle est due à la faute du bailleur, le locataire devra le prouver : Cass. civ. 3^e, 28 mai 1997, *Bull. civ. III*, n° 115.

79. Elle suppose cependant que la reconstruction ne puisse être raisonnablement effectuée : Cass. civ. 3^e, 19 décembre 2012, n° 11-26076, *Bull. civ. III* n° 189.

80. Comp. l'évolution de Cass. civ. 3^e, 1^{er} février 1995, *Bull. civ. III*, n° 33 : « Au cas où la perte n'est que partielle, il n'appartient qu'au preneur de demander la résiliation » ; avec Cass. civ. 3^e, 19 mars 1997, *ib.*, n° 62 : le bailleur peut provoquer la résiliation du bail, lorsque la partie essentielle de la chose louée (garage) la rend désormais impropre à sa destination.

81. Cass. civ. 3^e, 13 mai 1998, *Contrats, conc. consom.* 1998, comm. n° 113, n. L. Leveuve ; n.p.B.

82. Cass. civ. 3^e, 29 mai 1985, *Bull. civ. III*, n° 87 : « Après avoir [...] constaté le mauvais état général des bâtiments et la grande vétusté de certains d'entre eux devenus inaptes à leur destination, et relevé que ce délabrement n'était pas dû à un défaut d'entretien par les bailleurs, la cour d'appel en a, à bon droit, déduit qu'il y avait perte partielle par cas fortuit de la chose louée ».

83. Cass. civ. 3^e, 29 septembre 1999, *Bull. civ. III*, n° 92 ; D. 2000, AJ, 2 : le locataire commercial qui aurait pu prétendre à une indemnité d'éviction avant la destruction des lieux en raison de la résiliation du bail, ne peut plus, après la destruction, se maintenir dans les lieux ni exiger le paiement de l'indemnité.

84. Ex. : Cass. civ. 3^e, 20 janvier 1988, *Bull. civ. III*, n° 13 : « En constatant la décision administrative ordonnant la démolition d'un local d'habitation en raison de son état, la cour d'appel qui n'avait pas à rechercher, pour faire application de l'article 1722, l'état de cet immeuble au moment de la location... ».

85. *Infra*, n° 681. Jurisprudence souvent réitérée : Ex. : Cass. civ. 3^e, 29 janvier 1975, *Bull. civ. III*, n° 35 : « La cour d'appel ayant relevé que l'immeuble, vieux de quatre siècles, était depuis longtemps dans un état devenu impossible, sans faute du propriétaire, en a justement déduit que le preneur pouvait seulement, en vertu de l'article 1722, demander la résiliation du bail ou la diminution du loyer ».

La Cour de cassation a déclaré qu'était abusive et donc nulle la clause qui obligeait le preneur à payer les loyers malgré la perte de la chose si le bail avait été conclu entre un professionnel et un consommateur⁸⁶. L'obligation du preneur manquerait aussi de cause (disait-on naguère; de « contrepartie » doit-on dire aujourd'hui) et ce genre de clause devrait sans doute être annulée même lorsqu'il ne s'agit pas de relations entre professionnels et consommateurs. Si le preneur a payé d'avance, il pourra se faire rembourser⁸⁷.

Les statuts spéciaux s'efforcent de limiter le jeu de la résiliation.

§ 2. BAUX SPÉCIAUX

674. Renouvellement, résiliation. – Les règles spéciales aux baux ruraux, commerciaux et d'habitation ont pour objectif essentiel de renforcer la stabilité du droit du preneur à bail, par deux séries de dispositions exorbitantes du droit commun, qui, a dit la Cour de cassation, ne sont pas contraires aux droits de l'homme⁸⁸ : **1)** l'octroi d'un droit au renouvellement (bail rural ou commercial) ou au maintien dans les lieux (L. 6 juillet 1989, modif. L. 24 mars 2014) à l'expiration du bail initial et de ses renouvellements ; **2)** la limitation de la résiliation en cours de bail. À ce titre, elles sont d'interprétation stricte⁸⁹.

La stabilité n'est offerte au preneur que s'il exploite ou habite personnellement les lieux loués, de manière effective. Le droit du preneur mérite d'être préféré à celui du bailleur, tant qu'il se fonde sur des intérêts sociaux ou économiques jugés supérieurs. La préférence disparaît lorsque cessent l'exploitation ou l'habitation effectives, ou que les intérêts du bailleur ont la même nature que ceux du preneur : le bailleur dispose alors d'un droit de reprise.

Dans tous les statuts, le droit au renouvellement ou au maintien dans les lieux implique une exploitation effective (C. rur. pm., art. L. 411-53 ; C. com., art. L. 145-8) ou une occupation personnelle⁹⁰. Le preneur jouit d'un droit de rétention sur l'immeuble en garantie du paiement de l'indemnité d'éviction, sauf à préférer quitter les lieux mais sans perdre son droit⁹¹. Ce droit

86. Cass. civ. 1^{re}, 6 janvier 1994, *Diac*, *Bull. civ. I*, n° 8 ; *D.* 1994, somm. 209, obs. crit. Ph. Delebecque ; *JCP G* 1994.II.22237, n. G. Paisant : « La clause qui fait supporter au preneur, dans un contrat de location de longue durée, la totalité des risques de perte ou de détérioration de la chose louée, même lorsque ceux-ci sont dus à un événement imprévisible et irrésistible constitutif de force majeure et qu'aucune faute ne peut être imputée audit preneur, confère au bailleur un avantage excessif ».

87. Cass. civ. 3^e, 1^{er} avril 1998, *Bull. civ. III*, n° 76 ; *D. Aff.* 1998.990.

88. Cass. civ. 3^e, 27 février 1991, *Bull. civ. III*, n° 67 : « Le décret du 30 septembre 1953 (auj. C. com., art. L. 145-1 et s.) permettant, en ce domaine, de réaliser un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu, n'était pas contraire aux dispositions de l'article 1 du protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » ; en l'espèce, le bailleur avait vainement prétendu que le droit au renouvellement prévu par le Code était contraire à la Convention européenne, qui protège le droit de propriété ; V. cep. les limites posées par la CEDH, 12 juin 2012 préc., *supra*, n° 668.

89. Ex. : Paris, 11 mars 1997, *D.* 1997.355, n. Ph. Bihl : les neveux et nièces du propriétaire n'entrent pas dans la liste des bénéficiaires du droit de reprise, prévue par l'article 15, L. 1989.

90. Cass. Ass. plén., 2 février 1996, *JCP G* 1996.II.22610, concl. J.-F. Weber, n. Fr. Auque ; *Defrénois* 1996, art. 36.286, obs. J.-L. Aubert : application de la L. 22 juin 1982 aux baux mixtes : « Si le titulaire d'un contrat de location à usage mixte professionnel et d'habitation n'est pas tenu, durant le bail, d'utiliser les lieux à chacun des usages prévus par la convention des parties, il ne peut, lorsqu'au terme du contrat, il n'occupe pas pour son habitation principale, au moins partiellement, les locaux pris en location, se prévaloir du droit au renouvellement du contrat que la loi du 22 juin 1982 confère à celui qui habite les lieux loués ».

91. Cass. civ. 3^e, 19 février 1970, *JCP G* 1970.II.16567 bis : « Le droit de rétention est le corollaire du droit à indemnité d'éviction » ; 13 juillet 1994, *Bull. civ. III*, n° 147 ; *RTD civ.* 1995.387, obs.

est opposable à l'acquéreur de l'immeuble. En cours de bail, la résiliation pour inexécution ou le jeu des clauses résolutoires de plein droit sont alors strictement limités par rapport au droit commun. Ainsi, les causes de résiliation du bail rural sont exclusivement celles que prévoit la loi : outre le défaut de paiement persistant du fermage « *sans raisons sérieuses et légitimes* »⁹², la mise en péril de l'exploitation (C. rur. pm., art. L. 411-31 et L. 411-53). La clause résolutoire voit son automaticité atténuée dans le bail commercial (C. com., art. L. 145-41), comme dans le bail d'habitation (L. 1948, art. 80 ; L. 1989, art. 24).

En cas de faute du locataire, le bailleur peut demander la résiliation judiciaire en se fondant sur l'article 1227 (ancien art. 1184), voire la provoquer unilatéralement après mise en demeure (nouvel art. 1226), sauf dispositions contraires⁹³.

675. Reprise. – Lorsque le bailleur se propose de devenir lui-même exploitant ou occupant, naît un conflit entre deux intérêts de même valeur⁹⁴. Aucune raison n'impose plus de préférer le preneur : à l'expiration du bail, le droit de reprise... pour exploiter, par lui-même ou par ses proches (C. rur. pm., art. L. 411-58 à L. 411-67⁹⁵)... pour habiter, lui-même, son conjoint, ses ascendants ou descendants, ou son partenaire pacsé (L. 1948, art. 18-25 ; L. 1989, art. 11 et 15)... fait en principe échec au droit au renouvellement⁹⁶. La loi ALUR du 24 mars 2014 le restreint ou le supprime, dans certains cas (spéc. quand le preneur est âgé de plus de 65 ans). Elle exige que le bailleur « *justifie du caractère réel et sérieux de sa décision de reprise et le juge, en cas de contestation, le vérifiera, "même d'office" et le cas échéant, le déclarera "non valide"* » (art. 15, L. 1989 modifiée). Le congé frauduleux est puni d'une amende pénale (*ib.*).

Le droit de reprise et, lorsque la loi l'autorise, la résiliation pour inexécution permettent seuls de faire échec au droit du preneur ; ils sont souvent associés au droit de préemption dont jouissent certains locataires (bail rural, bail d'habitation), leur permettant de transformer en propriété leur droit de jouissance. Il est transmissible aux héritiers⁹⁷.

N^{os} 676-679. réservés.

P.-Y. Gautier : le preneur « *n'est pas tenu de rester dans les lieux jusqu'au paiement de l'indemnité d'éviction* ».

92. Ex. : Cass. civ. 3^e, 20 février 1991, *Bull. civ. III*, n^o 64 ; *JCP G* 1991.II.21771, n. crit. P. Ourliac ; *RD rur.* 1991.222 : le montant excessif du fermage est « *un motif légitime du non-paiement* » de la partie excessive du fermage. V. égal. L. 6 juillet 1989, article 15 pour les baux d'habitation.

93. Ex., au sujet de l'art. 15 III, L. 1989 sur la reconduction forcée : Cass. civ. 3^e, 15 octobre 2014, 13-16990, *Bull. civ. III* n^o 128 ; *D.* 2015. 1184, note N. Damas ; *RTD civ.* 2015. 157, obs. P.-Y. Gautier : ses dispositions « *ne s'appliquant pas en cas de résiliation judiciaire du bail pour manquement du locataire à ses obligations* » (paiement du loyer) ; Cass. civ. 3^e, 31 octobre 2006, *Bull. civ. III*, n^o 213 : « *les dispositions de l'art. 7f de la loi du 6 juillet 1989 n'interdisent pas au propriétaire de poursuivre la résiliation judiciaire du bail sur le fondement de l'art. 1184 ; la cour d'appel [...] a souverainement retenu que le manquement de M. S. à l'obligation de ne pas transformer les lieux sans autorisation était suffisamment grave pour justifier le prononcé de la résiliation* ».

94. Il existe d'autres causes de reprise : ex. : pour démolir (baux d'habitation et commerciaux).

95. Cass. civ. 3^e, 17 juillet 1986, *Bull. civ. III*, n^o 116 ; *JCP G* 1987.II.20770 : « *Le droit de reprise n'est que la reconnaissance par la loi du droit pour le propriétaire de jouir de son bien* ». Exception : la réglementation des cumuls, aujourd'hui en recul : *supra*, n^o 135.

96. Paris, 11 mars 1997, préc. Exception : le bail commercial ; la reprise pour exploiter a disparu. Cette particularité s'explique par la protection du fonds de commerce et le risque de concurrence que ferait courir à l'ex-preneur la reprise des locaux par le bailleur. Celui-ci ne peut reprendre qu'en payant une indemnité d'éviction. Elle subsiste cependant pour la partie d'habitation.

97. Cass. civ. 3^e, 28 septembre 2005, *Bull. civ. III*, n^o 177 : « *l'action tendant à faire déclarer valable le congé, engagée par le titulaire du droit de reprise étant transmissible à ses héritiers et l'affaire ayant été appelée et débattue à l'audience du 1^{er} juillet 2003, le décès de Mme D. survenu postérieurement, n'avait pas d'incidence sur le cours de l'instance* ».

■ SOUS-TITRE IV ■

STATUT DU PRENEUR

Le bail ne fait pas seulement naître, comme tout contrat synallagmatique, des droits et des obligations qui, considérés du côté du preneur, caractérisent le contrat (Chapitre 1) ; il confère aussi à celui-ci certaines prérogatives qui ne peuvent être ramenées à un droit ou à une obligation. Cette réunion des dettes et des créances aux droits potestatifs¹ (Chapitre 2) constitue le statut du preneur, plus ou moins enviable, et par conséquent d'une plus ou moins grande valeur, selon les baux et les époques. L'ordre public joue un rôle croissant, quels que soient les baux, comme les droits fondamentaux, prévus par la CEDH.

1. **Définition :** Le droit potestatif est le pouvoir que peut exercer une personne pour modifier sa situation juridique, sans qu'il s'agisse de réclamer un droit ou d'exécuter une obligation : ex. : le droit d'option (dans la promesse de vente, ou entre la résolution et l'exécution forcée), le droit de préemption, le droit de renoncer à un droit, le droit de céder un contrat... V. L. AYNÈS, *op. cit., supra*, n° 671.

■ CHAPITRE I ■

DROITS ET OBLIGATIONS NÉS DU BAIL

Le Code civil comporte des dispositions détaillées sur les obligations issues du bail : celles du bailleur (art. 1719 à 1727) et du preneur (art. 1728 à 1735). Les règles générales sont complétées par des dispositions spéciales aux baux à loyers (art. 1752 à 1756 ; L. 6 juillet 1989 (art. 6 et 7) et aux baux à ferme (art. 1766 à 1773 ; C. rur. pm., art. L. 411-25 à L. 411-29). Cet ensemble d'obligations est groupé autour des deux éléments essentiels du bail : la jouissance de la chose louée (Section I) et le paiement du loyer (Section II).

SECTION I

JOUISSANCE DE LA CHOSE LOUÉE

Le droit principal du preneur est de jouir de la chose louée : le bailleur lui doit délivrance, entretien et garantie (§ 1). User n'est pas abuser : le preneur doit respecter la chose louée, la maintenir en état et la restituer (§ 2).

§ 1. OBLIGATIONS DU BAILLEUR

Les obligations du bailleur forment un triptyque, dont l'énoncé suit la chronologie (art. 1719) : délivrance de la chose louée, entretien et garantie de paisible jouissance pendant la durée du bail. La loi en détermine l'étendue ; sous certaines limites, les parties peuvent en modifier les règles.

680. 1^o Délivrance. – La délivrance due par le bailleur s'apparente à celle que doit le vendeur à l'acquéreur¹, mais va au-delà. Elle est régie par l'article 1719 et développée par l'article 1720, alinéa 1, « *le bailleur est tenu de délivrer la chose en bon état de réparations de toute espèce* ».

Il s'agit d'abord de permettre au preneur d'entrer en possession, à la date convenue². L'analogie avec la vente est soulignée par l'article 1765 ; la garantie de contenance est réglée de la

1. *Supra*, n^{os} 299 et s.

2. Ex. : Cass. civ. 3^e, 19 mai 2004, *Bull. civ.* III, n^o 99 ; le bailleur ne peut s'exonérer du défaut de délivrance du bien loué au nouveau locataire tenant au départ tardif du précédent preneur : « *Le*

même manière. La délivrance comprend la possibilité de jouir de la chose³, selon la destination convenue⁴. De même, elle s'entend de la mise à disposition non seulement de l'objet principal loué, mais encore de ses accessoires⁵. Le bailleur doit remettre les clés et la charge de la preuve lui appartient⁶. Le locataire est dispensé de payer les loyers s'il ne peut user de la chose⁷. Toute clause qui dispenserait le bailleur de son obligation de délivrance serait nulle, car celle-ci est d'ordre public⁸. L'obligation de paiement du locataire suppose que la délivrance soit exécutée⁹. Lorsque le local loué se trouve dans un ensemble commercial, le bailleur doit en maintenir la configuration initiale, fixée par les parties¹⁰. Mais il n'en garantit ni la fréquentation par la clientèle ni la rentabilité¹¹. La Cour de cassation n'admet pas, que lors de la délivrance, le bailleur résilie unilatéralement le contrat en raison du défaut de paiement du premier loyer et du dépôt de garantie¹².

L'article 1720, alinéa 1, ajoute que la chose doit être délivrée « *en bon état de réparations de toute espèce* ». Cette obligation, différente de l'entretien¹³, n'implique aucune distinction entre les réparations : le bailleur les supporte toutes, mêmes celles qui, par la suite, pèseront sur le preneur. Le texte n'est pas d'ordre public : il est fréquent que le bailleur soit expressément, ou même tacitement – par exemple, lorsque le preneur « *déclare bien connaître la chose et la prendre en l'état* » – dispensé de l'obligation de délivrer en bon état¹⁴. Les parties sont

défaut de délivrance était imputable au précédent locataire dont le bailleur devait répondre » ; Cass. civ. 3^e, 28 septembre 2005, *Bull. civ. III*, n° 175 ; *RDC* 2006.398, obs. J.-B. Seube : l'occupation illicite du bien loué par un tiers (sous-locataire qui se maintient dans les lieux) n'exonère le bailleur de sa responsabilité du défaut de délivrance, que si elle présente les caractères de la force majeure.

3. Versailles, 9 novembre 2001, *D.* 2003.733, obs. N. Pierre ; si la superficie louée est différente de celle qui avait été convenue, le locataire n'a droit à une indemnité que s'il subit un préjudice.

4. Jurisprudence constante ; ex. : Cass. civ. 3^e, 26 mars 1997, *Bull. civ. III*, n° 70 : location d'un local sis dans une copropriété, pour y installer un restaurant ; l'assemblée des copropriétaires a refusé au bailleur d'exécuter les travaux indispensables ; la cour d'appel rejeta la demande en dommages-intérêts du locataire : le bailleur avait demandé à l'assemblée des copropriétaires l'autorisation et donc rempli ses obligations. Cassation : « *il appartenait (au bailleur) de délivrer à son locataire un local conforme à la destination prévue par le bail* ».

5. Notamment, savoir si le droit au bail comprend le droit de chasse, le droit d'affichage, le droit à la jouissance d'un chauffage ou d'un téléphone... dépend souvent de la destination convenue : Req., 11 février 1907, *DP* 1908.I.276 : « *Aux termes de l'article 1728, la jouissance du preneur est déterminée par la destination qui a été donnée à la chose louée par le bail ou par celle qui doit être présumée d'après les circonstances, à défaut de convention* » ; P.-Y. GAUTIER, obs., *RTD civ.* 1993.381.

6. Cass. civ. 3^e, 25 juin 2008, *Bull. civ. III*, n° 111 ; *RDC* 2009.161, obs. J.-B. Seube : le locataire peut faire condamner le bailleur à lui remettre les clés de l'appartement alors même qu'il se trouve déjà en possession d'une clé d'accès à l'immeuble.

7. Ex. : Cass. civ. 3^e, 15 décembre 1993, *Bull. civ. III*, n° 168 ; *D.* 1994.462, n. M. Storck : location d'un local à usage commercial dans une galerie marchande ; le bailleur n'en assurait ni l'ouverture, ni le gardiennage ; jugé que le locataire pouvait suspendre les loyers.

8. Cass. civ. 3^e, 5 juin 2002, *Bull. civ. III*, n° 123 ; *RDC* 2003, p. 118, obs. Gw. Lardeux : « *la clause par laquelle le locataire prend les lieux dans l'état où ils se trouvent ne décharge pas le bailleur de son obligation de délivrance* ».

9. Cass. civ. 3^e, 6 mai 2014, n° 12-29504, n.p.B. ; *RDC* 2014. 647, obs. J.-B. Seube (remise des clés pour que le loyer soit exigible).

10. Paris, 7 octobre 1998, *D. Aff.* 1998.1843 (galerie marchande modifiée, responsabilité du bailleur). Sur l'entretien, *infra*, n° 681.

11. Ex. : Paris, 21 septembre 1995, *D. Aff.* 1995.172.

12. Cass. civ. 3^e, 28 juin 2006, *Bull. civ. III*, n° 161 ; *D.* 2007.904. n. N. Damas ; *RTD civ.* 2006.785 obs. P.-Y. Gautier : « *vu l'art. 1719 ; le bailleur est obligé par la nature du contrat et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière, de délivrer au preneur la chose louée [...] ; le défaut de paiement par le locataire du premier loyer et du dépôt de garantie ne décharge pas le bailleur de son obligation de délivrance* ».

13. *Infra*, n° 681.

14. S. BERNHEIM-DESVAUX, *Contrats, conc. consom.* 2015, Formule n° 8. Longtemps, la jurisprudence a appliqué ces clauses sans difficulté : ex. Cass. soc., 11 octobre 1962, *Bull. civ. IV*, n° 709 : « *Par des*

libres de répartir comme elles l'entendent leurs charges financières ; ces clauses sont d'interprétation stricte¹⁵ ; et soumises au droit commun des contrats¹⁶. Cependant, le bail ne peut dispenser le bailleur de mettre la chose à la disposition du locataire¹⁷. Son obligation bénéficie à l'ayant droit du locataire, qui prend sa place¹⁸.

La loi du 6 juillet 1989 sur le bail d'habitation aggrave l'obligation du bailleur, qui doit délivrer « *les équipements mentionnés au contrat de location en bon état de fonctionnement* ». La loi *Dufflot* du 24 mars 2014 y ajoute toutes sortes d'obligations, ainsi qu'un diagnostic technique relatif aux locaux (art. 3-3, L. 1989 modifiée). La convention peut prévoir que le locataire fera des travaux et que ces dépenses s'imputeront sur le loyer ; le logement doit satisfaire à des normes minimales de confort et d'habitabilité (art. 6, a). L'article 1719, 1^o du Code civil va plus loin : le preneur a droit « à un logement décent »¹⁹. La loi *Dufflot* dans ses intitulés évoque même les habitats « *indécents* » ou « *indignes* ». Les articles 6 et 20-1 de la loi du 6 juillet 1989 modifiée en 2014 en tirent une conclusion pratique : le locataire, si l'immeuble est vétuste et non mis aux normes, pourra mettre en demeure le bailleur d'y procéder, faute de quoi « *le juge peut réduire le loyer* ». La clause qui mettrait les travaux de mise en conformité à la charge du locataire, fût-ce avec une contrepartie, est interdite²⁰.

L'obligation de délivrance du bailleur n'a pas sauf clause contraire, pour objet de faciliter l'exercice par un locataire de sa pratique religieuse²¹.

clauses expresses, le bailleur peut s'exonérer de l'obligation de délivrer la chose louée en bon état et de l'entretenir pour servir à l'usage auquel elle est destinée, les obligations n'étant pas de l'essence des contrats de louage ». Maintenant, elle est beaucoup plus réservée : ex. : Cass. civ. 3^e, 3 février 2010, n^o 08-21205 ; D. 2010.442, n. Y. Rouquet, 1192, n. Fr. Niboyet ; RDC 2010.907, obs. Gw. Lardeux : « *Les parties ne peuvent valablement convenir que le locataire exécutera, même avec une contrepartie, les travaux de mise aux normes de confort et d'habitabilité prévues par le décret du 6 mars 1987* ». Surtout depuis la loi du 13 décembre 2000 créant un droit « à un logement décent ».

15. Bail d'immeuble : Cass. civ. 3^e, 18 mars 1992, *Bull. civ.* III, n^o 88. La clause stipulant que le locataire prendrait « *les locaux dans l'état où ils se trouvent* » n'exonère le bailleur que des réparations nécessaires lors de la conclusion du contrat, non de celles dont la nécessité apparaît en cours d'exécution. S. BERNEHIM-DESVAUX, *passim*.

16. Ex. : Nullité pour vice du consentement (réticence dolosive) : Cass. civ. 3^e, 19 novembre 1985, *Rev. loyers* 1986.130 : clause prévoyant que le locataire devrait payer toutes les sommes demandées par le syndic de la copropriété, alors que le bailleur savait que des travaux importants étaient engagés et n'en avait pas informé le locataire.

17. Cass. civ. 1^{re}, 11 octobre 1989, *Bull. civ.* I, n^o 317 ; D. 1991.525, n. P. Ancel ; en l'espèce, il s'agissait de la location d'un *mobile-home* ; le contrat stipulait que « *la location du matériel et son installation sont faites aux frais et risques du locataire, sous sa responsabilité* » ; jugé que cette clause ne dispensait pas le bailleur de prouver qu'il avait rempli son obligation de délivrance.

18. Cass. civ. 3^e, 3 mai 2007, *Bull. civ.* III, n^o 66 : apport partiel d'actif ; le preneur originaire d'un bail commercial pouvant faire de « l'enseignement post-secondaire », son successeur pourra le faire.

19. Un décret d'application du 30 janvier 2002 décrit la décence : éclairage, WC, surface, odeurs. V. crit. de F. BELLIVIER, obs. *RTD civ.* 2001.216, et de Ph. BRIAND, « La mise aux normes et le bail d'habitation », *Defrénois* 2004, art. 37963 ; pour le bail commercial. J. DOUCET, « La mise aux normes et le bail commercial », *ib.*, art. 37964. Ex. : Cass. civ. 3^e, 21 mars 2012, n^o 11-14838, *Bull. civ.* III, n^o 48 : dès lors que le logement comporte plus d'une pièce, le locataire a droit à un wc à l'intérieur et non sur le palier ; Cass. civ. 3^e, 4 juin 2014, n^o 13-17289, *RDC* 2014. 648, obs. J.-B. Seube ; *Bull. civ.* III n^o 73 : un logement sans appareil de chauffage est indécemment et n^o 13-12314, *ib.*, n^o 74, présence de rats.

20. Cass. civ. 3^e, 3 février 2010, cité ci-dessus.

21. Cass. civ. 3^e, 18 décembre 2002, *Bull. civ.* III, n^o 262 ; *RTD civ.* 2003. 290, obs. J. Mestre et B. Fages, 383, obs. J.-P. Marguénaud ; *RDC* 2003, 220, obs. A. Marais : un locataire de confession israélite prétendait que pendant le sabbat, il ne saurait, en raison de la loi judaïque, utiliser le digicode de l'immeuble et réclamait une serrure mécanique pour son usage personnel : « *les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du preneur aucune obligation spécifique* ».

681. 2° Entretien et sécurité. – Le bailleur doit entretenir la chose louée (art. 1719, 2°), c'est-à-dire faire « pendant la durée du bail, toutes les réparations qui peuvent devenir nécessaires, autres que les locatives » (art. 1720, al. 2). (Dans les baux ruraux, le propriétaire doit en outre « assurer la permanence des plantations » (art. 1719-4°)²²). Alors que l'obligation de délivrance entraîne celle de supporter, au moment de l'entrée dans les lieux, toutes les réparations²³, ce texte impose pour les réparations qui deviennent nécessaires en cours de bail, une répartition entre le bailleur et le locataire : au premier, les réparations autres que locatives (v. également art. 1731)²⁴. La question est alors de savoir ce qu'est une réparation locative ; la jurisprudence est abondante, et quelques textes spéciaux sont plus précis : par exemple l'article 1754 propre aux baux à loyers. D'une manière générale, est locative une réparation qui ne touche ni à la structure, ni aux éléments essentiels de la chose louée ; toute autre réparation est à la charge du bailleur²⁵. Le décret du 26 août 1987 en donne une liste non limitative.

L'obligation d'entretien s'exécute en nature et le locataire ne peut s'y opposer. En principe, la réparation peut aller jusqu'à la reconstruction, lorsque celle-ci est nécessitée par un défaut d'entretien. Au contraire, le bailleur n'a pas cette obligation, lorsque la destruction a pour cause un cas fortuit (art. 1722). La jurisprudence assimile la vétusté à la force majeure lorsque l'ampleur des travaux est considérable. Les obligations du bailleur dues à la vétusté sont donc différentes selon que celle-ci dégrade (art. 1720, al. 2) ou détruit, même partiellement, l'immeuble (art. 1722)²⁶. Le bailleur doit également entretenir les parties communes d'un centre commercial, afin de ne pas faire fuir la clientèle²⁷.

22. Cass. civ. 3^e, 24 juin 1998, *Bull. civ. III*, n° 132 ; D. 1999.343, n. E. Agostini : « la clause du bail mettant à la charge du preneur ladite obligation, était réputée non écrite en application de l'art. L. 415-12 C. com. ».

23. *Supra*, n° 680.

24. Comp., une répartition du même ordre dans l'usufruit : articles 605, 606. Cass. civ. 3^e, 13 juillet 2005, *Bull. civ. III*, n° 155 ; *RTD civ.* 2005.795, obs. P.-Y. Gautier et 2015. 1, chron. J. Ghestin : sont des grosses réparations l'étanchéité et l'électrification sur le fondement de l'art. 606 définissant ces grosses réparations dans l'usufruit.

25. Toutes les réparations, grosses ou menues, sont à la charge du bailleur, lorsque la dégradation provient du vice de construction ou de la vétusté (C. rur. pm., art. L. 415-4). Ex. : Cass. civ. 3^e, 10 mai 1989, *Bull. civ. III*, n° 102 : « Les travaux prescrits par l'autorité administrative sont, sauf stipulation expresse contraire, à la charge du propriétaire » ; pour un cas de clause expresse : Cass. civ. 3^e, 23 juin 1993, *Bull. civ. III*, n° 94 ; D. 1994, somm., 52, obs. L. Rozès ; le ravalement est à la charge du bailleur : Cass. civ. 3^e, 19 décembre 2012, n° 11-25414, *Bull. civ. III* n° 188 ; *RTD com.* 2013. 231, n. F. Kendérian.

26. Il y a destruction, ou perte totale ou partielle, de la chose louée lorsqu'elle « ne peut plus être conservée sans dépense excessive et devient ainsi impropre à l'usage auquel elle était destinée » : Cass. soc., 6 avril 1951, D. 1951.505, n. R. Savatier ; S. 1953.I.219 ; *RTD civ.* 1951.227, obs. J. Carbonnier (jurisprudence constante). Ainsi, les œuvres vives d'un bâtiment doivent être refaites ou reprises, ou Cass. civ. 3^e, 4 juillet 1968, *Bull. civ. III*, n° 319, lorsque la dépense excède la valeur de la chose ; v. *supra*, n° 673.

27. Cass. civ. 3^e, 19 décembre 2012, n° 11-23541, D. 2013. 78, n. Y. Rouquet, *Bull. civ. III* n° 190, *RDC* 2013. 631, obs. J.-B. Seube (suppression de l'accès aux toilettes, gravats empêchant l'accès au parking) ; Cass. civ. 3^e, 31 octobre 2006, *Bull. civ. III*, n° 215 ; *Contrats, conc. consom.* 2007, n° 41, n. L. Leveueur ; *Deffrénois* 2006.1886, n. L. Ruet : cassation, au visa de l'art. 1719, de l'arrêt qui n'avait pas recherché si « le défaut d'entretien des parties communes du centre commercial n'avait pas pour effet de priver les preneurs des avantages qu'ils tenaient du bail » ; en l'espèce, il s'agissait d'un centre commercial situé en banlieue ; le défaut d'entretien avait créé une insécurité. Cela ne va cependant pas jusqu'à « garantir le maintien de l'environnement commercial » : Cass. civ. 3^e, 3 juillet 2013, *Bull. civ. III* n° 88, *RDC* 2014.61, obs. J.-B. Seube (présence de l'enseigne du bailleur).

Il doit prévenir et réparer les risques industriels de nature à porter atteinte à la santé ou la sécurité des occupants²⁸. S'il ne prend pas les mesures nécessaires, le locataire peut lui opposer une exception d'inexécution suspendant son paiement des loyers²⁹.

Les dispositions de l'article 1720, alinéa 2, ne sont en principe pas d'ordre public, en tout cas en droit commun et dans les baux conclus par des professionnels³⁰; c'est ainsi que le bailleur peut charger le locataire de certaines réparations d'entretien³¹ ou s'exonérer, dans une certaine limite, de celles qui lui incombent normalement. Les parties déterminent elles-mêmes la répartition de leurs obligations³². Mais portant à ces clauses une grande hostilité³³, la jurisprudence les interprète restrictivement³⁴. En outre, elle déclare nulle la clause qui exonère le bailleur de toute obligation, car le bail manquerait de cause puisque les obligations du locataire seraient sans contrepartie³⁵. Enfin, conformément au droit commun, elle prive d'effets la clause en cas de faute lourde ou dolosive du bailleur³⁶. Ou de méconnaissance d'une obligation essentielle lui incombant (nouvel art. 1170).

Ces clauses sont inefficaces dans certains baux spéciaux, où la loi protège le preneur : ainsi dans le bail d'habitation soumis à la loi du 6 juillet 1989 (art. 6, c). À l'égard du bail rural, la jurisprudence est hésitante ; après avoir décidé le contraire³⁷, elle semble revenue à sa position initiale : le bailleur peut s'exonérer des réparations lui incombant³⁸ sans pouvoir en charger le preneur ; cette situation surprenante s'explique peut-être par la faiblesse du fermage (C. rur. pm., art. L. 415-12 et L. 411-12). Les réparations doivent être convenablement faites par les professionnels désignés par le bailleur, à peine d'engager sa responsabilité³⁹. Dans les baux commerciaux, une obligation d'information pèse sur le bailleur relativement à la répartition des charges et des travaux (C. com., art. L. 145-40-2, loi du 18 juin 2014). Et les grosses réparations ne peuvent être mises à la charge du locataire (art. R. 145-35, qui fait renvoi à l'art. 606 C. civ.)

682. Sanctions. – Le preneur dispose des actions contractuelles ordinaires afin de contraindre le bailleur à exécuter son obligation, ou tirer les conséquences

28. Ex. : Cass. civ. 3^e, 2 juillet 2003, *Contrats, conc. consom.* 2003, comm. n° 173, n. L. Leveneur ; D. 2004.1411, n. G. Pignarre (désamiantage).

29. Ex. : Cass. civ. 3^e, 19 novembre 2015, n° 14-24612, *Bull. civ.* III à paraître ; *RDC* 2016. 249, obs. J.-B. Seube.

30. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

31. Ex. : Req., 14 janvier 1895, *DP* 1895.I.341 : « *Les dispositions qui, dans les articles 1719, 1720, 1721 et 1722, déterminent, en l'absence de conventions y relatives, les obligations du bailleur, en ce qui concerne notamment les réparations et les cas fortuits, ne sont pas d'ordre public et il peut y être dérogé par des conventions particulières* ». V. cep. *infra*, n° 688.

32. Ex. : Grosses réparations à la charge du preneur = loyers plus bas ; ce n'est pas toujours vrai.

33. *Comp.*, *infra*, n° 683, pour l'obligation de garantie.

34. Ex. : Cass. civ. 3^e, 6 mars 2013, n° 11-27331, *Bull. civ.* III n° 34 ; *RDC* 2013. 977, obs. J.-B. Seube ; *RTD com.* 2013. 231, obs. F. Kendérian : le ravalement, les réparations de la toiture et le remplacement de la chaudière de l'immeuble ne sauraient entrer dans une clause transférant au locataire de façon générique les grosses réparations de l'art. 606 C. civ. sur l'usufruit ; ainsi que Cass. civ. 3^e, 19 décembre 2012 préc. (il ne suffit pas que le locataire ait payé des provisions pour le ravalement pour établir son accord de le prendre en charge) ; Cass. civ. 3^e, 9 juillet 2008, *Bull. civ.* III, n° 121 ; D. 2008.1999, n. Y. Rouquet et 2009.896, n. N. Damas ; *RDC* 2009.156, obs. GW. Lardeux. V. égal. *infra*, n° 688.

35. Cass. civ. 3^e, 11 décembre 1984, préc.

36. Cass. civ. 3^e, 18 juin 1985, *Rev. loyers* 1985.423 : « *Faute grave du bailleur qui avait laissé se perpétuer pendant cinq ans avant d'y remédier des désordres causés par un défaut d'étanchéité de la toiture* ».

37. Cass. civ. 3^e, 16 février 1982, *Bull. civ.* III, n° 46 ; *Rev. loyers* 1982.243 : « *Le bailleur ne pouvait contraindre les preneurs à le dispenser par avance de l'exécution des réparations lui incombant* ».

38. Cass. civ. 3^e, 4 février 1986, *Bull. civ.* III, n° 3 ; D. 1986, IR, 481, obs. E. Martine : « *Aucun texte n'interdit aux parties de dispenser le bailleur de l'exécution des travaux d'entretien de la chose louée* ».

39. Paris, 5 février 2007, *JCP G* 2007.IV.1502 (désinfection des lieux défectueuse).

d'une abstention : action en exécution forcée, en responsabilité contractuelle ou en résiliation pour inexécution (art. 1224 et s., ancien art. 1184, al. 1)⁴⁰. Il peut procéder lui-même, aux frais du bailleur, à ces réparations, mais celui-ci devra avoir été vainement mis en demeure⁴¹ ; il peut aussi obtenir cette autorisation en référé en cas d'urgence⁴² ; certaines décisions admettaient déjà que le preneur puisse se dispenser d'autorisation, si les circonstances l'exigent (ex. important dégât des eaux) et faire réparer immédiatement⁴³. Il peut alors compenser la créance qu'il a contre le bailleur avec les loyers. Le nouvel article 1222, qui se substitue à l'article 1144 et permet au créancier de faire exécuter l'obligation par un tiers, sans qu'il soit désormais nécessaire d'avoir l'accord du juge, sera d'une utilité certaine.

Le preneur peut-il invoquer l'*exceptio non adimpleti contractus* et refuser de payer son loyer tant que les réparations ne sont pas effectuées ? La question a donné lieu à une jurisprudence abondante⁴⁴. Tout dépend de l'importance du trouble causé au locataire : s'il est minime ou insuffisamment caractérisé et si celui-ci continue à jouir de la chose, il invoque l'exception de mauvaise foi, car l'obligation essentielle du bailleur a été exécutée⁴⁵ ; au contraire, si la jouissance du preneur devient impossible ou très difficile, par suite du défaut de réparations, l'exception peut être invoquée⁴⁶. L'exception d'inexécution est désormais consacrée aux nouveaux articles 1219-1220, avec un contrôle de proportionnalité. À l'inverse, le bailleur peut toujours refuser d'exécuter les réparations si le locataire ne paie pas, car celui-ci n'exécute pas, alors, son obligation essentielle⁴⁷. L'apparente inégalité entre le bailleur et le preneur tient au fait que le preneur jouit, même mal, de la chose louée.

Le bailleur doit également réparer les dommages que cause au preneur la chose louée, par suite du défaut d'entretien⁴⁸. Il n'est responsable que si sa faute est prouvée ou que si la chose louée comportait un vice⁴⁹.

40. Encore faut-il qu'il se montre diligent et avertisse le bailleur en temps utile : Cass. civ. 3^e, 9 février 2005, *Bull. civ.* III, n° 32 ; *Defrénois* 2005.1835, n. L. Ruet (partage des frais de remise en état, le preneur a attendu huit années avant de donner l'alerte).

41. Cass. civ. 3^e, 23 mai 2013, n° 11-29011, *Bull. civ.* III n° 59 : si le preneur a fait exécuter lui-même les travaux sans mise en demeure ni autorisation judiciaire et alors qu'il n'y a pas urgence, le bailleur n'a pas à le rembourser.

42. Jurisprudence constante ; en dernier lieu, Cass. civ. 3^e, 11 janvier 2006, *Bull. civ.* III, n° 9 ; *JCP G* 2006.I.123, n° 13, obs. P. Grosser ; *D.* 2006.1406, obs. Gw. Lardeux : « en l'absence de mise en demeure adressée à la bailleuse d'avoir à effectuer les travaux et de décisions de justice autorisant la preneuse à les faire exécuter, la SCI (la bailleuse) n'était pas tenue d'en supporter la charge ».

43. Ex. : Cass. civ., 19 juillet 1950, *Gaz. Pal.* 1950.II.325 ; *RTD civ.* 1951.88, obs. J. Carbonnier ; comp. Cass. soc., 5 juin 1953, *D.* 1953.601, qui refuse le remboursement. V. J. CARBONNIER, *RTD civ.* 1953. 710. V. E. DEBILY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, th. Poitiers 2002, n° 339 et s.

44. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

45. Ex. : Cass. soc., 7 juillet 1955, *D.* 1957.1, n. R. Savatier ; *RTD civ.* 1957.143, obs. J. Carbonnier : « En aucun cas, les preneurs ne peuvent pour refuser le paiement des fermages échus, qui constituent une créance certaine, liquide et exigible, opposer au bailleur l'inexécution par lui de travaux qui représentent une créance incertaine ».

46. Ex. : Cass. civ. 3^e, 11 mai 1995, *D.* 1996, somm., 124, obs. E. Martine ; *RD rur.* 1995.456 ; bail à ferme ; lors de l'entrée dans les lieux, les bâtiments étaient dans un grand état de vétusté ; le bailleur s'était engagé à les réparer et n'exécute pas sa promesse ; jugé que le preneur était fondé à se prévaloir de l'exception d'inexécution. Il le peut également lorsqu'il a effectué les travaux qui incombent au bailleur et que celui-ci ne le rembourse pas : Cass. civ. 3^e, 11 janvier 2006, *D.* 2006, AJ 443, n. E. Chevrier ; n.p.B.

47. Cass. civ., 26 novembre 1951, *Gaz. Pal.* 1952.I.72 ; *RTD civ.* 1952.241, obs. J. Carbonnier.

48. R. RODIÈRE, « Les accidents d'ascenseurs », *D.* 1956, chron. 13 ; P. ESMEIN, « La chute dans l'escalier », *JCP G* 1956.I.1321.

49. Ex. : Cass. civ. 3^e, 29 avril 1987, *Bull. civ.* III, n° 90 ; *RTD civ.* 1988.149, obs. Ph. Rémy. En l'espèce, le locataire d'un studio meublé avait été blessé par la chute d'une armoire ; la cour d'appel avait

Comme il s'agit de responsabilité contractuelle, on se demande si le bailleur doit avoir été mis en demeure d'effectuer les réparations (art. 1231, ancien art. 1146)⁵⁰. En réalité, comme dans d'autres domaines, la mise en demeure n'est plus une condition de la responsabilité contractuelle. Mais il est souvent nécessaire, afin de pouvoir retenir contre le bailleur une faute contractuelle, que celui-ci ait été informé par le preneur de l'état de la chose, lorsqu'il ne pouvait la surveiller⁵¹. Il ne s'agit pas, à proprement parler, d'une mise en demeure, mais d'une manière de stigmatiser la faute du bailleur et de manifester la volonté du créancier d'obtenir l'exécution lorsque son droit n'est pas certain⁵².

683. 3° Garantie des vices cachés. – Comme tous les fournisseurs d'une chose, le bailleur doit la garantie des vices cachés (art. 1721)⁵³. Son obligation est analogue à celle du vendeur⁵⁴, sauf qu'elle n'a pas à être invoquée dans le délai imposé par l'article 1648 pour la vente. Seuls sont garantis les vices non apparents et inconnus du preneur⁵⁵, même inconnus du bailleur ; c'est au locataire qu'il appartient de prouver que le dommage provient du vice⁵⁶. Le bailleur s'exonère en prouvant que le dommage provient d'une cause étrangère ou d'un cas de force majeure⁵⁷ ; sinon il est responsable⁵⁸.

Lorsque le vice de l'immeuble (ou du meuble) loué est imputable au fournisseur ou au constructeur, le locataire peut agir directement contre celui-ci : cette action est, semble-t-il, de nature délictuelle⁵⁹ (rapp. futur art. 1233 C. civ. – avant-projet de loi sur la responsabilité civile).

Sauf lorsque s'applique la loi du 6 juillet 1989 (art. 6), le droit des locataires à un logement décent, la garantie des vices cachés peut être limitée par une clause du bail, sans pouvoir être complètement exclue⁶⁰. On ne doit pas confondre une telle clause avec les « clauses de prise de

déclaré responsable le bailleur. Cassation : « *Sans constater l'existence d'un vice de la chose louée, ou un manquement des bailleurs à leur obligation d'entretien, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

50. Ex. : Versailles, 19 novembre 1999, *D.* 2001, somm. 170, 2 arrêts : 1^{re} espèce : la chaudière était vétuste ; unilatéralement, les locataires décidèrent de la remplacer : « *les locataires ne sont pas en droit d'invoquer une prétendue compensation avec les loyers qu'ils devaient* » ; ils engagent leur responsabilité ; 2^e espèce : « *la surface du local donné à bail affectée par un dégât des eaux a été de l'ordre de 18 % de la surface totale ; il s'ensuit que le preneur ne pouvait retenir le paiement des loyers* ».

51. *Droit des obligations*, coll. Droit civil ; Cass. soc., 29 mars 1957, *Bull. civ.* IV, n° 401 ; *Gaz. Pal.* 1957.II.59 ; *RTD civ.* 1957.706, obs. J. Carbonnier ; le bailleur connaissait les lieux qu'il habitait.

52. Cass. civ. 1^{re}, 21 février 1984, *Bull. civ.* I, n° 68 : « *Si l'obligation pour le bailleur d'effectuer les grosses réparations n'est pas en principe subordonnée à une mise en demeure, il peut en être différemment en cas de circonstances particulières de nature à en justifier l'existence* » ; en l'espèce, l'immeuble avait été détruit par un incendie ; le bailleur invoquait l'article 1722 et la résiliation du bail ; le preneur soutenait le contraire : « *C'est sans violer l'article 1720 que la cour d'appel a estimé qu'une mise en demeure avait été nécessaire en l'espèce pour bien marquer la volonté du locataire quant à ce qu'il estimait être son droit* ».

53. J.-P. LE GALL, *L'obligation de garantie dans le louage de choses*, th. Paris, LGDJ, 1962.

54. *Supra*, n°s 380 et s.

55. Ex. : Cass. civ., 10 juin 1949, *D.* 1949.496 (vice apparent : cave régulièrement inondée) ; Cass. civ. 3^e, 13 octobre 1981, *Bull. civ.* III, n° 150 (vices cachés dans une dalle et un plancher).

56. Cass. civ. 3^e, 29 avril 1987, préc.

57. Ex. : Req., 11 juillet 1900, *DP* 1900.I.507 (contamination des eaux d'un puits, en raison de celle d'une nappe d'eau) ; Cass. civ. 3^e, 26 octobre 1977, *Bull. civ.* III, n° 357 ; *D.* 1978, IR, 41 (locataire intoxiqué par un chauffe-eau défectueux, en cas de fautes imprévisibles et insurmontables de l'installateur) ; Cass. civ. 3^e, 30 avril 1969, *Bull. civ.* III, n° 343. Comp. Cass. civ. 3^e, 2 avril 2003, *JCP* 2003.IV.1981 : l'effondrement d'une voûte n'est pas dû à un cas de force majeure.

58. Cass. civ. 3^e, 2 juillet 2003, *Bull. civ.* III, n° 138 ; *D.* 2004.1411, n. G. Pignarre ; *Contrats, conc. consom.* 2003, comm. n° 173, n. L. Leveneur : le bailleur doit répondre de la présence d'amiante dans les locaux « *La société ACNF (le bailleur) avait été informée par le syndic [...] avant la signature du bail de la présence d'amiante dans l'immeuble, elle connaissait les risques encourus à plus ou moins long terme et s'était abstenue d'en informer le locataire, la cour d'appel a exactement retenu que le bailleur lui devait, en application des art. 1721, sa garantie pour le trouble qu'il subissait* ».

59. ** Cass. Ass. plén., 12 juillet 1991, Besse (par analogie), cité *supra*, n° 9.

60. Ex. : Cass. soc., 25 octobre 1946, *D.* 1947.88 ; *JCPG* 1947.II.3400, n. P. Esmein ; *Gaz. Pal.* 1946.II.259 ; *RTD civ.* 1947.65, obs. J. Carbonnier : « *La cour d'appel n'a fait qu'user de son pouvoir d'appréciation, en déclarant nulles, pour défaut de cause, les dites clauses qui se complètent, n'ayant*

possession en l'état », qui touchent aux réparations dont le bailleur s'était dispensé. Comme à l'égard des obligations de délivrance et d'entretien, les parties sont libres de répartir elles-mêmes leurs charges financières, mais sans exonérer le bailleur de toute obligation. En outre, ces clauses sont nulles si le bailleur connaissait le vice caché car il serait de mauvaise foi, sauf s'il avait informé le locataire car le vice serait apparent. Jusqu'ici, la jurisprudence n'a pas étendu au bail la règle prétorienne assimilant le vendeur professionnel à un vendeur de mauvaise foi.

Ces stipulations, exorbitantes de la garantie, sont d'interprétation stricte⁶¹.

684. 4° Jouissance paisible. – La jouissance du preneur ne doit pas être troublée par le fait du bailleur ou par celui d'un tiers. L'expression « *garantie de paisible jouissance* », que l'on utilise souvent est inexacte ; il s'agit de l'exécution par le bailleur de son obligation principale : assurer au preneur la jouissance de la chose louée.

Le bailleur doit d'abord faire jouir paisiblement le preneur pendant toute la durée du bail (art. 1719, 3^e). Cette obligation ne peut être écartée, car elle est de l'essence du bail. Par l'effet de la Convention européenne des droits de l'homme, il ne peut, non plus « *priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches* »⁶² ; il doit aussi respecter la vie privée du locataire⁶³. Si le bailleur empêche le preneur de jouir de la chose, celui-ci est dispensé de payer les loyers qui se trouveraient sans cause⁶⁴.

Les applications de cette obligation sont variées, comme le sont les baux eux-mêmes. L'atteinte à la jouissance du preneur, engageant la responsabilité du bailleur, peut être matérielle⁶⁵ : le bailleur ne peut en principe imposer au preneur de souffrir des travaux, sauf lorsqu'il s'agit de réparations urgentes (art. 1724, al. 1) ou de travaux d'amélioration⁶⁶. L'article 1724 n'étant pas d'ordre impératif, les parties peuvent dispenser le bailleur d'indemniser le locataire pour les nuisances

d'autre but que de supprimer la garantie du bailleur dans tous les cas ». Au contraire, est valable la clause restreignant les garanties du bailleur dans des cas déterminés : Cass. civ., 16 juillet 1951, D. 1951.587 ; JCP G 1952.II.6717, n. P. Esmein ; Gaz. Pal. 1951.II.249 ; RTD civ. 1952.78, obs. J. Carbonnier.

61. Ex. : Cass. civ., 25 janvier 1961, JCP G 1962.II.12429, n. R. Savatier.

62. Jurisprudence souvent réitérée depuis Cass. civ. 3^e, 6 mars 1996, Bull. civ. III, n° 60 ; JCP G 1997.II.22764 ; 1996.I.3958, n° 1, obs. Chr. Jamin ; D. 1997.167, n. B. de Lamy ; Defrénois 1996.1433, obs. A. Bénabent ; RTD civ. 1996.897, obs. J. Mestre et 1024, obs. J.-P. Marguénaud : « *les clauses d'un bail d'habitation (en l'espèce d'un HLM) ne pouvaient en vertu de l'article 8.1 de la CEDH avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches* » ; Pour l'incidence des droits fondamentaux prévus par la Convention européenne sur le bail : A. DEBET, *L'influence de la CEDH sur le droit civil*, th. Paris II, Dalloz, 2002, préf. L. Leveneur, n°s 429 et s.

63. Cass. civ. 3^e, 25 février 2004, Bull. civ. III, n° 41 ; D. 2004.1631, n. Chr. Caron ; 2005.753, obs. N. Damas ; Defrénois 2004.1721, obs. J.-L. Aubert ; RDC 2004.988, obs. J.-B. Seube : en l'espèce, un bailleur avait fait visiter les locaux loués sans l'accord de la locataire ; la cour d'appel refusa de le condamner à des dommages-intérêts : « *aucune intention de nuire ou autre faute de la bailleuse n'est démontrée* ». Cassation : « *l'atteinte au respect de la vie privée ouvre droit à réparation* ».

64. Cass. civ. 3^e, 21 décembre 1987, Bull. civ. III, n° 212 : en l'espèce, le bailleur avait mis le preneur dans l'impossibilité d'exercer le commerce prévu par le bail ; cassation de l'arrêt qui avait condamné le locataire à payer les loyers : la cour d'appel devant « *rechercher [...] si du fait de l'inexécution par le bailleur de ses obligations, le locataire ne s'était pas trouvé, après sa prise de possession des locaux, dans l'impossibilité d'y exercer le commerce prévu par le bail* ».

65. Ex. : le bailleur ne peut entrer dans les lieux loués, sauf pour vérifier l'exécution de ses obligations par le preneur ou si la convention l'avait permis ; v. aussi, Cass. civ. 3^e, 4 mars 1987, Bull. civ. III, n° 37 ; dégât des eaux provenant d'un appartement situé à l'étage supérieur et loué à un autre locataire.

66. Tant que les nuisances ne sont pas trop fortes et que les travaux sont avantageux pour les deux parties : PLANIOL, RIPERT, t. XI, préc., TUNC et GIVORD, 2^e éd., n° 513.

causées, à condition cependant que celles-ci ne soient pas excessives⁶⁷. Il ne peut changer la forme de la chose louée (art. 1723), sous la même réserve, qu'il s'agisse d'un changement matériel ou de destination⁶⁸. Plus subtilement, ce changement peut être immatériel et porter atteinte à l'exploitation par le preneur dans les lieux loués d'une clientèle.

La question de savoir dans quelle mesure le bailleur peut exercer dans les lieux un commerce similaire à celui du preneur ou laisser un autre locataire le faire a suscité une abondante jurisprudence, qui prend en considération les circonstances et l'intention des parties. En principe, la paisible jouissance ne comprend pas le droit à la non-concurrence, sauf lorsque le bail a pour objet un fonds de commerce (location-gérance). Le bailleur peut donc exercer lui-même⁶⁹ un commerce similaire⁷⁰. Il en est autrement s'il s'est interdit de l'exercer dans les lieux ou de le laisser exercer ; cette clause, dite de non-concurrence ou d'exclusivité, peut être expresse, ou résulter de l'économie générale du bail, ou même de « circonstances particulières »⁷¹, ce qui est bien vague ; comme toutes les clauses de non-concurrence, elle n'est licite que si elle est limitée dans le temps et dans l'espace⁷² ; en outre, elle s'interprète restrictivement⁷³. Elle est, susceptible d'exécution forcée contre le bailleur, qui risque alors d'engager sa responsabilité envers l'autre preneur qui viole, sans le savoir, la clause d'exclusivité⁷⁴. En l'absence d'un tel engagement ou de telles circonstances, un locataire peut, par l'action oblique (art. 1341-1)⁷⁵ ou en vertu d'une stipulation pour autrui, contraindre un autre locataire à respecter la destination conventionnelle des lieux et supprimer ainsi la concurrence⁷⁶.

67. Ainsi, le bailleur peut en vertu d'une « clause de souffrance », imposer au preneur des travaux d'amélioration sur les accessoires des locaux (parties communes : galerie marchande), fussent-ils longs (trois ans), sous réserve d'un droit à indemnisation : Paris, 28 janvier 1998, *Palais des Congrès*, *D. Aff.* 1998.366. La clause est d'interprétation stricte, par son caractère dérogoire à l'article 1724, même arrêté.

68. Ex. : changement dans les services (conciergerie) mis à la disposition des locataires : Cass. soc., 9 juillet 1959, *Bull. civ. IV*, n° 888 ; *Gaz. Pal.* 1959.II.157 ; *RTD civ.* 1960.329, obs. J. Carbonnier : « Un contrat ne peut être unilatéralement modifié par la volonté des parties ». Pour une galerie marchande modifiée, Paris, 7 octobre 1998, *D. Aff.* 1998.1843.

69. Cass. civ. 3^e, 25 février 1975, *Bull. civ. III*, n° 74 ; *JCP G* 1975.II.18096 ; *RTD civ.* 1975.736, obs. G. Cornu : « Vu l'article 1719, 3 ; cet article impose au bailleur l'obligation de garantir au preneur la jouissance paisible des lieux loués, mais non celle de lui assurer en outre pour l'exercice de son commerce, dans le silence du bail et à défaut de circonstances particulières, le bénéfice d'une exclusivité dans l'immeuble ».

70. Pour le cas où il loue à un tiers, *infra*, n° 685.

71. Aix, 4 janvier 1996, *D.* 1997.102, n. Y. Serra : il s'agissait en l'espèce d'un supermarché qui avait donné en sous-location un local commercial situé sur son parking ; jugé qu'il ne pouvait exercer la même activité que son locataire.

72. Pour les clauses de non-concurrence stipulées dans un contrat de travail : Cass. soc., 10 juillet 2002, 3 arrêts, *Bull. civ. V*, n° 239 ; *D.* 2002, 2491, n. Y. Serra, qui prévoit en outre, au profit du salarié, une compensation financière. *Supra*, n° 558.

73. Cass. civ. 3^e, 8 janvier 1997, *Bull. civ. III*, n° 2.

74. Cass. civ. 3^e, 4 mai 2006, *Bull. civ. III*, n° 107 ; *JCP G* 2006.II.10119, n. O. Deshayes ; *RDC* 2006.1154, obs. J.-B. Seube, 2007.267, obs. D. Mazeaud, 295, n. G. Viney et 419, n. M. Behar-Touchais : « Le locataire bénéficiaire d'une clause d'exclusivité qui lui a été consentie par son bailleur est en droit d'exiger que ce dernier fasse respecter cette clause par ses autres locataires, même si ceux-ci ne sont pas parties au contrat contenant cette stipulation ».

75. Cass. civ. 3^e, 4 février 1986, *Rev. loyers* 1986.182 ; n.p.B.

76. Cass. civ. 3^e, 4 décembre 1984, *Bull. civ. III*, n° 203 : « L'article 1166 [devenu art. 1341-1] permet aux créanciers d'exercer tous les droits et actions de leurs débiteurs, sans distinguer selon l'origine de l'obligation ; l'arrêt qui retient que l'article 1719 faisait obligation à la commune de faire jouir paisiblement la sté Papazian n'avait pas à rechercher si la commune avait pris l'engagement de garantir une exclusivité à cette sté ». En l'espèce, la commune de Cassis avait loué un terrain à la sté Plage du Bestouan « l'autorisant à édifier des terrasses et des cabines de bains » et elle avait également loué le terrain contigu à la sté Papazian « pour l'exploitation d'un débit de boissons et coquillages » ; « La sté P. de B. ayant installé sur le terrain dont elle est locataire un commerce de snack-bar, la sté P., déclarant exercer les actions ouvertes à la commune de C., a demandé qu'il soit fait interdiction à la

685. Troubles occasionnés par un tiers. – L'article 1725 distingue les troubles de fait et les troubles de droit.

1° Dans les premiers, le preneur est victime d'une **voie de fait** commise par une personne qui ne revendique aucun droit sur la chose louée ; le bailleur ne doit pas de garantie⁷⁷ ; il appartient au preneur d'agir directement contre le tiers, en exerçant notamment l'action possessoire que le Code civil ouvre au détenteur (art. 2278).

L'auteur du trouble de fait doit être un tiers. Est un tiers, et par conséquent le bailleur n'en répond pas, un de ses copropriétaires⁷⁸. Au contraire, ne sont pas des tiers, et par conséquent le bailleur doit en répondre, tous ceux qu'il a autorisés directement ou indirectement à se trouver dans l'immeuble : le préposé du bailleur (ex. : un concierge)... un colocataire⁷⁹... un client d'un locataire⁸⁰... un entrepreneur⁸¹. Cette règle s'applique à tous les baux⁸². La loi du 6 juillet 1989 oblige le bailleur à faire cesser les troubles du voisinage causés par les locataires dont il répond (art. 6-1), soit au préjudice d'autres locataires, soit de tiers.

Le bailleur n'est pas responsable du vol dont un de ses locataires a été victime, sauf faute prouvée⁸³, car à la différence du dépositaire⁸⁴, il n'assume aucune obligation de garde, sauf convention particulière⁸⁵.

sté P. de B., sous astreinte, d'avoir une activité autre que celle prévue par son bail ». Condamnation de la sté P. de B à respecter le bail dont jouit la sté Papazian. En cas de clause d'exclusivité, *infra*, n° 685.

77. Ex. : Cass. civ. 3^e, 10 novembre 1987, *aff. des clochards*, *Bull. civ. III*, n° 183. En l'espèce, la porte d'entrée d'un immeuble à usage locatif (une HLM) n'était pas pourvue de dispositifs de fermeture : « *Il en résulte de nombreuses intrusions, notamment de clochards, avec les inconvénients de toute nature dont ces hôtes de passage (sic) sont la source* » ; la cour d'appel condamna le bailleur « *à faire cesser les troubles de jouissance subis par les locataires d'un immeuble en munissant la porte d'entrée de celui-ci d'une fermeture de son choix* ». Cassation : « *Le bailleur n'est pas tenu de garantir le preneur du trouble que des tiers apportent par voies de fait à sa jouissance sans prétendre à un droit sur la chose louée* ».

78. Cass. civ. 3^e, 25 mars 1998, *Bull. civ. III*, n° 73 ; *D. Aff.* 1998.752 ; *JCPG* 1998.II.10107, n. Djigo : « *Cette copropriétaire était, à l'égard de la société bailleuse, autre copropriétaire, un tiers au sens de l'article 1725* ».

79. Ex. : Cass. civ. 3^e, 16 novembre 1994, *Bull. civ. III*, n° 189 ; *JCPG* 1995.II.22391, n. Djigo : « *Un locataire n'est pas un tiers au sens du texte susvisé* » (art. 1725) ; en l'espèce, jugé que le bailleur devait sa garantie au locataire qui ne pouvait faire les réparations urgentes au lieu loué, en raison de l'opposition d'un autre locataire.

80. Cass. civ. 3^e, 22 octobre 2003, *Bull. civ. III*, n° 177 ; *D.* 2004.2078, n. C. Boulogne-Yang-Ting, somm. 837, obs. N. Damas.

81. Y compris au sens large : ex. commune étant intervenue sur des canalisations et ayant provoqué des infiltrations : Cass. civ. 3^e, 7 novembre 2001, *Bull. civ. III*, n° 121 ; *D.* 2002, AJ 404.

82. Ex. : Cass. civ. 3^e, 30 novembre 1988, *Bull. civ. III*, n° 169 : « *L'obligation du bailleur de faire jouir paisiblement le preneur de la chose louée pendant la durée du bail, qui tient à la nature du contrat, ne comporte pas d'exception tenant à la qualité du bailleur* » : un organisme d'habitations à loyer modéré ne saurait donc prétendre n'être pas tenu à garantie du fait de troubles causés à d'autres locataires au prétendu motif que l'attribution des logements obéit à des règles qui suppriment le droit de choisir des locataires, droit dont dispose habituellement le bailleur.

83. Ex. : Cass. civ., 7 août 1951, *D.* 1951.682 : « *Le bailleur n'encourt en principe aucune responsabilité à raison du vol commis par un tiers au préjudice du locataire dans les locaux faisant l'objet du bail ; il en est autrement dans le cas seulement où la perpétration du vol se rattache par un lien direct de causalité à une faute déterminée dudit bailleur ou de ses préposés* ».

84. *Infra*, n°s 889-892.

85. Sur la valeur de la clause par laquelle le preneur renonce à tout recours en cas de vol : Cass. civ. 3^e, 17 juillet 1986, *Bull. civ. III*, n° 114 ; *D.* 1987.481, n. Ph. Delebecque : « *Le seul fait que la société Fiparim ait organisé un gardiennage du centre commercial dont elle est propriétaire ne suffit pas à lui interdire de se prévaloir de la clause du bail par laquelle le preneur renonçait à tout recours en cas de vol* ». En l'espèce, un local du Louvre des Antiquaires avait été l'objet d'un cambriolage nocturne ; le système électronique de surveillance mis en place par le bailleur n'avait pas fonctionné ; jugé que le bailleur n'était pas responsable, car était valable la clause d'irresponsabilité, aucune faute lourde n'ayant été commise par lui.

2° La garantie des **troubles de droit** (art. 1726 et 1727)⁸⁶ est due par le bailleur, à condition qu'il ait été informé ou appelé en garantie par le preneur. Et que l'attention du preneur n'ait pas été attirée sur les risques d'éviction⁸⁷. Suivant l'importance de l'éviction – partielle ou totale –, le bail sera résilié ou subsistera pour partie, avec une diminution correspondante du loyer.

§ 2. OBLIGATIONS DU PRENEUR

Pendant sa jouissance, le preneur doit respecter la destination conventionnelle de la chose. Il devra la restituer en bon état à l'issue du bail ; de là, ses obligations en matière de réparations locatives et d'incendie.

686. 1° Usage de la chose. – L'article 1728, 1° (v. également L. 6 juillet 1989, art. 7, a et b) impose au locataire une double obligation négative : user de la chose « raisonnablement », c'est-à-dire ne pas commettre d'abus de jouissance et respecter la destination de la chose louée, obligation sanctionnée par l'article 1729.

1) La première obligation est définie par le standard habituel dans le Code civil, et n'implique pas un examen du bail ; dans la jurisprudence, les **abus de jouissance** sont variés : tapage nocturne⁸⁸, transformation des locaux en lieux de débauche⁸⁹, hébergement d'un fou dangereux⁹⁰ ; le caractère abusif d'un comportement est apprécié restrictivement⁹¹. Ainsi, la présence d'animaux de compagnie n'est pas en soi répréhensible, sauf s'ils sont dangereux⁹².

La loi du 6 juillet 1989 autorise le bailleur à insérer une clause de résiliation de plein droit en cas de troubles du voisinage causés par le preneur, constatés par une décision de justice (art. 4, g). Elle oblige également (art. 7, L. du 24 mars 2014) le locataire à souscrire une assurance de responsabilité civile.

Le contenu de la seconde obligation, au contraire, dépend de la convention des parties et, à défaut d'accord exprès, de leur volonté découverte d'après les circonstances. Elle est, en réalité, double.

Le preneur, d'une part, ne peut modifier, en principe, l'usage convenu de la chose louée⁹³. Plus généralement, il doit en jouir « raisonnablement », à peine de résiliation du bail (art. 1728 et 1729). La règle s'applique notamment aux

86. Ex. : un tiers revendique un droit de propriété ou d'usufruit, même en commettant une voie de fait (art. 1727), ou réclame le bénéfice d'une servitude sur la chose louée.

87. V. en matière de louage de choses mobilières incorporelles (brevets) : TGI, Paris, 14 décembre 1994, *JCP G* 1997.II.22892, n. J.-J. Burst, validité de la clause « *risques et périls* ».

88. Ex. : Cass. soc., 8 juin 1956, *Bull. civ.* IV, n° 532 : « *Berosta, troublant la tranquillité des voisins par un bruit anormal jusqu'à une heure avancée de la nuit, ne jouissait pas en bon père de famille et ne pouvait dès lors être considéré comme de bonne foi* ».

89. Ex. : Cass. civ. 3°, 6 février 1973, *Bull. civ.* III, n° 91 ; en l'espèce, le locataire avait été condamné pour proxénétisme hôtelier et, à la demande du bailleur, le bail avait été résilié ; le pourvoi faisait valoir que « *la résolution du contrat ne peut sanctionner que la violation d'une obligation contractuelle* » ; rejet : « *le non-respect par Bertz de ses obligations était suffisamment grave pour entraîner la résolution du bail* ».

90. Ex. : Req., 23 avril 1898, *DP* 1898.I.507.

91. Ex. : Cass. civ. 3°, 10 novembre 2009, n° 08-21874, *Bull. civ.* III n° 245 : les troubles du voisinage causés par des visiteurs « *ne justifient pas le prononcé de la résiliation du bail* », alors qu'il n'était pas prouvé qu'ils aient continué ; Cass. civ. 3°, 6 mars 1996, *supra*, n° 684 ; est nulle, par application de la Convention européenne des droits de l'homme, la clause qui interdirait au locataire d'accueillir ses proches.

92. Paris, 28 octobre 1999, *D.* 1999, IR, 275 (chien agressif, résiliation du bail).

93. C. BOULOGNE-YANG-TING, *JCP G* 2005.I.131 (sur l'interdiction des modifications, par voie de travaux).

baux d'immeubles : un immeuble loué à usage d'habitation ne peut servir à l'exploitation d'un commerce⁹⁴, sauf accord du bailleur⁹⁵. De même, la clause imposant au preneur une habitation bourgeoise interdit l'exercice d'une profession commerciale ou artisanale dans les lieux, si ce n'est même, dans certains cas, toute profession⁹⁶. Le bail commercial détermine l'activité qui peut être exercée dans les lieux, à l'exclusion de toute autre. Le bail rural fait de même (art. 1766)⁹⁷.

Les législations spéciales afin de faciliter l'exploitation, qui implique souvent une adaptation aux circonstances économiques nouvelles, assouplissent le principe du respect de la destination initiale convenue⁹⁸.

2) Il ne peut, d'autre part, **modifier la substance** de la chose louée (v. également L. 6 juillet 1989, art. 7, f) ; par exemple, supprimer une cloison, élargir une porte, percer un gros mur, sans l'autorisation expresse du bailleur⁹⁹. En revanche, les modifications qui n'affectent que la jouissance (ex. : affectation des pièces d'un appartement) peuvent être librement décidées par le preneur. Et les clauses contraires sont nulles¹⁰⁰.

Dans certains cas, les modifications sont même imposées au preneur, par exemple s'il existe un accord collectif dans l'immeuble¹⁰¹.

94. Ex. : Cass. civ. 3^e, 4 janvier 1991, *Bull. civ.* III, n° 2 ; *RTD civ.* 1992.138, obs. P.-Y. Gautier : interdiction pour un locataire de faire des sous-locations touristiques pendant les vacances, d'un appartement à destination bourgeoise.

95. Cass. Ass. plén., 3 mai 1956, *Bull. civ. Ass. plén.*, n° 1 ; *Gaz. Pal.* 1956.I.394 : le consentement du bailleur ne résulte pas d'une simple tolérance : « Le caractère d'une location est déterminé, en principe, non par l'usage que le locataire a pu faire de la chose louée mais par la destination que lui ont donnée les parties contractantes ; une simple attitude passive du bailleur n'implique pas, à elle seule, ni une modification de la nature même du bail, ni un consentement à un changement de destination des lieux en l'absence d'autres circonstances relevées par les juges du bail et la caractérisant en ce sens » ; en l'espèce, le locataire avait, dans les lieux loués à usage d'habitation, exploité un commerce de poisson au détail ; à l'expiration du bail, la cour d'appel lui a accordé le renouvellement : « En le laissant faire (son négoce) pendant des années, les bailleurs doivent être considérés comme ayant tacitement autorisé leur locataire à exploiter un commerce ». Cassation.

96. Contentieux abondant. L'interprétation de la clause soulève des difficultés. En principe, elle n'est pas incompatible avec l'exercice d'une profession libérale : ex. : Cass. soc., 11 octobre 1957, *Bull. civ.* IV, n° 948 ; *D.* 1957.711 ; *Gaz. Pal.* 1957.II.292 ; *RTD civ.* 1959.118, obs. J. Carbonnier : « La clause d'habitation bourgeoise contenue dans un bail n'interdisait pas nécessairement toute activité professionnelle dans les lieux lorsqu'elle ne s'accompagne d'aucun autre élément faisant apparaître l'intention des parties en ce sens ». Sauf s'il s'agit d'une clause d'habitation exclusivement bourgeoise : Cass. soc., 19 décembre 1958, *Bull. civ.* IV, n° 1382 : « La formule employée dans le bail était exclusive et interdisait toute occupation autre que bourgeoise et par conséquent, une activité professionnelle ». La clause est incompatible avec l'exercice d'une profession... commerciale : Cass. soc., 11 mars 1965, *Bull. civ.* IV, n° 223... ou artisanale : Cass. soc., 11 octobre 1957, préc.

97. Cass. civ. 3^e, 14 mai 1997, *D.* 1998.176, n. I. Couturier ; n.p.B. : interdiction de l'exploitation commerciale ou touristique du bien rural loué : « le bail interdisait aux preneurs d'exercer dans les lieux loués une activité commerciale, la cour d'appel (l'a, à bon droit, résilié) en retenant que les époux D. commercialisaient dans les lieux loués des produits ne provenant pas de leur exploitation tels le cidre ou le calvados et qu'ils organisaient, à un échelon touristique, avec des publicités dans un journal, des visites payantes, individuelles ou en groupe de leurs installations fromagères ».

98. Ex. : déspecialisation des baux commerciaux (C. com., art. L. 145-47 et s.) ; changement du mode de culture par le fermier (C. rur. pm., art. L. 411-29) ; le refus du bailleur est vaincu par une autorisation judiciaire. Le contrat peut interdire toute modification des lieux loués, ou la subordonner à l'autorisation du bailleur ; en ce dernier cas : « le refus d'autorisation doit être légitime et justifié, faute de quoi celui-ci constitue un abus de droit », Paris, 25 juin 2002, *D.* 2003.69, n. crit. Y. Rouquet.

99. Ex. : Cass. civ. 3^e, 26 septembre 2001, *Bull. civ.* III, n° 102.

100. Ex. Cass. civ. 3^e, 3 novembre 2005, *Bull. civ.* III, n° 207 : « le bail ne peut soumettre l'installation, par un locataire, d'une antenne parabolique de télévision à l'autorisation préalable du bailleur ».

101. Cass. civ. 3^e, 28 juin 2000, *Bull. civ.* III, n° 131 ; *RTD civ.* 2001.160, obs. P.-Y. Gautier : raccordement collectif au réseau câblé de télévision, auquel le locataire ne peut s'opposer, dès lors que la

La violation de ces obligations par le preneur relève du droit commun des contrats, bien qu'un texte du Code civil la vise spécialement (art. 1729) : action résolutoire, jeu d'une clause résolutoire expresse, responsabilité contractuelle (le cas échéant, réparation en nature). Le bailleur n'est pas tenu d'attendre la fin du bail pour demander la résolution¹⁰².

687. Obligation d'exploiter. – Le preneur n'a pas seulement le droit de jouir de la chose. Dans plusieurs cas, il doit l'exploiter. Cette obligation résulte de certains statuts spéciaux et s'explique par deux raisons différentes : il existe souvent une association d'intérêts entre le bailleur et le preneur, le premier tirant avantage de l'exploitation de sa chose : le fonds rural gagne à la mise en culture, l'emplacement commercial prend de la valeur si le fonds qui y est exploité attire une clientèle consistante ; de plus, la protection qu'accordent aux preneurs les statuts spéciaux implique que ceux-ci soient effectivement exploitants : le défaut d'exploitation ou l'exploitation défectueuse sont des motifs de résiliation et de non-renouvellement du bail (C. rur. pm., art. L. 411-31, L. 411-53 ; C. com., art. L. 145-8). Le bailleur devra cependant mettre en demeure le preneur d'exploiter et ce n'est qu'en cas de persistance de sa carence, qu'il pourra faire jouer la résolution¹⁰³.

Dans un esprit voisin, les baux d'habitation imposent au preneur de garnir les lieux loués de meubles en quantité suffisante, afin de permettre l'exercice par le bailleur de son privilège ; les statuts spéciaux (ex. : L. de 1948) n'accordent de droit au maintien dans les lieux ou au renouvellement qu'à l'occupant ou au locataire effectifs.

688. 2° Restitutions ; réparations. – Les autres obligations du preneur sont orientées vers la restitution finale : le preneur, comme tout détenteur de la chose d'autrui, devra restituer en fin de bail la chose dans l'état où elle se trouvait lors de son entrée en jouissance, compte tenu de l'usure normale due à cette jouissance et de sa vétusté tenant à l'écoulement du temps. Dans cette mesure, le preneur doit conserver la chose en effectuant certaines réparations ; il répond en principe de sa dégradation, laquelle s'apprécie par rapport à l'état initial (art. 1730 à 1732)¹⁰⁴. Cette règle ne s'applique pas aux locations de fonds de commerce¹⁰⁵.

Si le locataire n'effectue pas les réparations, le bailleur obtiendra des dommages-intérêts, uniquement pour réparer le préjudice qu'il aurait subi¹⁰⁶. Il peut également se plaindre de la perte de valeur du bien, du fait du comportement du locataire¹⁰⁷.

L'obligation de réparer n'est formellement énoncée qu'à l'égard des baux à loyer (art. 1754 et 1755 ; C. rur. pm., art. L. 415-4 ; L. 6 juillet 1989, art. 5) ; elle n'est qu'une conséquence naturelle de l'obligation de restituer. Aussi comporte-t-elle les mêmes limites : pas d'obligation d'entretenir (réparer, remplacer) ce qui est dégradé par vétusté ou – c'est le droit commun – par cas fortuit

majorité des autres occupants y a adhéré : « un accord proposé par un bailleur et approuvé par la majorité des locataires impose à tous cet accord, intervenu dans le respect des dispositions légales, ne va pas à l'encontre du principe de la libre concurrence ».

102. Cass. civ. 3^e, 30 juin 2004, *Bull. civ. III*, n° 134 ; *RDC* 2005.345, obs. J.-B. Seube.

103. Cass. civ. 3^e, 13 novembre 1997, *Bull. civ. III*, n° 201 : « il appartient au bailleur (bail commercial) d'établir la persistance de l'infraction aux clauses du bail après l'expiration du délai de mise en demeure ».

104. En matière d'environnement, par. ex., l'obligation de dépollution du site incombe aux locataires successifs, non au propriétaire : Cass. civ. 3^e, 2 avril 2008, *Bull. civ. III*, n° 63 ; *RDC* 2008.1248, obs. Gw. Lardeux.

105. *Supra*, n° 601.

106. Cass. civ. 3^e, 3 décembre 2003, *Bull. civ. III*, n° 221 ; *RDC* 2004, p. 280, obs. Ph. Stoffel-Munck et p. 359, obs. J.-B. Seube : « des dommages-intérêts ne peuvent être alloués que si le juge, au moment où il statue, constate qu'il est résulté un préjudice de la faute contractuelle ».

107. Cass. com., 6 mai 2002, *Bull. civ. IV*, n° 79 ; *Contrats, conc. consom.* 2002, comm. n° 120, n. L. Leveneur : location-gérance d'un fonds de commerce non exploité par le preneur : « Le locataire-gérant tenu à l'expiration du contrat de restituer le fonds en tous ses éléments, doit répondre de la perte de valeur de celui-ci, lorsqu'elle est survenue par sa faute ».

ou force majeure, sauf clause contraire du bail¹⁰⁸. La liste des réparations locatives, opposées à celles que doit effectuer le bailleur, est donnée, à titre indicatif, par l'article 1754 et le décret du 26 août 1987 ; elle résulte, le plus souvent, de l'usage des lieux et de la convention des parties¹⁰⁹. La Cour de cassation utilise parfois les règles relatives à l'usufruit (art. 606) pour déterminer – de façon assez stricte – ce qu'il faut entendre par « grosses réparations » à la charge du bailleur¹¹⁰. Le bailleur ne saurait mettre à la charge du locataire les grosses réparations touchant à la structure même de la chose louée¹¹¹.

Lorsqu'à l'issue du bail est constatée la dégradation de la chose, si celle-ci n'est pas due à la vétusté ou à l'usage normal du bien loué, le preneur est en principe responsable : il manque à son obligation de restitution (art. 1732) et doit réparer le préjudice causé¹¹². Dans la distinction entre les obligations de moyens et de résultat, l'obligation du preneur, comme bien d'autres, occupe une position intermédiaire ; d'une part, le bailleur n'a pas à prouver la faute du preneur, comme s'il s'agissait d'une obligation de résultat ; d'autre part, le preneur peut s'exonérer en démontrant non seulement l'existence d'une cause étrangère, mais encore son absence de faute : l'obligation de résultat est atténuée.

La perte ou la dégradation n'engage la responsabilité du preneur que si elle provient de l'exécution de réparations locatives¹¹³ ou d'un abus de jouissance personnel ou d'une personne de sa maison (art. 1735)¹¹⁴. Pour protéger le locataire, la Cour de cassation comprend souvent avec étroitesse cette application de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui¹¹⁵. Mais

108. Cass. civ. 3^e, 14 décembre 1988, *JCP G* 1989.IV.60 ; n.p.B. : « *Il n'y a pas lieu d'appliquer ce texte (art. 1755) pour les réparations dont le bail a prévu qu'elles seraient supportées par le locataire* ». Encore faut-il que la clause contraire soit claire : Cass. civ. 3^e, 31 octobre 2006, *Bull. civ.* III, n° 212 (dégâts causés par une tempête, la clause portait que le locataire renonçait à toute réparation et que ce serait lui qui effectuerait les grosses réparations prévues à l'art. 606. Cassation de l'arrêt qui l'avait interprété en en faisant exception à l'art. 1755).

109. Lorsque la charge incombant au preneur est augmentée, la convention est d'interprétation stricte : J. CARBONNIER, obs., *RTD civ.* 1953. 710 ; Ph. DE BELOT, « Les réparations locatives », *RDI* 1990.163.

110. Cass. civ. 3^e, 13 juillet 2005, *Bull. civ.* III, n° 155 ; *RTD civ.* 2005.795, obs. P.-Y. Gautier : sont des grosses réparations celles qui touchent à la « *structure de l'immeuble et sa solidité générale* » (remise en état après inondations).

111. Ex. : Cass. civ. 3^e, 28 mai 2008, *Bull. civ.* III, n° 98 ; *RDC* 2008.1259, obs. J.-B. Seube : « *travaux nécessaires qui touchent au gros œuvre* » : courts de tennis à l'abandon.

112. Ex. : Cass. civ. 3^e, 11 décembre 1991, *Bull. civ.* III, n° 310 : impossibilité de la relocation avant l'achèvement des travaux qui incombaient au preneur.

113. L'obligation du locataire de procéder aux réparations locatives disparaît si les dégradations de la chose avaient été rendues nécessaires... par la force majeure ou le vice de la chose. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 4 novembre 1987, *Gaz. Pal.* 1988, I, pan. 6 : location d'une bétonnière qui « *s'était révélée, très peu de temps après la conclusion du bail, atteinte de défauts excluant toute remise en état et la rendant totalement inutilisable sans qu'il puisse y avoir à l'origine une faute du preneur [...]* ; dans ces conditions, l'abandon par la société (locataire) de l'engin au bord de la route n'était pas fautif »... ou par la vétusté : Cass. civ. 3^e, 17 octobre 1990, *Bull. civ.* III, n° 188 : le preneur n'est pas tenu lors de la restitution des lieux « *à la remise à neuf des papiers peints, peintures et revêtements de sol, atteints par la vétusté après 14 années d'occupation* ».

114. Ex. : pour un ouvrier : Cass. soc., 29 mai 1954, *D.* 1954.571 : « *L'article 1735 prévoit que le preneur est tenu des dégradations et des pertes qui arrivent par le fait des personnes de sa maison ; cette expression doit être entendue dans son sens le plus large ; par suite, l'arrêt attaqué a pu considérer le preneur responsable de la faute (qui avait causé un incendie) commise par un plombier qu'il avait chargé d'effectuer une réparation dans un appartement, bien que celui-ci avait la qualité d'entrepreneur et ne se trouvait pas sous sa dépendance et sa subordination, la responsabilité du preneur n'étant pas, en l'espèce, celle d'un employeur répondant du fait d'un préposé en vertu de l'article 1384, mais celle d'un locataire responsable des faits imputables aux personnes de sa maison en vertu de l'article 1735* ».

115. Ex. : Cass. civ. 3^e, 19 novembre 2008, *Bull. civ.* III, n° 174 ; *D.* 2008.3004, n. Y. Rouquet et 2009.897, n. N. Damas ; *RTD civ.* 2009.132, obs. P.-Y. Gautier ; *Defrénois* 2009.435,

l'article 1732 a pour effet de faire peser sur le preneur la charge de prouver la cause des dégradations ou des pertes pour s'exonérer de la responsabilité. La clause qui fait supporter au preneur les risques de perte ou de détérioration peut être annulée parce qu'abusive¹¹⁶.

Reste à établir, en principe à la fin du bail sauf si l'existence du bien est en péril, les dégradations ou les pertes, ce qui implique une comparaison entre l'état initial et l'état final de la chose louée. La preuve de l'état initial peut résulter d'un état des lieux (art. 1730)¹¹⁷ ou d'un examen contradictoire ou authentique de la chose. À défaut, le Code civil (art. 1731) présume que le preneur a reçu la chose en bon état et doit la rendre telle¹¹⁸. Cette présomption est susceptible de preuve contraire¹¹⁹; la loi du 6 juillet 1989 (art. 3, al. 2, dern. phr.) prévoit qu'« à défaut d'état des lieux, la présomption établie par l'article 1731 ne peut être invoquée par celle des parties qui a fait obstacle à l'établissement de l'état des lieux »¹²⁰. La jurisprudence a étendu cette règle à tous les baux d'habitation et à usage mixte¹²¹. Un état des lieux est également exigé dans les baux commerciaux (C. com., art. L. 145-40-1, loi du 18 juin 2014).

L'art. 3-2, réd. loi du 24 mars 2014, impose la rédaction d'un état des lieux type. Si le locataire continue à occuper les locaux après la résiliation – situation « d'après-contrat », l'article 1732 s'applique encore, en tant que de raison¹²².

En cas de fautes avérées du locataire, le bailleur n'est pas tenu d'attendre la fin du bail et peut agir immédiatement en résiliation¹²³.

689. Impenses. – Le locataire ne peut apporter de transformations à la chose louée sans autorisation du bailleur ou permission de la loi. Les impenses qu'il aurait réalisées ne donnent lieu, à aucune indemnité¹²⁴. à trois exceptions près.

n. Y. Dagorne-Labbé ; *RDC* 2009. 515, obs. O. Deshayes et 604, obs. Gw. Lardeux : le médecin autorisé à recevoir des patients à son domicile et son épouse ne peuvent « être personnellement tenus pour responsables du comportement de certains des patients [...] dans les parties communes de l'immeuble » : (toxicomanes faisant de ces parties communes des lieux d'aisance).

116. Cass. civ. 1^{re}, 6 janvier 1994, *Bull. civ. I*, n° 8 : jugé que dans un contrat de location d'automobile pour une longue durée « cette clause [...] confère au bailleur un avantage excessif ».

117. Cass. civ. 3^e, 28 février 1990, *Bull. civ. III*, n° 64 ; *D.* 1990, somm., 305, obs. Ph. Bihl : si l'état des lieux est « sommaire », les lieux loués sont présumés avoir été en bon état. N'étant pas un contrat, il peut n'être établi qu'en un seul exemplaire : Cass. civ. 3^e, 23 mai 2002, *Bull. civ. III*, n° 109 ; *D.* 2002, IR, 1807.

118. Le constat fait foi jusqu'à preuve contraire : Cass. civ. 3^e, 23 mai 2002, *Bull. civ. III*, n° 110, « un état des lieux dressé contradictoirement constate une situation de fait jusqu'à preuve contraire ».

119. Req., 27 décembre 1921, *DP* 1922.I.103 : « Aux termes de l'article 1731, en matière de bail de maison ou de biens ruraux, lorsqu'il n'a pas été fait d'état des lieux, le preneur est présumé les avoir reçus en bon état de réparations locatives, sauf la preuve contraire ; cette preuve contraire peut être faite par témoins, puisqu'elle porte sur un état de choses matériel et non sur un fait juridique ; pour repousser la preuve testimoniale, le bailleur ne pouvait se prévaloir de la clause d'après laquelle un état des lieux devait être dressé aux frais (du locataire) ; cette clause qui, d'ailleurs, n'a pas été exécutée, ne saurait impliquer, de la part des preneurs, renonciation à se prévaloir du bénéfice de la preuve qui leur appartenait légalement ».

120. Cass. civ. 3^e, 5 mai 1993, *Bull. civ. III*, n° 61 : « L'article 21 de la L. 22 juin 1982 (auj. art. 3, L. 6 juillet 1989), lequel est applicable aux baux en cours, excluant expressément la présomption prévue par l'article 1731 [...] ; dès lors, ne saurait être tenu du paiement d'une somme à ce titre, le locataire sortant si aucun constat contradictoire n'avait été dressé à son entrée dans les lieux loués et si le bailleur ne démontrait pas que les défauts relevés lui sont imputables ». Le locataire doit prouver que le bailleur a empêché que le constat fût dressé : Cass. civ. 3^e, 7 octobre 1998, *D.* 1999, somm. 143.

121. Cass. civ. 3^e, 16 mai 2000, *Defrénois* 2001, art. 37374, p. 783, n. R. Crône ; n.p.B.

122. Cf. pour un crédit-bail : Cass. civ. 3^e, 2 mars 2005, *Bull. civ. III*, n° 55 ; *RDC* 2005.1087, obs. J.-B. Seube ; *JCP G* 2006.II.10037, n. C. Hardouin Le Goff : en l'espèce, après résiliation d'un contrat de crédit-bail, le crédit-locataire était resté dans les lieux ; approuvé par la Cour de cassation, les juges ont décidé « que la continuation de l'occupation après résiliation du contrat pouvait s'éclairer, quant aux obligations des parties, d'après la convention intervenue ».

123. Cass. civ. 3^e, 30 juin 2004, *Bull. civ. III*, n° 134.

124. Ex. : Cass. civ. 3^e, 16 septembre 2009, n° 08-10487, *Bull. civ. III*, n° 193 : « en l'absence de clause contraire du bail, l'accession des travaux d'amélioration exécutés par le preneur dans les lieux loués, sans en informer le bailleur, doit se faire sans indemnité ».

S'il s'agit de véritables constructions, la jurisprudence n'est pas plus claire. Elle décide que l'accession joue au profit du bailleur, par application de l'article 555, mais de manière différée, qu'il n'acquiert donc la propriété de ces constructions qu'à l'expiration du bail et qu'à fin de protéger l'indépendance du preneur, celui-ci en a la propriété temporaire pendant la durée du bail¹²⁵. Mais à l'expiration du bail, le bailleur, par application de l'article 1731, est en droit de demander la restitution de la chose louée en son état primitif, même si les constructions avaient été faites avec son accord¹²⁶.

La loi du 6 juill. 1989 prévoit que non autorisé, le locataire s'expose au transfert gratuit au bailleur des améliorations, sauf à celui-ci à exiger une remise en état (art. 7 f). Le bail peut régler le sort des simples améliorations et prévoir le paiement d'une indemnité au preneur. Certains statuts spéciaux donnent au preneur un droit à indemnisation, pour les améliorations apportées au bien loué : bail rural (C. rur. pm., art. L. 411-69 à L. 411-78)¹²⁷ ; bail d'habitation, lorsque les travaux relèvent de la loi du 12 juillet 1967 (art. 5)¹²⁸.

690. Incendie. – La responsabilité du preneur du fait de l'incendie est lourde (art. 1733 et 1734)¹²⁹. Pour s'exonérer, la preuve de son absence de faute est

125. Longue série de jurisprudence ; ex. : Cass. civ. 3^e, 4 avril 2002, *Bull. civ.* III, n° 82 ; *D.* 2002.2508, obs. Bl. Mallet-Bricout ; *JCP G* 2003.II.10022, n. M. Keïta ; *RTD civ.* 2001.114, obs. Th. Revet : « ayant relevé, à bon droit, qu'en application de l'art. 555 (sic : le texte dit le contraire), le preneur restait propriétaire, pendant la durée de la location, des constructions qu'il avait régulièrement édifiées sur le terrain loué et que la clause d'accession insérée au bail prévoyant que le bailleur deviendrait propriétaire desdites constructions ne pouvait jouer qu'en fin de bail et à défaut de renouvellement »...

126. Ex. : Cass. civ. 3^e, 12 juillet 2000, *Bull. civ.* III, n° 143 ; *JCP G* 2001.II.10537, n. Chr. Chalas ; *JCP N* 2001.1587, n. V. Lasserre-Kiessow ; en l'espèce, le propriétaire d'un terrain l'avait loué à une société frigorifique, qui avait « réalisé des constructions nouvelles sur une longue période avec l'accord du propriétaire » ; la cour d'appel avait estimé que le locataire était de bonne foi et que par application de l'art. 555, al. 4 le bailleur ne pouvait exiger leur destruction et devait à son choix indemniser le locataire de la dépense faite ou du coût de la construction. Cassation : « le terme de bonne foi, employé par l'art. 555, s'entend par référence à l'art. 550, et ne vise que celui qui possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore le vice et le bailleur était en droit de réclamer la restitution de la chose en son état primitif ».

127. Il est difficile de prouver ce qu'est une amélioration culturale : ex. : Cass. civ. 3^e, 7 juillet 1993 et 2 décembre 1992, *Bull. civ.* III, n° 110 (1^{re} esp.) ; *JCP G* 1994.II.22234, n. crit. P. Ourliac ; *RTD civ.* 1994.377, obs. P.-Y. Gautier ; ces arrêts induisent l'amélioration culturale... d'une augmentation du cheptel (1^{re} esp.)... du rendement (2^e esp.). C'est surtout à l'égard des quotas (laitiers, betteraviers, viticoles) que l'application de la règle soulève des difficultés : le droit à un quota ne confère au preneur ni créance, ni dette ; ex. : quotas viticoles : Cass. civ. 3^e, 29 mars 2000, *Bull. civ.* III, n° 71 ; *D.* 2000.709, n. E. Agostini et Fr. Roussel : le preneur sortant n'a pas droit à indemnité lorsqu'il a apporté à l'exploitation le droit de planter des vignes résultant d'une autorisation administrative ; quotas betteraviers : Cass. civ. 3^e, 3 avril 1996, *Bull. civ.* III, n° 98 : « le droit à la livraison d'un contingent de betteraves attaché à l'exploitation ne constituant pas une amélioration culturale, la cour d'appel a retenu, à bon droit, qu'il n'y avait pas lieu à indemnisation de ce chef au profit du preneur sortant ». Le remplacement des vignes par le fermier n'est pas une amélioration mais l'entretien du vignoble loué : Cass. civ. 3^e, 28 septembre 2011, n° 10-14933, *Bull. civ.* III, à paraître ; *D.* 2012.339, n. crit. Fr. Roussel : « les frais de replantation ne constituent pas une amélioration mais l'obligation du bailleur d'assurer la permanence et la qualité des plantations ».

128. Des améliorations, il faut distinguer l'exécution par le preneur de travaux incombant normalement au bailleur qui doivent être remboursés. P. HILT, « La date de l'effet de l'accession dans les baux immobiliers, plaider pour l'accession différée », *JCP G* 2003.I.183.

129. Peu importe... qu'il s'agisse... d'une convention d'occupation précaire : Cass. civ. 3^e, 28 octobre 1975, *Bull. civ.* III, n° 312 ; ... d'une location saisonnière : Cass. civ. 3^e, 2 juin 1977, *D.* 1977.697 (v. les critiques de A. BÉNABENT et C. LUCAS DE LEYSSAC, « La nature juridique des locations saisonnières », *D.* 1977, chron. 241)... que le bail soit expiré et que le locataire soit resté dans les lieux loués « contre la volonté du bailleur » : Cass. com., 27 mars 1990, *Bull. civ.* IV, n° 89. Mais il faut une convention ; la présomption ne s'applique pas lorsque le bail est nul : Cass. civ. 3^e, 24 novembre 1976, *Bull. civ.* III, n° 423.

insuffisante ; il lui faut prouver que l'incendie a pour cause un cas fortuit (la force majeure ou un vice de construction) ou a été communiqué par une maison voisine. Le preneur est ici traité plus sévèrement qu'en cas de dégradation¹³⁰.

Cette sévérité particulière du droit du bail, qui ne s'applique pas aux locations de fonds de commerce¹³¹, est écartée par certains statuts spéciaux¹³² et n'est pas d'ordre public, s'explique par différentes raisons : la crainte des incendies, qui justifie d'autres règles spéciales¹³³ et conduit à exiger du preneur une vigilance particulière ; la conviction suivant laquelle l'incendie, s'il n'est pas dû à la force majeure, serait causé par la faute du locataire ; les difficultés de preuve de la cause d'un incendie, qui obligent à attribuer à celui qui jouit de la chose la charge du doute. La règle est critiquée et n'existe pas dans plusieurs droits voisins. Le développement de l'assurance des risques locatifs la rend, dans le nôtre, supportable.

Les articles 1733 et 1734 distinguent selon que le bien est loué à un seul preneur, ou à plusieurs.

1° Lorsque n'existe qu'un **unique locataire**, celui-ci est responsable envers le bailleur, à moins qu'il ne prouve que l'incendie est dû à une cause étrangère, c'est-à-dire la force majeure, le vice de construction¹³⁴ ou la communication d'incendie. Mettant fin aux discussions doctrinales, la Cour de cassation a, à la fin du XIX^e siècle, décidé que pour échapper à la présomption il ne suffisait pas au preneur de démontrer son absence de faute ; il devait prouver la cause de l'incendie et son caractère de force majeure¹³⁵, ce qui conduisait à lui faire supporter les dommages dont la cause était indéterminée ; à cet égard, il est tenu d'une obligation de résultat pure et simple. Il doit réparer tous les dommages éprouvés par le bailleur¹³⁶. Cependant, le bail sera dans tous les cas automatiquement résilié¹³⁷.

130. *Supra*, n° 688.

131. *Supra*, n° 601.

132. Baux ruraux : le preneur n'est responsable qu'en cas de faute grave ; c'est au bailleur de payer les primes d'assurance contre l'incendie des bâtiments (C. rur. pm., art. L. 415-3) ; baux d'habitation ; la loi du 6 juillet 1989 (art. 7, g) oblige le preneur « de s'assurer contre les risques dont il doit répondre en qualité de locataire ».

133. Ex. : Responsabilité délictuelle en cas de communication d'incendie (art. 1242, al. 2, ancien art. 1384, al. 2).

134. Cass. civ. 3^e, 21 mars 1990, *Bull. civ. III*, n° 79 ; *Defrénois* 1990, article 34917, n° 131, obs. G. Vermelle ; *RTD civ.* 1991.138, obs. Ph. Rémy : « Le vice de construction n'a pas à revêtir les caractères de la force majeure ». Le défaut d'entretien de la part du bailleur est assimilable à un vice de construction : Cass. civ. 3^e, 15 juin 2005, *D.* 2005.2580, n. M.-A. Rakotavahiny ; *Bull. civ. III*, n° 128 ; *Defrénois* 2006.425, n. A. Donnier : en l'espèce, les défauts d'une installation électrique défectueuse ont été jugés avoir été la cause d'un incendie.

135. Ex. : * Cass. civ., 16 août 1882, *cie Le Monde*, DP 1883.I.213, 1^{re} esp. ; S. 1884.I.33, n. A. Esmein : « Le locataire des meubles détruits ou détériorés, placé sous la présomption légale de faute, ne peut s'exonérer de la responsabilité qui lui incombe qu'à la condition de prouver, dans les termes de l'article 1733, que l'incendie est arrivé par cas fortuit, vice de construction ou force majeure, ou qu'il a été communiqué par une maison voisine ; [...] en décidant le contraire, et en admettant le locataire à faire la preuve de faits tendant à établir exclusivement que les meubles loués avaient péri dans l'incendie du [...], sans son fait et sans sa faute, l'arrêt dénoncé a fait une fausse application de l'article 1302 [...] et a formellement violé les dispositions de l'article 1733 ».

136. **1) Les dégradations ou pertes** subies par l'immeuble loué : Cass. soc., 2 juillet 1953, *D.* 1954.73, n. R. Savatier ; *JCP G* 1954.II.7942 ; *RTD civ.* 1954.117, obs. R. Savatier : « La responsabilité du preneur d'un bâtiment incendié est contractuelle ; il est tenu, aux termes de l'article 1730, de rendre la chose telle qu'il l'a reçue, et l'indemnité mise à sa charge au cas d'incendie doit donc être calculée d'après le prix nécessaire pour reconstruire la maison, diminué de la différence du neuf au vieux ». **2) Les loyers.** ex. : Lyon, 24 novembre 1988, *D.* 1989, IR, 18 : « Le preneur doit, non plus des loyers, mais une indemnité compensatrice des loyers perdus ; cette indemnité est due non seulement jusqu'à l'expiration du bail, mais jusqu'à la reconstruction de l'immeuble permettant à nouveau la perception des loyers ».

137. Cass. civ. 3^e, 22 janvier 1997, *Bull. civ. III*, n° 17 ; *D.* 1998.48, n. S. Farnocchia ; *JCP G* 1997.II.22943, n. Djigo ; *RDC* 1997.296, obs. Fr. Collart-Dutilleul : « Vu les art. 1722 et 1741 ;

La faute du bailleur n'exonère pas non plus le preneur, tant qu'elle ne revêt pas le « caractère » de la cause étrangère¹³⁸. Le preneur n'est pas responsable de l'incendie provoqué par un cambrioleur¹³⁹; mais il répond de celui que causent les gens de sa maison ou ses sous-locataires (art. 1735)¹⁴⁰. Peu importe qu'il n'ait, pas, effectivement, surveillé la chose au moment de l'incendie. Le caractère exceptionnel de la règle la réserve aux relations entre le bailleur et celui qui est tenu à son égard d'une obligation de conservation (locataire ou occupant de droit); elle ne peut être invoquée: ni entre nu-propriétaire et usufruitier ou locataire de l'usufruitier, ni entre copropriétaires, ni entre colocataires, ou ni entre les locataires un copropriétaire¹⁴¹, ni entre propriétaires voisins, ni même par le bailleur à l'égard du sous-locataire¹⁴² ni par le propriétaire à l'égard d'un occupant de fait¹⁴³. Le bailleur ne peut non plus l'invoquer contre le locataire, s'il a été amené à indemniser des tiers victimes¹⁴⁴.

2° En cas de **pluralité de locataires** (ce qui est courant), la présomption de l'article 1733 eût conduit à une coresponsabilité *in solidum*; les conséquences ont été jugées trop sévères, lorsque l'un des locataires était insolvable. C'est pourquoi une loi de 1883 a instauré une responsabilité conjointe, proportionnelle à la valeur locative de chacun des locaux dont ils ont la jouissance (art. 1734). Chacun des locataires peut s'exonérer et reporter sur les autres la part du dommage qu'il aurait dû supporter¹⁴⁵, en prouvant, de manière positive, que l'incendie a commencé dans l'habitation de tel locataire ou, de manière négative, qu'il n'a pu commencer chez lui (art. 1734, al. 2 et 3)¹⁴⁶. Le caractère collectif de la responsabilité est donc fondé sur l'indétermination des origines du sinistre.

le bail prend fin par la perte totale de la chose survenue par cas fortuit ou même par la faute de l'une des parties, sauf les dommages-intérêts pouvant être mis à la charge de celle des parties responsable de cette perte »; les loyers ne sont donc plus dus.

138. Cass. civ. 3^e, 13 juin 2007; *Bull. civ.* III, n° 104: le bailleur n'avait pas respecté ni les règles de sécurité des installations classées, ni les prescriptions d'urbanisme; mais ses fautes « n'étaient pas à l'origine du sinistre ». Cassation de l'arrêt qui avait ordonné une réparation par moitié.

139. Paris, 26 avril 1982, *Gaz. Pal.* 1982.II.473, n. Margeat et Favre-Rochex.

140. Définition des « gens de sa maison »: Cass. civ. 3^e, 16 juin 2004, *Bull. civ.* III, n° 119; *D.* 2005.751, obs. N. Damas; *JCPG* 2004.II.10196, n. A. Djigo; *Defrénois* 2004.1723, obs. J.-L. Herbert: « Ayant relevé que M. Dumon ne résidait pas, fût-ce temporairement dans les lieux loués et qu'il n'y était pas intervenu à la demande des locataires à titre professionnel, le tribunal [...] en a exactement déduit que M. Dumon ne pouvait être considéré "de la maison" des locataires au sens de l'art. 1735 ». Sont donc « de la maison » les personnes intervenant dans les lieux loués à titre professionnel à la demande des locataires et celles qui y résident, même temporairement, mais non les amis ou visiteurs de passage.

141. Cass. civ. 3^e, 19 septembre 2012, n° 11-10827, *Bull. civ.* III n° 123 (cassation de l'arrêt qui a accueilli l'action du copropriétaire d'un lot dans un centre commercial, contre deux locataires, « alors qu'il n'existait aucun rapport locatif »). C'est donc au tiers à établir la faute, ou bien une responsabilité du fait des choses.

142. Cass. civ. 3^e, 8 décembre 1993, *Bull. civ.* III, n° 159: « L'article 1733 concerne les seuls rapports du propriétaire avec son locataire »; 17 juillet 1996, *Defrénois* 1997.403, obs. A. Bénabent.

143. Ex.: Cass. civ. 3^e, 17 juillet 1996, *Bull. civ.* III, n° 184: « L'article 1733 [...] ne s'applique que dans les rapports entre le bailleur et le locataire ».

144. Cass. civ. 3^e, 28 janvier 2016, n° 14-28812, *Bull. civ.* III à paraître; *D.* 2016.880, n. B. Waltz-Teracol; *RDC* 2016. 255, obs. R. Boffa (frais de relogement d'occupants d'un immeuble voisin, c'est l'art. 1242 al. 2, ancien art. 1384 C. civ. qui doit s'appliquer).

145. La totalité du dommage pèse alors sur le ou les autres locataires; ex.: Cass. civ. 3^e, 18 mai 1978, *Bull. civ.* III, n° 201.

146. Par exemple, en prouvant que le feu avait commencé dans les parties communes, placées sous la surveillance du bailleur: Cass. soc., 12 février 1954, S. 1954.I.170.

Lorsque le bailleur occupe¹⁴⁷ lui-même une partie de l'immeuble, il ne peut invoquer contre le locataire les articles 1733 et 1734. Il supporte seul tout le dommage résultant de l'incendie, sauf s'il démontre que le feu n'a pu prendre dans les locaux qu'il occupe¹⁴⁸.

SECTION II

PAIEMENT DU LOYER ET DES CHARGES

691. Liberté et contrôle des loyers ; charges. – Pas de loyer, pas de bail¹⁴⁹ : le paiement du loyer est l'obligation essentielle pesant sur le preneur (art. 1728, 2°). Le loyer peut consister en de la monnaie ou en d'autres espèces (matières premières, produits finis, etc.), voire être acquitté en obligations de faire, constituant une contrepartie de la jouissance de la chose¹⁵⁰. Il est quérable¹⁵¹ et doit donner lieu à la délivrance d'une quittance par le bailleur, si le locataire l'exige (L. 1989, art. 21).

Le Code civil ne comporte – libéralisme oblige – aucune disposition concernant la fixation du loyer ; elle est affaire de convention. Le principe est la liberté contractuelle, tant à l'égard du loyer initial, de sa variation, que du loyer du bail renouvelé. Il n'existe pas non plus de principe de révision en cours de bail. Ce principe de liberté, dans les baux immobiliers, n'est devenu qu'une apparence. Le montant des loyers exerce une influence majeure sur l'économie (inflation, ouverture ou fermeture de certaines activités économiques...) et est une importante donnée sociale – le logement est une première nécessité – telle que, depuis 1920, le législateur est intervenu de manière presque constante pour le régler. Les objectifs qu'il se donne sont divers : faciliter la conclusion de baux et modérer les exigences des bailleurs en cas de pénurie de locaux (ex. : loi du 1^{er} septembre 1948, à la suite de la guerre) ; lutter contre l'inflation (lois de blocage des loyers). Les bienfaits attendus de cette législation sont parfois illusoire :

147. À la condition que sa jouissance soit analogue à celle d'un locataire : Cass. civ. 3^e, 30 novembre 1983, motifs, *Bull. civ. III*, n° 250 ; en l'espèce, le bailleur s'était réservé « un droit d'usage sur la chambre froide (située dans le hangar loué) en y entreposant des fruits » ; la cour d'appel avait décidé que la locataire était la seule responsable de l'incendie du hangar, parce qu'elle était « la seule locataire en titre ». Cassation : la cour d'appel devait « rechercher si les conditions d'utilisation des lieux loués par le propriétaire [...] n'étaient pas assimilables aux conditions d'utilisation par un locataire ». La cour de renvoi a résisté en jugeant que « du fait de cette occupation des locaux, ce bailleur ne peut se prévaloir des dispositions de l'article 1734, al. 2, l'al. 1 de ce même texte doit recevoir application », c'est-à-dire que tout le dommage devrait être réparti entre les divers occupants (Ph. RÉMY, obs., *RTD civ.* 1982.617). Nouvelle cassation : Cass. civ. 3^e, 17 juillet 1986, *Bull. civ. III*, n° 119 : « Cette présomption (des art. 1733 et 1734) cesse d'exister lorsque le propriétaire de l'immeuble occupe une partie des locaux dans les mêmes conditions qu'un locataire ».

148. Req., 9 mai 1905, *DP* 1905.1.280 : « Si le propriétaire habite lui-même une partie de l'immeuble incendié, il ne peut, sans doute, quand la cause de l'incendie et le lieu où il a commencé restent inconnus, invoquer les dispositions des articles 1733 et 1734 ; mais s'il prouve que le feu n'a pas commencé dans la partie qu'il occupait, la présomption légale établie par l'article 1733 reprend toute sa force ».

149. *Supra*, n° 623.

150. Ex. : Cass. soc., 6 février 1985, *Bull. civ. V*, n° 89 : lorsque le règlement du loyer a été converti en paiement par le locataire de travaux de remise en état incombant au propriétaire, les juges du fond peuvent estimer que cet arrangement constitue une modalité de paiement du locataire.

151. Cass. civ. 3^e, 24 novembre 2004. *Bull. civ. III*, n° 208 ; *JCP* 2005.II.10048, n. G. Kessler ; *Defrénois* 2005.1828, n. L. Ruet : « S'il n'est pas contestable que les loyers sont quérables et non portables, il n'en demeure pas moins que le locataire auquel un commandement a été décliné, ne peut arguer d'une éventuelle absence de réclamation antérieure du bailleur pour échapper à une obligation essentielle de s'acquitter définitivement du paiement des loyers ».

il y a pénurie, on limite les loyers, ce qui provoque une nouvelle pénurie, plus grave encore ; mieux vaut ne pas donner à bail, que louer à un prix jugé insuffisant, etc.

1° La **fixation initiale** du loyer est libre en droit commun, tout comme ses modalités. Le loyer peut être fonction du chiffre d'affaires du locataire, s'il est commerçant (« clause-recettes »)¹⁵². Cependant, dans les baux ruraux, le fermage est déterminé à l'intérieur d'une « fourchette » établie, département par département, par l'autorité administrative (C. rur. pm., art. L. 411-11)¹⁵³. Le loyer d'un bail soumis à la loi du 1^{er} septembre 1948 est calculé par l'application d'une valeur au mètre carré, publiée chaque année par décret, à la surface corrigée de l'appartement (art. 26 à 44). La loi du 6 juillet 1989 modifiée en 2014 (loi *Dufflot* du 24 mars 2014) fixe désormais, dans les communes de plus de 50 000 habitants, un loyer réglementé par le représentant du département, sur proposition d'un « observatoire des loyers » : un « *loyer médian de référence* », qui ne peut être dépassé au-delà d'un certain plafond (prix au mètre carré). Le montant est arrêté en fonction d'un certain nombre de paramètres locaux et tenant à la qualité du bien. Il y a deux catégories : le « *loyer médian de référence majoré* », qui ne pourra excéder 20 % du loyer médian et le « *loyer médian de référence minoré* », qui ne pourra dépasser 30 % en deçà du loyer médian. L'insertion dans chaque catégorie dépend de la valeur locative du bien. Un « complément de loyer » peut être appliqué (en le motivant dans le contrat, au regard des « caractéristiques particulières » du bien loué), mais sous un strict contrôle et le locataire peut le contester devant une commission départementale (art. 3 et 17, L. 1989 modifiée). Un décret du 10 juin 2015 réglemente ces points.

En outre, le bailleur est tenu de communiquer au locataire le montant de ce que payait son prédécesseur (art. 3 préc.).

2° La variation du loyer au **cours du bail** dépend en principe de la convention des parties ; généralement, elles adoptent un mécanisme d'indexation, par exemple pour les baux d'habitation, sur l'indice de référence des loyers (panier comportant pour l'essentiel les prix à la consommation, loi du 8 févr. 2008, art. 9). L'augmentation du loyer ne pourra excéder la variation de cet indice. L'indexation est interdite dans certains baux (baux d'habitation soumis à la loi de 1948 et baux ruraux, dont le loyer consiste en une certaine quantité de denrées – fermage). En outre, son jeu est souvent limité (L. 6 juillet 1989, modifiée en 2014, art. 17 et s.), ou corrigé judiciairement (C. com., art. L. 145-38 et L. 145-39). Si le bailleur ne se manifeste pas pour l'année écoulée, il est présumé avoir renoncé (art. 17-1 nouveau). Quelle que soit la convention des parties, la loi impose parfois une faculté de révision périodique permettant d'aligner le loyer sur la valeur locative (C. com., art. L. 145-33 et L. 145-38 ; C. rur. pm., art. L. 411-11 et L. 411-13). C'est normalement au locataire, débiteur du loyer, qu'il appartient de calculer la réévaluation.

3° Lors du **renouvellement du bail**, la fixation du nouveau loyer est en droit commun librement déterminée par les parties¹⁵⁴. Mais elle est réglementée, lorsqu'il s'agit d'un bail d'habitation (L. 6 juillet 1989, art. 17 et s. préc., L. 24 mars 2014), la loi prévoyant une diminution ou une majoration, selon les paramètres imposés du loyer médian ; les parties négocieront et à défaut, une commission départementale tentera une conciliation ; en cas d'échec, le juge tranchera ; le bail rural est lui aussi plafonné (C. rur. pm., art. L. 411-11). Dans les baux commerciaux, les parties sont partiellement libres de s'accorder pour fixer le loyer du bail renouvelé (C. com.,

152. Dans la **clause recettes**, le loyer est constitué d'une part, par un minimum garanti, souvent indexé, d'autre part, par un pourcentage sur le chiffre d'affaires réalisé par le preneur l'année précédente. La validité de la clause est admise par une jurisprudence constante, depuis Cass. civ. 3^e, 10 mars 1993, *Théâtre Saint-Georges*, Bull. civ. III, n° 30 ; « la fixation d'un loyer renouvelé d'un tel bail échappe aux dispositions du D. 30 septembre 1953 (aujourd'hui C. com., art. L. 145-1 et s.) et n'est régie que par la convention des parties ».

153. Si le fermage est excessif, le preneur peut en obtenir la réduction (C. rur. pm., art. L. 411-13) ; la Cour de cassation ne lui permet pas d'agir en nullité (Cass. civ. 3^e, 25 mars 1987, Bull. civ. III, n° 60 ; RTD civ. 1987.566, obs. Ph. Rémy).

154. Cass. civ. 3^e, 8 février 2006, Bull. civ. III, n° 25 ; *Defrénois* 2006.1236, n. R. Libchaber : cassation de l'arrêt qui avait déterminé le loyer à la place des parties, en fonction de la valeur locative, alors que (bail professionnel) le loyer était libre : « le loyer n'était soumis à aucune réglementation légale et les juges du fond ne pouvaient se substituer aux parties, en désaccord pour fixer les modalités de sa révision ».

art. L. 145-33 et L. 145-34)¹⁵⁵ ; un système de plafonnement pour certaines hypothèses est mis en place (*ibid.*). À défaut d'accord, le bailleur peut refuser le renouvellement¹⁵⁶.

4° Les **charges** sont payées par provision par le locataire en même temps que le règlement du loyer ; elles sont pour les baux d'habitation limitativement énumérées par décret et le bailleur devra en justifier auprès du preneur (y compris par voie électronique, art. 23 modifié).

692. Pas-de-porte. – Le pas-de-porte, aussi dénommé « droit d'entrée », est la somme d'argent versée au propriétaire d'un local libre ou au locataire en place, lors de la signature d'un bail commercial. Selon l'intention des parties, il s'agit d'un complément de loyers ou de la contrepartie d'avantages commerciaux, sans rapports avec le loyer¹⁵⁷ ; en ce cas, sauf convention contraire, le pas-de-porte n'a pas à être restitué lors de la résiliation du bail.

C'est une stipulation licite en soi, sauf disposition contraire¹⁵⁸.

693. Résiliation, prescription, garanties. – 1° Le paiement du loyer relève du droit commun. La date d'exigibilité est librement déterminée par les parties. À défaut de paiement, le bailleur peut obtenir la **résiliation** judiciaire du bail (ou refuser son renouvellement), suivant les règles ordinaires, parfois tempérées par les statuts spéciaux (ex. : C. rur. pm., art. L. 411-53). De même, peut jouer, si le bailleur l'invoque¹⁵⁹, une clause résolutoire expresse convenue dans le bail, à moins que le preneur n'obtienne des délais de grâce qui peuvent aller jusqu'à trois ans dans les baux d'habitation (loi du 24 mars 2014 modifiant l'art. L. 412-4, C. proc. civ. exé.). En droit commun, c'est deux ans (art. 1343-5, ancien art. 1244-1)¹⁶⁰. Dans les baux d'habitation, ils peuvent aller jusqu'à trois ans (art. 24, L. 1989, loi *Dufflot*). Le bailleur n'est pas tenu de la faire jouer immédiatement¹⁶¹. La clause ne doit pas être invoquée de mauvaise foi¹⁶².

155. Cass. civ. 3^e, 10 mars 2004, *Bull. civ. III*, n° 52 ; D. 2004.878, obs. Y. Rouquet ; 2221, n. S. Werthelton : « rien ne s'oppose à ce que les parties choisissent d'un commun accord de déterminer à l'avance par une stipulation du bail les conditions de fixation du prix du bail renouvelé ».

156. Cass. civ. 3^e, 2 juin 2003, *Bull. civ. III*, n° 126 ; D. 2003.1838, obs. Y. Rouquet ; RDC 2004, p. 35, obs. Gw. Lardeux : « le bailleur a toujours la faculté, en cas de désaccord sur le prix du bail, de refuser le renouvellement du bail dans les conditions de l'article L. 145-57, C. com. ».

157. Cass. com., 14 novembre 1962, *Bull. civ. III*, n° 454 ; D. 1963.307, 4^e esp. ; *Gaz. Pal.* 1963.144 ; RTD com. 1963.49 ; *API* 1965.336 : « Le versement d'un pas-de-porte que ne prohibe aucune disposition des textes régissant les baux commerciaux, peut être, dans l'intention des parties, soit un supplément de loyer payé d'avance, soit la contrepartie d'éléments de nature diverse, notamment d'avantages commerciaux, sans rapports avec le loyer ».

158. Ex. : Cass. civ. 3^e, 15 février 1995, *Bull. civ. III*, n° 50 : « Aucune disposition du D. du 30 septembre 1953 (auj. C. com., art. L. 145-1) n'interdit la remise d'une somme au bailleur par le preneur, à son entrée dans les lieux ».

159. Cass. civ. 3^e, 14 mai 1991, *Bull. civ. III*, n° 135 : lorsqu'une clause résolutoire de plein droit a été stipulée, le bailleur peut ne pas s'en prévaloir ; il fait alors prononcer la résiliation judiciaire ; en ce cas, même si le locataire avait quitté les lieux, il devrait les loyers jusqu'au jour de l'arrêt qui prononce la résiliation.

160. De plus, le jeu de la clause résolutoire est retardé et suspendu à la signification d'un commandement dans certains cas : L. 6 juillet 1989, art. 24. La loi peut aussi restreindre la clause à certaines inexécutions : ex. : L. 6 juillet 1989, art. 4, g ; jugé que le non-paiement d'une indemnité forfaitaire n'est pas l'équivalent d'un défaut de paiement de loyer ; la clause doit donc, à cet égard, être réputée non écrite : Cass. civ. 3^e, 14 décembre 1988, *Bull. civ. III*, n° 184 ; D. 1989.423, n. G. Paisant.

161. Ex. : Cass. civ. 3^e, 19 mars 2008, *Bull. civ. III*, n° 53 ; RTD civ. 2008.688, obs. P.-Y. Gautier : en l'espèce, le bailleur avait attendu cinq ans après la délivrance du commandement de payer, visant la clause : jugé que « le seul écoulement du temps ne peut caractériser un acte manifestant sans équivoque la volonté de renoncer à se prévaloir des effets de la clause résolutoire ».

162. Ex. classique : notification d'un commandement de payer pendant les vacances estivales ; *Droit des obligations*, coll. Droit civil. La Cour de cassation a admis que la clause était également privée d'effets lorsque le bailleur l'avait invoquée pour mettre fin à la concurrence de son locataire : Cass. civ. 3^e, 10 novembre 2010, n° 09-15937, *Bull. civ. III*, n° 199 ; *Defrénois* 2011.486, n. crit. L. Ruet.

2° La dette de loyer se **prescrit** par cinq ans en droit commun (art. 2224) ; dans les baux d'habitation, la prescription est de trois ans (art. 7-1 nouveau, L. 1989), à compter de la connaissance du fait générateur (alignement sur le point de départ, mais pas le quantum de l'art. 2224 préc.). Dans le bail commercial, toutes les actions se prescrivent par deux ans (C. com., art. L. 145-60)¹⁶³.

3° La créance est **garantie** par le privilège du bailleur, lorsque le bail est immobilier¹⁶⁴. En outre, le bailleur exige toujours du locataire un dépôt de garantie (L. 6 juillet 1989, art. 22, al. 1, dans les baux d'habitation, au maximum, un mois) payable avant l'entrée dans les lieux. Le dépôt de garantie a pour objet non pas tant d'assurer le paiement des loyers que la remise en état des locaux s'ils ont été dégradés par le fait du locataire¹⁶⁵. Ce dépôt peut être remplacé par une garantie autonome (art. 22-1-1). Le bailleur exige aussi très souvent une caution, garantissant le paiement des loyers¹⁶⁶ ; en ce cas, un formalisme devra être respecté, à peine de nullité (art. 22-1)¹⁶⁷. La loi ALUR du 24 mars 2014 propose, sur un mode supplétif (son dispositif est cependant par défaut : art. 24-2, L. 1989 modifiée), de substituer aux garanties personnelles une « garantie universelle des loyers » (la « GUL »), versée sur des fonds de solidarité et publics, par une Agence publique, en cas d'insolvabilité du locataire. Elle est plafonnée et soumise à certaines conditions.

Le bailleur peut insérer une clause, annulée si elle est abusive¹⁶⁸.

163. Cass. ch. mixte, 12 avril 2002, *JCP* 2002.II.10 169, n. P.-H. Conac ; *Defrénois* 2002.1265, n. R. Libchaber ; *D.* 2002, *Jur.* 2905, n. F. Perret-Richard.

164. *Droit des sûretés*, coll. Droit civil.

165. Sur sa nature, v. *Droit des sûretés*, coll. Droit civil. V. égal. A.S. LUCAS-PUGET, *Contrats, conc. consom.* 2015, Formule n° 9.

166. Sur le sort de la caution, en cas d'aliénation de la chose louée, *supra*, n° 671.

167. Cass. civ. 3^e, 8 mars 2006, *Bull. civ.* III, n° 59 ; *JCP G* 2006.II.10131, n. E. Bazin : « les formalités édictées par l'art. 22-1 de la loi du 6 juillet 1989 sont prescrites à peine de nullité du cautionnement, sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence d'un grief ».

168. J. LAFOND, *Les baux d'habitation*, 7^e éd., Lexis-Nexis 2007, n° 452 ; CJUE, 30 mai 2013 ; *RTD eur.* 2013. 559, obs. C. Aubert de Vincelles.

■ CHAPITRE II ■

POUVOIRS DU PRENEUR

Le bail, principalement immobilier, confère au preneur plusieurs prérogatives que les législations spéciales ont tantôt augmentées, tantôt restreintes, le dotant d'un véritable statut. Il ne s'agit pas, à proprement parler, de créances ou de dettes à l'égard du bailleur, mais de pouvoirs qui sont exercés de manière unilatérale, afin d'agir sur la situation juridique et de la transformer. Tels sont le droit au renouvellement¹, le droit de céder ou sous-louer (Section I) et le droit de préemption (Section II).

SECTION I

CESSION DE BAIL, SOUS-LOCATION ET PRÊT

694. Transmission ou exécution par autrui. – Selon l'article 1717, dans la continuité du droit romain, la sous-location et même la cession (ou l'apport en société) sont de droit pour le preneur ; mais il s'agit d'une simple faculté, qui peut lui être ôtée.

Il ne faut pas confondre la sous-location, qui implique une activité effective comportant les traits fondamentaux du bail, avec la convention d'hébergement, qui les ignore ; pour qu'il y ait, non un hébergement mais une... cession de bail, il faut une occupation exclusive et un paiement des loyers par le nouvel occupant²... sous-location, il faut que le locataire principal reçoive un prix³.

Bien qu'on ait longtemps pensé le contraire, ce qui explique les termes du texte « *et même* », cession de bail et sous-location ont entre elles une différence non seulement de degrés – la cession serait, comme sous l'Ancien droit, une sous-location totale –, mais de nature : celle qui oppose au sous-contrat la cession de contrat⁴.

1. *Supra*, n° 674.

2. Paris, 21 mars 2002, *D.* 2003, somm. 804, obs. S. Pierre-Maurice.

3. Cass. civ. 3^e, 5 mai 1999, *Bull. civ.* III, n° 103 ; *D.* 1999, IR, 139 ; en l'espèce, le locataire (loi de 1948) avait hébergé dans l'appartement loué plusieurs personnes ; à la demande du bailleur, la cour d'appel en avait ordonné l'expulsion : le locataire « *qui héberge à l'insu de son propriétaire est déchu de ce droit* », au maintien dans les lieux. Cassation : « *vu l'art. 1709, ensemble l'art. 78 de la loi de 1^{er} septembre 1948 ; [...] en statuant ainsi, sans constater l'existence d'une contrepartie à l'occupation de l'appartement par les personnes hébergées, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

4. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

1° Dans la **sous-location**, le preneur originaire conclut un bail avec un sous-locataire ; il demeure preneur et jouit de la chose en la donnant à bail. La sous-location est une opération souvent spéculative, car le locataire principal peut jouer sur la différence entre le loyer qu'il doit et celui que lui doit le sous-locataire. En outre, elle est un mode de jouissance anormal, attestant que le preneur principal n'a pas besoin, pour lui-même, du bien loué ou d'une partie de celui-ci et ne mérite donc pas la protection qu'accordent certaines lois spéciales. En général, la sous-location est vue avec défaveur, car elle permet aux preneurs de monopoliser les immeubles vacants sans les occuper ou les exploiter, et renchérit le loyer effectivement payé par l'utilisateur.

Il n'y a pas sous-location lorsque le contractant du locataire (le prétendu sous-locataire) n'a pas une jouissance continue des lieux et est tenu de prestations inhabituelles dans un bail ou exonéré de celles qui lui sont habituelles⁵.

2° La **cession de bail** (ou son apport en société), au contraire, manifeste la volonté du preneur de transmettre sa qualité à un tiers, et donc de cesser d'en bénéficier (art. 1216). Elle permet la mobilité des exploitations et même si le cédant perçoit un prix, elle ne renchérit pas les loyers. Sans doute ne peut-elle être admise sans restriction, surtout lorsque le bail donne au preneur un droit qui a vocation à la perpétuité, à peine de restaurer, comme dans le droit médiéval, un domaine utile et un domaine éminent. Mais il est des cas où elle est indispensable pour transmettre une exploitation, assise sur la jouissance de l'immeuble. Elle est donc souvent mieux traitée que la sous-location.

Entre cession et sous-location, existe la même différence qu'entre vente et bail. En pratique, cependant, les formulaires les confondent souvent, et il arrive aux tribunaux de ne pas les distinguer. Leurs effets sont pourtant différents. Dans certains cas, sans qu'il y ait cession, un tiers s'*immisce* dans le contrat et devient une sorte de colocataire de fait ; se pose alors la question de savoir s'il est tenu *in solidum* des dettes, avec le locataire en titre⁶. Quant au prêt, aucune disposition ne l'interdit (ni ne l'autorise), mais le bailleur peut le soumettre à son agrément⁷.

695. Bail ou vente ? – 1° Les effets de la **cession de bail** sont ceux de toute cession de contrat. Le cessionnaire du bail devient créancier de la jouissance des lieux et débiteur des loyers et des autres obligations, directement à l'égard du bailleur ; du cédant, il ne peut rien exiger, si ce n'est la garantie due par le cédant d'une créance (art. 1326). Ses droits et ses obligations sont ceux du bail cédé,

5. Ex. : Cass. civ. 3^e, 13 février 2002, *Bull. civ.* III, n° 40 ; *D.* 2002.1204, obs. Y. Rouquet ; en l'espèce, un preneur à bail avait conclu avec un tiers une convention aux termes de laquelle il lui avait consenti « l'usage » de plusieurs locaux pendant 13 300 heures et avait prévu diverses clauses particulières ; le bailleur y avait vu une sous-location et demandait donc le « réajustement » du loyer, car le prix de la prétendue sous-location était supérieur à celui du bail (C. com., art. L. 145-31) ; approuvés par la Cour de cassation, les juges du fond s'y étaient refusés : « les limitations à la jouissance des lieux dans le temps, les nombreuses prestations relatives à l'équipement et à l'entretien des locaux assurées par (le locataire) ainsi que le contrôle de l'accueil et de la sécurité conservés par cette dernière démontraient que le contrat passé avec ce tiers ne pouvait se réduire à une sous-location ».

6. **Pour** : Cass. com., 15 juin 1993, *Bull. civ.* IV, n° 253 ; *RTD civ.* 1994.881, obs. P.-Y. Gautier ; *Rev. soc.* 1993.730, n. R. Libchaber (groupe de sociétés, la société mère devient coobligée) ; **contre** : Cass. civ. 3^e, 25 février 2004, *Bull. civ.* IV, n° 38 ; *RTD civ.* 2004.747, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD com.* 2005.46, obs. J. Monéger (immixtion non caractérisée, la société mère n'est pas obligée).

7. Cass. civ. 3^e, 10 mars 2010, n° 09-10412, *Bull. civ.* III, n° 57 ; *RTD civ.* 2010. 343, obs. P.-Y. Gautier ; *D.* 2010. 1531, n. J.-M. Brigant ; *RDC* 2010.913, obs. J.-B. Seube : la clause d'agrément « ne faisait pas obstacle, conformément aux dispositions de l'art. 8, § 1, Conv. EDH, à ce que le preneur héberge un membre de sa famille, mais prohibait qu'il mette les locaux à la disposition d'un tiers, quel qu'il soit, si lui-même n'occupait plus effectivement les locaux » (le locataire avait quitté les lieux en les prêtant à sa sœur ; le bail est résilié).

transmis directement par l'effet même de la cession, créance et dette simultanément⁸ ; il recueille la qualité contractuelle de preneur, notamment le droit au renouvellement⁹, le droit de préemption et celui de demander la résiliation à compter de la cession¹⁰. Le cédant, preneur originaire, est, selon certaines décisions, libéré de ses obligations portant sur les loyers postérieurs¹¹. Mais le plus souvent, il est convenu que le cédant demeurera garant de la dette¹² avec pour conséquence le maintien des sûretés qui garantissaient son propre paiement (v. art. 1216-1 et 1216-3).

L'acte de cession, qu'il soit gratuit ou onéreux, comme tout contrat translatif n'influe pas sur les conséquences de la cession : il n'est pas la source des droits et obligations du cessionnaire¹³. Parfois, les parties utilisent un montage contractuel consistant à résilier l'ancien bail, pour en conclure aussitôt un nouveau, libérant le cédant de fait de sa garantie de loyers, ainsi que le bailleur, qui pourra ainsi augmenter le prix¹⁴.

2° La sous-location, au contraire, établit entre le preneur originaire et le sous-locataire les relations issues d'un bail. À l'égard du second, le premier est un bailleur : il est personnellement tenu de lui procurer la jouissance des lieux, d'entretenir la chose louée et de la réparer. Du bailleur principal, le sous-locataire ne peut rien exiger¹⁵ ; il ne peut l'atteindre, le cas échéant, que par la responsabilité délictuelle. Il n'est débiteur des loyers qu'envers le locataire principal qui répond envers le bailleur des dégradations commises par le sous-locataire (art. 1735) ; mais le sous-locataire en répond envers lui. La sous-location est normalement la source exclusive des droits et des obligations du sous-locataire ; il peut ne pas être identique (ex. : sous-location partielle, ou en vue d'une activité différente, ou moyennant un loyer différent..) au bail principal. Le bailleur jouit d'une action directe contre le sous-locataire en garantie du paiement du loyer principal (art. 1753, al. 1 – rapp. nouvel art. 1341-3)¹⁶. En outre, il peut engager sa responsabilité extracontractuelle, si son comportement compromet l'usage des lieux¹⁷. L'action peut être contractuelle si le

8. Ex. : * Cass. civ., 7 janvier 1947, *Dujour*, JCP G 1947.II.3510, n. E. Becqué ; *RTD civ.* 1947.201, obs. J. Carbonnier : « En l'absence de toute convention particulière et de circonstances spéciales, les cessionnaires successifs d'un droit au bail deviennent, par l'effet même de la cession du contrat synallagmatique de louage, débiteurs du bailleur originaire ; ils demeurent à ce titre et malgré la rétrocession de leurs droits, tenus envers lui jusqu'à l'expiration du bail, des obligations qui en dérivent ; au bailleur, doit être assimilé le preneur primitif poursuivant lui-même l'exécution du bail dont il est responsable vis-à-vis de celui-ci. » ; v. aussi *infra*, n° 698, * Cass. civ. 3^e, 9 juillet 2003, *dame Garibaux*.

9. Cass. com., 19 février 1959, *Bull. civ.* III, n° 82.

10. L. AYNÈS, *La cession de contrat*, n°s 96, 194 s.

11. Cass. civ. 3^e, 12 juillet 1988, *Bull. civ.* III, n° 125.

12. Cass. civ. 3^e, 5 juin 2002, *Bull. civ.* III, n° 124 ; *D.* 2002.2471, n. Rouquet ; *RTD civ.* 2002.830, obs. P.-Y. Gautier. C. NOBLOT, « La clause de garantie solidaire du cédant dans un bail commercial », *Contrats, conc. consom.* 2015, Formule n° 10.

13. Peu importe que la cession comporte ou non un prix : Cass. soc., 12 novembre 1954, *Duzon*, *D.* 1955.22 ; *RTD civ.* 1955.334, obs. J. Carbonnier : « La cession de bail est un contrat d'une nature particulière, comportant cession de créance au profit du cessionnaire, mais aussi transfert à la charge de celui-ci de l'obligation de payer le loyer et d'exécuter les conditions de la location ; une telle convention n'est pas assimilable à une vente et ne comporte pas nécessairement stipulation d'un prix. »

14. Cass. civ. 3^e, 14 novembre 2007, *Bull. civ.* I, n° 207 ; *RTD civ.* 2008.117, obs. P.-Y. Gautier ; *RDC* 2008.388, obs. J.-B. Seube.

15. Cep., le statut des baux commerciaux donne au sous-locataire un droit direct au renouvellement contre le bailleur, qui n'est que subsidiaire (C. com., art. L. 145-32).

16. Cass. civ. 3^e, 19 février 1997, *Bull. civ.* III, n° 35 : le propriétaire a « une action directe à l'encontre (du sous-locataire), dans la limite du sous-loyer » ; en l'espèce, le locataire principal était devenu insolvable ; jugé que le bailleur pouvait agir contre le sous-locataire.

17. Cependant, il ne peut pas demander son expulsion, tant que le bail principal n'est pas résilié : Cass. civ. 3^e, 1^{er} février 2012, *Bull. civ.* III, n° 18.

contrat principal a été porté à sa connaissance par le locataire principal. Dans tous les cas, celui-ci est garant des fautes du sous-locataire (V. art. 1735 préc. pour les dégradations, ce qui vaut aussi pour le non-respect de la destination contractuelle, ainsi que les indemnités d'occupation).

696. Statuts spéciaux : permission ou interdiction. – En dépit des termes de l'article 1717, la faculté de céder un bail ou de sous-louer est fréquemment retirée au preneur, ou réglementée par les statuts spéciaux ou une clause du contrat.

1° Le principe de l'article 1717 est renversé à l'égard du bail d'habitation et du bail rural. Dans les deux contrats, la règle s'explique par la volonté de décourager le parasitisme social et les positions dominantes fondées sur un statut protecteur et la pénurie de biens à louer. Mais elle n'a pas la même portée dans les deux cas. À l'égard des **baux d'habitation** (L. 1^{er} septembre 1948, art. 78 ; L. 6 juillet 1989, art. 8), la cession ou la sous-location sont en principe interdites, mais peuvent être autorisées par le bail ou par le bailleur. Le rapport entre locataire principal et sous-locataire est alors soumis au droit commun, même si le contrat avec le bailleur est soumis à la loi de 1989 (par ex. le loyer est libre et il n'y a pas de droit au renouvellement, etc.). Si la sous-location n'a pas été autorisée (ce qui n'est pas rare, spécialement chez les jeunes preneurs), le locataire principal reste seul débiteur contractuel en titre, garant de l'occupant ; il engage sa responsabilité contractuelle¹⁸.

2° À l'égard des **baux ruraux**, au contraire, l'interdiction de céder ou sous-louer (C. rur. pm., art. L. 411-35) est d'ordre public¹⁹ : traditionnellement, la loi veut empêcher que l'activité agricole perde sa spécificité et se rapproche d'une activité commerciale. Elle n'est cependant pas absolue : certaines sous-locations ou échanges de parcelles en vue d'une meilleure exploitation, et la sous-location saisonnière de bâtiments d'habitation, en vue de favoriser le tourisme rural, sont autorisés par la loi (C. rur. pm., art. L. 411-35, L. 411-39 et s.) ; il en est de même de celle qui est consentie à la SAFER (L. 23 janvier 1990, art. 30). Est aussi autorisée la cession au descendant ou au conjoint du fermier, avec le consentement du bailleur, ou, à défaut, une autorisation judiciaire, et, sous certaines conditions strictes, l'apport du bail à une société agricole (C. rur. pm., art. L. 411-38)²⁰ ; ou la simple mise à disposition (C. rur. pm., art. L. 411-37). En pratique, l'interdiction légale n'est pas toujours respectée et les cessions du bail rural sont fréquentes, notamment dans le Nord de la France où, curieusement, on les appelle « coups de chapeau ». La Cour de cassation décide d'ailleurs que l'incessibilité du bail rural n'empêche pas qu'il ait une valeur vénale²¹ ; il est aussi licite de constituer une société qui louera la terre et en cédera le contrôle²².

18. TI Paris 5^e, 6 avril 2016, *Airbnb, RTD civ.* 2016, n° 3, P.-Y. Gautier (résiliation du bail contre le preneur qui a sous-loué grâce à l'Internet).

19. Cass. civ. 3^e, 5 mars 1997, *Bull. civ.* III, n° 49 : « Toute cession de bail rural (est) prohibée, même si la cession (a) été acceptée par le bailleur ». Lorsque le preneur est une société, la cession de toutes les parts sociales n'est pas une cession de bail : Ex. : Cass. civ. 3^e, 18 mai 1994, *Bull. civ.* III, n° 97 ; *D.* 1994, IR, 175 : il y a sous-location, justifiant la résiliation du bail lorsque « M. Naulot (titulaire d'un bail rural) n'exploitait plus personnellement le fonds et les travaux de la ferme étaient exécutés par M. Oppeneau une personne qui ne se contentait pas de lui apporter une aide bénévole, mais se comportait comme le véritable maître du fonds loué... (car) il avait été convenu que M. Oppeneau le nouvel exploitant réglerait les loyers ».

20. La cession de parts lorsque le preneur est une personne physique ayant mis le bail à la disposition de la société, peut constituer une cession de bail portant « atteinte aux droits des bailleurs » : Cass. civ. 3^e, 10 janvier 1990, *D.* 1990.557, 2^e esp., n. G. Chesné.

21. Cass. civ. 3^e, 7 novembre 1990, *Bull. civ.* III, n° 220 ; *JCP G* 1991.II.21665, n. P. Ourliac ; il s'agissait en l'espèce d'évaluer le fonds vendu en cas de droit de préemption du preneur : la cour d'appel n'avait pas pris « en considération, pour fixer la valeur vénale des biens au jour de la vente, la moins-value résultant de l'existence du bail ». Cassation.

22. Cass. civ. 3^e, 10 février 1999, *D.* 2000.14, n. F. Kenderian ; n.p.B. : bail rural (vinicole) conclu avec une société qui cède à un tiers toutes ses parts.

3° L'attitude du législateur à l'égard des **baux commerciaux** est différente : la protection du preneur – notamment celle de la propriété du fonds de commerce – implique qu'il soit interdit d'interdire la cession du bail en même temps que celle du fonds : le preneur doit pouvoir disposer de son fonds. Aussi l'article L. 145-16 du Code de commerce rend-il inefficaces « *les conventions tendant à interdire au locataire de céder son bail [...] à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise* ». La Cour de cassation décide cependant que les clauses soumettant à l'agrément du bailleur la cession à l'acquéreur du fonds sont valables, car le refus d'agrément n'est pas discrétionnaire et peut être contrôlé par les tribunaux²³. En pratique, les baux peuvent prohiber toute cession à un non-acquéreur du fonds, et soumettre à l'agrément du bailleur (ou à une formalité : acte notarié, appel du bailleur à l'acte...) la cession faite à l'acquéreur.

À l'égard de la sous-location, la protection de la propriété commerciale produit l'effet contraire. Il faut éviter le parasitisme, facteur de hausse des loyers : la sous-location est en principe interdite (C. com., art. L. 145-31)²⁴ et lorsqu'elle est autorisée par une clause du bail, le bailleur doit, à peine de résiliation du bail principal, être appelé à l'acte de sous-location²⁵ ; il peut empêcher le preneur principal de tirer profit de sa position, en obtenant une augmentation du loyer principal, si celui de la sous-location est supérieur.

Un bail emphytéotique, conférant au preneur un droit réel, peut toujours être cédé²⁶.

697. Réalisation. – La cession est pour le preneur l'exercice d'un droit, comme l'est pour le propriétaire celui de vendre ou donner ; alors que la sous-location est, pour le preneur, un mode d'exécution du bail. Si la sous-location n'est pas librement autorisée par le contrat initial (ou la loi, exceptionnellement, pour les baux ruraux), le juge ne peut substituer son autorisation au refus de consentement du bailleur : la modification du contrat ne pourrait lui être imposée (art. 1103, ancien art. 1134)²⁷.

La cession de bail produit ses effets essentiels entre le cessionnaire et le bailleur ; la jurisprudence imposait le respect des formalités de la cession de créance, outre celui des conditions conventionnelles de cession, afin de rendre la transmission du bail « opposable » au bailleur²⁸. La transmission était de droit en cas d'apport partiel d'actif²⁹.

23. Jurisprudence abondante et constante depuis Cass. civ., 18 février 1924, *DP* 1924.I.17.

24. Cass. civ. 3^e, 7 avril 1994, *Bull. civ.* III, n° 76 : même s'il s'agissait d'une « situation précaire » ; v. toutefois *supra*, n° 665.

25. Cass. civ. 3^e, 9 juillet 2003, *Bull. civ.* III, n° 147 ; *D.* 2003.2239, obs. Y. Rouquet : « *l'omission du preneur d'appeler la bailleuse à concourir à un acte de sous-location ne pouvant être régularisée* »...

26. Cass. civ. 3^e, 10 avril 1991, *supra*, n° 620.

27. À propos d'une clause d'agrément, relative à une sous-location, dans un bail commercial : Cass. com., 16 juillet 1962, *JCP G* 1962.II.12904, n. F. Givord ; *RTD com.* 1963.76, obs. A. Jauffret ; n.p.B. : « *Le droit, pour le propriétaire, d'interdire toute sous-location ou prêt des locaux loués à usage commercial sans son autorisation expresse et préalable sous peine de résiliation du bail, n'est soumis à aucune limitation ; il n'appartient pas aux tribunaux, en cas de refus du bailleur, d'autoriser la sous-location ou le prêt du local, ni de rechercher ou de contrôler les motifs de ce refus* ». V. au contraire pour une clause d'agrément relative à une cession de bail : Cass. com., 19 février 1963, *Bull. civ.* III, n° 110 ; *JCP G* 1963.II.13299, n. F. G. : « *Le preneur pouvait, en cas de refus injustifié, se faire autoriser par justice* ».

28. Ex. : Cass. civ. 3^e, 30 avril 1997, *Bull. civ.* III, n° 89 ; en l'espèce, le bail avait obligé le preneur à obtenir le consentement exprès et écrit du bailleur à la cession de son bail et à faire établir la cession par acte authentique en l'absence du bailleur ; jugé qu'était inopposable aux bailleurs une cession faite sous seing privé sans que les bailleurs eussent été invités à y participer. Sur la nature et la portée de cette intervention, P.-Y. GAUTIER, obs., *RTD civ.* 1993.155.

29. Cass. civ. 3^e, 3 mai 2007, *Defrénois* 2007.1383, n. L. Ruet ; n.p.B. : l'obligation de délivrance et d'entretien passe automatiquement à la société bénéficiaire de l'apport, pour l'usage des locaux tels qu'ils avaient été fixés dans le bail initial.

Ce qui était doublement critiquable : le bailleur cédé n'est pas un tiers, au sens de l'article 1323, al. 2 (ancien art. 1690) ; en outre, les conséquences tirées de l'omission de cette formalité, même si le bailleur a eu, par ailleurs, connaissance de la cession, constituent une véritable prime à la mauvaise foi : résiliation du bail principal ou jeu d'une clause résolutoire³⁰. L'ordonnance du 10 février 2016, en consacrant la cession de contrat, a mis fin à ces exigences (art. 1216, al. 2).

698. Cession de dette ? – La cession de bail transfère au locataire-cessionnaire les droits du cédant pour l'avenir, ce qui va sans difficultés. Il paraît plus difficile de le tenir obligé des dettes passées du cédant, s'il ne s'y était pas spécialement obligé. Il avait cependant été jugé par la Cour de cassation qu'il était tenu de payer une indemnité à raison des dégradations causées par son auteur³¹. Depuis la réforme du droit des contrats, la cession de dettes est permise (nouveaux art. 1327 et 1327-1).

SECTION II DROIT DE PRÉEMPTION

699. La terre à ceux qui ont les mains calleuses. – Dans le bail rural, l'« exploitant preneur en place » dispose du pouvoir de se transformer en propriétaire par un acte unilatéral, si le bailleur aliène à titre onéreux, dans certaines circonstances, le fonds rural loué (C. rur. pm., art. L. 412-1 à L. 412-13). Ce droit de préemption a servi de modèle au droit accordé par les lois du 31 décembre 1975 (art. 10) et du 6 juillet 1989 (art. 15) au locataire ou occupant de bonne foi, en cas de vente d'un local à usage d'habitation ou à usage mixte d'habitation et professionnel³². Dans ce dernier cas, le délai pour prendre la décision est de deux mois. L'irrégularité ou la tardiveté de la notification est sanctionnée par la nullité de la vente³³. La vente peut intervenir en cours de bail, mais le locataire pourra rester dans les lieux, l'immeuble étant vendu occupé. Si l'offre est faite à l'expiration du terme, en revanche, et que le locataire n'exerce pas la préemption dans le délai de préavis, il devra quitter les lieux, se trouvant « déchu » de son droit, car l'offre de vente constitue en même temps un congé virtuel, s'il ne l'accepte pas³⁴. Pour protéger le locataire, la loi *Duflot* du 24 mars 2014, modifiant la loi de 1975, permet à la commune d'acquérir à sa place le cas échéant, pour lui louer le local (art. 10 modifié).

La loi de 1975 s'applique à la vente consécutive à la division d'un immeuble en appartements qui est plus dangereuse pour le locataire, car l'offre de préemption peut lui être faite à tout moment et s'il la refuse, il devra quitter les lieux, le local étant alors vendu libre.

30. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

31. * Cass. civ. 3^e, 9 juillet 2003, *dame Garibaux*, *Bull. civ.* III, n° 145 ; *D.* 2003.2312, obs. Y. Rouquet ; *RTD civ.* 2003.725, obs. P.-Y. Gautier : « les cessions successives d'un bail commercial opèrent transmission des obligations en découlant au dernier titulaire du contrat qui devient débiteur envers le bailleur des dégradations causées par ses prédécesseurs ».

32. Sur le mécanisme de la préemption, *supra*, nos 153-155 et 671.

33. Ex. : Cass. civ. 3^e, 3 juillet 2002, *RDC* 2003, p. 102, obs. crit. Fr. Collart-Dutilleul ; *RD rur.* 2003, n° 312, obs. B. G. ; n.p.B. : « en cas de méconnaissance de son droit de préemption, le preneur peut agir en nullité de la vente dans le délai de six mois à compter de la connaissance qu'il a de la date de celle-ci » ; en l'espèce, le preneur avait depuis cinq ans connaissance de l'existence de la vente, mais non de sa date ; jugé qu'il pouvait agir en nullité.

34. Cass. civ. 3^e, 24 mars 2004, *Bull. civ.* III, n° 59.

Lorsque l'immeuble a été vendu en bloc, le locataire ne pouvait en principe exercer son droit de préemption. Il était à craindre alors que l'acheteur (ex. un fonds d'investissement) revende « à la découpe » l'immeuble, en escomptant une substantielle plus-value et obligeant de fait les locataires à partir, faute de pouvoir payer un prix substantiel. Les juges avaient cependant eu du droit de préemption instauré en 1975 une interprétation large³⁵ et réservaient la fraude³⁶. Une loi du 13 juin 2006 vise à assainir cette pratique et contraint désormais le propriétaire initial d'un immeuble de plus de dix logements à proposer préalablement la vente à chaque locataire, alors même qu'il vendrait l'immeuble en bloc, sauf à ce que l'acquéreur s'engage à laisser les locataires en place pour au moins six ans, le tout, à peine de nullité (art. 10-1 nouveau de la loi de 1975)³⁷.

Un droit de préemption est également reconnu au locataire commercial (C. com., art. L. 145-46-1, loi du 18 juin 2014).

La méconnaissance des droits du locataire est sanctionnée par la nullité de la vente avec le tiers³⁸.

35. Cass. civ. 3^e, 8 juin 2005, *Bull. civ. I*, n° 127 ; *JCP G* 2005.II.10086, n. S. Raby : le fait qu'un lot ait été vendu isolément après la division et avant la vente en bloc, suffit pour que le locataire puisse préempter et réclamer l'annulation de la vente.

36. Ex. Cass. civ. 3^e, 16 novembre 2005, *Bull. civ. III*, n° 223 ; *D.* 2005, IR, 2968, obs. Y. Rouquet : le propriétaire vend l'immeuble en bloc, après avoir établi un état descriptif de division, il aurait dû mettre en mesure les locataires d'exercer leur droit de préemption sur chaque lot.

37. Encore faut-il que le locataire exerce son droit de préemption lors de l'offre de vente, le repentir tardif est sans effet : Cass. civ. 3^e, 11 mars 2015, n° 14-10447, *Bull. civ. III*, n° 29 ; *RDC* 2015. 512, obs. J.-B. Seube ; *RTD civ.* 2015. 605, obs. H. Barbier ; *Dr. et patr.* juill.-août 2015, p. 84, obs. L. Aynès.

38. Cass. civ. 3^e, 23 juin 2010, n° 09-13153, *Bull. civ. III*, n° 128 ; *D.* 2010. 1709, n. Y. Rouquet : irrégularité de l'information du locataire.

■ TITRE II ■

CONTRAT D'ENTREPRISE

PREMIÈRES VUES SUR LE CONTRAT D'ENTREPRISE

700. La bonne à tout faire. – Le contrat d'entreprise¹ est un genre qui recouvre des espèces hétérogènes. C'est l'ancien « louage d'ouvrage » tel que le qualifie encore le Code civil (art. 1779 et s.), dont il est la version moderne et diversifiée. Il est aussi un contrat de « prestation de services », selon la nouvelle terminologie du Code civil. Il a pour objet des services appliqués à une chose... matérielle : il se rapproche alors de la vente ; ... immatérielle : il se rapproche alors du mandat. Dans les deux cas, le contrat est conclu dans l'intérêt du maître de l'ouvrage ; c'est un contrat de service, marqué par l'altruisme.

1° D'une part, il y a toute une catégorie de contrats d'entreprise qui ont pour objet une **chose matérielle** ; le Code civil les régit sous le nom de devis et marchés (art. 1787 à 1799), ce qui embrasse tous les contrats ayant pour objet la fabrication (par exemple, la construction), la transformation ou l'entretien d'une chose ; cette dernière activité a pris une importance considérable, avec le recul du travail domestique. Ce sont des entreprises spécialisées qui assurent toutes sortes de travaux et l'ensemble des « services », utiles aux particuliers et aux professionnels².

2° D'autre part, il existe de nombreux contrats d'entreprise ayant un **objet immatériel** : par exemple, ceux que pratiquent les médecins, les avocats, les agences de voyages, les conseils (juridiques, fiscaux, en organisation), les organisateurs de spectacles, les professeurs³, etc.

Le contrat d'entreprise devient ainsi la « bonne à tout faire » des contrats spéciaux⁴. Ce qu'est aussi le mandat. Toute activité dans l'intérêt d'autrui (ou presque) devient entreprise, si elle n'est pas un mandat.

701. Une famille qui se démembre. – Certains de ces contrats sont devenus si usuels et ont pris un particularisme si marqué qu'à l'intérieur du genre « contrat d'entreprise », ils sont

1. Le mot d'entreprise a en droit plusieurs sens : soit le contrat du même nom, soit un établissement commercial ou industriel, soit la communauté de travail constituée par l'employeur et ses salariés (le comité d'entreprise), soit toute activité. **Biblio.** : Fr. LABARTHE et C. NOBLOT, *Traité du contrat d'entreprise*, LGDJ, 2008.

2. B. GRELON, *Les entreprises de services*, th. Paris I, Economica, 1978.

3. V. P.-Y. GAUTIER, *RTD civ.* 2006.576 ; J. CARBONNIER, n. *JCP G* 1951.II.6439, qui y voit plutôt, en raison de la particularité de son objet, un contrat innommé.

4. En anglais, entrepreneur se dit *contractor*.

devenus autonomes ; un rameau s'est détaché de l'arbre. Ce qui confirme la « loi de spécialisation progressive » des contrats spéciaux⁵.

L'exemple le plus ancien est le contrat de transport, qui était un contrat d'entreprise⁶ (art. 1779, 2° ; 1782 à 1786) et tend lui-même à se spécialiser ; des différences parfois importantes s'établissent entre les transports terrestres (qui eux-mêmes se subdivisent en transports par fer et transports routiers), fluviaux, maritimes, aériens ; il faut aussi distinguer les transports de marchandises des transports de voyageurs, les transports fluviaux puis, maintenant, depuis la jurisprudence *Chronopost*, le transport de marchandises rapide⁷.

Le même phénomène se trouve dans d'autres contrats d'entreprise : contrat médical, de restauration (l'ancien contrat d'aubergiste), d'hôtellerie, d'édition et d'exploitation des œuvres artistiques, contrat d'avocat (lorsque celui-ci ne représente pas son client). Surtout à l'égard des contrats d'entreprise relatifs aux bâtiments (architectes, entrepreneurs – au sens commun du langage – et autres techniciens de la construction) ; un droit spécial au contrat de construction se constitue progressivement, qui a son particularisme, mais ne se détache pas vraiment du contrat d'entreprise, parce que le Code civil en entremêle les règles. De la même manière que la théorie générale des contrats par rapport au droit des contrats spéciaux, les règles communes à l'ensemble des contrats d'entreprise prennent progressivement un caractère résiduel, comme une peau de chagrin.

Peu à peu, le contrat d'entreprise cesse d'être une catégorie homogène. Par exemple, le contrat de construction se rapproche de la vente par les obligations qu'il fait naître (ex. : la garantie des vices cachés). À l'inverse, les contrats d'entreprise intellectuelle (ex. : le contrat de conseil) se rapprochent du mandat, par exemple, à l'égard de la révision du prix⁸.

Il subsiste cependant des principes généraux applicables à tout contrat d'entreprise, lorsqu'il s'agit de déterminer son identité et sa formation (Sous-Titre I), ses effets et son extinction (Sous-Titre II). Ne seront pas étudiées les règles particulières à chacune des variétés de contrats d'entreprise, notamment le contrat de construction, sauf lorsqu'elles permettent de saisir l'économie et la théorie générale de ce contrat spécial.

5. *Supra*, n° 34.

6. Lorsqu'il y a des travaux spéciaux importants de manipulation dans un transport, il s'agit d'un contrat de déménagement, *supra*, n° 11.

7. *Infra*, n° 753.

8. *Supra*, n° 549.

■ SOUS-TITRE I ■

FORMATION ET NOTION

■ CHAPITRE I ■

FORMATION DU CONTRAT D'ENTREPRISE

702. Formation et preuve – Rétractation. – Le contrat d'entreprise relève du droit commun des contrats pour les règles régissant sa formation : il est un contrat consensuel¹ sauf exceptions légales² et soumis aux règles ordinaires de preuve³. Il peut être conclu à distance (ex. : C. consom., art. L. 221-1) La seule difficulté intéresse les avant-contrats, devis, projets, plans et études préalables ; *sur la détermination du prix*⁴. Si l'existence du contrat est établie, doit être déterminé ce qui a été demandé par le client, preuve qui est à la charge de l'entrepreneur⁵.

La charge de prouver l'inexécution du contrat pèse sur le maître de l'ouvrage⁶.

Lorsque le contrat est conclu à distance par un consommateur, celui-ci jouit d'un droit de rétractation de quatorze jours (C. consom. art. L. 221-18, loi 17 mars 2014, rapp. *supra* n° 100). De façon plus générale, la réglementation de la consommation sur les contrats à distance s'applique aux professionnels, y compris les professions libérales⁷.

703. Devis : promesse ou projet de contrat ?⁸ – Souvent, le contrat d'entreprise est précédé de projets et de devis, c'est-à-dire d'études portant sur les

1. Jurisprudence constante ; ex. : Cass. civ. 3^e, 17 décembre 1997, *Bull. civ.* III, n° 226 ; *D. Aff.* 1998.667 : « le contrat d'entreprise n'est soumis à aucune forme particulière et est présumé conclu à titre onéreux » : en l'espèce, M. Mercier avait demandé des honoraires de maîtrise d'œuvre pour la construction d'une maison de Mme Bayer ; la cour d'appel le débouta car « il invoque des travaux exécutés pour elle sur la base d'un devis qui n'est pas signé, sans établir qu'ils aient été convenus à titre onéreux et encore moins que le prix ait été précisé ». Cassation. Il peut être conclu par courrier électronique : Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 2015, n° 14-19781, n.p.B., *Comm. com. électr.* 2015, n° 79, n. G. Loiseau ; *RDC* 2016.39, obs. A. Danis-Fatôme : commande de consultation en droit comptable.

2. Ex. : la construction d'un navire (L. 3 janvier 1967, art. 5). Ou encore, en droit d'auteur (C. propr. intell., art. L. 131-2).

3. A. BÉNABENT, « La preuve du contrat d'entreprise », *Contrats, conc. consom.* 1992, n° 4. Jurisprudence constante : ex. : Cass. civ. 3^e, 18 février 1981, *Bull. civ.* III, n° 36 : « La charge de la preuve de l'existence d'un contrat incombe à celui qui s'en prévaut ».

4. *Infra*, n°s 766-769.

5. Cass. civ. 1^{re}, 21 mars 2006, *Bull. civ.* I, n° 166 ; *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. n° 129, n. L. Leveneur : en l'espèce un entrepreneur, avait construit un caveau ; il demanda le prix de ses travaux à sa cliente, qui refusa, « le caveau n'étant pas conforme à celui qui lui avait été commandé » : la cour d'appel la condamna à payer : « il appartient (à la cliente) d'établir la consistance exacte de ce qu'elle avait commandé et elle n'apporte pas cette preuve ». Cassation pour avoir inversé la charge de la preuve.

6. Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2008, n° 07-15643 ; *Bull. civ.* I, n° 172 ; *JCP G* 2008.IV.2319 : « il incombait au débiteur (le maître de l'ouvrage, débiteur du prix) d'apporter la preuve de ses allégations selon lesquelles ceux-ci (les travaux promis) n'avaient été que partiellement exécutés ».

7. Ex. : CJUE, 15 janv. 2015, *D.* 2015. 213 (clauses abusives) ; Aix-en Provence, 28 oct. 2014, *D.* 2014. 2246 ; *RTD civ.* 2015. 158, obs. P.Y. Gautier (formalisme du contrat, écrit et honoraires).

8. *Infra*, n° 752.

caractéristiques des travaux à exécuter et le prix auquel ils seront réalisés. Parfois, au contraire, l'entrepreneur fixe plus tard le prix, ce qui est un risque pour le client, que celui-ci doit assumer⁹.

En principe, le devis n'est pas soumis à des règles particulières ; il est facultatif¹⁰ ; aussi bien pour sa forme que ses effets, il relève de la théorie générale des avant-contrats. L'entrepreneur détermine un montant fixe ou une fourchette ; si le client l'accepte, les parties sont liées. Généralement, il constitue une promesse unilatérale de contrat obligeant l'entrepreneur et non le client (le maître de l'ouvrage) à conclure le contrat définitif : aucun honoraire n'est dû¹¹.

Il n'en est pas toujours ainsi : tout dépend de la volonté des parties et des usages professionnels, ainsi que de l'importance des travaux préliminaires exécutés. Ou bien, il s'agit d'un projet, élément des pourparlers, et non une promesse de contrat ; le maître de l'ouvrage n'est donc pas lié, sauf par les règles de la bonne foi¹². Ou bien, à l'inverse, il y a un engagement réciproque qui n'est pas pour autant une promesse synallagmatique de contrat, parce que les obligations ne sont pas « symétriques », mais un contrat d'étude : un honoraire est dû à l'entrepreneur même si le contrat relatif à la réalisation n'est pas conclu¹³. Ces règles s'appliquent à tous les contrats d'entreprise, y compris à la construction¹⁴. En droit de la consommation, les devis sont parfois obligatoires.

N^{os} 704-707. réservés.

9. TGI Versailles, 28 mars 2006, cité *infra* : consultation d'un professeur non précédée d'un devis ; son client doit l'honorer, même si les conclusions le déçoivent.

10. Par ex. : TGI Versailles, 28 mars 2006, *D.* 2006, IR, 1631 ; *RTD civ.* 2006.576, obs. P.-Y. Gautier (consultation de professeur de droit, pas de devis, prix déterminé une fois la consultation établie) ; *Cass. civ.*, 23 octobre 1945, *D.* 1946.19. Parfois, il est obligatoire. Ex. : pour les chirurgiens-dentistes : Versailles, 4 février 1988, *JCP G* 1988.IV.367 : « *En vertu des règles de déontologie en usage dans la profession de chirurgien-dentiste, des soins importants ne doivent pas être accomplis sans devis préalable afin que le patient connaisse la nécessité, le coût et les aléas des travaux à effectuer ; dans le cas contraire, comme en l'espèce, le paiement des honoraires est limité aux travaux réalisés dans la mesure d'une acceptation du patient.* ».

11. Ex. : *Cass. com.*, 30 novembre 1971, *Bull. civ.* IV, n° 288 ; *D.* 1972.209 : aucune demande n'avait été adressée au paysagiste-pépiniériste : « *Le plan proposé par Bonnet (le paysagiste-pépiniériste) pouvait être considéré comme un avant-projet en vue de l'établissement d'un contrat définitif* » ; la demande en paiement d'honoraires faite par le paysagiste-pépiniériste était donc sans fondement.

12. *Cass. com.*, 20 mars 1972, *Bull. civ.* IV, n° 93 ; *JCP G* 1973.II.17543, n. J. Schmidt : rupture brutale de pourparlers prolongés avec une entreprise qui, à la connaissance de l'auteur de la rupture, avait engagé de gros frais.

13. Ex. : *Cass. civ.* 3^e, 9 février 2011, n° 10-10264, *Bull. civ.* III, n° 20 ; *JCP G* 2011, 640, n. Fr. Labarthe ; *Contrats, conc. consom.* 2011 n° 110, n. L. Leveneur : cassation de l'arrêt qui ne recherche pas l'existence d'un contrat imposant le paiement, même en cas de refus du devis. Dans le commerce international également, lorsque des études préalables coûteuses sont nécessaires, doivent être payés les frais afférents à cette étude si le contrat n'aboutit pas. Dans la réparation automobile, l'usage est que le devis soit payant et imputable sur le prix de l'éventuelle réparation.

14. Pour les architectes ou les décorateurs, *Cass. civ.* 1^{re}, 7 février 1966, *Bull. civ.* I, n° 89... ou pour les bureaux d'études, *Cass. com.*, 25 juin 1973, *Bull. civ.* IV, n° 217 ; *D.* 1973, somm., 150 ; *Cass. civ.* 3^e, 6 mars 1973, *Bull. civ.* III, n° 163. Certains arrêts considèrent que l'architecte doit être réglé de ses diligences, fussent-elles simplement préparatoires : *Cass. civ.* 3^e, 16 janvier et 29 avril 1985, *RDI* 1985.255 et 374 ; n.p.B. ; cf. aussi pour un concours de projets : *Cass. civ.* 3^e, 24 septembre 2003, *RDC* 2004, p. 369, obs. A. Bénabent ; n.p.B. : il faut présumer que chaque projet doit être rémunéré. La preuve du contrat d'architecte relève du droit commun ; ainsi, lorsqu'existe un commencement de preuve par écrit, elle peut être faite par témoignages ou présomptions : *Cass. civ.* 3^e, 11 juin 1986, *D.* 1987.285, n. A. Gourio ; n.p.B. En l'espèce, le commencement de preuve tenait aux circonstances suivantes : « *Mlle Amiache avait autorisé les architectes à pénétrer dans sa propriété un temps nécessairement assez long eu égard à l'importance des documents établis par eux ; elle leur avait fourni les pièces indispensables à leur travail* ». S'il s'agit d'un contrat de promotion immobilière relatif à l'habitation, un contrat d'études préalables peut être conclu à titre onéreux (CCH, art. R.222-4, al. 1), sauf s'il a pour objet une maison individuelle. Ph. MALINVAUD *et al.*, *Droit de la promotion immobilière*, Dalloz, 9^e éd., 2014, n° 788.

■ CHAPITRE II ■

NOTION DE CONTRAT D'ENTREPRISE

708. Définition. – Dans le contrat d'entreprise, une personne (l'entrepreneur) s'engage moyennant rémunération à accomplir de manière indépendante un travail, au profit d'une autre (le maître de l'ouvrage)¹, sans la représenter².

L'obligation de payer le prix à laquelle est tenu le maître n'est pas caractéristique : d'une manière générale, une obligation monétaire ne permet pas de qualifier un contrat. Cependant, elle confère au contrat une nature nécessairement onéreuse, qui peut ainsi être présumée³ ; le contrat d'entreprise peut être onéreux, même si une somme d'argent n'est pas due par le maître (de nombreux services sur l'Internet ou la « gratuité d'affaires » : *infra*, n° 911 pour le prêt).

L'obligation spécifique du contrat d'entreprise pèse sur l'entrepreneur qui doit exécuter un travail, lui-même ou par celui qu'il se substitue au moyen d'une convention de sous-traitance. Cette obligation permet de situer le contrat d'entreprise par rapport à d'autres contrats. Parce qu'il s'agit d'un travail, l'entreprise se distingue de la vente⁴ et du mandat (Section I). L'entrepreneur doit accomplir ce travail d'une manière indépendante, ce qui distingue l'entreprise du contrat de travail (Section II). *Sur la différence d'avec le bail*⁵.

Ce travail est spécifique⁶, en ce qu'il est exclusivement destiné à satisfaire l'intérêt du maître de l'ouvrage ; ce qui rend compte de ses nombreuses particularités : pas de prédétermination du prix, possibilité de le réviser si l'entrepreneur fixe

1. **Terminologie** : le mot de « client » serait préférable. Le maître d'œuvre est distinct du maître de l'ouvrage ; il intervient dans l'entreprise de construction et a pour mission de concevoir l'œuvre et de contrôler l'exécution de l'ensemble des travaux ; généralement il est architecte, mais il peut être aussi ingénieur-conseil voire entrepreneur.

2. Cette définition est la reproduction presque identique de celle que donne la Cour de cassation : ex. : Cass. civ. 1^{re}, 19 février 1968, *Bull. civ. I*, n° 69 ; *D.* 1968.393 ; *JCP G* 1968.II.15490 ; *RTD civ.* 1968.558, obs. G. Cornu : « le contrat d'entreprise est la convention par laquelle une personne charge un entrepreneur d'exécuter, en toute indépendance, un ouvrage ; il en résulte que ce contrat, relatif à de simples actes matériels, ne confère à l'entrepreneur aucun pouvoir de représentation » ; le mandat, au contraire, suppose que le mandataire ait le pouvoir de faire des actes juridiques et confère un pouvoir de représentation, *supra*, n° 541. **Biblio.** : F. LEDUC, « Deux contrats en quête d'identité, les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise », *Études offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 595 s.

3. Cass. civ. 3^e, 17 décembre 1997, *supra*, n° 702 : il est « présumé conclu à titre onéreux ».

4. *Supra*, n°s 73-77.

5. *Supra*, n°s 618-619.

6. *Supra*, n° 76.

un montant excessif, faculté de résiliation unilatérale par le maître, attention attachée à la réception par le maître du travail accompli, garanties spéciales, obligation du maître d'informer l'entrepreneur des attentes particulières, possibilité pour celui-ci de refuser d'agréer les sous-traitants quand l'entrepreneur les aura choisis, etc.⁷.

SECTION I

CONTRAT D'ENTREPRISE ET MANDAT

Contrat d'entreprise et mandat ont l'un et l'autre pour objet des prestations de services. Les intérêts de la distinction (§ 2) impliquent l'examen des éléments caractéristiques de chacun de ces contrats (§ 1).

§ 1. ÉLÉMENTS DISTINCTIFS

709. Acte « matériel » et « personnel ». – Le contrat d'entreprise et le mandat obligent l'un et l'autre à des services, mais leur objet respectif présente deux différences fondamentales ; la difficulté apparaît lorsqu'une personne agit pour autrui. Est-ce un mandat ou un contrat d'entreprise ?

D'une part, le mandat a pour objet principal des actes juridiques⁸ ; le mandataire exerce sa volonté en accomplissant des actes juridiques, dans l'intérêt du mandant ; par exemple, le mandataire conclut des ventes pour le compte du mandant. Alors que le contrat d'entreprise est traditionnellement relatif à des actes matériels : par exemple, le médecin dispense des soins, l'architecte conçoit une construction⁹, etc. Mais depuis plus de cinquante ans, ce contrat a subi une dématérialisation importante¹⁰ ; selon le Code Napoléon, le louage d'ouvrage consistait uniquement en une prestation matérielle¹¹ ; aujourd'hui, il peut avoir pour objet une activité intellectuelle¹², mais il n'est pas alors complètement soumis aux règles du contrat d'entreprise¹³ ; sans doute, comme on l'a dit joliment, parce que ces prestations « se consomment par leur délivrance même »¹⁴.

Dans les professions libérales, la distinction entre le mandat et le contrat d'entreprise est difficile pour deux raisons : la prestation due par un notaire, un avocat ou un architecte est aussi

7. G. DURAND-PASQUIER, *Le maître de l'ouvrage, Contribution à l'harmonisation du régime du contrat d'entreprise*, th. Paris I, 2005.

8. Jurisprudence constante : Ex. : Cass. com., 8 juillet 2008, *Bull. civ. IV*, n° 148 ; D. 2008.2140, n. X. Delpech ; *Contrats, conc. consom.* 2008, comm. n° 229, n. N. Mathey.

9. En principe, l'architecte est lié au maître de l'ouvrage par un contrat d'entreprise ; il n'existe de mandat que si une convention l'a prévue, pour un ou plusieurs actes juridiques : Cass. civ. 1^{re}, 21 janvier 1963, *Bull. civ. I*, n° 41 ; JCP G 1963.II.13185, n. P. E. : « Il ne saurait être considéré comme un mandataire, à moins qu'il n'ait été chargé par son client d'accomplir, au nom et pour le compte de celui-ci, certains actes juridiques, déterminés et nécessaires à l'exécution du mandat ainsi confié ».

10. *Supra*, n° 51.

11. Ex. : construction et réparation d'un bâtiment : architecte ou « entrepreneur » ; réparation d'une automobile : garagiste.

12. Ex. : médecin, ingénieur conseil, conseil juridique : Cass. civ. 3^e, 28 février 1984, *Bull. civ. III*, n° 51 ; *Gaz. Pal.* 1984.II.628 : « Les travaux d'ordre intellectuel ne sont pas exclus de la définition du contrat d'entreprise » ; D. GRILLET-PONTON, *Essai sur le contrat innommé*, th. Lyon 1982, ronéo, n° 124.

13. *Infra*, n° 716.

14. R. SAVATIER, « La vente de services », *D.* 1971, chron. 223, spéc. n° 4.

immatérielle que celle d'un mandataire ; ces professions reposent, comme le mandat, sur la confiance ; en outre, le service dû par ces professionnels est souvent lié à un acte juridique : l'avocat ou le notaire donnent un conseil ou une consultation, avant de participer à la conclusion d'un acte. De son côté, le mandat professionnel implique l'exercice d'un devoir de conseil, qui s'ajoute à l'exécution de la mission. Sont entrepreneurs... le notaire, lorsqu'il rédige un acte, ... l'avocat, lorsqu'il délivre une consultation, ... l'architecte, lorsqu'il dessine un projet... (ce sont leurs activités principales) ; ce rapprochement explique certaines règles communes, notamment celles qui ont trait à la fixation et à la révision des honoraires¹⁵. De plus, un mandat s'ajoute souvent au contrat d'entreprise.

D'autre part, le mandataire représente son client : il est un intermédiaire¹⁶. Le service que le mandant attend du mandataire est de le faire entrer en relations avec d'autres personnes. Au contraire, l'entrepreneur n'est pas un représentant : à la demande du client, il accomplit un travail dont il prend la responsabilité.

Un contrat complexe peut combiner le mandat et le contrat d'entreprise. Cette combinaison est susceptible de donner naissance à un contrat spécial, d'une nature particulière : la qualification est alors exclusive ; par exemple, le contrat de promotion immobilière. Elle peut aussi être distributive ; par exemple, les contrats de pompes funèbres et surtout les contrats d'agences de voyages et de *sponsoring*, ou des avocats, ou des agents immobiliers, ou des banquiers.

710. Gestion de patrimoine. – Lorsqu'une personne confie à un prestataire de services d'investissements la gestion de son patrimoine (espèces, valeurs mobilières et produits financiers), la loi moderne énonce des règles très strictes : agrément de la société de portefeuille par une autorité administrative, obligations de bonne conduite, assurance obligatoire, etc. Le contrat est conclu par écrit¹⁷ ; il est *intuitu personae*. Sa nature est mixte, car il comporte aussi un mandat. Il doit préciser la nature des opérations confiées au prestataire¹⁸. Celui-ci est tenu d'une obligation de diligence¹⁹ sans garantir de profits : l'opération est aléatoire²⁰ ; il est tenu d'un devoir de conseil dont l'étendue dépend des connaissances boursières de son client²¹, mais a toujours pour objet sa conformité aux ordres reçus²² ; il doit régulièrement informer le client par l'envoi de relevés d'opérations : c'est à lui de prouver qu'il a régulièrement exécuté son obligation de conseil²³. Le client n'a pas à surveiller l'évolution de son portefeuille, sauf s'il avait été mis en garde²⁴. La clause exonératoire de responsabilité est valable, mais sans effet si le prestataire a

15. *Infra*, n° 716.

16. N. DISSEAUX, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, LGDJ, 2007.

17. Seulement à titre de preuve : Cass. com., 26 février 2008, *Bull. civ. IV*, n° 43 ; D. 2008.782, n. X. Delpach.

18. Paris, 24 octobre 1990, D. 1991.236, n. M. Storck.

19. Cass. civ. 1^{re}, 22 mars 1977, *Bull. civ. I*, n° 143 ; D. 1977, IR, 401, obs. M. Vasseur : la banque doit « apporter dans l'exécution des opérations qu'elle a effectuées les soins que l'on peut normalement attendre d'un professionnel avisé ». Ainsi, le gestionnaire engage-t-il sa responsabilité, en achetant des titres non cotés, difficiles à liquider : Paris, 1^{er} avril 1997, D. Aff. 1997.596 ; ou en confondant les intérêts de son client avec ceux d'un tiers : Cass. com., 27 mai 1997, *ib.*, p. 851.

20. Ex. Cass. com., 7 octobre 1997, *Bull. civ. IV*, n° 243 ; D. Aff. 1997.1278 : « après avoir relevé le caractère aléatoire que revêt nécessairement la recherche d'un acquéreur pour une importante quantité de titres, surtout lorsqu'il s'agit de titres à diffusion restreinte et à risque [...], la société de bourse avait contracté une obligation qui n'était que de moyens ».

21. Ex. : Cass. com., 8 juillet 2003, *Bull. civ. IV*, n° 118 ; D. 2003.2095, n. V. Avena-Robardet : « ayant relevé que M. Vantrou (le client de la banque) avait démontré par la teneur des courriers qu'il adressait à la banque, et notamment par une lettre dans laquelle il tenait les propos d'un « opérateur en bourse chevronné », qu'il était parfaitement averti des opérations qu'il pratiquait, la cour d'appel a pu décider que la banque n'était pas tenue de le mettre en garde contre les risques inhérents à ces opérations ».

22. Ex. : Cass. com., 26 mars 2008, *Bull. civ. IV*, n° 69 ; RTD. civ. 2008.689, obs. P.-Y. Gautier : le prestataire qui a exécuté tardivement l'ordre de bourse doit réparation à son client (pourtant avocat de son état).

23. *Infra*, n° 716.

24. Cass. com., 1^{er} février 1994, *Bull. civ. IV*, n° 42 ; D. 1994.424, n. C. Ducouloux-Favard : « Mme B. de H. avait donné un mandat de gestion à la société de bourse et elle n'était, dès lors, pas

commis une faute de gestion ou si elle limite une obligation essentielle²⁵. L'expérience du client doit aussi être prise en compte pour atténuer ou supprimer la responsabilité de l'intermédiaire²⁶.

Un auteur estime que le contrat de gestion est principalement un contrat d'entreprise²⁷.

711. Agents et mandataires immobiliers ; mandat d'entremise. – Afin de protéger le propriétaire, la loi a soumis le contrat qu'il conclut avec un agent immobilier à des règles dérogatoires au droit commun (L. 2 janvier 1970, dite « loi Hoguet », modifiée en 2014). Bien que ce contrat soit qualifié par la loi de « mandat » (art. 5 et 6), il relève surtout du courtage et du contrat d'entreprise²⁸ ; notamment, il n'engage pas le « mandant » à conclure la vente, sauf clause expresse²⁹ ; la Cour de cassation le qualifie de « mandat d'entremise »³⁰, le distinguant ainsi des autres agents commerciaux³¹. S'il est exclusif, il doit détailler la mission de l'agent et sa durée est limitée (art. 6 préc., L. du 24 mars 2014). Elle ne doit pas dépasser trois mois (D. 20 juillet 1972, art. 78, al. 2). Cette variété de courtage se rencontre dans d'autres secteurs que l'immobilier et est très présente sur l'Internet. Ce droit spécial s'applique aux divers mandataires et gestionnaires immobiliers, syndics d'immeubles compris, dont les activités mêlent mandat et entreprise.

La conclusion du contrat est soumise à un formalisme qui soulève de nombreuses difficultés. **1)** L'agent doit être titulaire d'une carte professionnelle précisant l'étendue de ses pouvoirs. **2)** Le mandat doit être écrit³² ; et préciser les pouvoirs

tenue d'assurer la surveillance de l'évolution de son compte, sauf si elle avait reçu de celle-ci des mises en garde » ; en l'espèce, M^{me} B. de H. avait donné à une société de bourse un mandat de gérer un portefeuille de valeurs mobilières ; au bout de trois mois, des pertes importantes en étaient résultées, à cause de la « pratique anormalement spéculative » adoptée par la sté ; la cour d'appel avait décidé que M^{me} B. de H. en était en partie responsable « en ne réagissant pas à la réception d'avis d'opérations portant sur des montants anormaux » ; cassation.

25. Paris, 23 septembre 1993, *D.* 1994, somm., 213, obs. Ph. Delebecque, 1995, somm., 199, obs. I. Bon-Garcin ; *RTD com.* 1994.87, obs. M. Cabrillac et Teyssié ; V. égal. STORCK, *RTD com.* 1999.158. Sur l'obligation essentielle, v. Th. BONNEAU, *passim*.

26. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 13 octobre 1998, *Bull. civ. I*, n° 296 : le client « opérateur averti, (ce qui exclut) un manquement à l'obligation de conseil ».

27. P.-F. CUIF, *Le contrat de gestion*, th. Paris I, Economica, 2004, préf. L. Aynès.

28. *Supra*, n° 539.

29. Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 1996, *Bull. civ. I*, n° 114 ; *D.* 1997.223, n. Amar-Layan.

30. Sur cette qualification : Cass. civ. 3^e, 17 juin 2009, n° 08-13833, *Bull. civ. III*, n° 148 ; *D.* 2009.2724, n. N. Dissaux ; *Defrénois* 2009.2329, obs. R. Libchaber : est un mandat d'entremise le contrat qui donne « pouvoir de mettre en vente l'immeuble et de trouver acquéreur, sans autorisation d'accepter une offre d'achat ni de conclure la vente » ; Chr. ATIAS, « Mandat de vendre et offre de vente (protection du client de l'agent immobilier et protection du vendeur) », *D.* 2003.1922.

31. Ex. : est soumis à la loi *Hoguet* l'agent dont le mandat prévoit qu'il a pour mission de réaliser l'achat, la vente, l'échange d'immeuble, la vente de fonds de commerce : Cass. com., 7 juillet 2004, *Bull. civ. IV*, n° 147 ; *D.* 2004.2230, obs. Y. Rouquet : ne lui est pas soumis l'agent dont le contrat prévoit... qu'il n'est qu'un représentant mandataire du vendeur : Cass. civ. 1^{re}, 19 janvier 1979, *Bull. civ. I*, n° 17... qu'il a une mission de conception, d'assistance et de commercialisation : Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 1993, *Bull. civ. I*, n° 349, etc.

32. Cass. civ. 1^{re}, 2 décembre 2015, n° 14-17. 211, *Contrats, conc. consom.* 2016, n° 59, n. L. Leveneur ; *Bull. civ. I* à paraître : « la preuve de l'existence et de l'étendue du mandat de gestion immobilière délivré à un professionnel ne peut être rapportée que par écrit. Ni le mandat apparent, ni la ratification de l'acte ne peuvent tenir en échec ces règles impératives ». Ne constituent pas le mandat écrit... un bon de visite : Cass. civ. 1^{re}, 3 avril 2002, *Bull. civ. I*, n° 103 ; *JCP G* 2003.II.10119... une promesse de vente : Cass. civ. 1^{re}, 27 janvier 1987, *Bull. civ. I*, n° 27. Il n'est cependant pas nécessaire que cet écrit soit un acte authentique : Cass. civ. 1^{re}, 9 décembre 2010, n° 09-71205, *Bull. civ. I*, n° 253 ; *JCP G* 2010.1268.

(étendue et durée)³³ et le montant des honoraires³⁴. 3) Un exemplaire doit être remis au client³⁵. 4) Les honoraires ne sont dus que si l'agent a une carte professionnelle³⁶... le mandat précise le montant des honoraires³⁷... l'affaire a été effectivement conclue³⁸. 5) Sauf clause contraire, ils sont dus par le vendeur ; s'il s'agit d'une location, ils incombent au seul bailleur (art. 5, L. 1989, L. du 24 mars 2014).

Les nullités³⁹ résultant de cette réglementation sont d'ordre public, absolues⁴⁰ et donc susceptibles d'être invoquées par les tiers intéressés Lorsque le mandat est nul, le mandataire ne peut ni... prétendre à une rémunération⁴¹... invoquer la clause pénale stipulée dans le contrat... obtenir des dommages-intérêts si l'acquéreur ou le vendeur refusent de réaliser l'acte⁴² ; les règles de l'enrichissement injuste sont également exclues⁴³. Mais malgré la nullité de l'acte, le mandant peut, après coup, s'engager à payer l'agent⁴⁴.

33. Cass. civ., 5 mai 1982, *Bull. civ. I*, n° 159 ; *JCP G* 1982.II.20064 ; *RTD civ.* 1983.355, obs. Ph. Rémy ; *RDI* 1982.536, obs. C. Saint-Alary-Houin : « Un mandat à durée déterminée, mais contenant une clause de renouvellement indéfini par tacite reconduction, n'est pas limité dans le temps » et est donc entièrement nul. La Cour de cassation a ultérieurement cantonné cette jurisprudence : pour la première période, le mandat est limité dans le temps et par conséquent, à cet égard, régulier. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 10 juin 1987, *Bull. civ. I*, n° 184 : « Un contrat de durée limitée contenant une clause de renouvellement indéfini par tacite reconduction n'est pas nul dès son origine, seule la clause de renouvellement étant atteinte ». Elle a également décidé que le mandat à durée déterminée... avec un seul renouvellement par tacite reconduction était valable : Cass. civ. 1^{re}, 9 mai 1990, *Bull. civ. I*, n° 95 ; *RDI* 1990.386. Le droit de la consommation (C. consom., art. L. 215-1, réd. L. 28 janvier 2005) a modifié la tacite reconduction des contrats conclus par un professionnel avec des consommateurs : *Les obligations*, coll. Droit civil.

34. Cass. civ. 1^{re}, 9 novembre 1999, *Bull. civ. I*, n° 292 ; *Contrats, conc. consom.* 2000, comm. n° 38, n. Leveuve ; en l'espèce, la commission avait été « fixée selon le prix de l'acquisition lequel était compris entre 3 500 000 et 4 000 000 F » ; jugé que le mandat était nul « car il ne précisait pas les conditions de détermination de la rémunération ».

35. Cass. civ. 1^{re}, 25 février 2010, n° 08-14787, *Bull. civ. I* n° 45 ; *Contrats, conc. consom.* 2010, n° 116, n. L. Leveuve ; *JCP G* 2010, n° 625, n. N. Dissaux, qui exige cette formalité pour la validité de l'acte même, au moins lorsque le mandat est exclusif.

36. Cass. civ. 1^{re}, 5 avril 2012, n° 11-15569, *Bull. civ. I*, n° 81 ; en l'espèce, l'agent immobilier dépourvu de carte professionnelle avait pourtant reçu d'un promoteur immobilier le mandat écrit de commercialiser divers programmes immobiliers.

37. Cass. civ. 1^{re}, 8 mars 2012, n° 11-14234, *Bull. civ. I*, n° 47.

38. Jurisprudence constante ; ex. : Cass. civ. 3^e, 11 mars 2009, n° 07-20509, *D.* 2009.873, n. Y. Rouquet ; *Bull. civ. III*, n° 60 : « aucune somme d'argent n'est due, à quelque titre que ce soit, à l'agent immobilier, avant que l'opération pour laquelle il a reçu un mandat écrit, ait été effectivement conclue... » (les acheteurs avaient renoncé à la vente). Le principe est le même, lorsque la vente était affectée d'une condition suspensive qui ne se réalise pas : Cass. civ. 3^e, 19 mai 1999, *Bull. civ. III*, n° 120 ; *Contrats, conc. consom.* 1999, comm. n° 141, n. L. Leveuve ; *D.* 2000.692, n. I. Ardeef ; *JCP G* 2000.II.10336, n. J.-L. Elhoueiss : « À défaut de réalisation effective de l'opération, l'agent n'a pas droit au paiement de la commission contractuelle non convenue ».

39. Critiques : E. MEILLER, « La distinction du formalisme et de la formalité, Réflexion sur les prescriptions imposées au mandat de l'agent immobilier », *D.* 2012.160. Sans écrit, pas de paiement, même sur le fondement de la gestion d'affaires : Cass. civ. 1^{re}, 22 mars 2012, n° 11-13000, *D.* 2012.879, n. Y. Rouquet ; *Bull. civ. I*, n° 72.

40. Cass. civ. 1^{re}, 18 octobre 2005, *Bull. civ. I*, n° 363 ; en l'espèce, le mandat conféré à l'agent était d'une durée indéterminée ; jugé qu'il était nul, d'une nullité absolue et ne pouvait donc être confirmé.

41. Cass. civ. 1^{re}, 3 mars 1998, *Bull. civ. I*, n° 91.

42. Cass. com., 15 décembre 1987, *Bull. civ. IV*, n° 271.

43. Cass. civ. 1^{re}, 18 juin 2014, n° 13-13553, *Bull. civ. I* n° 110, *RTD civ.* 2014. 671, obs. P.-Y. Gautier.

44. Cass. civ. 1^{re}, 14 juin 1988, *Bull. civ. I*, n° 185 : « cette convention n'est valable que si elle est postérieure à la réitération de la vente par acte authentique » ; contra : Cass. civ. 3^e, 14 janvier 2016, n° 14-23898, *Bull. civ. III* à paraître ; *D.* 2016. 201, au sujet d'un syndic de copropriété : la nullité résultant du défaut d'écrit ne saurait être suppléée a posteriori par un vote d'assemblée générale, validant sa rémunération.

Le propriétaire n'est pas obligé d'accepter l'offre d'achat⁴⁵ présentée par l'agent ; mais il engage sa responsabilité et doit indemniser l'agent, s'il conclut l'affaire soit par lui-même, soit par un nouvel agent, alors que le client avait été présenté par le premier⁴⁶. De même, l'acheteur ou le vendeur doit, non les honoraires, mais indemniser l'agent immobilier s'il lui a fait perdre la vente par ses manœuvres dolosives ou par la fraude⁴⁷. L'agent peut insérer une clause prévoyant qu'il recevra sa commission ; elle doit être apparente et ne pas dépasser le montant convenu (art. 78, al. 1, D. 1972, modif. D. 24 juin 2015).

Lorsque le propriétaire a donné un mandat non exclusif à plusieurs agents il ne doit de rémunération qu'à celui qui a négocié la vente⁴⁸. Si la rémunération est excessive, elle peut être réduite⁴⁹. La loi du 24 mars 2014 dispose qu'elle peut être plafonnée par décret (art. 6 préc., L. 1970), un remboursement est possible, « lorsque la prestation fournie à un client n'est pas conforme à la nature promise » (*ib.*). Mais ces règles ne s'appliquent pas aux conventions conclues entre agents immobiliers⁵⁰. L'agent immobilier ne garantit pas au propriétaire la solvabilité du locataire qu'il lui a présenté, s'il a procédé à des vérifications sérieuses⁵¹.

712. Promotion immobilière. – Le contrat de promotion⁵² immobilière a été, comme la plupart des contrats spéciaux, créé spontanément par la pratique, puis régi par la loi (art. 1831-1 à 5, L. 16 juillet 1971). C'est un contrat par lequel une personne prend l'initiative et la direction d'une opération immobilière pour le compte de ceux qui veulent devenir propriétaires des constructions, à un prix convenu à l'avance.

Le contrat est complexe ; il comporte **1°** l'engagement de construire⁵³ – à cet égard, il est un contrat d'entreprise, **2°** celui d'accomplir des actes juridiques pour le compte d'autrui (acquisitions de terrains, ventes d'immeubles, contrats

45. Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 2012, n° 10-20492, *Bull. civ. I*, n° 143 ; *RTD civ.* 2012. 743, obs. P.-Y. Gautier : « le mandat d'entremise [...] ne lui permet pas d'engager son mandant pour l'opération envisagée, à moins qu'une clause de ce mandat ne l'y autorise expressément », pas de commission, sauf clause pénale ou faute du mandant.

46. Ex. : Cass. civ. 3^e, 8 juin 2010, motifs, n° 09-14949, *Bull. civ. III*, n° 112 ; *D.* 2012.62, n. Y. Dagorne-Labbe ; *RTD civ.* 2010.581, obs. P.-Y. Gautier : « la constatation de manœuvres frauduleuses destinées à éluder la commission d'un agent immobilier n'ouvre pas droit au paiement de la commission contractuellement prévue, mais seulement à la réparation de son préjudice par l'allocation de dommages-intérêts ».

47. Jurisprudence plusieurs fois réitérée ; ex. : Cass. civ. 3^e, 8 juin 2010, préc.

48. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2002, 2 arrêts, *Bull. civ. I*, n° 184 ; *Contrats, conc. consom.* 2002, comm. n° 170, n. L. Leveneur ; *JCP G IV*, n°s 2515 et 2516 : « lorsqu'une personne a donné à plusieurs agents immobiliers un mandat non exclusif de vendre le même bien, elle n'est tenue de payer une rémunération qu'à celui par l'entremise duquel l'opération a été effectivement conclue, au sens de l'art. 6 de la loi du 2 janvier 1970 et cela même si l'acquéreur lui avait été précédemment présenté par un autre agent immobilier, sauf à ce dernier à prétendre à l'attribution de dommages-intérêts en prouvant une faute du vendeur qui l'aurait privé de la réalisation de la vente ».

49. Cass. civ. 1^{re}, 2 juin 1993, *Bull. civ. I*, n° 198 ; en l'espèce, la cour d'appel avait souverainement décidé qu'une rémunération de 5 % n'était pas excessive : rejet du pourvoi ; elle avait aussi dit que le juge n'avait pas le pouvoir de réduire « le montant de la commission [...] librement convenu entre les parties » ; la Cour de cassation a dit que ce motif avait été « justement critiqué ».

50. Cass. civ. 1^{re}, 3 janvier 1996, *Bull. civ. I*, n° 1 : « Vu les articles 1 et 6 de la L. du 2 janvier 1970 et 72 du D. du 20 juillet 1972 ; les dispositions protectrices édictées par ces textes, en faveur des vendeurs et des acquéreurs, ne sont pas applicables aux conventions de rémunération conclues entre agents immobiliers ».

51. Paris, 19 juillet 2006, *JCP G* 2006.IV.2970 : condamnation de l'agent négligent et réparation de la perte d'une chance de percevoir les loyers impayés.

52. **Étymologie** de promotion : du latin *promoveo*, *ere* = faire avancer, mettre en mouvement. Le promoteur met en mouvement et fait avancer la construction.

53. Cass. civ. 3^e, 6 novembre 1985, *Bull. civ. III*, n° 140 ; *RTD civ.* 1986.373, obs. Ph. Rémy : il n'y a pas de contrat de promotion immobilière lorsqu'il y a simplement eu une « rénovation » de l'immeuble, parce qu'il n'y a pas eu de « construction » d'un ouvrage : « Les appartements avaient été vendus clefs en main après la transformation de l'hôtel en immeuble d'habitation ».

avec les architectes) – à cet égard il est un mandat. Après les hésitations de la jurisprudence, la loi a tranché en faveur du mandat (art. 1831-1), bien qu'elle eût imposé au promoteur des obligations dépassant celles d'un mandataire, notamment la garantie des vices cachés et la prise en charge des dépassements du prix. La Cour de cassation en a déduit que le maître de l'ouvrage pouvait être condamné à payer les travaux réalisés par l'entrepreneur avec lequel le promoteur avait traité, parce que celui-ci avait agi en qualité de mandataire du maître de l'ouvrage⁵⁴; cette décision a permis au constructeur d'échapper à la loi du concours auquel l'exposait la procédure collective à laquelle avait été soumis le promoteur.

Le promoteur peut s'engager à réaliser lui-même le programme immobilier : il devient un entrepreneur (art. 1831-1, al. 2). Il est alors nécessaire de savoir s'il agit en qualité d'entrepreneur (il a promis de construire) ou de mandataire (il a géré une opération immobilière). Par exemple, afin de savoir si le contrat qu'il conclut avec une personne chargée de la construction constitue une sous-traitance ou l'exécution d'un mandat⁵⁵.

713. Pompes funèbres. – Le contrat passé par le futur défunt ou sa famille avec une entreprise de pompes funèbres relève d'une qualification distributive. D'une part, cette entreprise est un mandataire lorsqu'elle sert d'intermédiaire entre la famille et des tiers (propriétaire du cimetière, ministre du culte, etc.) pour conclure des actes avec eux. D'autre part, elle est un entrepreneur lorsqu'elle accomplit la sépulture (inhumation ou incinération), qui est un acte matériel⁵⁶.

714. Agence de voyages. – L'agence de voyages⁵⁷ assume des fonctions également complexes et est tenue d'obligations de plus en plus étendues. Soit, elle est un **mandataire** : elle représente un hôtel ou un transporteur, dont elle loue les chambres ou vend les billets à ses clients ; elle n'est alors responsable que de ses fautes prouvées⁵⁸, de plus en plus facilement comprises⁵⁹. Soit elle est un **entrepreneur**⁶⁰, en organisant elle-même un voyage avec les moyens d'autrui

54. Cass. civ. 3^e, 8 mars 1977, *Gaz. Pal.* 1977.II.421 ; *RTD civ.* 1977.787, obs. G. Cornu.

55. Cass. civ. 3^e, 5 juin 1985, *Bull. civ.* III, n° 89.

56. La Cour de cassation en a tiré pour conséquence que les juges ne pouvaient réviser ses prix, ce qui est inopportun à cause du risque d'abus propre à ce genre d'entreprise, qui a pour clientèle des gens dont la souffrance altère le consentement (Cass. civ., 23 octobre 1945, *S.* 1948.I.144 ; *RTD civ.* 1949.99, obs. J. Carbonnier).

57. Ch. LACHÈZE, *Les agents de voyage*, Litec, 2007 ; du même auteur, *Droit du tourisme*, LexisNexis, 2014 ; P. COUVRAT, *Les agences de voyage en droit français*, th. Poitiers, LGDJ, 1967, préf. G. Cornu ; Fr. BOULANGER, *Tourisme et loisirs dans les droits européens*, Economica, 1996.

58. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 30 janvier 2007, n° 05-20050 ; *JCPG* 2007.II.10060, n. M. Poumarède ; n.p.B. : « C'est à bon droit que le juge de proximité a retenu que la responsabilité de l'agence, dont le mandat s'était limité à la délivrance de billets d'avion, ne pouvait être engagée en l'absence de faute ». En l'espèce, l'agence avait vendu un billet de transport aérien aller et retour ; lors du retour, la cie aérienne fut mise en liquidation judiciaire ; jugé que l'agence n'en était pas responsable, car « l'inefficacité du titre était due à des circonstances extérieures au contrat » et « la solution de remplacement » proposée par l'agence avait été refusé par le client.

59. Cass. civ. 1^{re}, 30 octobre 2007, n° 06-18510, *Bull. civ.* I, n° 331 ; *JCPG* 2008.I.10039, n. E. Bazin ; « la responsabilité de l'agence de voyage qui se borne à délivrer des titres de transport est engagée en cas de faute prouvée » ; même situation que dans l'espèce précédente, sauf que l'agence « se présente clairement comme partie contractante, le nom du transporteur n'apparaissant qu'en petites lettres », puis écrivant au client « nous essaierons de défendre au mieux vos intérêts et gérerons au cas par cas les dossiers aériens » ; jugé qu'elle était responsable de la défaillance du transporteur.

60. Cass. civ. 1^{re}, 27 octobre 1970, *sté croisière et tourisme*, *Bull. civ.* I, n° 284 ; *D.* 1971.449, n. P. Couvrat ; *JCPG* 1971.II.16624, n. R. Rodière ; *RTD civ.* 1974.392, obs. G. Cornu : « La cour d'appel retient que le rôle de la société de tourisme ne s'est pas limité à celui d'un simple intermédiaire, mais qu'elle a mis sur pied une organisation complète et dans tous ses détails d'un voyage comportant

(un « *tour operator* »). Elle est alors responsable de plein droit des obligations qu'elle prend – celles qu'elle doit elle-même exécuter ou faire exécuter par d'autres. Elle n'échappe à cette responsabilité qu'en démontrant la force majeure, ou le fait du contractant ou celui d'un tiers « *étranger à la fourniture des prestations prévues au contrat* »⁶¹. En outre, elle est tenue d'une obligation d'information (C. tour., art. L. 211-8 et 9).

Elle est régie par le Code du tourisme, transposant pour partie le droit communautaire ; également par le Code de la consommation (art. L. 221-1 et s., sur les contrats conclus sur l'Internet). L'agent de voyages qui ne vérifie pas la réalité des prestations promises peut être pénalement puni pour tromperie sur les qualités de la prestation de service (C. consom., art. L. 441-1)⁶².

715. Sponsoring. – Le contrat de *sponsoring*⁶³ recouvre deux réalités différentes selon qu'il est pratiqué dans le commerce international ou dans la publicité. Dans le **commerce international**⁶⁴, une entreprise qui veut conclure un marché dans un pays étranger, notamment ceux du Golfe, doit conclure un contrat avec un sponsor national de ce pays, à la fois garant (moral) et courtier officieux, qui pour cet office perçoit une commission souvent substantielle (10 à 15 % du marché). Dans certains pays (ex. : l'Arabie Saoudite), le *sponsor* est souvent remplacé par une *joint-venture*. La **publicité** aussi utilise le *sponsoring*⁶⁵ ; une entreprise finance en tout ou en partie certains projets – artistiques (ex. : une représentation à l'opéra ou une acquisition d'œuvre d'art par le Musée du Louvre) ou sportifs (ex. : une course de voiliers) – au bénéfice d'un parrainé qui en contrepartie lui assure la publicité de son nom ou de sa marque. Il s'agit d'un contrat innommé (mélange d'entreprises réciproques, de prêt à usage et de donation avec charges) soumis au droit de la publicité. Il est étroitement encadré (ex. : loi *Evin* de 1991 sur l'alcool et le tabac).

§ 2. INTÉRÊTS DE LA DISTINCTION

716. Représentation, responsabilité, salaire. – La différence la plus importante entre le contrat d'entreprise et le mandat tient au pouvoir de **représentation** conféré au mandataire qui engage le mandant, à la différence de l'entrepreneur qui ne lie pas par ses actes le maître de l'ouvrage. En outre, le maître n'a pas à **réparer** les dommages survenus à l'entrepreneur dans l'exécution des travaux ; celui-ci en supporte donc les risques, au contraire du mandataire.

Une autre différence, mais nuancée, intéresse la **révision du prix**. Comme dans le mandat, le juge peut modérer le prix stipulé dans les contrats d'entreprise lorsqu'il n'a pas été fixé à l'avance ; il peut aussi le faire pour les honoraires, même convenus à l'avance, lorsqu'ils

l'utilisation de nombreux moyens de transport différents et qu'elle assurait diverses prestations telles que logement, nourriture et distraction ; dès lors, l'arrêt attaqué a pu considérer que la société avait agi en qualité d'entrepreneur... ».

61. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 2 novembre 2005, *Bull. civ. I*, n° 401 ; *JCP G* 2006.II.10018, n. M. Poumarède ; *D.* 2006.1016, n. J.-Y. Maréchal ; *RTD civ.* 2006.329, obs. P. Jourdain ; *Contrats, conc. consom.* 2006.41, n. L. Leveneur : en l'espèce, un touriste avait fait une chute dans l'escalier de son hôtel à l'étranger ; même si elle n'y est pour rien, l'agence en est responsable de plein droit, si elle a organisé le voyage, dès lors qu'elle n'établit ni la faute de la victime (dont le rôle actif ne suffirait pas) ni une cause étrangère. La faute du prestataire semble également indifférente.

62. Cass. crim., 17 mars 1993, *JCP G* 1994.II.22192, n. crit. P. Couvrat.

63. **Étymologie** de *sponsoring* : du latin *spondeo, ere* = promettre, garantir, parrainer.

64. M. DUBISSON, « Le contrat de sponsor pour l'obtention d'un marché international », *JCP G* 1983, C.I., 14027.

65. D. ROSKIS, « Le parrainage publicitaire », *D.* 1999, chron. 443 ; LAPOYADE-DESCHAMPS, « Le *sponsoring* », in *Ét. Derruppé*, Litec, 1991, p. 125 et s. ; HUGUET, « À propos du contrat de *sponsoring*, le parrainage publicitaire », *JCP Cl.*, 1980.I.8940.

rémunèrent des services intellectuels (médecins⁶⁶, avocats, architectes, conseils, etc.). Mais il ne peut réviser un devis stipulé dans un contrat de construction. Enfin, la sous-traitance est différente du sous-mandat.

SECTION II

CONTRAT D'ENTREPRISE ET CONTRAT DE TRAVAIL

Contrat d'entreprise et contrat de travail ont l'un et l'autre pour objet un travail pour autrui. Il est utile d'en déterminer les éléments distinctifs à cause des intérêts qui s'y attachent.

717. Critère. – Le principe de la distinction entre contrat d'entreprise et contrat de travail tient à l'indépendance de l'entrepreneur⁶⁷, alors que le salarié est un subordonné, parce qu'il est soumis au pouvoir de contrôle et de direction de l'employeur⁶⁸.

Le critère semble précis et s'exprime par un faisceau d'indices : **1°)** l'entrepreneur est engagé à la tâche, non le salarié qui travaille pendant une durée successive ; **2°)** il est payé pour le travail qu'il a fait, alors que le salarié est rémunéré au temps de travail ; **3°)** surtout, il a une liberté d'exécution de son travail, alors que le salarié est soumis à la surveillance et au contrôle de son employeur⁶⁹.

Le critère est plus simple en apparence qu'en réalité ; aucun des indices n'est vraiment concluant. L'obligation de respecter un horaire fixe et le fait d'être payé au temps passé n'excluent ni l'un ni l'autre la qualité d'entrepreneur ; un employeur peut même laisser à son salarié une grande liberté dans l'exécution de son travail, tandis que certains petits entrepreneurs sont sous la surveillance constante de leurs clients.

Le critère le plus sûr se trouve dans la notion de clientèle : l'entrepreneur n'a pas de patron, mais des clients. C'est un homme libre, autant qu'on peut l'être dans l'exercice d'une profession où « *le client est roi* ». Le contrat d'entreprise est le levier majeur de l'esprit d'entreprise – de création, de risque, de liberté —. Il est la base de la profession libérale, et du dynamisme dans une économie libérale.

718. Intérêts de la distinction. – La liberté et l'indépendance de l'entrepreneur ont pour rançon des risques et des obligations étendus.

Certains des intérêts attachés à la distinction s'effacent progressivement. Ainsi les lois sociales relatives aux salariés – notamment la Sécurité sociale – s'étendent progressivement aux travailleurs indépendants. La qualité de préposé, qui engage la responsabilité des commettants, est généralement attachée à celle de salarié, non à celle d'entrepreneur dont l'indépendance exclut la subordination, sauf lorsque le client donne des ordres à l'entrepreneur.

66. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 18 juin 1970, *Bull. civ. I*, n° 210 : le praticien (un dentiste) avait « l'obligation d'aviser à l'avance sa cliente du taux particulièrement élevé de ses honoraires » ; l'arrêt souligne que le Code de déontologie impose aux médecins d'établir leurs honoraires avec « tact et mesure », ce qui est la même idée. Sur le prix, *infra*, n°s 766 et s.

67. Ex. : Cass. civ. 3^e, 2 octobre 1979, *Bull. civ. III*, n° 164 : « Les éléments du contrat impliquant que celui qui devait faire le travail avait conservé une indépendance dans l'exécution des travaux, les juges d'appel ont pu qualifier de contrat d'entreprise la convention intervenue entre les parties ».

68. Th. REVET, *La force de travail*, th. Montpellier, Litec, 1992 ; « L'objet du contrat de travail », *Dr. soc.* 1992.859.

69. Sur l'indépendance de l'entrepreneur, tel qu'un professeur de droit, TGI Versailles, 28 mars 2006, *D.* 2006, IR, 1631 ; *RTD civ.* 2006.576, obs. P.-Y. Gautier.

Les intérêts majeurs sont ailleurs : d'abord le salarié ne peut jamais être commerçant ou artisan, au contraire de l'entrepreneur. En outre, les risques sont à la charge de l'entrepreneur (art. 1790)⁷⁰ ; si la chose qu'il a faite est détruite par force majeure avant la livraison, il n'a droit à aucune rémunération, alors que le salarié conserve le droit à son salaire. L'entrepreneur répond de toutes ses fautes et de son retard, alors que le salarié n'est responsable que de sa faute lourde.

Il existe un autre intérêt, moins important : à la différence de la rémunération de l'entrepreneur, les créances de salaire bénéficient d'un privilège général (art. 2331).

N^{os} 719-737. réservés.

70. *Infra*, n^o 781.

■ SOUS-TITRE II ■

EFFETS ET EXTINCTION

738. Plan. – Le contrat d’entreprise est un contrat synallagmatique ; il impose donc des obligations réciproques à l’entrepreneur (Chapitre 1) et au maître de l’ouvrage (Chapitre 2) ; il s’éteint par leur exécution (Chapitre 3)¹.

1. **Biblio.** : S. MOREIL, *Les obligations nées du contrat d’entreprise*, th. Paris II, Panthéon-Assas, 2009.

■ CHAPITRE I ■

OBLIGATIONS DE L'ENTREPRENEUR

739. Travail et garantie. Délai. – À première vue, il est facile de déterminer les obligations de l'entrepreneur qui doit accomplir le travail promis. Par exemple, le médecin doit soigner, le transporteur transporter, le réparateur réparer, etc.

À la différence du vendeur ou du bailleur de chose, il ne doit pas, en général, puisqu'il s'agit d'une activité, la garantie de conformité ; celle-ci est en effet liée à la fabrication ou à la remise d'une chose¹. Il en est autrement dans deux hypothèses : s'il a fourni la matière, il est tenu de la garantie du vendeur ; et, surtout, s'il est constructeur : il a la maîtrise de l'ensemble de la chose². S'il fabrique le bien, il doit le délivrer au client dans le délai convenu ou d'usage (C. consom., art. L. 111-1, dans les rapports avec les consommateurs). L'entrepreneur doit accomplir son travail dans le délai convenu et, s'il n'en a pas été fixé, dans un « *délai raisonnable* »³. Il n'engage sa responsabilité envers les tiers qu'en cas de faute prouvée de sa part, leur causant un dommage (sauf à ce que ceux-ci se prévalent du contrat selon la règle générale, s'il l'a mal exécuté).

Les obligations de l'entrepreneur sont complexes, car leur étendue est variable (Section I), comme l'est leur mode d'exécution (Section II).

SECTION I ÉTENDUE

L'entrepreneur s'oblige à accomplir un travail (§ 1) ; lorsqu'il est professionnel, il s'engage aussi à conseiller le maître de l'ouvrage (§ 2). L'étendue de ses obligations peut être fixée par convention (§ 3).

1. PLANIOL et RIPERT, t. XI, par A. Rouast, n° 928 ; le contraire est parfois enseigné : v. B. GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, th. Nancy, LGDJ, 1964, n° 28 ; les arrêts cités par cet auteur se réfèrent au contrat de construction, prévoyant que la garantie est due, même en dehors du domaine de l'article 1792. Ex. : * Cass. com., 4 juillet 1989, *sté commercial Union Insurance Company Ltd, supra*, n° 76. En l'espèce, une entreprise avait commandé « *une installation de distillation* » qui s'était révélée défectueuse ; il s'agissait de savoir « *s'il y avait lieu de faire application de la clause limitative de responsabilité* ». Elle eût été nulle s'il s'était agi d'une vente ; jugé qu'elle était valable, parce que le contrat était un contrat d'entreprise.

2. *Infra*, n°s 745 et s.

3. Cass. civ. 3^e, 16 mars 2011, n° 10-14051, *Bull. civ.* III, n° 35 ; *Contrats, conc. consom.* 2011, n° 135, n. L. Leveueur (travaux de peinture).

En revanche, sauf mandat spécial, il n'a pas qualité pour représenter le maître dans la conclusion d'actes juridiques⁴.

§ 1. ACCOMPLISSEMENT DU TRAVAIL

740. Obligations de moyens et de résultat. – L'obligation de l'entrepreneur a un objet qui varie selon les cas ; il faut distinguer, en utilisant la classification des obligations en raison de leur objet, entre les obligations de moyens et les obligations de résultat.

L'entrepreneur s'engage à exécuter sa prestation ; il se peut que celle-ci n'ait pas l'effet attendu par le maître de l'ouvrage. La question est de savoir si l'entrepreneur a promis seulement sa prestation ou un résultat déterminé, ce qui suppose qu'il ait pu maîtriser les éléments permettant d'y parvenir, ce que n'est pas la prestation ayant pour objet un conseil ou concernant un être vivant. On en donnera deux exemples : l'ancienne responsabilité médicale et celle du transporteur de voyageurs.

De 1936⁵ à la loi *Kouchner* du 4 mars 2002 (C. santé publ., art. L. 1111-2), la **responsabilité médicale** a été une responsabilité contractuelle, faisant naître une obligation de moyens, construite par une jurisprudence abondante et compliquée, édiflée sur un contrat artificiel. Depuis 2002, elle est remplacée par une responsabilité légale et depuis 2010⁶, la Cour de cassation a abandonné toute référence au contrat médical⁷. L'avant-projet de loi sur la responsabilité civile codifie cette jurisprudence (art. 1233, al. 2).

Du **transport de voyageurs** ne peut naître une obligation de moyens mais de résultat : si un voyageur ne parvient pas sain et sauf à destination, le transporteur est responsable, sauf s'il démontre la force majeure, le fait d'un tiers ou la faute de la victime⁸.

Par conséquent, la qualification de contrat d'entreprise ne suffit pas à déterminer le régime de la responsabilité : un contrat d'entreprise fait naître tantôt une obligation de moyens, tantôt une obligation de résultat, selon l'objet de l'obligation qu'il impose à l'entrepreneur.

Certains auteurs mettent à part le contrat d'entreprise ayant une chose corporelle pour objet : il ferait toujours naître une obligation de résultat. Pour le moins, il s'agit d'une obligation de résultat « atténuée », où le débiteur cesse d'être responsable, non seulement en démontrant la

4. Cass. civ. 3^e, 17 février 1999, *Bull. civ.* III, n° 40 ; *D. Aff.* 1999.551 : « *Le contrat de louage d'ouvrage ne confère pas de plein droit au maître d'œuvre mandat de représenter le maître de l'ouvrage...* ».

5. Cass. civ., 20 mai 1936, *GAJ civ.*, n°s 162-163, *Docteur Nicolas c. époux Mercier*, DP 1936.1.88, concl. P. Matter, rap. L. Jossierand, n. E. P. ; S. 1937.I.321, n. A. Breton : « *Il se forme, entre le médecin et son client, un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon bien évidemment de guérir le malade, ce qui d'ailleurs n'a jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, ainsi que paraît l'énoncer le moyen du pourvoi, mais consciencieux, attentifs, et réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science* ».

6. Jurisprudence plusieurs fois réitérée : Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 2010, n° 09-13591, *Bull. civ.* I, n° 128 ; *D.* 2010.1522, n. P. Sargos ; *JCP G* 2010.788, n. S. Porchy-Simon ; *RTD civ.* 2010.571, obs. P. Jourdain.

7. La *Revue des contrats* (2011.335 s.) a ouvert un débat sur l'existence actuelle de la responsabilité médicale contractuelle : « *Feu l'arrêt Mercier !* ». Pour son maintien : M. BACACHE (p. 335 s.), Fr. LEDUC (p. 345 s.), Pour sa disparition : Ph. PIERRE (p. 357 s.)

8. Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 1969, *Bull. civ.* I, n° 260 ; *D.* 1969.640, n. G.C.M. ; *JCP G* 1969.II.16091, concl. R. Lindon ; *Gaz. Pal.* 1969.II.154 : « *Vu l'article 1147 ; l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination résultant de l'article 1147 n'existe à la charge du transporteur que pendant l'exécution du contrat de transport, c'est-à-dire à partir du moment où le voyageur commence à monter dans le véhicule et jusqu'au moment où il achève d'en descendre* ».

cause étrangère, mais aussi son absence de faute. La nuance apportée à la classification est donc insuffisante : les obligations de l'entrepreneur sont toujours complexes.

En plus de la prestation principale, l'entrepreneur peut aussi être tenu d'obligations accessoires⁹. Dans le contrat de construction, un tiers garantit souvent la livraison¹⁰.

741. Entreprise intellectuelle et matérielle. – Lorsque le contrat n'est pas relatif à une chose et a pour objet une prestation intellectuelle, l'obligation est souvent une obligation de moyens¹¹. Lorsqu'elle est relative à une chose, ce n'est que si l'entrepreneur en a la maîtrise que naît une obligation de résultat¹². Ainsi que le montrent quatre exemples : le contrat d'ingénierie, l'obligation de réparation pesant sur un garagiste, l'obligation de nettoyer un vêtement pesant sur un teinturier et le contrat de construction.

742. 1° Ingénieries diverses. – Le contrat d'ingénierie (parfois dénommé contrat de construction d'un ensemble industriel ou d'*engineering*) a un contenu variable¹³.

En général, il a pour objet la conception et la direction d'ensemble d'un gros ouvrage (par exemple, la construction d'une usine ou d'une autoroute), ce que l'on appelle parfois le *contracting engineering*. Les obligations convenues peuvent être moins étendues et n'avoir pour objet que des conseils (ce que l'on appelle parfois le *consulting engineering* (l'ingénierie-conseil) : études préalables des objectifs fixés par le maître d'ouvrage, recherches de financement, fournitures de technologie et de plans). Surtout, elles peuvent être plus étendues et comprendre des fournitures matérielles et la mise en service de l'ouvrage (ex. : vente d'une usine « clefs en main »). Il peut être stipulé que la société d'ingénierie devra, pendant un certain temps, une assistance technique (ex. : clause d'entretien et de réparation, formation du personnel). Il peut aussi être convenu que la société d'ingénierie garantira l'écoulement de la production, voire achètera les invendus.

Comme beaucoup de contrats modernes, il juxtapose plusieurs contrats de natures différentes : vente de choses futures, contrat d'entreprise et contrat de conseil en organisation. Dans la mesure où il a pour objet des conseils et des techniques, il constitue un contrat d'entreprise¹⁴ et impose une obligation de moyens : il implique souvent une collaboration entre la société d'ingénierie et le maître d'ouvrage. Mais l'obligation est une obligation de résultat, bien que l'entrepreneur ait la maîtrise de la mise en œuvre de ses conseils. Il est surtout pratiqué dans les pays

9. Cass. civ. 1^{re}, 2 octobre 2007, *RDC* 2008.402, obs. P. Puig ; n.p.B. : surveillance de bijoux remis sur un plateau par la cliente dans un salon de coiffure : « obligation de veiller à la sécurité des bijoux », sans qu'il soit besoin de recourir à la qualification de dépôt nécessaire.

10. Cass. civ. 3^e, 3 décembre 2008, n° 07-20931 ; *JCP G* 2008, 741, obs. crit. D. Houtcieff : jugé que le garant de livraison est dans ses rapports avec le constructeur, tenu de la charge définitive de la dette et n'a donc pas de recours subrogatoire contre l'entrepreneur.

11. Mais la faute sera souvent facile à établir : ex. : un expert-comptable ayant mal vérifié les comptes de son client : Cass. com., 3 juin 1997, *D. Aff.* 1997.1282 ; n.p.B.

12. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 5 mars 1991, *Contrats, conc. consom.* 1991, comm. n° 132, n. L. Leveneur ; n.p.B. ; jugé que l'entrepreneur était responsable de l'incendie consécutif à l'installation électrique qu'il avait effectuée : le travail « ne relevait pas d'une technique particulièrement élaborée et la technique d'ouvrage présentait suffisamment de certitude pour que la société Le Rest (le maître d'ouvrage) puisse escompter la remise en état complète de ses équipements ».

13. J.-J. BURST, « L'assistance technique dans les contrats de transfert technologique », *D.* 1979, chron. 1 ; jugé qu'une convention d'assistance technique fait naître une obligation de résultat : Cass. civ. 1^{re}, 8 janvier 1985, *Bull. civ. I*, n° 12 ; *RTD civ.* 1986.138, obs. J. Huet : en l'espèce, une société spécialisée dans les explosifs avait donné des conseils sur la manière de détruire un bâtiment en le faisant sauter ; jugé qu'elle était responsable du dommage causé : « La convention ne se limitait pas à de simples conseils mais avait comporté la direction des opérations ».

14. *Infra*, n° 752.

industrialisés et dans les anciens dominions britanniques. Dans les conventions avec les pays de l'Est, le contrat « clefs en main » est plus fréquemment utilisé ; dans les pays d'Afrique de l'Ouest et du Nord, il s'agit surtout du contrat « produits en main »¹⁵ ; ces pratiques changent rapidement.

743. 2° Garagiste. – La responsabilité du garagiste qui répare une automobile a évolué¹⁶ ; elle tient plus compte de la teneur des engagements contractuels que d'analyses abstraites. La jurisprudence est flottante.

Les arrêts les plus récents décident qu'il s'agit d'une obligation de résultat¹⁷, ce qui dispense le client de prouver la faute du garagiste si la réparation n'est pas efficace. Le garagiste peut s'exonérer en prouvant, soit la cause étrangère – par exemple, le fait du client –, soit l'absence de causalité – par exemple, la longue durée entre la réparation et la nouvelle panne¹⁸ –, soit son absence de faute¹⁹ – par exemple, il avait fait les diligences nécessaires – ; on est loin de la véritable obligation de résultat²⁰ : une obligation de résultat si allégée qu'elle est proche d'une obligation de moyens²¹.

Des arrêts anciens avaient décidé que le garagiste-réparateur n'était tenu que d'une obligation de moyens renforcée²². Un peu comme le médecin, son activité comporte en effet un aléa (bien qu'une automobile soit beaucoup moins compliquée qu'un corps humain) ; en outre, à la différence du fabricant ou du constructeur d'un bâtiment, il ne peut être tenu d'une garantie des vices cachés²³, puisqu'il ne fabrique, ni ne fournit de chose. Il est seulement tenu d'exécuter ses obligations sans commettre de faute : tout dépend de ce qu'il a promis. Aujourd'hui,

15. *Supra*, n° 78.

16. G. DAVERAT, *La responsabilité civile et pénale du garagiste dans l'exercice de ses activités de vendeur et de prestataire de service*, th. Paris I, ronéo (1980) ; sur le devoir de conseil, *infra*, n° 750 et s. ; sur le dépôt, parfois accessoire au contrat, *infra*, n° 869.

17. Jurisprudence plusieurs fois réitérée : Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 20 juin 1995, *Bull. civ. I*, n° 263 : « Le garagiste à qui un client confie un véhicule pour le réparer est soumis à une obligation de résultat qui emporte à la fois présomption de causalité entre la prestation fournie et le dommage invoqué par le client et présomption de faute ». En cas d'accident ayant causé un dommage corporel, jugé qu'il s'agissait d'une obligation de sécurité : Cass. civ. 1^{re}, 9 juin 1993, *Bull. civ. I*, n° 209 ; *Contrats, conc. consom.* 1993.205, n. L. Leveuveur : « dont il peut s'exonérer en prouvant qu'il n'a pas commis de faute ».

18. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 16 février 1988, *Bull. civ. I*, n° 245 : « Le véhicule étant tombé en panne pour défaut de mise en place de la jauge à huile, après avoir parcouru plus de 6 000 km depuis l'intervention du garagiste remontant à près d'un mois, la cour d'appel en a déduit une absence de causalité ».

19. Cass. civ. 1^{re}, 22 juin 1983, motifs, *Bull. civ. I*, n° 181 ; *RTD civ.* 1984.119, obs. Ph. Rémy ; en l'espèce, une réparation avait été inefficace pour une cause inconnue ; le juge du fond déboute le client de sa demande d'indemnité ; cassation : « Il appartenait au garagiste de prouver qu'il n'avait pas commis de faute » ; le garagiste est donc responsable de la panne consécutive à une réparation, lorsque sa cause n'a pu être déterminée.

20. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

21. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 31 octobre 2012, n° 11-24324, *Bull. civ. I* n° 227 : le client doit prouver que la survenance d'une nouvelle panne après réparation, se rapporte à la mauvaise intervention du garagiste.

22. Cass. civ. 1^{re}, 11 mai 1971, *Bull. civ. I*, n° 155 (dépannage) : « En l'absence d'une convention expresse à cet égard... (le garagiste) s'était seulement obligé à mettre en œuvre ses moyens matériels et ses connaissances techniques en vue de mener à bien l'entreprise envisagée » ; de même un accident survenu cinq mois après la réparation « ne peut être imputé à faute » au garagiste : Lyon, 22 février 1981, *Gaz. Pal.* 1981.I.415, n. G. Daverat.

23. Jurisprudence constante : ex. : Cass. civ. 1^{re}, 2 juin 1982, *Bull. civ. I*, n° 204 : « L'arrêt attaqué a retenu, à bon droit, que le contrat intervenu était un contrat d'entreprise et que, par suite, l'article 1648 était sans application en l'espèce ».

plusieurs arrêts considèrent que l'obligation du garagiste varie selon que la panne est due à un défaut antérieur à son intervention, ou en est la conséquence²⁴.

744. 3^o Teinturier. – Le teinturier voit souvent sa responsabilité invoquée lorsqu'un objet lui a été remis pour être nettoyé et que, perdu ou dégradé, il ne peut le restituer. Il s'agit d'un contrat d'entreprise, non d'un dépôt où la responsabilité du dépositaire serait alléguée ; sauf si après le terme fixé pour le retrait de l'objet, le teinturier avait accepté de le conserver quelque temps ; un contrat de dépôt se serait ajouté au contrat d'entreprise²⁵.

Le teinturier, en sa qualité d'entrepreneur, est tenu d'une obligation de moyens²⁶ ; sa responsabilité est donc engagée s'il a commis une faute, facilement admise²⁷. Mais c'est une obligation de moyens renforcée, car le seul fait de la perte ou de la dégradation de la chose engage sa responsabilité, sauf s'il démontre la cause étrangère²⁸ ou son absence de faute²⁹ ; il existe donc une présomption de faute à son encontre (comme dans l'obligation de résultat). La force majeure n'est cependant pas la seule cause d'exonération³⁰ ; en cela, l'obligation n'est pas une obligation de résultat. En outre, il est tenu d'un devoir de conseil³¹ ; sa situation ressemble à celle du garagiste réparateur.

745. 4^o Construction : garantie décennale, biennale et annale. – L'obligation qui pèse sur le constructeur d'un ouvrage immobilier³² est encore plus complexe : elle comporte pour les dommages graves, une garantie indépendante de la faute, et pour ceux qui le sont moins une responsabilité contractuelle fondée sur la faute.

24. Cass. civ. 1^{re}, 4 mai 2012, n^o 11-13598, *Bull. civ. I*, n^o 104 ; *RDC* 2012. 1200, obs. O. Deshayes : le client ne prouve pas que la panne du turbocompresseur soit due à un défaut antérieur que le garagiste n'aurait pas réparé lors de la révision générale.

25. Seine, 27 mars 1945, *Gaz. Pal.* 12 juin ; *RTD civ.* 1945.198, obs. J. Carbonnier ; *infra*, n^o 866.

26. Cass. civ. 1^{re}, 7 février 1978, *Bull. civ. I*, n^o 46 : « Le tribunal d'instance a caractérisé un manquement à l'obligation de moyens qui s'imposait (au teinturier) dans l'exercice de sa profession ».

27. Cass. civ. 1^{re}, 7 février 1978, préc. : le teinturier n'avait pas vérifié si le procédé de nettoyage était adapté au tissu qui lui avait été confié ; cf. aussi Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 1968, *Bull. civ. I*, n^o 153 : vêtement rongé par l'eau de javel après nettoyage ; on ne sait qui avait mis ce produit corrosif : le client avant le nettoyage ou le teinturier pendant ? Qui est responsable ? C'est le teinturier, s'il ne prouve pas que c'est le client.

28. Les litiges sont, en général, relatifs à une même situation : la dégradation du vêtement après nettoyage est imputable au vice de la matière tenant, soit à la nature ou à la qualité du tissu, soit aux réparations antérieures. Le teinturier n'est pas responsable s'il n'avait pas été informé par le client des particularités de l'objet qui lui avait été confié : Ex. : * Cass. civ. 1^{re}, 9 avril 1957, *teinturerie Renov'express*, *Bull. civ. I*, n^o 179 ; *RTD civ.* 1957.552, obs. J. Carbonnier : « L'ouvrier n'est tenu que de sa faute, au cas de détérioration des matières qu'il a reçues à façonner et il n'encourt aucune responsabilité, s'il rapporte la preuve que la détérioration de la chose ne provient pas de son fait » ; le consommateur doit informer le professionnel du vice caché anormal qu'il connaît. Il existe un devoir de collaboration entre les parties (pour la vente, à l'égard du devoir de conseil, *supra*, n^o 316).

29. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 20 décembre 1993, *Bull. civ. I*, n^o 376 : « Le teinturier, locuteur d'ouvrage, peut se libérer en établissant qu'il n'a commis aucune faute », par exemple « en produisant un rapport amiable du Centre technique de la teinturerie et du nettoyage duquel il résultait que les reflets rougeâtres constatés après le nettoyage étaient le résultat de salissures révélées par le nettoyage qui les avait éliminées sans "faire disparaître le problème" (sic) ».

30. La cause étrangère n'est pas nécessairement la force majeure ; inutile par conséquent qu'elle soit extérieure, inévitable et imprévisible : Cass. civ. 1^{re}, 28 novembre 1973, *Bull. civ. I*, n^o 328.

31. Versailles, 3 mars 1983, *Gaz. Pal.* 4 octobre 1984.

32. Un silo peut constituer un ouvrage immobilier : Cass. civ. 1^{re}, 20 décembre 1993, *Bull. civ. I*, n^o 374 : « Le silo se présentait comme un ensemble très important et solidaire des pièces assemblées, élevé à partir du sol sur des fondations et rivé à celles-ci ; (la cour d'appel) a justement retenu que ce silo était un ouvrage au sens de l'article 1792, malgré la possibilité de son déplacement, lequel ne pouvait s'effectuer qu'en recourant à des moyens très importants ».

Les obligations, la responsabilité et la garantie qui pèsent sur le constructeur de bâtiments (architecte, entrepreneur, promoteur, vendeur en l'état futur...) font aujourd'hui l'objet d'une réglementation minutieuse, compliquée et impérative³³ (L. 4 janvier 1978, dite Loi *Spinetta*, art. 1792 et s.) qu'il n'est pas question d'exposer ici³⁴.

La loi impose aux architectes et aux entrepreneurs une assurance obligatoire (C. assur., art. L. 241-1) et trois garanties légales. 1) Une responsabilité de plein droit à raison des dommages survenus à la construction « lorsqu'ils compromettent la solidité de l'ouvrage » ou « le rendent impropre à sa destination » (art. 1792); c'est une garantie **décennale**, art. 1792-4-1³⁵; elle est automatique et ne nécessite même pas de connaître la cause exacte des désordres³⁶; elle porte également sur les désordres qui se produiront très probablement (dommages futurs)³⁷ et aussi sur des dommages mineurs qui s'aggravent³⁸. 2) Une garantie de bon fonctionnement, **biennale**, pour les dommages compromettant le bon fonctionnement des éléments d'équipement dissociables de l'ouvrage (art. 1792-3 et 1792-4-2). 3) Une garantie **annale**, de parfait achèvement, pour les désordres signalés lors de la réception (art. 1792-6). Le délai de chacune des garanties court de la réception. L'entrepreneur responsable ne peut imposer au maître de l'ouvrage une réparation du désordre en nature, si celui-ci la réclame sous forme de dommages-intérêts et n'a plus confiance en lui³⁹.

Comme dans la vente, la garantie profite à l'acquéreur et se transporte avec la chose (art. 1792, al. 1)⁴⁰, ce qui n'empêche pas le maître de l'ouvrage d'agir après la vente⁴¹. Si le maître de l'ouvrage vend l'immeuble, il sera tenu comme l'est un constructeur à l'endroit de son acheteur (art. 1792-1)⁴², une garantie du « castor ».

746. Construction : exonération de responsabilité. – L'article 1792, alinéa 2, prévoit que la responsabilité des architectes et des entrepreneurs est écartée lorsqu'ils établissent que « les dommages proviennent d'une cause étrangère », qui peut résulter de la force majeure⁴³, du fait

33. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 21 juin 1989, *Bull. civ. I*, n° 248 : « La règle de garantie pendant dix ans par l'assureur de responsabilité du constructeur étant, depuis la loi du 4 janvier 1978, d'ordre public »...

34. *Droit de la construction*, dir. Ph. Malinvaud, Dalloz Action 2014-2015 ; Ph. MALINVAUD et al., *Droit de la promotion immobilière*, Dalloz, 9^e éd., 2015 ; J.-B. AUBY, H. PÉRINET-MARQUET et R. NOGUELLOU, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, LGDJ, coll. Domat, 10^e éd., 2015.

35. Ce délai est une mise à l'épreuve du bâtiment : Cass. civ. 3^e, 15 février 1989, *Bull. civ. III*, n° 36, arrêt n° 1 : « Le délai de la garantie décennale étant un délai d'épreuve et non un délai de prescription, toute action fondée sur cette garantie ne peut être exercée plus de dix ans après la réception ». Il est susceptible d'interruption : Cass. civ. 3^e, 31 janvier 1990, *JCP G* 1990.IV.121 ; n.p.B. (comp. Ph. MALINVAUD et al., *op. cit.*, n° 145).

36. Cass. civ. 3^e, 1^{er} décembre 1999, *Bull. civ. III*, n° 230 : « la mise en jeu de la garantie décennale d'un constructeur n'exigeant pas la recherche de la cause des désordres ».

37. Cass. civ. 3^e, 29 janvier 2003, 2^e esp., *Bull. civ. III*, n° 18 ; *JCP G* 2003.II.10077, concl. Guérin : « les défauts de construction étaient de nature à porter atteinte à brève échéance et en tout cas avant l'expiration du délai de garantie décennale, à la solidité de l'immeuble ».

38. G. LIET-VEAUX, « Aggravation des désordres et responsabilité décennale des constructeurs », *JCP G* 2004.I.110.

39. Cass. civ. 3^e, 28 septembre 2005, *Bull. civ. III*, n° 180 ; *JCP G* 2006.II.100010, n. C. Noblot ; *RTD civ.* 2006.129, obs. P. Jourdain : « l'entrepreneur responsable des désordres de construction, ne peut imposer à la victime la réparation en nature du préjudice subi ».

40. Cass. civ. 3^e, 25 janvier 1989, *Bull. civ. III*, n° 21 : « Les locataires-attributaires n'ayant ni la qualité de propriétaire, ni celle de maître de l'ouvrage, ne peuvent fonder leur action sur l'article 1792 ».

41. Cass. civ. 3^e, 11 décembre 1991, *JCP G* 1992.IV.524 ; n.p.B. : « Le maître de l'ouvrage peut, postérieurement à la vente de l'immeuble construit, exercer l'action en garantie décennale si celle-ci présente pour lui un intérêt direct et certain ». Comp. *supra*, n° 308.

42. Cass. civ. 3^e, 7 septembre 2011, n° 10-10596, *Bull. civ. III*, n° 145 ; *RTD civ.* 2011. 778, obs. P.-Y. Gautier.

43. Ex. : la force majeure résulte de variations anormales dans la composition chimique de l'eau, entraînant la corrosion et la perforation des canalisations : Cass. civ. 3^e, 19 mars 1985, *Bull. civ. III*, n° 57 ; cf. aussi Cass. civ. 3^e, 10 octobre 1972, *Bull. civ. III*, n° 508 ; D. 1973.378, n. J. M. ; *RTD civ.* 1974.161, obs. G. Durry (bactéries dans l'eau des tuyaux). La preuve de l'absence de faute ne suffit

d'un tiers ou de l'immixtion du maître de l'ouvrage⁴⁴. En outre, s'il a été informé des risques de désordre et a persisté, il n'y a pas non plus de responsabilité⁴⁵.

747. Construction : responsabilité de droit commun. – La responsabilité de droit commun pour faute prouvée s'applique dans les nombreuses hypothèses où ne peuvent intervenir les garanties décennales, biennales ou annales : lorsque... les travaux défectueux n'ont pas eu pour objet la construction d'un ouvrage⁴⁶... les désordres étaient apparents lors de la réception et que le maître de l'ouvrage avait émis des réserves⁴⁷... le constructeur n'était pas un entrepreneur⁴⁸... le défaut de conformité n'avait pas pour cause une malfaçon (ex. : la superficie de l'ouvrage : 100 m² alors que l'acheteur avait cru acheter 200 m²)... la malfaçon n'avait pas compromis la solidité ou ne l'avait pas rendu impropre à son utilisation (ce que l'on appelle parfois les « désordres intermédiaires »)⁴⁹... le retard dans l'exécution des travaux. Pendant longtemps, le maître de l'ouvrage trouvait intérêt à se fonder sur cette responsabilité en raison de la prescription de dix ans en matière commerciale (C. com., art. L. 110-4 anc.) ou surtout de trente ans en matière civile (art. 2262 anc.) plus avantageux que les garanties (décennale, biennale et annale). Après la loi du 17 juin 2008, la prescription de cette responsabilité est la prescription spéciale en matière de construction : dix ans (art. 1792-4-3).

748. Construction : dommage corporel : obligation de sécurité ? – En cas de dommage corporel causé par la construction, la jurisprudence n'admet pas d'obligation de sécurité distincte de l'obligation de garantie, comme elle le fait en matière de vente⁵⁰.

Dans des contrats accessoires à l'entreprise, les juges découvrent parfois des obligations de sécurité, au bénéfice du client ayant subi un dommage corporel résultant du travail effectué⁵¹. L'avant-projet de loi sur la responsabilité civile sort le corporel du contrat (art. 1233, al. 2).

pas. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 1982, *Bull. civ. I*, n° 230 : panne d'un chauffage central deux mois après son installation : on ne peut exonérer l'entrepreneur en se bornant à dire qu'il n'a pas été prouvé que la panne fût imputable aux travaux.

44. Ex. : Cass. civ. 3^e, 7 mars 1990, *Bull. civ. III*, n° 70 ; *RDI* 1990.375, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli : le maître de l'ouvrage « avait pris le risque d'assumer personnellement la maîtrise d'œuvre d'une opération dont il connaissait les difficultés ».

45. Cass. civ. 3^e, 20 mars 2002, *Bull. civ. III*, n° 68 ; *Defrénois* 2002.1029, obs. H. Périnet-Marquet ; *RDI* 2002.236, obs. Ph. Malinvaud.

46. Cass. civ. 3^e, 16 mai 2001, *Bull. civ. III*, n° 62 ; *D.* 2002.833, n. J.-P. Karila : « Les peintures ayant un rôle purement esthétique ne constituant pas un ouvrage, ni un élément d'équipement, seule était applicable la responsabilité contractuelle de droit commun ».

47. *Cass. civ. 3^e, 22 mars 1995, *Sté des Maisons Enec*, *Bull. civ. III*, n° 80 ; *JCPG* 1995 II 22416, n. J. Fossereau : « Les désordres des plafonds et cloisons, non apparents à la réception, n'affectaient pas des éléments d'équipement soumis à la garantie de bon fonctionnement et, ne compromettant ni la solidité ni la destination de la maison, n'étaient pas soumis non plus à la garantie décennale, la cour d'appel a légalement justifié sa décision de ce chef en retenant exactement que la garantie de parfait achèvement due par l'entrepreneur concerné n'excluait pas la responsabilité contractuelle de droit commun pour faute prouvée ».

48. Cass. civ. 3^e, 17 novembre 1993, *Bull. civ. III*, n° 147, *RD crim.* 1994.225, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli : « La garantie de parfait achèvement applicable aux désordres ayant fait l'objet de réserves lors de la réception n'étant due que par l'entrepreneur et laissant subsister la responsabilité de droit commun des autres constructeurs ».

49. Cass. civ. 3^e, 22 mars 1995, *Sté des Maisons Enec*, préc.

50. Cass. civ. 3^e, 10 avril 1996, *Bull. civ. III*, n° 100 ; *RTD civ.* 1996.918, obs. P. Jourdain ; *D.* 1997, somm. 349, obs. O. Tournafond : en l'espèce, un dommage corporel avait été causé à une personne qui en rendit responsable le syndicat de copropriétaires, lequel se retourna contre le promoteur qui opposa la forclusion biennale ; la cour d'appel fit droit à l'action en invoquant une obligation de sécurité ; cassation : « Les dommages qui relèvent d'une garantie légale ne peuvent donner lieu, contre les personnes tenues à cette garantie, à une action en réparation sur le fondement de la responsabilité contractuelle de droit commun ».

51. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 16 juillet 1997, *Bull. civ. I*, n° 243 ; *D.* 1998.566, n. F. Arhab : « D'une part, compte tenu de la configuration des lieux, l'entrepreneur avait souscrit l'obligation, accessoire au contrat d'entreprise, d'assurer le transport du meuble, à l'extérieur de l'immeuble abritant l'atelier [...] ; d'autre part, au cours de ce transport une convention d'assistance était intervenue entre (l'artisan et son client) ; cette convention d'assistance emportait nécessairement pour l'assisté l'obligation de réparer les conséquences des dommages corporels subis par celui auquel il avait fait appel » ; en

749. Construction : responsabilité délictuelle. – Lorsque le propriétaire d'un bâtiment est obligé d'indemniser le tiers victime de dommages causés par cet immeuble, il a, en sa qualité de maître de l'ouvrage, un recours contre l'entrepreneur ; ce recours est fondé sur la responsabilité délictuelle, lorsque le maître est subrogé après paiement dans les droits de la victime⁵². En revanche, s'il exerce son droit propre, l'action est contractuelle⁵³.

§ 2. DEVOIRS DE CONSEIL ET D'INFORMATION

750. Conseil. – Outre l'obligation d'accomplir sa tâche, l'entrepreneur professionnel a une obligation d'information et de conseil ; le contrat suppose ainsi la collaboration entre les contractants, plus encore que la vente⁵⁴.

l'espèce, alors qu'un artisan transportait un meuble qu'il venait de décaper, il s'était fait assister par le client qui chuta ; jugé que l'artisan était civilement responsable.

52. Jurisprudence constante. Ex. : Cass. civ. 3^e, 10 janvier 1984, *Bull. civ. III*, n° 5 ; *RTD civ.* 1984.741, obs. Ph. Rémy : « L'action dirigée contre l'entrepreneur par le maître de l'ouvrage subrogé dans l'action des héritiers de la victime, a un fondement quasi délictuel, la victime et ses héritiers n'ayant pas été parties au contrat d'entreprise ». En l'espèce, une personne était décédée à la suite de l'effondrement d'un escalier ; ses héritiers avaient agi contre le propriétaire, qui s'était retourné contre l'entrepreneur.

53. Cass. civ. 3^e, 20 novembre 2001, *Bull. civ. III*, n° 135 ; *D.* 2002.3299, n. A. Rabreau ; en l'espèce, un entrepreneur avait, par ses travaux « causé des nuisances » à un voisin ; sur le recours du maître de l'ouvrage, la cour d'appel l'en avait déclaré responsable par application de l'art. 1384, al. 1 : « en sa qualité de gardien des machines, outils et engins utilisés dans le chantier qui ont joué un rôle actif dans la survenance des nuisances ». Cassation : « la responsabilité de l'entrepreneur, vis-à-vis du maître de l'ouvrage condamné à réparer les dommages causés à un tiers sur le fondement des troubles anormaux de voisinage est de nature contractuelle, et le maître de l'ouvrage ne peut invoquer une présomption de responsabilité à l'encontre de l'entrepreneur gardien du chantier ».

54. Ex. : **L'architecte** : Cass. civ. 3^e, 23 juin 1976, *Bull. civ. III*, n° 281 : « La qualification professionnelle de l'architecte lui faisait obligation de conseiller (le traitement du bois de charpente) lors des devis et d'en contrôler l'efficacité lors de la réception » ; il doit également faire connaître et respecter les règles d'urbanisme ; ex. : Cass. civ. 3^e, 10 novembre 1998, *Bull. civ. III*, n° 213 ; *JCP G* 1999.II.10007, note G. Liet-Veaux. En revanche, si le budget dépasse les capacités financières du client, il n'a pas à le mettre en garde : Cass. civ. 3^e, 9 novembre 2005, *Bull. civ. III*, n° 213 : « l'architecte n'est pas tenu de renseigner le maître de l'ouvrage sur ses propres capacités financières ». **L'entrepreneur de bâtiments** : Cass. civ. 1^{re}, 20 juin 1995, *Bull. civ. I*, n° 276 ; *D.* 1996, somm., 12, obs. G. Paisant : « L'obligation d'information et de conseil de l'entrepreneur installateur de matériau lui impose d'appeler l'attention du maître de l'ouvrage sur les inconvénients du produit choisi et sur les précautions à prendre pour sa mise en œuvre, compte tenu de l'usage auquel ce matériau est destiné » ; jugé que l'entrepreneur était responsable de la décoloration des tuiles fournies. **L'avocat** : Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 29 avril 1997, *D. Aff.* 1997.729 ; *Contrats, conc. consom.* n° 111, n. L. Leveneur, n° 213 ; n.p.B. : la cour d'appel avait déclaré responsable l'avocat qui avait engagé une procédure vouée à l'échec ; pourvoi de l'avocat, qui reprocha à l'arrêt d'avoir mis à sa charge « la preuve de ce qu'il s'était acquitté de son devoir de conseil ». Rejet : « l'avocat est tenu d'une obligation particulière d'information et de conseil vis-à-vis de son client et il lui importe de prouver qu'il a exécuté cette obligation ». Il est également tenu d'un « devoir de compétence » : Cass. civ. 1^{re}, 14 mai 2009, n° 08-15899, *JCP G* 2009, n° 94, obs. H. Slim ; *Bull. civ. I*, n° 92 ; *RTD civ.* 2009. 493, obs. P. Deumier, 725, obs. P. Jourdain, 744, obs. P.-Y. Gautier. Le revirement de jurisprudence doit être prévisible : Cass. civ. 1^{re}, 15 déc. 2011, n° 10-24550, *JCP G* 2012, n° 169, n. H. Slim, *Bull. civ. I*, n° 214. L'obligation de conseil est appliquée aux **notaires** : ex. Cass. civ. 1^{re}, 11 juillet 2006, *Bull. civ. I*, n° 389 ; *D.* 2006, Jur. 2510, n. P.-Y. Gautier ; *JCP* 2006.II.10191, n. M. Mekki ; *Defrénois* 2006.1890, n. F. Hebert : « tenu de conseiller les parties et d'assurer l'efficacité des actes dressés, le notaire doit préalablement à l'authentification d'un acte de vente, veiller au respect des droits du bénéficiaire du pacte, et, le cas échéant, refuser d'authentifier la vente conclue en violation de ce pacte » ; L'avocat n'est pas tenu de conseiller « l'opportunité économique » de l'opération à laquelle il prête son concours : Cass. civ. 1^{re}, 4 novembre 2011, n° 10-19942, *Bull. civ. I*, n° 193 ; *D.* 2011.2793 ; *Defrénois* 2011.1649, n. M. Latina. Ni garantir son efficacité.

Mais ni l'entrepreneur, ni le maître d'œuvre n'ont à rappeler au maître de l'ouvrage la teneur des règles légales⁵⁵. Cette obligation est parfois l'accessoire d'une autre obligation. L'agence de voyages – mandataire lorsqu'elle se borne à faire des actes juridiques pour le compte de son client, entrepreneur lorsqu'elle organise le voyage et le séjour – doit renseigner ses clients, par exemple sur leurs droits lorsqu'ils subissent un dommage à l'étranger. De même, l'entreprise d'entretien d'un ascenseur doit informer son client sur les réparations qui s'imposent; de même encore, un garagiste⁵⁶ ou un facteur d'orgues⁵⁷. L'obligation est d'autant plus étendue que le client est profane et la chose complexe.

Lorsqu'un professionnel est tenu d'une obligation d'information ou de conseil, c'est à lui de prouver qu'il s'en est acquitté, pratiquement en remettant un document au client, ou se faisant délivrer une reconnaissance de conseils donnés⁵⁸. Sa responsabilité est autonome⁵⁹.

751. Relativité du devoir. – La relativité du devoir de conseil apparaît surtout lorsque le contrat d'entreprise est relatif à une chose. L'entrepreneur doit informer le client du danger de la chose qu'il doit construire, installer ou réparer, sur la manière de l'utiliser⁶⁰ et sur le coût des travaux⁶¹. Il peut aussi être tenu de donner des conseils juridiques⁶².

55. Cass. civ. 3^e, 14 janvier 2009, n° 07-20245, *Bull. civ.* III, n° 8; *JCP G* 2009.IV.1242 : « le devoir de conseil du maître d'œuvre ne l'oblige pas à rappeler au maître de l'ouvrage l'obligation de respecter les prescriptions du permis de construire qui s'imposent à lui en vertu de la loi ».

56. Jurisprudence constante : Ex. : Cass. com., 12 mai 1966, *Bull. civ.* III, n° 243 : **le garagiste** « ne saurait être admis à réclamer (au client) le montant des travaux par lui effectués en pure perte, qu'ils l'aient été ou non suivant les règles de l'art, ayant manqué à l'obligation professionnelle que sa qualité de technicien spécialiste de la mécanique automobile lui faisait, de déconseiller à un client incompétent des réparations que ce dernier pouvait croire à tort possibles et efficaces ».

57. Cass. civ. 1^{re}, 2 décembre 1997, *Bull. civ.* I, n° 339; *Contrats, conc. consom.* 1998, n° 40, n. L. Leveneur; *JCP G* 1998.I.129, n° 9, obs. F. Labarthe; en l'espèce, un facteur d'orgue avait construit un orgue, qui comportait des malfaçons; la cour d'appel exonéra le facteur, car la pièce dans laquelle se trouvait cet instrument avait de mauvaises conditions atmosphériques et hydrométriques et le propriétaire n'avait pas pris les précautions nécessaires. Cassation : ces constatations « ne suffisaient pas à exonérer M. Raupp (le facteur), tenu d'un devoir de conseil, de toute responsabilité ».

58. F. VINEY, À propos de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information, *JCP G* 2014, n° 879. V. égal. C. consom., art. L. 111-5. Ex. : **médecin** : C. santé publ., art. L. 1111-2 et s.; en jurisprudence : Cass. civ. 1^{re}, 25 février 1997, *Bull. civ.* I, n° 75; *Defrénois* 1997, article 36591, n° 82, obs. J.-L. Aubert; *Contrats, conc. consom.* 1997, n° 76 : « Le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information, vis-à-vis de son patient et il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation ». G. VINEY et P. SARGOS, *RDC* 2012. 1104.

59. Cass. civ. 1^{re}, 25 novembre 2015, n° 14-26245, *RDC* 2016. 221, obs. O. Deshayes; *Bull. civ.* I à paraître : le notaire qui a manqué à son obligation de conseil au sujet des conséquences d'une cession d'entreprise, doit réparation à l'une des parties, même si l'autre est fautive : son obligation « ne présente pas de caractère subsidiaire [...] elle n'est pas subordonnée à une poursuite préalable contre un autre débiteur ».

60. Ex. : il doit le prévenir des inconvénients qui découleront de la construction d'un immeuble, ou de l'installation d'un chauffe-eau, ou de la taille d'une pierre précieuse, ou du nettoyage d'un vêtement, ou de la réparation d'une automobile, ou de la réalisation d'un programme informatique, etc.; Paris, 18 juin 1985, *Gaz. Pal.* 10 février 1986.

61. Cass. civ. 3^e, 15 février 2006, *Bull. civ.* III, n° 37; *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. n° 100, n. L. Leveneur; en l'espèce, l'exploitant d'un pub avait demandé à un entrepreneur de faire de travaux d'aménagement de son établissement; devant l'importance des frais d'isolation acoustique « afin d'éviter toutes nuisances sonores au voisinage », il ordonna l'interruption des travaux; cassation de l'arrêt qui avait accueilli sa demande en paiement contre l'entrepreneur : « il appartenait à l'entrepreneur de se renseigner, même en présence d'un maître d'œuvre, sur la légalité des travaux ».

62. **L'architecte** commet une faute en ne vérifiant pas les charges légales et réglementaires grevant un terrain sur lequel il construit : ex. : construire un immeuble élevé contrevenant aux règlements d'urbanisme : Cass. civ. 3^e, 4 mars 1971, *Bull. civ.* III, n° 163.

Il en est autrement si le client est compétent⁶³ ou a voulu que l'entrepreneur suive ses exigences⁶⁴. Comme pour la garantie dans la vente, on ne règle pas de la même manière les rapports des professionnels entre eux et ceux des professionnels avec les profanes. Le devoir de conseil et la responsabilité de l'entrepreneur docile aux volontés du client s'atténuent ou même disparaissent lorsque le client compétent en raison de sa profession n'a pas à être conseillé. La jurisprudence va plus loin ; si, dûment averti, le client passe outre, l'entrepreneur doit refuser son concours et se retirer du contrat, à peine d'engager sa responsabilité : il ne doit pas exécuter un travail dont il sait qu'il causera des dommages corporels à son client ou à des tiers.

752. Contrats de conseil. – Lorsque le contrat d'entreprise a pour objet des conseils, l'obligation d'information et de conseil constitue l'objet même de l'activité de l'entrepreneur⁶⁵ : avocat⁶⁶, conseil en organisation d'entreprise, entreprise de renseignements commerciaux, ingénierie⁶⁷, ingénieur-conseil en propriété industrielle, conseillers financiers⁶⁸, experts-comptables⁶⁹, sociétés de contrôle technique⁷⁰, etc. Ce sont des contrats d'entreprise (art. 1779, 3°, L. 3 janvier

63. Ex. : **entrepreneur** : Cass. civ. 1^{re}, 17 juillet 1967, *Bull. civ. I*, n° 264 ; *RTD civ.* 1967.841, obs. G. Cornu : « La responsabilité de l'architecte et de l'entrepreneur reste engagée, alors même qu'il n'a fait que suivre les ordres du propriétaire pour le mode de construction ou l'emploi de matériaux, à moins que le propriétaire ne soit notoirement compétent en matière de construction » ; depuis une jurisprudence abondante et constante qui a commencé en 1995, il n'en est pas de même des notaires (dont la responsabilité n'est pas contractuelle) ; ex. : Cass. civ. 1^{re}, 4 avril 2001, *Bull. civ. I*, n° 104 : « tenu de conseiller les parties et d'assurer l'efficacité des actes dressés, le notaire doit, préalablement à l'authentification d'un acte de vente, veiller au respect des droits du bénéficiaire du pacte, et, le cas échéant, refuser d'authentifier la vente conclue en violation de ce pacte ».

64. Cass. civ. 3^e, 25 novembre 1998, *Bull. civ. III*, n° 220 ; en l'espèce, un commerçant, mécontent de l'installation électrique de son magasin, demanda à un artisan électricien de la modifier, exigeant la remise en place des lampes halogènes qui avaient déjà provoqué la surchauffe et qui la causèrent à nouveau. Jugé que l'artisan n'était pas responsable de cette nouvelle surchauffe et devait être payé.

65. N. REBOUL, *Les contrats de conseil*, PUAM, 1999, n°s 97 et s., 678 et s. ; J. BERNARD DE SAINT-AFFRIQUE, « Du devoir de conseil », *Defrénois* 1995, art. 36134.

66. Un **avocat** est tenu à plusieurs obligations professionnelles. 1° Une obligation de **conseil** : Cass. com., 2 avril 1974, *Bull. civ. IV*, n° 119 (en qualité de rédacteur de l'acte) ; il doit informer le client que l'existence d'une controverse juridique rend incertaine la validité de l'acte, si ce revirement était alors prévisible : Cass. civ. 1^{re}, 15 décembre 2011, n° 10-24550, *Bull. civ. I*, n° 214, *RTD civ.*, 318, obs. P. Jourdain ; *JCPG* 2012.169, n. H. Slim (*supra*, n° 750). 2° Une obligation de **vigilance** : Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 1983, *Bull. civ. I*, n° 188 : un conseil fiscal doit rembourser le redressement fiscal de son client s'il a mal contrôlé sa comptabilité et est à l'origine de déclarations fiscales erronées (v. toutefois, lorsque le client est un homme d'affaires expérimenté, Paris, 24 mars 1988, *D.* 1988, IR, 123). 3° Une garantie de **validité** de l'acte qu'il rédige : Cass. com., 28 novembre 1984, *Bull. civ. IV*, n° 326 : rédaction par un avocat d'un contrat conclu par une société en « faillite » sans l'assistance de l'administrateur. Cette obligation s'accroît lorsque l'acte est contresigné (nouvel art. 1374). 4° Une obligation de **s'informer** : Cass. com., 13 octobre 2009, n° 08-10430, n.p. B. ; *D.* 2009. 2842, n. Y. Avril : en l'espèce l'avocat avait conseillé de nommer directeur général d'une société une personne qui ne pouvait légalement le faire ; il aurait dû s'en enquérir. Dans tous ces cas, la responsabilité de l'avocat a été engagée.

67. *Supra*, n° 742.

68. Un **conseil financier**, sollicité par un prêteur, commet une faute, s'il évalue l'immeuble hypothéqué en ne tenant compte que de l'hypothèse où l'immeuble serait vendu (ou saisi) par lots, non en bloc (à un prix très inférieur) : Cass. civ. 1^{re}, 31 janvier 1984, *Bull. civ. I*, n° 43 : « Le professionnel qui procède à la négociation d'un prêt doit vérifier la réalité et la valeur des garanties offertes par l'emprunteur ».

69. Cass. com., 2 juin 1987, *D.* 1987.500, n. A. Viandier.

70. Cass. civ. 3^e, 30 mars 1989, *Bull. civ. III*, n° 75 ; *Defrénois* 1989, article 34633, n° 129, p. 1405, obs. H. Souleau ; *RDI* 1989.359, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli ; jugé que la société de contrôle technique n'était pas en l'espèce responsable des désordres de la construction : « La sté Socotec avait mis

1967) qui font naître, tantôt une simple obligation de moyens lorsqu'il s'agit d'un conseil dont la sagacité est aléatoire, tantôt, plus rarement, une obligation de résultat, lorsqu'il s'agit de l'exactitude de l'information, dont la découverte n'est pas aléatoire⁷¹. Ils impliquent, en outre, une étroite collaboration avec le client, qui garde sa liberté de décision. C'est au débiteur de l'obligation de conseil qu'il appartient de prouver qu'il a correctement exécuté son obligation, non à son créancier (le client) d'en prouver la faute⁷².

Ainsi..., le conseiller en organisation d'entreprise doit réorganiser une entreprise, sans pour autant promettre qu'elle fera désormais des bénéfices : il s'agit donc d'une obligation de moyens⁷³... ; l'agence de renseignements commerciaux doit informer son client de la situation commerciale d'une entreprise, sans se contenter, ni de l'opinion de la place, ni de la commune renommée⁷⁴. Lorsqu'un acte est rédigé, l'obligation de conseil est due, non seulement au client mais aussi à son contractant⁷⁵. Lorsque le client est une personne physique agissant pour sa vie domestique, le professionnel est soumis au droit de la consommation : écrit, information, clauses abusives, montant des honoraires, interprétation du contrat, etc.⁷⁶

§ 3. LIMITATIONS À L'OBLIGATION DE L'ENTREPRENEUR

753. Faute lourde, substance du contrat ; clause abusive. – L'étendue des obligations découlant du contrat d'entreprise dépend de la volonté contractuelle ou de dispositions légales. Comme en droit commun des obligations, les clauses délimitant les obligations de l'entrepreneur, limitant ou écartant l'indemnité due en raison de l'inexécution, sont valables dans le contrat d'entreprise⁷⁷. Elles sont

en garde la sté Sopire Intermarché (le maître de l'ouvrage) en ce qui concerne les désordres de la toiture, mais il n'en avait pas été tenu compte ».

71. Ex. : banquier, les deux situations : J. HUET, « L'existence d'un devoir de conseil du banquier », *D.* 2013. 2921.

72. Ex. : Cass. com., 22 mars 2011, n° 10-13727, *Bull. civ. IV*, n° 48 ; *D.* 2011.1010, obs. X. Delpuch et 1606, n. H. Causse ; *RDC* 2011.857, obs. A. Carval : « c'est à celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information de rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation » ; la cour d'appel a privé la décision de base légale en déboutant la cliente de sa demande « sans caractériser en quoi la société de bourse, qui avait, aux termes du contrat de conseil, "accepté de conseiller dans le choix de ses investissements le titulaire du compte ouvert chez le dépositaire", avait satisfait à son obligation » ; en l'espèce, il s'agissait d'un contrat de conseil d'investissement conclu avec une société de bourse, dont la gestion avait fait perdre au client d'importantes sommes. Sur l'action en responsabilité du client, jugé que c'était à la société de bourse de prouver qu'elle avait correctement exécuté son obligation de conseil.

73. Paris, 23 janvier 1990, *D.* 1990, IR, 50.

74. Une **agence de renseignements financiers** n'est pas fautive du seul fait qu'elle n'avait pas prévu la « faillite » ultérieure de la personne sur laquelle elle a donné des renseignements. Au contraire, elle est fautive... si elle ne vérifie pas les renseignements fournis (Cass. com., 30 janvier 1974, *Bull. civ. IV*, n° 41 ; *D.* 1974.428, n. Tendler) ; ... si elle dit, à tort, qu'une personne... est propriétaire d'un immeuble (Cass. com., 14 mars 1978, *D.* 1979.549, n. Tendler) ; ... est commerçante (Cass. com., 15 janvier 1980, *Bull. civ. IV*, n° 18 ; *Rev. sociétés*, 1981.51, obs. Guilberteau).

75. Cass. civ. 1^{re}, 27 novembre 2008, *Bull. civ. I*, n° 267, *D.* 2009.706, n. Chr. Jamin ; *RTD civ.* 2009.134, obs. P.-Y. Gautier (en l'espèce, l'avocat était rédacteur d'une cession de parts, le vendeur étant son client ; l'acheteur subit les conséquences d'une mauvaise information juridique ; il doit être indemnisé).

76. CJUE, 15 janvier 2015, *Contrats, conc. consom.* 2015, chron. n° 2, C. Aubert de Vincelles ; *RTD civ.* 2015. 158, obs. P.-Y. Gautier.

77. *Les clauses limitatives ou exonératoires en Europe*, cité *supra*, n° 428.

efficaces, sauf dol ou faute lourde de l'entrepreneur⁷⁸ ou lorsqu'elles autorisent l'inexécution d'une obligation essentielle (nouvel art. 1170)⁷⁹.

Ce principe comporte d'autres limites. La loi interdit parfois de modifier conventionnellement le régime légal de la responsabilité qu'elle prévoit : par exemple pour la construction d'un ouvrage immobilier (art. 1792-5). Une autre limite provient des règles contemporaines protectrices du consommateur : dans les relations entre un entrepreneur professionnel et un client profane⁸⁰ (C. consom., art. L. 212-1), les tribunaux peuvent déclarer nulle cette clause, si elle est abusive.

SECTION II MODES D'EXÉCUTION

L'entrepreneur peut exécuter lui-même la totalité de l'ouvrage qu'il a promis. Il répond alors des personnes qu'il emploie (article 1797) : salariés ou collaborateurs indépendants (ex. médecin travaillant en clinique, architectes, etc.) Cette situation ne soulève aucune difficulté. Les relations sont plus complexes lorsque l'entrepreneur recourt à la sous-traitance ou lorsqu'une partie seulement de l'ouvrage lui incombe.

754. Sous-traitance. – Sauf *intuitus personae* (par exemple, le contrat conclu avec un artiste) ou clause contraire⁸¹, l'entrepreneur peut se substituer (totalement ou partiellement)

78. Jurisprudence constante. Ex. : Cass. Ass. plén., 30 juin 1998, *Bull. civ. Ass. plén.*, n° 2 ; *JCP G* 1998.II.10146, n. Ph. Delebecque ; *Contrats, conc. consom.* 1998, comm. n° 143, n. L. Leveneur ; en l'espèce, un colis avait été confié à Air France (substitué à *La Poste*), qui l'avait conservé douze jours sans pouvoir expliquer ce retard ; la Cour écarta les dispositions légales exonératoires de responsabilité (C. P. et T., art. L. 13) en raison de la faute lourde commise par le transporteur : « *les dispositions exonératoires de responsabilité prévues par ce texte ne s'imposent que dans le cas où La Poste, ou le transporteur que celle-ci s'est substituée, n'a commis aucune faute lourde dans l'exécution de sa mission* ». La faute lourde tient au comportement du débiteur qui commet un fait dont il est très probable qu'il causera un dommage, elle résulte aussi de la méconnaissance d'une obligation essentielle ; v. *Droit des obligations*, coll. Droit civil ; Ph. STOFFEL-MUNCK, chron. *Dr. et patr.*, octobre 2006, p. 98, sur un des multiples arrêts *Chronopost*, Cass. com., 13 juin 2006, *Bull. civ. IV*, n° 143.

79. *Droit des obligations*, coll. Droit civil. Cette exception d'origine jurisprudentielle est née à l'occasion du **contrat de transport rapide de marchandises** dans l'affaire *Chronopost* : *Cass. com., 22 octobre 1996, *Bull. civ. IV*, n° 261 ; *D.* 1997.121, n. A. Sériaux ; *Defrénois* 1997.333 ; *D.* 1997, somm. 175, obs. Ph. Delebecque ; *Contrats, conc. consom.* 1997, n° 24, n. L. Leveneur ; *JCP G* 1997.II.22881, n. D. Cohen ; I.4025, n° 1, obs. G. Viney ; I.4002, n° 1, obs. M. Fabre-Magnan ; *GAJ civ.*, n° 157 : la sté Chronopost n'avait pas, contrairement à ses engagements, livré le lendemain de l'expédition les plis qui lui avaient été confiés ; la Cour de cassation priva d'effets la clause limitative de responsabilité. Elle s'applique à tous les contrats d'entreprise (ex. informatique). Encore faut-il, pour que la stipulation soit invalidée, qu'elle « *vide de sa substance l'obligation essentielle* » : Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11841, *Faurecia 2*, *Bull. civ. IV*, n° 115 ; *D.* 2010.1832, n. D. Mazeaud ; *D.* 2011.35, obs. P. Brun O. Gout ; *RDC* 2010.1220, obs. Y.-M. Lathier et 1253, obs. O. Deshayes : « *seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur* ». L'effectivité de la jurisprudence *Chronopost* s'en trouve ainsi diminuée.

80. Cass. civ. 1^{re}, 14 mai 1991, *Lorthioir*, *Bull. civ. I*, n° 153 ; *D.* 1991.449 ; *Contrats, conc. consom.* 1991, comm. n° 160, n. L. Leveneur ; *GAJ civ.*, n° 159 ; en l'espèce, un contrat de développement de photographies exonérait de toute responsabilité le laboratoire en cas de perte des diapositives. Jugé que cette clause était abusive, car elle « *procurait un avantage excessif à la sté Minit France (le laboratoire) et celle-ci du fait de sa position économique se trouvait en mesure de l'imposer à sa clientèle* ».

81. Dont la méconnaissance est sévèrement sanctionnée. Ex. : Cass. com., 4 mars 2008, n° 07-11790 ; *Bull. civ. IV*, n° 53 ; *JCP G* 2008.II.10079, n. L. Guignard : « *Le transporteur qui a été chargé de transporter une marchandise en s'étant vu interdire toute sous-traitance par l'expéditeur et qui*

dans l'exécution de sa tâche un sous-traitant⁸² ; généralement, la fabrication se fait alors à un coût moins élevé.

Il y a sous-traitance lorsqu'un entrepreneur fait faire par un autre le travail qu'il avait promis au maître, qu'il s'agisse d'un travail matériel ou intellectuel⁸³. Ce qui exclut la simple fourniture de choses : le fournisseur qui livre une chose à l'entrepreneur ou au maître, sans avoir accompli d'actes de production, n'est pas un sous-traitant, mais un vendeur⁸⁴. De même pour l'entreprise qui loue à une autre du matériel et lui fournit une main-d'œuvre, sans prendre part au travail commandé⁸⁵, ce qui exclut aussi la simple fourniture de personnel si l'exécution du travail doit être faite par l'entrepreneur principal. Le fournisseur (de choses ou de personnel) ne bénéficie normalement pas de l'action directe en paiement contre le maître (*cf.* nouvel art. 1341-3). La validité de la sous-traitance n'est pas subordonnée à son acceptation par le maître, sauf clause particulière du contrat principal ; le défaut d'agrément du sous-traitant a pour conséquences la perte de l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage ; mais la faculté de résiliation unilatérale est ouverte au sous-traitant pendant toute la durée du contrat (L. 1975, art. 3)⁸⁶.

La loi du 31 décembre 1975 constitue le droit commun de la sous-traitance et ne se limite pas aux travaux du bâtiment. Ses dispositions sont d'ordre public et le sous-traitant ne pourrait y renoncer (L., art. 12, al. 2)⁸⁷.

La sous-traitance soumet toutes les parties à un devoir mutuel de collaboration et d'information⁸⁸ ; en outre, elle établit une triple série de relations : entre le sous-

sous-traite l'opération, se refusant ainsi, de propos délibéré, à exécuter son engagement, commet une faute dolosive qui le prive du bénéfice des limitations d'indemnisation que lui ménage la loi ou le contrat ».

82. J.-D. JOUDI, « La sous-traitance dans le contexte européen », *D.* 1992, chron. 215.

83. La Cour de cassation a adopté ici le même critère que celui qu'elle a retenu pour distinguer la vente du contrat d'entreprise (*supra*, n° 74) ; il y a sous-traitance, et non vente, lorsque l'obligation du contractant a pour objet un « travail spécifique » : Cass. civ. 3^e, 5 février 1985, *Bull. civ.* III, n° 23 ; *D.* 1986.499, n. J. Huet ; *RTD civ.* 1985.737, obs. Ph. Rémy ; *RDI* 1985.526, obs. Ph. Malinvaud et B. Boublil : « La S.P.A.B.A. n'avait pu satisfaire la commande qu'après avoir effectué un travail spécifique en vertu d'indications particulières rendant impossible de substituer au produit commandé un autre équivalent [...] ; de ces constatations, la cour d'appel a pu déduire que la S.P.A.B.A. n'avait pas été un simple fournisseur mais avait conclu un sous-traité... ». Comp. H. PÉRINET-MARQUET, « Le fabricant sous-traitant, une hybridation difficile », *JCP G* 1989.1.3399.

84. Ex. : Cass. com., 1^{er} octobre 1991, *Bull. civ.* IV, n° 268 ; *Contrats, conc. consom.* 1991, comm. n° 234, n. L. Leveneur ; en cette espèce, un industriel s'était engagé envers un autre à fabriquer divers éléments destinés à s'incorporer dans des machines vendues à un tiers ; ce contrat ne se référant pas au marché principal, jugé qu'il s'agissait d'un marché de fournitures, non d'une sous-traitance ; *PUIG*, obs., *RDC* 2005.1111.

85. Cass. civ. 3^e, 23 janvier 2002, *Bull. civ.* III, n° 10 : location et montage d'échafaudages.

86. Cass. civ. 3^e, 2 avril 2003, *JCP G* 2004.II.10042, n. J.-E. Caro, B. Sablier et S. Abbattuca ; n.p.B.

87. Cass. civ. 3^e, 4 décembre 2004, *Bull. civ.* III, n° 204 : « le sous-traitant ne pouvait renoncer aux droits que lui confèrent les art. 12 et 13 de la loi du 31 décembre 1975 ».

88. Ex. : Cass. civ. 3^e, 4 juin 1986, *Bull. civ.* III, n° 88 ; *RTD civ.* 1986.365, obs. Ph. Rémy ; *RDI* 1986.468, obs. Ph. Malinvaud ; en l'espèce, une SCI avait fait édifier un ensemble immobilier pour le compte de copropriétaires ; les travaux furent exécutés par un entrepreneur principal et un sous-traitant ; à la suite de diverses maléfactions (survenues notamment au chauffage), le syndicat de copropriétaires en fit déclarer responsable la SCI, l'entrepreneur principal et le sous-traitant ; l'entrepreneur principal fit un pourvoi, qui fut rejeté : « en retenant, d'une part, que la réalisation et le bon fonctionnement du chauffage exigeaient une action concertée de tous les participants, d'autre part ; qu'en absence d'un organe de coordination, chacun avait laissé aux autres le soin de s'informer, alors que le devoir de conseil incombant à chacun d'eux était accru d'une obligation de renseignements à l'égard de tous les autres intervenants, la cour d'appel a caractérisé le manquement fautif (de l'entrepreneur principal) à ses obligations ».

traitant et l'entrepreneur principal, entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal et, les plus complexes, entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant.

Les deux premières sont évidemment de nature contractuelle. L'entrepreneur principal doit payer au sous-traitant **le prix convenu**⁸⁹ ; cette obligation doit, à peine de nullité du sous-traité, avoir été garantie par une caution bancaire ou la délégation du maître de l'ouvrage (art. 1336, ancien art. 1275) en paiement du prix des prestations effectuées par le sous-traitant (L. 1975, art. 14)⁹⁰. La Cour de cassation décide que l'acte de cautionnement (*instrumentum*) doit indiquer le nom du sous-traitant et le montant de la garantie⁹¹. Il appartient au maître de l'ouvrage d'exiger de l'entrepreneur principal qu'il fournisse une caution au sous-traitant, au moment où il accepte le sous-traitant (art. 14-1, applicable aux marchés publics et privés), faute de quoi il engage sa responsabilité envers le sous-traitant⁹² qui peut exiger cette sûreté⁹³. Réciproquement, le sous-traitant, même non agréé par le maître, est tenu, envers l'entrepreneur principal d'exécuter son obligation, que la Cour de cassation qualifie d'obligation de résultat⁹⁴ lorsqu'il s'agit d'une opération de construction. Sa responsabilité n'est pas la garantie biennale ou décennale qui pèse sur les constructeurs et s'éteint donc par la prescription de droit commun⁹⁵, car l'entrepreneur principal n'est pas le maître de l'ouvrage (art. 1792). De son côté, l'entrepreneur est responsable devant le maître du travail de ses sous-traitants, sans qu'une faute personnelle ait à être établie⁹⁶. Il n'a de recours subrogatoire que dans la mesure où il peut établir leur faute⁹⁷.

89. Cass. civ. 3^e, 10 mai 1991, *Bull. civ. III*, n° 131 ; *Contrats, conc. consom.* 1991, comm. n° 181, n. L. Leveueur : l'existence d'une action et d'un paiement directs du maître de l'ouvrage n'empêche pas le sous-traitant de réclamer le paiement à l'entrepreneur principal : « *L'institution, dans les marchés passés par l'État, les collectivités locales, les établissements et entreprises publics d'un paiement direct du sous-traitant par le maître de l'ouvrage n'a pas pour effet de décharger l'entrepreneur principal de son obligation contractuelle au paiement des travaux réalisés* ».

90. Ex. : Cass. civ. 3^e, 12 mars 1997, *Bull. civ. III*, n° 55 ; *D. Aff.* 1997.504 ; en l'espèce, un sous-traitant, « estimant que le coût de son intervention devait être évalué à une somme supérieure à celle qui lui avait été payée », demanda la nullité de la sous-traitance, demande rejetée par la cour d'appel. Cassation : la cour n'a pas constaté « *l'existence, lors de la signature du contrat, d'un engagement de caution de l'entrepreneur principal* ».

91. Cass. civ. 3^e, 18 décembre 2002, *Bull. civ. III*, n° 267 ; *D.* 2003.1158, n. J.-E. Caro : « *la caution personnelle et solidaire, garantissant le paiement de toutes les sommes dues par l'entrepreneur principal au sous-traitant en application du sous-traité, doit comporter le nom de ce sous-traitant et le montant du marché garanti* ».

92. Cass. civ. 3^e, 5 juin 1996, *Bull. civ. III*, n° 134 ; *JCP G* 1996.II.22715, n. H. Périnet-Marquet : en l'espèce, l'entrepreneur principal avait été mis en redressement judiciaire, « *tout en restant devoir à son sous-traitant certaines sommes* », lequel, après avoir exercé une action directe contre le maître de l'ouvrage, transigea avec lui pour une somme inférieure à celle qu'il avait réclamée ; ultérieurement, invoquant que « *le maître de l'ouvrage n'avait pas satisfait à son obligation d'exiger de l'entrepreneur principal la fourniture de la caution imposée par la loi* », le sous-traitant obtint la nullité de la transaction et le paiement de l'intégralité de la créance, car la faute du maître de l'ouvrage était la cause de l'absence de fourniture de la caution par l'entrepreneur principal.

93. Jurisprudence constante ; ex. : Cass. civ. 3^e, 12 mars 1997, préc.

94. Jurisprudence constante ; ex. : Cass. civ. 1^{re}, 21 octobre 1997, *Bull. civ. I*, n° 279 ; *JCP E*, 1998.376, n. B. Petit ; « *le sous-traitant garagiste réparateur est contractuellement tenu envers l'entrepreneur principal d'une obligation de résultat qui emporte à la fois présomption de faute et présomption de causalité entre la faute et le dommage* ».

95. Ex. : Cass. civ. 3^e, 29 mai 1984, *Bull. civ. III*, n° 106.

96. Cass. civ. 3^e, 23 juin 1999, *Defrénois* 1999.1135, obs. H. Périnet-Marquet ; n.p.B.

97. Cass. civ. 3^e, 26 avril 2006, *Bouygues*, *Bull. civ. III*, n° 100 ; *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. n° 154, n. L. Leveueur ; *D.* 2006.2504, n. J.-P. Karila. En l'espèce, à la suite des travaux de rénovation entrepris à l'Hôtel Georges V, situé à Paris, la société Bouygues avait causé des dommages importants aux hôtels voisins (Prince de Galles, Queen Elisabeth, etc.) ; condamnée à les réparer, elle a échoué à recourir contre ses sous-traitants : « *l'entrepreneur principal ne peut exercer de recours subrogatoire contre les sous-traitants que pour la fraction de la dette dont il ne doit pas assumer la charge définitive ; la cour d'appel a exactement retenu qu'il incombait à la société Bouygues d'établir la faute contractuelle éventuelle de ses sous-traitants* ».

En revanche, il ne doit pas garantir, par exemple des troubles du voisinage, aux tiers qui subiraient un dommage du fait personnel des sous-traitants⁹⁸.

L'entrepreneur principal peut au moyen d'une délégation parfaite se dégager de toute obligation de paiement envers le sous-traitant, à concurrence des sommes que le maître de l'ouvrage doit régler directement⁹⁹.

755. Sous-traitance : action directe du sous-traitant. – Bien qu'il n'existe pas de relations contractuelles entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant, la loi de 1975 (art. 6, al. 1) a permis au sous-traitant¹⁰⁰ agréé¹⁰¹ par le maître, qui a accepté les conditions de paiement¹⁰², de demander à celui-ci (ainsi qu'à son prêteur de deniers, le cas échéant : art. 12, al. 4) de lui payer directement ce qu'il doit à l'entrepreneur principal à concurrence de ce que l'entrepreneur doit au sous-traitant, si l'entrepreneur principal est défaillant¹⁰³ ; ce qu'une mise en demeure

98. Cass. civ. 3^e, 21 mai 2008, *Bull. civ. III*, n° 90 ; *D.* 2008.1550, n. S. Bigot de la Touanne et 2466, n. N. Reboul-Maupin ; *RTD civ.* 2008.496, obs. P. Jourdain.

99. Cass. com., 15 décembre 1993, *Bull. civ. IV*, n° 169 : « Ayant relevé que le contrat stipulait que l'entrepreneur principal était dégagé de toute obligation de paiement vis-à-vis du sous-traitant à concurrence des sommes dont le paiement direct par le maître de l'ouvrage était prévu, la cour d'appel a légalement justifié sa décision de ce chef en retenant qu'il s'agissait d'une délégation parfaite par laquelle le créancier avait expressément entendu décharger le débiteur, cette délégation de créance avait été acceptée par l'Assistance publique (le maître d'ouvrage) et elle était exclusive pour la sté S.P.C. (le sous-traitant) de demander paiement à la sté TOUTEV (l'entrepreneur principal) ».

100. Et même au sous-traitant du sous-traitant (le « sous-traitant subdélégué ») : Cass. civ. 3^e, 29 mai 1980, *Bull. civ. III*, n° 107 ; *D.* 1980.443, 1^{re} esp., n. A. Bénabent : « L'action directe doit être accordée aux sous-traitants du sous-traitant de la même manière et sans distinction selon leur rang à l'encontre du maître de l'ouvrage qui reste toujours le même quelle que soit la succession des sous-traitants ». C'est ce qu'énonce aussi l'article 2, L. 1975 : « le sous-traitant est considéré comme entrepreneur principal à l'égard de ses propres sous-traitants ». Peu importe le préjudice subi par l'entrepreneur principal, Cass. com., 19 mai 1998, *Bull. civ. IV*, n° 158 ; *D. Aff.* 1998.1315 ; *JCPE*, 1999, p. 217, n. D. Mainguy : recevabilité de l'action directe des sous-traitants, « quel que soit leur rang, contre la compagnie maître de l'ouvrage en paiement de leur créance, dans la limite de ce dont elle reste débitrice », étant entendu qu'on n'a « pas à considérer s'il en résulte un préjudice pour l'entrepreneur principal, bien qu'il n'ait pas acquiescé à l'agrément des sous-traitants, qu'il n'ait pas été lui-même judiciairement poursuivi en paiement et qu'il n'ait pas souscrit d'engagements contractuels en faveur des sous-traitants ». Le sous-traitant de second rang jouit également d'une action contre l'entrepreneur principal, qui n'a pas su faire agréer tous ses délégués : Cass. civ. 3^e, 9 décembre 1998, *Bull. civ. III*, n° 236 ; *D. Aff.* 1999.792.

101. L'agrément peut être tacite : Versailles, 16 janvier 1997, *D. Aff.* 1997.373 (faisceau d'indices non équivoques) ; Cass. com., 17 mars 1998, *ib.* 1998.861 ; *Bull. civ. IV*, n° 104 (le maître avait directement écrit au sous-traitant). La simple connaissance par le maître de l'ouvrage de l'intervention sur le chantier de l'entreprise sous-traitante (ce que l'on appelle la sous-traitance occulte) ne suffit pas à constituer l'agrément du sous-traitant par le maître : Cass. civ. 3^e, 7 octobre 1998, *Bull. civ. III*, n° 190, « attitude passive, [...] aucun acte manifestant sans équivoque sa volonté d'accepter » ; Cass. civ. 3^e, 13 septembre 2005, *Bull. civ. III*, n° 162 ; *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. n° 5, n. L. Leveueur ; la présence d'un maître d'œuvre sur le chantier est équivoque tant qu'il n'est pas prouvé qu'il aurait reçu un mandat d'agréer les sous-traitants à la place du maître.

102. Cass. civ. 3^e, 1^{er} avril 1992, *Bull. civ. III*, n° 110 ; *D.* 1994, somm. 148, obs. crit. A. Bénabent : jugé que l'exercice par le sous-traitant de l'action directe contre le maître de l'ouvrage suppose non seulement que ce dernier ait accepté le sous-traitant, mais encore qu'il ait agréé les conditions de paiement du contrat de sous-traitance.

103. Si l'obligation du maître envers le sous-traitant résulte d'une stipulation conventionnelle, le sous-traitant peut être payé directement par le maître de tous ses travaux, sans que ses droits soient limités aux obligations du maître envers l'entrepreneur principal : Cass. civ. 3^e, 3 février 1988, *Bull. civ. III*, n° 30.

doit constater¹⁰⁴. Le maître peut refuser son agrément, mais sa décision n'est pas discrétionnaire et se trouve limitée par l'abus de droit¹⁰⁵.

Comme toutes les actions directes (cf. nouvel art. 1341-3), elle confère une garantie ; comme toutes les garanties, elle soulève un conflit, ici, éventuellement, avec les garanties constituées par l'entrepreneur principal sur sa créance contre le maître¹⁰⁶. La garantie devient illusoire si le maître a déjà payé¹⁰⁷.

La loi n'est pas toujours respectée. Notamment, lorsqu'il s'agit de la construction de maisons individuelles car les entrepreneurs principaux ne présentent généralement pas leurs sous-traitants aux clients ; les sous-traitants sont donc privés de l'action directe contre le maître de l'ouvrage et du paiement direct¹⁰⁸. En cas de non-respect des formalités prévues par la loi, le maître de l'ouvrage risque de devoir payer deux fois¹⁰⁹.

756. Sous-traitance : action directe du maître. – Le maître de l'ouvrage peut agir en responsabilité contre le sous-traitant. La jurisprudence décide maintenant que cette action a une nature délictuelle après avoir longuement hésité¹¹⁰. L'avant-projet de loi sur la responsabilité civile va dans le même sens (art. 1233).

757. Cotraitance. – Proche de la sous-traitance est la cotraitance¹¹¹. Plusieurs entrepreneurs s'engagent à exécuter un même travail ensemble (par ex. : un aéroport, un opéra, un musée) en qualité d'égaux ; chacun est lié directement avec le maître de l'ouvrage ; ce qui n'empêche qu'il puisse exister un « chef de file » (souvent dénommé entreprise pilote) représentant les autres cotraitants dans leurs rapports avec le maître. Au contraire, le sous-traitant est subordonné à l'entrepreneur principal et n'a pas de rapports contractuels avec le maître.

Parfois, ces entreprises se groupent dans une société de personnes – par exemple, un GIE (groupement d'intérêt économique), qui peut être une société de fait¹¹². Les entrepreneurs associés sont solidairement responsables des dettes sociales envers le maître de l'ouvrage et même

104. Cass. civ. 3^e, 4 janvier 1996, *Bull. civ.* III, n° 2 ; *JCP G* 1996.II.22696, n. D. Ammar : « N'est pas recevable, en application des articles 12 et 13, al. 2, L. 31 décembre 1975, l'action directe du sous-traitant qui ne justifie ni de la mise en demeure de l'entrepreneur principal, ni de l'envoi de la copie de la mise en demeure au maître de l'ouvrage ».

105. Cass. civ. 3^e, 2 février 2005, *Bull. civ.* III, n° 24 ; *JCP G* 2005.II.10077, avis O. Guérin.

106. La question intéresse surtout les relations entre les sous-traitants et la banque qui finance l'entrepreneur chargé d'un marché. *Droit des sûretés*, coll. Droit civil.

107. Cass. civ. 3^e, 7 mai 1997, *Bull. civ.* III, n° 97 (sur le 1^{er} moyen, ici évoqué, le *Bull. civ.* dit qu'il est « sans intérêt ») ; *D. Aff.* 1997.731 ; *JCP G* 1997.IV.1326 : le maître n'est pas obligé vis-à-vis du sous-traitant si à la date où celui-ci se manifeste, il n'est « plus redevable d'aucune somme envers l'entrepreneur ».

108. Ex. : Cass. civ. 3^e, 5 juin 1985, *Bull. civ.* III, n° 89 : « Ayant constaté qu'il n'était ni établi ni même allégué que le maître de l'ouvrage ait eu connaissance du contrat conclu entre l'entrepreneur Gros et la sté Mure (le sous-traitant), la cour d'appel en a exactement déduit que cette dernière ne pouvait se prévaloir de l'action directe instituée par les articles 12 et 13, L. 31 décembre 1975 ».

109. Cass. civ. 3^e, 6 décembre 2006, *Bull. civ.* III, n° 241 ; *JCP G* 2007.IV.1064 : le maître ne peut opposer au liquidateur de l'entrepreneur principal les paiements faits entre les mains des sous-traitants.

110. ** Cass. Ass. plén., 12 juillet 1991, *Besse, supra*, n° 9 : « Le sous-traitant n'est pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage ».

111. *Droit des obligations*, coll. Droit civil ; M. DUBISSON, *La négociation des marchés internationaux*, Feduci, 1982 ; *La cotraitance internationale*, Feduci, 1980 ; R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, th. Montpellier, LGDJ, 1990, préf. P. Catala.

112. Cass. com., 17 novembre 1970, *Bull. civ.* IV, n° 308 : « Les juges du fond peuvent estimer que le groupement des trois entreprises constitue une société de fait dès lors qu'ils constatent que celles-ci ont soumissionné ensemble, dans un but commun, un travail public, qu'elles ont apporté chacune, pour arriver à ce résultat, tout le potentiel de leurs activités respectives, qu'elles ont, dans la convention qui les lie, manifesté la volonté de s'associer, de répartir les bénéfices du groupement, et de participer aux pertes, étant stipulé que chacune d'elles supportera le cas échéant le déficit du compte ouvert au nom du groupement ». Critiques de R. CABRILLAC, *op. cit.*, n° 108-134.

les tiers. Lorsqu'il n'y a pas de société, les cotraitants sont fréquemment par l'effet de la convention, solidairement tenus envers le maître de l'ouvrage, bien qu'ils ne fassent pas le même travail¹¹³ ; à défaut, les tribunaux les déclarent souvent tenus *in solidum*¹¹⁴ ; cependant, certains contrats écartent la solidarité. Entre les coentrepreneurs, la responsabilité est délictuelle s'ils n'ont pas conclu de contrats entre eux.

Le droit anglo-saxon donne souvent au groupement d'entreprises agissant dans le commerce international la forme un peu mystérieuse des *joint-ventures*, c'est-à-dire des groupements momentanés d'entreprises associant les maîtres d'ouvrage aux entrepreneurs¹¹⁵.

758. Cotraitance : informations entre coentrepreneurs. – Lorsque l'ouvrage promis implique la collaboration de plusieurs entrepreneurs de spécialités différentes, chacun doit donner à l'autre les informations qu'il est le seul à connaître quand elles sont « nécessaires à l'exécution correcte du travail »¹¹⁶ ; à nouveau la profession d'entrepreneur fait naître une obligation d'information.

759. Succession d'entreprises. – Lorsqu'un même travail d'ensemble est confié successivement à plusieurs entrepreneurs, chacun n'est responsable que de son propre fait, sauf clause de solidarité¹¹⁷. Le problème se pose surtout à l'égard des entreprises de construction.

760. Maître d'œuvre et entrepreneur. – La coordination et la surveillance des travaux sont faites par un maître d'œuvre souvent un architecte. La nature de sa responsabilité dépend de la nature des liens qui l'unissent au maître de l'ouvrage ou aux entrepreneurs. S'il y a un contrat, il s'agit d'un contrat à durée déterminée s'achevant à la fin du chantier¹¹⁸. Si ces liens ne sont pas contractuels, la responsabilité ne peut être contractuelle : par exemple, s'il y a un contrat entre le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre, et un autre contrat, indépendant, entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur, la Cour de cassation écarte ici comme ailleurs l'existence d'un « groupe de contrats » : l'action exercée par le maître d'œuvre contre l'entrepreneur est délictuelle¹¹⁹.

N^{os} 761-764. réservés.

113. Ex. : Cass. civ. 3^e, 27 mars 1991, *Bull. civ.* III, n^o 100 ; *JCPG* 1991.IV.202.

114. Ex. : en matière de construction, à propos d'un architecte et d'un entrepreneur : Cass. civ. 1^{re}, 25 janvier 1960, *Bull. civ.* I, n^o 49 ; *contra*, Cass. com., 24 octobre 1966, *Bull. civ.* III, n^o 404.

115. O. BAPTISTA et P. DURAND-BARTHEZ, *Les associations d'entreprises (joint-ventures) dans le commerce international*, Feduci, 1986 ; N. LACASSE et L. PERRET (dir.), *La co-entreprise à l'étranger*, Wilson et Lafleur, Montréal, 1989.

116. Cass. com., 6 décembre 1983, *Bull. civ.* IV, n^o 339 ; *RTD civ.* 1984.523, obs. Ph. Rémy : réparation d'un moteur électrique confié à un mécanicien impliquant l'intervention d'un électricien : le premier devait donner au second « les notices techniques et les directives nécessaires ».

117. Ex. : Cass. civ. 3^e, 10 avril 1973, *Bull. civ.* III, n^o 268 : « Si les diverses entreprises dépendaient plus ou moins les unes des autres pour l'exécution de leurs propres travaux, elles n'étaient pas solidaires pour les suites préjudiciables des retards dans la construction d'ensemble de l'immeuble ».

118. Cass. civ. 3^e, 28 octobre 2003, *RDC* 2004.371, obs. A. Bénabent ; n.p.B. : « le contrat de maîtrise d'œuvre, qui s'achève à la réception de l'ouvrage, n'est pas un contrat à durée indéterminée, et ne peut être rompu unilatéralement par l'une des parties que sous réserve de la réparation du préjudice résulté de la rupture ».

119. Comp. : Cass. civ. 1^{re}, 16 février 1994, *Bull. civ.* I, n^o 72 ; *D.* 1994, somm., 210, obs. Ph. Delebecque ; *JCPG* 1994.I.3781, n^o 11, obs. Chr. Jamin : « Pour décider un partage de responsabilité entre les architectes (les maîtres d'œuvre) et l'entreprise E.C.M.S. (l'entrepreneur), l'arrêt attaqué énonce que l'action exercée par les premiers contre la seconde et son assureur a un fondement nécessairement contractuel, les architectes et l'entreprise E.C.M.S. ayant participé à la réalisation d'une même opération immobilière en exécution d'un groupe de contrats ; en statuant ainsi, alors que les architectes n'étaient pas contractuellement liés à l'entreprise E.C.M.S., la cour d'appel a violé le texte susvisé [art. 1165, devenu art. 1199] ».

■ CHAPITRE II ■

OBLIGATIONS DU MAÎTRE DE L'OUVRAGE

Outre des obligations accessoires telles que faciliter l'exécution de la tâche, le client a deux obligations principales : payer le prix (Section I), et prendre livraison et réception de la chose vendue (Section II).

SECTION I

PAIEMENT DU PRIX

765. Contrat onéreux ; garantie légale ; détermination. – Le contrat d'entreprise est nécessairement à titre onéreux (art. 1710) ; sinon, il serait une convention d'entraide où, comme toujours, la responsabilité de celui qui agit à titre bénévole est allégée¹. Il doit normalement être rémunéré en argent par le maître de l'ouvrage, faute de quoi il constituerait un contrat innommé.

Le paiement effectif de l'entrepreneur est une préoccupation constante de la loi. Après avoir doté le sous-traitant d'une double garantie (L. 31 décembre 1975), le législateur a voulu donner à l'entrepreneur la certitude qu'il recevrait son paiement, en le faisant bénéficier d'un système de garanties légales (action directe contre le prêteur) ou obligatoire (cautionnement...) (art. 1799-1). Comme tout créancier, l'entrepreneur impayé jouit d'un droit de rétention sur la chose que le contrat l'a obligé à livrer (art. 2286).

La forme du contrat étant soumise au droit commun de la preuve, le montant du prix peut être établi par tous moyens, sauf lorsque la loi en dispose autrement.

Les modes de détermination du prix présentent une grande diversité. Soit le prix n'est pas fixé à l'avance : il le sera « sur facture », une fois le travail fait, ce qui est le procédé le plus conforme à la nature du contrat (§ 1) ; soit il est fixé par avance globalement, il s'agit d'un contrat à forfait (§ 2) ; soit il est fixé sur série, il s'agit d'un paiement sur devis (§ 3).

§ 1. MARCHÉ SUR FACTURE

766. Prix indéterminé : honoraires. – À la différence de la vente, il n'est pas nécessaire que le prix soit déterminé au moment de la conclusion du

1. Cass. civ. 3^e, 17 décembre 1997, *Bull. civ. III*, n° 226 ; *D. Aff.* 1998.667 : « le contrat d'entreprise [...] est présumé conclu à titre onéreux ».

contrat². Comme dans le mandat, le prix dépend d'une activité humaine, dont l'étendue peut ne pas être connue à l'avance. Le prix peut être fixé d'accord par les parties après l'exécution. À défaut d'accord, le nouvel article 1165 prévoit que le prix sera fixé par le créancier, le juge pouvant allouer des dommages et intérêts au débiteur en cas d'abus. Cette règle modifie profondément la jurisprudence antérieure qui décidait qu'à défaut d'accord, le juge (ou l'arbitre) devait le fixer d'après la valeur de la prestation accomplie (coût + bénéfice). Il reste à savoir si elle supprime ce droit spécial (rapp. art. 1105 C. civ.), alors que la solution est d'une grande utilité³.

Lorsque le client s'en remet à la loyauté de l'entrepreneur, il en accepte le prix après accomplissement de la tâche. Ce qui arrive aussi dans les professions libérales (médecin, avocat, architecte). Mais la loi contemporaine intervient de plus en plus afin de protéger le client, pour exiger, d'une part, un écrit, d'autre part, que soient précisés, dès la conclusion du contrat et pas seulement après service fait, les modes d'évaluation des honoraires à liquider par la suite (V. not. pour les avocats : art. 10, L. 31 déc. 1971, rééd. loi Macron du 6 août 2015, « diligences prévisibles, difficile de l'affaire, frais », etc.), voire interdire certaines modalités (art. 8-1 préc. : pas de pacte de *quota litis*). Les honoraires, même fixés à l'avance, peuvent être révisés (généralement en baisse) par le juge qui prendra en compte l'importance du service, la qualité et la notoriété du prestataire, le temps passé, etc.⁴. Cette révision se fonde sur le caractère encore imprécis de la prestation attendue de l'entrepreneur au jour du contrat ; les honoraires doivent aussi être réduits en cas d'exécution défectueuse⁵. Cette règle n'est pas codifiée dans l'article 1165 précité, mais subsiste pour tous les contrats spéciaux où elle est nécessaire (v. art. 1105 préc.). S'ils sont convenus après exécution de la prestation, la révision est exclue⁶. Les honoraires peuvent être tarifés par un règlement professionnel. Ces tarifs n'ont aucun caractère obligatoire, mais peuvent servir de référence⁷. Les avocats prennent souvent un tarif horaire, qui sera périodiquement liquidé, en fonction des diligences passées sur un dossier⁸. Ils sont également en droit de prévoir un honoraire complémentaire de résultat (art. 10 préc., L. 1971). Si une provision a été versée, le

2. Ex. : commande d'œuvre d'art : Cass. civ. 1^{re}, 24 novembre 1993, *Monneret*, *Bull. civ. I*, n° 339 ; *Contrats, conc. consom.* 1994, n° 20, n. L. Leveneur ; *RTD civ.* 1994.631, obs. P.-Y. Gautier : « Un accord préalable sur le montant exact de la rémunération n'est pas un élément essentiel du contrat de louage d'ouvrage, en sorte qu'en l'absence d'un tel accord, il appartient aux juges du fond de fixer la rémunération compte tenu des éléments de la cause ».

3. V. arrêts cités plus haut ; F. LABARTHE, *JCP G* 2016, n° 642.

4. Ex. : 1° **Avocat** : Cass. civ. 1^{re}, 3 mars 1998, *Bull. civ. I*, n° 85 ; *JCP G* 1998.II.10115, concl. J. Sainte-Rose : « le second de ces textes (art. L. 1031 décembre 1971, modifiée) ne saurait faire obstacle au pouvoir des tribunaux de réduire les honoraires convenus initialement entre l'avocat et son client, lorsque ceux-ci apparaissent exagérés au regard du service rendu ». 2° **Généalogiste** : Cass. civ. 1^{re}, 5 mai 1998, *Bull. civ. I*, n° 168 ; *Defrénois* 1998.1042, n. Ph. Delebecque ; *Contrats, conc. consom.* 1998, comm. n° 111, n. L. Leveneur. 3° **Société de conseil en bourse** : Paris, 27 février 2001, *RTD com.* 2002.943, obs. M. Storck. 4° **Arbitre** : Paris, 13 décembre 2001, *D.* 2003.2475, obs. Th. Clay : « le travail des arbitres mérite indiscutablement d'être rémunéré à hauteur de ce qui est légitimement réclamé ». 5° **Professeur de droit** : TGI Versailles, 28 mars 2006, *RTD civ.* 2006. 576, obs. P.-Y. Gautier ; Aix-en-Provence, 28 octobre 2014, *RTD civ.* 2015. 158, obs. P.-Y. Gautier.

5. Jurisprudence constante : ex. : Cass. com., 2 mars 1993, *Bull. civ. IV*, n° 83 : « le rapport d'expertise avait mis en évidence la mauvaise qualité de la prestation de la CFCI ».

6. Ex. : Cass. civ. 2^e, 18 septembre 2003, *Bull. civ. II*, n° 279 ; *RTD civ.* 2004.114, obs. P.-Y. Gautier : « si les juges du fond apprécient souverainement d'après les conventions des parties et les circonstances de la cause le montant de l'honoraire dû à l'avocat, il ne leur appartient pas de le réduire dès lors que le principe et le montant de l'honoraire ont été acceptés par le client après service rendu, que celui-ci ait été ou non précédé d'une convention » ; en l'espèce, l'ordonnance du premier président, qui a été cassée, avait réduit les honoraires, en expliquant par plusieurs motifs qu'ils étaient excessifs : « le taux inhabituel, la simplicité de la procédure, le résultat peu exceptionnel obtenu [...] ont contribué à rendre difficile la compréhension de l'importance des sommes qu'il (le client) laissait à son conseil ».

7. Ex. : le barème établi par l'ordre des architectes n'est obligatoire que si les parties s'y réfèrent : Cass. civ. 3^e, 5 février 1985, *RDI* 1985.255 ; n.p.B.

8. Ex. : Cass. civ. 2^e, 7 février 2013, n° 11-26718, *Bull. civ. II* n° 23 ; *RTD civ.* 2013.395, obs. P.-Y. Gautier (prise en compte des diligences du cabinet et d'un collaborateur).

montant définitif pourra être révisé par le juge, à la hausse ou à la baisse⁹. L'aléa exclut la révision, sauf s'il est supporté exclusivement par l'entrepreneur¹⁰. Si l'entrepreneur est déchargé avant le terme de sa mission, sa rémunération sera proportionnellement diminuée¹¹.

Dans les contrats conclus avec les consommateurs, la loi exige que le prestataire de services fournisse « le mode de calcul du prix » ci celui-ci « ne peut être raisonnablement calculé à l'avance » (C. consom., art. L. 112-3). La prescription est biennale (C. consom., art. L. 218-2).¹²

C'est à l'entrepreneur qu'il appartient, en l'absence de clause précise, de démontrer que le prix qu'il demande n'est pas excessif¹³ et que le client lui a commandé le travail pour lequel il réclame paiement¹⁴. Mais le nouvel article 1165 a peut-être renversé cette règle.

§ 2. CONTRAT À FORFAIT

767. 1^o Prix fixé globalement. – Le prix peut être fixé par les parties de manière globale dans le contrat avant l'exécution de l'ouvrage. Il ne peut alors être modifié unilatéralement par l'une d'elles ; notamment l'entrepreneur ne peut demander d'augmentation, même si le coût du travail a dépassé ses prévisions. Ce qui n'est qu'une application du droit commun des contrats à forfait¹⁵. Cette fixation globale anticipée fait prendre un risque aux deux parties ; cette fixation définitive du prix est compatible avec son indexation.

9. Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2001, *Bull. civ. I*, n° 178 (à la baisse, donc remboursement partiel par l'avocat) : « le premier président après avoir fixé souverainement le montant des honoraires a [...] ordonné le remboursement des sommes perçues en trop ».

10. Cass. civ. 1^{re}, 23 novembre 2011, n° 10-16770, *Bull. civ. I*, n° 206 ; *JCPG* 2011, 1344, n. B. Waltz ; *D.* 2012, 589, n. M. Séjean ; *RDC* 2012, 396, obs. Y.-M. Lathier : en l'espèce, un premier testament avait institué une femme légataire universelle ; un second testament institua un autre légataire universel ; moyennant un pourcentage sur la succession en cas de réussite, un ami du défunt assista la première légataire pour obtenir l'annulation judiciaire du second testament ; jugé que la rémunération excessive devait être réduite : « l'aléa exclusivement supporté par l'assistant ne s'oppose pas à ce qu'il y ait réduction éventuelle de la rémunération convenue ».

11. Cass. civ. 2^e, 10 décembre 2015, préc., *supra* n° 555 (avocat ; utilisation des critères habituels d'évaluation de ses diligences : le client a transigé ; après avoir été révoqué, l'avocat n'a pas droit à un honoraire de résultat).

12. Cass. civ. 2^e, 26 mars 2015, n°s 14-15013 et 14-11. 599, 2 esp., *Bull. civ. II*, n°s 74-75, *JCP G* 2015, 649, n. C. Caseau-Roche.

13. Ex. : * Cass. civ. 1^{re}, 18 novembre 1997, *Bernheim*, *Bull. civ. I*, n° 313 ; *D. Aff.* 1998.21 ; *Defrénois* 1998.405, obs. A. Bénabent ; *RTD civ.* 1998.372, obs. J. Mestre et 402, obs. crit. P.-Y. Gautier ; en l'espèce, un expert-comptable avait demandé en justice le paiement de ses honoraires que le client avait trouvés excessifs ; la cour d'appel avait refusé de les modérer : « il n'appartient pas à la justice [...] d'examiner la qualité de la consultation et, faute de contrat d'honoraires, il importe uniquement de rechercher si la facturation est ou non exorbitante eu égard à la réputation du consultant et aux usages de la pratique ». Cassation : « Il incombe au prestataire, en sa qualité de demandeur, d'établir le montant de sa créance et à cet effet, de fournir les éléments permettant de fixer ce montant, et il appartient au juge d'apprécier celui-ci, en fonction notamment de la qualité du travail fourni ».

14. Ex. Cass. civ. 1^{re}, 2 novembre 2005, *Bull. civ. I*, n° 398 ; *D.* 2006.841, n. F. Garron : « il appartenait à la société Brout (le garagiste) d'établir que Melle Ghislain (le client) avait commandé ou accepté les travaux effectués sur son véhicule ; en l'absence d'une telle preuve, elle ne pouvait obtenir le paiement de ces travaux sur le fondement du contrat qui les liait ou exercer une action de in rem verso en faisant abstraction de celui-ci ».

15. **Biblio.** : M. LAGELÉE HEYMANN, *Le contrat à forfait*, Paris I, 2014, qui voit dans le contrat à forfait une catégorie en soi, regroupant tous les cas où les contractants se sont interdits de revenir sur le prix payé, alors que l'étendue de la prestation ne serait finalement pas ce qu'ils escomptaient, en plus ou en moins, ce qui se rapproche du jeu et du pari, contrats aléatoires.

À l'égard de chaque contractant, ce système, aléatoire comme tout forfait, présente des avantages et des inconvénients. Pour l'entrepreneur, il met les risques du travail à sa charge ; pas tellement les risques monétaires et économiques, car lorsqu'elle a été stipulée et bien conçue, l'indexation le protège, sans l'enrichir, contre les augmentations de prix de la main-d'œuvre ou des matières premières ; surtout, les difficultés du travail imprévues, tenant par exemple à la nature du terrain, à son inondation, etc. Pour le client, le forfait permet de connaître à l'avance le prix qu'il devra payer mais suscite le danger que l'entrepreneur exécute les travaux aux moindres frais, au détriment de la qualité de l'ouvrage.

768. 2^o Marché à forfait : construction ; formalisme. – La loi renforce la protection du client (le maître de l'ouvrage) contre le risque d'avoir à payer des travaux supplémentaires s'ajoutant à l'ouvrage convenu lorsqu'il s'agit de la construction de bâtiments et qu'il y a forfait. L'entrepreneur ne peut exiger un supplément de prix en raison des travaux supplémentaires qu'il a faits, que dans trois hypothèses¹⁶. La première est la seule prévue par l'article 1793 : l'autorisation écrite et préalable des travaux pour un prix convenu. La jurisprudence a assoupli la rigidité de cette règle de trois manières. D'abord si les travaux modificatifs effectués à la demande du maître de l'ouvrage ont entraîné « *un bouleversement de l'économie du contrat* »¹⁷ : on change alors de contrat d'entreprise pour en revenir à un contrat sans prix fixé à l'avance. Ensuite, depuis toujours et plus classique, si le maître de l'ouvrage a accepté expressément et sans équivoque les travaux une fois effectués¹⁸. Enfin, le maître est de mauvaise foi s'il laisse faire les travaux sans réagir.

Cette disposition ne se borne pas à rappeler la force obligatoire du contrat, mais énonce une règle spéciale de forme, qui a des conséquences sur la preuve : la preuve écrite ne peut être remplacée par aucune autre¹⁹. Ni même par une norme professionnelle²⁰. C'est en cela qu'elle est originale : de droit commun, le forfait fait aussi la loi des parties, mais, à la différence de ce que prévoit l'article 1793, il aurait été possible à l'entrepreneur d'invoquer un commencement de preuve par écrit ou de produire l'aveu tacite que son client a demandé des travaux supplémentaires. Cette rigidité de la preuve a pour objet de décourager la propension qu'ont certains entrepreneurs à construire plus que ce qu'on leur a demandé, et de les protéger contre les caprices du maître de l'ouvrage, en les obligeant à exiger un écrit pour pouvoir être payés.

16. Un arrêt de la Cour de cassation résume ces trois règles : Cass. civ. 3^e, 24 janvier 1990, *Bull. civ. III*, n^o 28 ; *D.* 1990.257, n. A. Bénabent ; *RDI* 1990.370, obs. Ph. Malinvaud et Boubli. En l'espèce, des entrepreneurs ayant conclu un marché à forfait avaient fait pour ce maître de l'ouvrage des travaux, ni demandés par écrit, ni prévus par le forfait ; la cour d'appel à la suite du comportement du maître l'avait obligé à les payer. Cassation : elle n'avait pas constaté que « *les modifications demandées avaient entraîné un bouleversement de l'économie de contrats ni relevé à défaut d'une autorisation écrite préalable aux travaux, l'acceptation expresse et non équivoque, par le maître de l'ouvrage, de ces travaux, cette fois effectués ni recherché si le maître de l'ouvrage avait reçu mandat à cet effet* ».

17. Jurisprudence abondante et stricte. *Ex.* : Cass. civ. 3^e, 20 juin 2001, *Defrénois* 2002, p. 55, obs. H. Périnet-Marquet ; n.p.B. ; en l'espèce, dans un marché à forfait un certain nombre de travaux non prévus par un devis initial avaient été faits (agrandissement de la terrasse, équipements luxueux : revêtements en marbre, fenêtres à double vitrage) : ces travaux firent l'objet d'un procès-verbal signé sans réserve : les juges du fond condamnèrent le maître à les payer ; cassation : « *seule peut justifier une sortie du forfait un bouleversement de l'économie du contrat, une autorisation écrite préalable aux travaux ou l'acceptation expresse et non équivoque par le maître de l'ouvrage de ces travaux, une fois effectués* ».

18. Mais le juge du fond devra le constater : Cass. civ. 3^e, 27 septembre 2006, *préc. supra*.

19. *Ex.* : Cass. civ. 1^{re}, 17 octobre 1966, *D.* 1967.29 : « *L'accord verbal du maître de l'ouvrage sur les modifications apportées à ce plan ne saurait être retenu, sans réduire à néant la protection du propriétaire à laquelle tend ledit article* » (art. 1793).

20. Cass. civ. 3^e, 11 mai 2006, *Bull. civ. III*, n^o 118 : norme AFNOR admettant l'accord tacite, impuissante à supplanter la règle légale.

La règle est soumise à plusieurs conditions, qui, parce qu'elle est dérogoratoire au droit commun, sont interprétées strictement. Il faut... **1)** que le prix ait été fixé globalement et à l'avance²¹... **2)** qu'un plan et un devis aient été convenus entre les parties afin de déterminer les travaux à exécuter²²... **3)** qu'il s'agisse de la construction de bâtiments²³, non d'aménagements intérieurs²⁴... **4)** que le contrat soit conclu entre le maître de l'ouvrage et un entrepreneur principal, non un sous-traitant²⁵, peut-être afin d'empêcher que le sous-traitant ne subisse les rabais obtenus par l'entrepreneur principal.

La jurisprudence a assoupli la règle. Ainsi, au cas où le forfait bénéficie à l'entrepreneur parce que son travail a été moins onéreux que prévu, le forfait n'oblige que si l'entrepreneur est de bonne foi²⁶. Les travaux de sécurité étant indispensables, ils ne sauraient donner prétexte à un paiement supplémentaire²⁷. Si le marché est rompu du fait du maître de l'ouvrage, celui-ci devra indemniser l'entrepreneur du fait de la désorganisation consécutive de son entreprise²⁸.

§ 3. PAIEMENT SUR DEVIS

769. Séries de prix. – Le marché sur séries est le plus souvent pratiqué dans la construction.

Le prix n'est pas fixé globalement dans le contrat, mais article par article, suivant devis. Il ne peut être déterminé définitivement qu'à la fin des travaux, d'après la quantité exécutée²⁹. Comme il est difficile aux particuliers de discuter le prix des constructions sur des produits très différents, la pratique adopte souvent les séries de prix constituées pour les travaux publics, étendues aux constructions privées.

21. Il n'y a donc pas marché à forfait... si le devis est établi par une série de prix (*infra*, n° 769) : ... si le devis n'a été établi « *qu'en guise d'estimation approximative* » : Cass. civ. 3^e, 2 février 1972, *Bull. civ. III*, n° 78... si le propriétaire s'est réservé la faculté de modifier le plan, ce que l'on appelle un forfait imparfait ; jurisprudence constante. Ex. : Cass. civ., 10 mars 1880, *DP* 1880.I.386 : « *Ces dispositions rigoureuses (art. 1793) ne s'appliquent qu'au forfait pur et simple tel qu'il est défini par le Code ; mais elles cessent d'être applicables lorsque les parties, tout en stipulant le forfait, y ont ajouté des clauses qui en modifient le caractère et les effets* ».

22. Ex. : Cass. civ. 3^e, 20 novembre 1991, *Bull. civ. III*, n° 283 : la qualification de marché à forfait ne peut être retenue dès lors que l'entrepreneur « *n'avait préparé aucun document sérieux ni avant, ni pendant les travaux, qu'il (l'entrepreneur) avait établi un devis très imprécis et avait élaboré des plans n'ayant eux-mêmes aucun caractère contractuel* ».

23. Ex. : pour la remise en état d'une piste de karting : Cass. civ. 3^e, 11 juillet 1972, *Bull. civ. III*, n° 456 : « *En statuant ainsi, sans rechercher si les travaux effectués concernaient un bâtiment et étaient ainsi régis par l'article 1793, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision...* ».

24. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 16 décembre 1964, *Bull. civ. I*, n° 569 ; *D.* 1965.347 : « *L'article 1793 ne saurait s'appliquer en l'espèce, n'étant relatif qu'à la construction à forfait d'un bâtiment, le marché intervenu n'ayant trait qu'à des aménagements intérieurs n'entrant pas dans les termes du texte susvisé* ».

25. Cass. civ. 3^e, 15 février 1983, *Bull. civ. III*, n° 44 : « *Les dispositions de l'article 1793 ne sont pas applicables à une convention de sous-traitance entre deux entreprises* » parce qu'elles visent le contrat conclu avec le « *propriétaire du sol* ».

26. Cass. civ. 3^e, 2 mars 2005, *Bull. civ. III*, n° 51 : en l'espèce, il existait une différence notable entre la surface initiale de sols à traiter et la surface réelle et l'entrepreneur le savait : « *l'entreprise, n'ayant pas exécuté de bonne foi le marché forfaitaire, devait verser au maître d'ouvrage la somme réclamée* ».

27. Cass. civ. 3^e, 8 juin 2005, *Bull. civ. III*, n° 125 : « *les garde-corps indispensables à la sécurité de l'immeuble devaient être intégrés dans le marché forfaitaire initial* ».

28. Paris, 29 septembre 2006, *JCPG* 2006.IV.3332.

29. Ex. : la construction d'un mur à tant par m², ou à tant par m³ de ciment ou à tant par journée de travail.

Système qui permet à l'entrepreneur de répercuter les difficultés inattendues rencontrées dans son travail, et est moins rigide que le marché à forfait, et au client de ne pas dépendre de la loyauté de l'entrepreneur, ce qui donne plus de prévisibilité que le contrat sur facture.

SECTION II

LIVRAISON ET RÉCEPTION

La prise de livraison et la réception sont des obligations du maître de l'ouvrage qui n'apparaissent que lorsque l'entreprise est relative à une chose.

770. Prise de livraison. – Comme dans la vente, le maître de l'ouvrage (le client) doit prendre livraison de la chose au temps fixé. S'il s'agit d'objets mobiliers destinés à être façonnés, réparés ou nettoyés, qui n'ont pas été retirés dans le délai d'un an (six mois pour un véhicule automobile), l'entrepreneur peut se faire autoriser par le juge d'instance à les vendre aux enchères publiques et se faire payer sur le prix (L. 31 décembre 1903, modifiée) (comp. le défaut de retraitement en matière de vente mobilière³⁰). La prise de livraison constitue un acte matériel, alors que la réception est un acte juridique.

771. Réception. – La réception n'est concevable que lorsque le contrat d'entreprise a une chose pour objet. Elle est surtout pratiquée dans les contrats de construction, où elle présente un particularisme.

En son absence, la garantie décennale ne peut s'appliquer³¹. Elle est différente de l'achèvement de l'ouvrage³². Elle est l'acte unilatéral, effectué contradictoirement³³, par lequel le maître approuve l'ouvrage (art. 1792-6, al. 1) ; si elle n'a pas été faite amiablement, elle est judiciaire³⁴. Elle produit trois conséquences³⁵ : **1**) obliger le maître à payer le solde du prix, sauf stipulation contraire ; **2**) transférer la garde et les risques ; **3**) libérer l'entrepreneur de la garantie tenant aux vices apparents et au défaut de conformité, en cas de spécifications³⁶. Elle ne l'exonère ni de la

30. *Supra*, n° 512.

31. Cass. civ. 3^e, 27 février 2013, n° 12-12148, *Bull. civ.* III, n° 29.

32. Cass. civ. 3^e, 9 octobre 1991, *Bull. civ.* III, n° 230 : « L'achèvement de l'ouvrage n'étant pas une des conditions nécessaires de la réception... ».

33. Cass. civ. 3^e, 16 février 1994, *Bull. civ.* III, n° 22 ; en l'espèce, un maître de l'ouvrage (une sté HLM) avait fait procéder à la transformation de la chaufferie par diverses entreprises, dirigées par une sté Stéfal : les nouvelles installations furent mises en service : « alors que leur réglage n'était pas terminé », une chaudière explosa ; la cour d'appel débouta la sté HLM de l'action en responsabilité qu'elle avait exercée entre les divers entrepreneurs : « le maître de l'ouvrage a manifesté sa volonté de réceptionner l'installation, fût-elle inachevée, ni les entreprises ni le maître d'œuvre ne s'y sont opposés ». Cassation : la cour n'a relevé : « aucun fait établissant le caractère contradictoire de la réception à l'égard de la sté Stéfal à laquelle cette réception était opposée ».

34. Cass. civ. 3^e, 3 mai 1989, *JCP G* 1989.IV.249 ; n.p.B. : l'acte d'huissier, établi à l'initiative du maître de l'ouvrage pour constater l'état des travaux après abandon du chantier par l'entrepreneur, ne peut être une réception avec réserves que s'il a « été établi contradictoirement ». Ce qui n'empêche pas la réception de pouvoir être tacite.

35. H. PÉRINET-MARQUET, « La réception des travaux : état des lieux. L'article 1792-6, dix ans après », *D.* 1988, chron. 287.

36. Ex. : Cass. civ. 3^e, 11 juillet 1990, *Bull. civ.* III, n° 171 : « Après avoir relevé que des désordres affectaient des canalisations extérieures aux édifices et en avoir exactement déduit qu'il ne s'agissait pas d'ouvrage de bâtiment et que la responsabilité de l'architecte et de l'entrepreneur ne pouvait, une réception étant intervenue, être recherchée que sur le fondement de la responsabilité contractuelle de droit commun pour faute prouvée... ». J.-P. KARILA, « Garanties légales et responsabilité contractuelle de droit commun des locateurs d'ouvrages immobiliers après la réception de l'ouvrage », *D.* 1990, chron. 307.

responsabilité contractuelle de droit commun³⁷, ni de la garantie des vices cachés, pour laquelle le droit de la construction prévoit un régime spécial de garantie décennale ou biennale³⁸ qui court à compter de la réception.

Elle peut être tacite³⁹ et résulter notamment de la prise de possession et du paiement du prix, lorsqu'ils traduisent la volonté de recevoir les travaux⁴⁰. Cette forme de réception présente l'inconvénient de rendre incertains les points de départ de la garantie et de l'assurance-construction. Une stipulation contractuelle peut faire de la prise de possession des lieux par le maître de l'ouvrage une réception et une acceptation sans réserve des travaux⁴¹.

772. Réserves et silence ; garantie de parfait achèvement. – La réception peut être faite avec réserves, ce qui n'empêche pas le transfert de la garde et des risques, mais oblige l'entrepreneur à satisfaire aux réserves si elles sont fondées. L'entrepreneur est tenu pendant un an⁴² par la garantie de parfait achèvement qui l'oblige à remédier aux désordres signalés dans les réserves et à ceux qui sont apparus pendant l'année de la réception (art. 1792-6, al. 2)⁴³ ; si ces désordres mettent en cause la solidité de l'ouvrage, sa destination ou son fondement, ils engagent aussi la garantie décennale et biennale⁴⁴.

Cette garantie n'exclut pas la responsabilité contractuelle de droit commun⁴⁵.

N^{os} 773-779. réservés.

37. Cass. civ. 3^e, 22 mars 1995, *Sté des maisons Enec*, préc. n° 745.

38. *Supra*, n° 746 ; cf. aussi Cass. civ. 3^e, 12 mars 1986, *JCP G* 1986.IV.145 ; n.p.B. : la réception par le maître de l'ouvrage produit effet sur le syndicat des copropriétaires qui n'était pas partie à cette réception, « mais (qui) n'a pas plus de droits que le maître de l'ouvrage de qui il les tient ».

39. Cass. civ. 3^e, 16 juillet 1987, *Bull. civ. III*, n° 143 ; *D.* 1987.577 ; *AJPI*, 1988.160 ; *RDI* 1987.457 : « L'article 1794-6 laisse subsister la possibilité d'une réception tacite » : la date de la réception est alors, non celle de la décision judiciaire, mais celle de la réception tacite ; Cass. civ. 3^e, 8 novembre 2006, *JCP* 2006.IV.3336.

40. La jurisprudence est circonstanciée ; ex. : constitue une réception tacite... des conclusions demandant une réception judiciaire : Paris, 2 mars 1988, *D.* 1988, IR, 92... la remise des clés et une prise de possession : Cass. civ. 3^e, 12 octobre 1988, *D.* 1988, IR, 246... une prise de possession et le paiement du prix : Cass. civ. 3^e, 7 décembre 1988, *Bull. civ. III*, n° 174... le paiement du prix : Cass. civ. 3^e, 16 mars 1994, *Bull. civ. III*, n° 50. Mais... Cass. civ. 3^e, 3 mai 1990, *Bull. civ. III*, n° 104 ; *D.* 1990, IR, 125 ; *JCP G* 1990.IV.245 ; *RDI* 1990.372 : « La prise de possession des lieux par un maître d'ouvrage n'équivaut à une réception tacite que lorsqu'elle manifeste sa volonté non équivoque d'accepter l'ouvrage » ; ... Cass. civ. 3^e, 22 juin 1994, *Bull. civ. III*, n° 126 : le paiement du prix ne constitue une réception tacite que s'il traduit « une volonté non équivoque » des propriétaires « de recevoir les travaux ».

41. Cass. civ. 3^e, 13 juillet 1993, *JCP G* 1995.II.22395, n. Le Bars ; n.p.B. : « par dérogation aux conditions de la réception, prévues par l'art. 1792-6 le contrat stipulait que la prise de possession des lieux, intervenue sans réception contradictoire préalable, entraînait d'office une réception et une acceptation sans réserve des travaux ».

42. Cass. civ. 3^e, 3 mai 1989, *Bull. civ. III*, n° 95 : la garantie de parfait achèvement doit être invoquée dans le délai prévu par l'article 1792-6, c'est-à-dire un an après la réception ; Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 1991, *Bull. civ. I*, n° 176 : la garantie de l'assureur du maître de l'ouvrage est engagée du seul fait que la mise en demeure faite à l'entrepreneur de procéder aux travaux nécessaires est restée vaine.

43. Une abondante jurisprudence décide que la garantie décennale n'est pas applicable aux vices ayant fait l'objet de réserves lors de la réception, ceux-ci étant couverts par la garantie de parfait achèvement, caduque si elle n'est pas invoquée dans l'année. Ex. : Cass. civ. 3^e, 1^{er} février 1988, *Bull. civ. III*, n° 24 : « Les désordres faisant l'objet de réserves lors de la réception ne sont pas couverts par la garantie décennale, mais par la garantie de parfait achèvement ».

44. Cass. civ. 3^e, 12 octobre 1994, *Bull. civ. III*, n° 172 : « Les dispositions de l'article 1792-6 ne sont pas exclusives de l'application de celles des articles 1792, 1792-2 et 1792-3 et le maître de l'ouvrage peut demander sur le fondement de la garantie décennale à l'entrepreneur réparation des défauts qui, signalés à la réception, ne seront révélés qu'ensuite dans leur ampleur et leur conséquence ».

45. * Cass. civ. 3^e, 22 mars 1995, *Sté des maisons Enec*, cité *supra* n° 747 : « La garantie de parfait achèvement due par l'entrepreneur concerné n'exclut pas la responsabilité contractuelle de droit commun pour faute prouvée ».

■ CHAPITRE III ■

EXTINCTION DU CONTRAT D'ENTREPRISE

780. Droit commun et droit spécial. – Le contrat d'entreprise a des causes d'extinction qui, à deux égards, échappent au droit commun des contrats. Pas pour le paiement du prix et l'achèvement des travaux, bien sûr : le contrat est éteint lorsque ses obligations sont accomplies. De la même manière, il est soumis à la résolution pour inexécution.

La première cause d'extinction spéciale au contrat est la **mort de l'entrepreneur** (art. 1795), car le contrat tient compte de ses qualités personnelles ; la règle est donc écartée quand il n'y a pas d'*intuitus personae*, ce qui est fréquent lorsque ce n'est pas la personne qui est prise en considération, mais l'entreprise¹.

Ensuite, quand il s'agit de marchés à forfait (tous les forfaits, pas seulement ceux de construction²), le maître a une faculté de **résiliation unilatérale** du contrat moyennant dédommagement de l'entrepreneur (art. 1794). Cette règle est dérogatoire au droit commun des contrats, puisque le contrat n'est pas conclu pour une durée indéterminée et que la faculté de résiliation unilatérale n'est accordée qu'au maître, non à l'entrepreneur.

Cette faculté disparaît à l'achèvement des travaux³.

781. Perte de la chose. – Le Code civil prévoit pour le contrat d'entreprise un régime des risques dérogatoire au droit commun⁴. À partir de ces règles, la jurisprudence a déterminé quelle était la responsabilité de l'entrepreneur en cas de perte de la chose. La question suppose que le contrat soit relatif à une chose ayant péri avant d'avoir été livrée. La loi distingue selon que la matière sur laquelle s'exécute le travail a été fournie par l'entrepreneur ou par le maître.

1. Ex. : Une norme AFNOR (P. 03.11, art. 19-7) prévoit la continuation des travaux par les héritiers en cas de mort de l'entrepreneur, s'ils en sont capables ; M. BÉHAR-TOUCHAIS, *Le décès du contractant*, th. Paris II, *Economica*, 1988, n° 148.

2. Ex. : Paris, 23 mai 1961, *Gaz. Pal.* 1961.II.283 ; sauf clause contraire du contrat, une personne peut renoncer à effectuer une croisière, même après s'être engagée et avoir payé le prix.

3. Cass. civ. 3^e, 18 février 1976, *Bull. civ.* III, n° 69 : « *Les juges d'appel, qui ont constaté par motifs non ambigus que les travaux faisant l'objet du marché à forfait étaient "pratiquement" achevés lors de la dénonciation du contrat par le maître de l'ouvrage et que l'entrepreneur "avait exécuté ses engagements" ont pu estimer que cette dénonciation tardive ne pouvait entraîner la résiliation du contrat par application de l'article 1794* ».

4. F. BERTRAND, « Les risques dans le contrat d'entreprise », *RDI* 1981.174.

Lorsque la matière a été **fournie par l'entrepreneur**, celui-ci est responsable de sa perte quelle qu'en soit la cause, fortuite ou fautive, tant que la chose n'a pas été livrée (art. 1788)⁵. Le maître de l'ouvrage a une option : ou bien, il demande à l'entrepreneur de faire à nouveau les travaux⁶, à l'identique⁷ ; ou bien, il demande la résolution du contrat et la restitution des acomptes⁸. Cependant, si l'entrepreneur avait mis le maître de l'ouvrage en demeure de recevoir la chose (art. 1788, *in fine*)⁹ ou si une stipulation du contrat l'avait prévu, les risques seraient à la charge du maître qui devrait donc rémunérer l'entrepreneur de son travail. Peu importe que le maître soit devenu le propriétaire de la chose, car la charge des risques n'est pas ici liée au transfert de propriété, mais incombe au débiteur (*res perit debitori*), c'est-à-dire l'entrepreneur qui connaît la chose. Au contraire dans la vente de chose future, la charge des risques est, sauf stipulation contraire, associée à la propriété, et la jurisprudence décide que la propriété est transférée dès l'achèvement de la chose¹⁰.

Lorsque la matière a été **fournie par le maître**, l'entrepreneur est libéré par la preuve de la perte fortuite de la chose ; le Code civil dispose qu'« *il n'est tenu que de sa faute* » (art. 1789) ; la jurisprudence a pratiquement unifié le régime de la responsabilité de l'entrepreneur, quelle que soit l'hypothèse, fabrication ou travail sur la chose d'autrui et décidé que pour se libérer il devait prouver son absence de faute¹¹ ; il est donc responsable de la perte fautive et de celle dont la cause est inconnue¹² ; on dit parfois que sa « faute » est présumée. L'entrepreneur répond aussi

5. S'ils sont plusieurs entrepreneurs sur le chantier et que la cause de la destruction reste indéterminée, chacun n'est tenu que pour sa part, c'est-à-dire ce qu'il s'était engagé à fournir, sans responsabilité *in solidum* : Cass. civ. 3^e, 15 décembre 2004, *Bull. civ. III*, n° 241 : « *l'entrepreneur n'est tenu de procurer au maître de l'ouvrage que la chose qu'il s'est engagé à fournir* ».

6. Ex. : Cass. civ. 3^e, 19 février 1986, *Bull. civ. III*, n° 10 ; *RTD civ.* 1986.607, obs. Ph. Rémy. En l'espèce, un promoteur avait fait construire en Corse « *un ensemble immobilier destiné à être vendu en copropriété par appartements en l'état de futur achèvement ; avant réception de l'ouvrage, mais après la vente de plusieurs appartements, une explosion criminelle, dont les auteurs sont demeurés inconnus, a endommagé l'édifice* ». Cassation de la décision qui avait refusé de condamner l'entrepreneur à réparer le dommage.

7. Cass. civ. 3^e, 28 octobre 1992, *Bull. civ. III*, n° 281 ; *RTD civ.* 1993.603, obs. P.-Y. Gautier ; en l'espèce, les entrepreneurs s'étaient obligés, selon un marché à forfait, à « *la réalisation du lot ossature métallique* » d'un bâtiment ; « *une partie de la couverture s'étant effondrée, avant la livraison de l'ouvrage, à la suite de chutes de neige* », le maître de l'ouvrage demanda la reconstruction de « *l'ouvrage selon des normes propres à éviter les mêmes désordres et ce, sans augmentation du prix définitivement arrêté* » ; cependant, la cour d'appel déclara « *satisfaisante leur offre* (des entrepreneurs) *de reconstruire l'immeuble sans respecter les normes propres à la solidité de l'immeuble et sans mettre à leur charge le surcoût qui pouvait en résulter* ».

8. Cass. civ. 3^e, 27 janvier 1976, *Bull. civ. III*, n° 34. En cours de travaux, un incendie ravagea la plus grande partie de l'ouvrage ; la cause en était fortuite ; bien que l'inexécution ne fût pas fautive, le maître put obtenir la résolution du contrat et la restitution des acomptes versés.

9. Ex. : Cass. civ., 22 février 1897, *DP* 1901.I.75 : A (maître de l'ouvrage) avait fourni de l'orge à B (entrepreneur) afin que celui-ci la transforme en malt. Après accomplissement du travail, A le vérifia puis fut mis en demeure de retirer la marchandise, qui ultérieurement fut détruite par le feu. Jugé que B n'était pas responsable, si le feu était fortuit ; sur cet arrêt, v. aussi *infra*, n° 866.

10. *Supra*, n° 74.

11. Ex. : Cass. civ. 3^e, 17 février 1999, *Bull. civ. III*, n° 41 ; *Contrats, conc. consom.* 1999, comm. n° 67, n. L. Leveuve ; *RTD civ.* 1999.629, obs. P. Jourdain ; en l'espèce, un incendie s'était déclaré dans un entrepôt alors qu'un préposé d'un entrepreneur y effectuait des travaux ; la cour d'appel exonéra l'entrepreneur parce qu'aucun « *élément de preuve ne permet d'incriminer l'utilisation du chalu-meau dans l'origine de l'incendie* ». Cassation : la cour d'appel n'a pas constaté « *que l'entreprise démontrait que l'incendie était survenu sans sa faute* ».

12. Cass. civ. 1^{re}, 14 mai 1991, *Lorthioir*, cité *supra*, n° 753 : « *Selon l'article 1789, le locateur d'ouvrage est tenu de restituer la chose qu'il a reçue et ne peut s'exonérer de sa responsabilité que par la preuve de l'absence de faute ; dès lors, le jugement attaqué, d'où il résulte que la cause de la disparition des diapositives est inconnue, est légalement justifié* » ; en l'espèce, un client avait confié à un magasin de photographies des diapositives pour qu'elles fussent agrandies ; jugé que ce magasin était responsable de la perte des photos, même si la cause en était inconnue.

du fait du personnel qu'il emploie (art. 1789)¹³. La règle suppose que la matière ait été confiée à l'entrepreneur par le maître¹⁴. La perte de la chose dispense le maître de payer l'entrepreneur, même si celui-ci a accompli le travail et achevé la chose (art. 1790), sauf dans deux cas. **1°)** Lorsque la perte tient au vice de la chose et que le maître est en faute¹⁵ ; si l'entrepreneur avait connu ou aurait dû connaître ce vice, il perd son droit à rémunération, à raison de sa faute¹⁶. **2°)** Le maître est également tenu de payer s'il avait été mis en demeure. Comme toujours lorsqu'il s'agit de la charge des risques, ces règles peuvent être écartées par la convention ou les usages.

N^{os} 782-799. réservés.

13. Ex. : Cass. civ. 3^e, 22 avril 1971, *Bull. civ.* III, n^o 253 ; *Gaz. Pal.* 1972.I.77 : si un entrepreneur accomplit des travaux sur la chose du maître sans que celui-ci en ait perdu la détention, la dégradation de la chose n'est à sa charge que si sa faute est démontrée.

14. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 10 octobre 1995, *Bull. civ.* I, n^o 346 : un imprimeur répond du fait de son préposé qui met le feu à un stock de papier confié en vue de son impression.

15. Ex. : pour un teinturier, *supra*, n^o 745.

16. *Supra*, n^o 75.

■ LIVRE III ■

CONTRATS VARIÉS D'ÉCHANGES

800. Circulation des richesses et activité juridique. – Aux deux contrats fondamentaux, la vente – qui permet la circulation des richesses – et le mandat – qui développe l'activité juridique –, s'est ajouté un troisième, dépendant plus du premier que du second, le louage, qui permet, soit l'exploitation des choses, soit un élargissement de l'activité humaine. L'infinie variété des contrats découle de ces trois matrices, qu'ils combinent selon une myriade de modalités¹.

Dans cette constellation, il est trois dérives et mélanges qui doivent être mis à part à cause de la simplicité de leur composition et de leur importance : **1)** l'échange, dérive de la vente ; **2)** les combinaisons entre la vente, le bail et le mandat : la location-vente et le crédit-bail qui peuvent être des contrats translatifs de propriété, de jouissance ou constitutifs de sûretés – des techniques neutres en quelque sorte – ; **3)** les contrats d'intermédiaires : concession d'exclusivité, franchisage et distribution sélective, contrats-cadres, proches de la promesse de vente et présentant des analogies avec le mandat.

801. Inventaire et plan. – On présente souvent l'échange comme une « modalité de la vente »². Historiquement, c'est l'inverse qui est vrai : la vente provient de l'échange. Mais l'économie monétaire s'est presque complètement substituée à l'économie de troc : depuis longtemps, l'échange paraissait condamné à ne jouer qu'un rôle résiduel. Cependant, le commerce international lui confère aujourd'hui une place importante et croissante (Titre I).

Les pratiques, notariale et commerciale, d'origine française ou américaine, ont inventé des contrats plus nouveaux, combinant la vente et le bail : la location-vente et plus récemment, la location-accession ; ou, de manière encore plus complexe le crédit-bail, mêlant la vente, le bail et le mandat (Titre II).

La pratique commerciale a créé des contrats d'intermédiaires indépendants qui sont des contrats-cadres proches des promesses unilatérales de vente et d'achat et se distinguent difficilement du mandat – la concession exclusive et ses variétés plus récentes, le franchisage et le contrat de distribution sélective – ; c'est un droit en évolution rapide et aux lignes mal arrêtées, parce qu'il met en cause la distribution commerciale avec toutes ses séquelles, la liberté et la concentration de l'entreprise, la stabilité de l'emploi, la concurrence et les fluctuations économiques et politiques (Titre III).

1. *Supra*, n° 36.

2. MAZEAUD, DE JUGLART, n° 1028.

■ TITRE I ■

ÉCHANGE

802. Comparaison avec la vente. – Ainsi que le définit le Code civil (art. 1702) : « *l'échange est un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre* ». On l'appelle « troc » dans le langage familial¹. En toute première vue, il est, semble-t-il, une vente, où le transfert de propriété a pour contrepartie, non une somme d'argent, mais une autre chose. Historiquement, la vente découle de l'échange², mais elle est devenue le contrat prépondérant. Tout le droit de l'échange est dominé par le parallèle avec la vente.

Comme la vente, il est un contrat translatif de propriété et même l'est doublement, puisque deux choses sont réciproquement transférées ; il est aussi un contrat commutatif, dominé par l'idée d'équivalence entre les prestations. À la différence de la vente, il n'y a pas de prix mais deux choses, qui se tiennent lieu réciproquement de prix ; en outre, le nombre des parties n'est pas toujours le même : la vente est, par nature, bilatérale, l'échange peut être et est souvent multilatéral (ex. : l'échange triangulaire).

Le principe est l'assimilation entre l'échange et la vente (art. 1707) : le consentement et la chose relèvent des mêmes règles. Ainsi, pour le caractère consensuel (art. 1703), la capacité, l'échange de la chose d'autrui, les garanties d'éviction et des vices cachés. Au contraire, sont écartées les règles de la vente liées au prix (l'argent) : la rescision pour cause de lésion (art. 1706)³ et le droit de préemption⁴.

1. V. A. VAN EECKHOUT, « Vers un renouveau du troc dans la vie des affaires ? », *RDC* 2006.917.

2. L'échange a été à Rome (*rerum permutatio*) un contrat controversé : les Sabinien y voyaient une modalité de la vente ; les Proculien (dont l'opinion l'emporta) soulignèrent au contraire les différences fondamentales qui opposaient la *venditio* et la *permutatio* ; J.-M. POUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, th. Strasbourg, préf. J.-P. Braud, LGDJ, 1987 ; A. BARDET-BLANVILLAIN, *L'échange*, th. Paris II, 2002 ; Q. GUIGUET-SCHIELÉ, « Repenser l'échange », *RTD civ.* 2013. 539.

3. Metz, 8 février 2000, *JCP G* 2001.II.10520, n. crit. S. Hocquet-Berg ; en l'espèce, la ville de Forbach avait cédé un bâtiment évalué dans le contrat à 157 000 €, à des particuliers, qui réciproquement lui cédèrent un terrain d'une valeur de 21 700 € et lui versèrent une soule de 136 000 € soit sept fois la valeur de leur terrain ; peu après, la majorité du conseil municipal ayant changé, la ville constata que le bâtiment cédé valait trois fois plus que la valeur estimée dans le contrat ; elle demanda la rescision, mais fut déboutée parce que dit la cour, il s'agissait d'un échange, ce que conteste M^{me} Hocquet-Berg dans sa note, en raison de l'importance de la soule.

4. Jurisprudence constante : ex. : Cass. ch. réunies, 3 juillet 1957, *Bull. civ. ch. réunies*, n° 4 ; *D.* 1958.185, 3^e esp., n. R. Savatier ; *JCP G* 1957.II.10104 ; *Gaz. Pal.* 1957.II.73 ; *RTD civ.* 1957.704, obs. J. Carbonnier : « *L'échange des biens ruraux, dès lors qu'il est effectué sans fraude, échappe au droit du*

803. Échange avec soulte. – L'opposition entre la vente et l'échange n'est pas radicale ; souvent une chose est cédée, à la fois contre une chose et de l'argent, parce que les deux choses permutées n'ont pas la même valeur. On dit alors qu'il y a échange avec soulte⁵. L'existence d'une soulte transforme le contrat en vente si elle est tellement importante qu'elle doit être considérée comme l'objet principal de la convention⁶ : *accessorium sequitur principale* : comme il arrive souvent, un changement quantitatif entraîne un changement qualitatif. En tout cas, un contrat est ou une vente ou un échange : il ne peut être les deux à la fois ; la qualification est exclusive.

804. Domaine. – L'échange a pour domaine naturel et traditionnel les choses corporelles – les biens en nature – : un droit de propriété contre un autre droit de propriété⁷. Son extension à d'autres biens s'est faite progressivement. On l'a facilement admise lorsque dans la permutation il y avait un autre droit réel – par exemple, un usufruit –, ou un bien incorporel – par exemple, un fonds de commerce. Il y a eu plus de flottements lorsqu'il s'est agi du change d'une monnaie contre une autre : par exemple, une monnaie étrangère contre l'euro⁸. On rencontre également l'échange en droit de la bourse (« OPE », offre publique d'échange de valeurs mobilières). Comme l'échange suppose un transfert de propriété réciproque, malgré le langage courant et l'extension de l'institution il n'y a pas d'échange lorsqu'il y a dation d'une chose contre un service⁹. Ou d'un service contre un autre service¹⁰. Même si les parties ont dénommé leur contrat « échange », le juge, libre de le requalifier, le fera entrer dans une autre qualification (par ex. bail ou entreprise réciproque) ou en fera un contrat innommé.

Il existe une difficulté en cas d'échange d'appartements, lorsque les copermutants n'en sont pas propriétaires, mais seulement locataires ou occupants bénéficiaires d'un maintien dans les lieux. Afin de le favoriser, la loi du 1^{er} septembre 1948 (art. 79) l'a qualifié d'échange, comme le langage courant, ce que critiquent des auteurs¹¹. Il s'agit plutôt d'un quasi-échange qui échappe à beaucoup de règles de l'échange. En dehors du domaine de la loi de 1948, la pratique connaît

preneur en place, ce dernier ne pouvant dans ce cas offrir au bailleur le bien rural déterminé que celui-ci désire acquérir ».

5. **Étymologie** de soulte : du verbe latin *solvo, ere* = payer.

6. Ex. : Cass. civ. 3^e, 26 juin 1973, *Bull. civ. III*, n° 436 ; *D.* 1973, somm. 143 ; *RTD civ.* 1974.145, obs. Y. Loussouarn : « Il n'y a pas de contrat d'échange lorsque l'importance de la soulte permet de la considérer comme l'objet principal de l'obligation de l'une des parties ». Autrefois, il fallait que la soulte fût extrêmement importante pour que le contrat cessât d'être un échange. Aujourd'hui, l'opinion est contraire : en cas de doute, la vente l'emporte – elle est le contrat le plus usuel – : il est probable que c'est elle que les parties avaient entendu conclure. *Comp.* : Metz, 8 février 2000, préc.

7. Cependant, la Cour de cassation a décidé que n'était pas un échange mais une vente la permutation d'un immeuble contre des valeurs mobilières : Req., 26 février 1883, *DP* 1883.1.453 ; *S.* 1886.1.66 : « L'arrêt attaqué a vu, à tort, dans l'acte litigieux, un contrat mixte de vente et d'échange ; ce contrat contient uniquement les éléments constitutifs d'une vente, à savoir le consentement des contractants, une chose et un prix, dont une partie dans l'espèce devait être payée par une valeur variable ».

8. Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, 11^e éd., LGDJ, coll. Domat, 2015, n°s 639 s.

9. La Cour de cassation dit que ce n'est pas une vente, mais un contrat innommé ; ex. : * Cass. civ. 1^{re}, 12 octobre 1967, *dame Isnard*, *Bull. civ. I*, n° 292 ; *D.* 1968, somm. 29 : transfert de la nue-propriété d'un immeuble, moyennant l'engagement d'effectuer des réparations. Sur cet arrêt, *supra*, n° 200 ; aussi, Cass. civ. 3^e, 17 mars 1981, *Bull. civ. III*, n° 56 ; *D.* 1981, IR, 442 : « vente » d'un immeuble rural à un euro et l'obligation d'aménager un centre équestre ; *supra*, n° 200.

10. Ex. : accords entre opérateurs de téléphonie mobile, pour l'usage réciproque de leurs réseaux, A. VAN EECKHOUT, *op. cit.*, p. 923 s. ; ou contrats de « SEL », échanges de services entre voisins.

11. Ex. : J. CARBONNIER, obs., *RTD civ.* 1954.674 : « facio ut facias »... « chacun des échangistes s'engage simplement à présenter l'autre à son propriétaire et à l'installer dans les lieux à défaut d'une opposition de celui-ci selon les formes légales ».

l'échange de jouissance d'appartements ou de résidences secondaires, par exemple, pendant les vacances.

805. Commerce international. – Très ancien contrat, lié à l'économie de troc, l'échange connaît une renaissance chaque fois que l'économie monétaire est en crise¹² : pendant les périodes de pénurie – d'aliments (ex. : 1940-1946) ou de logements, et surtout dans le commerce international¹³ et maintenant dans les pratiques financières (accords de *swaps* : devises contre devises)¹⁴.

Les pays qui manquent de monnaie convertible, par exemple, de dollar – surtout le tiers-monde – pratiquent l'échange plutôt que la vente. On dit qu'aujourd'hui 35 % du commerce mondial en relève. Ce qui est une situation malsaine : afin de pouvoir exporter leurs propres marchandises, des États acceptent des produits dont ils n'ont pas besoin, ou de médiocre qualité, qu'ils n'auraient certainement pas achetés. Il est une des causes de la stagnation des pays pauvres ou sans dynamisme. Afin de rendre le procédé plus souple, l'opération est souvent triangulaire¹⁵. Il est rare que l'opération constitue un troc pur et simple ; elle supposerait une coïncidence de besoins réciproques au même moment ; souvent, il y a contre une fourniture immédiate une promesse d'approvisionnement : il s'agit de « compensation industrielle »¹⁶ ou de promesse de contre-achat¹⁷.

Ces contrats soulèvent de nombreuses difficultés ; par exemple, la garantie des vices cachés, l'inexécution des promesses de contre-achat, la difficulté de revendre les produits.

806. Échange forcé. – Généralement, l'échange est libre. Parfois, il est favorisé par la loi, qui va même jusqu'à l'imposer. Par exemple, lorsqu'il constitue un instrument de réorganisation foncière (C. rur. pm., art. L. 122-1 et s.) et de remembrement rural (*ib.*, art. L. 123-4).

12. Cf. le film de René Clair, *Le dernier milliardaire* (1934), évoquant la crise de 1929 qui amène à revenir à l'économie de troc : une personne paie son achat avec une poule et le commerçant lui rend trois œufs.

13. **Biblio.** : A. V. DELOZIÈRE LE FUR, *La compensation dite multilatérale*, th. Paris II, éd. Panthéon-Assas, 2003 ; M. FONTAINE, « Aspects juridiques des contrats de compensation », *Dr. prat. com. int.* 1981.179 ; P. DURAND-BARTEZ, « Le troc dans le commerce international et les opérations de switch », *Dr. prat. com. int.* 1982.195 ; M. FONTAINE, « Les contrats de contre-achat », *Dr. prat. com. int.* 1982.161.

14. T. com., Paris, 28 octobre 1992, *JCP G* 1993.IV.354 : « L'opération de swap sur devises constitue un groupe de contrats dont chacun trouve sa cause dans l'autre ; en effet, cette opération est composée de différentes phases comportant chacune livraison d'une devise contre paiement dans une autre devise ; les échanges de devises supposent l'accomplissement simultané des obligations réciproques, caractéristique que l'on retrouve dans la vente au comptant de marchandises ; par ailleurs, le contrat de swap implique un accord des parties sur les montants, les taux de change et les échéances ; le contrat a, par conséquent, les caractéristiques d'un contrat synallagmatique ; il y a lieu de faire application des règles de la vente et des conditions générales de l'Association française des banques ».

15. Ex. : livraison de blé français contre de l'acier russe, livrable à un chantier naval portugais qui l'exporte en Russie, en échange de pétrole livrable en France, etc.

16. Ex. : Renault livre des automobiles à une entreprise colombienne, qui, en contrepartie, lui fournit du café. Renault vendra à des tiers le café, qui au deuxième degré sera en quelque sorte le prix des automobiles. Le sort de l'échange ne sera pas affecté si Renault ne parvient pas à vendre son café, sauf clause particulière. Mais l'échange doit être résolu si le café est défectueux (vice caché ou défaut de conformité).

17. L'exportation est stipulée payable en devises pour sa totalité. Par un contrat distinct, parallèle au contrat principal, le fournisseur promet d'acheter des marchandises à son cocontractant, voire à un tiers.

■ TITRE II ■

LOCATION-VENTE, LOCATION-ACCESSION, CRÉDIT-BAIL

SECTION I

LOCATION-VENTE ET LOCATION-ACCESSION

807. Distinctions. – La location-vente, comme le révèle son nom, combine le bail et la vente. Un propriétaire s'engage à transférer à autrui la propriété de la chose, après une période de jouissance à titre onéreux. Sous la qualification de location-vente, il existe trois contrats différents dont seuls les deux premiers constituent une opération de crédit à proprement parler.

On doit d'abord distinguer selon que le transfert de propriété à terme est définitivement convenu dès le commencement du contrat, ou, au contraire, n'est qu'une faculté donnée au locataire. Dans le premier cas, il s'agit d'une location-vente, au sens strict : la location est automatiquement suivie d'un transfert de propriété ; les loyers payés au cours de la location anticipent généralement le prix de vente. Dans le deuxième cas, au contraire, il n'est pas certain que le locataire deviendra acquéreur ; il dispose d'une option. Ou bien, pendant sa jouissance, il paie un « surloyer » représentant une fraction du prix, restituable, en tout ou en partie, s'il n'y a pas vente : il s'agit d'un bail assorti d'une promesse de vente. Ou bien, le preneur ne paie qu'un loyer, contrepartie de la jouissance, et dispose donc, à l'issue du bail, d'une véritable option ; le lien entre bail et promesse de vente est accidentel¹. En principe, ce contrat ne réalise pas une opération de crédit ; on le rencontre rarement en matière mobilière, sauf dans la location-gérance d'un fonds de commerce, qui peut être accompagnée d'une promesse de cession.

La distinction la plus caractéristique est celle qui oppose les locations-ventes mobilière et immobilière.

808. 1^o Location-vente mobilière. – Bail conclu en vue de la vente, la location-vente ou la location assortie d'une promesse de vente se manifeste par l'importance des redevances, qui incluent dans le loyer une partie du prix de vente à terme. Sans doute, dans le second cas, le preneur dispose-t-il, formellement, d'une option. Mais si la chose est consommable par l'usage (biens

1. On parle de location accompagnée (non-imputation des redevances), et de location assortie de promesse de vente (imputation des redevances).

d'équipement...), elle n'a plus guère de valeur à l'issue de la location ; le preneur en aura épuisé la substance.

De plus, dans la mesure où la simple location peut être, dans les mêmes cas, considérée comme une opération de crédit, ces contrats, quelle qu'en soit l'articulation précise, ont la même finalité. C'est pourquoi le Code de la consommation (art. L. 313-38) les régit, lorsqu'ils sont conclus à titre habituel avec des consommateurs. La Commission des clauses abusives a déclaré abusives un certain nombre de clauses stipulées dans ce genre de contrat².

La jurisprudence affirme l'indivisibilité du louage et de la vente et l'unicité de la redevance ; elle décide en outre aujourd'hui, que ce contrat a successivement d'abord la nature d'une location, puis celle d'une vente³. Ce n'est pas dès l'origine une vente : le bailleur-vendeur demeure propriétaire, le bien n'est pas le gage des créanciers du locataire, il est aux risques du vendeur, sauf clause contraire, pendant la période de « location ».

809. 2° Location-vente immobilière et location-accession. – La location-vente présente des traits particuliers lorsqu'elle a pour objet un immeuble. Elle reste un contrat mixte, qui a pour objet à la fois, ou plutôt successivement, une jouissance de la chose et un transfert de propriété, particulièrement utile en matière immobilière, où elle permet d'acquérir par paiements fractionnés et sans apport personnel initial⁴ ; mais elle a, pendant longtemps, présenté des inconvénients pour le locataire-acquéreur.

Sous l'influence de la pratique notariale et de ce qui était alors une crise de l'immobilier, le législateur a créé, par la loi du 12 juillet 1984, le contrat de location-accession à la propriété immobilière, destiné à relancer l'accession sans apport personnel à la propriété d'un immeuble à usage d'habitation ou professionnel et d'habitation⁵.

La loi a pour objet de « définir » la location-accession. Elle ne donne pas, à la différence d'autres lois récentes en matière immobilière, un cadre obligatoire à la location-vente, mais nomme un contrat jusque-là innommé ; le contrat qui comporte les trois caractéristiques suivantes est un contrat de location-accession et est soumis à la loi : promesse de vente conférée à l'accédant (option) ; période préalable de jouissance à titre onéreux ; paiement d'une redevance jusqu'à la levée de l'option, comportant un « loyer » et la contrepartie « *du droit personnel au transfert de propriété du bien* » (art. 1).

Si le contrat ne comporte pas l'un de ces éléments, il n'est pas une location-accession⁶. Mais il peut être une location-vente (ex. : en l'absence d'option) ou une location assortie d'une promesse de vente (ex. : en l'absence d'un « surloyer »). Conséquence : le contrat n'est pas soumis

2. Ex. : la clause qui réserve au seul établissement de crédit le droit d'intenter l'action en résolution de la vente. Celle qui autorise l'établissement de crédit à réaliser le bien repris en cas de défaillance du locataire sans permettre à ce dernier de présenter un acheteur faisant une offre satisfaisante, etc.

3. Cass. com., 7 février 1977, *Bull. civ. IV*, n° 38 ; *D.* 1978.702, n. Nguyen Phu Duc : « *Le contrat litigieux [...] contient une clause particulière aux termes de laquelle "il reste entendu qu'à l'expiration de la cinquième année, l'installation demeurera propriété de l'abonné, et sera alors entretenue par un contrat d'entretien forfaitaire et annuel..."* » ; la Cour de cassation déclare que « *ledit contrat ne peut s'analyser en une vente à crédit, le futur acquéreur est bien un locataire réglant à chaque échéance des redevances correspondant à l'usage de la chose louée, puisque ce n'est qu'après versement de l'intégralité des loyers pendant les cinq années prévues que le transfert de propriété sera réalisé...* ».

4. Pour la période de location, elle reste soumise au droit des baux, Cass. civ. 3°, 3 juin 2001, *Bull. civ. III*, n° 75 : « *la loi susvisée, d'ordre public, régit la période de location assorti d'une promesse de vente* ».

5. Ph. MALINVAUD et Ph. JESTAZ, « L'accession à la propriété par le contrat de location-accession », *D.* 1985, chron. 273-284 ; *Droit de la promotion immobilière*, avec P. JOURDAIN et O. TOURNAFOND, Dalloz, 9° éd., 2014, nos 609 et s.

6. Ex. : Cass. civ. 3°, 8 avril 2009, n° 07-21496, *Bull. civ. III*, n° 84 ; *D.* 2009.1204, n. G. Forest ; *Defrénois* 2009.1281, n. R. Libchaber ; *Contrats, conc. consom.* 2009, n° 185, n. L. Leveneur ; *Dr. et patr.* janv. 2010, p. 34 s., note P. Nabet : « *ne peut constituer une location-accession le contrat qui ne prévoit pas d'option d'achat au profit de l'accédant, mais qui comporte des obligations réciproques de vendre et d'acheter* ».

à la loi du 12 juillet 1984, mais, le cas échéant, à une autre réglementation : législation des baux et droit de la consommation (C. consom., art. L. 313-38 et s.).

Le caractère d'ordre public de la loi de 1984, dans le domaine qui est le sien, est discuté. La loi n'en dit rien, et, à la différence d'autres lois récentes, ne prévoit aucune sanction pénale ; de plus, son objet n'est pas de protéger, mais de créer un nouveau contrat. Cependant, les dispositions tenant aux obligations financières réciproques paraissent s'imposer.

La location-accession est constituée par un contrat de location, qui n'est pas soumis aux règles concernant le bail mais à un régime propre (art. 28 à 34), assorti d'une promesse unilatérale de vente. Les inconvénients de la location-vente traditionnelle disparaissent : la restitution des sommes dues par le bailleur-vendeur en l'absence de levée de l'option est garantie, notamment par un nouveau privilège (art. 16) ou un cautionnement. Le locataire-accédant, derrière lequel se trouve déjà le propriétaire ou le copropriétaire, dispose en matière de gestion de l'immeuble, notamment dans ses rapports avec la copropriété, de prérogatives importantes (art. 32) ; il a des obligations plus lourdes que celles d'un simple preneur à bail (art. 29).

Le contrat est solennel, – il doit être établi par un acte authentique (art. 4) – et, conséquence de la législation contemporaine protectrice du consommateur, comporter un certain nombre de mentions informatives sur les éléments du contrat : description de l'immeuble, prix de vente avec ses modalités de paiement, intention de l'acquéreur d'obtenir un prêt, date de l'entrée en jouissance, montant de la redevance, modalités du paiement et imputation sur le prix, indemnités de résiliation, référence des contrats d'assurance ; il doit aussi rappeler les règles légales sur l'absence de maintien dans les lieux en cas de résiliation du contrat (art. 5).

Le contrat de location-accession, très complexe, impose au vendeur un risque financier qui n'est pas suffisamment compensé : si l'option n'est pas levée, il ne peut conserver qu'une indemnité égale à 1 % du prix de vente (exceptionnellement, 3 %) (art. 11). En l'état, il n'est qu'un pis-aller, destiné seulement à écouler des « queues de programme », suivant l'expression des promoteurs. L'accueil de la pratique est réservé.

810. Protection du consommateur. – À l'égard du consommateur, la location-vente et la location assortie d'une promesse de vente sont des opérations de crédit. En matière mobilière, elles sont assimilées à des prêts par le Code de la consommation (art. L. 312-2).

En matière immobilière, le Code de la consommation se garde d'une telle assimilation, mais la formation de ces contrats est soumise à des règles voisines de celles du prêt : offre écrite, mentions obligatoires, délai de réflexion (art. L. 313-9 et s.). La location-accession échappe à ces règles, parce que la loi de 1984 impose des règles propres, mais analogues (art. 21 à 25).

SECTION II CRÉDIT-BAIL

811. Premières vues. – Le crédit-bail est une convention complexe par laquelle un établissement financier loue un bien à une personne qui dispose d'une option à l'expiration d'une période irrévocable de location.

Le crédit-bail est parfois dénommé en anglais *leasing*, ce qui révèle son origine américaine⁷. Les mots sont trompeurs : *lease* veut dire bail, comme le mot *rent*. Le crédit-bail n'est pas un louage de chose : comme le nom le suggère, il est un bail qui garantit un crédit, un emprunt que l'on essaye de rembourser grâce aux revenus de la chose qu'il a permis d'utiliser. Il est devenu un contrat original et très utilisé.

Il constitue une œuvre de la pratique qui le diversifie sans cesse, au moyen de montages contractuels. Partiellement réglementé par la loi (C. mon. fin., art. L. 313-7 et s.), il suscite une

7. M. GIOVANOLI, *Le crédit-bail (leasing) en Europe : développement et nature juridique*, th. Lausanne, Litec, 1980, préf. J. Hémard.

jurisprudence abondante qui n'est pas toujours cohérente, sans doute parce que cette institution d'origine étrangère s'intègre mal dans l'ordre juridique français.

812. Domaine et validité. – Le crédit-bail est soumis aux articles L. 313-7 et suivants du Code monétaire et financier lorsqu'il porte soit sur un immeuble à usage professionnel, soit sur un bien d'équipement ou un matériel d'outillage, soit sur un fonds de commerce ou un établissement artisanal ou leurs éléments⁸. Lorsqu'il porte sur un immeuble, il est généralement pratiqué par des sociétés financières spécialisées, les Sicomi, qui bénéficient d'avantages fiscaux : sauf lorsqu'il porte sur un fonds de commerce ou un établissement artisanal, le locataire peut déduire l'intégralité de ses bénéfices. Les opérations de crédit-bail ne peuvent être faites à titre habituel que par les établissements de crédit (*ib.*, art. L. 313-7 et s.) ; la Cour de cassation a frappé de nullité les actes conclus en méconnaissance de cette règle⁹.

Pourquoi ces biens et non les autres ? Peut-être parce que c'est pour eux que le désir d'utilisation l'emporte peu à peu dans la mentalité contemporaine sur celui de l'appropriation et qu'aujourd'hui la propriété peut ne constituer qu'une garantie, privée des prérogatives liées à la maîtrise effective. Pour le crédit mobilier, peut-être aussi parce qu'il s'agit de biens menacés d'obsolescence¹⁰. Un contrat qui porte sur des biens à usage personnel ou familial mais comporte tous les éléments du crédit-bail est un crédit-bail valable (à supposer que soit respectée la loi) ; mais la réglementation spécifique ne lui est pas applicable – ni les avantages fiscaux, ni la publicité. Il en serait de même si l'entreprise « bailleuse » avait elle-même fabriqué le bien¹¹.

813. Utilité. – Une entreprise souhaite utiliser pour ses besoins professionnels un bien – mobilier ou immobilier –, sans avoir ni à l'acheter tout de suite, ni même ultérieurement. Elle le fait acquérir par une entreprise de crédit-bail qui le lui loue pour une période correspondant à la durée normale de l'amortissement fiscal. Le preneur a alors la jouissance de la chose et paye des loyers. Au terme d'une période dite « irrévocable », il a une option : soit acheter le bien pour une valeur résiduelle déterminée au début de l'opération ; soit le restituer ; soit, dans la plupart des contrats, en demander le renouvellement.

Le *leasing* permet le financement des entreprises, et même l'autofinancement : c'est le bien « acquis » en *leasing* qui procure les ressources nécessaires à son paiement. L'établissement de crédit-bail n'est pas un véritable propriétaire bien qu'il en ait la qualité juridique ; il s'agit, dans la réalité économique, d'une opération de crédit et d'une sûreté utilisant le louage de chose, difficile à qualifier. Les établissements de crédit-bail cherchent à invoquer telle qualification quand elle lui est avantageuse, telle autre, dans le cas contraire. Ce contrat a un grand succès, parce qu'il convient à l'utilisation des biens menacés d'obsolescence, qu'il permet aux bailleurs de fonds d'être garantis pour les capitaux qu'ils prêtent, aux utilisateurs de pratiquer l'autofinancement et le profit par l'usage, sans compter les avantages fiscaux.

8. DAUBLON, « Quelques remarques à propos du crédit-bail sur fonds de commerce », *Defrénois* 1986, art. 33718 ; la pratique a délaissé cette extension du crédit-bail.

9. Cass. com., 19 novembre 1991, *Bull. civ. IV*, n° 347 ; *Contrats, conc. consom.* 1992, comm. n° 27, obs. L. Leveneur : « L'interdiction pesant sur toute personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer à titre habituel des opérations de crédit-bail protège, non seulement l'intérêt général et celui des établissements de crédit, mais aussi celui des crédits-preneurs, et sont, dès lors, recevables les actions engagées par eux et tendant à l'annulation des conventions conclues en infraction à la règle précitée ».

10. *Supra*, n° 168.

11. Cass. com., 13 avril 1976, *Bull. civ. IV*, n° 127 ; D. 1976.694, n. Lucas de Leyssac : « la loi du 2 juillet 1966 [...] ne pouvait recevoir application en la cause [...] dès lors que Gematic n'avait pas acheté le matériel loué, mais en était le fabricant ».

814. Qualification. – Juridiquement, le contrat est constitué par trois éléments principaux sans lesquels il n'y a pas de crédit-bail ; un achat d'une chose, un louage de cette chose pour une durée déterminée¹² et une promesse unilatérale de vente¹³. S'y associe presque toujours un mandat par lequel la société de crédit-bail demande au crédit-preneur d'acheter et de recevoir en son nom et pour son compte le bien qui lui sera loué¹⁴.

La propriété et le bail sont ainsi détournés de leur rôle naturel, prennent un nouveau sens et deviennent des sûretés. La propriété du crédit-bailleur est artificielle et a uniquement pour objet une garantie ; les prérogatives effectives de la propriété – sauf le pouvoir d'aliéner – appartenant au crédit-preneur, qui est souvent l'utilisateur définitif d'un bien éphémère. La location de chose est également assez fictive : les loyers sont, non les revenus de la chose, mais les intérêts d'un capital prêté ; le crédit-bailleur s'exonère toujours de l'obligation de faire jouir le locataire et de la garantie des vices¹⁵. Le crédit-bail est essentiellement une opération de crédit garantie par une sûreté originale. En outre, les deux composantes principales du contrat – le bail et la promesse unilatérale de vente – perdent leur individualité, du fait de leur intégration dans un ensemble, et parce qu'elles ont pour objet une opération de crédit.

Ce n'est pas, cependant, une vente à crédit, notamment parce que le locataire ne devient pas nécessairement propriétaire au terme du contrat et il bénéficie d'une option¹⁶.

Ce n'est pas non plus un prêt d'argent¹⁷, garanti par une sûreté : l'utilisateur ne rembourse pas un prêt, mais paye des loyers, bien qu'ils aient un caractère financier, car ils sont calculés sur l'importance de l'investissement. Ce n'est pas non plus une promesse unilatérale de vente, puisque le contrat comporte une location ; aussi, la Cour de cassation ne l'a-t-elle pas soumis à l'article 1589-2¹⁸, imposant des formalités à certaines promesses unilatérales de vente¹⁹. Ce n'est pas davantage un louage de choses²⁰ ; d'abord pour une raison de principe symétrique, puisque le contrat doit comporter une promesse de vente pour constituer

12. Cass. com., 8 décembre 1987, *Bull. civ.* IV, n° 167 ; *JCP G* 1988.II.21065 : « Les parties à un crédit-bail ayant la possibilité de fixer librement la durée de la période de location à l'expiration de laquelle le preneur à la faculté d'exercer son option d'achat ».

13. Ex. : Cass. com., 30 mai 1989, *Bull. civ.* IV, n° 167 ; *Gaz. Pal.* 1989.II.817 ; *RTD com.* 1990.93, obs. B. Bouloc : « Vu l'article 1 de la loi du 2 juillet 1966, (auj. C. mon. fin., art. L. 313-7) ; pour être constitutifs des opérations de crédit-bail visées par (la loi précitée), les contrats de location doivent comporter de la part du bailleur une promesse unilatérale de vente donnant au locataire la possibilité d'acquiescer tout ou partie des biens loués ».

14. Ex. de mandat : « Le locataire choisit seul la marque et le type des équipements et désigne le fournisseur de son choix. Il détermine avec ce fournisseur les spécifications techniques des équipements, fixe la date de livraison et éventuellement les modalités de mise en place et d'installation. » Par conséquent, le crédit-bailleur est directement obligé à l'égard du vendeur : Versailles, 6 mai 1997, *D. Aff.* 1997.1117 (peu importe que le crédit-preneur ne prenne pas possession du matériel).

15. Ex. : Rennes, 6 septembre 2002, *Comm. com. électr.* 2003, n° 7, obs. Ph. Stoffel-Munck.

16. Pour le rapprochement avec la vente comportant une réserve de propriété : J.-P. CHAZAL et Y. REINHARD, *RTD com.* 2002. 932.

17. Les dispositions sur l'usure ne s'appliquent pas au crédit-bail : Rouen, 3 juillet 1970, *D.* 1971.465, n. Dessens ; *Rép. min. just.*, n° 25822, *JOAN QR*, 29 novembre 1972, p. 5370 ; *JCP G* 1973.IV.115.

18. * Cass. civ. 3^e, 3 novembre 1981, *Sté Ranch de la Bravone*, *Bull. civ.* III, n° 173 ; *D.* 1982, IR, 409, obs. M. Vasseur ; *JCP G* 1982.II.19867 ; *RTD civ.* 1982.434, obs. Ph. Rémy ; *Rev. loyers* 1982.75, obs. J.V. ; *RDI* 1982.395, obs. Groslière et Jestaz ; *GAJ civ.*, n°s 289-290, 1^{er} arrêt : « Le contrat de crédit-bail immobilier est un contrat d'une nature complexe dans lequel la promesse de vente ne constitue qu'un élément d'une technique juridique permettant aux parties de réaliser une opération globale leur offrant des avantages réciproques ».

19. *Supra*, n° 115.

20. Comp. la jurisprudence des juridictions répressives : est coupable d'abus de confiance, en sa qualité de locataire, le crédit-locataire qui, n'ayant pas réglé les loyers échus, ne peut restituer le

un crédit-bail²¹ ; en outre, la pratique écarte toutes les règles du bail²² ; enfin, il n'a pas tellement pour objet la jouissance de la chose que la constitution d'une sûreté et, dit la Cour de cassation de façon un peu abrupte, de « tendre » à un transfert de propriété. La jurisprudence en a tiré comme conséquence que le contrat était soustrait à la législation des baux, notamment celle des baux commerciaux et que ne s'appliquait pas le privilège du bailleur d'immeuble²³. Néanmoins, elle ne s'interdit pas une application analogique, afin de compléter le statut spécial²⁴.

Le crédit-bail ressemble davantage à une location-vente, avec l'adjonction d'une promesse unilatérale de vente. Dans les deux cas, il y a un mécanisme de crédit qui utilise le bail comme une sûreté : celui qui finance l'acquisition de la chose en garde la propriété en qualité de bailleur tant que la totalité du prix n'a pas été payée. Dans les deux cas aussi, le contrat combine la location et la vente : en cours de bail, l'utilisateur de la chose est un locataire, à l'expiration du bail, il a faculté de devenir propriétaire en payant un prix réduit et même symbolique dans le crédit-bail immobilier. La différence essentielle entre la location-vente et le *leasing* tient à ce que l'une est un contrat entre deux personnes tandis que l'autre implique l'intervention d'une troisième personne, l'entreprise de crédit-bail, qui procède à l'achat préalable du bien objet du *leasing*.

815. Sous-location. – Une sous-location ne peut constituer un crédit-bail²⁵, bien que les données économiques et financières soient les mêmes et que soient permis la cession-bail (*lease back*) et le crédit adossé²⁶.

816. Publicité et formalisme. – La loi (C. mon. fin., art. L. 313-10 et R. 313-3 etc.) impose une publicité (juridique et comptable) aux contrats de crédit-bail : une inscription au greffe du tribunal de grande instance ou du tribunal de commerce, et pour un crédit-bail immobilier, la publicité foncière. À défaut, le crédit-bailleur ne pourrait opposer son droit de préférence aux créanciers du crédit-preneur, ni revendiquer le bien entre les mains d'un acquéreur éventuel, sauf s'il démontre la connaissance qu'en avaient ces tiers ; cette preuve est difficile.

bien d'équipement loué. Ex. : Cass. crim., 22 novembre 1979, *Bull. crim.*, n° 313 ; *D.* 1979, IR, 215, 1^{re} esp., obs. Puech.

21. Cass. com., 14 avril 1972, *Bull. civ.* IV, n° 105 ; *JCP G* 1972.II.17269, n. E. Alfandari ; *RTD com.* 1973.327, obs. J. Hémar.

22. La convention met à la charge du locataire... les réparations incombant normalement au propriétaire, ... la perte de la chose louée, même pour cause de force majeure, en stipulant que l'indemnité versée en cas de sinistre est déléguée au crédit-bailleur, ... la responsabilité tenant à la garde de la chose, ... les charges fiscales ; le crédit-bailleur s'exonère de la garantie des vices cachés.

23. Jurisprudence constante ; ex. : Cass. civ. 3^e, 7 mai 1997, *Bull. civ.* III, n° 99 ; *Contrats, conc. consom.* 1997, comm. n° 144, obs. L. Leveneur.

24. Cass. civ. 3^e, 2 mars 2005, *Bull. civ.* III, n° 55 ; *RDC* 2005.1087, obs. J.-B. Seube ; *JCP G* 2006.II.10037, n. C. Hardouin Le Goff : « les art. L. 313-7 s. C. mon. fin. ne contenant pas de disposition spéciale sur les obligations du crédit-preneur quant à l'entretien de l'immeuble, il pouvait être fait application de l'art. 1732 ».

25. Cass. com., 14 mai 1985, *Bull. civ.* IV, n° 149 : « Ne peut constituer une opération de crédit-bail que la location portant sur des biens acquis en vue de cette opération par une entreprise qui en demeure propriétaire ». En l'espèce, le locataire avait sous-loué le bien d'équipement mis à sa disposition par une entreprise de crédit-bail ; jugé que n'était pas applicable à la sous-location le droit du crédit-bail, et notamment le Code monétaire et financier ; l'entreprise de crédit-bail pouvait donc revendiquer le bien sous-loué, même si la sous-location n'avait pas été publiée.

26. Un producteur « vend » un bien à un établissement de crédit-bail, le prend en location, et le sous-loue à un client : le risque financier de l'opération est pris par l'établissement de crédit-bail.

Conformément au droit commun, la publicité entraîne une présomption irréfragable de connaissance du crédit-bail par les tiers²⁷. Elle ne s'applique pas, cependant, au sous-acquéreur de bonne foi, puisque la publicité est ici essentiellement personnelle et non réelle²⁸.

Le crédit-bail immobilier est soumis à une règle de forme particulière ; à peine de nullité²⁹, le contrat doit indiquer à quelle condition peut intervenir la résiliation à la demande du crédit-preneur ; comme la durée du contrat peut être longue, la loi n'a pas voulu que le crédit-preneur fût irrémédiablement lié.

817. Consommateurs. – Lorsque le crédit-bail a pour objet, non un bien professionnel, mais un bien d'équipement familial ou ménager, il n'est pas soumis au Code monétaire et financier. Comme il constitue un bail assorti d'une promesse de vente, il relève du Code de la consommation (crédit mobilier ou immobilier), si les conditions d'application en sont réunies.

818. Prescription. – L'action en paiement des loyers dus par le crédit-preneur, comme aussi celle d'une indemnité de résolution, se prescrit par cinq ans (art. 2224).

L'exception de nullité peut être soulevée après l'expiration de ce délai, sauf lorsque le contrat a fait l'objet d'une exécution, fût-elle partielle³⁰.

819. Indivisibilité. – Juxtaposant plusieurs contrats en un ensemble unique, le crédit-bail soulève des difficultés lorsqu'un des contrats est annulé ou résolu³¹. Ou rendu caduc (*cf.* nouvel art. 1186). La pratique tend à établir une certaine indivisibilité entre eux ; on a, à cet égard, parlé de « *symbiotique* »³². Soit parce que la chose n'a pas donné satisfaction à l'utilisateur, soit, à l'inverse, parce que le « preneur » n'a pas payé ses loyers et que le crédit-bail a été résilié. Ces clauses apparaissent surtout dans le crédit-bail mobilier ; elles ont suscité une jurisprudence abondante, aujourd'hui consacrée par l'article 1186 précité.

820. Indivisibilité : vice de la chose ; action en garantie. – La première question est celle de l'exercice de l'action en garantie des vices cachés.

Puisque le crédit-bailleur est le propriétaire, le crédit-preneur devrait agir contre lui, l'effet de la garantie des vices cachés attachée au bail (art. 1721), et le crédit-bailleur devrait agir contre le fournisseur, l'effet de la garantie attachée à la vente (art. 1641). Mais l'entreprise de crédit-bail entend demeurer étrangère à la chose et en faire supporter les risques au crédit-preneur ou au

27. Ex. : Cass. com., 12 avril 1988, *Bull. civ.* IV, n° 127 ; *JCP G* 1988.IV.211 ; en l'espèce, la sté Géliroute avait donné en crédit-bail un véhicule à la sté Comptoir Prigontin du bâtiment qui, ultérieurement, fut mise en liquidation judiciaire ; jugé que la sté Géliroute ne pouvait revendiquer le véhicule et que l'administrateur devait le vendre au profit des créanciers de la masse.

28. Cass. com., 14 octobre 1997, *Bull. civ.* IV, n° 257 ; *Contrats, conc. consom.* 1998, comm. n° 1, obs. L. Leveneur.

29. Cass. civ. 3^e, 15 mai 1996, *Bull. civ.* III, n° 116 : « destinée à protéger les droits du crédit-preneur », la nullité est relative.

30. Cass. civ. 3^e, 30 janvier 2002, *Bull. civ.* III, n° 24 ; *D.* 2002.802, n. V. Avena-Robardet, somm. 2837, obs. L. Aynès ; *JCP G* 2003.II.10089, n. O. Pade ; *Contrats, conc. consom.* 2002, comm. n° 29, obs. L. Leveneur : en l'espèce, une sté avait donné en crédit-bail un immeuble à usage hôtelier ; les loyers n'étant plus réglés, la sté de CB demanda la résiliation du contrat ; le locataire opposa une exception de nullité tenant au dol, plus de cinq ans après la conclusion du contrat ; jugé que l'exception était tardive : « ayant constaté que la nullité du crédit-bail [...] avait été invoquée [...] plus de cinq ans après la conclusion du contrat [...] et relevé exactement que dès ce moment l'exécution de l'opération de crédit se trouvait caractérisée, la cour d'appel, qui a retenu à bon droit que l'exception de nullité qui pouvait être présentée après l'expiration du délai de prescription, pouvait seulement jouer pour faire échec à une demande d'exécution d'un acte juridique qui n'avait pas été exécuté, a pu en déduire que la demande d'annulation du contrat de crédit-bail était irrecevable comme tardive ».

31. R.-N. SCHÜTZ, *Les recours du crédit-preneur dans l'opération de crédit-bail*, th. Poitiers, PUF, 1993.

32. E. M. BEY, *De la symbiotique dans le leasing et le crédit-bail mobilier*, Dalloz, 1970.

fournisseur, et n'avoir que des droits et obligations financiers. Aussi, ces règles sont-elles écartées par la pratique conventionnelle.

Trois sortes de stipulations sont généralement convenues : 1) le crédit-bailleur est exonéré de toute garantie envers le crédit-preneur³³ ; cette clause n'a même pas besoin d'être expresse et découle de l'économie du contrat ; 2) le crédit-bailleur transfère au crédit-preneur ses droits à agir contre le même vendeur par l'effet d'une cession de créance³⁴ ; le crédit-preneur ne peut agir en garantie des vices cachés contre le crédit-bailleur³⁵, mais conserve ses droits contre le vendeur, même après avoir levé l'option et être devenu propriétaire³⁶ ; lorsque s'applique le Code de la consommation, le crédit-preneur bénéficie de cette action directe, même en l'absence de stipulation contractuelle (cf. nouvel art. 1341-3)³⁷ ; 3) le crédit-preneur garantit les restitutions dont le vendeur était tenu envers le crédit-bailleur.

La situation est la même lorsque la chose a été détériorée ou détruite en cours d'exécution du contrat par un événement de force majeure ; en application de l'article 1722, les risques auraient dû peser sur le crédit-bailleur ; généralement, une clause du contrat écarte cette règle, clause qu'un arrêt a jugée abusive³⁸.

821. Indivisibilité : vice de la chose ; anéantissement de la vente. – Lorsque le contrat de crédit-bail est conclu avec un professionnel, si la vente est annulée³⁹ ou résolue parce que le fournisseur n'a pas exécuté ses obligations, le crédit-bail doit être résilié, sans rétroactivité. Le crédit-bailleur doit restituer les loyers perçus après la décision prononçant la résolution de la vente, mais conserve ceux qu'il a

33. Cass. com., 30 octobre 1973, *Bull. civ. IV*, n° 303 ; *D.* 1974, somm. 6 : « Le crédit-bailleur n'est pas tenu de garantir la qualité et la fiabilité du matériel loué par lui mais librement choisi par le locataire ». Ex. de clause : « Le preneur décharge expressément le bailleur de toute obligation de garantie contre les vices cachés ».

34. Ex. : Cass. com., 4 juin 1996, *Bull. civ. IV*, n° 156 ; *D.* 1996.631 ; *JCPG* 1996.II.22744, n. M. Taillens-Dessalle : « En l'état de la clause litigieuse du contrat de crédit-bail, par la délégation faite par la sté Loca PMI (le crédit-bailleur) à la sté Carrosserie nouvelle (le crédit-preneur), le bailleur avait transféré au locataire tous ses droits et actions contre le fournisseur concernant la garantie des vices cachés et l'assignation en résolution du contrat de vente du fournisseur par le preneur qui invoquait, avec le bailleur, la clause litigieuse, opérant signification de la cession de créance de garantie ».

35. Cass. com., 24 mai 1994, *Contrats, conc. consom.* 1994, comm. n° 192, obs. L. Leveneur ; n.p.B. : « Cette clause valait renonciation du locataire à la garantie légale du bailleur ».

36. Cass. com., 4 juin 1991, *Bull. civ. IV*, n° 206 ; en l'espèce, la cour d'appel avait jugé irrecevable l'action en résolution de la vente exercée par le crédit-preneur contre le vendeur parce qu'il était devenu « en cours d'instance, propriétaire du matériel litigieux, en levant l'option d'achat à la fin du crédit-bail ». Cassation : « En qualité de sous-acquéreur de la chose qu'elle prétendait non conforme au contrat, la sté La Marée côtière jouissait de tous les droits et actions attachés à cette chose, qui appartenaient à son auteur » ; *supra*, n° 308.

37. Cass. civ. 1^{re}, 11 février 1986, *Bull. civ. I*, n° 27 ; *D.* 1986.541, n. B. Gross : « En vertu (du C. consom.) qui consacre l'interdépendance du contrat de vente du bien et du contrat de crédit relatif à celui-ci en vue d'assurer la protection du consommateur, l'emprunteur dispose d'une action directe en résolution de la vente, sous réserve de l'intervention à l'instance ou de la mise en cause du prêteur » ; *infra*, n° 955.

38. Grenoble, 13 juin 1991, *JCPG* 1992.II.21819, n. G. Paisant.

39. Cass. com., 15 mars 1994, *Bull. civ. IV*, n° 109 ; *JCPG* 1994.II.22339, n. Fr. Labarthe : « Sauf cause de nullité l'affectant directement, le contrat de crédit-bail n'est que résilié en conséquence de l'annulation du contrat de vente » ; la cour d'appel avait, en conséquence de la nullité de la vente, annulé le crédit-bail, car elle estimait que la vente était la cause du crédit-bail. Cassation : la cause du crédit-bail c'est la jouissance de la chose ; la résiliation, à la différence de la nullité, n'est pas rétroactive.

reçus avant⁴⁰. Le crédit-preneur a le droit de demander cette résiliation, même si, comme il arrive presque toujours, le contrat de crédit-bail prévoit que le crédit-preneur renonce à tous recours contre le crédit-bailleur et que c'est à lui d'exercer les actions contre le vendeur (résolution pour défaut de délivrance, vices cachés ou nullité pour erreur)⁴¹. Par application de ces clauses, le crédit-preneur ne peut invoquer l'exception d'inexécution contre le crédit-bailleur tant que la vente n'est pas résolue ou annulée ; pendant toute cette période, il doit payer les loyers. Mais il ne doit pas, à la fois, payer les loyers et réparer le préjudice résultant de cette résolution⁴².

Qu'il y ait eu ou non une clause de ce genre, il ne peut demander la résiliation du crédit-bail s'il a commis envers le crédit-bailleur une fraude ou une faute lourde⁴³. La résolution de la vente est inopposable au bailleur si elle a été demandée par le preneur, sans mandat, ni mise en cause du bailleur⁴⁴. La résiliation voit ses effets limités par la clause, souvent stipulée, obligeant le preneur à garantir le paiement des sommes dues au crédit-bailleur à la suite de la résolution de la vente⁴⁵ ; ces clauses sont restrictivement interprétées⁴⁶.

Lorsque le contrat de crédit-bail est conclu avec un consommateur, si la vente est annulée ou résolue, le contrat de crédit-bail est annulé ou résolu (C. consom., art. L. 312-55).

822. Indivisibilité : défaut de paiement ; clause pénale ; résiliation du bail. – À un autre égard, il existe dans la pratique une indivisibilité entre le crédit-bail et la vente, qui révèle une fois de plus que le crédit-bail est une opération financière où le bail est utilisé comme une garantie.

Quand le crédit-locataire ne paye pas ses loyers, le contrat est souvent résilié de plein droit, et le locataire tenu de payer une fraction des loyers à venir à titre de clause pénale ; il doit restituer la chose et le vendeur s'engage à la reprendre ; si la pénalité convenue (même sous forme d'indemnité de résiliation⁴⁷) est excessive,

40. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 11 avril 1995, *Bull. civ. I*, n° 169 : « Vu l'article 1184 [devenu art. 1227] ; la résolution de la vente entraîne la résiliation du contrat de crédit-bail ».

41. ** Cass. ch. mixte, 23 novembre 1990, 2 arrêts, *Bitoun et Lubin*, *Bull. civ. ch. mixte*, n° 3 ; *D.* 1991.121, n. Chr. Larroumet ; *JCPG* 1991.II.21642 ; *Gaz. Pal.* 27 juin 1991, concl. Dontenville ; *Contrats, conc. consom.* 1991, comm. n° 30, obs. L. Leveneur ; *GAJ civ.*, n°s 289-290, 2^e arrêt : « La résolution du contrat de vente entraîne nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail, sous réserve de l'application de clauses ayant pour objet de régler les conséquences de cette résiliation ». Rapp. * Cass. ch. mixte, 17 mai 2013 préc., cité *infra* n° 824.

42. Cass. com., 21 mars 1995, *Bull. civ. IV*, n° 94 : « En présence d'un contrat de crédit-bail stipulant, d'une part, le maintien de l'obligation au paiement des loyers durant l'instance en résolution de la vente, et, d'autre part, la réparation du préjudice résultant de cette résolution, doit être cassé l'arrêt qui fait application cumulative des deux clauses ».

43. Cass. com., 1^{er} juin 1993, *Bull. civ. IV*, n° 215 : c'est seulement en cas de faute équivalente à une fraude « que le crédit-preneur cesse d'être investi du droit de demander la résiliation du crédit-bail en conséquence de la résolution de la vente, une faute simple ne justifiant éventuellement que l'allocation de dommages-intérêts ».

44. Cass. com., 19 mai 1992, *Bull. civ. IV*, n° 199 : « Ayant retenu que la demande en résolution de la vente du matériel litigieux avait été formée par M. Moeglin hors de tout mandat de l'établissement financier propriétaire du bien loué, dès lors qu'aucun vice ou trouble de jouissance, affectant l'utilisation de ce bien n'était invoqué, la cour d'appel en a, à bon droit, déduit que la résolution de la vente était inopposable à la sté Lovéco, et qu'il n'y avait pas lieu de prononcer la résiliation du bail ».

45. Ex. : Cass. com., 26 octobre 1993, *Bull. civ. IV*, n° 359.

46. Ex. : Cass. com., 26 octobre 1993, *Bull. civ. IV*, n° 360 ; *JCPG* 1994.I.3744, n° 13, obs. Chr. Jamin ; en l'espèce, il s'agissait de clauses relatives à « l'absence de responsabilité du crédit-bailleur en cas de fonctionnement défectueux de la chose louée, et celles régissant les conséquences de l'interruption du paiement des loyers par le crédit-preneur » ; jugé que ces clauses « n'apparaissent pas avoir eu pour objet de régler les conséquences de la résolution du contrat de vente ».

47. Ex. : Cass. civ. 3^e, 21 mai 2008, n° 07-12848 ; *Bull. civ. III*, n° 94 ; *JCPG* 2008.IV.2121 : « l'indemnité due en cas de résiliation pour inexécution, qui, tant par l'anticipation de l'exigibilité des loyers dès la résiliation du contrat que par le paiement d'une année de loyer supplémentaire, majorait les

elle doit être réduite (art. 1231-5, ancien art. 1152, al. 2). L'entreprise de crédit-bail n'a pas la mentalité d'un bailleur ni celle d'un propriétaire, mais celle d'un établissement financier. Le locataire conserve le droit d'agir contre le vendeur⁴⁸.

Lorsque le crédit-bailleur a conféré au crédit-preneur un mandat d'agir en résolution de la vente contre le vendeur en cas de vices cachés du matériel crédit-baillé, ce mandat ne survit pas à la résiliation du bail pour défaut de paiement des loyers⁴⁹. La Cour de cassation a décidé que le contrat qui obligerait le crédit-preneur à payer l'intégralité des loyers à courir jusqu'au terme du contrat en cas de résiliation pour quelque cause que ce soit, était nul en vertu de l'article L. 313-7 du Code monétaire et financier⁵⁰ ; bien que ce ne soit pas la raison qu'en donne la Cour de cassation, cette indemnité manque de cause.

Lorsque le locataire est soumis à une procédure collective, la continuation du contrat peut être imposée à l'entreprise de crédit-bail, malgré toute clause contraire. S'il est résilié, celle-ci doit déclarer sa créance de loyers antérieurs au jugement, avec les risques de non-recouvrement qui en résultent⁵¹ et ne peut se faire restituer le matériel fourni qu'en suivant les règles de la procédure collective⁵².

823. Lease-back. – Une variante du *leasing* est le *lease-back*, qu'en matière immobilière où il est surtout utilisé, on appelle souvent « cession-bail », et en matière mobilière (par ex. contrats informatiques, matériels divers), « *leasing* adossé »⁵³. Une entreprise de *leasing* achète le bien d'équipement, non à un fournisseur, mais à son propre contractant qui en était propriétaire et le lui loue à titre de *leasing*⁵⁴. Plus encore que le crédit-bail, le *lease-back* constitue une sûreté, source de crédit : la société de crédit-bail prête de l'argent en se garantissant par une propriété fiduciaire, tandis que le crédit-bail ordinaire permet de se procurer à crédit un bien en nature. À la différence du crédit-bail, il n'existe que deux parties, le locataire étant le fournisseur.

824. Location financière. – La « location financière » est un contrat commercial qui a pour objet un matériel technique coûteux, compliqué, d'utilisation intermittente et menacé de rapide

charges financières pesant sur le débiteur, était stipulée à la fois pour le contraindre à l'exécution du contrat et comme évaluation conventionnelle et forfaitaire du préjudice subi par le bailleur du fait de la rupture fautive de celui-ci » était une pénalité conventionnelle soumise à l'art. 1152, al. 2.

48. Cass. com., 8 décembre 1992, *Bull. civ. IV*, n° 396 : « Le crédit-preneur a mandat du crédit-bailleur pour exercer les recours contre les fournisseurs, et ce, même après la résiliation du crédit-bail ».

49. Cass. com., 11 juillet 2006, *Bull. civ. IV*, n° 173 ; *D.* 2006, AJ 2095, n. X. Delpech et 2007.413, n. R. Mislawski ; *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. n° 247, n. L. Leveneur : « en l'absence de stipulation contraire, la cour d'appel a exactement retenu que la résiliation du contrat de crédit-bail a mis fin au mandat donné par le crédit-bailleur au crédit-preneur pour l'exercice de l'action en garantie contre le fournisseur ».

50. Cass. civ. 3^e, 27 avril 1988, *Bull. civ. III*, n° 81 : « Vu l'article (L. 313-7, C. mon. fin.) ; sous le couvert d'une clause de résiliation anticipée à la demande du preneur, la stipulation dont il s'agit tend à l'exécution de toutes les clauses du contrat, supposé non résilié, dans le seul intérêt du crédit-bailleur, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». En revanche, la clause est valable si le preneur a « la seule obligation de payer le capital restant dû, représentant une somme sensiblement inférieure au cumul des loyers restant à courir jusqu'au terme du contrat puisqu'elle ne comprenait pas les intérêts ».

51. Cass. com., 22 janvier 1974, *Bull. civ. IV*, n° 27 ; *D.* 1974.514 : « S'agissant d'un contrat à exécution successive, la société Locafrance, dont la créance était née antérieurement au jugement de redressement judiciaire ou de liquidation de biens, ne pouvait prétendre être créancière de la faillite ».

52. Cass. com., 15 octobre 1991, *Bull. civ. IV*, n° 291 ; *Contrats, conc. consom.* 1992, comm. n° 4, obs. L. Leveneur.

53. G. PARLÉANI, « Le contrat de *lease-back* », *RTD com.* 1973, 699-738 et n. au *D.* 1978.302.

54. 1^{er} ex. : une entreprise ayant besoin de capitaux vend son siège social à une société de crédit-bail, qui le lui loue aussitôt. 2^e ex. : une entreprise cède sa production à une société, qui la lui remet à sa disposition par un contrat de crédit-bail ; l'entreprise loue ensuite sa production à la clientèle par un contrat de location simple – ou plus exactement une sous-location – ce que l'on appelle souvent le *lease-back* fournisseur.

obsolescence – par exemple, un système informatique ou téléphonique, une plate-forme Internet à faire fonctionner. Comme dans le crédit-bail, le loueur est un établissement financier qui conclut le contrat avec le vendeur-prestataire de services désigné par l'utilisateur-locataire et qui se rémunère de son activité, ainsi que de l'amortissement du matériel acheté, par la perception d'un loyer. À la différence du crédit-bail, il n'y aura pas de vente à l'issue de l'opération⁵⁵. Les mêmes questions juridiques se posent, notamment l'interdépendance des contrats ; elles doivent normalement être réglées de la même façon, l'article 1186 précité étant doté d'une portée générale⁵⁶.

55. **Biblio.** : A. GHOZI, « La location financière : des liaisons dangereuses ? », *D.* 2012. 2254.

56. * Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, *Société Business Support services*, nos 11-22768 et 11-22927, 2 esp., *Bull. ch. mixte* n° 1 ; *JCP G* 2013, 673-674, n. F. Buy et J. B. Seube ; *D.* 2013. 1658, n. D. Mazeaud ; *Contrats conc. consom.* 2013 n° 176, n. L. Leveneur ; *RDC* 2013. 849, avis L. Le Mesle et 1331, obs. Y. M. Laithier ; *RTD civ.* 2013. 597, obs. H. Barbier : « *les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants ; sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance* » (il s'agissait dans les deux cas de services informatiques auxquels s'adosse une location financière). Pour que l'ensemble disparaisse, il faut que le contrat principal soit préalablement anéanti d'une façon ou d'une autre et pas seulement inexécuté : Cass. com., 4 novembre 2014, n° 13-24270, *Bull. civ.* IV n° 159 ; *RDC* 2015. 268, obs. J.-B. Seube ; *Dr. et patr.* juill.-août 2015, p. 86, obs. L. Aynès.

■ TITRE III ■

CONTRATS DE DISTRIBUTION

825. Concurrence ; dépendance ou indépendance des intermédiaires. – 1° Le droit contemporain de la distribution subit une évolution profonde et tourmentée, dont l'incidence sur le droit commun des contrats est encore incertaine. Il est dominé par des influences contradictoires : la protection des petits commerçants contre les entreprises puissantes qui les dominent, la morale des affaires et, surtout, la liberté de la **concurrence** (C. com., art. L. 420-1 et s.)¹. Il a fait naître une nouvelle juridiction, l'Autorité de la concurrence et une chambre spécialisée de la cour d'appel de Paris.

2° Un fabricant peut ne pas vendre directement, par lui-même ou par une filiale, ses produits aux consommateurs. Le plus souvent, la commercialisation est mieux assurée lorsqu'elle est faite par des intermédiaires spécialisés, soumis au contrôle du producteur. La pratique utilise des contrats différenciés, selon que l'intermédiaire a ou non une **indépendance** à l'égard du producteur² ; ces contrats dessinent le paysage français de la distribution commerciale.

Le contrat le plus marqué par la dépendance est le contrat de travail : vendeur salarié lorsqu'il est sédentaire, ou VRP lorsqu'il ne l'est pas³. L'intermédiaire le plus indépendant est le mandataire occasionnel, qui a pour modèle le commissionnaire, dont on peut rapprocher le courtier, qui n'est pas un mandataire⁴. Un mandataire permanent, comme l'agent commercial, n'est pas non plus subordonné ; mais il est dépendant, dans la mesure où il n'a qu'un seul mandant⁵. Un autre intermédiaire est le revendeur ; si un contrat-cadre d'une certaine durée ne le liait pas au fabricant, aucune des parties ne serait assurée de la continuité de leurs relations. Le problème majeur que posent ces contrats est celui de la stabilité du distributeur, c'est-à-dire la révocation de son contrat.

3° La concession exclusive constitue un système mixte. Le concessionnaire a une **indépendance** juridique mêlée de dépendance économique et est même souvent intégré dans un réseau collectif, un mélange de liberté et de soumission. Son

1. D. et N. FERRIER, *Droit de la distribution*, LexisNexis, 2014.

2. Lamy économique, 2016 ; M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la distribution*, 3^e éd., Sirey, 2015 ; L. et J. VOGEL, *Traité de droit économique*, t.2, *Droit de la distribution*, Lawlex-Bruylant, 2015 ; G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance*, LGDJ, 1986 ; G. VIRASSAMY et M. BEHAR-TOUCHAIS, *Les contrats de distribution*, LGDJ, 1^{re} éd., 1999.

3. *Supra*, n° 159.

4. *Supra*, n° 539.

5. *Supra*, n° 521.

régime équilibre les différents intérêts en cause : ceux du concédant, du concessionnaire et de la clientèle (Chapitre 1). Des variantes, où les rapports des parties sont plus ou moins étoffés, se rapprochent de la concession exclusive de vente : le franchisage, la distribution sélective et la distribution agréée qui a un particularisme accusé ; en outre, le contrat d'intégration agricole est marqué par la spécificité du monde rural (Chapitre 2).

Ces contrats, dans les aspirations contemporaines des intermédiaires, deviennent des « contrats-coopération »⁶. Ils sont de plus en plus encadrés. En dernier lieu, par la loi Macron du 6 août 2015 (C. com., art. L. 341-1 et s., 441-7 et s.) sur les réseaux de distribution, le contrat-cadre, les conditions de fixation du prix, l'interdépendance contractuelle, l'encadrement restrictif des clauses d'après-contrat, etc. Le contrôle porte sur toutes les conventions de la distribution (franchise, concession, location-gérance) et les clauses qu'elles comportent (prêts, cautionnements, pactes de préférence...).

6. Suzanne LEQUETTE, *Le contrat-coopération*, Economica, 2012.

■ CHAPITRE I ■

CONCESSION EXCLUSIVE DE VENTE

826. Définition et variétés. – Il y a exclusivité lorsqu'une personne est seule à avoir le bénéfice de certaines opérations¹. L'exclusivité peut concerner l'un et/ou l'autre des cocontractants, celui qui fournit le produit ou le service et celui qui le distribue auprès du public. Elle fait naître une obligation de faire et une obligation de ne pas faire. Elle est courante dans la distribution des produits et a pour objet des contrats divers. Mandat exclusif, commission exclusive et surtout les contrats qui s'apparentent à la vente : concession exclusive, fourniture exclusive, approvisionnement exclusif et franchisage².

Il y a concession³ exclusive de vente lorsqu'un producteur confère à un distributeur (grossiste ou détaillant) le droit de commercialiser en son nom et pour son compte personnel ses produits. Le contrat de concession exclusive présente plusieurs variétés.

Ou il est conclu entre un commerçant (le concessionnaire) et un fournisseur (le concédant), afin d'assurer la distribution exclusive de produits (qui ont généralement une marque) sur un territoire déterminé pendant une durée limitée et sous la surveillance du concédant : il y a concession de distribution exclusive, le concessionnaire s'interdisant d'acheter à d'autres. Ou un fournisseur s'engage à conférer à un concessionnaire l'exclusivité de la vente de ses produits pour un territoire déterminé et pendant une durée limitée : il y a concession de fournitures exclusive ; le concédant s'interdit de vendre à d'autres commerçants : le concessionnaire a ainsi le monopole des ventes dans une zone géographique déterminée, le secteur de concession. L'exclusivité est tantôt simple (fourniture ou distribution), tantôt, le plus souvent, réciproque (fourniture et distribution).

C'est un système de distribution très pratiqué, notamment à l'égard des produits de masse, standardisés : automobiles, produits pétroliers, bière et autres boissons, appareils électroménagers, outillages, parfums, etc. Souvent, le concessionnaire fait partie d'un réseau : l'ensemble des concessionnaires du même concédant vendent les mêmes produits, assurent les mêmes services dans les mêmes conditions et suivent la même politique commerciale fixée par le concédant⁴.

1. D. BOSCO, *L'obligation d'exclusivité*, Bruylant, 2008 ; N. ERESEO, *L'exclusivité contractuelle*, Litec, 2008.

2. Voir les auteurs cités *supra* et D. FERRIER, « La considération juridique du réseau », in *Mélanges Mouly*, Litec, 1998, t. II, p. 95 et s.

3. **Étymologie** de concéder : du verbe latin *concedo, ere* = céder la place. **Biblio.** : Ph. LE TOURNEAU, *Les contrats de concession*, 2^e éd., Litec, 2010.

4. L. AMIEL-COSME, *Les réseaux de distribution*, th. Paris I, LGDJ, 1995, préf. Y. Guyon ; L. GUILLEMIN, « La défense du distributeur face à son fournisseur dans le contrat de bière », *D.* 2013. 657.

827. Avantages et inconvénients. – La convention d'exclusivité, qu'elle porte sur la distribution ou sur les fournitures, rationalise le commerce : elle permet de constituer un appareil commercial peu coûteux, particulièrement lorsqu'elle entraîne la création d'un réseau ; elle assure une régularité et souvent un développement des ventes, permet de contrôler les qualifications professionnelles des revendeurs⁵ et facilite l'installation des distributeurs.

On lui reproche d'être un instrument assurant la domination du concédant sur le concessionnaire et la clientèle, entravant la concurrence en cloisonnant les marchés, conférant des rentes de situations et freinant le progrès économique en empêchant d'acquérir ailleurs de meilleurs produits. Le droit de la concurrence adopte, à son égard, une attitude nuancée : il y a de bonnes et de mauvaises exclusivités. Le fournisseur ne doit pas imposer à l'approvisionné des obligations disproportionnées⁶ ; mais, parfois c'est l'approvisionné (ex. : une puissante centrale d'achat) qui abuse de la dépendance économique de son fournisseur⁷.

828. Nature juridique : représentation ? – Comme le mot l'évoque, la concession est un contrat de domination économique : le concessionnaire a une indépendance juridique – il n'est pas un salarié soumis à l'autorité d'un employeur – mais est en état de dépendance économique, parce qu'il est sous le pouvoir et le contrôle du concédant.

Bien que l'on dise souvent que le concessionnaire « représente » la marque, il n'est pas le mandataire de son fournisseur : il achète et vend pour son propre compte, n'agit pas pour autrui et a sa clientèle⁸. Sans doute, la clientèle est attirée par la marque, mais le concessionnaire la fixe. N'étant pas un représentant, il ne bénéficie pas de la protection conférée aux mandataires d'intérêt commun et aux agents commerciaux⁹. Inversement, le concédant n'est pas obligé par les actes et par les fautes du concessionnaire¹⁰, sauf bien entendu s'il est lui-même fautif¹¹.

Parfois une même personne est simultanément concessionnaire et agent commercial : elle vend, tantôt pour son compte, tantôt pour celui du fabricant ; ainsi, selon une décision, le service après-vente auquel est tenu le concessionnaire automobile constituerait un mandat¹². Une personne peut être successivement concessionnaire et distributeur agréé : par exemple, une

5. Ex. : Dans le commerce des automobiles, il est utile que le revendeur ait un personnel capable de les entretenir et de les réparer.

6. Ex. : Cass. com., 13 mai 1997, *Bull. civ. IV*, n° 131 ; *JCPG* 1999.I.114, n° 4, obs. M. Fabre-Magnan ; en l'espèce, un distributeur de parfums s'était engagé à acheter au concédant « au moins deux fois la valeur du stock minimum » ; jugé que « l'obligation ainsi imposée était disproportionnée par rapport au pourcentage des ventes de la sté Estée Lauder (le concédant) sur l'ensemble du marché [...] ; cette clause litigieuse ne présentait pas le "caractère raisonnable" devant s'attacher à une clause d'approvisionnement minimum prévu dans un contrat de distribution sélective ». B. FAGES, « L'abus dans les contrats de distribution », *Cah. dr. entr.* 1999 (n° 6), p. 11 et s.

7. Ex. : Paris, 15 mai 1998, *Contrats, conc. consom.* 1998, comm. n° 115, obs. M. Malaurie-Vignal ; T. com., Paris, 2 avril 1999, *Galleries Lafayette*, *D. Aff.* 1999.98 et s.

8. Ex. : ne constitue pas un mandat, mais une concession de vente, la convention selon laquelle le fabricant vend à un commerçant l'exclusivité de ses produits, lorsque le prix est payé ferme au concédant, indépendamment de celui que payent les clients du concessionnaire auxquels les produits sont revendus, et que le concessionnaire assure l'entière responsabilité de la revente : Cass. com., 13 mai 1970, *Bull. civ. IV*, n° 161 ; *JCPG* 1971.II.18891, n. Sayag.

9. *Supra*, n°s 557-558.

10. Cass. com., 6 novembre 1961, *Bull. civ. III*, n° 395 ; *D.* 1962.186.

11. Cass. com., 6 novembre 1961, préc. : « L'abstention sans intention de nuire est susceptible de constituer une faute dans les cas où les faits omis devraient être accomplis en vertu d'une obligation légale ou professionnelle ; par application de ce principe, un constructeur de véhicules automobiles peut engager sa responsabilité envers les tiers lorsqu'il maintient en fonction un concessionnaire dont il connaît depuis longtemps la carence financière et les actes frauduleux » (en l'espèce, jugé que le concédant n'avait pas commis cette faute).

12. Paris, 12 novembre 1962, *D.* 1963, somm. 825 : « Dans certains cas limites, le concessionnaire agit en qualité de mandataire du constructeur, en particulier pour le service de garantie et de révision assuré aux véhicules des clients de passage ; dans cette dernière hypothèse, le concessionnaire n'agit plus pour son compte personnel mais se borne à exécuter le mandat conféré par le constructeur ».

concession est révoquée mais un agrément est maintenu ; ou bien, à l'inverse, après une période d'agrément, une concession est accordée. De même, les pompistes de marque peuvent être concessionnaires pour la distribution des lubrifiants et mandataires des compagnies pétrolières pour les carburants.

829. Nature juridique : contrat cadre. – La concession est un contrat-cadre (art. 1111 C. civ.)¹³, faisant naître des obligations de faire ; le contrat cadre prépare les contrats d'application, par lesquels les parties exécutent au moyen de ventes ferme les engagements antérieurement pris. À ces promesses de fournitures s'ajoutent généralement d'autres obligations.

Ces contrats ne sont ni des ventes, ni des promesses de vente, unilatérales ou synallagmatiques ; ils sont des contrats cadre, destinés à fixer les conditions générales de contrats d'application, matérialisés par les commandes ultérieures, qui seules constituent des ventes ; même par fait, le contrat cadre, à la différence d'une promesse de vente, ne fait pas naître une obligation de livrer et de payer le prix, mais une obligation de faire : passer des commandes pour des quantités minimum déterminées ; répondre à ces commandes et, le cas échéant, s'abstenir de vendre à autrui.

Le concédant a le droit de traiter avec la personne « *de son choix* »¹⁴. En outre, il promet une assistance technique¹⁵ (ex. : publicité, aménagement des locaux, contrôle du matériel, formation du personnel, étude de marchés). Souvent aussi, il prête à son contractant de l'argent et du matériel. Il doit contrôler l'activité du concessionnaire.

Un arrêt a même dit qu'afin d'exécuter ses obligations de bonne foi, le concédant devait négocier un nouveau contrat avec le concessionnaire pour lui vendre ses produits à « un prix concurrentiel »¹⁶.

Le concessionnaire s'engage à ne pas acheter ailleurs et ne pas vendre d'autres produits¹⁷ ; il promet aussi, souvent, des achats minimums, ce que l'on appelle

13. J. GATSI, *Le contrat-cadre*, LGDJ, 1997, préf. M. Behar-Touchais. *Le contrat-cadre en France*, dir. A. Sayag, Litec, 1994, vol. 1 ; Cass. civ. 1^{re}, 15 mars 1988, *Bull. civ. I*, n° 83 : puisque ce ne sont pas des ventes, la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels ne s'applique pas aux concessions de vente.

14. Cass. com., 7 avril 1998, aff. sté Citroën, *Bull. civ. IV*, n° 126 ; *Contrats, conc. consom.* 1998, n° 118, obs. S. Poillot-Peruzetto ; en l'espèce, la sté Citroën avait refusé de conclure un nouveau contrat de concession avec un ancien concessionnaire ; jugé « *que le concédant a le droit de traiter avec le contractant de son choix ; il n'est pas tenu de motiver sa décision ni de communiquer les critères selon lesquels ce choix est exercé* » ; *infra*, n° 834.

15. A. SEUBE, *Le contrat de fournitures*, Bib. droit de l'entrep., 1973 ; A. SEUBE et J.-M. MOUSSERON, « À propos des contrats d'assistance et de fournitures », *D.* 1973, chron. 197-206.

16. Cass. com., 3 novembre 1992, *Bull. civ. IV*, n° 338 ; *JCP G* 1993.II.22164, n. G. Virassamy ; *RTD com.* 1993.124, obs. J. Mestre : « *Ayant relevé que M. Huard (le concessionnaire) avait effectué des travaux d'aménagement dans la station-service et que "le prix de vente appliqué par la sté B.P. à ses distributeurs agréés était, pour le super carburant et l'essence, supérieur à celui auquel elle vendait ces mêmes produits au consommateur final par l'intermédiaire de ses mandataires", l'arrêt retient que la sté B.P. (le concédant) (devait) établir un accord de coopération commerciale (avec le concessionnaire)... ; en privant M. H. des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la sté B.P. n'a pas exécuté le contrat de bonne foi* » ; v. égal. *supra*, n° 558.

17. Paris, 17 janvier 1989, *Aff. des Chantiers Bénoteau*, et 19 mars 1990, *Aff. B.M.W.*, *D.* 1990, somm. 368, obs. D. Ferrier : « *La clause de non-concurrence qui engage le concessionnaire exclusif à ne vendre ou à ne faire vendre, directement ou indirectement, aucun produit directement concurrent de ceux faisant objet de la concession, ne se limite pas au territoire concédé car le concédant ne peut admettre que le concessionnaire profite de son exclusivité pour le concurrencer en dehors* ».

une clause de *quotas* ou de minima¹⁸ ou de coefficient de pénétration¹⁹ ; ces clauses sont illicites lorsqu'elles imposent une obligation de résultat²⁰. Il doit respecter la politique commerciale et les prescriptions imposées par le concédant ; parfois, le contrat détermine le prix de revente, ce qui est illicite. De même, le concessionnaire s'engage souvent à entretenir et réparer les produits de la marque – un service après-vente et un réseau. Parfois, le concessionnaire s'engage à apporter des capitaux au concédant, ce qui apparaît surtout dans le franchisage.

830. Vices cachés. – Étant un vendeur, le concessionnaire est tenu envers les acquéreurs de la garantie des vices cachés²¹ ou de la conformité, mais il a un recours contre le fabricant²² ; le client, en sa qualité de sous-acquéreur, a une action directe contre le fabricant, qui est de nature contractuelle²³.

Lorsque la concession est l'élément d'un réseau collectif – comme l'est la concession automobile –, le client bénéficie de la garantie de réparation chez n'importe quel membre du réseau, bien qu'il n'ait pas contracté avec lui : une sorte de contrat collectif.

831. Concurrence déloyale. – Le fait, pour un intermédiaire, de violer en connaissance de cause, une convention d'exclusivité ne constitue pas, en soi, un acte de concurrence déloyale²⁴. Il en est autrement s'il a aidé, en connaissance de cause, un distributeur agréé ou exclusif à violer son contrat, ou s'il commet une contrefaçon, un mensonge²⁵ ou une fraude²⁶.

18. Cass. com., 7 décembre 1993, *Bull. civ. IV*, n° 450 : cette clause est licite, au regard du droit unioniste, dès lors qu'elle « *exclut toute appréciation subjective de la part du concédant et que l'insuffisance des performances n'était prise en considération qu'à l'issue d'une période globale d'une année entière [...]* ; (ainsi) *cette clause était limitée* ».

19. Le concessionnaire s'engage à occuper sur l'ensemble du marché (produits concurrents et similaires) une place déterminée, fixée en pourcentage.

20. Paris, 14 mars 1991, *Contrats, conc. consom.* 1991, comm. n° 222, obs. L. Vogel : « *Cette clause qui insère dans le contrat une obligation de résultat quant aux ventes de véhicules est une clause restrictive de la concurrence susceptible d'affecter le commerce entre États membres, au sens de l'article (art. 101, TFUE)* ».

21. Cass. civ. 1^{re}, 8 octobre 1957, *Bull. civ. I*, n° 360 ; en l'espèce, le client n'avait traité qu'avec le concessionnaire, sans connaître le concédant (le constructeur du tracteur) : « *la cour d'appel a, par une appréciation qui relevait de son pouvoir souverain, attribué à celui-ci (le concessionnaire) la qualité de vendeur, comme tel tenu aux termes de l'article 1641 de garantir l'acheteur des défauts de la chose vendue* ».

22. Cass. com., 21 octobre 1970, *Bull. civ. IV*, n° 285 ; *JCP G* 1971.II.16655, n. signée P. L. ; en l'espèce, un concessionnaire avait vendu une « trancheuse » à un acquéreur et été condamné à des dommages-intérêts envers celui-ci en raison des vices cachés de la chose vendue ; jugé qu'il avait un recours contre le concédant : « *La sté Intermat (le concédant), fabricant de la machine, devait répondre à ce dernier titre, de ces vices (cachés) dans ses rapports avec son acheteur, la sté Lemerle, concessionnaire* ».

23. Cass. com., 17 mai 1982, *Bull. civ. IV*, n° 182 : « *L'action directe dont dispose le sous-acquéreur contre le fabricant ou le vendeur intermédiaire pour la garantie du vice caché affectant la chose vendue dès sa fabrication est nécessairement de nature contractuelle* » ; *supra*, n° 418. Le nouvel art. 1341-3 sur les actions directes ne distingue pas selon la nature de la créance.

24. Jurisprudence constante depuis Cass. com., 16 février 1983, *sté Universal, Aff. Mitsubishi*, *Bull. civ. IV*, n° 69 ; *D.* 1984.489, n. D. Ferrier, 1^{re} esp. : « *le fait allégué d'avoir importé en vue de la vente en France des machines et du matériel Mitsubischi en dépit des droits d'exclusivité dont bénéficiait la sté Universal ne constituait pas en lui-même, en l'absence d'autres éléments, un acte de concurrence déloyale* ».

25. Ex. : Cass. com., 27 octobre 1992, *Bull. civ. IV*, n° 332 ; *D.* 1992.505, 1^{re} esp., n. A. Bénabent : « *Après avoir relevé que la sté Goguet avait mis en vente des parfums de la sté Dior dont le conditionnement portait la mention "ne peut être vendu que par des distributeurs agréés" ; l'arrêt retient que cette "mention usurpée" est "de nature à favoriser la vente" ; [...] la cour d'appel a pu décider que la sté Goguet avait commis, envers la sté Dior, une faute constitutive de concurrence déloyale* ».

26. * Cass. com., 27 octobre 1992, *Azzaro*, *Bull. civ. IV*, n° 322 ; *D.* 1992.505, 3^e esp., n. A. Bénabent ; *Contrats, conc. consom.* 1992, n° 225, obs. L. Vogel : « *Si le fait de commercialiser des produits relevant d'un réseau de distribution sélective ne constitue pas en lui-même un acte fautif,*

La notoriété du réseau et donc son opposabilité peuvent faire présumer la mauvaise foi du tiers²⁷.

832. Durée maximum. – Pour empêcher les enchaînements contractuels excessifs que l'entre-deux-guerres avait connus, le législateur a limité dans le temps les conventions interdisant à un distributeur de s'approvisionner chez un autre fournisseur que son concédant : l'article L. 330-1 du Code du commerce, a limité à dix ans les clauses d'exclusivité stipulées dans des achats, des cessions ou des baux.

Sa raison d'être initiale avait été de protéger les acheteurs dans leurs relations avec leurs fournisseurs. Elle tend aussi à répondre à une fin plus actuelle, un intérêt général, la liberté de la concurrence. Aussi, la jurisprudence l'a-t-elle appliqué aux contrats-cadres de distribution par lesquels une personne s'est engagée à s'approvisionner à titre exclusif chez un fournisseur, qu'il fût ou non le fabricant, et même si l'acheteur destinait la marchandise achetée à la revente.

Lorsque la durée d'une clause d'exclusivité est excessive, la clause n'est pas annulée, mais réduite à dix ans ; comme une nullité absolue²⁸, elle peut être invoquée par les deux parties et pas seulement par le distributeur²⁹ et n'est pas susceptible de confirmation.

À ces règles, s'ajoute la prohibition des engagements perpétuels.

833. Liberté de la concurrence. – La liberté de la concurrence limite la concession exclusive, aussi bien en droit européen qu'interne.

À l'égard du droit européen, la concession exclusive n'est pas, par sa seule nature, incompatible avec le droit communautaire (TFUE, art. 101) ; elle peut le devenir lorsqu'elle est susceptible d'affecter le commerce entre les États membres ou d'exercer un effet restrictif sur le jeu de la concurrence³⁰. Certaines conventions d'exclusivité échappent à l'interdiction prévue par l'article 101, § 1, parce que leurs effets économiques sont jugés insignifiants ou même favorables. Cette exception peut résulter d'une dérogation individuelle accordée, cas par cas, par la Commission de Bruxelles, ou d'une exemption générale bénéficiant à toute une catégorie engagée à certaines conditions strictement énumérées par un règlement (art. 101, § 3). La Commission en a édicté plusieurs, toujours compliqués et souvent peu durables et limitant les

l'achat de marchandises, dans des conditions dont l'illicéité ou le caractère frauduleux est révélé par le refus de justifier leur provenance, constitue en lui-même un acte de concurrence déloyale ».

27. N. FERRIER et L. SAUTONIE-LAGUONIE, « La distribution à l'épreuve de l'opposabilité du réseau », *RTD civ.* 2011.225.

28. Cass. com., 7 avril 1992, *Aff. Pepsi-Cola*, *Bull. civ.* IV, n° 154 ; *Contrats, conc. consom.* 1992, n° 177, obs. L. Leveueur, cassant Paris, 20 octobre 1990, *D.* 1991.165, n. Ph. Malaurie. En l'espèce, la sté Pepsico avait concédé à la sté Perrier l'exclusivité pour la France métropolitaine de l'embouteillage et de la distribution de la boisson Pepsi-Cola pour une durée de 60 ans. Afin de rompre ce contrat en cours d'exécution, la sté Pepsico avait invoqué le C. com. ; elle avait été déboutée notamment pour ce motif : « La caducité (sic) de la clause d'exclusivité est édictée dans l'intérêt des parties du contrat, qui peuvent renoncer à s'en prévaloir ». Cassation : « l'exécution sans aucune réserve [...] n'a pas pour conséquence de valider ladite clause (l'exclusivité pour 60 ans) [...] les actes dont la nullité est absolue, étant dépourvus d'existence légale, ne sont pas susceptibles de confirmation ».

29. Cass. com., 25 mars 1974, *Bull. civ.* IV, n° 106 ; *JCPG* 1976.II.18378, n. crit. Ph. Simler ; *RTD com.* 1975.897, obs. J. Hémarid ; en l'espèce, il s'agissait d'une concession comportant une obligation d'approvisionnement exclusif d'une durée de 20 ans ; le concédant l'avait révoquée en cours d'exécution du contrat en invoquant le C. com. ; la cour d'appel avait « estimé que cette résiliation était abusive, au motif que le C. com. ayant pour objet la protection de l'acheteur ne pouvait être critiquée par le vendeur ». Cassation : « Les dispositions dont il s'agit sont d'ordre public et leur application peut être demandée par toute personne y ayant intérêt ».

30. CJCE, 12 décembre 1967, *sté Brasserie de Haecht*, *JCPG* 1968.II.15673. **Biblio.** : M. TROCHU, « Incidence du droit communautaire sur la rédaction des contrats de distribution », *D.* 1995, chron. 179.

sujétions que peut imposer un accord de fourniture ou de distribution exclusives (v. par ex. le règlement 330/2010 du 20 avril 2010 sur les accords verticaux et les lignes directrices publiés le 19 mai 2010, sur les restrictions verticales, destinées à conduire les entreprises à évaluer elles-mêmes leurs accords)³¹. Les exemptions peuvent également être accordées par les autorités nationales, sur le fondement du droit de l'Union européenne.

Des règles spéciales s'appliquent aux trois produits de grande consommation traditionnellement concédés : bière³², produits pétroliers (dix ans) et automobiles (règlement 461-2010)³³ ; les conventions d'exclusivité mobilisent une grande part de l'activité des fonctionnaires et des juges européens : il s'agit d'une question sensible et d'une matière mouvante. Le droit français a du mal à assimiler la notion économique de concurrence³⁴. C'est à celui qui porte atteinte à un réseau licitement constitué de démontrer la régularité de ses actes³⁵.

En droit interne, la liberté de la concurrence a pour objet d'empêcher les pratiques restrictives de la concurrence³⁶ ; elle se traduit par des contraintes limitant la liberté commerciale du producteur ; par exemple, en interdisant de stipuler un « prix conseillé ». Ou d'accorder à un partenaire une exclusivité trop longue, au détriment de ses concurrents³⁷. Le refus de vente peut être sanctionné à travers l'abus de position dominante ou l'exploitation abusive de l'état de dépendance économique³⁸ (C. com., art. L. 420-2)³⁹.

31. Sur les règles verticales de 2010, appliquées à la distribution sur l'Internet : M. CHAGNY et St. CHOISY, *JCP G* 2010, n° 774 ; sur le règlement : M. MALAURIE-VIGNAL, *Contrats, conc. consom.* 2010, chron. n° 9.

32. Th. LAMBERT, « Le contrôle de l'assistance dans le contrat de bière », *D.* 2005.1085 : l'exclusivité d'approvisionnement a pour cause l'obligation d'assistance prise par le fournisseur.

33. V. N. RAUD et G. NOTTÉ, *Contrats, conc. consom.* 2010, Focus n° 45 et P. ARHEL, *ib.* chron. n° 10. Le règlement renforce la liberté de la concurrence.

34. Sur le règlement relatif au franchisage, *infra*, n° 838.

35. Cass. com., 26 janvier 1999, *Bull. civ. IV*, n° 29 : « il appartient à l'opérateur qui a acquis des véhicules neufs pour les revendre de faire la preuve qu'il les a régulièrement acquis sur un réseau parallèle ou auprès d'un autre concessionnaire ».

36. M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey, 6^e éd., 2014.

37. Cons. conc., 17 décembre 2008, *iPhone*, *Contrats, conc. consom.* 2009, comm. n° 52, n. D. Bosco ; *Comm. com. électr.* 2009, n° 16, n. M. Chagny ; *RDC* 2009. 551, n. C. Prieto : en l'espèce, le fabricant de « smartphone » Apple avait accordé une exclusivité de vente à Orange, pour une durée de cinq ans, en contrepartie de lourds investissements de la part de l'opérateur. Le Conseil jugea que cette durée était trop longue, entravant la concurrence et était constitutive d'une entente illicite et il suspendit l'exclusivité. Confirmé par Paris, 4 février 2009, *Contrats, conc. consom.* 2009, comm. n° 110, n. G. Decocq. Mais cassation : Cass. com., 16 février 2010, n° 09-11968, n.p.B. ; *Contrats, conc. consom.* 2010, n° 102, n. G. Decocq ; *RDC* 2010.834, n. C. Prieto.

38. **Définition** jurisprudentielle : Ex. : Cass. com., 3 mars 2004, *Bull. civ. IV*, n° 44 ; *JCP G* 2004.I.149, n° 1, obs. crit. M. Chagny : en l'espèce, un distributeur a prétendu en vain que le fait de l'approvisionnement chez un fournisseur pour une part prépondérante de son chiffre d'affaires suffisait à établir son état de dépendance économique : sa prétention a été repoussée en se fondant sur une définition de la dépendance économique : « l'état de dépendance économique, pour un distributeur, se définit comme la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de se substituer à l'un de ses fournisseurs, un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables » : l'état de dépendance économique suppose donc l'absence de solution équivalente. Définition légale : la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques institue les notions d'abus de relation de dépendance et d'abus de puissance d'achat (C. com., art. L. 442-6, 2^ob) : il s'agit de pratiques restrictives de la concurrence, condamnables même si n'est pas démontrée l'absence de solution équivalente, Chr. BOURGEON, *RDC* 2003, p. 243.

39. Ex. : Cass. com., 25 janvier 2000, *Contrats, conc. consom.* 2000, comm. n° 64, obs. M. Malaurie-Vignal ; n.p.B. : le concédant en position dominante doit motiver son refus, afin de permettre au juge de « vérifier si les concessionnaires sont choisis selon les mêmes critères objectifs opposables à tous les candidats ». V. égal. pour les pratiques discriminatoires : Cass. com., 19 mai 1992, *Bull. civ. IV*, n° 198 : constitue une pratique discriminatoire « le fait pour un fabricant de ne pas communiquer à un seul de ses revendeurs l'ensemble des éléments y compris les rabais et ristournes, permettant de déterminer le prix de revient du produit en vue d'en fixer le prix de vente pour ses clients ».

Le Code de commerce impose aussi une « transparence » à la distribution, c'est-à-dire une information réelle et efficace, condition d'une concurrence loyale; ainsi, tout producteur, et, depuis la loi du 29 janvier 1993, tout prestataire de services, doit-il communiquer à tout acheteur ou demandeur de prestation pour une activité professionnelle au revendeur qui le lui demande « *son barème de prix* » et ses « *conditions de vente* » (C. com. art. L. 441-6), non les conventions qui rémunèrent la contrepartie de services spécifiques (art. L. 441-7), ce que l'on appelait naguère les conventions de coopération commerciale. Cette différence s'explique parce qu'un avantage consenti à un distributeur (ex. : une ristourne) et non à d'autres est justifié s'il a une contrepartie réelle⁴⁰.

À l'achèvement du rapport contractuel, les clauses d'après-contrat (non-concurrence ou réaffiliation, confidentialité, pacte de préférence) destinées à éviter que l'ancien distributeur utilise le savoir-faire et le carnet de clientèle auprès d'un concurrent de son ancien partenaire, sont encadrées à des conditions strictes et cumulatives, faute de quoi elles seront réputées non écrites (C. com., art. L. 341-2, loi Macron du 6 août 2015 : « *indispensables à la protection du savoir-faire substantiel* », durée d'un an, etc.)⁴¹. La mobilité « interenseignes » en est accrue d'autant. Il faut aussi tenir compte du principe général de proportionnalité comme plafond de la liberté contractuelle d'aménager le contrat.

834. Renouvellement et résiliation. – L'originalité du contrat réside dans sa durée, plus précisément, le régime de sa résiliation et de son renouvellement. C'est un des points où la concession exclusive a soulevé le contentieux le plus vif⁴². Sauf une exception communautaire, la durée de la concession est librement fixée par les parties, si elle ne dépasse pas le plafond décennal.

Si elle est faite pour une durée déterminée, la concession ne peut être unilatéralement résiliée pendant qu'elle est en cours⁴³, sauf faute caractérisée du concessionnaire, ou clause du contrat, ce qui n'est que le droit commun; des décisions admettent qu'elle peut être provisoirement suspendue⁴⁴. Lorsque la durée est écoulée, le concédant peut ne pas la renouveler, sans être tenu de verser une indemnité⁴⁵, ni à avoir à tenir compte des investissements, ni en théorie à motiver sa décision⁴⁶. Il est libre de réorganiser son réseau⁴⁷.

Comme en droit commun, le seul fait que le contrat ait été renouvelé ne confère pas au concessionnaire un droit au renouvellement.

40. M. MALAURIE-VIGNAL, « Transparence tarifaire [...] », *D.* 1996, chron., 361.

41. Les clauses de préférence et de préemption y sont-elles incluses ? Pour la négative, D. FERRIER, *D.* 2015, p. 1909.

42. E. DUMINY et J.-D. BRETZNER, *RDC* 2011.321 ; J. MESTRE, « Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats de distribution », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 13 et s.

43. Ex. : Cass. com., 25 mars 1991, *Contrats, conc. consom.* 1991.62, obs. L. Leveneur ; n.p.B. : en l'espèce, le concédant avait « *mis fin, par déclaration unilatérale, à la concession exclusive qu'elle (le concédant) lui avait accordée* » ; la cour d'appel l'avait approuvé : « *Une telle rupture se trouvait justifiée par de grands manquements contractuels* ». Cassation : « *La sté Performax, qui n'avait formé aucune demande en justice, ne pouvait de son propre chef résilier unilatéralement le contrat de concession qui était conclu pour 3 ans* ».

44. Ex. : Cass. com., 1^{er} décembre 1992, *Bull. civ. IV*, n° 392 : « *L'exception d'inexécution, fût-elle fondée, permettait à la sté Spenie (le concédant), non pas de rompre le contrat conclu avec la sté Donnay (le concessionnaire) mais seulement d'en suspendre l'exécution en distribuant provisoirement en Belgique, par elle-même ou par un tiers, les produits concédés* ».

45. Ex. : Cass. com., 23 octobre 2012, n° 11-25175, *Bull. civ. IV* n° 193, *Contrats, conc. consom.* 2013 n° 6, n. N. Mathey ; *D.* 2013. 739, n. D. Ferrier (pas d'enrichissement sans cause pour dépossession de la clientèle) ; Cass. com., 15 janvier 2008, *Bull. civ. IV*, n° 4 ; *D.* 2008.350, n. E. Chevrier (distributeur d'abonnements téléphoniques) ; *infra*, n° 835.

46. Ex. : Cass. com., 4 janvier 1994, *Bull. civ. IV*, n° 13 ; *RTD com.* 1994.352, obs. J. Mestre ; *supra*, n° 829.

47. Cass. com., 2 décembre 2008, n° 07-18775, *Au sol d'or*, n.p.B. ; *Contrats, conc. consom.* 2009, n° 42, n. N. Mathey : non-reconduction d'un contrat de distribution exclusive pour des semences potagères, bien que le distributeur ne prouve pas l'abus : « *pas de droit acquis au maintien de la situation* ».

Lorsque la concession est à durée indéterminée, chacune des parties, notamment le concédant, peut la résilier à tout moment, en respectant un délai de préavis raisonnable⁴⁸ si le concessionnaire n'a pas commis de faute⁴⁹, sans avoir à donner de motifs⁵⁰, ni payer d'indemnité⁵¹. Le juge ne saurait le condamner à poursuivre le contrat contre son gré⁵². Le non-renouvellement ou la résiliation n'oblige même pas le concédant à reprendre le stock, s'il n'y a pas une clause particulière l'imposant, ni, encore moins, à aider son partenaire à se reconverter⁵³.

La sévérité de la solution est telle que la jurisprudence tend à la limiter ; non seulement par les tempéraments habituels de la faute du concédant⁵⁴, sa mauvaise foi et l'abus du droit de non-renouvellement ou de résiliation⁵⁵ ; et aussi, elle vérifie la pertinence ou même la légitimité des

48. Ex. : Cass. com., 8 avril 1986, *Bull. civ. IV*, n° 58 ; *D.* 1988, somm. 1919, obs. D. Ferrier : « *Si [...] la société Tim était en droit de mettre fin au contrat de concession conclu sans limitation de durée, c'est à la condition que l'exercice de ce droit ne soit pas abusif ; la cour d'appel a retenu que la société Tim avait mis fin brutalement au contrat l'unissant à la société van Beurden Mode Agenturen en l'avisant quelques jours avant la collection d'été 1981 que cette collection ne lui serait pas confiée ; par ce seul motif [...], la cour d'appel a légalement justifié sa décision* ».

49. Cass. com., 8 mars 1967, *JCP G* 1968.II.15346, n. J. Hémar : « *Les retards dans les paiements constituaient un manquement fautif aux obligations (du concessionnaire), justifiant la rupture du contrat sans préavis* ».

50. Cass. com., 30 novembre 1982, *Bull. civ. IV*, n° 392 : « *S'agissant d'un contrat conclu pour une durée déterminée d'un an dénoncé plus de trois mois avant son expiration [...] le concédant n'avait pas de motifs à fournir pour justifier sa décision d'y mettre fin* ».

51. Jurisprudence constante ; ex. : Cass. com., 5 décembre 1984, *Bull. civ. IV*, n° 332 : « *Le concédant, qui était en droit de mettre fin au contrat verbal de concession à durée nécessairement indéterminée faute de stipulation d'un terme, avait respecté un préavis exempt de brusquerie pour résilier le contrat* ».

52. Cass. com., 28 novembre 2006, *Bull. civ. IV*, n° 234 ; *D.* 2007.13, n. E. Chevrier (concession automobile, plus de livraison de véhicules neufs ni de pièces détachées).

53. Cass. com., 6 mai 2002, *Bull. civ. IV*, n° 81 ; *D.* 2002.1754, n. E. Chevrier ; *JCP G* 2002.II.10.146, n. Ph. Stoffel-Munck ; *D.* 2002, somm. 2842, obs. D. Mazeaud ; *Contrats, conc. consom.* 2002, comm. n° 134, n. L. Leveneur ; *RTD civ.* 2002. 810, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2003, p. 34, obs. crit. J.-P. Chazal : « *Le concédant n'est pas tenu d'une obligation d'assistance du concessionnaire en vue de sa reconversion* ».

54. 1^{er} ex. : avant de résilier, par une lettre d'intention, il avait promis au concessionnaire que le contrat serait renouvelé : il l'a ainsi induit en erreur et a donc commis une faute : Cass. com., 11 juillet 1978, *Bull. civ. IV*, n° 199 ; *RTD com.* 1979.313, obs. J. Hémar ; *RJ com.*, 1979.171, obs. R. Le Guidic. 2^e ex. : avant la résiliation, le concessionnaire avait fait d'importants investissements avec l'accord du concédant (hypothèse d'abus assez courante) : Cass. com., 5 avril 1994, *D.* 1995.355, 2^e espèce ; *JCP G* 1994.I.3803, n° 7, obs. Chr. Jamin ; n.p.B. : « *La sté Gauthier (le concédant) a consenti, à la demande de la sté Vag-France (le concédant), d'importants efforts d'investissement et de publicité [...]; (la décision) de rompre leurs relations, visant un partenaire ancien et des plus importants, ne pouvait pourtant avoir été prise que de longue date, de telle sorte que le concédant a manqué de loyauté en n'informant pas de ses intentions la sté G qui n'avait pas démérité* » ; Chr. BOURGEON, « *La prise en compte des investissements dans la résiliation abusive des contrats de distribution* », *RDC* 2004, p. 1107.

55. Ex. Cass. com., 8 octobre 2013, n° 12-22952, *Bull. civ. IV*, n° 148 ; *D.* 2013. 2617, n. D. Mazeaud ; *Contrats, conc. consom.* 2013, n° 265, n. N. Mathey, 2014, n° 1, n. L. Leveneur : en dépit du respect du préavis, le concédant avait cherché à empêcher la reconversion du concessionnaire et méconnu l'obligation de bonne foi.

motifs, lorsqu'ils sont avancés⁵⁶. Le droit spécial prohibe également la « rupture brutale d'une relation commerciale établie » (art. L. 442-6 I, 5°)⁵⁷.

835. Discussion : cession de contrat. – La différence est patente d'avec les mandataires d'intérêt commun, les agents commerciaux ou les VRP, qui ont droit à une indemnité de résiliation⁵⁸, de non-renouvellement ou de clientèle⁵⁹, parce que la clientèle qu'ils prospectent appartient à leur mandant ou à leur employeur.

Au contraire, le concessionnaire est indépendant ; mais il partage la clientèle avec le concédant et lorsque celui-ci se retire, il la perd⁶⁰. Reposant sur la confiance, la concession constitue un contrat *intuitu personae*, fréquemment prévu par des clauses contractuelles⁶¹ : les qualités professionnelles des propriétaires et des dirigeants du concessionnaire sont des éléments décisifs du contrat. Aussi, la cession de la concession ou sa prise de contrôle, doit-elle être agréée par le concédant⁶² ; celui-ci ne jouit cependant pas d'un pouvoir discrétionnaire⁶³.

836. Obligation d'acheter : détermination du prix ; ancienne jurisprudence. – À partir de 1971, à l'occasion des affaires des détaillants de bière et des pompistes de marque, la Cour de cassation avait à de nombreuses reprises décidé que le prix des marchandises devait être déterminé ou déterminable dans le contrat-cadre, lorsque celui-ci mettait à la charge du distributeur

56. Sur le contrôle de la motivation : *RDC* 2004, p. 555 (L. Aynès), 579 (Th. Revet), 573 (M. Fabre-Magnan), 558 (D. Ferrier). Ex. : défaut de véracité des griefs du concédant, Cass. com., 5 octobre 1993, *Bull. civ. IV*, n° 326 ; *JCP G* 1994.II.22224, n. Chr. Jamin : « Après avoir énoncé qu'il ne peut être reproché à la Régie (Renault), qui n'était pas tenue de motiver sa décision de résiliation, d'avoir avancé des motifs qui s'avéreraient (sic) simplement inexacts, l'arrêt (de la cour d'appel) retient que la Régie, non seulement a eu recours à une série de motifs délibérément fallacieux, mais encore qu'elle a violé l'obligation d'exclusivité, qu'elle a été "de connivence" avec les agents de la sté Roussel (le concessionnaire dont la concession a été résiliée) qui ont porté à celle-ci, sur le territoire concédé, des "atteintes systématiques" à leur contrat, au profit de concessionnaires voisins, qu'elle a alourdi les frais financiers de la sté R. et compliqué sa gestion, qu'elle a modifié unilatéralement les conditions d'approvisionnement de la sté R. et aggravé ses conditions d'exploitation, qu'elle a commis des actes de dénigrement et de discrimination ; en l'état de ces appréciations, la cour d'appel a pu décider que la Régie avait rompu le contrat de façon abusive et de mauvaise foi ».

57. Ex. : Cass. com., 16 décembre 2014, *Ikéa*, *infra*, n° 1115.

58. Ex. : Cass. com., 7 octobre 1997, *Bull. civ. IV*, n° 252 ; *JCP G* 1998.II.10085, n. J.-P. Chazal ; *D.* 1998.413, n. Chr. Jamin et somm. 333, obs. Ferrier ; *RTD civ.* 1998.130, obs. crit. P.-Y. Gautier et 370, obs. J. Mestre : « le contrat de concession exclusive ne constitue pas un mandat d'intérêt commun ».

59. *Supra*, n° 558.

60. Sur le critère de la conservation de clientèle, Ph. GRIGNON, *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, Litec, 2000.

61. Chr. BOURGEON, « À propos des clauses d'intuitus personae », *RDC* 2004, p. 499.

62. Cass. com., 13 décembre 2005, *Bull. civ. IV*, n° 255 ; *D.* 2005, AJ 149, n. A. Lienhard ; *JCP G* 2006.II.10103, n. H. Hovasse. En l'espèce, une fusion avait été établie entre la sté Garage Loustanau Jean-Marie et la sté créée Garage Loustanau : « si la fusion a emporté la transmission universelle de patrimoine de la sté G.L.J.M., les stipulations du contrat mettaient obstacle à sa transmission (celle du contrat de concession) sans l'accord de la sté Levillauroy » (le concédant). Comp. Cass. com., 29 janvier 2013, n° 11-23676, *Bull. civ. IV* n° 19 ; *Contrats, conc. consom.* 2013, n° 75, n. N. Mathey ; *RTD civ.* 2013. 397, obs. P.Y. Gautier : un changement de dirigeant de la personne morale concessionnaire n'est pas un facteur d'intuitus personae justifiant la résiliation du contrat.

63. Jurisprudence plusieurs fois réitérée depuis Cass. com., 2 juillet 2002, *Bull. civ. IV*, n° 113 ; *D.* 2003.93, n. approb. D. Mazeaud et 2426, obs. D. Ferrier ; *JCP G* 2003.II.10023, n. D. Mainguy ; *RDC* 2003, p. 50, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RTD civ.* 2002.810, obs. J. Mestre et B. Fages ; en l'espèce, le contrat de concession prévoyait que le concédant « devait examiner équitablement et avec tout le soin requis le changement proposé » ; jugé que la cour d'appel avait « pu en déduire que le refus d'agrément par le concédant devait être justifié par des impératifs tenant à la sauvegarde de ses intérêts commerciaux légitimes » ; la Cour de cassation reproche à la cour d'appel de n'avoir pas examiné la légitimité des motifs invoqués par le concédant (la sté Opel-France avait refusé son agrément parce que le candidat concessionnaire avait des « liens importants » avec la sté Volkswagen, concurrente d'Opel).

une obligation d'acheter. La règle, initialement fondée sur l'article 1591, l'était devenue sur l'article 1129 (devenu art. 1163), ce qui était plus exact puisque ces contrats n'étaient pas des ventes, en tout cas immédiates. Lorsqu'il avait été convenu que le prix des ventes à venir devait être celui du tarif du fournisseur, le contrat-cadre lui-même était annulé en toutes ses dispositions, si les éléments du tarif dépendaient de la volonté du fournisseur.

837. Obligation d'acheter ; détermination du prix ; revirement. – La Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence considérable, en décidant que : **1)** L'article 1129 ne s'applique pas à la détermination du prix⁶⁴ ; **2)** Le prix peut ne pas être déterminé dans le contrat-cadre⁶⁵ ; **3)** La référence au tarif est valable, mais en cas d'abus dans la fixation, le contrat peut être résilié ou la responsabilité du fournisseur engagée⁶⁶. Ce revirement est codifié dans le nouvel article 1164.

64. ** Cass. Ass. plén., 1^{er} décembre 1995, *sté Le Montparnasse*, Bull. civ. Ass. plén., n° 9 ; D. 1996.13, concl. Jéol, n. L. Aynès, 4^e esp. ; JCP G 1996.II.22.565, concl. Jéol, n. J. Ghestin, 4^e esp. ; GAJ civ., nos 152-155, 3^e arrêt : « L'article 1129 n'étant pas applicable à la détermination du prix... ».

65. ** Cass. Ass. plén., 1^{er} décembre 1995, *cie Atlantique du téléphone*, Bull. civ. Ass. plén., n° 7, 1^{er} arrêt ; D. et JCP G, *ib.* ; GAJ civ., *ib.*, 2^e arrêt : « Lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation ».

66. ** Cass. Ass. plén., 1^{er} décembre 1995, *Vassali*, Bull. civ. Ass. plén., n° 8 ; GAJ civ., *ib.*, 4^e arrêt : « La clause d'un contrat de franchisage faisant référence au tarif en vigueur au jour des commandes à intervenir n'affecte pas la validité du contrat, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation ». *Supra*, n° 210, avec les réf.

■ CHAPITRE II ■

VARIANTES DE LA CONCESSION EXCLUSIVE

La convention d'exclusivité peut être plus ou moins contraignante. Le franchisage est proche de la concession. Le contrat de distribution sélective et plus encore celui de distribution agréée s'en éloignent. La spécificité du monde rural apparaît dans le contrat d'intégration agricole.

838. 1^o Franchisage. – Le franchisage¹ (aux États-Unis, d'où il vient, il se confond avec la concession d'exclusivité) est un procédé de distribution commerciale très pratiqué, en raison de l'importance que prennent aujourd'hui la marque et le savoir-faire. Il confère à un commerçant le droit d'utiliser la marque², le savoir-faire³ et de bénéficier de l'assistance continue⁴ du franchiseur pour en vendre les produits. Réciproquement, le franchiseur s'oblige à payer des redevances (un droit d'entrée, plus des redevances périodiques), à respecter des techniques commerciales et à informer le franchiseur des améliorations qu'il découvre ; il est également tenu à une obligation de discrétion (la « confidentialité »). Parfois⁵, il s'oblige aussi à un approvisionnement exclusif chez le franchiseur, ce qui le rapproche d'un concessionnaire exclusif. Une autre variante est la franchise industrielle où le franchiseur donne une licence de brevet et une assistance industrielle

1. C. GRIMALDI *et al.*, *Droit de la franchise*, LexisNexis, 2011 ; *La protection du franchiseur au début du XX^e siècle*, dir. N. DISSAUX et R. LOIR, L'Harmattan, 2009 ; Ph. LE TOURNEAU, *Les contrats de franchise*, 2^e éd., Litec, 2007 ; D. FERRIER, « La franchise internationale », *JDI*, 1989.625. Ex. : Chaîne de restauration rapide (*fast-food*)... hôtellerie... centre de beauté... vêtements, etc.

2. Cass. com., 8 juillet 1997, *D. Aff.* 1997.960 ; n.p.B. : l'assistance technique et l'usage de l'en-seigne « constituent des éléments essentiels et spécifiques du contrat de franchise ».

3. Ce savoir-faire doit être original pour celui qui l'acquiert : Cass. com., 13 juillet 1966, *Bull. civ.* III, n^o 358 ; en l'espèce, le contrat était une concession de secrets de fabrique : « en révélant à un établissement industriel des procédés ou des tours de main, encore ignorés de celui-ci et que ce dernier n'aurait pu découvrir lui-même qu'au prix de longues recherches ou de tâtonnements coûteux, le concédant fournit à son contractant un avantage appréciable, dont il est ainsi autorisé à subordonner l'octroi au versement de redevances ».

4. TGI Lyon, 24 avril 1989 et TGI Paris, 20 novembre 1989, *D.* 1990, somm. 370, 1^{re} et 3^e esp. : « la carence du franchiseur dans la formation du franchiseur et dans les conseils et aides attendus pour la période de démarrage justifie la résiliation du contrat ». Mais Paris, 27 avril 1990, *D.* 1990, somm. 370, 5^e esp. : le franchiseur étant indépendant, c'est à lui de solliciter les conseils du franchiseur ; il a donc vainement reproché au second de ne pas lui avoir conseillé de limiter ses achats alors qu'il était en difficultés financières : solution de bon sens qu'impose le commerce indépendant.

5. Cass. com., 10 janvier 1995, *D.* 1997, somm., obs. D. Ferrier ; n.p.B. : le contrat de franchise n'impose pas une obligation d'approvisionnement exclusif.

permettant au franchisé de fabriquer des produits selon les normes et le contrôle du concédant.

Le contrat est proche de la concession exclusive, mais l'essentiel est constitué par des services : marque, savoir-faire et collaboration entre les parties. Le franchisé est souvent soumis à des contraintes plus astreignantes que celles auxquelles s'oblige le concessionnaire⁶. Le contrat n'impose pas toujours au franchiseur d'être le fournisseur et n'accorde pas toujours une exclusivité territoriale au franchisé⁷. Comme la concession et selon les mêmes modalités, le contrat doit respecter les règles de la concurrence internes et européennes. À cet égard, à la suite d'un arrêt de la Cour de justice des communautés européennes⁸ et de décisions plus récentes, la Commission a publié un règlement indiquant à quelles conditions un contrat de franchise ou de distribution échappait à la prohibition des pratiques restrictives de la concurrence (TFUE, art. 101 § 1) ; ce règlement est une incitation au développement de ce type d'accords, dont les effets sont jugés bénéfiques. Mais la franchise a ses limites ; par exemple, le franchiseur ne peut imposer des prix de revente au franchisé⁹. Après la fin du contrat, il peut être tenu d'une obligation de non-concurrence si, dit la Cour de cassation, elle est « *proportionnée aux intérêts légitimes à protéger* »¹⁰ et comporte une contrepartie financière¹¹ ; il ne bénéficie pas de la propriété commerciale car il n'a pas de clientèle propre, sauf circonstances particulières¹². Il ne peut non plus prétendre au paiement d'une indemnité de clientèle, au motif que le franchisé s'enrichit injustement à ses dépens¹³. En cas de rupture fautive du contrat par le franchisé, le nouveau franchiseur avec lequel il a contracté n'est responsable envers l'ancien qu'en cas de faute prouvée de sa part¹⁴.

Le contrat de franchise, compte tenu de son *intuitus personae*, n'est pas cessible¹⁵, ce que la pratique assouplit. Les parties prévoient le plus souvent des

6. Le franchisé est, par exemple, tenu de dresser sa vitrine de telle ou telle manière, de servir tel plat ou telle boisson. Le franchisage est un système d'uniformisation commerciale ; il diminue les prix, mais ôte au commerce sa diversité.

7. Cass. com., 7 novembre 2002, *D.* 2003, somm. 2427, obs. D. Ferrier ; n.p.B.

8. * CJCE, 28 janvier 1986, *Aff. Pronuptia*, *Gaz. Pal.* 1986.I, somm. 204 ; *RTD eur.* 1986.306, obs. M.-Ch. Boutard-Labarde. Sur cet arrêt, *supra*, n° 363.

9. Cass. com., 2 juillet 2002, *D.* 2003, somm. 2430, obs. D. Ferrier ; n.p.B.

10. Cass. com., 11 mai 1999, *Contrats, conc. consom.* 1999, comm. n° 137 ; n.p.B.

11. Rapp. Cass. soc., 10 juillet 2002, *Bull. civ. V*, n° 329 ; *D.* 2002.1491, n. Y. Serra ; *Contrats, conc. consom.* 2002, comm. n° 141, obs. M. Malaurie-Vignal, rendu en matière de contrat de travail.

12. Paris, 16 février 1996, *D.* 1997, somm. 57, obs. D. Ferrier : « *Le concessionnaire peut essayer de prouver qu'il a une clientèle indépendamment de la marque dès lors que son contrat n'exclut pas qu'il puisse mener une politique commerciale propre et donc avoir une clientèle spécifique* ».

13. Cass. com., 23 octobre 2012, n° 11-21978, *Bull. civ. IV* n° 192 ; *D.* 2012. 2862, n. crit. N. Dissaux ; *Contrats, conc. consom.* 2013 n° 6, n. N. Mathey ; *RDC* 2013. 641, obs. C. Grimaldi : l'enrichissement sans cause ne peut être invoqué « *dès lors que l'appauvrissement et l'enrichissement allégué trouvent leur cause dans l'exécution ou la cessation de la convention* » (franchise de plusieurs années pour une boutique de téléphones mobiles) ; J. BEAUCHARD, « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat », *Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008.

14. Cass. com. 9 juin 2009, 08-16168, n.p.B., *JCP G* 2009. 312, chron. N. Dissaux.

15. Intransmissibilité **active** à l'ayant cause du franchiseur : jurisprudence plusieurs fois réitérée ; ex. : Cass. com., 3 juin 2008, 2^e esp., *Prodim, Lesage*, *Bull. civ. IV* n° 110-111 ; *JCP G* 2008.II.10154, n. C. Marechal ; *D.* 2008.1623, n. A. Lienhard ; *Contrats, conc. consom.*, comm. n° 200, n. M. Malaurie-Vignal ; *RTD civ.* 2008.478, n. B. Fages ; *RDC* 2008.1278, obs. M. Behar-Touchais : « *le contrat de franchise, conclu en considération de la personne du franchiseur, ne peut, sauf accord du franchisé, être transmis par l'effet d'un apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions* » (donc la bénéficiaire est irrecevable à agir au titre de la violation du contrat, avec la complicité d'un tiers) ; Intransmissibilité **passive** à l'ayant cause du franchisé, ayant cédé son fonds à un concurrent du franchiseur, en tâchant de le purger de la franchise : Cass. com., 15 mai 2007, *Bull. civ. IV*, n° 129 ; *Contrats, conc. consom.* 2007, n° 204, n. M. Malaurie-Vignal ; *RTD civ.* 2007.794, obs. P.-Y. Gautier ; *RDC* 2008.412, obs. M. Behar-Touchais : « *L'acquisition d'un fonds de commerce, faite sans déloyauté et dans le respect du droit de préemption conféré au franchiseur, ne constitue pas une faute de nature à rendre l'acquéreur complice de la rupture, même fautive du contrat de franchise par le cédant* ».

clauses d'agrément ou d'intransmissibilité ou un pacte de préférence sur le fonds de commerce franchisé¹⁶.

839. Formalisme informatif, rentabilité. – La loi du 31 décembre 1989, dite loi *Doubin* (C. com., art. L. 330-3) afin de protéger le franchisé, oblige le franchiseur à lui communiquer au moins vingt jours avant la conclusion du contrat ou, a ajouté la Cour de cassation, lors de sa tacite reconduction¹⁷ « *un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause* ». L'information, qui peut être donnée par voie électronique, a notamment pour objet (art. L. 330-3) de renseigner le futur franchisé sur la valeur commerciale du nom, de la marque ou de l'enseigne que le franchiseur « met à sa disposition », sur l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise et sur le réseau commercial dont elle dispose¹⁸. Ces éléments permettent au candidat à la franchise d'apprécier la contrepartie de la redevance qu'il s'engage à payer. Le Code ne précise pas quelles sanctions sont attachées à la méconnaissance de cette obligation. La jurisprudence décide qu'il s'agit, comme toujours en matière de formalisme informatif, d'une nullité facultative, qui ne peut être prononcée que si l'absence d'information ou son inexactitude ont eu pour effet de vicier le consentement du contractant¹⁹.

La loi *Doubin*, comme le montrent les travaux préparatoires, s'applique principalement aux contrats de franchise. La définition de l'article L. 330-3 permet de l'étendre à d'autres contrats de distribution, lorsqu'ils sont « d'intérêt commun » et que leur élément principal est la mise à disposition d'un nom commercial, d'une marque ou d'une enseigne ; à l'exclusion, par conséquent, de la location gérance d'un fonds de commerce : les règles propres à ce contrat (durée d'exploitation préalable...) protègent suffisamment le locataire gérant. En outre, la loi ne s'attache pas à l'exclusivité ou à la quasi-exclusivité d'approvisionnement, ce qui écarte en principe la concession commerciale. Il n'y a normalement pas de responsabilité du franchiseur pour une absence d'adaptation-coopération aux difficultés du franchisé ou à la rentabilité que celui-ci en escomptait²⁰.

840. 2° Distributeurs sélectifs. – Dans la distribution sélective, un producteur réserve la vente de ses produits à un réseau limité de distributeurs choisis en raison de leurs qualités professionnelles, de leurs obligations²¹ et de leurs installations, mais ils n'ont pas de monopole

16. A. VAN de WYNCKELE BAZELA, « Pacte de préférence et contrat de franchise », *D.* 2004.2487 ; en cas de violation du pacte, son bénéficiaire peut faire annuler l'acte conclu avec le tiers, sur le fondement de la fraude, rapp. * Cass. com., 26 février 2013, n° 12-13721, n.p.b. ; *JCP G* 2013, 563, n. S. Schiller.

17. Cass. com., 14 janvier 2003, *D.* 2003.2304, 1^{re} esp., n. H. Kenfack et somm. 2429, obs. D. Ferrier ; n.p.b.

18. **Biblio.** : N. DISSAUX, *JCP G* 2010, 134 ; R. LOIR, « L'information du franchisé sur le futur », *D.* 2012, 1425. **Jurisprudence** : Cass. com., 11 février 2003, *D.* 2003.2304, 2^e esp., n. H. Kenfack ; n.p.b. : une étude du marché local n'est pas nécessaire ; si elle est fournie et inexacte et a encouragé le franchisé à conclure le contrat, il y a réticence dolosive, entraînant la nullité du contrat.

19. Jurisprudence constante et abondante ; ex. : Cass. com., 10 février 1998, *sté Le Maraîcher*, *Bull. civ. IV*, n° 71 ; *Contrats, conc. consom.* 1998, comm. n° 55, obs. L. Leveuveur ; *D. Aff.* 1998.375 ; *RTD civ.* 1998.365, obs. J. Mestre : « pour annuler les six contrats de location-gérance, la cour d'appel se borne à énoncer que les avant-projets de contrat n'ont pas été communiqués avant la signature ; en se déterminant ainsi, sans rechercher si le défaut d'information avait eu pour effet de vicier le consentement des locataires-gérants, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »... Cassation.

20. N. DISSAUX, « La responsabilité du franchiseur en cas de défaillance du franchisé », *AJCA* 2014, 60.

21. Cass. com., 28 novembre 1995, *Bull. civ. IV*, n° 276 : est justifiée la rupture d'un contrat de distribution sélective aux torts du distributeur, lorsque celui-ci avait commercialisé des « coffrets-cadeaux » remis par le fabricant aux détaillants, après avoir supprimé la mention « interdit à la vente » : ces agissements portaient atteinte à l'image « d'une gamme de haute qualité ».

territorial. L'exclusivité peut être plus ou moins restreinte : par exemple dans certains contrats, le distributeur sélectif peut vendre d'autres produits. Une décision a admis que le refus de renouvellement devait être motivé²².

Ce genre de contrat doit être conforme aux règles européennes²³ et françaises²⁴ imposant la liberté de la concurrence, plus facilement admise que lorsqu'il s'agit de concession exclusive pure et simple. Ce droit fondé sur des réalités économiques évolutives suscite une jurisprudence abondante et circonstanciée. Sous certaines conditions, il légitime un refus de vente de la part du producteur ; en effet, par hypothèse, les revendeurs qu'il refuse de choisir sont dépourvus des qualités requises pour exercer une distribution convenable du produit ; mais le producteur doit démontrer que les conditions justifiant le refus de vente sont réunies, notamment que le réseau de distribution sélective est licite parce que les critères déterminant le choix de distribution sélective sont objectifs, dépourvus de toute discrimination et justifiés par les impératifs d'une distribution adéquate des produits²⁵. Le distributeur agréé n'a le droit de vendre qu'à des consommateurs²⁶ et doit respecter les exigences de la distribution sélective²⁷. Cependant le distributeur non agréé, souvent importateur parallèle, qui achète à un tiers et vend des produits relevant du réseau ne commet pas nécessairement une concurrence déloyale²⁸, sauf s'il s'est approvisionné auprès d'un distributeur agréé²⁹ ; ou a dissimulé la provenance des produits commercialisés³⁰ ; ou a commis un acte de publicité mensongère ; ou a vendu des produits de luxe dans un environnement « dépréciatif » (*sic*)³¹.

22. Cass. com., 27 avril 1993, *Bull. civ. IV*, n° 159 ; *RTD com.* 1994.351, obs. J. Mestre : « Le refus de vente que celle-ci (le fournisseur) lui a imposé n'est pas légitime dès lors que la sté Honda-France n'a procédé à aucune réorganisation juridique de son réseau en remplaçant des distributeurs sélectionnés par des concessionnaires exclusifs et il n'est pas contesté que la sté Europ-auto continue de remplir les critères objectifs de qualité qui avaient permis son agrément ».

23. CJCE, 22 octobre 1986, *Aff. Métro II*, *Rec. CJCE*, p. 3074 : « La complexité de la technologie en cause est actuellement telle qu'elle est de nature à justifier un réseau de distribution disposant de grossistes et de détaillants spécialisés ».

24. Cons. conc., 16 décembre 1991, *Contrats, conc. consom.* 1992, n° 37, obs. L. Vogel.

25. Cass. com., 28 juin 2005, *Bull. civ. IV*, n° 139 ; *D.* 2005, *AJ* 1938, n. E. Chevrier et 2226, n. R. Bertin ; *RDC* 2006.433, obs. M. Behar-Touchais : le juge doit même d'office « examiner les critères de sélection (imposés par le concédant), leur objectivité et les conditions de leur mise en œuvre ».

26. Ex. : Cass. com., 12 juillet 1993, *parfums Christian Dior*, *Bull. civ. IV*, n° 295 : « En procurant les produits d'une marque à un magasin non agréé qui les dissimule dans un tiroir, le distributeur porte atteinte à l'image de la marque et déstabilise le réseau de distribution sélective ».

27. Cass. com., 1^{er} juillet 2003, *Bull. civ. IV*, n° 115 ; *D.* 2003, *somm.* 2427, obs. D. Ferrier ; *RDC* 2003, p. 396, obs. M. Behar-Touchais ; en l'espèce, un distributeur sélectif de produits de luxe, a fait condamner pour concurrence déloyale des distributeurs du même réseau, notamment parce qu'ils n'employaient pas un personnel qualifié : « l'effet relatif des contrats n'interdit par eux tiers d'invoquer la situation de fait créée par les conventions auxquelles ils n'ont pas été parties, si cette situation de fait leur cause un préjudice de nature à fonder une action en responsabilité délictuelle, et en retenant que telle a été la situation de la sté Anaïs (le distributeur demandeur en l'espèce) qui fonde son action en concurrence déloyale sur le non-respect, par les sociétés mises en cause, des obligations que leur imposent les contrats de distribution sélective qu'elles ont signés les uns et les autres, et sur les avantages qu'elles en tirent... ».

28. Cass. com., 13 décembre 1988, *Lanvin*, *Bull. civ. IV*, n° 341 ; *D.* 1989, *somm.* 269, obs. Y. Serra : « Le seul fait d'avoir commercialisé des produits relevant du réseau de distribution sélective de la société Lanvin-parfums ne constituait pas un acte de concurrence déloyale ». La règle est la même lorsqu'il s'agit de concession exclusive : Cass. com., 16 février 1983, *sté Universal*, *Aff. Mitsubishi*, *supra*, n° 831.

29. D. FERRIER, *D.* 1997, *somm.* 56 ; et *D.* 1998, *somm.* 331 et 341. V. égal. l'art. L. 442-6, C. com. C'est l'hypothèse classique en droit des obligations de la violation du contrat avec l'aide d'un tiers complice ; la preuve de la collusion résulte le plus souvent de l'interdiction de revente apposée sur les produits, etc.

30. Ex. : *Cass. com., 27 octobre 1992, *Azzaro*, *D.* 1992.505, 3^e esp., n. A. Bénabent ; *supra*, n° 831.

31. Cass. com., 18 octobre 1994, *Seiko*, *Bull. civ. IV*, n° 310 ; *D.* 1995, *somm.* 201, obs. Y. Serra, 1996.311, obs. I. Krimmer ; en l'espèce, la sté Seiko, fabricant japonais de produits d'horlogerie, avait confié à la sté CGH la distribution exclusive de ses produits pour la France, la Belgique et le Luxembourg ; la société CGH assurait leur distribution par un réseau de revendeurs agréés

Une distribution sélective qui serait discriminatoire est toujours illicite ; elle n'est frappée de sanction, notamment une responsabilité que si elle a causé un préjudice à la concurrence en lui portant atteinte ; ce qui suppose que le fournisseur, auteur de cette discrimination, détienne une part de marché « *qui ne soit pas d'importance mineure* »³².

Le cinéma utilise aussi la distribution sélective, selon des modalités différentes ; souvent le producteur entend choisir les salles où seront projetés ses films ; malgré le particularisme de cette industrie, la Cour de cassation a jugé illicite cette pratique³³. Les distributeurs de films sont souvent les commissionnaires des producteurs³⁴.

841. Internet. – La distribution en ligne bouleverse les données du droit de la distribution : alors que la territorialité est consubstantielle aux réseaux, des distributeurs, agréés ou non, peuvent proposer au public, à des prix battant toute concurrence, des produits de marque, obtenus au sein du réseau ou en dehors, à l'échelon planétaire, indifférents aux circuits traditionnels, remettant ainsi en cause la politique des fabricants (géographie, prix, etc.) Elle est une vente à distance³⁵. Le critère permettant au fabricant d'avoir un accès direct et licite aux clients situés dans le territoire du distributeur ou du concessionnaire, ou du franchisé, ou à ceux-ci d'avoir accès à leurs clientèles respectives, est l'absence de recherche de captation spécifique de celles-ci, ce que les autorités de l'Union européenne appellent les « ventes actives », en opposition aux « ventes passives » (quel charabia !). Le règlement UE n° 330/2010 du 20 avril 2010 autorise les distributeurs agréés à vendre sur l'Internet, sans se voir imposer de limites par les

soigneusement choisis ; elle fit condamner d'autres entreprises qui vendaient en France, en Belgique et au Luxembourg les mêmes produits, en se fournissant au « marché parallèle » ; « *l'arrêt (de la cour d'appel) après avoir exactement énoncé que le fait pour un revendeur de s'approvisionner sur un marché parallèle ne constituait pas en soi une pratique anticoncurrentielle relève [...] que les montres Seiko sont vendues par (les entreprises poursuivies par CGH) [...] dans des magasins proposant au public des articles « bas de gamme » [...] ; que le personnel de ces boutiques n'a ni les connaissances, ni les compétences que tout consommateur est en droit d'attendre du vendeur d'un produit d'une certaine notoriété et d'une relative complexité* ».

32. Ex. : Cons. conc., 26 novembre 2003, *Biotherm* ; M. A. SABIRAU-PEREZ, « Distribution sélective et préjudice concurrentiel », *D.* 2004, chron. 441.

33. Cass. com., 20 mars 1990, *aff. Bird*, *Bull. civ. IV*, n° 84 ; *D.* 1990.278, concl. Jéol ; *JCP G* 1990.II.21520, m. concl. : « *Ayant relevé que le refus injustifié de la sté Warner de fournir à la sté Learel la copie qu'elle sollicitait privait celle-ci de la possibilité de diffuser en même temps que ses concurrents un film qui venait d'être primé au festival de Cannes, et ce dans des conditions telles qu'elles avaient pour résultat de défavoriser ce distributeur indépendant, la cour d'appel a pu retenir l'existence d'un trouble manifestement illicite, même en l'absence de tout dommage imminent* ».

34. *Supra*, n° 538.

35. D. FERRIER, « La distribution sur Internet dans le cadre d'un réseau », *D.* 2006.2594 ; A. LECOURT, « Franchise et internet : des rapports contractuels délicats », *D.* 2004, chron. 623 ; R. FABRE, « Les contrats de distribution et internet à la lumière du nouveau règlement communautaire », *D.* 2001, chron. 461. Certaines décisions se montrent libérales à l'égard des revendeurs en ligne : Cons. conc., 29 octobre 2008, *Pierre Fabre*, *D.* 2008.862, n. C. Manara ; *Com. com. électr.* 2008, n° 137, n. M. Chagny ; *Contrats, conc. consom.* 2008, comm. n° 271, n. M. Malaurie-Vignal : le laboratoire ne saurait interdire la vente en ligne de cosmétiques à ses distributeurs agréés ; d'autres sont sévères : Versailles, 2 décembre 1999, motifs, *D.* 2000.92, n. C. Manara ; *JCP G* 2000.II.10282, n. M. Vivant : « *le distributeur doit remplir des objectifs de qualité des services et des conseils, de marketing et de promotion de ses produits ; aussi il convient, sous astreinte, afin de mettre fin au trouble manifestement illicite, de faire droit à la demande du fournisseur de cessation de la commercialisation de ses produits sur le site internet litigieux par l'un de ses distributeurs* » ; le franchiseur peut proposer ses services à la clientèle sur l'Internet, sans que le franchisé puisse lui reprocher de méconnaître son exclusivité territoriale : Cass. com., 14 mars 2006, *Bull. civ. IV*, n° 65 ; *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. n° 82, n. M. Malaurie-Vignal ; *D.* 2006, Jur. 1901, n. H. Kenfack.

fabricants³⁶. Quant aux revendeurs non autorisés, ils ne devraient pas être autorisés à pratiquer une distribution parallèle sur l'Internet³⁷.

842. 3° Distribution agréée. – La forme la moins contraignante de distribution contrôlée est la distribution agréée, qui n'impose ni exclusivité, ni obligation d'achat, et où le fabricant se borne à donner son agrément à un commerçant qui vend ses produits³⁸. Le fabricant contrôle la compétence du distributeur, le distributeur utilise la marque du fabricant. Par exemple, un garagiste a l'agrément d'un constructeur : il agit pour son propre compte et est simplement habilité. Comme le dit la Cour de cassation, « ces clauses ne prévoient d'exclusivité quelconque au profit d'aucune des parties »³⁹. Par conséquent, le distributeur agréé peut vendre des produits concurrents et, inversement, ce contrat ne peut justifier un refus de vente à un distributeur non agréé. Celui-ci ne bénéficie normalement pas de la garantie de la marque s'il s'est approvisionné sur le marché parallèle⁴⁰. Le producteur peut retirer son agrément au distributeur, sauf les tempéraments habituels de la faute et de l'abus du droit.

L'agrément est susceptible de variantes. Par exemple, il est parfois interdit au distributeur agréé d'adhérer à un réseau concurrent ; cette clause n'est pas valable si le fournisseur est en position dominante sur le marché⁴¹.

843. 4° Intégration agricole. – Les agriculteurs dépendent des négociants qui achètent leurs produits ou leur fournissent leurs approvisionnements. Le Code rural et de la pêche maritime (L. 6 juillet 1964, art. L. 326-1 à L. 326-10) les protège en réglementant les contrats d'intégration agricole par lesquels une entreprise agro-alimentaire contrôle une activité agricole, soit par les fournitures qu'elle vend à un producteur, soit par les produits qu'elle lui achète⁴². Elle a suscité un contentieux important parce que sa technique est compliquée et s'adapte mal à la diversité des activités agro-alimentaires. Presque chacun de ces termes a suscité des difficultés d'interprétation.

Ce contrat met l'agriculteur dans un état de dépendance économique⁴³ : car les obligations sont réciproques. Cette réciprocité n'est pas simplement celle qui caractérise un contrat

36. Ex. CJUE, 13 octobre 2011, *Pierre Fabre, Contrats, conc. consom.* 2011, n^{os} 257, n. M. Malaurie-Vignal et 263, n. G. Decocq ; *JCP G* 2011, n^o 1430, n. D. Ferrier, *RDC* 2012. 522, obs. M. Behar-Touchais : la clause contraignant le distributeur de parapharmacie à ne vendre que dans un lieu physique, avec le concours d'un pharmacien diplômé, alors que la nature des produits ne le justifiait pas, est anticoncurrentielle (TFUE, art. 101) ; Cass. com., 24 septembre 2013, n^o 12-14344, *Bull. civ.* IV n^o 141 ; *D.* 2014. 192, n. A. Mendoza-Caminade (caractère illicite, au regard de l'art. 101 TFUE et de la jurisprudence de la CJUE, de la clause imposant la présence d'un pharmacien diplômé pour la vente de produits dermo-cosmétiques et interdisant de ce fait la vente sur l'Internet). V. égal. Paris, 2 février 2016, *Caudalie, Contrats, conc., consom.* 2016, n^o 92, n. M. Malaurie-Vignal : le distributeur peut même formuler son offre sur une plate-forme générale, qui n'est pas la sienne, rendant la concurrence frontale avec le fabricant.

37. D. FERRIER, *chron. préc.*

38. Ex. : Cass. com., 9 février 1976, *JCPG* 1977.II.18598, n. J. Hémar ; n.p.B. : « La qualité de revendeur agréé [...] a, dans les usages commerciaux, une signification précise équivalant à une "investissement" donnée par le fabricant en contrepartie des garanties professionnelles que ce revendeur offre à la clientèle ».

39. Cass. com., 18 mai 1971, *Bull. civ.* IV, n^o 138 ; *RTD com.* 1972.989.

40. Cass. com., 18 octobre 1994, *Aff. Seiko*, *préc.* Il suffit que la chaîne d'approvisionnement ait une origine régulière pour que la garantie joue.

41. Ex. : dans l'affaire *Interflora*, le « règlement intérieur "stipulait" que les points (sic) membres ne doivent appartenir à aucune autre organisation de transmission florale ». La Commission de la concurrence (12 décembre 1985, *BOSP*, 1986.37) a donné son avis : « La clause d'exclusivité imposée par *Interflora* aux fleuristes de son réseau désireux d'appartenir parallèlement à une autre organisation de transmission florale est de nature en raison de la position dominante que détient *Interflora* à entraver le fonctionnement normal du marché considéré ».

42. **Biblio.** : H. BOSSE-PLATIÈRE et al., *Droit rural*, LexisNexis 2013.

43. Ex. éleveur : Cass. civ. 1^{re}, 30 octobre 1995, *Bull. civ.* I, n^o 378 : « La sté B.V.T. fournissait à M. Colombel les aliments nécessaires à son élevage de poulets et cet élevage était visité, chaque

synallagmatique ; il faut qu'entre un producteur agricole⁴⁴ (ou un groupe de producteurs) et une ou plusieurs entreprises industrielles ou commerciales⁴⁵ soit conclu un contrat « comportant obligation réciproque de fournitures de produits ou de services » (C. rur. pm., art. L. 326-1) ; ce contrat réalise donc une « intégration » de l'activité de l'agriculteur dans celle de l'industriel, parce qu'il lui impose une discipline de production, de fournitures ou de ventes. Généralement, à ces promesses de vente et d'achat s'adjoignent des conventions d'exclusivité, des prêts et des conventions d'assistance. La loi entend être réaliste ; aussi, pour savoir s'il y a un contrat d'intégration, il faut examiner l'ensemble des relations contractuelles ayant conduit à la réciprocité, ce qui soulève des difficultés de qualification⁴⁶. Peu importe la liberté de l'agriculteur dans la conduite de son exploitation s'il se trouve dans un état de dépendance économique⁴⁷.

Comme le font les lois contemporaines protectrices du consommateur, la loi impose au contrat, à peine de nullité, de mentionner des informations, afin d'éclairer l'agriculteur (art. L. 326-6) ; sa méconnaissance entraîne une nullité relative⁴⁸ ; cette disposition est, en fait, très souvent méconnue. Aussi, presque chaque fois que l'agriculteur subit des pertes dans l'exécution de son contrat, il demande et obtient sa nullité, même s'il est de mauvaise foi. Lorsque le contrat a été exécuté avant d'être annulé (ce qui est toujours le cas), les restitutions consécutives à la nullité sont complexes, car généralement elles ne peuvent être faites en nature (les produits agricoles ont été consommés ou aliénés) : le juge doit rechercher la valeur respective des prestations réciproquement fournies⁴⁹ ; la

semaine, par un technicien de cette sté, qui établissait des « fiches d'élevage » et prescrivait divers traitements ; la cour d'appel a retenu que ce suivi systématique de chaque lot de poulets, préalable à tout incident, ne pouvait être considéré comme l'exécution d'un simple devoir de conseil d'utilisation des aliments accessoire à leur vente ; [...] il résultait que l'éleveur était dans une situation de dépendance économique à l'égard de la sté B.V.T., la cour d'appel en a retenu à bon droit que la convention litigieuse devait être réputée contrat d'intégration ».

44. La définition du « producteur agricole » soulève des difficultés. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 7 octobre 1981, *Bull. civ. I*, n° 276 ; *JCP G* 1982.II.19873, n. J. Prévault : un marchand de bestiaux n'est pas un agriculteur. Mais Cass. civ. 1^{re}, 8 décembre 1987, *Bull. civ. I*, n° 327, précise que l'éleveur est un producteur agricole dès lors « qu'il ne se bornait pas à "un achat pour une revente en l'état comme des marchands de bestiaux" ».

45. La loi n'intéresse que l'intégration « capitaliste » : elle est étrangère aux contrats conclus entre une société coopérative et un de ses adhérents. Elle s'applique aux contrats conclus entre une entreprise industrielle ou commerciale et une coopérative, elle-même liée contractuellement à ses adhérents : Cass. civ. 1^{re}, 24 avril 1979, *Bull. civ. I*, n° 212 ; *RD rur.* 1980.543 ; 18 novembre 1986, *Bull. civ. I*, n° 242 ; *Gaz. Pal.* 27 mai 1987 ; *RD rur.* 1987.167, obs. L. Lorvellec.

46. Parfois, la jurisprudence a une compréhension large de l'ensemble contractuel. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 25 mai 1977, *Bull. civ. I*, n° 248. En l'espèce, un éleveur avait conclu un contrat d'intégration avec un marchand de bestiaux ; puis, il avait conclu un autre contrat avec un tiers, ayant uniquement pour objet la fourniture d'aliments. La cour d'appel avait décidé que ce second contrat n'était pas un contrat d'intégration puisqu'il ne comportait pas, d'obligations réciproques. Cassation, car la cour d'appel n'avait pas recherché « si les deux contrats n'avaient pas été conclus dans la perspective l'un de l'autre, leur réunion aboutissant ainsi à créer un ensemble d'obligations réciproques de fournitures, de produits ou de services ». Certaines décisions ont une compréhension plus étroite. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 20 décembre 1988, *Bull. civ. I*, n° 363 ; *D.* 1989.205, n. Ph. Malaurie ; *JCP G* 1989.II.21219, n. J. Prévault ; *JCP N* 1989.II.346, même note ; en l'espèce, un aviculteur avait fait construire un poulailler avec l'aide de la société Sanders, fournisseur d'aliments pour volailles ; comme le contrat de construction portait exclusivement sur cette construction pour un prix déterminé, jugé qu'il était « autonome » et qu'il n'y avait donc pas d'intégration.

47. Cass. civ. 1^{re}, 4 février 1992, *Bull. civ. I*, n° 36.

48. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 10 janvier 1995, *Bull. civ. I*, n° 18 ; *D.* 1995, somm. 123, obs. E. Martine ; *JCP G* 1995.I.3843 ; *Defrénois* 1995, art. 36024, n° 19, obs. J.-L. Aubert : « La nullité [...] ayant été édictée dans le seul intérêt du producteur, est une nullité relative » ; en l'espèce, l'enjeu était la durée de la prescription extinctive de l'action en nullité qui, jusqu'à la loi de 2008, était différente selon la nature de la nullité.

49. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 14 octobre 1975, *Bull. civ. I*, n° 264 ; *RD rur.* 1976.223, obs. L. Lorvellec : le juge doit « tenir compte de la valeur des prestations fournies par chacune des parties et de l'avantage

nullité du contrat de travail aboutit à des résultats plus simples parce que les prestations réciproques y sont moins compliquées.

N° 844. réservé.

qu'elles en (du contrat) retirent réciproquement » ; Cass. civ. 1^{re}, 3 février 1987, *Bull. civ. I*, n° 37 : le juge ne peut liquider les pertes comme s'il s'était agi d'une société de fait ; Cass. civ. 1^{re}, 8 décembre 1987, *Bull. civ. I*, n° 327 ; *RD rur.* 1988.169, obs. L. Lorvellec : « *L'éleveur a droit à la valeur des prestations fournies au titre du travail effectué pour exécuter les contrats annulés* » ; Cass. civ. 1^{re}, 11 juin 1991, *Bris, Bull. civ. I*, n° 187 : le juge doit remettre « *les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt* » (qui avait annulé le contrat) et ne pas se borner « *à prendre en compte les prestations pécuniaires versées par M. Bris (l'éleveur) à ses contractants, sans tenir compte des prestations d'élevage fournies par cet éleveur* » ; Cass. civ. 1^{re}, 2 mai 1989, *JCP G* 1989.IV.245 ; *RD rur.* 1989.367 : la restitution doit être calculée de telle sorte qu'elle n'aboutisse pas à une exécution du contrat. V. J. DANET et L. LORVELLEC, « Les restitutions après l'annulation d'un contrat d'intégration soumis à la loi du 6 juillet 1964 », *D.* 1982, chron. 211-20.

■ LIVRE IV ■

CONTRATS DE RESTITUTION

PREMIÈRES VUES SUR LES CONTRATS DE RESTITUTION

845. Diversité des restitutions. – Le dépôt et le prêt à usage (anciennement nommé commodat) ont pour premier élément commun d'être des contrats de restitution¹ ; ils obligent le dépositaire et l'emprunteur à restituer en fin de contrat la chose qui leur avait été remise.

Les obligations de restitution ont un vaste domaine qui dépasse le dépôt et le prêt à usage ; elles apparaissent dans d'autres contrats et dans des situations extra-contractuelles.

1) D'une part, il existe d'autres **contrats** qui obligent à une restitution, par exemple le gage ou le bail ; ils ont un particularisme marqué, parce qu'il s'agit pour l'un d'un contrat constitutif d'une sûreté et pour l'autre d'un contrat successif ; la différence avec le dépôt et le prêt à usage tient surtout à ce que la restitution n'est pas l'essentiel du contrat. De même, le mandataire doit restituer « *tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration* » (art. 1993). Plus proche du dépôt et du prêt à usage existe le prêt de consommation, qui oblige à restitution, cette fois à titre principal ; la différence tient à ce que la restitution ne porte pas sur la chose prêtée mais sur un équivalent, parce que le contrat est translatif de propriété, ce que ne sont ni le dépôt ni le prêt à usage.

2) D'autre part, il y a des obligations de restitution dont l'origine est **non contractuelle** ; ainsi, la nullité ou la résolution d'un contrat dont l'exécution avait entraîné la remise d'une chose, par exemple une vente ; ou bien, le rapport ou la réduction en nature d'une donation que le donataire doit effectuer à la succession du donateur ; il existe également une obligation de restitution dans des quasi-contrats tels que le paiement de l'indu ou l'enrichissement sans cause. Dans toutes ces hypothèses, l'obligation de restitution est liée à d'autres obligations, plus complexes.

L'obligation de restitution est simple dans le dépôt et le prêt à usage, qui, selon une tradition aujourd'hui mise en cause, sont des contrats unilatéraux, gratuits et réels et, à beaucoup d'égards, ne sont pas complètement des contrats.

846. 1° Contrats unilatéraux ? – Le Code civil conçoit le dépôt et le prêt à usage comme des contrats unilatéraux² : à la différence des contrats synallagmatiques, il n'y a pas de réciprocité entre les obligations qui en découlent ; seuls le dépositaire et l'emprunteur sont tenus à une obligation, qui a précisément pour

1. **Étymologie** de restitution : *Restituo, ere* : du latin : *re* (idée de retour) + *statuo, ere* = placer = remettre en place. **Biblio.** : Marie MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, th., Paris II, Cujas, 1991, préf. G. Cornu ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, th., Paris I, LGDJ, 1992, préf. J. Ghestin.

2. Conséquences pour la preuve du prêt, *infra*, n° 905.

objet une restitution. Cependant, le caractère unilatéral du contrat peut s'atténuer ou disparaître dans deux situations.

1) D'une part, en cours d'**exécution** du contrat, il se peut que le débiteur de la restitution, par exemple le dépositaire, fasse des dépenses afin de conserver la chose ; il devient à son tour créancier d'une indemnité ; le contrat est alors un contrat synallagmatique imparfait : il est, sauf controverses, soumis aux règles de fond des contrats synallagmatiques.

2) D'autre part, dès la **conclusion** du contrat, un salaire peut avoir été convenu, le contrat devenant parfaitement synallagmatique et lui faisant perdre sa gratuité : ce qui n'est possible que pour le dépôt, non pour le prêt à usage. Si le prêt de consommation est à titre onéreux, il devient synallagmatique.

847. 2° Contrats gratuits ? – Le Code civil conçoit le dépôt et le prêt à usage comme des contrats ordinairement unilatéraux, dans la mesure où ils sont gratuits. Le dépôt et le prêt à usage sont en effet, de leur nature, des opérations désintéressées, ce que l'on appelle des actes de bienfaisance, mais ils ne le sont pas au même degré.

1) Le Code civil dit du **dépôt** qu'il est « *essentiellement gratuit* » (art. 1917), ce qui n'est vrai qu'historiquement. Le contrat de dépôt était en effet autrefois exclusivement conçu comme un service d'ami, qui naissait de circonstances particulières comme un départ en voyage. Malgré la lettre du texte, le dépôt est aujourd'hui souvent salarié ; notamment, lorsque le dépositaire est un professionnel qui est parfois une entreprise spécialisée – garde-meubles, entrepôt, vestiaire de théâtre, etc.

2) Le Code civil dit aussi du **prêt à usage** qu'il est « *essentiellement gratuit* » (art. 1876). Cette fois, la gratuité reste, au moins en partie, de l'essence du contrat. Pendant longtemps, il s'était agi d'un contrat d'amitié, et l'amitié est incompatible avec la recherche du profit : « je te prête cette chose parce que tu en as besoin et que tu es mon ami ». Aujourd'hui, il est devenu aussi un contrat d'affaires, or les affaires sont incompatibles avec la philanthropie ; ce que signifie alors la gratuité est purement négatif ; le prêt à usage, conclu dans le monde des affaires, ne doit pas être à titre onéreux : la gratuité est altérée.

Traditionnellement, on voit aussi dans ces contrats des contrats réels.

848. 3° Contrats réels ? – Depuis quelque temps, l'existence des contrats réels soulève une controverse. L'analyse classique, venant du droit romain³, qualifiait le dépôt et le prêt de contrats réels⁴, c'est-à-dire des contrats qui ne pouvaient se former que par la remise de la chose⁵ et non par le simple échange des consentements. À Rome, pour les contrats, le consentement ne jouait qu'un rôle restreint, bien que croissant au cours de l'histoire : il se bornait à préciser les modalités de la restitution (lieu, date, et, le cas échéant, intérêts). Pour le Code civil, le caractère réel de ces contrats apparaît nettement, notamment dans l'article 1919 relatif au dépôt : il « *n'est parfait⁶ que par la remise réelle ou fictive de la chose*

3. J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^e éd., 2010, n^{os} 476 et s.

4. **Étymologie** de réel : du latin *res*, *ei* = chose.

5. Le Code civil parle de « *livrer* » (art. 1875, 1892) ou de « *recevoir* » (art. 1915) ; le droit contemporain de « mise à la disposition ».

6. Le mot parfait (**étymologie** : du latin *perfectus*, *a, um* = fait complètement, de *facio* = faire + *per* = tout à fait, complètement) est dans le langage juridique ambigu. Il peut désigner soit la conclusion du contrat – le contrat est définitivement conclu parce que sont remplies toutes les conditions nécessaires à sa formation –, soit ses conséquences – le contrat produit la plénitude de ses effets.

déposée ». Cette analyse a longtemps été maintenue par une partie de la doctrine avec cependant un assouplissement notable et traditionnel : le dépôt ou le prêt peuvent être précédés d'une promesse consensuelle, faisant naître des obligations, mais distinctes de celles qui résulteraient du prêt ou du dépôt lui-même.

La plupart des auteurs modernes voient, au contraire, dans le dépôt ou dans le prêt des contrats consensuels⁷. Leur prétendu caractère réel traduirait seulement cette règle de bon sens que les obligations de restitution du dépositaire et de l'emprunteur ne sauraient naître avant la remise de la chose. Le seul contrat pleinement réel serait le don manuel puisque la promesse consensuelle de don manuel est dépourvue d'effet⁸ (comme l'est la promesse de toute espèce de donation), mais le don manuel n'est pas un contrat de restitution.

Ces dernières années, cette contestation a suscité un vif débat théorique, la majorité de la doctrine estimant révolue la notion romaine de contrat réel ; on a même parlé de « *déréalisation* » du prêt⁹ ou bien de la « *juridicisation* » du contrat réel. D'autres auteurs sont réservés sur cette évolution et continuent à voir dans les contrats de prêt des contrats réels¹⁰. Il y a en effet dans le contrat réel une indivisibilité entre ses deux éléments : un accord de volontés (un contrat) et la remise de la chose (un contrat réel). Le contrat réel est codifié à l'article 1109 alinéa 3 du Code civil.

849. Différences entre prêts bancaires et prêts particuliers. – À plusieurs reprises la Cour de cassation, rompant avec sa jurisprudence antérieure, a décidé que le prêt d'argent consenti par un professionnel du crédit n'était pas un contrat réel, ce qui impliquait que la conclusion du prêt produisait les mêmes effets que tout autre accord¹¹.

Lorsqu'il s'agit d'un prêt consenti entre particuliers, le prêt est un contrat réel dont l'existence est donc subordonnée à la remise de la chose prêtée à l'emprunteur. Mais lorsque celui-ci a fait une reconnaissance de dette, la Cour de cassation a décidé, par application de l'ancien article 1132 (qui n'a pas été remplacé) relatif aux billets non causés, que le prêteur pouvait obtenir son remboursement sans autre preuve que la reconnaissance de dette ; c'était à l'emprunteur qu'incombait la preuve contraire qu'il n'avait pas reçu la chose prêtée¹².

Lorsqu'il s'agit d'un prêt consenti par un professionnel, par exemple une banque, il s'agit d'un contrat consensuel. C'est au prêteur de prouver qu'il a remis la chose à l'emprunteur, preuve qui peut résulter d'une reconnaissance de dette¹³.

7. 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.* 1985.1 et s.

8. *Les successions*, coll. Droit civil.

9. D. HOUTCIEFF, obs. sous Cass. com., 21 janvier 2004, *RDC* 2004, p. 744.

10. Ex. : Fr. GRUA, « Le prêt d'argent consensuel », *D.* 2003.1492 : « *La conversion (du prêt) au consensualisme ne paraît augurer d'aucune amélioration véritable [...]. Le crédit par avance de fonds est une opération fractionnée en deux (l'accord de volontés et la remise des fonds), qu'il ne faut pas vouloir réduire à un contrat unitaire.* »

11. Jurisprudence abondante ; ex. : Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2008, n° 06-19753, *Bull. civ.* I, n° 174 ; *D.* 2008.1825, n. X. Delpéch et 2555, chron. F. Chénéde ; *Defrénois* 2008.1967, n. E. Savaux ; *RDC* 2008.1129, n. Y.-M. Laithier et 2009.188, obs. P. Puig ; *JCP G* 2008.II.10150, n. A. Constantin ; *JCPE* 2008.1964, n. D. Legeais : « *le prêt consenti par un professionnel du crédit n'étant pas un contrat réel, c'est dans l'obligation souscrite par le prêteur que l'obligation de l'emprunteur trouve sa cause, dont l'existence, comme l'exactitude, doit être appréciée au moment de la conclusion du contrat.* »

12. Cass. civ. 1^{re}, 7 mars 2006, *Bull. civ.* I, n° 10 ; *RDC*. 2006.278, obs. crit. P. Puig.

13. Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2008, n° 06-19056 ; *RDC*. 2009. 183, obs. P. Puig ; *D.* 2008. 1827, n. X. Delpéch ; 2555. n. Fr. Chénéde, n'inverse pas la charge de la preuve l'arrêt qui, pour accueillir la demande en remboursement d'un prêt fondée sur une reconnaissance de dette souscrite par l'emprunteur (prêt entre particuliers), retient qu'il incombe à celui-ci d'établir que le prêteur ne lui a pas remis les fonds.

850. Ouverture de crédit. – Le contrat d'ouverture de crédit est une convention par laquelle un banquier s'engage à mettre à la disposition d'un client un crédit pour un temps déterminé. Le client peut utiliser ce crédit par un acte unilatéral de volonté, il peut aussi ne pas l'utiliser ; il n'y a pas encore de prêt.

Il ne s'agit pas, à proprement parler, d'une promesse de prêt, mais plutôt d'une promesse de crédit, puisque le crédit peut avoir d'autres modalités qu'un prêt, notamment lorsqu'il est ouvert en compte courant ; en outre, le banquier peut se dégager de la promesse, si le comportement du crédit compromet la « dignité du crédit » (il n'inspire plus confiance) – ce qui ne serait pas possible dans une pure et simple promesse de prêt.

En 2004, la Cour de cassation a décidé que l'ouverture de crédit était une promesse de prêt et obligeait à restitution dans la mesure « *des fonds utilisés* »¹⁴.

Cette jurisprudence révèle que le prêt et la promesse de prêt ne sont pas des contrats consensuels ; ils comportent à la fois un élément volontaire et un élément réel ; il n'y a d'obligation de restitution que dans la mesure où il y a eu deux éléments qui ont été accomplis : un engagement volontaire et la remise de la somme promise. Le banquier peut mettre fin à l'ouverture de crédit à durée indéterminée, en respectant un délai de préavis auprès de son client (pour les entreprises : C. mon. fin., art. L. 313-12).

851. Nullité et résolution. – La nullité des contrats de restitution (ou leur résolution) obéit à la prescription extinctive de droit commun (quinquennale, art. 2224, L. 17 juin 2008). Cependant, elle ne modifie pas l'obligation principale, celle de restituer ; par conséquent, la sûreté qui la garantissait subsiste¹⁵, alors que, habituellement, la nullité du contrat principal entraîne la caducité de la sûreté (ex. : pour la caution, art. 2289, al. 1).

Elle n'entraîne l'anéantissement que des stipulations secondaires : celles qui sont relatives aux modalités du contrat. D'une part, celle qui est relative au terme : il y a déchéance du terme et la restitution doit être immédiate ; d'autre part, celle qui est relative aux intérêts, s'il en avait été promis.

852. 4°) Des contrats pas comme les autres ? – Le double caractère de ces contrats : gratuits – aujourd'hui marqués d'une grande relativité – et réels – partiellement remis en question – en fait des contrats pas comme les autres. Lorsqu'ils sont gratuits, ils sont un peu en dehors du droit, ils constituent presque du non-droit ; ce qui explique les règles de révocabilité et de responsabilité auxquelles ils sont soumis. Parce qu'ils sont réels, la volonté exerce un moindre rôle que dans les autres contrats et intéresse surtout les modalités de la restitution.

14. * Cass. com., 21 janvier 2004, *Sté la gerbe d'or*, Bull. civ. IV, n° 13 ; D. 2004.498, n. V. Avena-Robardet et 1149, n. Chr. Jamin ; RDC 2004.763, obs. D. Houtcieff ; JCPG 2004.II.10062, n. S. Piédelièvre : « *L'ouverture de crédit, qui constitue une promesse de prêt, donne naissance à un prêt, à concurrence des fonds utilisés par le client* » ; en l'espèce, une banque avait consenti à une entreprise commerciale une ouverture de crédit de 2 millions de francs utilisée par son bénéficiaire pour environ 1 million 900 000 ; l'entreprise commerciale fut mise en redressement judiciaire, la banque obtint d'être traitée comme les autres prêteurs, à concurrence des fonds effectivement empruntés ; rejet du pourvoi.

15. Ex. : cautionnement : * Cass. com., 17 novembre 1982, *sté Sodac*, Bull. civ. IV, n° 357 ; D. 1983.527, n. crit. M. Contamine-Raynaud ; JCP G 1984.II.20216, n. appr. Chr. Mouly et Ph. Delebecque ; *Defrénois* 1984, art. 33251, n° 25, p. 368, obs. J.-L. Aubert : « *Tant que les parties n'ont pas été remises en l'état antérieur à la conclusion de leur convention annulée, l'obligation de restituer inhérente au contrat de prêt demeure valable ; dès lors, le cautionnement, en considération duquel le prêt a été consenti, subsiste tant que cette obligation valable n'est pas éteinte* » ; en l'espèce, un prêt à usage avait accompagné une promesse de fourniture de produits pétroliers, ultérieurement déclarée nulle pour indétermination du prix ; le cautionnement qui garantissait la restitution du prêt a pourtant été jugé valable. V. *Droit des sûretés*, coll. Droit civil.

853. Plan. – Beaucoup de caractères sont communs au dépôt et au prêt, comme le révèlent les ressemblances de leurs régimes. Il existe pourtant une différence essentielle. Le dépôt est fait, soit dans l'intérêt du déposant, soit dans l'intérêt commun du déposant et du dépositaire ; le prêt à usage est toujours fait dans l'intérêt exclusif de l'emprunteur ; le prêt de consommation est le plus souvent fait dans l'intérêt commun de l'emprunteur et du prêteur. Le régime du dépôt (Titre I) n'est donc identique, ni à celui du prêt à usage, ni à celui du prêt de consommation (Titre II).

N^{os} 854-858. réservés.

■ TITRE I ■

DÉPÔT

PREMIÈRES VUES SUR LE DÉPÔT

Aux termes de l'article 1915, « le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature ». Cette définition permet d'en dégager les caractères (Section I), ce qui règle la qualification dans des hypothèses marginales (Section II)¹.

SECTION I CARACTÈRES

859. Contrat ? – Le dépôt est un contrat antique. Est-il vraiment un contrat ? Jean Carbonnier en avait douté : à ses commencements, le dépôt était un acte sacré et le dépositaire infidèle commettait un sacrilège. Or le sacré n'est ni un contrat, ni même ne relève du droit. Les choses ont changé ; sa professionnalisation et sa commercialisation contemporaines lui ont retiré sa mystique : dans la remise au garde-meuble ou au coffre-fort de la banque, il n'y a pas le pathétique que pouvait avoir le dépôt effectué par le fugitif. Il demeure que, comme dans tous les contrats réels, la volonté y exerce un rôle moindre que dans les autres contrats ; il cesse même d'être un contrat lorsqu'il est un acte de pure complaisance² ou peut-être même lorsqu'il est un acte administratif³.

1. J. CARBONNIER, « La tentation du non-droit dans le petit contrat de dépôt », in *Flexible droit*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 341 s. Ph. RÉMY, *RDC* 2014. 143 et S. PIMONT, *ib.* 151. J. HOUSSIER, « De quelques paradoxes du contrat de dépôt », *Dr. et patr.*, oct. 2014, p. 28, (très) critique.

2. Ex. : Cass. com., 25 septembre 1984, *Bull. civ. IV*, n° 242 : en l'espèce, un barman avait reçu par complaisance un album de photos de portraits dont un amateur devait prendre ultérieurement connaissance ; jugé que ce n'était pas un dépôt.

3. Ex. : usage d'un **parking** géré par une collectivité publique, * Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1981, *Aff. de l'aéroport d'Orly*, *Bull. civ. I*, n° 85 ; D. 1981.395 : « La cour d'appel qui a relevé que l'organisation du parc à voitures de l'aéroport d'Orly constituait une mesure de police, et que son utilisation faisait l'objet de textes réglementaires qui précisaient notamment que le droit de l'utilisateur, en contrepartie de sa redevance, était un simple droit de stationnement à ses risques et périls, a énoncé que ladite redevance rémunérait uniquement le droit pour l'utilisateur d'occuper privativement et à titre temporaire le domaine public ; elle en a déduit, justement, que la responsabilité de l'aéroport ne pouvait être retenue ».

De ses origines romaines, il a longtemps conservé quatre traits : un contrat réel, un contrat d'amitié, un contrat de garde et un contrat diversifié. L'évolution contemporaine en a progressivement fait complètement disparaître certains et altéré d'autres.

860. 1^o Le plus réel des contrats réels. – Ce qui constitue le dépôt est la remise volontaire de la chose (art. 1915 et 1919)⁴ ; il est donc un contrat réel, où l'obligation de restitution a pour cause la tradition réelle ou fictive. Comme chaque fois qu'il est fait référence au contrat réel, l'analyse est devenue contestée ; elle soulève les mêmes discussions qu'à l'égard du prêt, bien que son intérêt pratique soit moindre.

Le Code civil précise que cette chose doit être un meuble (art. 1918), et la nature du contrat semble impliquer qu'il doit s'agir d'une chose corporelle⁵ ; la discussion est vive pour les biens incorporels, tels qu'une valeur mobilière dématérialisée⁶. On peut également concevoir le dépôt du support matériel de la propriété artistique, tel que des photographies⁷.

861. Dépôts immatériels. – Sur l'Internet, le public peut déposer des fichiers (musiques, films, images, textes) dans des espaces de stockage virtuels, dits « nuages ». C'est le « *cloud computing* ». Ce qui conduit à admettre les dépôts immatériels. Étant entendu que le professionnel acheminera souvent le transport des données, de sorte que le contrat est mêlé d'entreprise⁸. Selon la règle habituelle (art. 1931), comme pour le coffre-fort, le dépositaire en ligne ignorera (délibérément) le contenu du nuage. Des tiers autorisés par le déposant pourront y avoir des accès limités, à l'invitation de celui-ci. Souvent, le contrat sera gratuit, en tout cas avec les consommateurs, mais c'est une gratuité d'affaires, car le professionnel y trouve toutes sortes d'intérêts (vente de matériel, publicités monnayées auprès d'annonceurs, etc.).

Le dépôt est pour l'instant le plus réel de tous les contrats réels.

862. 2^o Contrat d'amitié ? – À Rome, le dépôt était un service d'amitié, ce qui en caractérisait l'esprit. Par exemple, le voyageur, le fugitif ou le mourant laissait chez un ami ou un voisin une chose encombrante ou un meuble précieux, ce qui produisait trois effets que l'on retrouve dans le Code civil. Il en découlait que le contrat était gratuit ; le Code dit même « *essentiellement gratuit* » (art. 1917). Il en découlait aussi qu'il reposait sur la confiance ; le Code dit que l'on « *confie* » un objet au dépositaire (art. 1931, 1937, 1963) ; de même, la faute majeure que commet le dépositaire est l'infidélité (art. 1945). Enfin, il en découlait qu'il était toujours fait dans l'intérêt exclusif du déposant (ex. : art. 1930 et 1931) qui pouvait toujours en demander la restitution (art. 1944).

863. Dépôt salarié. – Cette vision est devenue inexacte, aussi bien en son principe que dans ses séquelles. Parfois, le dépôt est consenti dans l'intérêt exclusif du dépositaire⁹. La plupart des dépôts sont aujourd'hui reçus par des professionnels ; ils sont donc salariés et faits dans l'intérêt des deux parties : entreprises de vestiaire, de garde-meuble, d'entrepôt (frigorifique ou non, précaire ou durable), de stockage (de céréales, d'hydrocarbures, etc.), sans parler des banques. Ainsi, dans

4. La remise doit être volontaire : il n'y a pas dépôt lorsqu'une cliente oublie des boucles d'oreilles chez un coiffeur, qui n'est donc pas responsable de leur vol : T. com. Seine, 5 mars 1952, D. 1952.484.

5. Cass. civ. 2^e, 17 juillet 1991, *Bull. civ.* II, n^o 233 ; *RTD civ.* 1992.412, obs. crit. P.-Y. Gautier, paraît se référer au contrat de dépôt pour qualifier l'obligation qu'a l'hôpital de veiller à la conservation d'un cadavre : « *L'hôpital est tenu vis-à-vis de la famille et des proches, en sa qualité de dépositaire de veiller à la conservation des corps pendant une durée pouvant atteindre dix jours et [...] la décomposition constatée le quatrième jour caractérisant une faute de l'hôpital* ».

6. *Infra*, n^o 881. V. aussi Cass. crim., 10 février 1972, D. 1972.400 : un chèque ne peut être remis à son bénéficiaire à titre de dépôt.

7. P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 10^e éd., à paraître en 2017, n^{os} 640-641.

8. V. P.-Y. GAUTIER, « Du contrat de dépôt dématérialisé : l'exemple du *cloud computing* », in *La communication numérique*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 157 s. ; G. BRUNAU, D. 2013. 1158 et 1297.

9. Le dépôt est alors une sûreté.

le dépôt moderne, le contrat continue-t-il à reposer sur la confiance, mais la philanthropie est devenue l'exception ; la jurisprudence en a tiré les conséquences ; malgré la lettre de l'article 1917, elle ne dit plus que la gratuité est « essentielle » à ce contrat : comme le mandat, le dépôt est même présumé salarié lorsqu'il est commercial ou reçu par un professionnel¹⁰. Si les parties n'ont pas fixé de prix, la détermination en est faite par le juge. Même s'il n'y a pas de prix, le dépôt peut être de nature onéreuse. Comme pour le prêt, il y a une gratuité d'affaires (n° 861).

Pour le dépôt salarié, une des questions majeures est maintenant celle de la répartition financière des risques, comme pour tous les contrats qui constituent un instrument de l'activité économique. Aussi, comme le dit la Cour de cassation, « l'obligation de garde d'un dépositaire salarié doit être appréciée avec plus de rigueur que celle d'un dépositaire à titre gratuit »¹¹.

Quelques auteurs ont dit que le dépôt salarié était un louage de services ; mais le dépositaire, même salarié, a une indépendance incompatible avec le contrat de travail¹². L'essence du dépôt, maintenant, est d'être un contrat de garde.

864. 3° Obligation de garde. – La définition de l'article 1915 fait apparaître le troisième et le plus important aspect du dépôt contemporain, qui tient aux obligations du dépositaire. Pas tellement la restitution en nature qui existe dans d'autres contrats, tels le prêt à usage ou le bail¹³, mais l'obligation de garde et de surveillance, congénitale à l'institution¹⁴.

L'existence de cette obligation implique un échange des consentements, et notamment une acceptation du dépositaire. À cet égard, le contrat est consensuel. Souvent, la question est de savoir si celui qui a reçu la chose a accepté de la garder, de la surveiller ou de l'entretenir : de cet élément dépend la qualification de dépôt¹⁵.

De cette obligation, le contrat tire son esprit : un « *contrat à exécution sédentaire* », disait Josserand ; un contrat « *dormant* ». Le dépositaire est le contraire d'un entrepreneur puisqu'il est un conservateur ; la chose déposée « dort » sans que l'on puisse en tirer d'utilité. Rome déjà interdisait au dépositaire l'utilisation du bien déposé à peine de commettre un *furtum usus* (vol d'usage).

Ce n'est pas toujours exact. Dans le dépôt « irrégulier », le dépositaire acquiert la propriété de la chose : il peut en user et même en disposer. Le banquier dépositaire de fonds est le type même de l'entrepreneur entre les mains duquel les choses ne dorment pas¹⁶. Il y a ainsi une diversité de dépôts.

865. 4° Diversité. – Rome avait déjà admis que sur un modèle type de dépôt, des variétés apparaissaient, ce que le droit moderne développe. Quand

10. Cass. civ. 1^{re}, 5 avril 2005, *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. n° 148, n. L. Leveueur ; *RDC* 2005.1029, obs. A. Bénabent et 1123, obs. P. Puig ; *Bull. civ. I*, n° 165 ; *JCP* 2006.I.123, n° 8, obs. Fr. Labarthe ; en l'espèce, il s'agissait du dépôt d'une automobile accessoire à une réparation chez un garagiste : « le contrat de dépôt d'un véhicule auprès d'un garagiste, accessoire à un contrat d'entreprise, est présumé fait à titre onéreux » (le client avait laissé chez le garagiste sa voiture près de trois mois après la réparation et refusait de payer ce service).

11. Cass. civ. 1^{re}, 12 décembre 1984, *Bull. civ. I*, n° 335.

12. PLANIOL et RIPERT, t. XI, par R. Savatier, n° 1170.

13. Toutefois : Cass. com., 17 février 1981, cité *infra* : « La charge de restituer en nature la chose remise est un élément essentiel du contrat de dépôt ».

14. A. TUNC, *Le contrat de garde*, thèse Paris, 1941.

15. La jurisprudence paraît considérer que le seul fait d'accepter de recevoir une chose fait naître une obligation de surveillance, ou quasi-dépôt : v. pour des vêtements déposés au vestiaire d'un restaurant, *infra*, n° 889 ; un bijou remis à un radiologue au moment d'un examen médical, *infra*, n° 900.

16. *Infra*, n° 887.

l'article 1915 dispose que « *le dépôt, en général* »..., il implique qu'il existe une notion de dépôt recouvrant diverses espèces particulières. Ainsi, à côté du dépôt proprement dit (art. 1917 à 1954), apparaissent le dépôt nécessaire (art. 1949-1951), le dépôt hôtelier (art. 1952 à 1954), et le séquestre (art. 1955 à 1963). Sans parler des dépôts que la pratique a fait naître : le dépôt irrégulier, le dépôt dans les magasins généraux. Et beaucoup d'autres. Comme tous les contrats spéciaux, le dépôt se diversifie.

La convention peut augmenter ou diminuer les obligations du dépositaire, sans que le contrat cesse d'être un dépôt, à la condition de ne pas supprimer complètement l'obligation de garde et de surveillance ; sinon le contrat deviendrait un bail¹⁷. Le critère permet de résoudre les difficultés de qualification.

SECTION II QUALIFICATION

866. Mandat, prêt à usage, louages, entreprise. – Le dépôt présente des analogies avec d'autres contrats tels que le mandat, le commodat, le bail d'immeuble et le contrat d'entreprise¹⁸. Une personne détient la chose d'autrui : en quelle qualité ? En outre, la pratique a imaginé des contrats complexes qui combinent les différentes conventions, ce qui suscite des difficultés de qualification. Le critère du dépôt réside dans l'obligation de garder, de conserver¹⁹ et de restituer²⁰.

1° Un **mandataire** reçoit une chose pour le compte du mandant ; est-ce un dépôt ? Oui, si la remise a été faite en vue de la garde et de la conservation de la chose ; sinon, il est l'exécution d'un mandat²¹.

2° À la différence du dépositaire²², l'emprunteur a le droit de se servir de la chose, ce qui constitue l'essence même du crédit²³ : le **prêt à usage** est fait dans son intérêt ; aussi la responsabilité de l'emprunteur est-elle plus lourde que ne l'est celle du dépositaire²⁴ ; la ressemblance

17. Il existe des hypothèses frontalières : ex. : l'exploitant d'un entrepôt frigorifique qui précise que sa seule obligation de surveillance est de fournir un volume refroidi, à la température choisie par les déposants, Orléans, 12 juillet 1948, *RTD com.* 1949.161.

18. P.-Y. GAUTIER, *RDC* 2014. 149.

19. Toutefois pour le dépôt irrégulier, *infra*, n° 886.

20. Ex. : lorsqu'un buraliste reçoit un bulletin de loto afin de le valider, il n'y a pas de dépôt, parce qu'il doit transmettre un volet du bulletin au « centre de traitement », alors que, précise la Cour de cassation, « *le contrat de dépôt implique pour le dépositaire l'obligation de garder et de restituer en nature la chose reçue* » : Cass. civ. 1^{re}, 19 janvier 1982, *Bull. civ. I*, n° 29 ; *D.* 1982.457.

21. Cass. com., 1^{er} juin 1993, *Bull. civ. IV*, n° 221 : « *Le seul fait pour un mandataire de recevoir des fonds pour le compte de son mandant ne suffit pas à transformer le mandat en dépôt ; ainsi, en matière de distribution de carburants effectuée sous le régime du mandat, le fait par l'exploitant d'une station-service de conserver les recettes provenant des ventes à la clientèle jusqu'à leur versement quotidien sur un compte désigné par la compagnie pétrolière, ne constitue pas, sauf stipulations contraires, un contrat de dépôt au sein du contrat de mandat, mais l'exécution même de ce dernier* ». Cassation de l'arrêt qui, pour rejeter l'exception de compensation soulevée par l'exploitant, avait retenu que la créance de la compagnie pétrolière avait pour cause la restitution d'un dépôt.

22. Toutefois, *infra*, n° 886, pour le dépôt irrégulier.

23. Ex. : Cass. civ., 22 février 1897, *DP* 1901.I.75 : « *La convention [...] ne contient pas, pour le propriétaire des magasins, l'obligation de veiller à la garde des malts et de les restituer ; à défaut de cette stipulation, elle présente tous les caractères du prêt à usage ou commodat des magasins* ». En l'espèce, le propriétaire d'un local le met à la disposition d'un commerçant afin qu'il y entrepose des marchandises qui ultérieurement sont incendiées : est-ce le prêt d'un local (oui, en principe) ou le dépôt de marchandises ? Sur cet arrêt, v. aussi *supra*, n° 781.

24. *Infra*, n° 915.

tient seulement au fait que les deux contrats sont tous deux des contrats réels et des contrats de restitution.

3° Le dépôt ne peut avoir pour objet que des choses mobilières (art. 1918) ; mais certains contrats participent à la fois du dépôt et du **louage** d'immeuble, ce qui se comprend parce que le dépôt implique toujours la remise de la chose dans un local du dépositaire. S'agit-il alors d'un dépôt de la chose, d'une location de ce local ou des deux à la fois ? L'analyse de volontés est souvent difficile. Il est pourtant important de qualifier, en cas de perte de la chose. Le bailleur s'engage seulement à assurer la jouissance paisible de la chose à son locataire ; il peut sans doute s'obliger à surveiller les locaux (par un concierge, par exemple), mais sa responsabilité n'est engagée que si est démontrée une faute lourde, notamment de ses préposés. Au contraire, le dépositaire s'oblige à garder, à surveiller la chose et à la restituer dans l'état où elle lui avait été remise ; à cet égard, la responsabilité du dépositaire est plus lourde que celle du bailleur ; en outre, le dépôt échappe à la législation spéciale des baux.

4° Il y a aussi parfois un mélange ou une succession de contrats d'**entreprise** et de dépôt ; le client remet à un entrepreneur une matière première afin qu'il la transforme en une chose ou qu'il la répare : des arrêts en déduisent une obligation de garde née d'un dépôt fait accessoirement au contrat d'entreprise²⁵. La Cour de cassation a décidé que le contrat de pension d'un animal était un dépôt²⁶.

867. Dépôt de garantie. – En pratique, il arrive souvent que le créancier exige du débiteur la remise d'une somme d'argent en garantie du paiement de sa dette à terme ; ainsi, dans le bail²⁷ ou la vente d'immeuble à construire²⁸. Le créancier est alors propriétaire fiduciaire d'une somme d'argent²⁹.

La qualification a surtout été débattue dans trois hypothèses : les contrats de coffre-fort (§ 1), de garage (§ 2) et de stationnement (§ 3).

§ 1. CONTRAT DE COFFRE-FORT

868. Obligation de garde. – Moyennant une redevance, une personne se fait concéder par une banque la jouissance d'un coffre afin d'y déposer des valeurs³⁰. Est-ce un dépôt ? Non, car le banquier se borne à organiser l'accès du coffre au client et ignore l'objet des remises : le contrat n'a aucun caractère réel, à la différence du dépôt. Est-ce un bail ? Non, car le banquier a l'obligation de veiller à la sécurité du coffre, obligation beaucoup plus étendue que celle d'un bailleur et le client ne peut accéder au coffre qu'avec le concours de la banque, alors

25. Ex. : Cass. com., 18 janvier 1972, *Bull. civ.* IV, n° 25 : jugé que la remise de fourrures à un fourreur afin de confectionner un manteau est un dépôt ; aussi le fourreur est-il responsable si le manteau qu'il aura cousu est taillé dans d'autres peaux ; v. également pour un garagiste, *infra*, n° 869 et pour un teinturier, *supra*, n° 745.

26. Cass. civ. 1^{re}, 10 janvier 1990, *Bull. civ.* I, n° 6 ; *RTD civ.* 1990.517, obs. Ph. Rémy ; *RTD com.* 1990.460, obs. B. Bouloc : « *Le contrat qu'un éleveur avait conclu avec le propriétaire de chevaux de course en acceptant d'assurer, moyennant rétribution, la pension de la pouliche que celui-ci lui avait confiée dès sa naissance s'analyse en un contrat de dépôt salarié* » ; jugé, en conséquence, que l'éleveur était tenu d'une obligation de garde ; Cass. civ. 1^{re}, 31 mars 1992, *Bull. civ.* I, n° 93 ; *D.* 1993, somm. 64, obs. M.-E. Martine (pour un contrat d'engraissement) : « *L'exploitant d'une pâture qui s'engage, moyennant rémunération, à prendre en pension des bovins, contracte l'obligation de leur fournir une nourriture saine* ».

27. *Supra*, n° 692.

28. *Supra*, nos 141 et 192.

29. P. Crocq, *Propriété et garantie*, th. Paris II, 1992, LGDJ, 1995, préf. M. Gobert ; *Droit des sûretés*, coll. Droit civil.

30. La Commission des clauses abusives souhaite que soient éliminées du contrat de coffre-fort les clauses limitant la responsabilité des professionnels (*BOCCRF*, 20 mars 1987).

qu'un locataire a le droit de jouir de la chose par lui-même³¹. Il s'agit d'un contrat autonome, un « contrat de garde » qui fait naître une obligation de résultat³². De cette obligation de garde, le banquier est exonéré en cas de force majeure³³ : si l'accès aux coffres-forts est impossible en raison de forces majeures, le client doit démontrer quels objets étaient enfermés dans le coffre et quelle était leur valeur ; les tribunaux peuvent, à cet égard, se contenter d'indices ; pour le « trésor de nuit »³⁴.

Le titulaire du coffre peut s'interdire de déposer des choses au-delà d'une certaine valeur ; cette clause ne limite pas la responsabilité du banquier, mais détermine l'étendue des obligations contractuelles ; elle produit donc son effet même en cas de faute lourde du banquier³⁵.

§ 2. CONTRAT DE GARAGE

869. Location, dépôt ou entreprise. – Le contrat de garage recouvre des situations diverses : un bail, un dépôt, ou un mélange de dépôt et d'entreprise.

1° Ou bien, est **loué** à un automobiliste un lieu où il pourra remiser sa voiture. Le contractant est généralement un propriétaire d'immeuble ou une entreprise de parking³⁶ ; il peut, exceptionnellement, être un garagiste professionnel s'il se borne à mettre un local à la disposition de son client³⁷. Il s'agit d'un bail, imposant seulement au bailleur l'obligation d'assurer au locataire une paisible jouissance de la chose louée (art. 1709) – en l'espèce, le lieu de la remise – ; le bailleur n'a pas d'obligation de garde et n'est responsable en cas de vol ou de dommage subi par la voiture que si sa faute est prouvée.

31. * Cass. com., 11 octobre 2005, *Crédit Lyonnais*, *Bull. civ.*, IV, n° 206 ; *D.* 2005, AJ 2869, n. X. Delpéch ; *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. n° 19, n. L. Leveneur ; *RDC* 2006.335, obs. A. Bénabent, 402, obs. J.-B. Seube et 422, obs. P. Puig : « l'art. 1722 n'est pas applicable au contrat par lequel la banque loue à un client un compartiment ou un coffre dont elle assume la surveillance et auquel le client ne peut accéder qu'avec le concours du banquier ». En l'espèce, la salle des coffres était devenue inaccessible à la suite d'un incendie : la charge des risques pour cas fortuit pèse sur la banque, non sur le client. Sur la qualification du contrat et les autres obligations qu'il contient, notamment le prix, s'il est salarié, P.-Y. GAUTIER, *RTD civ.* 2004.749 ; J. CARBONNIER, *ib.* 1946. 234 ; J. LASSERRE-CAPDEVILLE, *JCP G* 2015, 384.

32. Cass. civ. 1^{re}, 15 novembre 1988, *Bull. civ. I*, n° 318 ; *D.* 1989.349, n. Ph. Delebecque ; *RJ com.*, 1989.107, obs. Gallet ; *RD bancaire et bourse*, 1989.63, obs. Crédot et Gérard : « Le contrat de coffre-fort faisait naître à la charge du banquier une obligation particulièrement stricte de surveillance qui lui fait un devoir de vérifier si celui qui se présente, fût-il muni de la clef du coffre, est habilité à y avoir accès ». Il en est de même si les objets se trouvant dans le coffre appartiennent à un tiers : Cass. civ. 1^{re}, 29 mars 1989, *Bull. civ. I*, n° 142 ; *JCP G* 1990.II.21415, n. E. Putman et B. Sollety ; *RTD civ.* 1989.560, obs. P. Jourdain ; Cass. com., 9 février 2016, n° 14-23006, *Bull. civ. IV* à paraître (le coffre a été vidé par le fils du client qui avait les clés, la banque reste responsable).

33. Cass. civ., 27 avril 1953, *D.* 1953.422 : « Le contrat constitué par la mise d'un compartiment de coffre-fort à la disposition d'un client par une banque comporte pour celle-ci une obligation particulière de surveillance, et le devoir de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer, sauf impossibilité majeure, la sauvegarde du coffre et des objets qu'il contient » ; Cass. com., 11 octobre 2005, préc. : le banquier est responsable, la preuve d'une force majeure n'ayant pas été rapportée.

34. *Infra*, n° 877.

35. Cass. com., 22 mai 1991, *RD bancaire et bourse* 1991.759, obs. J.-L. Rives-Lange ; *RTD civ.* 1992.95, obs. J. Mestre ; n.p.B.

36. Cass. civ. 3^e, 26 octobre 1977, *Bull. civ. III*, n° 362 : en l'espèce, la société de parking avait donné à bail un emplacement sans « s'engager à assurer la garde et la conservation des véhicules et à restituer ceux-ci à leur propriétaire dans l'état où ils lui avaient été remis » : jugé qu'elle n'était pas responsable du vol du poste autoradio installé dans la voiture stationnée.

37. Cass. civ. 1^{re}, 16 juillet 1953, *Bull. civ. I*, n° 251. En général le garagiste professionnel promet de garder.

2° Ou bien, un garagiste professionnel accepte de garder une automobile dans son établissement³⁸. Il s'agit d'un **dépôt**, même si l'automobiliste a un box particulier dont il a la clef. En conséquence, le garagiste doit surveiller le véhicule et est responsable de plein droit en cas de vol ou d'incendie³⁹, sauf à établir une cause d'exonération⁴⁰.

3° Le contrat peut obliger principalement le garagiste à réparer, puis à garder à titre accessoire, jusqu'au moment de la restitution de la chose au client⁴¹ : il s'agit alors d'un contrat d'**entreprise** ; néanmoins, la Cour de cassation l'a parfois qualifié de dépôt, afin de déclarer le garagiste responsable du dommage survenu au véhicule pour une cause inconnue⁴², ou faire payer au client des frais de gardiennage⁴³. Il y a alors double qualification, contrat d'entreprise et contrat de dépôt, ou plutôt, entreprise, doublée d'un dépôt accessoire⁴⁴.

Les règles sont identiques pour les bateaux⁴⁵.

§ 3. CONTRAT DE « STATIONNEMENT »

870. Garde ou surveillance ? – Un instrument de transport – automobile, caravane, navire – est souvent remisé dans un lieu qui n'est pas un garage. Le nom du contrat n'est pas bien fixé : *parking*, location ou réservation de place, stationnement dans un *camping*, mouillage à quai dans un port, entreprise⁴⁶, etc. L'économie du contrat dépend de la volonté des parties⁴⁷. Il n'y a dépôt que si une obligation de garde est promise à titre principal ; sinon, il y a bail d'immeuble, qui oblige seulement le bailleur à assurer à son contractant une paisible jouissance ;

38. Cf. aussi le contrat conclu avec des magasins généraux ; ce n'est pas le bail d'un local, mais un contrat de dépôt.

39. Cass. civ. 1^{re}, 24 juin 1981, *Bull. civ. I*, n° 232 ; *RTD civ.* 1982.431, obs. Ph. Rémy : le garagiste doit « prouver en cas de détérioration de la chose qu'il est étranger à cette détérioration en établissant qu'il a donné à la chose les mêmes soins qu'il apporte à la garde des choses lui appartenant » ; V. égal. Cass. civ. 1^{re}, 5 févr. 2014, n° 12-23467, *Bull. civ. I* n° 17 ; *JCP* 2014 n° 189, n. S. Hocquet Berg, *supra*, n° 743 : c'est au garagiste de prouver que les détériorations préexistaient à la réparation ; lorsque l'automobile a été déposée en vue de la vente, l'obligation du garagiste est moins étendue : Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 1996, *infra*, n° 882.

40. La clause limitative perd son effet en cas de faute lourde du garagiste : *infra*, n° 892.

41. *Supra*, n° 743.

42. Cass. civ. 1^{re}, 24 juin 1981, *supra*. Selon Ph. Rémy, le garagiste est tenu, non en raison de sa prétendue qualité de dépositaire, mais de débiteur d'une obligation de garde. Comme pour le contrat de restauration (*infra*, n° 889), on pourrait dire qu'il s'agit « d'une obligation accessoire du contrat de réparation ».

43. Jurisprudence constante ; ex. : Cass. civ. 1^{re}, 8 octobre 2009, n° 08-20048, *Bull. civ. I*, n° 204 ; *D.* 2010.480, n. Cl. Mouly-Guillemaud ; *Contrats, conc. consom.* 2010, n° 1, n. L. Leveneur ; *RDC* 2010.95, obs. A. Bénabent.

44. Cass. civ. 1^{re}, 5 avril 2005, préc. Sur la mixité des contrats : Fr. LABARTHE, « Les conflits de qualification », *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 539.

45. Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2006, *Bull. civ. I*, n° 270 ; *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. n° 181, n. crit. L. Leveneur : réparation du bateau, suivie d'un dépôt « port à sec », puis incendie détruisant le bateau ; jugé que l'entrepreneur dépositaire doit indemniser le déposant : « *L'entrepreneur ayant reçu une chose en dépôt pour réparation n'est pas libéré des obligations de dépositaire par la réalisation des travaux commandés, mais demeure tenu de garder et conserver cette chose jusqu'à restitution* ».

46. En ce sens, à propos d'un camion tractant un manège : Cass. civ. 1^{re}, 26 janvier 1999, *Bull. civ. I*, n° 28 ; *JCP G* 1999.I.191 et n° 10 ets., obs. Fr. Labarthe : « *la responsabilité de la sté Cournac (le réparateur) était engagée, non au titre d'un contrat de dépôt, mais à l'occasion d'un contrat d'entreprise* ».

47. D. PONTON-GRILLET, « Le contrat de réservation », *D.* 1991, chron. 26.

parfois, le contrat impose un « gardiennage » ou une surveillance au bailleur, mais l'obligation est moins contraignante que celle qui pèse sur le dépositaire.

Dans la pratique, l'application du critère n'est pas facile ; lorsque les contrats sont obscurs, on ne sait s'il s'agit d'un dépositaire dont la responsabilité est allégée ou d'un bailleur dont les obligations sont augmentées. En outre, on fait parfois appel à la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat⁴⁸, si relative qu'elle est devenue flottante. Dans le doute, il faut présumer le bail, non le dépôt : l'aggravation de responsabilité doit avoir été clairement voulue. La question a été débattue pour l'utilisation d'un *parking* à barrière automatique. La Cour de cassation a décidé que ce n'était ni un dépôt, ni même un contrat lorsque le *parking* était géré par un établissement public ; par conséquent, l'exploitant n'était pas responsable en cas de vol du véhicule⁴⁹, sauf si sa faute avait été démontrée par la victime⁵⁰ : à la différence du garage surveillé, le *parking* offre simplement un stationnement sans garde.

L'exploitant d'un *parking* ne peut, par une clause contractuelle, écarter son obligation essentielle qui est d'assurer « la jouissance paisible d'un emplacement »⁵¹.

Sauf si avait été promise une garde⁵², l'obligation reste atténuée pour une location de place... de *camping* pour une caravane⁵³... de mouillage à quai pour un navire⁵⁴. Le propriétaire du *camping* ou du port n'est tenu que d'une obligation de surveillance (obligation de moyens) : il n'est responsable, en cas de dégradation ou de perte de la chose, que si sa faute est démontrée par la victime⁵⁵, alors qu'un véritable dépositaire a sa responsabilité engagée de plein droit sans

48. *Infra*, n° 889.

49. Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1981, *supra*, n° 860 ; il en est de même du contrat de stationnement dans un garage : Cass. civ. 3^e, 12 juin 1996, *Bull. civ.* III, n° 137.

50. Ex. : l'exploitant du *parking* a laissé une voiture quitter le parc sans exiger de ticket horodateur.

51. Cass. civ. 1^{re}, 23 février 1994, *Bull. civ.* I, n° 76 ; *D.* 1995.214, n. S. Dion ; *JCP G* 1994.I.3809, n° 15, obs. G. Viney ; sur le billet d'accès des automobiles, figurait la clause suivante : « L'utilisation du présent ticket donne droit au stationnement du véhicule mais ne constitue nullement un droit de garde ou de dépôt du véhicule, de ses accessoires et objets laissés en stationnement ». L'inondation du parc causa des dommages aux véhicules ; jugé que la clause était inefficace : « l'exploitant du parc avait manqué à son obligation essentielle de mettre à la disposition de l'utilisateur la jouissance paisible d'un emplacement pour lui permettre de laisser la voiture en stationnement ». Rapp. *supra*, n° 753.

52. Cass. com., 13 décembre, 1982, *Bull. civ.* IV, n° 405 ; *RTD civ.* 1983.555, obs. Ph. Rémy ; le contrat conclu entre le propriétaire d'un voilier et la société du port de plaisance prévoyait que « la société assure la garde matérielle du bateau, et sa responsabilité juridique (sic) est couverte par un contrat auprès de sa compagnie d'assurances ; toutefois, chaque propriétaire devra être assuré pour couvrir sa responsabilité propre ». Selon la Cour de cassation « c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain de la recherche de l'intention des parties que la cour d'appel a décidé [...] que le contrat [...] était un contrat de dépôt salarié ».

53. Cass. civ. 1^{re}, 3 février 1982, *Bull. civ.* I, n° 60 ; *Defrénois* 1982, art. 32972, n° 101, p. 1632, obs. G. Vermelle : « Les contrats habituellement conclus en cours de saison par (l'exploitant du camping) n'ayant d'autre objet que la mise à la disposition du client d'un emplacement privatif moyennant une redevance journalière, de ces constatations et énonciations, les juges du second degré ont pu déduire que la convention litigieuse s'analysait, non en un dépôt salarié, mais en un simple contrat de louage n'entraînant aucune obligation de garde à la charge de l'exploitant ». La Commission des clauses abusives a fait des recommandations sur ce contrat (*BOCC*, 5 décembre 1984).

54. Cass. civ. 1^{re}, 21 juillet 1980, *Bull. civ.* I, n° 228 ; *RTD civ.* 1981.405, obs. G. Cornu ; en l'espèce, l'exploitant du port s'était engagé à surveiller les installations portuaires, non à garder les bateaux : c'était donc un louage de chose. Au contraire : Cass. com., 13 décembre 1982, *Bull. civ.* IV, n° 405 ; *RTD civ.* 1983.555, obs. Ph. Rémy : le contrat était un dépôt salarié si l'exploitant du port avait promis de « garder matériellement les bateaux ».

55. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 31 janvier 1984, *Bull. civ.* I, n° 44 : vol d'un bateau « stationné » dans un port. Le propriétaire du port s'était engagé à surveiller les bateaux, non à les garder. N'ayant pas demandé au voleur qui s'était présenté la justification de ses droits, jugé qu'il était responsable en raison de sa faute prouvée.

qu'il soit nécessaire d'en démontrer la faute (obligation de résultat). Le *parking* est cependant responsable en cas d'inondation⁵⁶.

Sera d'abord exposé le droit commun du dépôt (Chapitre 1) puis certaines variantes (Chapitre 2).

N^{os} 871-873. réservés.

56. Cass. civ. 1^{re}, 23 février 1994, préc.

■ CHAPITRE I ■

DÉPÔT DE DROIT COMMUN

874. Non-droit ? – Le dépôt de droit commun constitue ce que l'on appelle souvent le « dépôt volontaire ». Bien que l'article 1915 dise qu'il est un « acte », il est, avec quelques nuances, un contrat (de la même manière, l'article 931 dispose que la donation est un « acte », alors qu'elle est un contrat, mais d'une nature différente des contrats à titre onéreux). Ce que précise l'article 1921 : « *le dépôt volontaire se forme par le consentement réciproque de la personne qui fait le dépôt et de celle qui le reçoit* ». Il n'est cependant pas tout à fait un contrat comme les autres¹ ; l'amitié le rapproche du non-droit.

SECTION I CONDITIONS

875. Capacité, vices du consentement, pouvoirs. – La capacité et les vices du consentement relèvent de la théorie générale du contrat. Le pouvoir est soumis à une règle un peu spéciale, l'article 1922 : « *le dépôt volontaire ne peut régulièrement être fait que par le propriétaire de la chose déposée, ou de son consentement exprès ou tacite* ». La jurisprudence a assoupli cette règle en admettant que celui qui a un droit quelconque sur la chose – usufruitier, gagiste, transporteur – pouvait valablement la remettre en dépôt ; le propriétaire doit alors rémunérer le dépositaire s'il s'agit d'un dépôt salarié, à condition que le détenteur ait bien agi, compte tenu des circonstances. Au contraire, si le dépôt est fait par une personne démunie de pouvoirs sur la chose, le propriétaire peut la revendiquer, sans avoir à indemniser le dépositaire, sauf l'effet de la gestion d'affaires.

876. Existence du consentement. – La difficulté tient à l'existence même de la volonté, tout au moins celle du dépositaire. Le consentement peut être tacite,

1. *Supra*, n° 859.

notamment être induit de la réception de la chose, tout au moins si celui qui l'a reçue a voulu en assurer la garde. En voici deux exemples :

Premier exemple. – N'est pas dépositaire du manteau laissé dans la voiture l'entrepreneur d'une cérémonie nuptiale qui a donné à une invitée la promesse qu'à la sortie de l'église elle retrouvera la voiture qui l'avait amenée² : il a promis la voiture, non la garde du manteau.

Deuxième exemple. – Si un café, un club sportif, un restaurant, un théâtre, etc., aménagent un vestiaire ou des portemanteaux ou un local afin de recevoir les vêtements de leurs clients, ils sont dépositaires des vêtements placés dans ces lieux. Sauf si une affiche bien exposée prévient que « *la direction décline toute responsabilité en cas de perte...* ». Cette clause n'est pas une restriction de la responsabilité, mais délimite le contenu de l'obligation.

877. Preuve. – La preuve du dépôt volontaire est soumise au droit commun. Elle doit être faite par le prétendu déposant³. En principe, elle ne peut être établie que par un écrit lorsque la valeur de l'objet prétendument déposé excède 1 500 euros (art. 1359, ancien art. 1341)⁴. À quoi la loi ajoute (art. 1924) : « *Celui qui est attaqué comme dépositaire est cru sur sa déclaration, soit pour le fait même du dépôt, soit pour la chose qui en faisait l'objet, soit pour le fait de sa restitution* », ce qui est un rappel du droit commun, (l'indivisibilité de l'aveu) et une faveur faite au dépositaire qui a accepté de garder une chose pour autrui⁵.

En général, la difficulté de la preuve n'a pas pour objet la remise de la chose ; elle est, en cas de perte, l'intention de prendre l'objet en dépôt, ce qui ramène au problème précédent.

SECTION II

EFFETS

Accessoirement (puisque le contrat est habituellement unilatéral), des obligations pèsent sur le déposant (§ 1) ; les obligations principales sont à la charge du dépositaire (§ 2).

§ 1. OBLIGATIONS DU DÉPOSANT

878. Étendue. – Le Code civil (art. 1947) énonce que deux obligations peuvent éventuellement naître à la charge du déposant. Éventuellement : ce qui implique

2. Paris, 5 avril 1930, *DH* 1930.338.

3. Ex. pour le trésor de nuit organisé par les banques pour recueillir les dépôts faits par leurs clients en dehors des heures d'ouverture des guichets. En cas de contestation, c'est au client de prouver l'existence et l'étendue des dépôts : Cass. civ. 2^e, 2 février 1983, *D.* 1983, IR, 470 ; en l'espèce, les témoignages ont été jugés insuffisants.

4. A. BÉNABENT, *RDC* 2014. 147. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 6 février 1996, *Bull. civ. I*, n° 61 : « *Il résulte de l'article 1924 que le dépôt doit être prouvé, lorsqu'il dépasse le chiffre prévu à l'article 1341 [devenu art. 1359], soit par écrit, soit par la déclaration de celui qui est attaqué comme dépositaire* ». Cassation de l'arrêt qui pour condamner un dépositaire à payer au déposant une somme de 30 000 F représentant la valeur de deux tableaux remis en dépôt, se fonde sur une preuve testimoniale du contrat de dépôt conteste par le dépositaire.

5. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 12 avril 2005, *Bull. civ. I*, n° 177 ; *RTD civ.* 2005.615, obs. P.-Y. Gautier ; *RDC* 2005.1120, obs. P. Puig : il incombe au déposant de prouver l'objet du dépôt ; en l'espèce, des brebis avaient été confiées à un berger et s'étaient échappées ; la cour d'appel condamna le berger à indemniser les propriétaires de ces bêtes ; cassation : le berger avait déclaré « *que les brebis en cause s'étaient échappées lors de leur déchargement par le préposé de Mme Favart (une des propriétaires) : il n'était donc pas encore le dépositaire du troupeau, resté sous la garde de leur propriétaire* ».

que le dépôt est un contrat synallagmatique imparfait. Mais si la convention ou l'usage imposent au déposant de rémunérer le dépositaire (ce que l'art. 1928, 2^o, appelle un « salaire »), il s'agit d'un contrat synallagmatique pur et simple.

La première obligation a pour objet le **remboursement des dépenses** exposées par le dépositaire pour la conservation de la chose⁶. Selon la théorie générale des impenses, les dépenses nécessaires sont remboursées à l'identique⁷, les dépenses utiles au montant du profit subsistant, les dépenses voluptuaires ne le sont pas.

La seconde obligation du déposant prévue par l'article 1947 est d'**indemniser le dépositaire** « *de toutes les pertes que le dépôt peut lui avoir occasionnées* ». Ainsi en serait-il des dommages causés aux choses ou à la personne du dépositaire par les vices de la chose déposée, l'explosion d'un objet ou la maladie contagieuse d'un animal.

Lorsqu'un « salaire » a été convenu, le juge ne peut le modifier, ni pour le diminuer, bien que le Code qualifie le dépôt de contrat « *essentiellement gratuit* » (art. 1917), ni pour l'augmenter⁸; bien que le dépôt ne soit pas pleinement un contrat; il est soumis à la force obligatoire du contrat (art. 1103), plus que le mandat.

879. Garanties du dépositaire. – Le Code civil (art. 1948) accorde au dépositaire un droit de rétention. Il était utile qu'il le fût, car le dépôt gratuit n'est pas un contrat synallagmatique parfait, et l'exception d'inexécution n'aurait peut-être pas pu être invoquée par le dépositaire qui n'est pas remboursé. Par conséquent, le dépositaire peut refuser de restituer la chose déposée tant qu'il n'est pas payé des sommes qui lui sont dues, à condition qu'elles aient un rapport de connexité avec le dépôt⁹: par exemple, la rémunération due par le déposant au dépositaire ou les dépenses nécessaires faites par le dernier. Il peut même l'opposer au propriétaire qui n'est pas son débiteur¹⁰.

Les mêmes règles sont appliquées, par analogie, au contrat d'entreprise portant sur une chose remise à l'entrepreneur; l'article 2286 prévoit un droit de rétention bénéficiant à tout créancier impayé; ainsi, le garagiste peut retenir l'automobile déposée pour le paiement des réparations qu'il vient de faire, non pour les créances antérieures à sa dernière détention¹¹: à l'égard des créances anciennes, le droit de rétention a été perdu dès que le véhicule a été restitué. Il en

6. Même si le dépôt est gratuit: Cass. civ., 28 avril 1925, *DP* 1927.I.23; le dépositaire n'a alors droit ni au paiement d'un salaire, ni au remboursement des « frais de garde ». Ex.: Cass. civ. 1^{re}, 7 mars 1973, *Bull. civ. I*, n° 88: en l'espèce, un moteur avait été mis en dépôt gratuit pendant treize ans: pas un centime pour rémunérer le gardiennage.

7. Ex.: le dépositaire qui, afin de conserver la chose, est obligé de l'entreposer, peut obtenir le remboursement des frais de transport et de garde.

8. Cass. com., 18 décembre 1979, *Bull. civ. IV*, n° 339; *RTD civ.* 1980.780, obs. G. Cornu: cassation d'un arrêt qui avait augmenté le tarif du « magasinage », « *en raison de circonstances économiques nouvelles* ».

9. Cass. civ., 12 mars 1923, *DP* 1926.I.32, sous Req., 19 octobre 1925, *S.* 1925.I.313, n. H. Mazeaud: « *Le droit de retenir la chose déposée accordé par cet article (art. 1948) au dépositaire ne peut garantir que le payement de ce qui est dû à raison du dépôt* ». En l'espèce, une femme avait été hébergée par des amis auxquels elle avait confié des valeurs mobilières. Elle en a demandé la restitution que la cour d'appel a ordonnée à condition qu'elle rembourse à ses hôtes ses frais de nourriture. Cassation.

10. Ex.: Cass. civ. 1^{re}, 7 janvier 1992, *JCP G* 1992.II.21971, n. Ramolonto-Ratiaray; *RTD civ.* 1992.586, obs. crit. P.-Y. Gautier; n.p.B.: « *le droit de rétention d'une chose, conséquence de sa détention, est un droit réel opposable à tous, et même aux tiers non tenus de la dette* ». A. AYNÉS, *Le droit de rétention, Unité ou pluralité*, th. Paris I, Economica, 2006, n° 366.

11. Ex.: Cass. com., 23 juin 1964, *Bull. civ. III*, n° 325; *D.* 1965.79, n. R. Rodière: le droit éventuel à la rétention qui était né lors de chacune des remises antérieures à la dernière s'était éteint « avec la dépossession » (et le garagiste) « *n'était pas en droit de retenir le camion litigieux jusqu'au payement de ses anciennes factures* ».

est autrement si tous ces travaux relèvent d'un contrat unique¹² – un contrat global : les parties sont « en compte ».

§ 2. OBLIGATIONS DU DÉPOSITAIRE

La principale obligation du dépositaire est d'abord de garder la chose en y apportant le même soin qu'à sa propre chose (I) ; il doit surtout la restituer, à peine d'engager sa responsabilité (II). Il est également tenu de deux autres obligations, négatives et satellites : ni utiliser les choses qui lui ont été confiées, ni en forcer le secret, ce qui limite ses pouvoirs (III)¹³.

I. — Garde

880. Un gardien conservateur. – La garde, prévue par l'article 1927, est l'obligation essentielle du dépositaire ; là où elle n'est pas due, il n'existe pas de dépôt. Toute remise d'une chose pour une autre fin n'est pas un dépôt ; par exemple, lorsqu'une somme d'argent est confiée à une banque avec stipulation d'intérêts, il n'y a pas de dépôt, car le dépositaire est de sa nature un gardien conservateur, non un détenteur fructificateur. Il doit garder la chose, afin d'empêcher qu'elle ne soit volée ou périsse.

Le dépositaire est tenu, en raison de son obligation de garde, à une vigilance et un entretien de la chose, au moins un entretien normal¹⁴ ; les soins exceptionnels¹⁵ ne sont dus que si une clause particulière l'impose. De même, il est obligé d'assurer la chose déposée contre l'incendie¹⁶ ou le vol¹⁷. L'étendue qu'ont les obligations de surveillance et d'entretien dépend de la nature de la chose : on ne garde pas de la même manière un coffret de bijoux, un cheval de course, un cadavre¹⁸ ou des valeurs mobilières ; *sur sa responsabilité*¹⁹.

881. Dépôt de valeurs mobilières. – Les obligations du dépositaire présentent un aspect particulier lorsque le dépôt a pour objet des valeurs mobilières²⁰. Il est tenu des obligations découlant du dépôt, conserver et restituer ; en outre, il doit des obligations accessoires, sans qu'il soit nécessaire qu'une clause du contrat le prévoie et par le seul effet de l'usage : encaisser

12. Cass. com., 20 novembre 1967, *Bull. civ.* III, n° 372 ; *D.* 1968, somm., 22 ; en l'espèce, un garagiste avait conclu un contrat de réparation pour l'ensemble du parc automobile d'une compagnie d'autocars ; le compte étant passif (pour des réparations antérieures, alors que le véhicule qu'il avait réparé avait été restitué), il a eu le droit de retenir l'autocar qui lui avait été à nouveau confié ; v. *Droit des sûretés*, coll. Droit civil.

13. **Biblio.** : I. AVANZINI, *Les obligations du dépositaire*, Litec, 2007.

14. Ex. : faire boire les animaux.

15. Ex. : un représentant de commerce se fait voler dans son automobile la collection de marchandises qui lui avait été confiée, alors que sa voiture était garée la nuit sur la voie publique ; il n'est pas responsable parce que « son comportement a été conforme à un usage courant de la part des automobilistes » : Cass. soc., 10 avril 1962, *Bull. civ.* IV, n° 386 ; ce qui est discutable : non le stationnement, mais de laisser des objets de valeur dans une automobile que l'on gare la nuit sur la voie publique.

16. Cass. civ., 26 juin 1923, *DP* 1923.1.125.

17. Cass. civ. 1^{re}, 18 octobre 1954, *Bull. civ.* I, n° 289 ; *D.* 1955.81 ; *JCP G* 1954.II.8378.

18. Cass. civ. 2^e, 17 juillet 1991, *Bull. civ.* II, n° 233 ; *RTD civ.* 1992.412, obs. P.-Y. Gautier : « L'hôpital est tenu vis-à-vis de la famille et des proches, en sa qualité de dépositaire, de veiller à la conservation des corps pendant 10 jours ». Jugé que l'hôpital était responsable si le corps s'était décomposé le 4^e jour.

19. *Infra*, n° 889.

20. RIPERT et ROBLOT, *et al.*, n°s 2464 et s. ; F.-J. CREDOT et P. BOUTELLER, « La responsabilité des banques en matière de conservation, de gestion et de placement en matière de valeurs mobilières », *RD bancaire et bourse* 1988.615.

les dividendes (cf. art. 1936) et signaler au client les opérations à effectuer sur les titres (échanges, renouvellements, augmentations de capital, droits de souscription, actions gratuites).

Il n'a pas à informer le client des événements extérieurs au titre, par exemple ceux qui intéressent la société émettrice, que l'on pourrait appeler les informations « boursières »²¹. Lorsqu'il n'y a pas de contrat de gestion, les pouvoirs de la banque fondés sur la gestion d'affaires sont limités²².

Depuis la loi du 30 décembre 1981, les valeurs mobilières ont été « dématérialisées » : le droit du propriétaire du titre résulte d'une inscription à un compte chez un intermédiaire habilité, par exemple une banque. Le dépôt de valeurs n'est plus un dépôt, mais un contrat d'entreprise, auquel s'ajoute un mandat lorsqu'il s'agit d'un compte « nominatif administré »²³. Cette qualification est sans conséquence sur l'obligation d'information qui pèse sur le banquier teneur du compte.

II. — Restitution et responsabilité

Le dépositaire (ou le sous-dépositaire)²⁴ doit restituer la chose reçue (A), sauf à engager sa responsabilité (B). Les deux questions sont liées : c'est lors de la restitution que le déposant pourra s'apercevoir de la mesure dans laquelle le dépositaire s'est acquitté de ses obligations, ou a été infidèle ou négligent.

A. RESTITUTION

La restitution doit être faite en nature (1) au déposant (2).

1) Restitution en nature

La restitution en nature relève d'un principe (a) limité par des exceptions (b).

a) Principe

882. En nature. – Le principe est que le dépositaire doit restituer la chose même qui a été déposée ; il s'agit d'une restitution en nature. Avec énergie, l'article 1932, alinéa 1, précise que « *le dépositaire doit rendre identiquement la chose*

21. * Cass. com., 9 janvier 1990, *BNP*, *Bull. civ. IV*, n° 2 ; *D.* 1990.173, n. J.-P. Brill ; *JCPG* 1990.II.21459, n. J. Stoufflet ; *RD bancaire et bourse* 1990.192, obs. J.-L. Rives-Lange ; *RTD com.* 1990.460, obs. B. Bouloc : « *Si la banque, simple dépositaire de titres, assume, en vertu des usages, les obligations accessoires au contrat, inhérentes à la détention de ces titres, aux droits qui y sont attachés et à leur restitution, ni ces usages, ni l'équité, ni la loi ne l'obligent en outre à informer le déposant d'un événement affectant la vie de la société émettrice des titres* ». En l'espèce, la banque, dépositaire de titres, n'avait pas informé son client de la liquidation judiciaire de la société émettrice ; jugé qu'elle n'était pas responsable.

22. Ex. : Cass. com., 12 janvier 1999, *Bull. civ. IV*, n° 7 ; *JCPG* 1999.II.10070, n. B. Petit ; *D.* 2000.239, n. D. Fiorina : « *dès lors que la banque s'est bornée à invoquer l'utilité de l'aliénation des titres de son client pour justifier la gestion d'affaires alléguée, sans prétendre établir que son client ne pouvait être raisonnablement considéré comme ne pouvant agir lui-même, ni caractériser la gravité des risques que le maintien de la situation pouvait lui faire courir, la cour d'appel a pu statuer comme elle l'a fait* » ; jugé que la banque était responsable pour avoir, sans mandat, cédé des titres de son client.

23. RIPERT ET ROBLOT, *et al.*, n°s 1789-2470.

24. Cass. civ. 1^{re}, 31 octobre 1989, *JCPG* 1990.II.21568, n. R. de Quenaudon ; n.p.B. ; en l'espèce, un peintre avait confié à une société ses dessins ; celle-ci, à la date prévue pour la restitution, avait chargé une société de coursiers de les restituer au déposant ; l'employé de cette société les avait jetés dans une poubelle ; jugé que la société de coursiers était tenue envers le déposant d'une obligation contractuelle de restitution.

même qu'il a reçue ». En cas de contestation sur l'identité entre la chose reçue et rendue, la preuve de la différence incombe au déposant²⁵.

La chose déposée doit être rendue dans l'état où elle se trouve au moment de la restitution (art. 1933) ; l'usure et les avaries qui ne sont pas imputables au dépositaire sont à la charge du déposant ; mais comme le dépositaire a l'obligation d'entretenir la chose (art. 1927), c'est à lui de prouver que la détérioration ne provient pas d'un défaut d'entretien, ce qui, pratiquement, implique qu'il prouve qu'il lui a apporté des soins normaux²⁶. La règle est favorable au dépositaire ; la même existe dans le prêt à usage et dans le droit commun des dettes de corps certain (art. 1342-5, ancien art. 1245) ; elle est contraire au droit commun des restitutions (par exemple, les conséquences des nullités ou les rapports de donation), où généralement la chose doit être rendue dans l'état qu'elle avait lors de son entrée dans le patrimoine du débiteur, de façon à ce que le retour au *statu quo ante* soit assuré.

Si la chose déposée est frugifère, le dépositaire doit restituer les fruits perçus (art. 1936), à compter de la mise en demeure, même ceux qu'il aurait pu percevoir et n'a pas perçus²⁷. Ce qui est le régime des restitutions dues par un possesseur de mauvaise foi qui, comme le dépositaire, n'a aucun droit de jouissance. Si sa responsabilité est engagée pour défaut de restitution en nature, le dépositaire devra la valeur de remplacement de la chose²⁸.

883. Preuve de la restitution. À première demande ; négligences du déposant. – La charge de la preuve de la non-restitution incombe au déposant, en application de l'art. 1924, qui privilégie l'aveu du dépositaire²⁹.

La restitution doit être faite à la première demande du déposant³⁰, même si un délai avait été convenu entre les parties (art. 1944). La règle est contraire à la force obligatoire des contrats ; elle s'explique parce que le dépôt est fait dans le seul intérêt du déposant et donc restituable *ad nutum*, comme le mandat est révocable *ad nutum*. Si le dépositaire a un intérêt dans le contrat, notamment en raison du salaire convenu, le déposant peut aussi réclamer la restitution de la chose avant l'expiration du délai prévu, mais il doit indemniser le dépositaire de la perte subie, dans la mesure où celui-ci éprouve un préjudice. Si la convention écarte cette faculté de restituer *ad nutum*, il ne s'agit plus d'un dépôt mais d'un prêt.

La convention peut également prévoir qu'au bout d'un certain délai, si le déposant omet de réclamer la chose, le dépositaire pourra la faire vendre, afin de se rembourser de ses frais. Certains textes autorisent cette faculté laissée au dépositaire, lorsque le dépôt se double d'une

25. Cass. civ. 1^{re}, 26 septembre 2012, n° 11-12890, *Contrats, conc. consom.* 2012, n° 272, note L. Leveneur ; *Bull. civ.* I n° 177 ; *RTD civ.* 2013. 137, obs. P.Y. Gautier (substitution alléguée d'une œuvre d'art).

26. Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 1996, *Bull. civ.* I, n° 225 ; le dépositaire doit prouver « qu'il est étranger à la détérioration de la chose qu'il a reçue en dépôt ; l'étendue de cette obligation varie selon les circonstances » et non pour l'entretien : « n'avait pas à vérifier l'organe responsable du sinistre » (*ib.*)...

27. Cass. civ. 1^{re}, 7 mars 1979, *Bull. civ.* I, n° 86 : dépôt de titres que le dépositaire aliène ; jugé qu'outre leur valeur, il devra restituer les dividendes produits entre la mise en demeure et la restitution du capital, bien qu'il ne les ait pas perçus.

28. Cass. civ. 1^{re}, 15 juillet 1999, *Bull. civ.* I, n° 240 ; *D. Aff.* 1999.1439 : « La valeur de remplacement de la chose déposée doit être estimée à la date où les juges allouent des dommages-intérêts, sauf à justifier une autre évaluation » : lorsqu'un bijou déposé a été volé, la valeur de restitution à laquelle le dépositaire sera condamné est, non celle qui avait été conventionnellement fixée, mais celle qu'il a au jour du jugement.

29. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 31 octobre 2012, n° 11-15462, *Bull. civ.* I n° 225 ; *D.* 2013. 209, n. Gw. Lardeux (le dépositaire doit être cru, lorsqu'il « affirme avoir restitué l'entière somme déposée »).

30. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 28 février 1989, *Bull. civ.* I, n° 97 : « Le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le réclame, soit verbalement, soit par sommation, soit par tout autre acte équivalent ».

entreprise (ex. : garagiste, bijoutier). Si la conservation de la chose coûte de l'argent au dépositaire ou l'encombre, le contrat peut également stipuler qu'il sera en droit de la faire enlever ou détruire : nul ne doit souffrir du service qu'il rend ; à défaut de clause, le dépositaire pourra saisir le juge des requêtes, afin de se faire autoriser. Il faut aussi tenir compte des usages.

884. Justes motifs. – L'obligation de restitution est plus contraignante dans le dépôt que dans les autres contrats de restitution, parce que ce contrat repose, plus que tout autre, sur la confiance. Le dépositaire est tenu de restituer la chose au déposant sans que celui-ci ait à faire la preuve de sa propriété (art. 1938, al. 1)³¹ : le dépôt peut en effet avoir été fait par un autre que le propriétaire. Il en est autrement lorsqu'à la connaissance du dépositaire, le dépôt portait sur une chose volée (art. 1938, al. 2).

La restitution est également due lorsque le déposant est débiteur du dépositaire : l'exception de compensation légale n'est pas ici opposable (art. 1347-2, ancien art. 1293, 2°) ; l'intérêt de cette règle apparaît surtout lorsque le dépôt est irrégulier ; cependant, le dépositaire a un droit de rétention lorsque sa créance est connexe à sa dette³².

Le dépositaire doit cependant refuser la restitution lorsqu'il a été l'objet d'une saisie-attribution ou d'une opposition (art. 1944) et d'une manière générale, s'il justifie de motifs « plausibles », par exemple, s'il a des doutes légitimes sur les droits du déposant³³.

b) Exceptions

Le principe de la restitution en nature est écarté dans deux cas : par le jeu de la force majeure et en présence d'un dépôt irrégulier.

885. 1° Subrogation réelle et force majeure. – Il y a restitution par équivalent lorsque la chose a été détruite par force majeure entre les mains du dépositaire qui a reçu une indemnité représentative de la chose (art. 1934), par exemple une indemnité d'assurance, de réparation ou de réquisition. C'est un cas de subrogation réelle : le dépositaire rendra l'indemnité reçue.

La restitution se fait également par équivalent lorsque le dépôt était un dépôt irrégulier parce qu'il portait sur des choses de genre.

886. 2° Dépôt irrégulier. – Le dépositaire n'est pas non plus tenu à une restitution en nature lorsque le dépôt porte sur des choses de genre non individualisées – c'est-à-dire des choses fongibles – que le dépositaire a de ce fait le droit de consommer³⁴, ce que l'on appelle souvent un dépôt irrégulier, proche du prêt de consommation. En ce cas, le dépositaire doit restituer, non la chose reçue, mais

31. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 20 juin 1995, *Bull. civ. I*, n° 269 ; en l'espèce, un commissaire-priseur avait restitué une œuvre d'art à l'ex-mari de la déposante ; il avait donc commis une faute et été condamné à des dommages-intérêts envers celle-ci : « *Il résulte des articles 1937 et 1938 que le dépositaire ne doit restituer la chose déposée qu'à celui qui la lui a confiée, indépendamment de sa qualité de propriétaire de la chose remise en dépôt [...]* ; la chose déposée ne pouvait être restituée qu'à la déposante, indépendamment de la question, toujours en litige, des droits de propriété sur l'œuvre déposée ».

32. Cass. civ. 1^{re}, 9 février 1988, *Bull. civ. I*, n° 32 ; *RTD com.* 1988.677, obs. B. Bouloc : « *Vu les articles 1944 et 1948 ; aux termes du premier de ces textes, le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le réclame, à moins qu'il n'existe, entre les mains du dépositaire, une saisie ou une opposition à la restitution ou au déplacement de la chose déposée ; il n'est permis de faire exception à cette règle que si, en vertu du second de ces textes, le dépositaire est créancier du déposant en vertu du dépôt, ou du moins s'il existe un lien de connexité entre la créance du dépositaire et le contrat de dépôt* » ; v. égal. *supra*, n° 879, sur le droit de rétention.

33. Cass. civ., 11 juillet 1860, *DP* 1860.I.305 : le dépositaire de valeurs dépendant d'une succession peut refuser de les restituer jusqu'à ce qu'il y ait été autorisé par justice, si le droit de l'héritier suscite « *des doutes légitimes* » ; en l'espèce, il existait des mineurs qui avaient été écartés du partage à la suite d'une transaction. Mais, Req., 5 juillet 1892, *DP* 1892.I.503 : le dépositaire est obligé de restituer si un jugement ordonne l'attribution. L'opposition doit prendre la forme d'un acte d'huissier ; une lettre recommandée ne suffirait pas : Cass. com., 11 février 2003, *Bull. civ. IV*, n° 19.

34. Ex. : une cuve contient du pétrole appartenant à des personnes différentes (J. CARBONNIER, *RTD civ.* 1950.201).

une chose semblable, de même espèce et de même quantité ; en outre, il n'est pas libéré par la force majeure, parce que *genera non pereunt* (les choses de genre ne périssent pas), ce qui est une différence importante d'avec le dépôt ordinaire. Si la chose de genre est individualisée³⁵, le dépôt devient « régulier » et la restitution doit se faire en nature.

La distinction entre le dépôt irrégulier et le prêt de consommation est une *crux juris*. Objectivement, tout se ressemble : les deux contrats ont pour objet l'un une chose fongible, l'autre une chose consomptible, par conséquent quible ; dépositaire et emprunteur ont le droit de se servir de la chose ; la restitution se fait par équivalent ; sans doute le dépôt, non le prêt, est-il restituable à tout moment, mais ce n'est pas un élément essentiel. Ce qui change, c'est l'intention, l'esprit respectif des institutions. Le dépôt, même irrégulier, est fait dans l'intérêt du déposant afin que sa chose soit gardée ; le prêt est fait dans l'intérêt des deux parties, au moins celui de l'emprunteur³⁶. La distinction devient fuyante lorsqu'il s'agit de dépôt salarié, ce qui explique les difficultés que soulèvent les dépôts bancaires.

887. Dépôt d'argent en banque. – Le dépôt irrégulier est si proche du prêt de consommation que l'on a hésité entre ces deux qualifications à l'égard du dépôt de fonds auprès d'une banque³⁷. Si classique qu'elle soit, la controverse méconnaît la réalité de l'opération.

Parfois, on y voit un dépôt irrégulier, le banquier ayant la libre disposition des fonds et n'étant tenu de restituer que l'équivalent non l'identique³⁸ ; mais le banquier n'a pas l'obligation de garde, caractéristique du dépôt et sauf les dépôts à vue, le client ne peut obtenir la restitution immédiate des sommes déposées. D'autres le qualifient de prêt de consommation³⁹ ; mais la faculté de remboursement à vue qui est un des traits habituels de l'opération est contraire au délai de remboursement que le prêt comporte nécessairement. D'autres, enfin, y voient un contrat innommé⁴⁰, ce qui n'est guère éclairant. Sans qualifier le contrat, la Cour de cassation décide que le titulaire du compte est un créancier du banquier et non le propriétaire des fonds⁴¹. Le dépôt se combine souvent avec le mandat, notamment lorsque le banquier est chargé de procéder à des opérations pour le compte du client ; ou que celui-ci a délivré une procuration à un tiers⁴².

35. Le dépôt est régulier lorsqu'il porte sur des choses de genre individualisées : par exemple, de l'argent ou des pièces d'or mises dans un coffret ou un sac cacheté. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 29 novembre 1983, *Bull. civ. I*, n° 280. En l'espèce, un particulier avait déposé dans une banque 131 « souverains d'or » achetés à Djibouti, puis avait donné l'ordre de les vendre ; la police les a saisis, parce que les pièces étaient fausses ; la demande du déposant en remboursement de leur valeur (en vrai or) a été repoussée parce qu'il s'agissait d'un dépôt régulier : « *Les pièces avaient été conservées par la banque dans une cassette close, déposée dans un coffre, ce qui permettait de les individualiser* ».

36. Req., 2 décembre 1890, *DP* 1891.I.420 ; *S.* 1891.I.273 : sommes « déposées » à une société par ses actionnaires : « *La garde des fonds n'a jamais été le but principal et déterminant de la livraison qui en a été faite à la société ; les opérations ont eu lieu, non comme dans tout dépôt, pour le plus grand avantage des déposants, mais dans un double intérêt réciproque, celui des capitalistes, qui trouvaient un placement plus avantageux à 5 %, et celui qui se procurait ainsi les fonds dont elle avait besoin* ». L'opération était donc un prêt à intérêt sujet à l'impôt qui le frappait.

37. Fr. GRUA, *Les contrats de base de la pratique bancaire*, Litec, 2001, n°s 170 et s. ; Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, LGDJ, coll. Domat, 11^e éd., 2015, n° 51.

38. RIPERT, ROBLOT *et al.*, n° 2361.

39. J. HAMEL *et al.*, *Traité de droit commercial*, t. II, Dalloz, 1966, n° 1640.

40. J. ESCARRA, *Cours de droit commercial*, t. VI, Sirey, 1951, n° 425.

41. Jurisprudence constante ; ex. : Cass. civ. 1^{re}, 7 février 1984, *Bull. civ. I*, n° 49 ; *Defrénois* 1984, art. 33.427, obs. appr. Chr. Larroumet : « *Dès l'instant de leur remise, les espèces (versées à une caisse d'épargne), étant des choses de genre, deviennent propriété de la caisse à l'égard de laquelle le client ne dispose plus que d'un droit de créance* ». Pour E. Alfandari, « Les droits des créanciers et des déposants d'un établissement de crédit en difficulté », *D.* 1996, chron., 277, les déposants en banque sont propriétaires des soldes créditeurs. Comp. *supra*, n° 568. Pour Fr. Grua, on reste sur le terrain des créances : *D.* 1998, chron. 258.

42. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 2015, n° 14-19825, *Bull. civ. III* à paraître ; *D.* 2015. 1588, n. A. Tehrani (preuve par tous moyens de la procuration sur le compte).

2) Restitution au déposant

888. À qui la chose doit-elle être restituée ? – Le principe est que la restitution doit être faite au déposant (art. 1937). Par exemple, si le dépôt avait été effectué par un mandataire, la restitution devrait être faite au mandant. Le dépositaire n'a pas à exiger que le déposant qui réclame restitution fasse la preuve de sa propriété⁴³. S'il est mort, le bien sera restitué à son héritier (art. 1939).

La jurisprudence applique cette règle avec rigueur au dépôt bancaire : le banquier dépositaire engage sa responsabilité si, même en l'absence de faute de sa part, il paye un chèque à un contrefacteur⁴⁴ ou remet les titres à un époux non-déposant⁴⁵ ou exécute des virements sans la signature autorisée⁴⁶.

B. RESPONSABILITÉ

889. Obligation de moyens ? Conservation et restitution. – Le dépositaire engage sa responsabilité contractuelle s'il ne peut restituer au déposant la chose qui lui avait été confiée⁴⁷ ou si elle a été détériorée par sa faute. Il a violé l'obligation de garde à laquelle il est tenu : sa responsabilité est plus lourde que celle du bailleur, qui n'assume aucune obligation de garde.

Bien que, sauf vestiaire organisé, la remise de vêtements à un restaurateur, salon de coiffure ou club sportif ne soit pas un contrat de dépôt, celui qui accepte de recevoir la chose assume, lui aussi, une obligation de garde, qui ressemble à celle du dépositaire⁴⁸, à cette différence qu'elle

43. Cass. civ. 1^{re}, 27 novembre 2001, *Bull. civ. I*, n° 290 ; *Contrats, conc. consom.* 2002, comm. n° 23, n. L. Leveneur ; en l'espèce, un industriel avait déposé chez un garagiste du matériel ; lorsqu'il en demanda la restitution, la cour d'appel le débouta car « *il ne justifie pas être propriétaire du matériel déposé* ». Cassation : « *il ne peut être exigé de celui qui a fait le dépôt la preuve qu'il était propriétaire de la chose déposée ; le dépositaire ne doit restituer la chose qu'à celui qui la lui a confiée* ».

44. Jurisprudence constante, ex. : Cass. com., 9 février 1993, *Bull. civ. IV*, n° 52 ; *JCP E* 1993.II.439, n. J. Stoufflet : « *en sa qualité de banquier dépositaire, NSM ne pouvait être libérée de son obligation de restituer les fonds du déposant qu'en vertu d'un ordre de paiement revêtu de la signature authentique de celui-ci et le chèque litigieux étant faux dès l'origine, son paiement n'était pas libératoire pour le tiré, même en l'absence de faute de celui-ci* ».

45. Cass. civ. 1^{re}, 3 juillet 2001, *Bull. civ. I*, n° 198 ; *D.* 2002.1102, n. L. Comangès : le banquier devra rembourser près de 200 000 € au déposant, dont le conjoint a vidé le compte. Il aurait dû vérifier ses pouvoirs.

46. Cass. com., 3 novembre 2004, *Bull. civ. IV*, n° 187 ; *D.* 2004.3063, n. V. Avena Robardet.

47. Jurisprudence constante, ex. : un bijou confié à un bijoutier a été volé : Cass. com., 12 novembre 1986, *Bull. civ. IV*, n° 205 : « *Une prudence normale commandait à la société Faur (le bijoutier) d'examiner la possibilité du percement du plafond, ce qu'elle n'a pas fait* » ; l'arrêt précise aussi que le dépositaire aurait dû s'assurer contre le risque de force majeure même si les bijoux étaient déjà assurés, ainsi que le prévoit le Code des usages de la profession (bijouterie, horlogerie, joaillerie, orfèvrerie) ; sur le dépôt de bijou, v. aussi *infra*.

48. Cass. civ. 1^{re}, 18 novembre 1975, *Bull. civ. I*, n° 333 ; *RTD civ.* 1976.369, obs. G. Cornu : il ne s'agit pas d'un dépôt, mais « *d'une obligation accessoire du contrat de restauration* » ; comp. pour les salons de coiffure, *infra*, n° 900.

est susceptible de convention contraire⁴⁹, alors qu'elle est de l'essence du dépôt, et que le client est tenu à une obligation de prudence⁵⁰.

Par nature, l'obligation de restituer est une obligation de résultat : seule la restitution effective satisfait le déposant. Pourtant, la Cour de cassation parle d'obligation de moyens⁵¹. Ce qui ne signifie pas que le dépositaire doit simplement s'efforcer de conserver et de restituer la chose, et que sa responsabilité ne serait engagée que si le déposant prouvait sa faute ; cette preuve serait souvent impossible. Le défaut de restitution ou la restitution d'un objet détérioré font présumer la faute du dépositaire⁵² ; la présomption est simple et peut être renversée par la preuve d'un événement de force majeure ou par celle de l'absence de faute, ou de ce que la chose était déjà détériorée lorsqu'il l'a reçue⁵³. En pratique, les détériorations ou disparitions dont la cause est inconnue engagent la responsabilité du dépositaire⁵⁴.

890. Force majeure. – Le dépositaire est exonéré de sa responsabilité s'il démontre que la perte est imputable à la force majeure (art. 1929)⁵⁵. La force majeure et le risque pèsent donc sur le déposant, sauf s'il avait mis en demeure le dépositaire, ou s'il y avait dépôt irrégulier (*genera non pereunt*), ou si une indemnité avait été versée au dépositaire par un tiers afin de remplacer la chose perdue – la subrogation réelle produit son effet⁵⁶.

49. Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} mars 1988, *Bull. civ. I*, n° 57. En l'espèce, une dame avait accroché son manteau à un portemanteau situé à l'entrée d'un cabaret ; à sa sortie, elle ne l'a pas retrouvé ; jugé que le cabaret n'était pas responsable, car un panneau était mis au-dessus du portemanteau « *prévenant la clientèle que l'établissement n'acceptait pas d'être dépositaire des vêtements qui étaient accrochés ; de ces constatations, elle (la cour d'appel) a pu déduire, non seulement qu'aucun contrat de dépôt ne s'était formé entre M^{me} Gillot et M. Scemama (tenancier du cabaret) mais aussi que ce dernier n'était pas tenu en l'espèce d'une obligation de garde et de surveillance des vêtements de sa clientèle* ».

50. Ex. : commettrait une imprudence, justifiant un partage de responsabilité, le client qui pend un manteau de vison sur un portemanteau non surveillé. V. également, *infra*, n°s 900-901 ; *Droit civil illustré*, n° 150.

51. * Cass. com., 22 novembre 1988, *sté Nozeroy*, *Bull. civ. IV*, n° 316 ; *RTD civ.* 1989.328, obs. P. Jourdain ; *RTD com.* 1989.526, obs. B. Bouloc : le dépositaire « *n'est tenu que d'une obligation de moyens et [...] il est exonéré de l'obligation de restituer la chose lorsqu'il rapporte la preuve de l'absence de faute ou de négligence de sa part* » ; cassation de l'arrêt qui décide qu'un bijoutier n'est pas exonéré de son obligation au seul motif que l'agression dont il a été victime n'avait pas le caractère de la force majeure. En l'espèce, il s'agissait d'un « confié », c'est-à-dire d'un dépôt de bijoux entre deux bijoutiers. Pour le dépôt d'une pouliche : Cass. civ. 1^{re}, 10 janvier 1990, cité *supra*, n° 866.

52. Jurisprudence constante ; ex. : Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 2008, n° 06-17863, *Bull. civ. I*, n° 143 : « *Si le dépositaire n'est tenu que d'une obligation de moyens, il lui appartient en cas de détérioration de la chose déposée de prouver qu'il y est étranger, en établissant qu'il a donné à cette chose les mêmes soins qu'il avait apportés à la garde des choses lui appartenant* ». Sauf à prouver que cette détérioration existait avant la mise en dépôt ; en l'espèce, le déposant, constatant lors de la restitution que les objets déposés étaient détériorés, demanda une indemnité réparant dommage ; il fut débouté par la cour d'appel car « *il ne rapportait pas la preuve que les dommages pouvaient être imputés à la société (dépositaire) pendant qu'elle les avait en dépôt* ». Cassation : la cour d'appel a inversé la charge de la preuve.

53. Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 2008, *Bull. civ. I*, n° 143, *D.* 2008.1550, n. X. Delpech ; *Contrats, conc. consom.* 2008, comm. n° 223, n. L. Leveneur ; *Defrénois* 2008.1953, obs. R. Libchaber ; *RDC* 2008.1271, n. P. Puig : (meuble ancien mis en dépôt dans un hôtel des ventes et restitué endommagé) : « *il incombait au dépositaire de prouver que les détériorations constatées existaient avant la mise en dépôt des objets litigieux...* ».

54. Cass. civ. 1^{re}, 7 février 2006, *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. n° 101, n. L. Leveneur ; n.p.B. : incendie d'un entrepôt, cause inconnue, le dépositaire est responsable.

55. Ex. : l'exode provoqué par l'invasion allemande de 1940 avait fait fuir un garagiste qui abandonna les voitures de ses clients : Cass. civ. 1^{re}, 22 décembre 1954, *Bull. civ. I*, n° 382 ; *D.* 1955.252.

56. *Supra*, n° 885.

Comme toujours, l'appréciation de la force majeure soulève des difficultés. Ainsi pour le vol : c'est au dépositaire de prouver qu'il a pris les précautions suffisantes et que le voleur avait usé de moyens qui, en l'espèce, avaient été irrésistibles⁵⁷.

891. Absence de faute. – Le dépositaire est aussi exonéré de sa responsabilité en démontrant son absence de faute, appréciée de manière différente selon que le dépôt est salarié ou gratuit. Si le dépositaire est salarié, sa faute est, comme en droit commun, appréciée *in abstracto*, par rapport à une personne raisonnable (l'ancien bon père de famille), article 1928, 2^o⁵⁸. Si le dépositaire n'a pas de rémunération, sa conduite est jugée avec plus d'indulgence, car sa faute est appréciée *in concreto*, par rapport « *aux soins qu'il apporte dans ses propres affaires* » (art. 1927). Par exemple, eût-il commis une faute lourde, il ne serait pas responsable s'il en avait fait de même dans la gestion de son patrimoine.

892. Clause d'irresponsabilité. – Enfin, le dépositaire est également exonéré de sa responsabilité si avait été stipulée une clause d'irresponsabilité, courante en la matière (ex. : dans les contrats de garde-meuble « l'entrepositaire ne sera pas responsable des dommages causés par le froissement d'étoffes »). Cette clause, conformément au droit commun, l'exonère de sa faute légère, non de sa faute lourde ou dolosive, ou de la méconnaissance de son obligation essentielle (nouveau art. 1170)⁵⁹. Surtout, le dépositaire doit démontrer que cette clause a été connue et acceptée du déposant, ce qui ne résulte pas du simple affichage du règlement, sauf circonstances particulières : par exemple, le client était habituel, ou encore le dépositaire avait attiré son attention sur la clause.

Cette stipulation est distincte de la clause limitative de l'obligation ; par exemple, lorsque l'exploitant du *parking* stipule qu'il n'exerce aucune obligation de surveillance. Cette clause est valable, mais est incompatible avec un contrat de dépôt⁶⁰.

III. — Pouvoirs du dépositaire

893. Limites aux pouvoirs du dépositaire. – Les pouvoirs du dépositaire comportent deux limites. D'une part, il n'a ni le droit d'usage (art. 1930)⁶¹, ni celui de jouissance (art. 1936) sur la chose, sauf autorisation expresse ou présumée du propriétaire (art. 1930) ; en ce cas, le dépôt se rapproche du prêt à usage. L'autorisation n'est présumée que lorsque l'usage est tellement inhérent à la détention de la chose qu'il contribue à sa conservation ; ainsi en est-il des photographies remises

57. Cass. civ. 1^{re}, 23 décembre 1958, *Bull. civ. I*, n° 579 ; *D.* 1959.53 ; *RTD civ.* 1959.343, obs. J. Carbonnier : « *Dans le cas où la chose déposée a été endommagée par un tiers, le dépositaire salarié doit, pour être exonéré de son obligation de la rendre dans l'état où il l'a reçue, prouver que le fait de ce tiers présentait pour lui les caractères de la force majeure ; il demeure en conséquence responsable de ces dommages envers le déposant lorsqu'une faute commise par lui a rendu possible le fait de ce tiers* ».

58. Cass. civ. 1^{re}, 20 juillet 1994, *Bull. civ. I*, n° 256 : « *Vu les articles 1927 et 1928 ; pour être exonéré des conséquences de la disparition de la chose qu'il a reçue, le dépositaire salarié doit prouver que le dommage n'est pas dû à sa faute* ». En l'espèce, la cour d'appel avait engagé la responsabilité du commissaire-priseur auquel avaient été confiés des objets d'art par un antiquaire, et qui avaient été volés, parce qu'il n'avait pas prouvé la force majeure. Cassation.

59. Cass. civ. 1^{re}, 12 décembre 1984, *supra*, n° 863.

60. Sur les différences entre les clauses d'irresponsabilité et celles qui limitent l'obligation, *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

61. Ex. : le garagiste n'a le droit d'utiliser ni même de sortir l'automobile déposée dans son garage, sans autorisation du déposant : Cass. civ. 1^{re}, 2 février 1965, *Bull. civ. I*, n° 91.

par les auteurs et journalistes aux agences de presse, afin qu'elles les cèdent à des journaux⁶².

D'autre part, il est, sauf stipulations contraires, tenu d'une obligation de discrétion, ne pas chercher à connaître le contenu du dépôt, ce qu'implique l'article 1931. Ainsi en est-il du contrat de coffre-fort et des dépôts en ligne sur l'Internet⁶³.

N^{os} 894-899. réservés.

62. P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 10^e éd., à paraître en 2017, n° 640.

63. *Supra*, n° 861.

■ CHAPITRE II ■

DÉPÔTS SPÉCIAUX

Trois sortes de dépôts sont soumis à des statuts particuliers : le dépôt nécessaire (Section I), le dépôt hôtelier (Section II) qui comportent tous deux des analogies dans leur régime, et le séquestre, qui, lorsqu'il est judiciaire, s'éloigne beaucoup du dépôt (Section III).

SECTION I

DÉPÔT NÉCESSAIRE

900. Peur et preuve. – Dans le dépôt nécessaire, le déposant n'a pas librement effectué son dépôt ; le caractère contractuel s'efface¹. Sans doute, doit-il être accepté par le depositaire, mais le déposant subit une contrainte, la peur que lui cause un péril imprévu et qui l'a incité à fuir en déposant à la hâte ses affaires (art. 1949) : il y a une nécessité imprévue². Ce qui n'est pas, au sens des vices du consentement, une violence, puisque la contrainte ne provient pas d'une personne, mais d'un événement³ ; *coacta voluntas sed tamen voluntas* : pour contrainte qu'elle soit, une volonté reste une volonté.

Parce qu'il y a force majeure, le déposant n'a pu se préconstituer une preuve écrite ; aussi peut-il librement démontrer le dépôt, quelle qu'en soit la valeur (art. 1950). C'est uniquement en cela que le dépôt nécessaire a un régime dérogatoire.

La jurisprudence a compris étroitement, pendant longtemps, la notion de dépôt nécessaire ; ainsi, le fait qu'il soit dans l'usage de laisser ses vêtements en un lieu déterminé d'un restaurant, d'un salon de coiffure ou d'un club sportif, n'est pas un événement de force majeure soustrayant le déposant aux règles ordinaires de preuve. C'est parfois même un acte de pure complaisance⁴.

1. R. RODIÈRE, « La notion de dépôt nécessaire », *D.* 1951, chron. 123.

2. Cass. civ. 1^{re}, 22 novembre 1988, *Bull. civ.* 1, n° 330 ; *RTD com.* 1989.528, obs. B. Bouloc : une cour d'appel avait qualifié de « dépôt nécessaire » l'acte par lequel une assistante médicale avait retiré du cou d'un patient un bijou afin de prendre une radiographie du thorax ; la Cour de cassation rejeta le pourvoi sans pourtant approuver la qualification : « *Appréciant souverainement les circonstances, la cour d'appel en a déduit que le docteur Dupres avait l'obligation de veiller à ce que le bijou soit restitué à son propriétaire* ».

3. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

4. T. civ. Seine, 30 juin 1947, *D.* 1947.423 ; *JCPG* 1948.II.4129.

Le problème se pose quand il n'existe pas de vestiaire organisé et que le client a accroché ses vêtements dans le restaurant, le salon de coiffure ou le club sportif, par exemple, sur un portemanteau. La jurisprudence décide le plus souvent que le tenancier de l'établissement n'a pas accepté d'être dépositaire⁵.

Cependant, dans ces cas, les tribunaux admettent souvent la preuve par témoins de la remise du vêtement, en se fondant sur un autre raisonnement : ils se réfèrent au droit commun qui admet la liberté de la preuve en cas d'impossibilité morale de se préconstituer un écrit (art. 1360, ancien art. 1348, al. 1)⁶. En outre, ils soumettent le restaurateur, salon de coiffure ou club sportif à une responsabilité qui, bien que de droit commun, est à peu près la même que celle du dépositaire⁷. Dans ce cas, aussi bien pour la preuve que pour le fond, le droit commun des obligations ramène au droit spécial du dépôt.

SECTION II DÉPÔT HÔTELIER

901. « Regardé comme un dépôt nécessaire ». – Si la jurisprudence a une conception étroite du dépôt nécessaire, la loi en élargit la notion dans le dépôt hôtelier : l'article 1952 énonce que le dépôt des vêtements, bagages et objets divers apportés chez les aubergistes et hôteliers « doit être regardé comme un dépôt nécessaire »⁸. Sans doute, le voyageur est-il en fait obligé de laisser ses effets dans la chambre qu'il occupe, mais il n'y a là aucune force majeure. Les éléments caractéristiques du dépôt nécessaire manquent ; les rédacteurs du Code civil l'ont souligné en précisant que le dépôt hôtelier « doit être regardé comme » un dépôt nécessaire, ce qui implique qu'il ne l'est pas, mais bénéficie de ses règles de preuve et est soumis à ses règles de responsabilité renforcée.

La raison d'être de ce texte est double. Elle est d'abord historique. Dans le passé, les hôtels étaient des lieux peu sûrs où plus qu'ailleurs le voyageur risquait d'être dévalisé ; ce qui n'est plus vrai aujourd'hui. Surtout, le voyageur n'est pas maître des allées et venues dans l'hôtel qui est sous la garde et donc sous la responsabilité de l'hôtelier : il est obligé de lui faire confiance.

Aussi, le dépôt hôtelier ne bénéficie-t-il pas seulement des avantages probatoires conférés au dépôt nécessaire ; il impose également à l'hôtelier une responsabilité aggravée.

Lorsque les effets du voyageur sont endommagés ou volés, l'hôtelier en est responsable de plein droit, sans qu'il soit nécessaire de prouver sa faute (art. 1953) ; mais il peut s'exonérer en démontrant la force majeure⁹ ou la faute de la

5. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 8 février 2005, *Lucie Saint-Clair*, D. 2005.2260, n. C. Bloud-Rey ; *Bull. civ. I*, n° 67 ; *Defrénois* 2005.1233, n. R. Libchaber ; *RDC* 2005.1031, obs. I. Dauriac : la cliente d'un salon de coiffure avait déposé ses bagues sur un plateau ; jugé que n'avait pas été caractérisée une « obligation accessoire de surveillance » pesant sur le salon de coiffure.

6. J. CARBONNIER, obs. *RTD civ.* 1948.227.

7. *Supra*, n° 889.

8. L. MORET, « Le contrat d'hôtellerie », *RTD civ.* 1973.663-700.

9. Le vol à main armée n'est pas une force majeure : il ne s'agit pas de responsabilité, mais de garantie : Cass. civ. 1^{re}, 9 mars 1994, *Bull. civ. I*, n° 91 ; « Si l'irrésistibilité de l'événement est, à elle seule, constitutive de la force majeure, lorsque sa prévision ne saurait permettre d'en empêcher les effets, encore faut-il que le débiteur ait pris toutes les mesures requises pour éviter la réalisation de cet événement ; ayant constaté en l'espèce que l'hôtelier ou ses préposés n'avaient pas effectué un contrôle strict des entrées, le veilleur de nuit ayant lui-même ouvert la porte d'entrée à l'un des

victime¹⁰. Comme il arrive souvent lorsque la responsabilité est objective, celle-ci est limitée ; le plafond était autrefois fixé par un chiffre, rendu dérisoire par l'érosion monétaire ; depuis une loi du 24 décembre 1973 modifiant l'article 1953, elle s'élève à 100 fois le prix de la location du logement par journée ; sauf pour les objets laissés dans les véhicules stationnés dans les lieux dont l'hôtel a la jouissance privative, où cette limite est abaissée de moitié (art. 1954, al. 2)¹¹. Cette référence à une valeur a pour avantages d'échapper à l'érosion monétaire et de s'adapter à la situation de chaque hôtel. La responsabilité de l'hôtelier est objective et limitée ; elle n'est engagée que si le voyageur prouve la matérialité du dépôt¹², c'est-à-dire l'identité des objets et leur valeur¹³.

Le plafond légal de responsabilité est écarté si le voyageur avait déposé ses objets entre les mains de l'hôtelier (art. 1953, al. 2)¹⁴ ou si l'hôtelier avait pris un engagement spécial, ou s'il avait commis une faute dans la garde, aujourd'hui facilement admise par les tribunaux¹⁵. Lorsque les clauses exonératoires sont valables, elles doivent avoir été connues et acceptées par le client.

En général la jurisprudence comprend étroitement le dépôt hôtelier ; elle ne l'applique pas, malgré l'analogie, à des situations qui ne sont pas de véritables hôtelleries : restaurant¹⁶ et naguère cliniques d'accouchement¹⁷, bien que « *l'accouchement le plus chanté de la création ait eu lieu dans l'annexe d'une*

malfaiteurs qui prétendait avoir rendez-vous avec une cliente de l'établissement, la cour d'appel a pu estimer que ce vol à main armée ne constituait pas un cas de force majeure, dès lors que n'avaient pas été prises toutes les précautions possibles que la prévisibilité rendait nécessaires ».

10. Ex. : le client n'avait pas placé ses objets de valeur dans le coffre de l'hôtel, mais dans celui de la chambre, ne se conformant pas aux consignes de sécurité : Cass. civ. 1^{re}, 12 juin 2012, n° 11-18450, n.p.b. ; *Contrats, conc. consom.* 2012, n° 228 ; ou il est volé dans sa chambre dont il avait laissé à l'extérieur la clef dans la serrure : Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1954, *Gaz. Pal.* 1955.I.45 ; il porte des bijoux avec lui ou sur lui : Cass. civ. 1^{re}, 27 janvier 1982, *Bull. civ. I*, n° 49 ; *D.* 1982, IR, 359, n. Chr. Larroumet.

11. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000, *Bull. civ. I*, n° 163 : il y a « jouissance privative » et donc responsabilité de l'hôtelier, « *au cas du vol du véhicule stationné dans les dépendances de l'hôtel* » ; au contraire, Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} janvier 2000, *Bull. civ. I*, n° 4 : l'hôtelier n'est pas responsable si le véhicule stationnait sur la voie publique.

12. Cass. civ. 1^{re}, 4 novembre 1986, *Bull. civ. I*, n° 250 : « *Pour bénéficier d'un droit à réparation dans la limite équivalent à cent fois le prix quotidien de location, le client d'un hôtel qui soutient avoir été victime d'un vol d'objets déposés dans sa chambre, s'il n'a pas l'obligation de rapporter la preuve d'une faute quelconque de l'hôtelier qui aurait permis la commission du vol allégué, doit, en revanche, s'il y a contestation sur la réalité du dépôt, justifier, fût-ce par présomption, de la matérialité du dépôt* ».

13. Cass. civ. 1^{re}, 12 juin 2012 préc., le client n'a pas fourni les justificatifs de la valeur des objets volés.

14. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 14 février 1990, *Bull. civ. I*, n° 44 : dépôt de bijoux dans le coffre de l'hôtelier auquel le client ne pouvait accéder qu'accompagné d'un employé de l'établissement ; jugé qu'en cas de vol, la responsabilité de l'hôtelier était illimitée.

15. Ex. : Paris, 26 novembre 1987, *D.* 1988, IR, 4 ; cette faute n'impose ni l'intention de nuire, ni d'être une faute lourde.

16. Cass. civ. 1^{re}, 11 mars 1969, *Bull. civ. I*, n° 108 ; *D.* 1969.492 : « *La responsabilité des hôteliers, telle qu'elle résulte des articles 1952 et s. présente un caractère exceptionnel et ne saurait être étendue par voie d'analogie ; en effet se rattachant au contrat d'hôtellerie, elle implique nécessairement que le client est "logé" dans l'hôtel et n'est pas venu seulement pour prendre un repas* » : stationnement de la voiture du client dans la cour du restaurant, vol d'une valise pendant le déjeuner ; la responsabilité du restaurateur n'est pas engagée, sauf si sa faute est démontrée.

17. * Cass. civ. 1^{re}, 17 décembre 1957, *sté clinique Marignan*, *Bull. civ. I*, n° 494 ; *D.* 1958.96 ; *JCPG* 1958.II.10452 ; *RTD civ.* 1958.273, obs. J. Carbonnier : « *La responsabilité imposée par l'article 1952 aux aubergistes et hôteliers a été établie dans l'intérêt exclusif des voyageurs qui logent chez eux ; le terme "voyageurs" désigne limitativement les personnes que les hôteliers reçoivent à titre temporaire et passager [...] ; on ne saurait considérer, ni comme un hôtelier ou un aubergiste l'exploitant d'une clinique, ni comme un "voyageur" au sens de l'article susvisé les personnes qui*

hôtellerie »¹⁸; aujourd'hui, la loi (C. santé publ., art. L. 1113-1 et s.) qu'avait anticipée la jurisprudence¹⁹, assimile presque complètement le dépôt hospitalier au dépôt hôtelier. La jurisprudence étend aussi le dépôt hôtelier au parc de stationnement de l'hôtel et à un club de vacances²⁰.

SECTION III

SÉQUESTRE

902. Conventionnel et judiciaire. – Le séquestre²¹ a été conçu par le Code civil comme une variété particulière de dépôt, le dépôt d'une chose litigieuse (art. 1955 à 1963). Mais, de plus en plus, le particularisme de l'institution s'accuse, et souvent il se rapproche du mandat, surtout lorsqu'il est confié à un administrateur-séquestre; il peut, malgré les termes de l'article 1956 (« un tiers »), être confié à un créancier, qui conserve la chose en qualité de séquestre²²; cette remise libère le débiteur²³. Il peut porter sur un immeuble, et même, lorsqu'il s'agit d'une succession, sur l'ensemble d'un patrimoine²⁴. À côté des séquestres conventionnel et judiciaire, existent des séquestres administratifs seulement indiqués ici pour mémoire.

Le séquestre **conventionnel** est pratiqué de temps à autre : les plaideurs préfèrent s'en remettre à la justice pour désigner la personne qui gardera la chose jusqu'à l'issue du procès.

Le séquestre **judiciaire** est une mesure conservatoire nécessaire en cas d'urgence. Le Code civil a voulu qu'il ne porte pas trop atteinte aux prérogatives du propriétaire, la jurisprudence en a élargi le domaine et à un moindre degré le rôle. La lettre de l'article 1961 paraît impliquer qu'il ne peut intervenir que dans les cas expressément prévus par la loi; cependant, la jurisprudence, à partir de l'entre-deux-guerres, a admis que le juge, notamment celui des requêtes ou des référés, pouvait ordonner un séquestre toutes les fois qu'il l'estimait utile parce que sur un bien ou un ensemble de biens, il y avait un conflit sérieux d'intérêts²⁵. Il peut également prendre

viennent habiter une chambre pendant le temps où les soins spéciaux nécessités par leur état leur sont dispensés » (c'est-à-dire les malades hospitalisés).

18. J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 344.

19. Cass. civ. 1^{re}, 19 mai 1992, *Bull. civ. I*, n° 146; *JCP G* 1992.IV.2047.

20. Paris, 15 juin 1988, *D.* 1988, IR, 224 : « *Le club de vacances a l'obligation de garantir à ses clients la surveillance des objets entreposés dans les chambres mises à leur disposition quelles que soient les règles d'organisation et d'animation des séjours* ».

21. **Étymologie** de séquestre : du latin *sequester*, *tri* = médiateur, puis, dépositaire d'un objet en litige; lui-même dérivé (?) de *secus* = le long de.

22. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 30 juin 1965, *Bull. civ. I*, n° 436 : « *Il était possible à la cour d'appel de désigner l'un des héritiers comme administrateur séquestre d'un bien de la succession, même en présence de l'opposition d'un autre héritier, quel que dût être le sort du bien litigieux et quelques procédures qui pussent être engagées pour déterminer ce sort* ».

23. * Cass. civ. 1^{re}, 17 février 1998, *Banque Part Dieu*, *Bull. civ. I*, n° 64; *D. Aff.* 1998.469; *Contrats, conc. consom.* 1998, n° 58, n. L. Leveneur; *RTD civ.* 1998.700, obs. P.-Y. Gautier : « *Vu l'art. 1961, 3^e; il résulte de ce texte que lorsqu'il remet au séquestre désigné par justice les choses qu'il a offertes pour sa libération, le débiteur est libéré* ».

24. Mais, sauf les cas de la « faillite » et des successions litigieuses, une personne ne peut être dessaisie de son patrimoine. Ex. : Cass. civ., 10 juillet 1876, *DP* 1876.I.314 : « *Vu les articles 537 et 1961; chacun a la libre disposition de ses biens et nul ne peut être privé du droit de les administrer qu'en vertu d'une disposition formelle de la loi; l'article 1961, n° 2, confère aux tribunaux la faculté de placer sous séquestre judiciaire soit une chose litigieuse entre deux ou plusieurs personnes, soit une chose déterminée affectée à la garantie d'obligations d'un débiteur; mais cette disposition de la loi ne les autorise pas à appliquer une telle mesure, à titre provisoire ou à titre définitif, au patrimoine entier d'un particulier non commerçant, fût-il en état de "déconfiture"* ».

25. * Cass. soc., 15 mars 1956, *Duru*, *Bull. civ. IV*, n° 256 : « *Les tribunaux et, en cas d'urgence, les juges des référés, sont investis d'un pouvoir souverain d'appréciation à l'effet d'ordonner la nomination d'un administrateur séquestre lorsqu'ils estiment que cette mesure est indispensable et urgente; il en est ainsi lorsqu'à l'occasion d'un colonat partiaire, l'une des parties empêche une saine gestion du domaine rompant la bonne harmonie nécessaire à l'exécution du contrat de métayage basé sur la*

la mesure à la demande d'un requérant ignorant l'identité réelle du créancier (« pour le compte duquel il appartiendra »).

Le séquestre doit garder²⁶ la chose et l'administrer²⁷ jusqu'au moment où il devra la restituer au plaideur à la fin du procès²⁸. Le juge (éventuellement la convention) doit fixer la mission du séquestre, mais il ne peut lui conférer, au plus, que le pouvoir d'administration, afin de ne pas trop porter atteinte aux droits du propriétaire²⁹. Le séquestre est responsable de ses fautes³⁰, ce qui le rapproche d'un dépositaire ordinaire³¹.

Conformément à l'article 1960, si le séquestre a été désigné avec l'accord des parties, il ne peut se dessaisir des sommes à la demande d'une seule, sauf à engager sa responsabilité professionnelle³². Le bien ou la créance conservée par lui n'entre pas dans son patrimoine, puisqu'il n'en acquiert pas la propriété. Il ne peut donc faire l'objet de saisies par ses créanciers³³. En revanche, ceux du ou des propriétaires qui se disputent le bien ou la créance peuvent en pratiquer une entre ses mains, avec l'aléa de la décision finale du juge³⁴.

N^{os} 903-904. réservés.

confiance réciproque ». La question se pose souvent dans les litiges relatifs à une succession (v. *Les successions*, coll. Droit civil) ou lorsqu'il y a des contestations entre associés : ex. : Req., 8 novembre 1933, *DH* 1934.569 ou entre indivisaires : l'article 815-6 exige que la mesure soit imposée par « l'intérêt commun ».

26. Cass. civ. 2^e, 16 juin 1982, *D.* 1983.237, n. Y. Desdevises ; n.p.B. : « Le gardien de marchandises saisies devait veiller à la conservation de celles-ci et y apporter les soins d'un bon père de famille ». En l'espèce, un cleric d'huissier avait été désigné comme gardien de marchandises saisies sur un débiteur ; celui-ci avait détourné les objets saisis, en ayant accès à l'entrepôt où ils étaient déposés ; la cour d'appel y avait vu une force majeure exonérant le séquestre. Cassation.

27. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 18 mars 1959, *Bull. civ. I*, n^o 169 : « Le séquestre judiciaire doit conserver et administrer les biens séquestrés dans la mesure que commandent la nature même de ceux-ci et l'étendue de sa mission » ; en l'espèce, un séquestre avait été chargé de gérer un élevage de volailles : sur 5 000 poulets, 1 500 avaient crevé ; jugé que le séquestre n'avait pas commis de faute et n'était donc pas responsable.

28. Ces sommes n'entrant pas dans son patrimoine, elles ne sauraient être appréhendées ni par lui-même, ni par ses créanciers en cas de procédure collective : Cass. com., 13 novembre 2001, *Bull. civ. IV*, n^o 177 ; *D.* 2002, AJ 328 : « le séquestre conventionnel oblige le dépositaire, même en redressement judiciaire, à rendre la chose contentieuse déposée entre ses mains qui sera jugée devoir l'obtenir, sans qu'il y ait lieu à concours entre les créanciers de ce dépositaire ». Cass. com., 24 avril 2007, *Bull. civ. IV*, n^o 114 : les sommes « doivent être restituées à ceux qui ont été jugés devoir les obtenir ».

29. En cas de séquestre d'actions ou de parts de société, le séquestre, en principe, ne peut se faire attribuer le droit de vote aux assemblées. Ex. : Paris, 18 avril 1961, *JCPG* 1962.II.12748, concl. Lambert : « S'agissant d'actions de société, les pouvoirs de celui qui en est chargé (du séquestre) ne comportent pas normalement le droit de vote qui appartient, en principe, à l'actionnaire ou au mandataire choisi par celui-ci ; toutefois, la conservation des actions [...] peut nécessiter aussi l'exercice de tous ou certains des droits qui y sont attachés – et singulièrement du droit de vote – pour la sauvegarde des intérêts sociaux et des intérêts de toute personne, quelle qu'elle soit, à qui la propriété des actions sera reconnue ».

30. Cass. civ. 2^e, 2 juillet 1997, *Bull. civ. II*, n^o 213 ; *D.* 1998, somm. 197, obs. Ph. Delebecque : responsabilité de plein droit, sous réserve de la preuve de l'absence de faute.

31. * Cass. civ. 1^{re}, 17 février 1998, *Banque Part-Dieu*, préc. : « Lorsqu'il remet au séquestre désigné par justice les choses qu'il a offertes pour sa libération, le débiteur est libéré ».

32. Cass. civ. 1^{re}, 13 novembre 1997, *Bull. civ. I*, n^o 310 (notaire qui restitue indûment l'indemnité d'immobilisation au bénéficiaire d'une promesse de vente).

33. Cass. com., 13 novembre 2001, *Bull. civ. IV*, n^o 177 : « Le séquestre conventionnel oblige le dépositaire, même en redressement judiciaire, à rendre la chose contentieuse déposée entre ses mains à la personne qui sera jugée devoir l'obtenir, sans qu'il y ait lieu à concours entre les créanciers de ce dépositaire ».

34. R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 3^e éd., 2014, n^o 381.

■ TITRE II ■

PRÊTS

PREMIÈRES VUES SUR LES PRÊTS

905. Nature, preuve, diversité, interprétation. – Le prêteur remet une chose à un emprunteur afin que celui-ci s'en serve pendant un temps, puis la restitue, en nature ou en équivalent. Le prêt¹ est l'archétype des contrats de crédit. Il a été longtemps le plus classique des contrats réels, dont la notion est aujourd'hui en crise². Il est typiquement un contrat de restitution, puisque l'emprunteur doit rendre la chose à l'expiration du prêt.

La restitution ne se fait pas de la même manière, selon qu'il s'agit du prêt à usage, dit autrefois commodat³ (Sous-Titre I) ou du prêt de consommation (Sous-Titre II), parce que l'objet du prêt n'est pas le même.

La distinction entre ces deux prêts est fondamentale en droit classique : elle vient de Rome et le Code civil la retient (art. 1874) ; elle tend à s'estomper, car le prêt à usage perd, dans certains de ses emplois récents, son particularisme. On rendrait mieux compte des réalités économiques contemporaines en opposant le prêt gratuit (le prêt à usage) aux prêts intéressés, même s'ils portent sur des choses consommables et surtout en mettant à part le prêt d'argent à intérêt, distingué des différents prêts de chose, et dont la fonction économique est beaucoup plus importante.

Comme pour tout contrat réel, la preuve a deux objets, tous deux à la charge de celui qui réclame la restitution : la remise de la chose, qui peut être établie par tous moyens, puisqu'il s'agit d'un fait ; et l'intention de prêter⁴, qui relève de la théorie générale de la preuve de l'acte juridique⁵. Mais la preuve de l'illicéité de la cause ou de l'absence de remise incombe à celui

1. **Étymologie** de prêt : du verbe latin *presto, are* = fournir, mettre à la disposition ; d'où dérive aussi le mot prestation.

2. *Supra*, n° 848.

3. Le mot a été supprimé en 2009 par une loi dite « de simplification du droit » (!).

4. Jurisprudence souvent réitérée : ex. Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2008, n° 07-13912 ; *Bull. civ. I*, n° 176 ; *JCPG* 2008.IV.2318 : « après avoir énoncé que la preuve de la remise de fonds ne suffisait pas à justifier l'obligation pour celui qui les a reçus de les restituer, il appartient à celui qui se dit créancier de rapporter la preuve d'un contrat de prêt, dès lors que le bénéficiaire des fonds allègue un don manuel, en revanche la preuve de l'absence d'intention libérale est libre ; [...] la preuve de ce contrat, dont la charge pesait sur les demandeurs, ne pouvait être rapportée que par écrit, l'absence d'intention libérale de ceux-ci n'étant pas susceptible d'établir à elle seule l'obligation de restituer des fonds versés ». Cassation, par refus d'application de l'art. 1341, exigeant la preuve écrite pour tout acte excédant une certaine somme (1 500 € aujourd'hui). De même : la preuve de la remise des fonds... ne suffit pas à prouver qu'ils avaient été restitués : Cass. civ. 1^{re}, 5 mai 1971, *Bull. civ. I*, n° 152... n'est pas un commencement de preuve par écrit : Cass. civ. 3^e, 19 février 1970, *Bull. civ. III*, n° 127.

5. L'article 1359 (ancien art. 1341) s'applique, et un écrit est donc nécessaire si la valeur de la chose prêtée excède 1 500 €, sauf en matière commerciale, ou si le prêt doit être remboursé à un tiers : jurisprudence constante ; ex. : Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 1998, *Bull. civ. I*, n° 195 ; *Defrénois* 1999.99, obs.

qui conteste la validité de la reconnaissance de dette⁶. La preuve de la stipulation d'intérêt dans le prêt d'argent est plus formaliste⁷. Puisque le prêt est un contrat unilatéral, sa preuve n'est pas soumise à la formalité du double original⁸. Sauf en matière de consommation, le contrat de prêt doit normalement s'interpréter en faveur du prêteur, car c'est lui qui consent le plus grand sacrifice.

906. Cause ; prêt affecté. – La cause du prêt est une question qui ne se pose en pratique que pour les prêts d'argent. Le prêt étant normalement un contrat réel, la règle est que la cause de l'obligation de restitution est la remise de la chose prêtée. Ainsi, le fait que le prêt ait été consenti en vue d'une opération déterminée, par exemple l'achat d'un bien particulier, en constitue seulement le mobile, non la cause ; par conséquent, les obligations de l'emprunteur envers le prêteur ne devraient pas être affectées par la nullité ou la résolution de la vente⁹ que le prêt a permis de financer : il y a, au moins en théorie, indépendance du prêt et du contrat principal. *Pour le détournement de l'affectation du prêt*¹⁰.

Ce principe comporte plusieurs exceptions. D'abord, si par la convention des parties, le contrat de prêt avait été subordonné expressément ou même tacitement à la conclusion et à l'exécution du contrat principal ; ensuite si le vendeur et le prêteur avaient agi de concert ; ou enfin lorsque le droit de la consommation l'impose dans les relations entre professionnels et consommateurs¹¹.

Le prêt destiné à une opération illicite ou immorale est nul ; mais le prêteur peut se faire restituer la chose prêtée¹², sauf lorsque la somme prêtée est destinée au jeu¹³.

N^{os} 907-909. réservés.

S. Piédelièvre ; *JCP G* 1999.II.10062, n. St. Prieur : « L'endossement de chèques démontre seulement la remise de fonds » et ne constitue pas le commencement de preuve par écrit rendant vraisemblable le prêt.

6. Cass. civ. 1^{re}, 12 janv. 2012, n° 10-24614, *Bull. civ. I*, n° 3 ; *D.* 2012.217, obs. I. Gallmeister et 635, obs. B. Vassallo et C. Creton ; *Defrénois* 2012.457, obs. H. Lécuyer : une reconnaissance de dette fait présumer la remise des fonds, même si elle ne remplit pas les conditions de l'art. 1326 (mention écrite du montant de la somme prêtée). Sauf si la reconnaissance de dette mentionne que les fonds n'ont pas été remis : Cass. civ. 1^{re}, 9 févr. 2012, n° 10-27785 ; *Bull. civ. I*, n° 26 ; *D.* 2012.635, obs. B. Vassallo et C. Creton ; *Defrénois* 2012.457, obs. H. Lécuyer.

7. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 14 février 1995, *D.* 1995.340, n. S. Piédelièvre ; *JCP G* 1995.II.22402, n. Y. Chartier ; n.p.B. ; la photocopie d'une reconnaissance de dette, lorsque le débiteur ne conteste ni l'existence de l'acte (détruit), ni sa conformité à l'original, constitue un commencement de preuve par écrit du prêt (règle de preuve) ; cette photocopie n'est pas « un écrit » au sens de l'article 1907, al. 2 (taux de l'intérêt), qui impose une condition de forme ; *infra*, n° 948.

8. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 1984, *Bull. civ. I*, n° 120 : « Le contrat de prêt, qui n'impose d'obligation qu'à l'emprunteur, n'a pas de caractère synallagmatique et n'a pas à être établi en autant d'exemplaires que de parties ». En l'espèce, trois membres d'une même famille avaient signé, le même jour, pour le même créancier, trois reconnaissances de dette pour la même somme (7 500) ; s'agissait-il d'un seul prêt de 7 500 €, établi en trois exemplaires ? Non : trois prêts distincts, qui devaient se cumuler (22 500 €).

9. Jurisprudence constante ; ex. : Cass. com., 5 mars 1996, *Bull. civ. IV*, n° 75 ; *D.* 1996, somm. 326, obs. R. Libchaber : l'emprunteur est condamné à rembourser le prêt et à payer les intérêts, malgré la résolution de la vente « quand bien même le prêt litigieux eût été affecté à l'achat d'un bien déterminé dès lors qu'il n'est pas prétendu que le vendeur et le prêteur avaient agi de concert ».

10. *Supra*, n° 849.

11. *Supra*, n° 9 et *infra*, n° 955.

12. *Supra*, n° 851.

13. *Infra*, n° 979-980.

■ SOUS-TITRE I ■

PRÊT À USAGE

Comme toujours, la notion (Section I) commande le régime (Section II) ; depuis 1804, elle s'est transformée. Il existe deux espèces de prêts à usage, ce qui entraîne une diversification du régime, à moins de refuser à la variété nouvelle de prêts la nature d'un prêt à usage et d'y voir un contrat innommé, proche de celui-ci.

SECTION I

NOTION

910. Prêt à usage et prêt de consommation. – Aux termes de l'article 1875 : « *Le prêt à usage est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge pour le preneur de la rendre après s'en être servi* » ; l'article 1876 précise : « *ce prêt est essentiellement gratuit* ». La comparaison de ce prêt avec son jumeau, le prêt de consommation, permet d'en dégager la notion. Elle fait apparaître quatre différences. Les trois premières sont techniques : l'objet des prêts, la date de la restitution, l'existence ou l'absence d'un transfert de propriété ; elles sont demeurées immuables. La quatrième, la plus importante, touche à l'esprit des deux contrats – la gratuité ou le profit ; elle demeure, mais évolue.

1^o) *Objet*. Le prêt à usage peut porter sur toute espèce de biens – meubles¹ ou immeubles² – s'ils ne sont pas consommables, c'est-à-dire s'ils ne se consomment pas par le premier usage. Au contraire, le prêt de consommation, comme son nom le suggère, porte sur les choses de genre consommables (et même non consommables, si l'emprunteur a le droit de les consommer). La chose la plus consommable est l'argent : le prêt de consommation est alors un prêt d'argent.

2^o) *Transfert de propriété*. Ce qui doit être restitué dans le prêt à usage est la chose (art. 1875), parce que l'emprunteur n'en a pas acquis la propriété (art. 1877). Comme son nom l'indique, le prêt à usage ne porte que sur l'usage de la chose ; on parle maintenant de « mise à la disposition » de la chose (ce qui est conforme à l'étymologie du mot prêt). Il n'est pas translatif de propriété, ce qui produit la conséquence habituelle : la chose est aux risques du propriétaire, c'est-à-dire du prêteur ; si elle périclite par cas fortuit sans que l'emprunteur ait commis de faute, celui-ci est libéré (art. 1881).

Au contraire, dans le prêt de consommation, « l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée » (art. 1893), parce qu'il ne peut s'en servir sans la consommer. Le prêt de consommation est donc translatif de la propriété³, avec la conséquence inverse : les risques de la perte fortuite sont à la charge de l'emprunteur : *genera non pereunt*, comme dans le dépôt irrégulier.

3^o) *Date*. La date de la restitution n'est pas fixée de la même manière dans les deux contrats. Dans le prêt de consommation, elle ne présente presque aucune particularité et relève de la force obligatoire des contrats (art. 1899 ; v. toutefois art. 1900) ; elle est au contraire altérée dans le prêt à usage (art. 1889).

4^o) *Gratuité*. Le prêt à usage, au contraire du prêt de consommation, est essentiellement gratuit (art. 1876) : ce caractère confère son esprit au contrat⁴.

À ce dernier égard, une évolution apparaît.

Selon l'analyse classique, le prêt à usage est un service d'ami. Comme le don manuel, il est fait dans l'intérêt du bénéficiaire de la remise (l'emprunteur ou le donataire)⁵ ; mais entre les

1. Ex. : le prêt d'un livre ; de la copie positive d'un film (P.-Y. GAUTIER, *D.* 1989, chron. 113) ; le prêt d'une valeur mobilière, si l'emprunteur n'a pas le droit de la vendre ; une réponse ministérielle estime que le fonds de commerce ne peut donner lieu à un prêt à usage : *Rép. min. Justice* 30.022, *JO ANCR*, 25 janvier 1988, p. 372 ; *JCP G* 1988.IV.120 : « Il n'apparaît pas [...] possible d'admettre la licéité d'une convention de prêt à usage portant sur un fonds de commerce qui dissocierait la qualité de propriétaire du fonds de celle d'exploitant non salarié en dehors des garanties résultant des textes précités » (C. com., art. L. 141-5 et s., L. 144-1 et s.). Les choses incorporelles peuvent aussi être prêtées, notamment les œuvres de l'esprit, les enseignes et noms commerciaux, la clientèle, les instruments financiers, etc. La « restitution » consistera à ne plus s'en servir, au terme échu, volontairement ou parce que le fichier est désormais verrouillé ou détruit. Il suffit d'interpréter l'art. 1875 selon la méthode « historique » de Saleilles.

2. Jugé qu'un acte de prêt à usage immobilier peut être publié au service de la publicité foncière, en vertu de l'article 37, D. du 4 janvier 1955 : Paris, 1^{er} juin 1988, *D.* 1988, IR, 198 ; *Defrénois* 1989, art. 34482, n° 24, p. 425, obs. crit. L. Aynès.

3. Jugé que la remise de deniers par une entreprise à une autre entreprise qui est en relation d'affaires avec elle, afin qu'elle achète un matériel utile au développement de ses affaires, n'est pas un prêt à usage de ce matériel, mais un prêt d'argent sans intérêt : Cass. civ. 1^{re}, 15 janvier 1976, cité *infra*, n° 911.

4. Tenant la gratuité pour entièrement caractéristique du prêt, de sorte que par exemple, le prêt de consommation à intérêt devrait être disqualifié en bail de choses consommables : G. CATTALANO-CLOAREC, *Le contrat de prêt*, LGDJ, 2015.

5. Ex. : la remise de bijoux de famille à l'épouse par le mari, ou les beaux-parents est, selon l'intention des parties ou les circonstances de l'espèce, soit qualifiée de don manuel, soit, plus souvent, de prêt à usage : * Cass. civ. 1^{re}, 20 juin 1961, *aff. La Rochefoucauld*, *Bull. civ. I*, n° 326 ; *D.* 1961.641, n. R. Savatier ; *S.* 1962.5 ; *JCP G* 1961.II.12352, n. A. Ponsard ; * 23 mars 1983, *dame Roques*,

deux contrats, la différence est évidente : l'emprunteur doit restituer, non le donataire ; il doit se servir personnellement de la chose, ajoute la Cour de cassation⁶. La gratuité permet également de distinguer le prêt à usage du prêt de consommation, souvent salarié, et de tracer la frontière entre le prêt à usage et le bail, toujours salarié. Lorsqu'un propriétaire laisse la jouissance de son immeuble à une personne, le contrat n'est un prêt à usage que s'il a été fait à titre gratuit (l'appréciation de la gratuité peut soulever des difficultés)⁷. Sinon, il est un bail avec les conséquences qui en résultent, par exemple, le maintien du locataire dans les lieux lorsque la loi l'impose⁸.

Le domaine du prêt à usage vraiment gratuit se trouve dans les cercles de famille et d'amitié : « Tu me prêtes ton Code civil ? ». Il constitue alors, le plus souvent, du non-droit⁹ : l'amitié n'apprécie pas les tribunaux. En outre, elle est un médiocre stimulant économique : la philanthropie n'est pas un moteur de la circulation des richesses. Au contraire du prêt d'argent à intérêt, dont le rôle économique est primordial. La renaissance du prêt à usage tient d'abord à une réaction contre le fisc¹⁰, qui maintient cependant le contrat dans le cercle de famille. Mais son domaine s'élargit, dépassant les relations d'amitié et de famille, pour s'étendre à des rapports d'affinité et même aux milieux d'affaires. Comme beaucoup de contrats traditionnels, il devient une technique juridique neutre qui, indifféremment, peut servir à des fins multiples¹¹.

911. Relations d'affaires ou domestiques. – Le prêt à usage est devenu un instrument des relations d'affaires¹² : son caractère gratuit se transforme ; il n'est plus marqué par un élément amical ou une intention libérale, mais de manière purement négative, par l'absence de contrepartie. Des arrêts décident que dans une relation d'affaires, il peut y avoir prêt à usage lorsqu'une chose est remise à un cocontractant, à charge de restitution, sans profit ni rémunération pour le propriétaire, bien qu'il n'y ait pas philanthropie¹³. Mais quand le prêteur tire un profit du

Bull. civ. I, n° 111 ; D. 1984.81, n. A. Breton ; Defrénois 1984, art. 33215 ; Les successions, coll. Droit civil.

6. Ex. : *Cass. civ. 1^{re}, 3 novembre 1988, *Auger*, *Bull. civ. I*, n° 300 ; *JCPG* 1989.II.21375, n. Th. Hassler ; *JCPN* 1990.II.301 ; *Defrénois* 1989, art. 34482, n° 32, p. 442, obs. G. Vermelle ; *RTD civ.* 1989.570, obs. Ph. Rémy ; en l'espèce, une épouse avait donné à son mari, par acte sous signature privée, la possibilité d'occuper gratuitement son appartement avec le droit de le sous-louer ; elle en demanda ultérieurement la nullité, par application de l'article 931 imposant la forme notariée aux donations ; la cour d'appel s'y refusa « parce que l'acte constituait, non une donation, mais un prêt à usage ». Cassation : « Le prêt à usage ou commodat suppose que l'emprunteur doit se servir personnellement de la chose et la possibilité de "sous-louer" et de percevoir des loyers à cette occasion constituait au profit de M. Auger une donation éventuelle des fruits qu'il était susceptible de percevoir ».

7. Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 1999, *Bull. civ. I*, n° 192 ; *D. 2000.423*, n. J. Julien : « la mise à disposition du local (une chambre) par la SCI du Marlin Moyen à son stagiaire permettait à celui-ci d'effectuer son stage ; elle a ainsi exactement décidé que cette mise à disposition constituait non pas un prêt à usage mais l'accessoire d'un stage non rémunéré » ; en l'espèce, un élève d'un lycée agricole effectuait un stage non rémunéré dans un domaine agricole, qui avait mis à sa disposition une chambre, gratuite, qu'un incendie ravagea ; jugé que n'étaient pas applicables les règles sur la responsabilité de l'emprunteur à usage. De même Cass. civ. 3^e, 14 janvier 2004, *Bull. civ. III*, n° 6 ; *RDC* 2004, p. 708, obs. J.-B. Seube : le payement des charges exclut la gratuité.

8. *Supra*, n° 623.

9. J. CARBONNIER, n. *JCP G* 1967.II.15130.

10. L'impôt de solidarité sur la fortune est dû par le propriétaire ou l'usufruitier, non par l'emprunteur à usage ou le locataire. Lorsqu'un père de famille a une fortune qui dépasse le seuil imposable, parfois il donne une partie de ses biens à ses enfants, et s'en fait concéder la jouissance au moyen d'un prêt ou d'un bail à loyer symbolique. Sous l'empire de l'IGF (impôt sur les grandes fortunes), l'administration fiscale avait admis le procédé : *Rép. min.* n° 58011, *JOAN*, 1984.495.

11. *Supra*, n° 51.

12. C. BÉNOS, « L'altruisme dans le contrat de prêt à usage », *D. 2013. 2358* ; R. FABRE, « Le prêt à usage en matière commerciale », *RTD com.* 1977.193 ; C. MAURO, « Permanence et évolution du commodat », *Defrénois* 2000.1024.

13. Ex. : des supermarchés mettent gratuitement des chariots à la disposition de leurs clients : *Rennes*, 19 décembre 1972, *Gaz. Pal.* 1973.1.397 ; *RTD civ.* 1973.587, obs. G. Cornu. Des compagnies pétrolières mettent gratuitement à la disposition de leurs distributeurs (les pompistes de marque) les

contrat, ce n'est pas un prêt à usage¹⁴ ; les situations ne sont pourtant pas toujours différentes.

Dans les relations d'affaires, on ne devrait pas parler de prêt à usage¹⁵, parce que le contrat n'y est pas vraiment gratuit : la mise de la chose à la disposition prétendument « gratuite » du cocontractant fait partie d'un ensemble contractuel qui constitue un contrat à titre onéreux¹⁶ : quand on fait du commerce, on n'a pas d'intention libérale. Il vaudrait mieux, dans ces hypothèses, parler de contrat innommé.

Parfois, dans les relations domestiques, on retrouve aussi le prêt à usage : par exemple, le prêt par un concubin à son compagnon d'un bien meuble ou immeuble, de sorte qu'après sa disparition, le droit du survivant sera opposable aux héritiers du premier (art. 1879)¹⁷.

SECTION II RÉGIME

L'emprunteur a des droits (§ 1) et des obligations (§ 2). Le prêteur n'a pas à proprement parler d'obligations, compte tenu de la nature unilatérale du contrat de prêt, mais peut engager sa responsabilité : apparaissent les conséquences de la diversification du contrat, entre le prêt à usage ordinaire et le prêt à usage d'affaires (§ 3).

§ 1. DROITS DE L'EMPRUNTEUR

L'emprunteur a le droit de se servir de la chose et, éventuellement, d'obtenir le remboursement de certaines dépenses.

912. Usage de la chose et remboursement de dépenses. – 1°) L'emprunteur a le droit d'**user** de la chose (art. 1875), ce qui l'oppose au dépositaire¹⁸. Comme le locataire, il n'a pas le droit de compromettre la propriété du prêteur : il ne peut

instruments nécessaires à l'exploitation (les cuves, etc.) : Cass. com., 22 juin 1965, *Bull. civ.* III, n° 391 ; *infra*, n° 913. Un brasseur prête à un cafetier-limonadier le matériel de tirage de bière : Paris, 22 octobre 1975, *JCP G* 1973.II.18746, n. J. Hémar. Un producteur prête une copie du film à la chaîne de télévision qui l'a loué (P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 626). Le prêt à usage peut porter sur des droits incorporels. Un fabricant de laine prête à un commerçant une enseigne portant sa marque (laine Pingouin) : Aix, 16 mai 1973, *D.* 1974.676, n. F. Bories – c'eût été un franchisage si la concession avait été faite à titre onéreux : *supra*, n° 838. De même, la mise d'un bail rural à la disposition gratuite d'une société d'exploitation agricole : « mise à la disposition », non transfert de propriété, en raison de l'incessibilité du bail rural (G. CHESNÉ et M. HÉRAIL, « L'adhésion d'un fermier à une société d'exploitation agricole », *JCP N* 1980.I.59).

14. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 25 novembre 2003, *Bull. civ.* I, n° 235 ; *RDC* 2004, p. 718, obs. A. Bénabent ; en l'espèce, un garagiste avait « prêté » un véhicule de remplacement à un client, qui l'endommagea ; jugé que la responsabilité en incombait au garagiste, qui, n'informant pas le client de la nécessité de souscrire une assurance, n'avait pas accompli un devoir de conseil ; la Cour ne requalifie pas le contrat, mais le soumet au régime du contrat d'entreprise.

15. *Contra*, Ph. RÉMY, obs. *RTD civ.* 1984.121.

16. Ex. : lorsque la compagnie pétrolière met à la disposition « gratuite » du pompiste un local d'habitation et des instruments de travail, ce contrat est indivisible du contrat de fournitures.

17. J.-F. SAGAUT, « Le commodat : un prêt bien accommodant », *RDC* 2006.929 ; ce qui suppose que le « prêteur » conserve la jouissance de la chose pendant la vie commune, la partageant avec « l'emprunteur ».

18. *Supra*, n° 893.

s'en servir que conformément à l'usage déterminé par la nature de la chose ou la convention (art. 1880)¹⁹. Il ne peut la prêter à un tiers²⁰.

2°) L'emprunteur a le droit de se faire **rembourser** les dépenses « *extraordinaires, nécessaires et urgentes* » exposées pour la conservation de la chose (art. 1890)²¹, non les autres, par exemple celles d'entretien (art. 1886)²². Cette créance n'est pas garantie par un droit de rétention (art. 1885)²³. Il y a là une autre différence d'avec le dépositaire²⁴, qu'on explique ainsi : doit être avantagée la partie qui rend service – dépositaire dans un cas, prêteur dans l'autre –, et le droit de rétention est un avantage ; l'emprunteur (celui auquel le service a été rendu) ne peut en bénéficier.

§ 2. OBLIGATIONS DE L'EMPRUNTEUR

L'emprunteur a une double obligation : conserver la chose et la restituer (I), et une responsabilité (II). Les deux obligations et la responsabilité sont liées, car comme dans le dépôt, c'est lors de la restitution que l'on peut mesurer si ont été exécutées les obligations contractuelles.

I. — Restitution

L'emprunteur a l'obligation de restituer : 1°) en nature la chose prêtée, 2°) au terme convenu. À ces deux principes, la jurisprudence et la loi ont apporté des tempéraments.

913. Restitution en nature. – L'emprunteur doit restituer la chose même qui lui avait été prêtée : il est tenu d'une obligation de garde (art. 1880) ; c'est précisément ce qui distingue le prêt à usage du prêt de consommation. Dans le prêt à usage, la chose empruntée demeure la propriété du prêteur et c'est elle qui doit être rendue. Les frais de la restitution incombent à l'emprunteur²⁵, sauf convention ou usage contraire.

La rigueur de la règle convient mal à certaines relations d'affaires, ainsi que l'ont montré les affaires des pompistes de marque, aux mille faces²⁶. Les compagnies pétrolières leur prêtent gratuitement les cuves et machines dont ils ont besoin. Pendant près de trente ans, les règles sur la restitution du prêt à usage ont eu pour conséquence que les pompistes devaient, à l'expiration du contrat, rendre les cuves et les machines prêtées, en supportant des frais de dépose considérables, sans pouvoir en restituer d'autres, même identiques²⁷. Ce qui avait eu pour conséquence de dissuader les pompistes de quitter la compagnie pétrolière prêteuse, à l'expiration du contrat, ou d'en demander la résiliation ou la nullité. La restitution en nature entravait donc le marché de

19. Ex. : le prêt d'une automobile pour un usage de promenade n'autorise pas la compétition.

20. G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité de droit civil, Du prêt*, avec A. WAHL, n° 680, sur le double fondement de la gratuité et de *l'intuitus personae*.

21. Ex. : pièces de rechange nécessaires à la conservation de la chose, Paris, 18 novembre 1980, *JCP G* 1981.IV.377.

22. Ex. : frais de... nourriture de l'animal prêté... entretien de l'automobile prêtée.

23. Il en est autrement si le prêt fait partie « *d'un ensemble de relations contractuelles* ».

24. *Supra*, n° 879.

25. Cass. civ. 1^{re}, 30 septembre 2003, *Bull. civ. I*, n°s 175 et 197 ; *Contrats, conc. consom.* 2003, n° 175, n. L. Leveneur.

26. Cautionnement, *supra*, n° 851 ; prêt d'argent, *supra*, n° 851 ; concession exclusive de vente, *supra*, n°s 836-837.

27. Ex. : Cass. com., 22 juin 1965, *Bull. civ. III*, n° 391.

la distribution des produits pétroliers. Aussi, l'Autorité de la concurrence²⁸ et la Cour de cassation²⁹ ont-elles décidé que ces clauses étaient nulles.

914. Moment de la restitution ; principe. – Le moment auquel la restitution doit avoir lieu est énoncé par la loi d'une manière assez complexe : elle pose un principe (qui lui-même comporte des distinctions) qu'elle écarte par une exception circonstanciée.

Lorsque le prêt est à **durée déterminée**, l'emprunteur doit, sauf exception prévue par l'article 1889, restituer la chose prêtée à l'échéance³⁰, ce qui est l'application du droit commun.

Lorsque le prêt est à **durée indéterminée**, parce que la convention n'en précise pas le terme, le prêteur ne peut demander la restitution « *qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée* » (art. 1888).

Cette règle a soulevé des difficultés lorsque la chose prêtée est, comme un logement, d'un usage presque permanent ; si le prêteur n'a pas fixé d'échéance pour la restitution, l'emprunteur peut prétendre en conserver la jouissance pendant une très longue durée « *tant qu'il en a l'usage* ». Ce qu'avait admis la Cour de cassation³¹ ; mais l'iniquité était telle que la Cour de cassation a changé son interprétation de la règle ; elle a décidé que le prêteur « *peut y mettre fin à tout moment en respectant un délai de préavis raisonnable* »³² ; depuis, la jurisprudence est constante³³.

28. Décision 29 septembre 1987, *BOCC* 1987.304. Cette décision a été confirmée par la cour de Paris, 5 mai 1988, *JCP G* et *CI*, 1988.III.17475.

29. Cass. com., 18 février 1992, *Bull. civ.* IV, n° 78 ; *D.* 1993.57, 2^e esp., n. Ch. Hannoun ; *JCP G* 1992.II.21897, n. M. Behar-Touchais ; en l'espèce, la cour d'appel avait jugé valable la clause permettant au distributeur d'exiger, à l'expiration du contrat, la restitution en nature de la cuve. Cassation : « *L'obligation de restitution en nature du matériel impose des travaux coûteux au revendeur de carburant, non justifiés par des nécessités techniques en raison de la durée de vie des cuves et elle est susceptible de le dissuader de traiter avec un autre fournisseur [...] et constitue un frein à la concurrence d'autres fournisseurs* ».

30. Cass. com., 7 décembre 1993, *Bull. civ.* IV, n° 461 ; lorsque la durée du prêt est déterminée, « *l'emprunteur est tenu de restituer l'objet du prêt à l'expiration de celui-ci, ou, dans le cas d'une résiliation judiciairement prononcée de la convention, au moment où cette résiliation prend effet, sans que le prêteur ait à le mettre en demeure* » ; en l'espèce, les époux Arnicot avaient prêté du matériel à M. Seguin auquel ils avaient loué leur restaurant ; le prêt devait être restitué à l'expiration du bail : « *Bien que les époux Arnicot n'aient fait aucune démarche avant l'assignation pour recouvrer le matériel litigieux, la cour d'appel a pu accueillir la demande tendant à sa restitution en valeur* ».

31. Et qu'a analysé la Cour européenne des droits de l'homme, sous les fondements de la non-rétroactivité des revirements de jurisprudence et du principe de concentration des moyens : CEDH, 17 mars 2015, *JCP G* 2015, 670, n. crit. C. Bléry ; *RTD civ.* 2015. 638, obs. crit. P.-Y. Gautier : les emprunteurs de l'immeuble résistent à trois générations de propriétaires, après 55 ans.

32. * Cass. civ. 1^{re}, 3 février 2004, *Leiminger*, *Bull. civ.* I, n° 34 ; *D.* 2004.903, n. C. Noblot ; *Contrats, conc. consom.* 2004, comm. n° 53, obs. L. Leveneur ; *Dr. et patr.*, avril 2004.116, obs. P. Chauvel ; *RDC* 2004, p. 714, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *Defrénois* 2004.1452, n. R. Crône ; *RTD civ.* 2004.312, obs. P.-Y. Gautier ; *CAJ civ.*, n°s 287-288, 2^e arrêt ; en l'espèce, un propriétaire avait autorisé son frère à occuper à titre gratuit son appartement ; il décéda ; trente ans après, le frère gratifié était encore dans les lieux ; les héritiers du *de cujus* demandèrent qu'il les libère. La Cour de cassation cassa l'arrêt qui l'avait refusé.

33. La Cour de cassation a appliqué cette jurisprudence à un syndicat professionnel auquel une commune avait prêté à titre gratuit un local pour l'exercice de ses libertés syndicales, sans avoir fixé la date de la restitution : Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 2010, n° 09-14633, *Bull. civ.* I, n° 127 ; *JCP G* 2010.1146, n. M. Mekki : « *le respect de l'exercice effectif des libertés syndicales, autres que celles propres à la fonction publique territoriale, ne crée aucune obligation aux communes de consentir des prêts gratuits et perpétuels de locaux de leur domaine privé* » ; de même, Cass. civ. 1^{re}, 30 septembre 2015, n° 14-25709, *Bull. civ.* I à paraître ; *JCP G* 2015, 1261, n. G. Loiseau ; *D.* 2015. 2350, n. A. Etienney de Sainte-Marie ; *Defrénois* 2016. 74, obs. J.-B. Seube : restitution d'un local utilisé comme salle de culte musulman, il suffit d'avoir fixé un préavis raisonnable, les emprunteurs ne sauraient prétendre une atteinte à une liberté fondamentale.

Si l'emprunteur ne restitue pas au moment où il aurait dû le faire, il peut être tenu de dommages-intérêts³⁴. Il pourra être expulsé et les règles relatives à la protection des locataires ne sont pas en cause.

915. Moment de la restitution ; exception. – À la différence du déposant, le prêteur n'a pas la faculté de réclamer la restitution au moment qui lui plaît³⁵, bien que la convention puisse l'admettre ; elle devient alors une sorte de précaire³⁶.

Le prêteur peut demander la restitution avant terme (prêt à durée déterminée) ou avant la fin de l'usage pour lequel elle a été empruntée (durée indéterminée), s'il lui survient « *un besoin pressant et imprévu* » (art. 1889), ou s'il exerce le droit de résiliation unilatérale que lui reconnaît la jurisprudence rendant ce texte moins utile (v. *infra*).

II. — Responsabilités

La responsabilité pesant sur l'emprunteur est contractuelle envers le prêteur (A) et délictuelle envers les tiers (B). Elle applique, à peu près, les principes généraux, mais aggravés, parce que l'emprunteur a reçu un service gratuit.

A. RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE

916. Perte et dégradations de la chose. – Comme le dépositaire, l'emprunteur est libéré de son obligation de restitution si la chose a péri fortuitement, sauf convention contraire ; le prêteur, qui demeure propriétaire, a la charge des risques ; mais bien entendu, il a droit à l'indemnité d'assurance³⁷. L'emprunteur n'est pas responsable envers le prêteur des détériorations causées à la chose par cas fortuit ou par l'usage normal qu'il en a fait (art. 1884) : la chose prêtée doit être restituée dans l'état où elle se trouve lors de la restitution.

Il est responsable de la perte ou de la dégradation de la chose causée par sa faute, notamment s'il l'a employée contrairement à l'usage convenu ou pour un temps plus long (art. 1881). Il en est de même si la perte ou la dégradation de la chose ont une cause inconnue³⁸, car l'emprunteur est présumé en faute (art. 1880) et doit restituer la chose prêtée, sauf s'il prouve une force majeure ou son absence de faute³⁹. Il est également responsable lorsqu'il aurait pu « *garantir* » la chose

34. Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1989, *Bull. civ. I*, n° 191 : « *Il ne résulte pas de ce que le prêt à usage présente, en principe, un caractère gratuit qu'il ne puisse y avoir de préjudice lorsque la chose n'est pas restituée au prêteur auquel une indemnité d'occupation doit être versée* ».

35. *Infra*, n° 937.

36. J.-F. SAGAUT, « Le prêt à usage : un prêt bien accommodant », *RDC* 2006, p. 932.

37. Cass. civ. 1^{re}, 27 juin 1995, *Bull. civ. I*, n° 284 ; *Contrats, conc. consom.* 1995, comm. n° 179, n. L. Leveur : « *Si l'obligation de restituer la chose prêtée est éteinte lorsque la chose a péri sans faute de l'emprunteur, ce dernier reste tenu, en application de l'article 1303, de céder au prêteur la créance d'indemnité d'assurance relative à la chose périée* ».

38. Ex. : plusieurs arrêts : ex. : l'occupant d'un chalet de montagne, mis gracieusement à sa disposition pour le mois de février répond de la perte de ce chalet tenant au fait d'un incendie survenu pendant son séjour pour une cause demeurée inconnue : Cass. civ. 1^{re}, 6 novembre 2002, *Contrats, conc. consom.* 2003, n° 37, obs. L. Leveur ; n.p.B.

39. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 2012, n° 11-17629, n.p.b. ; *Contrats, conc. consom.* 2012, n° 226, n. L. Leveur : cassation de l'arrêt qui déboute le propriétaire de sa demande en réparation de l'incendie, au motif que la faute de l'emprunteur ne serait pas rapportée (local d'une radio jeune) ; Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} mars 2005, *Bull. civ. I*, n° 103 : incendie du chalet prêté, alors que les emprunteurs l'avaient quitté après avoir garni l'intérieur et laissé les lieux sans surveillance ; jugé que les emprunteurs étaient responsables, n'ayant pas rapporté « *la preuve d'une absence de faute [...] ou d'un cas*

prêtée en employant la sienne (art. 1882). Comme dans le contrat de dépôt ou dans celui d'entreprise, il s'agit d'une obligation de moyens renforcée ou de résultat atténuée : c'est sur l'emprunteur que pèse la charge de prouver que le dommage ou la perte ne sont pas de son fait.

Lorsque la chose est utilisée à la fois par le prêteur et l'emprunteur, l'emprunteur n'est responsable de sa perte que si sa faute est démontrée : la situation est renversée⁴⁰.

B. RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE

917. Gardien. – Lorsque la chose empruntée a causé un dommage aux tiers, il s'agit de responsabilité délictuelle, car le dommage éprouvé par la victime ne résulte pas de l'inexécution d'un contrat. Généralement, l'emprunteur est responsable, par application de l'article 1242, al. 1 (ancien art. 1384, alinéa 1), car il est le gardien de la chose⁴¹. Mais le juge doit vérifier, cas par cas, si l'emprunteur en a effectivement la maîtrise, ce qui conduit aux subtilités que connaissent la définition de la garde et la distinction entre la garde de structure et la garde de comportement⁴².

§ 3. RESPONSABILITÉ DU PRÊTEUR

918. Droit commun infléchi. – La responsabilité du prêteur est soumise à un régime à la fois analogue et inverse de celle de l'emprunteur : elle relève du droit commun, sauf à la modérer en raison de la gratuité du service rendu. Ainsi, selon l'article 1891, il n'est responsable des vices de la chose que s'il en avait connaissance et n'avait pas averti l'emprunteur⁴³ : il était de mauvaise foi (bien entendu, il ne s'agit que des vices cachés ; les vices apparents, l'emprunteur doit les connaître)⁴⁴ ; la bonne foi est donc un fait justificatif du prêteur. Le Code civil étend la règle au prêt de consommation (art. 1898). Ce qui est moins sévère qu'en droit commun : le vendeur et le bailleur sont tenus de tous les vices cachés de la

fortuit » ; comp. Cass. civ. 1^{re}, 17 décembre 2002, *RDC* 2003, p. 130, obs. J.-B. Seube ; n.p.B. : « *L'emprunteur avait pris toutes les précautions nécessaires pour éviter l'incendie du bâtiment dans lequel étaient entreposés les jeux électroniques* » ; cf. M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, « La responsabilité des personnes obligées à restitution », *RTD civ.* 1993.757 et s., spéc. n° 29. *Supra*, n°s 781 et 889.

40. Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 1975, *Bull. civ. I*, n° 116 ; *D.* 1975.648, n. appr. A. Ponsard : « *Le prêteur doit établir que la destruction du bâtiment était imputable à l'emprunteur* ». En l'espèce, une grange avait été prêtée à un voisin et le propriétaire avait continué à s'en servir ; elle fut ravagée par un incendie dont la cause était demeurée inconnue ; jugé que l'emprunteur n'était pas responsable.

41. Ex. : pour le chariot prêté dans un grand magasin pour faire ses courses (un *caddy*) : Cass. civ. 2^e, 14 janvier 1999, *Bull. civ. II*, n° 13 ; *JCP G* 2000.II.10245, n. S. Reifergeste : « *en disposant librement du chariot, hors toute directive de la société quant à l'usage, le contrôle et la direction de celui-ci qui lui avait été prêté à l'état inerte et qui était dépourvu de tout dynamisme propre, M. Lesage s'en était vu transférer la garde dans toutes ses composantes* ».

42. Ex. : par application de la distinction entre la garde de structure et la garde de comportement, la commune qui prête un poteau à une association de parents d'élèves pour l'organisation d'un spectacle est responsable du dommage causé aux tiers par l'effondrement de la chose prêtée, imputable à sa pourriture intérieure, parce que c'était le prêteur qui avait conservé la garde de la structure : Cass. civ. 2^e, 1^{er} juillet 1976, *Gaz. Pal.* 1976.II, somm. 238 ; *RTD civ.* 1977.567, obs. G. Cornu.

43. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 26 octobre 1960, *Bull. civ. I*, n° 463, 2^e esp. : un propriétaire met à la disposition gratuite d'un entrepreneur une échelle, afin qu'il fasse son travail ; en raison d'un vice caché, l'échelle s'effondre, causant un dommage à l'ouvrier ; le prêteur n'est pas responsable, car il ignorait le vice.

44. Ex. : Cass. soc., 18 mars 1975, *Bull. civ. V*, n° 151.

chose louée, même s'ils les ignoraient (art. 1643 et 1721). Pendant longtemps, cette responsabilité n'a guère été invoquée : on était entre amis.

Le prêteur n'est pas tenu de la garantie d'éviction du fait des tiers, tant que le contrat est gratuit et dans l'intérêt exclusif de l'emprunteur à usage.

Lorsque le prêt à usage sert aux relations d'affaires, la jurisprudence applique une présomption de connaissance des vices au prêteur qui, dans l'intérêt de ses affaires, prête à un profane⁴⁵ : il répond des vices cachés, qu'il les connaisse ou non ; la règle devient identique à celle de la vente⁴⁶ ; il est également tenu d'une obligation d'information⁴⁷. Le prêt à usage connaît donc deux régimes, selon qu'il est vraiment gratuit ou relève d'une « *gratuité d'affaires* ».

N^{os} 919-924. réservés.

45. Cass. com., 24 novembre 1980, *Bull. civ. IV*, n° 392 ; *RTD civ.* 1981.650, obs. G. Cornu : fabricant qui prête « *gratuitement* » une cuve à un vigneron ; la cuve gâte le vin ; le fabricant est responsable, bien qu'il ait ignoré le vice.

46. *Supra*, n° 390.

47. Cass. civ. 1^{re}, 25 avril 2003, *Bull. civ. I*, n° 235 : « *le garagiste qui prête un véhicule de remplacement à un client est tenu d'informer celui-ci sur l'étendue des garanties de son contrat d'assurance et sur l'intérêt de souscrire éventuellement des garanties complémentaires* ».

■ SOUS-TITRE II ■

PRÊT DE CONSOMMATION

PREMIÈRES VUES SUR LE PRÊT DE CONSOMMATION

L'origine du prêt de consommation est romaine : le *mutuum*¹. Sa notion et son régime paraissent simples. Ce contrat permet à l'emprunteur de consommer la chose prêtée, comme l'indique son nom ; la restitution ne porte donc pas sur la chose prêtée, mais sur une autre qui lui est équivalente. Les difficultés viennent de ses modalités – date et lieu de remboursement, indexation, sûretés et intérêts – qui, plus que pour tout autre contrat de restitution, commandent son économie.

925. Qualification. – Donnant plus de droits à l'emprunteur, le prêt de consommation est le prêt par excellence ; le Code civil le traite de « *simple prêt* »². Lorsqu'il s'agit d'un prêt d'argent à intérêt, il exerce un rôle fondamental dans l'activité économique et est généralement l'œuvre d'un établissement de crédit.

Il se distingue d'autres contrats par ses éléments caractéristiques. Ainsi du bail, même lorsqu'il porte sur des choses de genre ; l'intérêt rémunère de l'argent, tandis que le loyer est la contrepartie de la jouissance de la chose ; dans l'un, la restitution doit se faire en valeur, dans l'autre en nature ; les deux institutions peuvent se combiner, comme dans le crédit-bail, qui est un prêt garanti par un louage de choses. Dans l'achat pour revendre avec participation aux bénéfices, l'acquéreur devient propriétaire, non le prêteur³.

La question se pose surtout à l'égard de l'apport en société, qui se combine souvent avec le prêt afin de faciliter les crédits importants, ceux qui sont utiles aux investissements risqués – ainsi le prêt à la grosse et les prêts participatifs.

926. 1° Apport en société. – Le critère permettant de distinguer le prêt de l'apport en société a évolué. Celui que retenait la doctrine classique tenait au risque de l'opération : « *le prêteur entend rester à l'abri des pertes possibles et stipule son*

1. Origine romaine : *mutuum*, *i* = argent emprunté à charge de revanche, à rendre sans intérêt ; différent du *fenus, oris* = prêt à intérêt. **Étymologie** : du verbe latin *mutuo*, *ari* = emprunter, lui-même dérivé de *muto, are* = déplacer, changer.

2. Intitulé du ch. II, du titre X, du livre III.

3. L'application du critère est parfois subtile. Ex. : jugé que : 1° est **un prêt**, non une participation à l'achat d'un bien, la remise d'une somme d'argent destinée à acheter un fonds de commerce, dans l'intention de répartir la plus-value qu'une éventuelle revente du fonds était susceptible de dégager (Cass. com., 8 janvier 1969, *Bull. civ. IV*, n° 11) ; 2° est **une participation aux bénéfices** la remise d'une somme d'argent destinée à acheter en participation un tableau, dans l'intention de répartir le bénéfice produit par la revente (Cass. civ. 1^{re}, 27 février 1973, *Bull. civ. I*, n° 73) ; bien que la Cour de cassation ne l'eût pas dit, il s'agissait, en l'espèce, d'une société en participation.

remboursement quoi qu'il arrive. La nature du contrat ne change pas si le prêteur stipule une participation dans les bénéfices, dans la direction de l'affaire ou des avantages divers »⁴. Au contraire, l'associé prend les risques et les profits de la société. L'analyse ne rend pas compte de certains contrats qui réalisent une association entre le prêteur et l'emprunteur et demeurent des prêts, bien qu'ils aillent plus loin que le prêt avec participation aux bénéfices, en faisant courir au prêteur le risque de perte. Le véritable critère est ailleurs : l'immixtion ; si le prétendu prêteur peut s'ingérer dans les affaires de l'« emprunteur » pour les codiriger, il y a société⁵ ; sinon il y a prêt⁶.

Il existe donc plusieurs contrats intermédiaires entre le prêt et la société qui donnent au bailleur de fonds plus de droits que l'intérêt. On en donnera deux exemples : le prêt à la grosse et le prêt participatif.

927. 2° Prêt à la grosse. – Dans le prêt à la grosse (la grosse aventure maritime) qui remonte à la Grèce et à Rome, une somme d'argent était prêtée à un emprunteur, pour financer une expédition maritime ; en cas d'échec, aucun remboursement n'était dû ; en cas de réussite, la somme prêtée devrait être restituée et l'intérêt dû était considérable : le remboursement était donc subordonné à la réussite. C'était cependant un prêt, car le prêteur ne s'occupait pas de l'expédition maritime qui était l'affaire exclusive de l'emprunteur. La loi du 12 mai 2009 sur la simplification du droit l'a supprimé du Code civil.

928. 3° Prêt et participation aux bénéfices. – Depuis 1955, un certain nombre d'obligations sont émises, par des entreprises, associant l'obligataire aux bénéfices de l'entreprise. Ce sont des procédés qui s'efforcent de prémunir le prêteur contre l'érosion monétaire, sans véritablement constituer une indexation, ni encore moins une société.

Assez différent est le prêt participatif⁷, dans le sens particulier qu'il a dans les entreprises industrielles et commerciales (dans les pays anglo-saxons, le « prêt subordonné »), qui a, d'une certaine manière, le même esprit que le prêt à la grosse : il est caractérisé par trois éléments (C. mon. fin., art. L. 313-13).

1) La créance du prêteur constitue une créance de dernier rang : par conséquent, en cas de liquidation judiciaire de l'emprunteur, elle n'est remboursable qu'après désintéressement complet des autres créanciers ce qui veut dire qu'en pratique il n'aura rien : à l'avance, il accepte de courir le risque de tout perdre ; il ne peut prendre de sûretés sur le patrimoine de son débiteur.

2) Il est rémunéré par un intérêt, qui pour une partie est fixe, et pour une autre, est une participation aux bénéfices. 3) Les fonds prêtés constituent les fonds propres de la société emprunteuse.

Le prêteur participatif est donc un mélange de créancier et d'associé – il est surtout un prêteur, car il a le droit d'être remboursé —. Ce genre de prêt est souvent pratiqué pour le sauvetage des entreprises en difficulté : une nouvelle « grosse aventure ».

929. Plan. – Le prêt de consommation soulève quatre questions. L'étendue de la restitution, qui dépend de son objet (Chapitre 1) ; la date de la restitution (Chapitre 2) ; le taux de l'intérêt conventionnel, dans le prêt d'argent à intérêt (Chapitre 3) ; la protection des consommateurs (Chapitre IV).

4. PLANIOL et RIPERT, t. XI, par R. Savatier, n° 1139. Req. 10 juillet 1905, *DP* 1906.I.191.

5. A. VIANDIER, *La notion d'associé*, th. Paris II, LGDJ, 1978, préf. Fr. Terré, n° 176.

6. Sur l'immixtion du prêteur, P.-Y. GAUTIER, obs. *RTD civ.* 1994.881. La discussion intéresse surtout la différence entre le prêt participatif et la société en participation ; G. RIPERT, « Prêt avec participation aux bénéfices et association en participation », *Ann. dr. com.* 1905.53 ; Paris, 21 février 1986, *D.* 1986.548, obs. J. Honorat ; *Defrénois* 1986, art. 33813, n° 5, p. 1349, m. n. ; *RTD com.* 1987.67, obs. crit. Cl. Champaud et P. Le Floch. En l'espèce, un immeuble avait été acheté par une personne qui, ensuite, l'a apporté à une société en participation, où l'autre associé apportait « la somme nécessaire à la réussite de l'objet de cette association ». Jugé qu'il y avait société en participation, et non prêt participatif, en raison de l'*affectio societatis*, de la recherche du partage des bénéfices, de l'acceptation des risques et de la participation des deux parties à la gestion.

7. *Prêts participatifs et prêts subordonnés ; un nouveau mode de financement*, Feduci, 1983.

■ CHAPITRE I ■

OBJET DE LA RESTITUTION

930. Choses de genre. – Le prêt de consommation ne peut porter que sur des choses consommables qui sont aussi fongibles, c'est-à-dire interchangeables ; par exemple de l'or, du blé, des valeurs mobilières, de l'argent surtout, la chose fongible par excellence. L'emprunteur doit rendre en équivalent, non la même chose, mais une quantité identique de choses de la même qualité que celles qui lui avaient été prêtées, même si elles ont changé de valeur, en baisse ou en hausse¹.

Ce prêt peut porter sur des choses non consommables si l'emprunteur a le droit de les consommer ; ainsi des titres qu'il a le pouvoir de vendre, en s'engageant par exemple à restituer la valeur qu'ils auront au jour du remboursement². Les parties peuvent, en cours de contrat, modifier l'objet du remboursement ; par exemple, un prêt d'or remboursable en or ; ultérieurement, les parties peuvent décider de le liquider en argent ; sauf volonté contraire, il n'est pas devenu un prêt indexé sur l'or, mais est désormais un prêt d'argent pur et simple³ ; ce changement ne constitue pas une novation⁴ et les sûretés qui le garantissaient ne disparaissent pas.

931. Prêt de titres. – Bien que les valeurs mobilières ne soient pas des choses consommables, les articles L. 211-22 et suivants du Code monétaire et financier soumettent le prêt de titres au régime du prêt de consommation⁵. Depuis la dématérialisation des valeurs mobilières, ces biens sont tous incorporels et leur prêt est

1. 1° **Diminution de valeur.** Ex. extrême : prêt de roubles tsaristes qui, lors de l'échéance du remboursement, ne valaient plus rien : Req., 25 février 1929, *DH* 1929.161 : « *Le prêteur n'a droit au remboursement de ces roubles que d'après leur valeur au jour où il a fait au débiteur sommation de les payer ; à ce jour, les roubles ayant perdu toute leur valeur, [...] la demande en remboursement est dénuée de tout intérêt* ». 2° **Augmentation de valeur.** Ex. : Cass. civ., 8 mai 1950, *Bull. civ. I*, n° 111 ; *JCP G* 1950.II.5602, n. appr. Delaire ; *RTD civ.* 1950.376, obs. J. Carbonnier (prêt de valeurs mobilières) : « *Le prêteur qui a remis à l'emprunteur des valeurs de bourse avec la charge pour celui-ci de rendre au terme convenu des titres de même nature et en nombre égal, a ainsi clairement manifesté sa volonté de remplacer la chose prêtée par autant de choses de même espèce et qualité, et non par des choses d'une valeur égale à celle qu'avaient les titres au jour du prêt ; une telle stipulation est licite et ne peut être rendue caduque par une loi monétaire établissant le cours forcé* ».

2. Cass. civ., 8 mai 1950, préc.

3. Ch. BRUNEAU, *La distinction entre les obligations monétaires et les obligations en nature*, th. ronéo, Paris II, 1984, n° 283.

4. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

5. Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 11^e éd., 2015, nos 1034 s. ; H. CAUSSE, « Prêts de titres [...] après la loi du 26 juillet 1991 », *JCP E*, 1992.I.125.

donc consensuel ; la durée du prêt soumis à cette loi ne peut excéder un an. Ce prêt peut être garanti par la remise d'espèces ou de titres.

932. Érosion monétaire et indexation. – Le principe du nominalisme monétaire est particulièrement important à l'égard du prêt d'argent dans les époques de dépréciation. L'article 1895, alinéa 1, l'énonce en termes énergiques : « *L'obligation qui résulte d'un prêt en argent n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat. S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement* ». Un euro = un euro.

Après avoir beaucoup hésité, la Cour de cassation a décidé que le texte n'avait rien de spécifique au prêt d'argent, qu'il énonçait une règle générale applicable à toutes les obligations monétaires et surtout qu'il n'avait pas un caractère d'ordre public⁶. Le prêt d'argent peut donc être indexé dans les mêmes conditions que toute autre obligation monétaire, c'est-à-dire en respectant les articles L. 112-1 et L. 112-2 du Code monétaire et financier⁷. L'indice convenu doit avoir une relation directe avec l'objet du contrat ou l'activité de l'une des parties.

Le seul particularisme du prêt d'argent, à cet égard, est la notion d'objet du contrat, qui soulève des difficultés. Apparemment, dans le prêt d'argent, l'objet du contrat est l'argent prêté ; la conséquence en serait, selon une interprétation littérale, que serait impossible une indexation d'un prêt d'argent sur l'« *objet du contrat* ». Au contraire, la Cour de cassation a jugé que, lorsqu'il s'agissait de prêt d'argent, « *l'objet* » pouvait être la chose à laquelle l'argent avait été employé⁸. Il subsiste une difficulté : il faut prouver que l'argent emprunté a été employé à l'« *objet du contrat* », en relation avec l'indice convenu, par exemple, la construction. Comme toujours, la fongibilité de l'argent rend difficile la démonstration de l'origine et de la destination des deniers. La preuve est aisée si les fonds sont versés directement par le prêteur au vendeur d'immeuble ou au constructeur de bâtiments auxquels le montant du prêt était destiné. Sinon, il appartient au juge d'apprécier : une mention écrite dans l'acte de prêt de la destination des deniers a, selon les cas, été jugée suffisante⁹, insuffisante¹⁰ ou inutile¹¹.

N^{os} 933-935. réservés.

6. Cass. civ. 1^{re}, 27 juin 1957, *Guyot*, *Bull. civ. I*, n° 302 ; *D.* 1957.649, n. G. Ripert ; *JCP G* 1957.II.10093 *bis* ; *Gaz. Pal.* 1957.II.41.

7. *Droit des obligations*, coll. *Droit civil*.

8. **Emploi au premier degré** : Cass. civ. 1^{re}, 9 janvier 1974, *Bull. civ. I*, n° 14 ; *JCP G* 1974.II.17806, n. J.-Ph. Lévy ; *Defrénois* 1975, art. 30996, n° 32, p. 1268, obs. J.-L. Aubert : « *L'objet de la convention au sens de (l'art. L. 112-1) [...] doit s'entendre dans son acception la plus large, et notamment l'objet d'un prêt peut être de permettre à l'acquéreur (sic : il faut lire emprunteur) de construire ou d'acheter un immeuble* » : validité d'une indexation sur l'indice du coût de la construction d'un prêt d'argent destiné à l'achat d'un immeuble. **Emploi au deuxième degré** : Cass. civ. 1^{re}, 3 juillet 1973, *Bull. civ. I*, n° 225 ; *Defrénois* 1974, art. 30547, n° 7, p. 292, obs. J.-L. Aubert : prêt d'argent destiné à rembourser un emprunt réalisé en vue d'acheter un immeuble : l'indexation sur le coût de la construction est valable.

9. Cass. civ. 1^{re}, 9 janvier 1974, préc.

10. Cass. civ. 1^{re}, 18 février 1976, *Bull. civ. I*, n° 76 ; *JCP G* 1976.II.18465, n. J.-Ph. Lévy : « *Les juges du fond relèvent que la simple affirmation portée au contrat spécifiant que l'emprunt devrait servir à des travaux immobiliers ne suffit pas pour justifier l'indexation des sommes prêtées* ».

11. Cass. civ. 1^{re}, 27 octobre 1981, *Bull. civ. I*, n° 311 : le texte « *n'exige pas que l'objet de la convention soit constaté par écrit* ».

■ CHAPITRE II ■

DATE DU REMBOURSEMENT

Il y a un principe, le respect de l'échéance, et une sanction, la déchéance du terme, lorsque l'emprunteur n'exécute pas ses obligations.

936. Échéance et saint-Glin-Glin. – Lorsque le prêt est fait pour une durée déterminée, le prêteur est obligé de laisser à l'emprunteur la chose ou l'argent prêtés jusqu'à l'arrivée du terme convenu (art. 1899) ; il n'a pas la faculté de résiliation anticipée, exorbitante du droit commun que confère le prêt à usage. À l'échéance, l'emprunteur doit restituer (art. 1902). Comme en droit commun, le terme peut être prorogé par accord entre les parties. La prorogation peut être tacite, mais ne peut résulter d'une simple inaction.

Lorsque le contrat présente un caractère familial, d'entraide ou amical (ex. : le « prêt d'honneur »), les parties ne fixent pas toujours la date du remboursement ; par exemple, elles stipulent que l'emprunteur payera « quand il le pourra »¹. Le juge détermine alors un délai raisonnable, dépendant des circonstances (art. 1900 et 1901)² ; ce qui n'est que l'application du droit commun relatif au terme indéterminé³. La clause de « retour à meilleure fortune » est licite et le juge doit la respecter⁴. Dans un prêt fait par un employeur à un salarié, est également licite la clause prévoyant que le remboursement est immédiatement exigible lorsque le salarié quitte l'entreprise⁵.

1. PLANIOL et RIPERT, t. XI, par R. Savatier, n° 1146 bis.

2. Jurisprudence souvent réitérée ; ex. : Cass. civ. 1^{re}, 19 janvier 1983, *Bull. civ. I*, n° 29 : « *Lorsqu'un prêt d'argent a été consenti sans qu'un terme soit fixé, il appartient au juge, saisi d'une demande de remboursement, de fixer, eu égard aux circonstances, et notamment à la commune intention des parties, la date du terme de l'engagement, qui doit se situer à une date postérieure à la demande en justice* » ; de même, un billet prévoyait que le prêt serait remboursable à la « Saint Glin-Glin » ; le juge, homme d'esprit et de bon sens, a ordonné le remboursement à la Toussaint suivante (la fête de tous les saints). *Droit civil illustré*, n° 151. L'art. 1900 est écarté par les droits spéciaux : Cass. com., 10 mai 2011, n° 10-18749, *Bull. civ. IV*, n° 73 (remboursement du compte-courant d'associé, sans intervention judiciaire).

3. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

4. Cass. civ. 1^{re}, 20 novembre 1990, *Bull. civ. I*, n° 255 ; *RTD civ.* 1991.333, obs. J. Mestre ; en l'espèce, l'emprunteur s'était engagé à rembourser le prêteur « dès retour à meilleure fortune » ; jugeant nulle cette clause, où elle avait vu une condition potestative, la cour d'appel avait obligé l'emprunteur à rembourser tout de suite en lui accordant des délais de paiement. Cassation : « *D'une part, en application de l'article 1901, la clause [...] est licite et d'autre part, avant d'accorder des délais de paiement, la cour d'appel aurait dû rechercher si la situation de l'emprunteur s'était améliorée et s'il était revenu à meilleure fortune* ».

5. Versailles, 3 novembre 1992, *D.* 1994.284, n. J. Mouly : « *Une telle clause d'exigibilité constitue une simple modalité d'exécution de l'engagement contracté et est, en conséquence, licite* ».

Il peut être convenu que le prêt ne sera exigible qu'au décès de l'emprunteur, c'est-à-dire que seuls ses héritiers seront tenus du remboursement. Le prêt est alors viager. Afin de développer le crédit à la consommation, dont on attend la croissance, l'ordonnance du 23 mars 2006, portant réforme des sûretés, a réglementé dans le Code de la consommation (art. L. 315-1 et s.) le prêt viager hypothécaire qui combine un prêt viager et une hypothèque : le montant du remboursement exigible est limité à la valeur de l'immeuble hypothéqué au jour de l'exigibilité. C'est l'adaptation en France du *Reverse mortgage* américain.

937. Remboursement anticipé. – Un remboursement anticipé est dû si l'emprunteur « ne fournit pas les sûretés promises au créancier ou s'il diminue celles qui garantissent l'obligation » (art. 1305-4, ancien art. 1188). Il peut aussi résulter d'une clause contractuelle⁶. En dehors de ces cas, le prêteur ne peut l'exiger, même s'il a « un besoin pressant et imprévu » de l'argent prêté : l'article 1889 n'est pas applicable au prêt de consommation.

L'emprunteur a la faculté de procéder à un remboursement anticipé⁷ dans quatre hypothèses. **1°** Si le terme a été stipulé dans son seul intérêt, ce qui n'est pas le cas du prêt à intérêt⁸. **2°** Si le prêteur l'accepte. **3°** Si une clause du contrat le permet ; il est souvent stipulé qu'une « indemnité de résiliation » sera due : il ne s'agit pas d'une clause pénale susceptible d'être réduite par application de l'article 1231-5, alinéa 2 (ancien art. 1152, al. 2)⁹. **4°** Dans les cas de crédits mobiliers (C. consom., art. L. 312-34) et immobiliers (*ib.*, art. L. 313-32) régis par le droit de la consommation. La loi prévoit un barème maximum (1 % du crédit faisant l'objet du remboursement anticipé). Aucune indemnité n'est même possible, dans le cas où le remboursement fait suite à une perte d'emploi, un décès, ou la vente du bien pour des raisons professionnelles (art. L. 313-33)¹⁰. L'indemnité de remboursement est destinée à compenser le manque à gagner du prêteur¹¹.

En dehors des stipulations contractuelles ou des dispositions de la loi, le remboursement anticipé n'est pas de droit, puisque le prêt à intérêt est normalement conclu dans l'intérêt commun des deux parties¹².

6. Ex. : Cass. civ. 3^e, 14 janvier 1971, *Bull. civ.* III, n° 30 : clause prévoyant l'exigibilité immédiate du remboursement, en cas de vente à un tiers du bien que l'emprunteur avait promis de vendre au prêteur.

7. R. MIRBEAU-GAUVIN, « Le remboursement anticipé du prêt en droit français », *D.* 1993, chron. 43 ; P.-Y. GAUTIER, *RTD civ.* 1993.607 ; O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat*, th. Paris II, LGDJ, 1999, préf. J. Ghestin, n°s 364 et s. Le prêteur ne peut y faire obstacle, par ex. en exigeant un préavis excessif : Cass. civ. 1^{re}, 5 février 2009, n° 06-16349, n.p.B. ; *Contrats, conc. consom.* 2009, comm. n° 116, n. G. Raymond (3 mois).

8. Req. 21 avril 1896, *DP* 1896.I.484, rapp. Voisin.

9. Jurisprudence constante : 1^{er} ex. : Cass. com., 3 juillet 1991, *Bull. civ.* IV, n° 254 : l'indemnité mise par le contrat de prêt à la charge de l'emprunteur en cas de remboursement anticipé n'est pas une pénalité ; elle n'est donc pas susceptible d'être réduite. 2^e ex. : jugé (naguère la jurisprudence était contraire) que cette clause d'indemnité pour remboursement anticipé est valable même lorsqu'elle dépend du taux pratiqué par le prêteur à l'époque du remboursement pour des prêts de même nature – ce qui est de pratique courante : Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 2001, *Bull. civ.* I, n° 54 ; *D.* 2001.3238, obs. L. Aynès ; *Defrénois* 2001.696, n. crit. E. Savaux ; *Contrats, conc. consom.* 2001, comm. n° 103, obs. L. Leveneur ; en l'espèce, la cour d'appel avait annulé la clause parce « que l'objet de cette indemnité est indéterminé ». Cassation : « l'art. 1129 [devenu art. 1163, al. 2] n'est pas applicable à la détermination du prix » ; v. aussi *supra*, n° 937.

10. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 17 juin 2015, n° 14-14444, *Bull. civ.* I à paraître : en cas de co-emprunt immobilier, il suffit qu'un des codébiteurs soit licencié et peu importe que, pour le rachat, les débiteurs aient trouvé un établissement financier aux taux plus favorables.

11. Cass. civ. 1^{re}, 27 septembre 2005, *D.* 2005, Jur. 2670, n. X. Delpéch ; *Defrénois* 2005.2003, n. E. Savaux et 2006.332, n. S. Piédelièvre ; n.p.B. : « la cause de l'obligation au paiement de cette indemnité consistait dans la réparation du manque à gagner subi par le prêteur du fait de la résiliation anticipée du contrat ».

12. Ph. MALAURIE, « Baisse des taux d'intérêt, prêts à long terme et renégociation », *D.* 1998, chron. 317. Cass. civ. 1^{re}, 27 septembre 2005, préc., motifs. *Contra*, J. HUET, « Un bienfait de l'histoire : la subrogation opérée par le débiteur pour le remboursement anticipé d'un prêt d'argent en cas de baisse des taux d'intérêt », *D.* 1999, chron. 303, pour la possibilité de remboursement anticipé par le jeu de la subrogation imposée (art. 1346-2, al. 2, ancien art. 1250, 2°), alors même que dans le prêt à intérêt, le terme est en faveur des deux parties. C. BLOUD, *Le terme dans le contrat*, th. Paris II, PUAM, 2003, préf. P.-Y. Gautier, n°s 396 s.

938. Déchéance du terme. – Lorsque l'emprunteur n'exécute pas ses obligations, il subit une déchéance du terme, c'est-à-dire qu'il est obligé de rembourser immédiatement, capital et intérêts, avant l'échéance du terme ; il en est ainsi lorsqu'il ne paye pas les fractions du capital ou les intérêts aux échéances, ou s'il paye en une autre monnaie que celle qui avait été convenue, ou s'il diminue les sûretés du créancier (art. 1305-4, ancien art. 1188). C'est une sorte de résolution du contrat pour cause d'inexécution (bien que le contrat ne soit pas synallagmatique), souvent prévue par une clause résolutoire à laquelle est généralement associée une clause pénale. Le prêteur doit avoir préalablement mis en demeure le débiteur de régulariser, sauf clause non équivoque¹³. La « résolution » maintient l'obligation principale, la restitution, et même les intérêts conventionnels continuent à courir¹⁴ ; elle n'affecte qu'une de ses modalités, la date du remboursement. La déchéance du terme n'est qu'une faculté pour le prêteur, qui peut préférer la régularisation¹⁵.

Le prêteur engage sa responsabilité s'il a commis une faute en prêtant, par exemple, sans examiner les possibilités de remboursement par l'emprunteur¹⁶. Il y a également déchéance du terme et perte des intérêts, lorsque le prêt est annulé ; les sûretés demeurent, notamment le cautionnement, puisque subsiste l'obligation de restitution, ce qui a été jugé dans les affaires de pompistes de marque¹⁷.

939. Assurance-vie. – Souvent, afin de garantir le remboursement du prêt, surtout s'il est à moyen ou long terme, le prêteur souscrit au nom et pour le compte de l'emprunteur une assurance-vie de groupe ; ainsi, si le remboursement n'a pas été fait avant le décès, il sera effectué par la compagnie. Les cotisations sont généralement payées par la banque pour le compte de son client¹⁸. *Sur le formalisme informatif pesant sur le prêteur*¹⁹.

13. Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 2015, n° 14-15655, *Bull. civ. I* à paraître ; *RDC* 2015. 836, obs. Y.M. Laithier.

14. Cass. civ. 1^{re}, 27 novembre 1990, *Bull. civ. I*, n° 268. En droit commun, la condamnation aux intérêts conventionnels peut se fonder sur une clause pénale ou sur les règles de la responsabilité : Cass. civ. 1^{re}, 18 novembre 1992, *Bull. civ. I*, n° 283 ; *RTD civ.* 1993.607, obs. P.-Y. Gautier ; jugé que les intérêts alors dus ne sont pas ceux qui résultent de « l'indemnité de résiliation », conventionnellement stipulée ; *supra*, n° 938.

15. Cass. civ. 1^{re}, 7 juillet 1998, *Bull. civ. I*, n° 241.

16. La question s'est posée pour la législation du surendettement. **1^{re} règle** : le juge doit sanctionner la faute du prêteur ; ex. : Cass. civ. 1^{re}, 23 février 1993, *Bull. civ. I*, n° 86 ; « pour décider de réduire à 50 000 F les sommes restant dues au crédit immobilier après la vente (résultant d'une saisie pour un crédit immobilier), la cour d'appel relève que cet organisme doit assumer sa part des risques encourus pour avoir prêté une somme destinée à acquérir un terrain et édifier une maison dont il est aisé de se convaincre qu'elle ne remplissait pas les conditions d'une revente au prix coûtant en cas de nécessité pour le prêteur de réaliser son gage dans des conditions difficiles » ; **2^e règle** : le juge doit aussi tenir compte des ressources du débiteur ; ex. : Cass. civ. 1^{re}, 4 avril 1995, *Bull. civ. I*, n° 161 : en l'espèce, le juge, pour sanctionner la légèreté du prêteur, qui avait connaissance de l'impossibilité pour l'emprunteur de rembourser, avait fait une remise complète du reliquat de la dette immobilière du surendetté envers le prêteur. Cassation : « en se fondant exclusivement sur l'attitude fautive du prêteur lors de la conclusion des prêts, sans rechercher si les ressources est les charges du débiteur rendaient nécessaire la mesure qu'elle décidait, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés » ; cf. C. consom., art. L. 733-1. En dehors du droit de la consommation, le droit commun pose à peu près les mêmes règles pour les prêts déraisonnables, tels qu'un prêt à un débiteur dont la situation financière est irrémédiablement compromise.

17. *Supra*, n° 851.

18. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 20 octobre 1998, *Bull. civ. I*, n° 308 ; *D. Aff.* 1998.1894 ; en l'espèce, les juges du fond avaient condamné l'emprunteur « à payer au prêteur une somme d'argent incluant les primes afférentes à un contrat d'assurance garantissant le remboursement de l'emprunt » ; rejet du pourvoi de l'emprunteur : l'emprunteur « était redevable des cotisations afférentes à ce contrat et que l'établissement de crédit était chargé de recouvrer pour le compte de l'assureur » ; sur le devoir de conseil du prêteur : Cass. Ass. plén., 2 mars 2007, *Bull. civ. Ass. plén.*, n° 4.

19. *Infra*, n° 954.

■ CHAPITRE III ■

TAUX DE L'INTÉRÊT CONVENTIONNEL

Le problème majeur de politique législative qu'a dans l'histoire soulevé le prêt d'argent a été l'intérêt qu'il était susceptible de produire.

940. L'argent ne fait pas de petits ? – D'abord dans son principe même. À la différence des droits grec et romain même primitifs et de la Bible¹, les droits religieux (mosaïque, canon², musulman) l'ont interdit, avec plus ou moins de constance : « l'argent ne fait pas de petits ». Sous la pression des nécessités commerciales antinomiques à la philanthropie, les prohibitions ont toujours été tournées et ont toujours (ou presque), à la longue, craqué. Le problème de principe a été remplacé par un problème de *quantum*.

941. Droit musulman : interdictions et subterfuges. – Le droit musulman a résisté à l'évolution³. Dans les pays où il s'applique strictement (ex. : Arabie Saoudite, Libye, Iran, Pakistan), et dans les banques islamiques (en quelque pays qu'elles exercent) l'intérêt (*riba*) est prohibé : dans toute espèce de prêt, et toute espèce d'intérêt, quels qu'en soient le montant et le taux (faible ou élevé), sauf en cas de nécessité absolue.

Afin de permettre au monde islamique de pratiquer le commerce, tout en respectant à la lettre la loi religieuse, le droit musulman utilise des subterfuges juridiques (*hiyal*) pour rémunérer les apporteurs de capitaux : ce sont des techniques inspirées soit du contrat de la société, soit de la vente, soit même, du bail. Ainsi est licite... la commandite (*mudharaba*)⁴... la double vente (*mukhatara*, en latin médiéval, *mohatra*⁵)... la majoration du prix de la marchandise dans la vente à crédit⁶... la participation aux bénéfices et le crédit-bail où (apparemment) un loyer rémunère le louage d'une chose. Le tout c'est qu'il n'y ait pas, formellement, d'intérêt. Tout droit rigide s'assouplit, à la longue.

1. Psaumes, 37, 21 « L'impie emprunte et ne rend pas, le juste a pitié il donne » ; Siracide, 29 « Qui pratique la miséricorde prêtera à son prochain ». Saint Mathieu, 25, 14-30 (parabole des talents), notamment 26 : « Serviteur mauvais et paresseux, [...] tu aurais dû placer mon argent chez les banquiers, et à mon retour j'aurais recouvré mon bien avec un intérêt [...]. Ce propre-à-rien de serviteur, jetez-le dehors, dans les ténèbres ; là seront les pleurs et les grincements de dents ».

2. A. BERNARD, G. LE BRAS, H. DU PASSE, *v^o Usure in Dictionnaire de théologie catholique*, Paris, 1948.

3. J. SCHACHT, *Introduction au droit musulman*, trad. franc., Maisonneuve, 1983, p. 70 ; S. JAHIEL, « L'adéquation du droit musulman classique aux procédés modernes de financement et de garantie », *RTD com.* 1985.483 et s., sp. 488.

4. Commandite où le commanditaire supporte la perte et profite des bénéfices. Les banques islamiques contemporaines substituent ce procédé au prêt à intérêt.

5. A a besoin d'argent : il vend un bien à B pour 1 000 ; B le lui revend immédiatement pour 1 100. L'« infâme » *Mohatra* a été condamné par Pascal (Huitième provinciale).

6. B vend une chose à A ; comptant, le prix est de 1 000 ; payable au bout d'un an, le prix est de 1 100.

Afin d'attirer la clientèle musulmane attachée à la rigueur coranique, les banques françaises (comme d'autres banques occidentales) pratiquent maintenant ces procédés sous le nom de « finance islamique », dont des instructions fiscales tirent les conséquences, par exemple en utilisant l'équivalent français de la mukhatara⁷. Cette autorisation en France de subterfuges coraniques au nom de l'opportunité financière est une manière paradoxale de contourner la prohibition des prêts usuraires ; elle a été critiquée⁸.

942. Validité de l'intérêt ; droit français et usure. – En droit français, la validité du prêt à intérêt est depuis longtemps admise⁹ : l'intérêt rémunère l'immobilisation des sommes prêtées, ainsi que la prise de risque du prêteur¹⁰ ; il constitue une des causes principales de l'engagement du prêteur.

La question ne se pose qu'en termes de montant de l'intérêt : comment empêcher l'usure¹¹ ? La législation a été, à cet égard, tourmentée. À la différence de l'Ancien droit, mais comme la Révolution (L. 5 therm. an V, art. 1), le Code civil (art. 1907) avait posé le principe de la liberté, soumise à des exceptions et à un formalisme ; le formalisme a été durable, non la liberté, qui permettait tous les abus : les exceptions ont été croissantes. La loi du 3 septembre 1807 avait limité l'intérêt conventionnel au taux légal ; le système ne dura pas, parce qu'irréaliste : il était de mauvaise politique législative de fixer un taux unique, car l'intérêt doit tenir compte de la conjoncture monétaire et du risque pris par le prêteur, qui n'est pas toujours le même. La règle fut abrogée à la fin du XIX^e siècle en matière commerciale (1886), puis après la guerre de 1914, en matière civile (1918). Le retour à la liberté a, de nouveau, permis tous les abus ; il ne dura pas. Le décret-loi du 8 août 1935 avait prohibé l'usure, définie pratiquement par le juge ; le système ne dura pas non plus, parce que d'application trop difficile et imprévisible.

943. Droit spécial sur l'usure ; plafonds. – Une loi de 1966 sur l'usure, intégrée dans le Code de la consommation (art. L. 314-1 et s.) a adopté un système souple et facile à appliquer ; elle énonce deux sortes de règles, les unes de fond, les autres de forme.

Au **fond**, elle impose au taux d'intérêt conventionnel une limite qui s'adapte à la diversité des situations et à la conjoncture économique, sans que le juge ait de pouvoir arbitraire¹². Elle fixe un taux d'intérêt maximum : le taux convenu ne doit pas dépasser de plus du tiers le taux effectif moyen (TEM) pratiqué par les établissements de crédit pour les opérations de même nature pendant le trimestre précédent¹³.

Par l'effet d'une loi de 2003, la règle ne s'applique pas aux prêts consentis à des personnes physiques ou morales exerçant une activité professionnelle (C. consom., art. L. 314-6), pour

7. Instruction du 23 juillet 2010, BOI 24 août 2010.

8. Ph. MALAURIE, « Interdiction coranique du prêt à intérêt et subterfuges du droit français fiscal (instruction du 20 juillet 2010) et civil (C. civ., art. 1907, al. 2 ; C. consom., art. L. 313-1 à 313-6 [auj. art. L. 314-1 et s.]) », *JCPN* 2010, 50 : « nos rapports avec les finances islamiques ne doivent pas être faits en abandonnant nos valeurs essentielles ».

9. Chr. MOULY, « Actualité et légitimité de l'intérêt conventionnel », *RJ com.* 1994, p. 265 et s. (tout le n° est relatif au régime jurid. des intérêts conventionnels).

10. J. HUET et al., *Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2012, n° 22530.

11. **Étymologie** d'usure : de *usum*, supin du verbe latin *utor*, *uti* = se servir. *Usura* a longtemps voulu dire intérêt. Selon Littré, le mot d'usure a deux sens : 1) toute espèce d'intérêt que produit l'argent. 2) Le profit qu'on retire d'un prêt au-dessus du taux légal ou habituel. Le premier sens, étymologiquement le seul exact, est aujourd'hui abandonné.

12. La littérature a souvent fustigé l'usure. L'exemple le plus cruel est Shylock : SHAKESPEARE, *Le marchand de Venise*, A. I, S. III : Shylock : « Venez avec moi chez un notaire, vous m'y signerez simplement votre billet, et par manière de plaisanterie, il sera stipulé que si vous ne payez pas tel jour, en tel lieu la somme ou les sommes convenues, le dédit consistera dans une livre de votre belle chair, qui pourra être choisie et coupée dans n'importe quelle partie de votre corps qu'il me plaira ».

13. Les taux autorisés sont régulièrement publiés et diffèrent selon que le taux est fixe ou variable (par ex. : seuil de l'usure au 1^{er} avr. 2016 en matière immobilière, taux fixe à 4,05 % et variable à 3,55 %).

lesquelles le taux d'intérêt convenu peut donc être librement fixé¹⁴. Elle ne s'applique donc pas aux prêts consentis pour des activités libérales ou agricoles¹⁵. En revanche, les découverts en compte s'y trouvent très largement soumis : C. mon. fin., article L. 313-5-1.

Dans **la forme**, la loi (C. consom., art. L. 314-5) oblige, comme le fait le Code civil (art. 1907, art. 2), à mentionner par écrit dans l'acte de prêt qu'il y a un intérêt et son taux effectif global (TEG).

I. — Règles de fond

944. Taux effectif global. – La loi de 1966 prévoit que dans tout prêt d'argent à intérêt doit être porté à la connaissance de l'emprunteur le taux annuel effectif global (TAEG) qui lui permet de connaître le coût total du prêt proposé, tous frais compris (C. consom., art. L. 314-1). Au taux d'intérêt proprement dit (rémunération du prêteur), sont ajoutés les frais, commissions ou rémunérations « *de toute nature, directs ou indirects, y compris ceux qui sont payés ou dus à des intermédiaires intervenus de quelque manière que ce soit dans l'octroi du prêt, même si ces frais, commissions ou rémunérations correspondent à des débours réels* »¹⁶. Voir les précisions données par l'article L. 311-1, 5°.

Le taux est calculé au moment de la conclusion du prêt¹⁷ ; il ne peut donc tenir compte des événements qui pourraient se produire par la suite et dont la survenance est incertaine : l'indexation lorsque ce prêt est indexé¹⁸, la clause pénale en cas d'exigibilité anticipée¹⁹, l'indemnité de résiliation en cas de remboursement anticipé, et les intérêts de retard ; la règle est la même lorsque le prêt est stipulé à taux variables²⁰.

945. Conversion proportionnelle ou par équivalent ? – Lorsque les périodes de remboursement sont inférieures à une année (prêt remboursable par mois, trimestre, semestre...), comment passer du taux de période au taux annuel, et inversement ? *A priori*, la solution est simple : il suffit de multiplier le taux de période par le nombre de périodes dans l'année ou de diviser le taux annuel par le même

14. Initialement, la règle s'appliquait à l'ensemble des prêts : N. FERRIER, « Les incertitudes du régime de l'usage, liées à sa codification », *RTD com.* 2005.219.

15. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 25 novembre 2015, n° 14-23224, *Bull. civ. I* à paraître, *JCP G* 2015, 1386, n. J. Lasserre-Capdeville (groupements fonciers agricoles).

16. Tous les frais imposés pour l'octroi du prêt : ex. : Cass. civ. 1^{re}, 12 juin 1990, *Bull. civ. I*, n° 161 : commission due à une société de crédit hypothécaire pour « *la gestion du prêt* » ; Cass. civ. 1^{re}, 21 janvier 1992, *Bull. civ. I*, n° 22, 2^e arrêt : « *impôts, taxes et droits mis à la charge de l'emprunteur ne constituent pas un accroissement des charges de l'emprunt* » ; Cass. civ. 1^{re}, 13 novembre 2008, n° 07-17737, *Bull. civ. I*, n° 262 ; *JCP G* 2008.IV.2983 : frais relatifs à une assurance « *dès lors que la banque avait subordonné l'octroi du crédit à la souscription d'une assurance* » ; Cass. com., 5 février 2008, n° 06-20783, *Bull. civ. I*, n° 25 ; *JCP G* 2008.IV.2983 : frais pour dépassement d'un découvert : Cass. civ. 1^{re}, 6 décembre 2007, *Bull. civ. I*, n° 381 ; *JCP G* 2008.IV.1050 : frais de souscription de parts sociales lorsqu'ils ont été « *imposés comme maîtres d'octroi au prêt* » ; Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 2007, *Bull. civ. I*, n° 349 ; *JCP G* 2007.IV.3211 : sur le coût d'une assurance facultative.

17. Cass. com., 26 mars 2002, *Bull. civ. IV*, n° 57.

18. Cass. civ. 1^{re}, 20 décembre 2007, *Bull. civ. I*, n° 396 ; *JCP G* 2007.II.10044, n. A. Gourio : « *le texte susvisé (C. consom., art. L. 314-5) [...] ne fait pas obligation au prêteur, en cas de stipulation de révision du taux d'intérêt original selon l'évolution d'un indice objectif d'informer l'emprunteur de la modification du taux effectif global résultant d'une telle révision* ».

19. Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 1987, *Bull. civ. I*, n° 318 ; *JCP G* 1988.IV.56. Le juge doit modérer la clause pénale si elle est « *manifestement excessive* » (art. 1231-5, al. 2, ancien art. 1152, al. 2).

20. Cass. civ. 1^{re}, 19 novembre 1996, *Bull. civ. I*, n° 408 ; *D. Aff.* 1997.74 : « *l'explication détaillée des variations du taux avec ses plafonds a été donnée* ».

nombre²¹. Ce procédé, dit « proportionnel », est celui qu'utilisent généralement les banques.

On a montré par des calculs mathématiques que 12 % l'an n'équivalaient pas à 1 % par mois ; le raisonnement est toujours le même : plus tôt paie l'emprunteur, plus il paie car il se dessaisit d'une somme qu'il aurait pu faire fructifier²². La seule méthode de conversion exacte serait le calcul par équivalent, supposant la mise en œuvre d'une règle mathématique relativement complexe, tenant compte du temps qui s'est écoulé entre le premier et le dernier paiement dans l'année.

La Cour de cassation n'a pas suivi ce raisonnement, qui repose, selon elle, « sur la fiction selon laquelle un débiteur tenu au paiement d'une seule échéance par an aurait la possibilité d'obtenir dans l'intervalle un taux d'intérêt équivalent à celui de son prêt pour les sommes restées en sa possession »²³. L'article R. 314-6 du Code de la consommation adopte la méthode proportionnelle : le taux effectif global annuel est égal au taux de période multiplié par le nombre de périodes dans l'année²⁴. Mathématiquement inexacte, la solution a le mérite de la simplicité.

Elle s'applique aux crédits immobiliers. C'est en revanche la méthode du taux équivalent, dite du TAEG (Taux annuel effectif global) qui se trouve désormais retenue pour les crédits mobiliers à la consommation, sur tout le territoire de l'Union européenne. Il s'agit encore de prendre en compte le montant et la périodicité des paiements, sur une période qui peut être plus courte que l'année. À cet égard, le calcul de l'intérêt effectivement versé par l'emprunteur implique le recours à la méthode du taux équivalent.

946. Sanctions. – Si le TEG n'est pas indiqué ou est inexact, le taux conventionnel est anéanti et remplacé par le taux légal. Outre des peines répressives prévues par la loi, la méconnaissance de ces règles produit des conséquences civiles. La nullité du prêt serait inopportune, car, comme dans tout prêt et tout contrat réel, elle aurait pour conséquence la déchéance du terme, et par conséquent, obligerait l'emprunteur à restituer le capital avant l'échéance et le dissuaderait ainsi d'agir. Seule la stipulation d'intérêts irrégulière est frappée de nullité ; les intérêts excessifs sont imputés de plein droit sur les intérêts échus, calculés au taux légal et subsidiairement sur le capital. Cette nullité doit être invoquée dans les cinq ans de la convention de prêt ou de l'ouverture de crédit, lorsque le concours financier répond aux besoins de l'activité professionnelle de l'emprunteur, ou de la découverte du caractère erroné ou de l'absence de mention du TEG, lorsque le prêt est destiné à satisfaire des besoins non professionnels²⁵. Cette sanction est plus modérée que celle qui protège le consommateur, la déchéance de tout droit aux intérêts²⁶.

21. *Infra*, n° 954. Ex. : prêt de 100 000, dont les intérêts payables mensuellement s'élèvent à 1 000. Le taux annuel serait de 12 % ; le taux par période (mensuelle) de 1 %. V. Y. SALATS, *Defrénois* 1978, art. 31703.

22. Y. SALATS, *op. cit.*, dans l'exemple ci-dessus, l'emprunteur, s'il paie 1 000 par mois, aura versé un intérêt annuel de 12,68 % ; pour payer un intérêt de 12 %, il ne devrait verser que 948,88 par mois.

23. Jurisprudence constante : ex. : * Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 1987, *Banque Sofinco*, *Bull. civ. I*, n° 201 : « Lorsque les versements auxquels l'emprunteur est tenu en exécution du contrat de crédit sont effectués avec une fréquence autre qu'annuelle, le taux effectif global annuel doit être calculé en multipliant le taux de période, qui tient compte des modalités de l'amortissement de la créance, par le nombre de ces périodes comprises dans une année civile ». Cass. com., 3 déc. 2013, n° 12-23976, *Dr. et patr.* 2014, n° 238, obs. crit. L. Aynès.

24. Ex. : si les versements sont trimestriels, le taux par trimestre est multiplié par quatre.

25. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 2 mai 1990, *D.* 1991.41, n. Chr. Gavalda ; *JCP G* 1991.II.21655, n. J. Stoufflet.

26. Jurisprudence plusieurs fois réitérée. Ex. : Cass. com., 10 juin 2008, n° 06-18906 ; *Bull. civ. IV*, n° 118 ; *JCP G* 2008.IV.2275 : « En cas de contestation des intérêts payés par un emprunteur [...], l'exception de nullité de la stipulation de l'intérêt conventionnel ne peut être opposée que dans un délai de cinq ans à compter du jour où il a connu ou aurait dû connaître le vice affectant le taux effectif global (TEG), en cas d'ouverture de crédit en compte courant, la réception de chacun des relevés

II. — Règles de forme

947. Mention écrite. – La loi exige à deux reprises que l'écrit constatant le prêt mentionne l'intérêt convenu : l'article 1907, alinéa 2, suivant lequel, « *le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit* », et l'article 314-5 du Code de la consommation, suivant lequel « *le taux effectif global déterminé selon les modalités prévues aux articles L. 314-1 à L. 314-4 est mentionné dans tout écrit constatant un prêt régi par la présente section* », sous peine d'amende. À quoi s'ajoutent les dispositions relatives à l'offre de crédit à la consommation²⁷.

En combinant ces deux textes, la Cour de cassation décide que le taux de l'intérêt, visé à l'article 1907, est d'une part le taux de l'intérêt conventionnellement stipulé, d'autre part le TEG. La règle s'applique à tous les prêts, y compris entre professionnels²⁸. Cette combinaison conduit aux règles suivantes :

1°) Faute d'écrit mentionnant le taux d'intérêt conventionnellement stipulé, le prêteur ne peut prétendre qu'au taux légal si le caractère onéreux du prêt est incontestable.

En cas d'ouverture de crédit en compte courant, la mention écrite du taux d'intérêt peut résulter des relevés de compte, à condition qu'ils indiquent le TEG²⁹.

2°) Le TEG doit être calculé et mentionné par le prêteur, qui ne peut se contenter d'indiquer ses composants³⁰. L'article L. 312-8 du Code monétaire et financier l'oblige à présenter dès l'offre de prêt un échéancier des amortissements, avec la ventilation du capital et des intérêts.

3°) En cas de modification conventionnelle du taux en cours de prêt, l'acte modificatif doit comporter le nouveau TEG³¹. Si le taux d'intérêt varie selon un indice objectif facilement connaissable, le TEG effectivement appliqué n'a pas à être indiqué sur les relevés périodiques³².

948. Prêts en devises et conventions complexes. – La législation sur l'usure, notamment l'exigence du TEG, s'applique aux **prêts en devises**³³ lorsqu'ils sont

indiquant ou devant indiquer le TEG appliqué constitue le point de départ du délai de cette prescription ».

27. *Infra*, n° 957.

28. Cass. civ. 1^{re}, 22 janvier 2002, *Bull. civ. I*, n° 23 ; *Contrats, conc., consom.* 2002, comm. n° 72, obs. L. Leveneur ; *RTD civ.* 2002.287, obs. J. Mestre et B. Fages ; *D.* 2002.2670, n. A. Debet : cassation de l'arrêt qui avait « *ajouté au texte susvisé une restriction qu'il ne comporte pas* ».

29. Cass. com., 10 juin 2008, *supra*, n° 945.

30. * Cass. com., 18 juin 1996, *dame Rog*, *Bull. civ. IV*, n° 183.

31. Cass. com., 15 octobre 1996, *Bull. civ. IV*, n° 232 ; *D.* 1997, somm. 171, obs. L. Aynès.

32. Jurisprudence constante depuis Cass. civ. 1^{re}, 20 décembre 2007, *Bull. civ. I*, n° 396 ; *D.* 2008 AJ 386, obs. Avena-Robardet ; *JCP G* 2008.II.10044, n. Gourio ; *RTD com.* 2008.150, obs. D. Legeais ; *ib.* 2008.614, obs. Bouloc : l'art. L. 314-5 C. consom., « *s'il impose la mention du taux effectif global dans tout écrit constatant un prêt, ne fait pas obligation au prêteur, en cas de stipulation de révision du taux d'intérêt originel selon l'évolution d'un indice objectif, d'informer l'emprunteur de la modification du taux effectif global résultant d'une telle révision* ». Antérieurement, la Cour de cassation décidait au contraire que le TEG devait être indiqué : Cass. civ. 1^{re}, 19 octobre 2004, *Bull. civ. I*, n° 229, règle qui continuera à s'appliquer si l'indice de variation n'est pas un indice objectif aisément connaissable.

33. Cass. com., 3 avril 1984, *Bull. civ. IV*, n° 129 : est soumise à la loi de 1966 sur l'usure, l'opération financière par laquelle des emprunteurs ayant reçu une somme en monnaie étrangère s'étaient engagés à en rembourser la contrevaletur en francs. Rép. min. fin. n° 41962 à Guy Geoffroy), *JOAN Q* 19 mai 2009 : « *Bien que la "monnaie de compte" soit rejetée par la liberté contractuelle, l'appartient à l'établissement prêteur de veiller à ce que l'utilisation d'une monnaie étrangère comme "monnaie de compte" respecte les dispositions du Code de la consommation, notamment en ce qui concerne l'usure et la publicité* ». V. F. CREDOT et Th. SAMIN, « Monnaie de compte étrangère », *Rev. dr. banc. et fin.* 2009 com. 151.

licités³⁴, bien que les méthodes de calcul du TEG et du seuil de l'usure soient ici inadaptées³⁵, mais non aux crédits à l'exportation³⁶. Elle ne peut s'appliquer aux **conventions complexes** mêlant le prêt à un contrat d'investissement : ni le TEM ni le TEG ne peuvent être calculés, en raison du particularisme de l'opération.

949. Restitution des intérêts. – La loi ajoute (art. 1906) que « *l'emprunteur qui a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés ne peut ni les répéter, ni les imputer sur le capital* » : elle présume que si l'emprunteur a payé des intérêts, c'était par l'effet d'une convention tacite³⁷. Cette règle est interprétée restrictivement ; elle ne s'applique ni aux comptes courants où le banquier impute unilatéralement les intérêts au débit de son client (parce qu'il n'y a pas eu chez l'emprunteur la volonté de payer les intérêts)³⁸, ni aux intérêts usuraires³⁹, ni aux intérêts conventionnellement stipulés lorsque la stipulation est nulle et que leur taux excède le taux légal⁴⁰. Dans tous ces cas, l'emprunteur peut répéter les intérêts indûment payés ou les imputer sur ceux qui sont dûs.

950. Anatocisme. – L'anatocisme⁴¹ est la capitalisation des intérêts : les intérêts produisent des intérêts. Afin d'éviter l'écrasement du débiteur⁴², le Code civil ne l'admet que dans d'étroites limites : il doit avoir été convenu ou demandé en justice et porter « *au moins pour une année entière* » (art. 1343-2, ancien art. 1154). Ces règles sont impératives⁴³ : elles n'auraient aucune efficacité si une convention contraire pouvait être acceptée par le débiteur pressé par le besoin d'argent. La jurisprudence a cependant, sous la pression des besoins du crédit, assoupli ces règles.

34. *Infra*, n° 951.

35. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ, obs. sous Cass. com., 3 avril 1984, *RTD com.* 1985.134 : « *La difficulté peut être surmontée ; il suffit d'assimiler cette opération à un prêt indexé, catégorie dont le législateur de 1966 s'est préoccupé et à laquelle il a réservé un régime particulier pour tenir compte de la différence entre la somme mise à la disposition de l'emprunteur et la somme à rembourser (art. 2)* ».

36. BACHELOT et al., « L'application internationale de la législation sur l'usure », *Rev. dr. banc. bourse* 1990-100 et s., sp. 105 : « *Certains crédits à l'exportation impliquent de gros risques justifiant des montants élevés de primes d'assurances-crédits* ».

37. Req., 10 décembre 1902, *DP* 1903.1.202.

38. * Cass. com., 18 juin 1996, *dame Rog*, préc. : « *Si, en application de l'article 1906, le paiement d'intérêts fait preuve du caractère onéreux d'un prêt, ce texte ne s'oppose cependant pas à la répétition de la partie des intérêts illégalement perçue au regard de l'article 1907 et de l'art. [L. 341-35] C. consom.* ».

39. Cass. com., 9 avril 1991, *Bull. civ. IV*, n° 134 ; *D.* 1991.385, n. M. Vasseur ; *Defrénois* 1991, art. 35.077, n° 57, p. 813, obs. G. Vermelle. L'article 1906 « *ne s'oppose cependant pas à la répétition de la partie des intérêts illégalement perçue au regard de l'article 1907 et de l'art. [L. 341-35], C. consom., selon lesquels le taux légal est seul applicable en l'absence de stipulation écrite* ».

40. Cass. com., 29 mars 1994, *Bull. civ. IV*, n° 134 ; *D.* 1994.611, n. Chr. Gavalda : « *Vu l'article 1338 [devenu art. 1182] ; pour rejeter les demandes [en restitution des intérêts perçus au-delà du taux légal dès lors que le taux effectif global n'avait été mentionné ni dans la convention de prêt, ni dans les bordereaux d'escompte], l'arrêt retient que la nullité relative affectant les actes non conformes aux dispositions [du C. consom.] peut être couverte par l'acceptation ultérieure, réalisée, en l'espèce, par le silence gardé par l'emprunteur sur les conditions énoncées dans les bordereaux d'escompte ; la confirmation d'un acte nul exige à la fois la connaissance du vice et l'intention de le réparer* ». Cassation.

41. **Étymologie** d'anatocisme : du grec *anatocismos*, lui-m. composé de *ana* = de nouveau + *tocon*, ou = production, intérêt.

42. S'il y a anatocisme, une dette dont le taux d'intérêt est de 5 % double en 15 ans ; s'il n'y a pas anatocisme, le doublement se fait en 20 ans.

43. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1960, *Bull. civ. I*, n° 305 ; jugé que la convention faisant produire des intérêts aux sommes dues n'entraîne la capitalisation des intérêts que si les parties l'avaient « *expressément* » prévu.

Elle admet... que la convention ou la demande en justice peuvent prévoir à l'avance la capitalisation des intérêts⁴⁴... que si les conditions de cet article sont remplies, tout intérêt moratoire peut être capitalisé, qu'il ait pour cause une convention, une clause pénale⁴⁵ ou une indemnité⁴⁶. Surtout, elle décide que, sauf à l'égard des crédits consentis aux consommateurs⁴⁷, ces règles ne s'appliquent pas aux découverts des comptes courants⁴⁸; pendant longtemps la jurisprudence et la doctrine avaient fondé cette exception sur des usages bancaires, tout en trouvant singulier que des usages puissent l'emporter sur une règle impérative; aujourd'hui, on la justifie par le mécanisme même du compte courant, où l'intérêt étant immédiatement payé accroît naturellement le capital; la convention et les usages ont pour seul rôle d'en déterminer la périodicité. Les règles prohibant l'anatocisme reprennent leur empire après la clôture du compte courant⁴⁹ et lorsqu'on est en présence d'un simple compte de dépôt.

Lorsqu'elle est licite, la capitalisation des intérêts ne peut évidemment avoir lieu si le retard dans le paiement des intérêts est imputable au créancier⁵⁰.

951. Devises étrangères; indexation. – 1° Les prêts en devises étrangères sont licites lorsqu'ils sont effectués par une banque: la législation sur l'indexation déclare en effet licites toutes les indexations « *en relation directe [...] avec l'activité de l'une des parties* » (C. mon. fin., art. L. 112-2).

Traditionnellement l'intérêt et l'indexation du capital exercent deux fonctions distinctes: le premier rémunère le prêteur, privé d'une somme d'argent pendant un certain temps (loyer de l'argent); le second maintient la valeur d'achat du capital et lui permet d'échapper à l'érosion monétaire. Aussi peut-on cumuler intérêts et indexation⁵¹.

44. Pour une convention; ex.: Cass. civ., 15 juillet 1913, *DP* 1917.I.50, « *La convention destinée à faire produire des intérêts aux intérêts d'un capital peut être valablement conclue avant l'échéance de ces derniers* ». Pour une demande en justice; ex.: Cass. civ. 1^{re}, 12 mars 1991, *Bull. civ. I*, n° 89: « *Le texte susvisé [art. 1154, devenu art. 1343-2] n'exige pas que pour produire des intérêts, les intérêts échus des capitaux soient dus au moins pour une année entière au moment de la demande en justice tendant à la capitalisation, mais exige seulement que dans cette demande il s'agisse d'intérêts dus pour une telle durée* ».

45. Ex.: Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1978, *Bull. civ. I*, n° 187; en l'espèce, la cour d'appel avait refusé de capitaliser les intérêts au motif « *que les prétendus intérêts étaient en réalité des pénalités conventionnelles ayant la nature de dommages-intérêts ne pouvant donner lieu à capitalisation* ». Cassation: « *Les dispositions de l'article 1154 [devenu art. 1343-2] s'appliquent sans distinction aux intérêts moratoires qu'ils soient judiciaires ou conventionnels* ».

46. Cass. civ. 3^e, 4 décembre 1991, *Bull. civ. III*, n° 303 (le *Bulletin* ne publie pas ce motif, jugé « sans intérêt »): « *Les seules conditions exigées par l'article 1154 [devenu art. 1343-2] pour que les intérêts échus des capitaux produisent des intérêts sont que la demande en ait été judiciairement formée et qu'il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière, sans que l'anatocisme puisse être écarté en raison du caractère indemnitaire de la somme constituant la créance* ».

47. *Infra*, n° 956.

48. Ex.: Cass. com., 22 mai 1991, *Bull. civ. IV*, n° 168; *JCPE*, 1991.II.190, n. J. Stoufflet; *D.* 1991.428, n. Chr. Gavalda; *Banque* 1991.758, obs. J.-L. Rives-Langes: « *La capitalisation des intérêts d'un compte courant se produit de plein droit à chaque arrêté périodique par fusion dans le solde dudit arrêté, d'où il suit que l'article 1154 n'était pas applicable* ».

49. Ex.: Cass. civ., 25 février 1930, *DH* 1930.251: « *Vu l'article 1154; si la capitalisation des intérêts d'un compte courant peut être valablement stipulée suivant les usages du commerce pour la durée du compte, elle ne saurait, en aucun cas, se prolonger au-delà de l'époque où le compte courant a pris fin, sinon dans les conditions prévues par l'article 1154 préc.* ».

50. Cass. civ. 1^{re}, 14 mai 1992, *Bull. civ. I*, n° 142: « *Les juges du fond peuvent refuser d'ordonner la capitalisation des intérêts si c'est par suite du retard apporté par celui qui la sollicite qu'il n'a pu être procédé à la liquidation de la dette* ».

51. La jurisprudence ne tient pas compte de l'indexation pour savoir s'il y a usure: Cass. civ. 1^{re}, 21 janvier 1992, *Bull. civ. I*, n° 22: l'indexation du capital « *ne doit pas être prise en compte pour la détermination du taux effectif global* ».

■ CHAPITRE IV ■

PROTECTION DU CONSOMMATEUR

952. Règles de fond et règles de forme. – L'emprunt d'argent est un acte grave : contre la jouissance immédiate d'un capital, l'emprunteur prend un engagement pour l'avenir sans toujours en mesurer l'importance. De plus, les conditions financières du crédit sont souvent complexes et difficiles à comprendre. Pourtant, le crédit est inséparable de la consommation. Le législateur est donc intervenu pour protéger le consommateur par des règles de forme et des règles de fond.

1° Il l'a fait d'abord en imposant des règles de **forme** destinées à éclairer le bénéficiaire du crédit et à lui permettre de comparer avant de choisir ; puis, de manière plus ou moins permanente, des règles de fond, qui ont pour objet le volume du crédit susceptible d'être accordé et ses modalités. Aujourd'hui, la première série de règles relève du Code de la consommation, articles L. 312-1, L. 313-1, L. 314-1.

2° Les règles de **fond** sont celles du droit commun, sous deux réserves¹. D'une part, le Comité consultatif du secteur financier peut suggérer de fixer le montant et la durée maximum du crédit susceptible d'être accordé ; actuellement, il n'existe aucune limite, car cette réglementation est en sommeil². D'autre part, le crédit gratuit est soumis à certaines règles contraignantes, lorsqu'il relève du Code de la consommation (art. L. 312-41 et s.) : elles concernent la publicité et les conséquences d'une offre de crédit gratuit. Le Code de la consommation ne s'applique qu'aux prêts relevant du droit français³.

953. Domaine de la protection : destination du crédit ? Crédit mobilier et immobilier. – Le domaine du Code de la consommation est délimité de façon négative et positive. Négative : il ne s'applique pas aux crédits destinés à financer une activité professionnelle (art. L. 311-1 et L. 313-2) jamais présumé et résultant

1. X. LAGARDE, *L'endettement des particuliers, Étude critique*, LGDJ, 1999 ; N. CHARDIN, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, th. Strasbourg, LGDJ, 1988, préf. J.-L. Aubert.

2. En pratique, l'achat à crédit d'un bien, notamment immobilier, suppose toujours que l'acquéreur possède et paye comptant une partie du prix (par exemple, 10 ou 20 %).

3. Cass. civ. 1^{re}, 19 janvier 1999, *Bull. civ. I*, n° 21 ; *Defrénois* 1999.523, obs. M. Revillard ; *JCP G* 2000.II.10 248, n. Th. Vignal ; en l'espèce, faisant l'objet d'une saisie immobilière, les emprunteurs, dans une opération internationale, avaient soutenu que le prêt était nul, faute d'avoir respecté la loi française relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine du crédit ; ce moyen a été rejeté : « la créance était soumise à la loi d'autonomie », en l'espèce la loi suisse.

non de la personnalité de l'emprunteur, mais d'une stipulation expresse⁴, sauf si les parties l'ont décidé⁵. Positive : il ne concerne que les crédits consentis « *de manière habituelle* » par une personne physique ou morale (art. L. 313-1) ou dans l'exercice de ses « *activités commerciales ou professionnelles* » (art. L. 311-1).

1° Le Code de la consommation, dans sa partie sur le **crédit mobilier**, comprend largement le crédit au consommateur ; il ne s'attache pas à ses formes contractuelles, ni à une technique juridique, mais vise de façon générale « *l'opération ou contrat de crédit* » (art. L. 311-1, avec la variété d'applications). Par cette expression empruntée au langage économique – le consommateur n'est pas censé connaître le détail de la qualification juridique –, l'acte juridique est saisi par son résultat, le paiement échelonné ou différé⁶ : prêt d'argent, vente à tempérament ou à crédit, découvert en compte, exprès ou tacite incluant les facilités de paiement (art. L. 311-1 préc. et L. 312-84)⁷, délivrance d'une carte de crédit (art. L. 312-67), location-vente ou location assortie d'une promesse de vente (*leasing*)⁸ ; il faut y ajouter le crédit renouvelable (en anglais, « *revolving* »), une reconstitution automatique du montant d'argent rendu disponible par le prêteur, au fur et à mesure de la dépense par l'emprunteur (art. L. 312-66).

Les limites au droit spécial tiennent à plusieurs exclusions (art. L. 312-4) : notamment des opérations d'une durée égale ou inférieure à trois mois ; ou d'un montant supérieur à 75 000 € ; ou ayant pour objet le financement d'une acquisition immobilière ou de parts de sociétés d'attribution immobilières.

2° Le Code de la consommation, dans sa partie relative au **crédit immobilier**, s'applique, non à tout crédit immobilier⁹, mais au contrat de prêt destiné à financer certaines opérations concernant un immeuble à usage d'habitation ou

4. Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 2003, *Bull. civ. I*, n° 130 ; *JCP G* 2004.II.10050, n. D. Bonnet : « *la destination professionnelle d'un crédit ne peut résulter que d'une stipulation expresse* » ; en l'espèce, une banque avait consenti un découvert à une avocate, puis l'assigna en remboursement du découvert non autorisé ; jugé que seul le tribunal d'instance était compétent (juridiction du droit du crédit à la consommation), sur le TGI. Même motif dans Cass. civ. 1^{re}, 21 octobre 2003, cité *infra*.

5. Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1994, *Bull. civ. I*, n° 128 ; *JCP G* 1994.IV.129 : « *Si sont exclus du champ d'application (du C. consom.) les prêts destinés, notamment, à financer les besoins d'une activité professionnelle, rien n'interdit aux parties de soumettre volontairement les opérations de crédit qu'elles concluent aux règles édictées* » par celui-ci.

6. Tout paiement échelonné ou différé ne constitue pas nécessairement un crédit ; il faut qu'il y ait, en outre, un délai consenti par le bailleur de crédit pour le paiement : « *Après la livraison du bien ou l'exécution de la prestation* » : * Cass. civ. 1^{re}, 15 décembre 1993, *sté européenne d'enseignement Nadaud*, *Bull. civ. I*, n° 370 ; *D.* 1994.297, n. H. Davo : en l'espèce, il s'agissait d'un contrat d'enseignement, où une partie du prix avait été payée au moment de l'inscription, le solde étant payable par trois versements trimestriels ; peu après l'inscription, les parents demandèrent la radiation de leur enfant ; par application du C. consom., la cour d'appel annula le contrat. Cassation : « *Aucun crédit n'était consenti aux époux Burgard, même si les prestations étaient payables par versements échelonnés* ».

7. Cass. civ. 1^{re}, 16 janvier 1996, *Bull. civ. I*, n° 31 : « *Lorsqu'une banque a consenti à son client des avances de fonds pendant plus de trois mois, le découvert en compte constitue une ouverture de crédit soumise aux dispositions d'ordre public (du C. consom.) ; lorsque cette ouverture de crédit est consentie tacitement, l'absence d'offre préalable régulière entraîne pour l'organisme de crédit la déchéance du droit à tout intérêt couru, légal ou conventionnel, sur le solde débiteur d'un compte bancaire ayant fonctionné à découvert pendant plus de trois mois* ».

8. Cass. com., 1^{er} décembre 1993, *Bull. civ. IV*, n° 354.

9. Par conséquent, le crédit consenti par le vendeur ou l'entrepreneur ne relève pas de la loi. De même la reprise de prêt, qui n'est pas l'obtention d'un prêt.

professionnel et d'habitation¹⁰ : acquisition, travaux pour un montant supérieur à 75 000 €, souscription ou achat de parts de société immobilière d'attribution, achat de terrains destinés à l'édification d'un immeuble d'habitation¹¹.

Ce qui caractérise le domaine du crédit mobilier au consommateur est que le prêt doit être d'un montant inférieur à 75 000 €, et celui du crédit immobilier est que le prêt doit financer des dépenses immobilières supérieures à 75 000 €. Un prêt d'un montant inférieur à cette somme est donc soumis au droit protecteur du consommateur s'il finance des dépenses immobilières supérieures à ce montant¹².

954. Dispositif protecteur : formation du prêt ou du contrat de crédit. – Bien que les domaines des dispositions du Code de la consommation sur le crédit et celles sur le crédit mobilier et immobilier soient différents, le système de protection, dans ses grandes lignes, est le même : il tient à des règles originales de formation et d'exécution du contrat de prêt (ou contrat assimilé)¹³.

Alors qu'en pratique, c'est l'emprunteur qui prend l'initiative et sollicite un prêt formé, au moins dans l'étape consensuelle, par l'acceptation du prêteur, le législateur a ajouté une étape supplémentaire au cours de laquelle se renversent les rôles : le prêteur est tenu de formuler par écrit une offre de contrat de crédit (art. L. 312-18 et s. et L. 313-9 et s.), dont l'acceptation forme le prêt¹⁴. Celle-ci n'est définitive qu'après l'écoulement d'un certain temps, *cooling off period* : délai de rétractation de quatorze jours, dans le crédit mobilier (art. L. 312-19 et s.), auxquels s'ajoutent sept jours pour que le prêteur notifie le crédit ; délai de réflexion de dix jours, dans le crédit immobilier (art. L. 313-19).

De ce renversement des rôles – le prêteur devient offrant – et de cette étape supplémentaire, le législateur attend plusieurs avantages : d'abord, le processus de formation est allongé, ce qui évite l'engagement irréfléchi ; faisant figure de sollicité, ensuite, le candidat emprunteur conserve le dernier mot ; le prêteur, rédacteur de l'offre, est amené à s'engager par écrit et c'est sur lui que pèse l'obligation d'information ; sans compter les avantages de l'écrit, que le candidat emprunteur a en sa possession un certain temps avant de s'engager définitivement, qu'il peut comparer à d'autres offres, et sur lequel il peut recueillir des observations et des

10. Lorsqu'un prêt supérieur à 75 000 € n'a pas de destination particulière (prêt personnel), il n'est pas soumis au C. consom. La destination immobilière du prêt peut être prouvée, et entraîne l'application du droit de la consommation et des sanctions pénales ; Cass. civ. 3^e, 25 avril 1984, *Bull. civ. III*, n° 91 : la destination de logement implique qu'elle soit plus importante que la destination professionnelle ; jugé, en l'espèce, que tel n'était pas le cas de l'achat fait « dans le but essentiel d'acheter un vignoble prestigieux dont les bâtiments d'habitation ne constituent que "l'accessoire" ».

11. Sur les difficultés suscitées par le lien entre la construction et l'acquisition du terrain, M. DAGOT, « L'interdépendance entre l'acquisition du terrain et la construction du logement », *JCPN* 1980.I.403.

12. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 15 décembre 1993, *Bull. civ. I*, n° 371 ; D. 1994.217, n. H. Davo ; en l'espèce, il s'agissait de savoir si s'appliquait à un prêt de 3 000 € destiné à une opération immobilière, la loi imposant un délai de forclusion aux actions relatives au crédit mobilier introduites tardivement (*infra*, n° 956) ; la cour d'appel l'avait admis en relevant que le montant des prêts était inférieur à 15 000 € (alors le plafond légal). Cassation : « En se fondant ainsi sur le montant des prêts litigieux, et non sur celui de la dépense dont ces prêts étaient destinés à compléter le financement, après avoir constaté qu'ils étaient afférents à la construction d'un immeuble, la cour d'appel a violé les textes susvisés » (du C. consom.).

13. *Le droit du crédit au consommateur*, dir. I. Fadlallah, Litec, 1982. Sur le crédit immobilier : C.-A. THIBIERGE, « La protection des acquéreurs de logements qui recourent au crédit pour financer leur acquisition », *Defrénois* 1980, art. 32254 ; J.-M. OLIVIER, « La formation du contrat du crédit immobilier », *LPA*, 29 avril 1998, p. 6 et s. ; D. MAZEAUD, *ib.*

14. Cette règle de l'offre de contrat de crédit s'applique au contrat préliminaire que constitue le crédit-relais : Cass. civ. 1^{re}, 26 janvier 1999, *Contrats, conc., consom.* 1999, comm. n° 63, obs. G. Raymond ; n.p.B. Elle s'applique à l'ouverture de crédit ainsi qu'à toute augmentation du crédit consenti (art. L. 311-16).

conseils. Le prêteur doit en outre « vérifier la solvabilité de l'emprunteur », avant de conclure le contrat (art. L. 312-16 et s.)¹⁵.

Seul l'écrit (art. L. 311-1, L. 312-12 et L. 312-17, qui prévoient également tout « autre support durable ») rend possibles les mentions obligatoires, dont le législateur attend l'essentiel de la protection. Ces mentions ont pour objet non seulement les caractéristiques du prêt ou du crédit offert (montant, fractions périodiquement disponibles, modalités, conditions d'une assurance, échéancier des amortissements¹⁶ qui a soulevé de nombreuses difficultés¹⁷; surtout, le taux effectif global...) et l'information juridique du consommateur sur ses propres droits¹⁸: notamment celui de rétracter son consentement (art. L. 312-19), ou le délai de réflexion obligatoire (art. L. 313-10)¹⁹.

L'octroi d'un crédit mobilier impose, en outre, que soit joint à l'offre un formulaire détachable pour permettre l'exercice de la faculté de rétractation (art. L. 312-21) et oblige le prêteur à établir l'offre elle-même conformément à un des modèles types. La même possibilité existe en matière immobilière.

La méconnaissance de ces règles peut être relevée d'office par le juge (ancien art. L. 141-4 non encore recodifié)²⁰.

Si le prêt est renégocié, en général à la demande et en faveur de l'emprunteur, le parallélisme des formes n'a pas à être respecté, si une information spécifique, plus légère, de l'acheteur a été

15. H. CLARET, *Contrats, conc. consom.* 2011, chron. n° 14 (obligations d'informer et de s'informer du prêteur).

16. Jurisprudence formaliste; ex.: Cass. civ. 1^{re}, 16 mars 1994, *Bull. civ. I*, n° 100: jugé qu'« un tableau qui se contenterait de détailler les dates des échéances et leur montant global, sans préciser la part du remboursement affecté dans chacune d'elles à l'amortissement du capital par rapport à celle couvrant les intérêts, ne satisfierait pas aux exigences légales ».

17. **Tableau d'amortissement.** La Cour de cassation a longtemps frappé de la perte du droit aux intérêts les prêteurs n'ayant pas remis à l'emprunteur un échéancier des amortissements en même temps que l'offre de contrat de crédit, ce qu'avait tenté d'empêcher une loi de validation du 12 avril 1996. La CEDH, 14 février 2006, *D.* 2006, AJ 717; *JCP G* 2006.II.10171, n. M. Thioye; *RDC* 2006.289, obs. Th. Revet; *RTD civ.* 2006.261, obs. J.-P. Marguénaud, a condamné cette loi de validation car elle constituait une « ingérence dans les droits que (les emprunteurs) pouvaient faire valoir en vertu de la loi et de la jurisprudence en vigueur et partant, au respect de leurs biens » sans justification « d'impérieux motifs d'intérêt général », « atteinte disproportionnée à leurs droits ». La déchéance n'est pas automatique: Cass. civ. 1^{re}, 30 septembre 2010, n° 09-67930, *Bull. civ. I*, n° 180; *JCP G* 2010, 995, n. C. Boismain; *D.* 2010.2358, n. V. Avena-Robardet.

18. Ex.: Cass. civ. 2^e, 3 juin 2004, *Contrats, conc. consom.* 2004, comm. n° 137, n. L. Leveueur; *RDC* 2005.321, obs. M. Bruschi; n.p.B.: « l'obligation d'information ne se limite pas à la remise de la notice, dès lors que celle-ci ne définit pas de façon claire et précise les risques garantis ainsi que les modalités de mise en jeu de l'assurance »; en l'espèce, une clause de la police d'assurance de groupe prévoyait que l'assurance ne s'appliquait « qu'aux emprunteurs âgés de moins de 65 ans, lors de l'entrée dans l'assurance » et une autre stipulait que l'assurance n'était pas due en cas de décès de l'adhérent après 65 ans. Le prêteur (c'est-à-dire une banque) aurait dû expliquer à l'emprunteur le sens de ces clauses obscures et contradictoires.

19. Ex.: Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 2004, *Bull. civ. I*, n° 91; *D.* 2004.947, 4^e esp., n. V. Avena-Robardet: « l'obligation d'information [...] s'impose pour les renouvellements et les reconductions ».

20. B. GORCHS, *D.* 2010. 1300. Ce texte met fin à une jurisprudence contraire. Sur la nouvelle règle: G. POISSONNIER, *D.* 2008, chron. 1285. La Cour de cassation s'est inclinée par un revirement de jurisprudence: * Cass. civ. 1^{re}, 22 janvier 2009, n° 05-20176, *Bull. civ. I*, n° 9, *Crédit mutuel de Saint-Marcellin*, *D.* 2009.908, n. S. Piédelièvre; *JCP G* 2009.II.10036, n. N. Monachon-Duchêne et 10037, n. crit. X. Lagarde; *Defrénois* 2009.663, n. E. Savaux; *RDC* 2009. 1078, obs. D. Fenouillet (au sujet de la déchéance du droit aux intérêts pour méconnaissance des conditions de présentation de l'offre de crédit). La Cour de justice considère qu'il s'agit d'un devoir et pas seulement d'une faculté: CJUE, 4 juin 2009, *JCP G* 2009, n° 336, chron. G. Paisant; *RDC* 2009. 1467, obs. C. Aubert de Vincelles; Ph. FLORÈS et G. BIARDENAUD, *D.* 2009. 2227.

opérée (art. L. 313-24-1). Un simple avenant suffit²¹, sauf si la situation de l'emprunteur se trouve aggravée²². Le formalisme n'est pas non plus requis en cas de report d'échéance, sans autre modification²³. Si la nouvelle information était omise, il devra être fait retour à l'intérêt stipulé initialement. Au formalisme, s'ajoute ainsi la standardisation des actes de prêt : le droit de la consommation est devenu un droit de masse ; il appelle l'automatisme dans la formation comme dans la sanction. Le formalisme a ses inconvénients habituels : lourdeur de la paperasse, entraves à l'activité, renchérissement des coûts, et, parfois, incitation à la mauvaise foi.

En matière immobilière, le prêteur doit également procéder à un examen préalable de solvabilité par une « évaluation rigoureuse » au stade précontractuel et prodiguer le cas échéant des « recommandations personnalisées » (art. L. 313-12 et s., réd. ord. 25 mars 2016). Une fiche d'information standardisée européenne (FISE) est remise à l'emprunteur.

955. Obtention du prêt ; dépendance au contrat principal. – En droit commun, le prêt destiné au financement d'une opération est indépendant du contrat principal ; par exemple, si le contrat principal est nul, le prêt n'en est pas moins valable. Ce principe, un peu rigide, est en recul²⁴ ; ainsi il est écarté dans le droit de la consommation qui impose, dans les relations entre professionnels et consommateur, une interdépendance entre le prêt et le contrat principal (vente, prestation de service...) dont il finance le prix. Le paiement est suspendu à l'obtention du prêt²⁵. Réciproquement, le prêt lui-même est placé sous la dépendance du contrat principal, suivant des modalités différentes d'une loi à l'autre. La règle n'est pas la même en matière mobilière et immobilière²⁶.

1° En matière **mobilière**, le remboursement du prêt n'est exigible qu'à compter de l'exécution du contrat principal lorsque l'offre de prêt a mentionné le bien ou le service financé (art.

21. Cass. civ. 1^{re}, 3 mars 2011, n° 10-15152, *Bull. civ. I*, n° 46 ; *D.* 2011.814, n. V. Avena-Robardet ; *JCP G* 2011, n° 581, n. N. Monachon-Duchêne : « les obligations prévues aux art. [L. 312-18 et s.] C. consom. ne sont pas applicables, en cas de renégociation d'un prêt immobilier entre les mêmes parties, aux modifications du contrat de prêt initial qui ne peuvent être apportées que sous la forme d'un avenant conformément à l'art. L. 312-14-1 du même code ».

22. V. S. BECQUÉ, *Le parallélisme des formes en droit privé*, th. Paris II, éd. Panthéon-Assas, 2004, n°s 389 et s. ; P.-Y. GAUTIER, obs., *RTD civ.* 2003.521.

23. Cass. civ. 1^{re}, 17 juin 2015, n° 14-14326, *Bull. civ. I* à paraître.

24. À propos de l'achat d'un fonds de commerce grâce à un emprunt, ex. : * Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 1997, *Laborie*, *Bull. civ. I*, n° 224 ; *D.* 1998.32, n. L. Aynès, *ib.*, somm. 110, obs. D. Mazeaud ; *Defrénois* 1997.1251, obs. L. Aynès : « Les deux actes de vente et de prêt avaient été passés le même jour, par-devant le même notaire ; ils étaient intimement liés [...] les parties avaient entendu subordonner l'existence du prêt à la réalisation de la vente en vue de laquelle il avait été conclu, de sorte que les deux contrats répondaient à une cause unique ; (la cour d'appel) a donc retenu à bon droit non que l'obligation de l'emprunteur était dépourvue de cause, mais que l'annulation du contrat de vente avait entraîné la caducité du prêt ».

25. Ex. Cass. civ. 1^{re}, 22 juillet 1987, *Bull. civ. I*, n° 259 : si le vendeur livre la chose avant que l'acquéreur ait obtenu son financement, il pourra la récupérer en cas de non-obtention du prêt ; V. VIGNEAU, « Le financement à crédit du contrat de consommation », *Contrats, conc. consom.* 2006, chron. n° 19. Les dispositions du Code de la consommation sont d'ordre public et les parties ne sauraient y déroger, Cass. civ. 3^e, 6 juillet 2005, *Bull. civ. IV*, n° 154 ; *D.* 2005, *AJ* 2145 (le délai accordé par la loi à l'acheteur pour déposer le dossier d'emprunt ne peut être raccourci par la convention). Sur « l'obtention » d'un prêt, *supra*, n° 126.

26. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 7 février 1995, *Bull. civ. I*, n° 70 : « Le bien financé n'ayant jamais été livré par la faute du vendeur, les obligations de l'emprunteur à l'égard du prêteur n'avaient pas pris effet » ; en l'espèce, un consommateur avait acheté à crédit un appareil de télévision ; l'établissement financier avait versé au vendeur le crédit consenti à l'acquéreur ; celui-ci restitua l'appareil que lui avait livré le vendeur, parce que non conforme ; la cour d'appel condamna l'acquéreur à rembourser le prêt qui lui avait été consenti. Cassation. L'emprunteur peut renoncer à l'interdépendance mais son adversaire devra le prouver : Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} mars 2005, *D.* 2005, *AJ* 888, n. C. Rondey ; *Bull. civ. I*, n° 108.

L. 312-48)²⁷, mais la CJCE a condamné cette condition²⁸. Le prêt est résolu ou annulé de plein droit si le contrat principal l'est, à la condition que le prêteur soit intervenu à l'instance, ait été mis en cause (art. L. 312-55) ou informé²⁹. La résolution ou la nullité du contrat principal ne dispense pas l'emprunteur de restituer les sommes prêtées³⁰, mais il n'a ni à exécuter une indemnité, ni à payer les intérêts conventionnels ; il ne doit que les intérêts légaux, à partir de la mise en demeure (art. 1231-6, ancien art. 1153). L'article L. 311-1 mentionne également le « *crédit affecté* », destiné à financer « *la fourniture de biens ou services particuliers* » et constituant une « *opération commerciale unique* ».

2° La symbiose est moins complète en matière **immobilière**, parce que vendeur et prêteur sont généralement étrangers l'un à l'autre : le prêt est conclu sous la condition résolutoire de la non-conclusion du contrat principal dans un délai de quatre mois (art. L. 313-21). Ainsi, la Cour de cassation a décidé que la nullité ou la résolution du contrat principal (par exemple, de la vente) entraînait la résolution ou la nullité du prêt (art. L. 313-23) ; ce qui n'empêche pas que l'emprunteur soit, comme chaque fois que le contrat de prêt est nul, tenu de restituer les sommes prêtées³¹ ; mais il n'a à payer que les intérêts légaux, à partir de la sommation de payer³². En outre, l'emprunteur peut obtenir la suspension de ses obligations en cas d'accident affectant le contrat principal ou s'il en conteste la validité³³ (art. L. 313-29).

L'obligation de restituer qui pèse sur l'emprunteur peut être compensée avec la dette résultant d'une faute du prêteur, si l'on peut reprocher à celui-ci, par exemple une imprudence dans la remise des fonds ou dans l'octroi du crédit.

956. Règles spéciales : clause pénale, prescription, compétence, suspension, capitalisation des intérêts. – La sollicitude envers le consommateur a influencé

27. Cette mention doit être expresse : Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 2004, *Bull. civ.*, I, n° 188 ; *Contrats, conc. consom.* 2004, comm. n° 319, obs. M. Bruschi ; en l'espèce, un consommateur s'était inscrit à un club de gymnastique et avait obtenu un crédit utilisable au moyen d'une carte de crédit pour financer son abonnement ; l'offre de crédit ne mentionnait pas quelle prestation était financée. La salle de sport ayant brûlé, le consommateur a vainement demandé la résolution du contrat de crédit et le remboursement des sommes perçues par le club depuis le sinistre.

28. CJCE, 4 octobre 2007, *JCP G* 2008.II.10031, n. G. Paisant : « *Les art. 11 et 14 de la directive 87/102/CEE [...] doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce que le droit d'exercer un recours prévu à l'art. 11, § 2 de cette directive telle que modifiée, et dont bénéficie le consommateur, soit subordonnée à la condition que l'offre préalable de crédit mentionne le bien ou la prestation de service financé* ».

29. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 1994, *Bull. civ.* I, n° 324 ; en l'espèce, le client avait régulièrement rétracté sa commande, mais n'avait prévenu la banque qu'après que celle-ci eût mis les fonds à la disposition du vendeur. Jugé que « *le prêteur, qui n'avait commis aucune faute, était fondé à demander à l'emprunteur le remboursement de la somme prêtée, conséquence de l'annulation du contrat de crédit* ».

30. * Cass. civ. 1^{re}, 2 mai 1989, sté DEFIMO, *Bull. civ.* I, n° 181 ; *D.* 1989, somm. 338, obs. J.-L. Aubert. En l'espèce, l'acquéreur d'une automobile avait obtenu un prêt d'une société de crédit ; il n'a jamais obtenu la carte grise : à sa demande, la cour d'appel a résolu la vente et le prêt et dispensé l'emprunteur de restituer les sommes empruntées. Cassation : la résolution « *devait entraîner la restitution des prestations reçues de part et d'autre et la protection du consommateur prévue par la loi en pareil cas tient à la possibilité pour l'emprunteur de se faire garantir par le vendeur du remboursement du capital prêté auquel il est tenu* ».

31. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 1993, *Bull. civ.* I, n° 355 ; *JCP G* 1994.II.22325, n. Chr. Jamin ; *Defrénois* 1994, art. 35845, n° 76, obs. D. Mazeaud : « *En raison de l'effet rétroactif attaché à la résolution judiciaire du contrat de vente, celui-ci était réputé n'avoir jamais été conclu, de sorte que le prêt était résolu de plein droit* ».

32. Cass. civ. 1^{re}, 26 novembre 2002, *Bull. civ.* I, n° 289 : « *en raison de la résolution du crédit consécutive à l'annulation de la vente, les parties devant être placées dans l'état où elles auraient été si le prêt n'avait pas été souscrit, la banque peut prétendre à des intérêts au taux légal sur la somme avancée, mais seulement depuis la mise en demeure et non depuis la mise des fonds à la disposition des emprunteurs* ».

33. Cass. civ. 1^{re}, 18 décembre 2014, n° 13-24385, *Bull. civ.* I n° 215 ; *Contrats, conc. consom.* 2015, n° 103, obs. G. Raymond : construction de l'immeuble vendu en état futur d'achèvement interrompue, alors que l'acheteur devait le louer et rembourser le prêt avec les loyers ; cassation de l'arrêt qui a refusé la suspension, au motif que l'emprunteur avait déjà obtenu un différé d'amortissement.

principalement les règles de formation et d'exécution du contrat : la convention de crédit devient un contrat solennel. Quant au contenu du prêt, ce sont les conditions du droit commun, notamment à l'égard du taux d'intérêt (art. L. 314-1 et s.). À deux exceptions près : les pénalités que peut exiger le prêteur et les règles de prescription, de compétence judiciaire et de suspension.

Les **clauses pénales** insérées dans les actes de prêt ou les contrats de crédit peuvent être révisées par le juge, en vertu de l'article 1231-5, alinéa 2 (ancien art. 1152, al. 2)³⁴. Tout en maintenant cette possibilité, le législateur plafonne les indemnités que le contrat permet au prêteur d'exiger dans deux cas : le remboursement anticipé (C. consom., art. L. 312-34 ; art. L. 313-32)³⁵, et la défaillance de l'emprunteur entraînant le remboursement anticipé du prêt (art. L. 312-39 ; art. L. 313-35)³⁶ ; toujours afin de protéger le consommateur, la Cour de cassation exclut aussi la capitalisation des intérêts dans ce même cas de défaillance de l'emprunteur³⁷.

En matière de crédit, les actions intentées par le professionnel sont prescrites par deux ans (art. L. 218-2). Le point de départ suscite des difficultés³⁸. Cette prescription biennale s'applique à l'action contre un consommateur : les autres actions, de la part du consommateur, sont soumises à la prescription de droit commun³⁹.

Les actions sont normalement de la compétence du juge d'instance.

Le Code de la consommation permet la suspension judiciaire de l'obligation de l'emprunteur. Il prévoit l'attribution d'un délai de grâce d'une durée maximum de deux ans par le juge,

34. P.-Y. GAUTIER, obs. *RTD civ.* 1993.607.

35. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 2 décembre 1992, *Bull. civ. I*, n° 301 ; *Contrats, conc. consom.* 1993, comm. n° 41, n. L. Leveneur ; *D.* 1993, somm. 213, obs. Ph. Delebecque ; la clause prévoyant une indemnité de remboursement anticipé n'est pas une clause pénale : « ne constituait pas une clause pénale : *« ne constituait pas une clause pénale la stipulation d'intérêts dont l'objet n'était pas d'assurer l'exécution des obligations de l'emprunteur, mais de rétablir, dans tous les cas de remboursement anticipé, un taux moyen constant »* ; *supra*, n° 938. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

36. P.-Y. GAUTIER, obs., *RTD civ.* 1993.607 ; C. BLOUD, *Le terme dans le contrat*, th. Paris II, PUAM, 2004, préf., P.-Y. Gautier, n°s 426 s.

37. Cass. civ. 1^{re}, 9 février 2012, n° 11-14605, *Bull. civ. I*, n° 27 ; *JCPG* 2012.208, obs. J. Lasserre-Capdeville ; *D.* 2012.1158, n. G. Poissonnier : « la règle prévue par l'art. L. 311-32 C. com. anc. [devenu L. 311-23], selon laquelle aucune indemnité ni aucun coût autres que ceux qui sont mentionnés aux art. L. 311-29 à L. 311-31 anc. [devenus L. 311-24 et L. 311-25] ne peuvent être mis à la charge de l'emprunteur dans les cas de remboursement par anticipation ou de défaillance prévue par ces articles, fait obstacle à l'application de la capitalisation des intérêts prévue par l'art. 1154 C. civ. [devenu art. 1343-2] ».

38. En matière immobilière : Cass. civ. 1^{re}, 11 février 2016, n° 14-22938 et s., 4 esp., *Bull. civ. I* à paraître ; *JCP G* 2016.405, n. A. Goüezel ; *D.* 2016.870, n. M. Lagelée-Heymann ; *RTD civ.* 2016. 364, obs. H. Barbier : « à l'égard d'une dette payable par termes successifs, la prescription se divise comme la dette elle-même et court à l'égard de chacune de ses fractions à compter de son échéance, de sorte que si l'action en paiement des mensualités impayées se prescrit à compter de leurs dates d'échéance successives, l'action en paiement du capital restant dû se prescrit à compter de la déchéance du terme, qui emporte son exigibilité » (l'action en remboursement du capital, en raison de la déchéance du terme, se prescrit à compter de la date de celle-ci et non de l'incident de paiement qui l'a provoquée, tout comme celle des dernières échéances, qui se calculent de façon individuelle dans la limite des deux ans). Il n'apparaîtrait pas raisonnable que pour deux types de crédit, obéissant aux mêmes fins et régime pour le plus clair, le calcul des prescriptions diffère.

39. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} avril 2003, *Bull. civ. I*, n° 94 ; *D.* 2003.1229, n. C. Rondey ; *Defrénois* 2003.859, obs. E. Savaux et 861, obs. J.-L. Aubert ; *JCPG* 2003.II.10109, n. Monachon-Duchêne : « l'action engagée en vue de contester l'existence du consentement donné à la souscription d'un emprunt s'analyse, non en une action relative aux opérations de crédit régie par les articles L. 311-1, C. consom., mais en une action en contestation de l'existence même d'une convention soumise, en tant que telle, à la prescription de droit commun ».

« notamment en cas de licenciement » (art. L. 314-20)⁴⁰. En cas de crédit renouvelable si l'emprunteur éprouve des difficultés, le prêteur peut unilatéralement réduire, suspendre ou supprimer « le droit d'utilisation du crédit », plutôt que de laisser l'emprunteur s'enfoncer dans le surendettement.

En outre, la Commission des clauses abusives entend rendre plus justes les clauses stipulées dans les locations avec promesse de vente relatives à un certain nombre de biens de consommation (automobiles, caravanes, télévisions, pianos, etc.⁴¹). Elle souhaite que ces contrats soient intelligibles, qu'ils mentionnent clairement le coût des assurances et qu'ils ne permettent pas... la révision des loyers par le seul bailleur..., l'assimilation de la destruction de la chose ou de son vol à la défaillance du locataire..., la limitation des causes de résolution, etc.

Le renouvellement des contrats de crédit est aussi très encadré : ainsi, dans le crédit renouvelable, il n'y a pas de tacite reconduction possible (dangereuse pour le consommateur, à la différence d'autres conventions) : le contrat est renouvelé à l'initiative du prêteur, par termes d'un an (art. L. 312-65) Un devoir de conseil et de mise en garde est imposé par la loi (art. L. 312-14, « explications fournies à l'emprunteur »).

957. Sanctions. – La sanction habituelle des règles de formation d'un contrat (forme et fond) est la nullité. À l'égard d'une « opération de crédit », elle doit être écartée : si l'on veut protéger le consommateur, il faut l'inciter à dénoncer l'illicite ; or la perspective de perdre le crédit promis et donc de renoncer à l'opération projetée, le dissuaderait d'agir, outre les obstacles traditionnels à la nullité relative⁴².

Le Code de la consommation met en œuvre un dispositif de sanctions originales : pénales (art. L. 341-12 et s.) et civiles ; le prêteur est frappé dans ses parties sensibles par la déchéance de son droit aux intérêts⁴³, déchéance complète de droit (art. L. 341-1) ou facultative qui peut être partielle, « dans la proportion fixée par le juge » (art. L. 341-2). La déchéance n'est ni une nullité⁴⁴ ni un paiement⁴⁵. Même si ces formalités ont été accomplies, le prêteur peut être déclaré responsable pour avoir mal conseillé l'emprunteur⁴⁶. L'emprunteur n'est alors « tenu qu'au seul remboursement du capital, suivant l'échéancier prévu » (art. L. 341-8).

40. Le juge peut déterminer dans son ordonnance les modalités de paiement des sommes qui seront exigibles à l'expiration de la période de suspension, même en modifiant la durée initiale du contrat, « sans que le dernier versement puisse excéder de plus de deux ans le terme initialement prévu pour le remboursement du prêt » (art. L. 313-12).

41. Recommandation : 86/01, *JCPG* 1986.III.58557 ; *RTD com.* 1986.439.

42. Certains arrêts continuent cependant à appliquer la nullité : Cass. civ. 1^{re}, 20 juillet 1994, *Bull. civ. I*, n° 262 ; *D.* 1995, somm., 314, obs. Pizzio ; *Defrénois* 1995, art. 36024, n° 22, obs. crit. D. Mazeaud : l'irrégularité de l'échéancier joint à l'offre de prêt entraîne non seulement la déchéance du droit aux intérêts, expressément prévue par la loi, mais encore la nullité du prêt ; Cass. civ. 1^{re}, 27 février 2001, *Bull. civ. I*, n° 48 ; *D.* 2001.1388, n. V. Avéna-Robardet ; en l'espèce, il s'agissait de l'acceptation d'une offre de contrat de crédit, dont la loi dit qu'elle ne peut être acceptée par l'emprunteur que 10 jours après qu'il l'ait reçue : « cette règle protectrice d'un intérêt privé, ne peut être invoquée que par la personne qu'elle a vocation de protéger et sa violation est sanctionnée par la nullité relative du contrat » (donc il y a prescription quinquennale).

43. Cass. civ. 1^{re}, 18 mars 2003, *Bull. civ. I*, n° 84 ; *D.* 2003.1036, n. C. Rondey ; *RDC* 2003, p. 95, obs. M. Bruschi : cette déchéance ne frappe que les intérêts conventionnels, non les frais annexes à la vente, ni les intérêts légaux à partir de la mise en demeure du débiteur.

44. Ex. Cass. civ. 1^{re}, 18 mars 1997, *Bull. civ. I*, n° 97 : elle « ne sanctionne pas une condition de formation du contrat [et] n'est pas une nullité ».

45. Cass. civ. 1^{re}, 18 février 2009, n° 08-12584, *Bull. civ. I*, n° 34 ; *JCPG* 2009.IV.1488 : « la déchéance du droit aux intérêts conventionnels prononcé à l'encontre de la banque ne constituant pas un paiement, la cour d'appel en a, à bon droit, déduit que le montant correspondant devait en être imputé sur le capital ».

46. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 27 juin 1995, cité n° 938.

À ces sanctions s'ajoute, le cas échéant, celle que prévoit le même Code (omission du TAEG ou TAEG inexact), combiné avec l'article 1907, alinéa 2⁴⁷. De même, si le formalisme n'a pas été respecté ou a été mal respecté – l'une des mentions est inexacte (par ex. : discordance entre le tableau d'amortissement et le TEG indiqué⁴⁸) – le droit commun (vices du consentement⁴⁹, responsabilité⁵⁰, interprétation de volonté...) conserve son empire⁵¹.

Ces règles sont d'ordre public et ne peuvent faire l'objet d'une renonciation⁵².

958. Prêts d'argent déraisonnables ; responsabilité du prêteur. – Depuis de nombreuses années, le prêteur, lorsqu'il est un établissement financier, engage sa responsabilité envers l'emprunteur, lorsqu'il prête de l'argent à une personne dont il sait qu'elle est dans une situation irrémédiablement compromise⁵³ ou que le prêt a pour objet le financement d'une opération irréalisable en raison des faibles ressources de l'emprunteur ou du seul fait qu'il n'a pas mis en garde son contractant qui n'est pas un « emprunteur averti »⁵⁴ et celui-ci peut même engager

47. *Supra*, n° 946 ; sur l'exclusion de la nullité en la forme, L. AYNÈS, « Formalisme et prévention », in *Le droit du crédit*, préc., n°s 36-49.

48. *Supra*, n° 954.

49. V. toutefois Cass. civ. 1^{re}, 14 juin 1979, *Bull. civ. I*, n° 240 ; D. 1989 som. 338, n. J.-L. Aubert ; JCPG 1991.II 21362, n. G. Virassamy ; RTD civ. 1989.742, obs. J. Mestre : un consommateur se plaignait de ce que la société de crédit ne l'eût pas informé de la survivance du prêt en cas de vol de sa voiture, achetée grâce à un crédit, alors que les formes informatives avaient été remplies ; cassation de la décision qui avait accueilli ce raisonnement : « il ne peut être reproché à l'établissement de crédit d'omettre d'aviser son client de la poursuite de son contrat de prêt en cas de vol du véhicule, dès lors que le législateur lui-même n'a pas jugé utile de faire figurer cet avertissement sur le modèle type qu'il a lui-même rédigé, de sorte qu'aucune réticence dolosive ne peut être imputée à la société ».

50. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 27 juin 1995, *Bull. civ. I*, n° 287 ; *Defrénois* 1995.416, obs. D. Mazeaud ; *Contrats, conc. consom.* 1995, comm. n° 211, obs. G. Raymond ; D. 1995.621, n. S. Piedelièvre ; RTD civ. 1996.384, obs. J. Mestre : « La présentation d'une offre préalable conforme aux exigences de l'article 5 de la loi du 13 juillet 1979 (codifié aux art. L. 312-1, C. cons.) ne dispense pas l'établissement de crédit de son devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur, en particulier lorsqu'il apparaît à ce professionnel que les charges du prêt sont excessives par rapport à la modicité des ressources du consommateur ».

51. Toutefois dans la question un peu semblable de la caution (l'art. L. 313-22 déroge de ses intérêts l'établissement de crédit qui a méconnu l'obligation annuelle d'informer la caution), la Cour de cassation décide après avoir dit le contraire que cette sanction était exclusive, sauf faute lourde ou dol : ex. Cass. com., 25 avril 2001, *Bull. civ. IV*, n° 75 ; D. 2001.1793, n. V. Avena-Robardet ; *Defrénois* 2001.1407, n. V. Bremond : « il résulte de l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984 [codifié dans C. mon. fin. art. L. 313-21] que, sauf dol ou faute lourde du dispensateur de crédit, l'omission des informations prévues par ce texte est sanctionnée par la seule échéance des intérêts ».

52. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 10 avril 1996, *Bull. civ. I*, n° 178 ; D. 1996.527, n. Th. Hassler : « La déchéance du droit aux intérêts encourue pour l'inobservation de la règle d'ordre public édictée par l'article [L. 341-8], C. consom., ne peut être couverte par une renonciation, même expresse ».

53. Ex. : Cass. com., 5 novembre 2003, JCPG 2004.I.169, n° 18, obs. M. Cabrillac ; n.p.B. : une caisse de sécurité sociale « engage sa responsabilité à l'égard des créanciers de l'entreprise à laquelle elle a conféré une apparence trompeuse de solvabilité en accordant des délais de paiement à un de ses ressortissants dont elle savait ou aurait dû savoir la situation irrémédiablement compromise ».

54. Jurisprudence abondante, de plus en plus sévère pour les banques. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 18 septembre 2008, n° 07-17270, *Bull. civ. I*, n° 203 ; JCPG 2008, art. 586, obs. L. Dumoulin ; RDC 2009.104, obs. S. Carval : en l'espèce, l'activité entreprise par les emprunteurs était rentable et les charges de l'emprunt n'étaient pas excessives compte tenu des revenus de l'emprunteur et des profits devant raisonnablement résulter de l'activité envisagée ; la cour d'appel avait refusé d'engager la responsabilité de la banque. Cassation : elle aurait dû préciser si l'emprunteur avait la qualité d'« emprunteur averti » ; s'il ne l'avait pas, la banque aurait dû l'informer sur les « charges du prêt », sa « capacité financière » et « le risque de l'endettement ni de l'octroi du prêt ». Sur les notions... d'emprunteur non averti... de risque caractérisé... l'exonération du prêteur du fait de l'emprunteur... les preuves de l'existence et de l'exécution de l'obligation de mise en garde : A. GOURIO, n. sous Cass. com., 11 décembre 2007 et Cass. civ. 1^{re}, 30 oct. 2007, JCPG 2008.II.10055. Sur l'obligation d'information pesant de manière générale sur le banquier dispensateur de crédit, *supra*, n° 360.

la responsabilité de la banque prêteuse en démontrant qu'elle avait des informations qu'il ignorait et ne les lui avait pas transmises. La charge de la preuve pèse sur le prêteur⁵⁵. Le Code de la consommation prévoit à l'article L. 312-14 des obligations très strictes pesant sur le prêteur, au moment de la conclusion du contrat à la fois pour s'assurer des besoins et de la solvabilité de l'emprunteur et informer celui-ci des risques qu'il encourt en cas de non-remboursement⁵⁶. La charge de la preuve en incombe par tous moyens au prêteur⁵⁷. Ces principes sont codifiés dans les hypothèses de surendettement (art. L. 711-1 et s.). La responsabilité du prêteur peut être engagée à l'égard des tiers⁵⁸.

L'ordonnance du 18 décembre 2008 entend limiter cette jurisprudence, en disposant que les créanciers ne peuvent « être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis », mais maintient la responsabilité du prêteur lorsque « les garanties prises en contrepartie de (ses) concours sont disproportionnés à ceux-ci » (C. com., art. L. 650-1).

La responsabilité du banquier ne peut être engagée que si l'emprunteur a, devant le juge, invoqué le risque de surendettement⁵⁹.

N^{os} 959-968. réservés.

55. Cass. com., 11 décembre 2007, *Bull. civ. IV*, n° 260 ; *JCP G* 2008.IV.1102.

56. V. LEGRAND, « Le crédit renouvelable va-t-il devenir responsable ? », *D.* 2011.1990.

57. CJUE, 18 décembre 2014, *D.* 2015. 715, n. G. Poissonnier.

58. Cass. civ. 2^e, 2 juillet 1997, *Bull. civ. II*, n° 212 ; *D.* 1998.231, n. Chr. Atias (le syndicat de copropriétaires impayé des charges relatives au bien acheté avec un prêt consenti à des débiteurs dont la situation était déjà obérée peut engager la responsabilité du prêteur).

59. Cass. civ. 1^{re}, 18 février 2009, n° 08-11221, *Bull. civ. I*, n° 36 ; *JCP G* 2009, II 10091, n. A Gourio.

■ LIVRE V ■

CONTRATS ALÉATOIRES

PREMIÈRES VUES SUR LES CONTRATS ALÉATOIRES

969. Chance et incertitudes. – Le contrat aléatoire¹ est une variété des contrats à titre onéreux qui s'oppose au contrat commutatif². Il est un contrat dont l'existence ou l'étendue de l'obligation incombant à l'une des parties dépend du hasard (art. 1108, al. 2, ancien art. 1104). Chacun des contractants a une chance de gain et prend un risque de perte, chance et risque entre lesquels il y a réciprocity ; le même événement détermine le gain de l'un et la perte de l'autre : le coup de dés dans le jeu, la durée de la vie humaine dans la rente viagère.

Tout contrat dont l'exécution comporte une emprise sur l'avenir est toujours plus ou moins marqué d'aléa, parce que l'avenir est incertain (il est à Dieu...). De même, dans la mesure où un contrat est dominé par la spéculation, il est plus ou moins marqué d'aléa, parce que chaque partie court une chance de gain ou prend un risque de perte. Tel est l'aléa au sens commun du terme : la réalisation exacte du bénéfice attendu et du contrat est incertaine. De même, l'insertion d'une condition, résolutoire ou suspensive, crée une incertitude. Mais ces incertitudes ne rejouissent pas sur l'équilibre des prestations qu'ont voulu les parties. Au contraire, dans un **contrat juridiquement aléatoire**, les parties ont voulu qu'il y ait un gagnant et un perdant, en considération d'un événement futur et incertain. Il arrive aux tribunaux de confondre l'aléa et l'incertitude. Ainsi, en matière d'assurance vie fondée sur la capitalisation de la prime : aucune des parties n'est exposée à une perte, parce que l'assureur ne versera jamais que le produit du placement de la prime, que ce soit à l'assuré si celui-ci souhaite sortir du contrat, ou aux bénéficiaires qu'il a désignés, après sa mort ; le montant exact du versement dépend de la durée de ce placement, laquelle peut être incertaine ; mais l'équilibre du contrat n'en est pas affecté ; la Cour de cassation décide cependant qu'il s'agit d'un contrat aléatoire³.

Le contrat aléatoire a donc, au sens technique de la notion, une signification précise : lors du contrat, la prestation d'au moins l'une des parties, dans son existence ou son étendue, dépend

1. **Étymologie** d'aléa : du latin *alea*, *ae* = coup de dés. **Biblio.** : A. MORIN, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, th. Paris II, PU Clermont-Ferrand, 1998, préf. A. Ghazi ; A. BÉNABENT, *La chance et le droit*, th. Paris II, LGDJ, 1973, préf. J. Carbonnier. M. LAGÉE-HEYMANN, *Le contrat à forfait*, th. Paris I, 2014.

2. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

3. Cass. ch. mixte, 23 novembre 2004, 4 arrêts, *Bull. civ. ch. mixte*, n° 4 ; *Defrénois* 2005.607, obs. crit. J.-L. Aubert ; *RDC* 2005.297, obs. (à la fois critiques et approbatives) A. Bénabent ; *RTD civ.* 2005.434, obs. crit. M. Grimaldi ; *GAJ civ.*, n° 133 ; « *Vu les articles 1964 du Code civil, L. 310-1, 1° et R. 321-1, 2° du Code des assurances ; le contrat d'assurance dont les effets dépendent de la durée de la vie humaine comporte un aléa au sens des textes susvisés et constitue un contrat d'assurance sur la vie* ».

essentiellement du hasard⁴. Aussi n'est-il pas rescindable pour lésion⁵. Sans doute aujourd'hui, le calcul des probabilités permet d'évaluer la chance. Mais cette évaluation ne vaut que statistiquement, pour les grands nombres, non pour la prestation d'un contractant déterminé ; pour les individus, la chance est toujours aléatoire. Ce qu'ont voulu les parties est un équilibre de la chance de gain et du risque de perte, et non des prestations elles-mêmes équilibrées ; par hypothèse, l'une gagnera, l'autre perdra.

970. Rationalisation du droit ? – Dans le droit contemporain, le particularisme des contrats aléatoires est en recul. Ainsi, le jeu ne paraît-il plus aussi immoral et n'est-il plus aussi souvent mis hors la loi⁶. De même, malgré les apparences, la vente moyennant rente viagère est devenue un contrat souvent commutatif, et même rescindable pour lésion⁷. Les causes de cette transformation sont difficiles à discerner : la rationalisation croissante du droit et l'effort pour prévoir scientifiquement l'avenir ? La perte du goût du risque ? La transformation des mœurs et de la morale ? Tout cela, ou à peu près. Ce qui est sûr c'est, selon l'expression d'un auteur, « *l'intégration du hasard dans le champ juridique* »⁸. Mais l'aléa et l'irrationnel, tout en reculant, demeurent irréductibles.

971. Plan. – Des contrats aléatoires seront écartés le contrat d'assurance, dont l'importance et le particularisme justifient une étude distincte, la cession de droits successifs et la tontine qui relèvent du droit des successions et des libéralités⁹. Seront examinés, successivement, le jeu et le pari, d'une part (Titre I) et le contrat de rente viagère, d'autre part (Titre II).

4. M. LAGELÉE-HEYMANN, thèse préc.

5. *Supra*, n° 225 et *infra*, n° 998.

6. *Infra*, n°s 979 à 981.

7. *Infra*, n° 998.

8. A. BÉNABENT, *op. cit.*, p. 59.

9. La clause de tontine, dite aussi clause d'accroissement, confère à une acquisition un caractère aléatoire (ex. : Cass. civ. 1^{re}, 14 décembre 2004, *Bull. civ.* I, n° 313 ; *Deffrénois* 2005.617, obs. R. Libchaber : « *l'acquisition d'un bien avec clause d'accroissement constitue un contrat aléatoire et non une libéralité* ») ; en l'espèce, les acquéreurs indivis d'un même bien avaient stipulé que l'acquisition avait été faite pour le compte du survivant, les prémourants étant rétroactivement censés n'avoir jamais été propriétaires ; jugé qu'il s'agissait d'un contrat aléatoire. V. *Droit des régimes matrimoniaux*, coll. Droit civil ; *Les successions*, même collection.

■ TITRE I ■

JEU ET PARI

Avant d'en voir le régime (Section II), seront brièvement exposées les notions de jeu et de pari (Section I).

SECTION I

NOTION

972. Contrats ? – Les participants à un jeu ou à un pari hasardent un bien, ordinairement de l'argent, dans une activité ludique¹. Dans le jeu, ils s'engagent à payer au gagnant de l'argent ou quelque chose d'autre. Le pari est une forme de jeu ayant pour objet un fait futur et incertain (il se rapproche de la condition) sur lequel les parieurs formulent des pronostics spéculatifs : gagne celui qui aura parié sur l'événement qui se réalise effectivement². Ce sont à peine des contrats ; ils sont presque en dehors du droit car, traditionnellement, on joue pour s'amuser et le droit a pour objet les affaires sérieuses. Avec la collectivisation contemporaine du jeu, les choses changent ; la place du droit dans le jeu, du moins le jeu collectif s'accroît.

Le jeu et le pari se rattachent à l'ensemble de l'activité humaine qui, malgré les apparences, n'est pas exclusivement rationnelle et laborieuse, mais relève plus ou moins de la théorie des jeux. Tout se rapporte au jeu et même à en croire Pascal (l'argument du pari), la vie éternelle³ : une réaction de l'individu à l'écoulement du temps, à l'angoisse et à la mort. En tout il y a aléa, et spéculation sur l'aléa, mais c'est affaire de degrés. Par exemple, dans tout procès, court un frisson d'aléa ; mais on ne juge pas en tirant aux dés ou à la courte paille. De même, les examens universitaires ne dépendent pas seulement de l'intelligence, de la connaissance et de l'habileté, mais aussi du jeu, du pari et de la loterie ; le hasard et le divertissement n'y ont cependant pas

1. H. MAYER, « Jeux et exception de jeu », *JCP G* 1984.I.3141.

2. Ex. : T. com. Avignon, 2 avril 1996, *Gaz. Pal.* 1996.I.619 : constitue un pari la convention par laquelle deux commerçants conviennent que paiera une somme à l'autre celui dont la superficie du magasin est la plus petite.

3. PASCAL, *Pensées*, Éd. Brunschvicg, n° 233 : « À chaque pas que vous ferez dans ce chemin (de la foi) vous verrez tant de certitude du gain, et tant de néant de ce que vous hasardez, que vous connaîtrez à la fin que vous avez parié pour une chose certaine, infinie, pour laquelle vous n'avez rien donné ».

une place exclusive ; surtout, ils correspondent à une utilité sociale parce qu'ils sont un mode de sélection meilleur (ou moins mauvais) que le coup de poing, l'argent ou les relations.

973. Politique législative. – Historiquement, le droit n'a jamais eu une attitude résolue à l'égard du jeu : ni condamnation radicale, ni admission sans limites. Des distinctions ont toujours été tentées. Entre le petit jeu – qui est un divertissement (pas seulement au sens pascalien) dont beaucoup d'hommes ont besoin – et le gros jeu, qui suscite la passion violente. Entre les jeux de pur hasard (les dés, par exemple), d'intelligence (le bridge, le trictrac ou les échecs, par exemple) et d'adresse et d'exercice – qui ont toujours joui d'un régime de faveur. Surtout, maintenant, entre les jeux individuels, où l'on joue l'un contre l'autre, et les jeux collectifs – le tiercé, par exemple, ou les innombrables cartes à gratter – où l'on joue contre un ensemble étendu et anonyme.

Si nuancé qu'ait toujours été le droit en la matière, l'évolution qu'il a connue depuis 1804 est tranchée : à la rigueur morale (en ce domaine) de la fin du XVIII^e siècle a succédé beaucoup d'indulgence, parfois même accompagnée d'encouragements. Si les règles du droit n'ont jamais été catégoriques, c'est parce qu'il existe dans le jeu des inconvénients et des avantages⁴.

Les critiques faites au jeu sont de deux ordres : son défaut d'utilité sociale et son immoralité. D'une part, le jeu détourne d'autres activités sociales **utiles** – par exemple, et c'était le reproche que lui faisaient Rome et Napoléon, des exercices militaires⁵ – ; de même, on a toujours vu dans le jeu une concurrence déloyale au travail et à l'épargne : si l'on gagne, il incite à l'oisiveté ; si l'on perd, il mène à la ruine. D'autre part, une idée **morale** : à la fin du XVIII^e siècle, est apparue une idée nouvelle, chrétienne, et plus encore janséniste : le jeu est contraire à l'amour du prochain, car un joueur ne pouvant faire de gains considérables qu'en ruinant ou appauvrissant celui contre lequel il joue, il induit en tentation de haine⁶. La critique ne vaut que contre les jeux individuels.

Les arguments qui jouent pour le jeu : il est un délassement, un divertissement, surtout populaire, facteur de paix sociale, de tranquillité publique, exutoire des passions sociales, rève qui permet aux déshérités de supporter leur sort. Le tiercé

4. Comme en témoigne la littérature. Le plus souvent, elle dénonce les **vices** du jeu. Ex. : BALZAC, *La peau de chagrin*, Ch. I : « Aussi, le petit vieillard, qui sans doute avait croupi dès son jeune âge dans les brillants plaisirs de la vie des joueurs leur jeta-t-il un coup d'œil terne et sans chaleur, dans lequel un philosophe aurait vu les misères de l'hôpital, les vagabondages des gens ruinés, les procès verbaux d'une foule d'asphyxiés, les travaux forcés à perpétuité, les expatriations au Guazacoalco ». Parfois, elle en exalte les **vertus**. Ex. : Sacha GUITRY, *Mémoires d'un tricheur* (1935). Conclusion : « Le jeu vilipendé par ceux qui ne jouent pas n'est pas du tout ce qu'ils en disent. Ce que les gens qui ne jouent pas ne savent pas, ce qu'ils ignorent, ce sont les bienfaits du jeu [...] ! Or, il ne faut pas contester l'influence excellente que le jeu peut avoir sur le moral. L'homme qui vient de gagner 1 000 francs, ce n'est pas pour un billet de mille francs qu'il a gagné – c'est la possibilité d'en gagner cent fois plus. Il n'a pas gagné 1 000 francs – il a gagné ! Quand il perd mille francs, il n'a perdu que mille francs. Quand il les gagne, il a gagné les premiers mille francs d'une fortune incalculable... ».

5. Cf. aussi un juge anglais avait annulé en 1812 un pari fait en Angleterre entre deux Anglais sur la durée de la vie de Napoléon. Ou bien, il incitait un des parieurs à relâcher son effort de guerre contre l'« ennemi du genre humain » – ce qui eût été une trahison – ; ou bien, il incitait un des parieurs à assassiner Napoléon – ce qui eût été un crime : dans les deux cas, le pari était immoral.

6. POTHIER, *Traité du jeu* : « À la différence des contrats ordinaires qui rapprochent les hommes, les promesses contractées au jeu les divisent et les isolent. On ne peut être heureux au jeu que de l'infortune des autres : tout sentiment naturel est étouffé, tout lien social est rompu. Un joueur forme le vœu inhumain et impie de prospérer aux dépens de ses semblables : il est réduit à mendier le bien qui leur arrive, et à ne se complaire que dans leur ruine ». J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, 10^e éd., 2001, « Variations sur les petits contrats », p. 339. P.-Y. GAUTIER, « Passion et raison du droit en matière de jeux d'argent », *Pouvoirs* 2011, n° 139, § 91 et s. Sur les rapports avec l'immoralité : D. FENOUILLET, *Mélanges P. Catala*, Litec, 2001, p. 505.

dominical fait oublier à des millions de Français la misère et la tristesse de leur vie, donne l'espoir et l'illusion, un substitut à l'au-delà qui atténue l'esprit de révolte et de revendication. Un opium du peuple, comme le tour de France, la ligue des champions, le Paris-Pékin, la Route du Rhum ou le tournoi des cinq nations. Une société ne peut se passer de rêves.

974. Sociologie. – La sociologie du jeu découvre des personnes bien diverses. Il y a eu la demi-mondaine (la belle Otéro) et le boyard russe, auquel succède aujourd'hui l'émir arabe, qui font d'énormes mises à la roulette, au « Pharaon » ou au « Chemin de fer » à Monte-Carlo. Il y a la femme qui se ruine au casino avec acharnement⁷. Il y a le paysan normand qui fait sa petite partie de dominos au café. Il y a les innombrables « jeux » de la radio, de la télévision, les paris sur l'Internet. Il y a le joueur à la Bourse qui est un spéculateur. Il y a le désœuvré qui « tape la carte » avec passion, cupidité, ou pour tromper son ennui. Il y a le prisonnier qui joue aux dés sa chemise, sa fortune et sa femme. Il y a surtout l'immense foule plébéienne des joueurs dominicaux de loto et de tiercé, une nouvelle pratique religieuse solitaire.

975. Distinctions. – Diversité de divertissements, qui appelle des classements. Le Code civil en a un, l'utilité sociale, en soumettant à un régime de faveur les jeux d'adresse ou d'exercice (art. 1966). On pourrait aussi distinguer le jeu individuel classique des jeux collectifs contemporains comme la loterie ou le tiercé, ou les paris en ligne, où la passion du joueur n'a plus d'antagoniste et, surtout, le jeu autorisé de celui qui ne l'est pas. C'est la « grande » idée d'aujourd'hui.

On dit souvent que le jeu clandestin (parce qu'il est prohibé) est plus dangereux que le jeu ostensible (parce qu'il est autorisé). On en donne pour exemple les paris hippiques ; rien de pire que le bookmaker. Les lois contre le vice seraient non seulement impuissantes, mais pernicieuses et auraient des effets boomerang. C'est peut-être vrai aux États-Unis, en Angleterre et en France pour les courses de chevaux – sûrement pas en Extrême-Orient ou en Afrique. Quand le jeu est sauvage, il ne se civilise pas en étant permis. Une autorisation ne rend ni licite, ni moral : au contraire, elle développe. La récente libéralisation des paris sur l'Internet le confirme.

SECTION II RÉGIME

Inspiré par l'Ancien droit, le Code civil pose en principe que le jeu est un contrat hors du droit qui ne peut donner lieu à aucune action, ni pour obliger à exécution, si la dette de jeu n'a pas été payée (§ 1), ni pour obliger à répétition, si la dette a été payée (§ 2). Ni validité, ni nullité, ce régime juridique singulier appelle l'explication (§ 3) qui justifie des limites ; la législation, l'administration⁸, les mœurs et surtout, la jurisprudence ont sapé les principes du Code civil : l'exception de jeu, qui était la règle, tend à devenir l'exception. Les règles du droit civil n'ont pourtant pas changé ; mais elles sont aujourd'hui doublées par d'autres

7. TGI, Pontoise, 29 juin 1988, *D.* 1990.42, n.P. Diener : la demanderesse (une joueuse qui conteste la validité de ses chèques de casino) « fait observer que pour son malheur elle fréquente le casino d'Enghien depuis 1946, qu'elle s'y est totalement ruinée et qu'au cours des cinq dernières années seulement elle a émis au total 4 381 000 F de chèques de casino à son profit. Aujourd'hui, âgée de 73 ans, elle est réduite à vivre sur les allocations garantissant un minimum vieillesse aux personnes âgées ». **Littérature** : S. ZWEIF, *Vingt-quatre heures de la vie d'une femme*.

8. La CJUE voit dans le jeu et le pari une prestation de services qui n'est pas différente des autres et doit bénéficier de la liberté d'établissement ; doit donc être condamnée la réglementation intérieure qui les limite ou l'interdit : CJCE, 6 novembre 2003, *JCP G* 2004.II.10172, n. Th. Verbrest et P. Reynaud.

normes, d'inspiration européenne, beaucoup plus favorables, de sorte qu'on a désormais d'un côté un droit commun vieillissant et hostile et de l'autre, un droit spécial dynamique et tolérant.

976. Loteries ; paris en ligne. – La loi pénale fait parfois du jeu une infraction pénale. Par exemple, l'article L. 322-1 du Code de la sécurité intérieure interdit les loteries ; l'administration peut les autoriser lorsqu'elles sont « destinées à des actes de bienfaisance ou à l'encouragement des arts et au financement des activités sportives à but non lucratif » (art. L. 322-3) ; l'article L. 121-20 du Code de la consommation autorise également la loterie, même subordonnée à un achat, tant qu'elle ne revêt pas un « caractère déloyal ».

Il y a aujourd'hui beaucoup de loteries : loteries publicitaires, loto, etc. Le commerce l'utilise de plus en plus, dont il fait une incitation à la vente ; les juges l'apprécient peu et prennent leurs organisateurs à leur propre piège⁹, en y voyant un quasi-contrat¹⁰. Les associations de consommateurs obtiennent la condamnation de ce genre de loteries lorsqu'elles n'ont pas été autorisées¹¹. Le Code de la consommation (art. L. 121-20, préc.) a minutieusement réglementé cette pratique.

Les paris en ligne sur l'Internet ont été reconnus par la loi du 12 mai 2010 sur « l'ouverture à la concurrence et la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne » avec de nombreux décrets d'application¹² ; ils portent sur toutes les activités ludiques possibles, du match de football ou de tennis au tournoi de poker et aux paris hippiques, mais sous le contrôle d'une autorité administrative indépendante, « l'ARJEL », qui délivre les agréments aux opérateurs de jeu, afin de préserver l'ordre public¹³. Cette libéralisation sur l'Internet devrait porter le dernier coup à la traditionnelle hostilité juridique contre le jeu¹⁴.

§ 1. ACTION EN EXÉCUTION

977. Dette de jeu, dette d'honneur. – « La loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari » (art. 1965). Par conséquent, le gagnant à un jeu ne peut réclamer en justice le paiement forcé de son gain ; le

9. Les tribunaux interprètent contre l'organisateur de loteries les documents ambigus qu'il envoie à ses clients : Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 28 mars et Cass. civ. 2^e, 28 juin 1995, *Bull. civ. I*, n° 150 et II, n° 225 ; D. 1996.180, n. J.-L. Mouralis. Il peut être condamné à exécuter sa promesse : Cass. civ. 2^e, 11 février 1998, *Bull. civ. II*, n° 55 ; *JCP G* 1998.I.155, n° 1, obs. M. Fabre-Magnan et 185, n° 1, obs. G. Viney, II.10.156, n. G. Carducci ; *Defrénois* 1998.1044, n. D. Mazeaud ; D. 1999, somm. 109, obs. R. Libchaber : « Du fait de la rencontre des volontés, la société était tenue par son engagement, accepté par M^{me} F., à payer à cette dernière la somme promise ». La Cour de Justice des communautés européennes va dans le même sens (CJCE, 11 juillet 2002, *JCP G* 2003.II.10 055, n. H. Claret, à propos de la compétence juridictionnelle).

10. Jurisprudence constante depuis * Cass. ch. mixte, 6 septembre 2002, *Maison française de distribution*, *Bull. civ. ch. mix.*, n° 5 ; D. 2002.2531, n. A. Lienhard et 2963, n. D. Mazeaud ; *Comm. com. électr.* 2002, n° 156, n. Ph. Stoffel-Munck ; *JCP G* 2002.II.10 173, n. S. Reifengerste ; *Defrénois* 2002.1608, n. E. Savaux : « 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... ».

11. Ex. : Cass. crim., 22 août 1990, D. 1990, IR, 243.

12. Texte au JO 13 mai 2010.

13. La lecture des premiers articles de la loi est édifiante et hypocrite : « les jeux d'argent et de hasard ne sont ni un commerce ordinaire, ni un service ordinaire ; dans le respect du principe de subsidiarité, ils font l'objet d'un encadrement strict au regard des enjeux d'ordre public, de sécurité publique et de protection de la santé et des mineurs » (art. 1^{er}) ; « la politique de l'État en matière de jeux d'argent et de hasard a pour objectif de limiter et d'encadrer l'offre et la consommation des jeux et d'en contrôler l'exploitation [...] ; compte tenu des risques d'atteinte à l'ordre public et à l'ordre social, l'exploitation des jeux d'argent et de hasard est placée sous un régime de droits exclusifs délivrés par l'État. » (art. 3). La loi prévoit des mesures tendant à prévenir « le jeu excessif ou pathologique » (art. 3 et 26) : le jeu est traité comme une drogue. Il est interdit aux mineurs.

14. P.-Y. GAUTIER, art. cité *supra*, n° 973.

perdant bénéficie de l'exception de jeu : dette de jeu, dette d'honneur. En d'autres termes, le jeu n'est pas exécutoire : il est à peine un contrat. À l'inverse, sur l'Internet, la loi s'assure que le joueur qui a gagné sera bien payé par l'opérateur de paris en ligne (art. 17, dernier alinéa de la loi du 12 mai 2010, qui prévoit même qu'il aura lieu par « virement »). De même, dans les casinos autorisés¹⁵.

La jurisprudence a étendu l'exception de jeu à un certain nombre de contrats connexes au jeu : promesse de payer une dette de jeu (I), prêts destinés au jeu (II), mandats et associations relatifs au jeu (III), sauf aujourd'hui, parfois, le jeu autorisé par la loi.

I. — Promesse de payer une dette de jeu

978. Billet. – La jurisprudence a étendu l'exception de jeu à toutes les promesses de payer une dette de jeu car elles ne novent pas la dette. Par conséquent sont dépourvus de force exécutoire la promesse ou le billet remis au gagnant par le perdant. Il en est de même si ces promesses ou ces billets ont été cédés à des tiers : le cessionnaire n'a pas acquis plus de droits que n'en avait le cédant et peut donc se voir opposer par le cédant l'exception de jeu : il y a opposabilité des exceptions. Sauf s'il s'agit d'un effet de commerce, par exemple un chèque, par application de la règle de l'inopposabilité des exceptions dont bénéficie le porteur de bonne foi, c'est-à-dire celui qui ignore que le chèque a pour cause une dette de jeu.

La loi du 12 mai 2010 prévoit que l'approvisionnement du compte du joueur ne peut se faire que par des « instruments de paiement » fournis par un prestataire de services de paiement établi dans l'Union européenne (art. 17).

II. — Prêt destiné au jeu

979. Prêt pour jouer. – La jurisprudence applique l'exception de jeu à tous les prêts destinés au jeu, bien que le prêteur y soit un tiers. Celui qui prête une somme d'argent pour le jeu ne peut se la faire restituer, parce qu'il encourage la passion et l'endettement du joueur – il participe à un acte illicite – : l'emprunteur peut lui opposer l'exception de jeu¹⁶.

15. Du moins si le joueur n'est pas interdit de jeux par l'autorité administrative. La Cour de cassation a décidé que si le casino a omis de contrôler le joueur (interdiction pour 5 ans) et l'a laissé entrer, il engage sa responsabilité à son endroit et lui doit des dommages-intérêts : Cass. civ. 2^e, 30 juin 2011, n° 10-30838, *Bull. civ.* II, n° 146 ; *D.* 2011.2448, n. O. Penin ; *RTD civ.* 2011.770, n. P. Jourdain : le joueur interdit « n'était pas privé d'un intérêt légitime » à être indemnisé, tant qu'il ne réclame pas son gain, car la société aurait dû « assurer l'efficacité de la mesure d'exclusion des salles de jeux concernant M^{me} X, en raison de son addiction au jeu ».

16. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 4 novembre 2011, n° 10-24007, *Bull. civ.* I, n° 192, *D.* 2011.2793 : dès lors que l'existence d'un prêt pour jouer est établie (grosses sommes en espèces, considération de la qualité des parties), l'exception est opposable ; Cass. civ. 1^{re}, 30 juin 1998, *Bull. civ.* I, n° 229 ; *D. Aff.* 1998.1253 ; *D.* 1999, somm. 112, obs. R. Libchaber : en l'espèce, un joueur avait signé au profit du casino d'Enghien un chèque, en contrepartie de plaques de jeu ; le chèque étant sans provision, le casino assigna vainement le joueur : « si toute "remise" de plaques contre un chèque ne constitue pas une avance et ne caractérise pas une opération de crédit, il en est autrement lorsque les circonstances de l'espèce démontrent que celle-ci n'a eu pour but que de couvrir un prêt consenti par le casino pour alimenter le jeu ».

Encore faut-il qu'il y ait prêt¹⁷. Il faut aussi que le prêteur ait eu connaissance ou simplement soupçon de la destination qui sera donnée à ses fonds. C'est à cette condition que le prêt est illicite, ce qui le met hors du droit.

Mais est valable le prêt fait par un casino à un joueur pour lui permettre de rentrer chez lui, car ce prêt n'a pas pour cause le jeu. Il en est de même du prêt que l'emprunteur utilise pour jouer, si le prêteur l'ignore : pour le prêteur, le prêt n'est pas illicite (article 1162 ; avant la réforme du droit des contrats, le Code civil se référait à la cause « contraire aux bonnes mœurs », ancien article 1133). Le prêteur ne peut se voir opposer l'exception de jeu que s'il est de mauvaise foi. Sur l'Internet, « *le jeu à crédit est interdit* » (art. 30, L. 12 mai 2010).

980. Chèque de casino. – Un joueur utilise parfois un chèque pour jouer, afin de payer ses dettes de jeu ou de miser de l'argent, des jetons ou des plaques. Si le chèque est encaissé, le joueur ne peut en demander le remboursement (art. 1967) ; si le tireur a émis un chèque sans provision ou fait opposition, il a commis une infraction (qui, depuis la loi du 30 décembre 1991 fait l'objet d'une pénalité libératoire). Civilement, le porteur de mauvais foi (non le tiers de bonne foi) ne peut en réclamer le paiement, ni obtenir des dommages-intérêts (art. 1965), car le chèque a une cause illicite.

La Cour de cassation, statuant en Chambre mixte¹⁸, puis, la Chambre criminelle¹⁹ ont posé une règle contraire au profit des casinos autorisés par l'administration. Lorsqu'ils ont reçu un chèque (même émis sur une formule qu'ils ont fournie, ce que l'on appelle un chèque de casino) en paiement d'une somme d'argent destinée au jeu, ils peuvent en réclamer le paiement ou des dommages-intérêts lorsque le chèque est sans provision ; la Chambre criminelle n'a pas appliqué cette règle lorsqu'un cercle autorisé à organiser des jeux de hasard, a remis au joueur, non de l'argent, mais des jetons ou des plaques en contrepartie du chèque sans provision²⁰, parce que le casino consent alors une avance au joueur. De même, la première Chambre civile décide que le casino n'a pas d'action si, à sa connaissance, le chèque était sans provision ; il y aurait alors une avance, c'est-à-dire un prêt soumis au jeu auquel s'applique l'article 1965. Le droit devient fragmenté et irrational.

III. — Mandats et associations

981. Tiercé. – Une évolution se manifeste aussi à l'égard des mandats et associations relatifs au jeu. Pendant longtemps, la jurisprudence avait décidé qu'étaient frappés d'exception de jeu tout mandat relatif au jeu et toute association ayant le jeu pour objet. Elle écarte maintenant l'exception lorsque le jeu a été autorisé par l'administration.

La question a été surtout jugée à l'égard du PMU, du tiercé et du loto. Pour le mandat par lequel une personne charge une autre d'acheter un billet : le contrat est valable et le mandant a donc le droit d'obtenir le gain réalisé par le billet que le mandataire a acheté²¹. Pour

17. Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 1988, *Bull. civ. I*, n° 124 : ayant « relevé [...] qu'il n'y avait pas eu prêt de la part du caissier d'un casino, mais simple accord de commodité entre le client et lui pour que celui-ci n'ait à établir qu'un seul chèque en fin de soirée plutôt qu'une série de chèques successifs chaque fois qu'il allait chercher des jetons ».

18. * Cass. ch. mixte, 14 mars 1980, *sté des hôtels et des casinos de Deauville*, *Bull. civ. ch. mixte*, n° 3 ; *Gaz. Pal.* 1980.I.290, concl. Robin ; *D.* 1980, IR, 336, obs. M. Puech et 434, obs. M. Cabrillac : « *La tenue des jeux de hasard au casino de Deauville est autorisée par la loi et réglementée par les pouvoirs publics et cet établissement est habilité à recevoir les chèques* ».

19. Cass. crim., 21 octobre 1991, *D.* 1992, IR, 16 ; *JCP G* 1992.IV.415.

20. Cass. crim., 15 novembre 1993, *D.* 1995.302, n. J.-L. Mouralis.

21. Cass. crim., 28 mai 1970, 2^e esp., *JCP G* 1971.II.16728, n. A. Bénabent : « *L'article 4, L. 2 juin 1891, ne vise pas le cas du mandataire bénévole qui, par complaisance, a porté l'enjeu d'un parieur au guichet du PMU, dès lors que ledit mandataire n'a participé à aucun risque et n'a pas cherché à réaliser un bénéfice personnel ni à servir, même indirectement, l'intérêt de tiers* ».

l'association aussi : lorsque des billets gagnants sont achetés en commun, chacun des associés a le droit d'obtenir sa part de gains²².

§ 2. ACTION EN RÉPÉTITION

982. Mise sur table. – Si la dette de jeu a été payée, le perdant ne peut exercer l'action en répétition (art. 1967), quelle que soit la date à laquelle a eu lieu le paiement, même lorsqu'il a été anticipé.

Souvent, les partenaires à un jeu posent leur mise sur la table avant la partie, ce qui donne la certitude que le paiement sera assuré malgré le défaut d'action en exécution : celui qui perd ne peut reprendre son enjeu, et la jurisprudence y a même vu un vol.

§ 3. FONDEMENTS

983. 1° Non-droit et droit ? – Pour savoir quel est le fondement actuel du régime auquel le jeu est soumis, il faut maintenant distinguer le droit commun du jeu et son droit spécial.

1) Le jeu ne peut en **droit commun** donner lieu à exécution forcée et son exécution volontaire ne peut donner lieu à répétition. La doctrine est perplexe pour expliquer ces règles curieuses.

Les uns font appel à la règle *nemo auditur* : il y aurait une immoralité dans le jeu, telle qu'elle exclut du prétoire celui qui invoque sa qualité de joueur pour réclamer soit le paiement, soit la répétition de la dette de jeu. L'immoralité du jeu est un thème connu : elle tient à ce qu'il fait naître un espoir de gain facile, décourageant du travail ; il consacre donc un profit immoral, parce que sans rapports avec le mérite ; en outre, il peut ruiner le joueur par le seul effet de la passion. L'explication est boiteuse, ne serait-ce que parce qu'en général la règle *nemo auditur* ne s'applique qu'à l'action en répétition²³, alors qu'ici ce sont aussi bien les actions en exécution qu'en répétition qui sont refusées au joueur. D'autres font appel à l'obligation naturelle qui ne peut faire l'objet d'une exécution forcée, et dont le paiement volontaire ne peut être répété²⁴. Là aussi l'explication est boiteuse, car la promesse d'exécuter une obligation naturelle est obligatoire (elle « nove » l'obligation naturelle en obligation civile), alors que la promesse de payer une dette de jeu ne l'est pas²⁵. En réalité, le Code Napoléon avait mis les dettes de jeu hors du droit : l'amusement, *causa jocandi*, était une situation de non-droit, qui relevait exclusivement de la conscience individuelle.

2) En **droit spécial**, principalement pour les paris en ligne, l'action en exécution découle de leur reconnaissance par la loi du 12 mai 2010 (les conditions de paiement de son gain au joueur sont une des conditions de l'agrément donné par l'ARJEL). Le jeu est ici entièrement régi par le droit.

984. 2° Érosion de l'exception de jeu. – Progressivement, les scrupules du Code devant le jeu reculent dans le droit contemporain. Les limites à l'exception

22. Cass. civ. 1^{re}, 4 mai 1976, *Bull. civ. I*, n° 154 ; *JCP G* 1976.II.18540, n. de Lestang ; *RTD civ.* 1976.798, obs. G. Cornu : « *En achetant en commun avec la dame S. un ticket de tiercé au PMU, lequel est autorisé et réglementé par les pouvoirs publics, la dame M. a effectué une opération qui échappe aux dispositions de l'article 1965* » ; *id.* pour le loto : Cass. civ. 1^{re}, 5 juillet 1989, *Bull. civ. I*, n° 275. Le refus de partager les gains constitue une infraction pénale, l'abus de confiance : Cass. crim., 20 mai 1985, *Bull. crim.*, n° 189.

23. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

24. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 10 octobre 1995, *Bull. civ. I*, n° 352 ; *D.* 1996, somm. 120, obs. R. Libchaber, et 1997, chron. 85, de N. Molfessis : « *La transformation – improprement qualifiée novation – d'une obligation naturelle en obligation civile, laquelle repose sur un engagement unilatéral d'exécuter l'obligation naturelle, n'exige pas qu'une obligation civile ait elle-même préexisté à celle-ci* ». *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

25. *Supra*, n° 978.

de jeu se sont assouplies en trois étapes : le Code civil, une loi de 1885 sur le marché à terme, la loi de 2010 sur les paris en ligne.

1) Comme la tradition romaine, le **Code civil** admet, sous réserve de modération, la validité des jeux qui ont pour objet l'adresse et l'exercice du corps, en raison de leur utilité sociale ; il déclare valables « *les jeux propres à exercer au fait des armes, les courses à pied ou à cheval, les courses de chariot, le jeu de paume* », etc. (art. 1966, al. 1). Ainsi, le champion de boxe, ou son *manager* qui le représente, peut demander le paiement de l'enjeu qu'il a gagné ; au contraire, ne bénéficiant pas de la faveur de l'article 1966 et ne sont pas exécutoires les paris entre personnes n'ayant pas pris part au jeu. Il faut aussi que les enjeux aient été modérés (art. 1966, al. 2) ; en fait, ce pouvoir de rejeter la demande pour cause d'excès ne s'applique jamais.

2) L'article L. 211-35 du Code monétaire et financier, codifiant une loi de 1885, déclare valables les **marchés à terme**²⁶, même lorsque les parties n'ont pas eu l'intention de leur donner une exécution réelle²⁷. Le marché peut seulement se régler par la différence de cours, sans livraison effective (art. L. 211-35 préc.). Ces opérations sont assez courantes en bourse²⁸. Elles peuvent exceptionnellement être admises, dans des contrats de gré à gré²⁹. Ce sont des contrats inconnus, qu'on retrouve aussi dans le commerce international³⁰. Bien que les marchés à terme constituent par essence un pari sur la hausse ou sur la baisse, la loi en admet le caractère obligatoire parce que ce genre de jeu a une utilité sociale, en assurant une régulation des cours. Tous ces actes sont valables parce qu'ils constituent des spéculations relatives au marché financier. La jurisprudence admet aussi le caractère obligatoire des jeux organisés par la radio³¹, la télévision ou les commerçants³².

3) Les **paris en ligne**, avec des objets très variés, sont désormais autorisés et réglementés (loi préc. du 12 mai 2010).

985. Finances avariées et moralité douteuse. Nécessité fait loi. – La loi pénale ne punit plus aujourd'hui un certain nombre de jeux et paris, bénéficiant d'une autorisation administrative. Ainsi en est-il du loto, des jeux pratiqués par les cercles et casinos autorisés, comprenant les machines à sous, des paris sur les courses de chevaux pratiqués par les sociétés autorisées, y compris désormais sur l'Internet, le PMU, le tiercé et les paris en ligne. Le législateur prend parfois pour prétexte la protection d'intérêts généraux. La raison est, au premier degré, de procurer au Trésor public des ressources indolores. Selon le mot de Gaston Jèze, la « *loterie est une ressource financière pour États à finances avariées et à moralité douteuse* ». Dans une société en crise, la Nation a besoin de ressources et de dérivatifs.

N^{os} 986-989. réservés.

26. Dans le marché à terme, le vendeur et l'acheteur conviennent qu'à une date postérieure à la conclusion du contrat et pour un prix fixé, l'un livrera des marchandises et des valeurs, l'autre qu'il en prendra livraison.

27. Ex. : deux commerçants spéculent sur le cours du blé dans trois mois sans qu'il soit question de livraison.

28. RIPERT et ROBLOT *et al.*, *Traité de droit commercial*, t. II, 17^e éd., n^{os} 1841 et s.

29. Req. 24 novembre 1909, DP 1911.1.129, rapport Moras, n. L. Lacour.

30. *Supra*, n^o 24. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 16 mars 1999, *Bull. civ. I*, n^o 94 ; *Defrénois* 1999.1324, n. Ph. Delebecque (prise de garantie contre la fluctuation des cours).

31. TGI, Paris, 18 décembre 1974, *Gaz. Pal.* 1975.I.258 ; *RTD civ.* 1975.561, obs. G. Cornu.

32. Paris, 13 décembre 1974, *D.* 1975.234, n. Fergani ; *RTD civ.* 1976.368, obs. G. Cornu ; *supra*, n^o 976.

■ TITRE II ■

CONTRAT DE RENTE VIAGÈRE

990. Sources. – Un autre contrat aléatoire est celui que le Code civil dénomme le « *contrat de rente viagère* » (L. III, T. XII, Ch. II : art. 1968 à 1983). D'une manière générale, la rente¹ est une créance ayant pour objet des prestations périodiques – argent ou parfois denrées – qui s'appellent des arrérages ; elle est une obligation qui s'inscrit dans le temps, une obligation successive. Le débiteur s'appelle débirentier, le créancier, crédirentier. La rente est viagère² lorsque sa durée est restreinte à la vie du créancier. Lorsque sa durée est fixée par un terme certain (ex. : 10 ans), elle n'est jamais viagère : lorsqu'il s'agit d'une vente, elle est un mode de paiement du prix par tempéraments.

Malgré le langage du Code, il n'existe pas à proprement parler de contrat de rente viagère, car la rente est une créance d'un genre particulier, qui peut naître de sources diverses. Ou bien, de règles successorales ; par exemple, l'usufruit du conjoint successible peut être converti en rente viagère (art. 759 et s.). Ou bien, du partage : une soulte sous forme de rente viagère peut compenser l'inégalité entre deux lots. Ou bien, de la responsabilité délictuelle : souvent une lésion corporelle est indemnisée au moyen d'une rente viagère. La rente peut aussi être constituée à titre gratuit par l'effet d'une donation ou d'un legs. Lorsqu'elle a pour contrepartie un bien, elle est une vente moyennant rente viagère, que l'on appelle souvent aliénation à fonds perdu, parce qu'à la mort du vendeur ses héritiers ne retrouvent ni fonds ni contrepartie. Seule cette hypothèse sera ici examinée.

À côté de la vente en viager, est apparu le prêt viager hypothécaire, où le propriétaire garde son bien, mais se procure du crédit auprès d'un établissement financier, qui sera remboursé par ses héritiers ; ce contrat est réservé aux consommateurs (C. consom., art. L. 315-1 et s.).

991. Sociologie : un contrat de vieillards. – La vente d'immeuble moyennant rente viagère a été longtemps assez pratiquée en France, car elle satisfait deux tendances qui, pour contradictoires qu'elles soient, sont toutes deux enracinées dans le tempérament national : le besoin de sécurité et la recherche de la spéculation. Mais la prolongation de la durée de la vie humaine – parfois plus de cent dix ans – devient un facteur de dissuasion.

Généralement, le crédirentier est un vieillard peu aisé, qui souvent se réserve l'usufruit de la chose vendue : de cette manière, il se procure un revenu supérieur à celui qu'il avait auparavant, sans pour autant modifier ses conditions d'existence ; l'institution présente un certain caractère alimentaire. Parfois, la vente est faite afin, indirectement, de déshériter les héritiers

1. **Étymologie** de rente : ancien participe passé du verbe rendre : la rente est ce que « rend » l'argent placé.

2. **Étymologie** de viager : de l'ancien français *viage* : le temps de la vie, lui-même dérivé de *vita*, *ae* = la vie.

du crédictier ; le procédé est efficace même à l'encontre des héritiers réservataires : il peut donc être antifamilial³.

En réalité, la rente viagère n'est pas un pousse au crime, pas plus que l'assurance sur la vie. Très souvent, elle est cédée à une compagnie d'assurances qui en fait le service. Le contrat demeure aléatoire ; cet aléa en est précisément la cause. Lorsque le crédictier décède très vieux, longtemps après la constitution de la rente, le débirentier aura payé plus que la valeur de la chose, parfois plus de dix fois. À l'inverse, lorsque le crédictier décède quelques jours après la conclusion du contrat, le débirentier n'aura pratiquement rien payé.

992. Modalités. – La vente moyennant rente viagère est susceptible de nombreuses modalités. Généralement, il est prévu que l'acquéreur paye comptant une fraction du prix, appelée « bouquet ». Souvent, le crédictier se réserve l'usufruit de la chose vendue ou un droit d'usage et d'habitation ; en ce cas, habituellement, les dépenses d'entretien lui incombent, tandis que les grosses réparations sont à la charge du débirentier. Lorsque le crédictier est marié, il est courant que la rente viagère soit réversible sur la tête du survivant.

Les trois caractères de la rente viagère, successif, alimentaire et aléatoire, dominent les conditions de la vente moyennant rente viagère (Section I) et son régime (Section II). On retrouve ces caractères dans le bail à nourriture, un peu différents et associés à d'autres traits, ce qui explique que ce contrat présente une certaine autonomie (Section III).

SECTION I CONDITIONS

La rente viagère dépend de deux éléments : la « tête » de celui sur lequel elle est constituée (§ 1) et son taux (§ 2).

§ 1. TÊTE

La « tête » de la rente pose deux problèmes. Sur la tête de qui la rente peut-elle être constituée, c'est-à-dire quelle est la personne dont la durée de vie détermine la durée de la rente ? (I). Quand, en raison de sa tête, la rente manque-t-elle d'aléa et donc de cause ? (II)

I. — Sur la tête de qui ?

993. Crédictier ou tiers. – Généralement la rente est constituée sur la tête de celui qui en jouit (le crédictier), c'est-à-dire qu'elle doit lui être payée tant qu'il vivra et s'éteindra à sa mort. Mais elle peut aussi être constituée sur la tête d'un tiers (art. 1971) : la vie de ce tiers détermine la durée de la rente ; le procédé est rarement utilisé. Au contraire, est courante la rente établie sur la tête de plusieurs personnes, généralement deux conjoints ; la rente viagère s'éteint alors au décès du survivant (clause de réversibilité au survivant).

3. La littérature voit habituellement dans le débirentier un aigrefin sans scrupule exploitant d'honnêtes et pauvres vieillards. Par exemple, le conte de Maupassant « *Le petit fût* », où maître Chicot (un gros propriétaire cauchoix) avait acheté moyennant rente viagère la ferme de la mère Magloire ; au bout de deux ans, trouvant un peu longue l'exécution de la vente, il lui offrit un petit fût de calvados ; l'hiver suivant, la mère Magloire mourut, et le conte s'achève en oraison funèbre sur le mot de maître Chicot : « *C'te manante, si alle s'était point boissonnée, elle en avait bien pour dix ans de plus.* »

II. — Nullité du contrat qui manque d'aléa

994. Défaut d'aléa. – La vente moyennant rente viagère est un contrat dont la cause est l'aléa. Si le débirentier n'en court aucun, la vente est nulle, faute de cause⁴. Ainsi, en est-il si les arrérages de la rente sont inférieurs aux revenus de la chose⁵. Il en est de même si la rente est constituée sur la tête d'une personne déjà morte au jour du contrat (art. 1974) – ce qui suppose, bien entendu, qu'elle n'était pas partie au contrat – ou qui, surtout, meurt dans les vingt jours d'une maladie dont elle était atteinte au jour du contrat (art. 1975) : cette dernière disposition a soulevé des difficultés.

Si le vendeur s'est réservé la jouissance de la chose sa vie durant, il faudra en tenir compte pour apprécier le sérieux du prix, car la valeur transférée s'en trouve diminuée⁶. La nullité se fonde sur l'absence de cause, non sur l'erreur ; aussi ne s'applique-t-elle qu'aux rentes constituées à titre onéreux. S'il existe plusieurs crédirentiers, la mort de l'un d'eux dans les vingt jours du contrat est sans conséquence car « *la survie des autres crédirentiers maintient à la convention sa cause juridique* »⁷. La connaissance qu'ont eue les parties de la mort ou de la maladie n'écarte pas la nullité prévue par les articles 1974 et 1975 ; la nullité est absolue⁸.

995. Moins de vingt jours ? – Dans le cas de l'article 1975, ce qui annule le contrat n'est pas tellement que le vendeur soit mort presque aussitôt le contrat conclu ; c'est un aléa dont profite le débirentier, de même qu'il aurait, inversement, supporté la longévité de son contractant. Ce qui vicie le contrat est que le vendeur était, lors du contrat, à la connaissance de l'acheteur ou non, atteint d'une maladie qui l'a fait mourir moins de vingt jours après : il n'y avait pas d'aléa. Sans doute aussi il y a un calcul assez louche de l'acheteur qui « *caresse l'espoir et calcule la proximité de la mort* »⁹. La règle existait déjà dans l'Ancien droit, mais c'était le juge qui, cas par cas, selon la durée, la gravité et l'apparence de la maladie, appréciait le caractère aléatoire de la vente. Pour mettre fin au pouvoir du juge, source d'incertitudes, le Code civil a chiffré le délai à vingt jours.

4. G. KLEIN, « Aléa et équilibre contractuel dans la formation du contrat de vente d'immeuble en viager », *RTD civ.* 1979, 13-39. Disait-on naguère, avant la réforme du droit des contrats. Faudrait-il dire maintenant « faute de contenu » (nouvel art. 1128, 3°) ?

5. *Supra*, n° 214.

6. Cass. civ. 3°, 16 juillet 1998, *Bull. civ.* III, n° 169 ; *JCP G* 1999.II.10036, n. Y. Dagonne-Labbé : « *Lorsque le vendeur s'est réservé la jouissance du bien vendu, l'appréciation de l'aléa et du caractère sérieux du prix se fait par comparaison entre le montant de la rente et l'intérêt que procurerait le capital représenté par la propriété grevée de cette réserve* ».

7. Cass. civ., 14 novembre 1904, *DP* 1905.I.89, n. M. Planiol.

8. La confirmation est donc impossible. Cass. civ. 3°, 10 novembre 1992, *Bull. civ.* III, n° 295 ; *Contrats, conc. consom.* 1993, n° 23, n. L. Leveneur : « *la circonstance que la fraction payable comptant du prix et le premier arrérage de la rente aient été [...] versés par le débirentier, ne privant pas l'héritier du crédirentier, décédé dans les 20 jours de la date du contrat, de se prévaloir de la nullité édictée par l'article 1975...* ».

9. Trav. prép. C. Nap.

En cas de ventes conditionnelles, le délai court, non de la réalisation de la condition, mais du contrat¹⁰ ; dans la rescision pour cause de lésion, la règle est différente¹¹, ce qui n'est guère cohérent, comme il arrive souvent dans la théorie de la condition.

La question a rebondi ; si une personne décède plus de vingt jours après la conclusion du contrat, le juge peut-il annuler la vente en constatant que le vendeur était malade lors de la constitution de la rente, que l'acheteur le savait et que, par conséquent, il ne courait aucun aléa ? Après l'avoir refusé en raison d'une lecture littérale *a contrario* de l'article 1975, de la sécurité des transactions et de la crainte de l'arbitraire du juge¹², la Cour de cassation l'a admis, en se fondant sur la théorie de la cause¹³. Les juges se montrent prudents dans l'appréciation du défaut d'aléa ; ils n'ont, jusqu'ici, annulé une vente moyennant rente viagère pour cette raison que lorsque le décès est survenu dans le délai légal ou en cas de fraude caractérisée¹⁴. Par conséquent : 1^o) la vente est nulle du seul fait que le créancier est mort dans les vingt jours du contrat d'une maladie dont il était atteint lors de la vente ; 2^o) le juge peut annuler la vente si les héritiers du créancier démontrent que le débiteur savait, lors de la vente, que la maladie ne tarderait pas à faire mourir son contractant. On est, à peu près, revenu à l'Ancien droit.

996. Rente viagère temporaire. – La Cour de cassation a annulé une vente moyennant une rente viagère temporaire, qui a été un type de contrat pratiqué pendant un certain temps dans le Sud-Est de la France¹⁵ et continue, malgré cette nullité de principe, une vie résiduelle. Dans une vente d'immeuble, il avait été stipulé que le prix était payable en un certain nombre d'annuités (douze, par exemple), et qu'en outre l'acheteur serait libéré à partir du décès du vendeur si celui-ci intervenait avant l'échéance du terme. La jurisprudence y a vu une vente à tempéraments, puisque le décès du créancier n'était pas la cause exclusive de l'extinction de la rente ; surtout, elle l'a qualifié de pacte sur succession future, car ce contrat privait la succession du

10. Cass. civ. 3^e, 3 octobre 1968, *Bull. civ.* III, n° 362 ; *D.* 1969.81 ; *RTD civ.* 1969.142, obs. G. Cornu : « La réalisation de la condition oblige à se reporter pour déterminer la situation respective des parties au jour où l'engagement conditionnel est intervenu » : en l'espèce, il s'agissait d'une vente dont le prix était, partie un capital, partie une rente ; elle était subordonnée à la condition que le capital fût payé dans le mois suivant « la conclusion du contrat » ; le créancier décéda plus de vingt jours après la signature de l'acte, moins de vingt jours après le paiement du prix ; jugé que la vente était valable. * Cass. civ. 3^e, 18 décembre 2002, *Bull. civ.* III, n° 270 ; *Defrénois* 2003.849, obs. R. Libchaber : lorsque l'acte authentique de vente a été précédé d'une promesse synallagmatique de vente sous signature privée, le délai court du jour de la promesse, la date de la promesse étant opposable au légataire universel, qui n'est pas un tiers au sens de l'article 1328.

11. *Supra*, n° 228.

12. Cass. civ. 1^{re}, 21 octobre 1969, *Bull. civ.* I, n° 307 ; *JCP G* 1970.II.16159, n. R. Lindon ; *RTD civ.* 1970.374, obs. crit. G. Cornu.

13. * Cass. civ. 1^{re}, 2 mars 1977, *épx Desangles*, *Bull. civ.* I, n° 115 ; *Defrénois* 1977, art. 31582, n° 11, p. 1597, obs. J.-L. Aubert. « L'article 1975 n'interdit pas de constater, pour des motifs tirés du droit commun des contrats, la nullité d'une vente souscrite moyennant le versement d'une rente viagère, même quand le décès du créancier survient plus de vingt jours après la conclusion de la vente ; ainsi en est-il lorsque l'acquéreur n'ignorait pas, le jour de la conclusion de cette vente, que le décès du vendeur était imminent, ce qui enlevait tout caractère aléatoire à la vente dont le prix n'était plus réel ni sérieux ».

14. Ex. : Le vendeur était... le médecin de l'acquéreur... (rapp. Cass. civ. 3^e, 2 février 2000, préc.), ... son gérant, ... son voisin. Le seul fait que le vendeur ait eu un âge avancé (79 ans) ne suffit pas, par lui seul, à effacer le caractère aléatoire du contrat : Cass. civ. 1^{re}, 23 juin 1981, *Bull. civ.* I, n° 231 ; *Defrénois* 1982, art. 32915, n° 49, p. 1091, obs. J.-L. Aubert.

15. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 7 décembre 1983, *Bull. civ.* I, n° 290 ; *D.* 1984.563, n. L. Mayaux ; *Defrénois* 1984, art. 33405, n. J.-M. Olivier ; *RTD civ.* 1985.184, obs. J. Patarin : « Le contrat n'avait pas un caractère aléatoire [...] (une telle clause) avait pour effet de faire échec aux règles successorales en privant le vendeur de toute liberté ultérieure de disposer d'une partie de sa créance, ladite clause constituant dès lors un pacte de succession future en ce qu'elle attribuait à l'acheteur un droit privatif sur une créance qui appartenait normalement à la succession ».

vendeur de tout droit sur le prix¹⁶ ; cette dernière qualification est discutable, car une rente viagère véritable, dont la licéité n'eût pas été discutable, aurait produit le même effet. En réalité, le contrat était privé d'aléa bien qu'il spéculât sur la durée de la vie humaine : l'acquéreur ne courait aucun risque de perte, le vendeur n'avait aucune chance de gain. Privée d'aléa, la vente, qui s'affirmait et se voulait aléatoire, manquait de cause.

§ 2. TAUX

997. Liberté. – Le montant de la rente est fixé par les parties. Le principe est la liberté, affirmée en termes vigoureux : « *la rente viagère peut être constituée au taux qu'il plaît aux parties contractantes de fixer* » (art. 1976). La seule limite est un plancher : les arrrages de la rente ne doivent pas, à peine de nullité du contrat, être inférieurs aux revenus de la chose, parce que le contrat n'aurait plus de caractère aléatoire¹⁷. Il ne s'agit pas seulement de liberté contractuelle, mais aussi de la nature aléatoire de la rente : le taux de la rente varie d'un contrat à un autre parce qu'il dépend de l'âge et de la santé du créancier.

998. Rescision pour cause de lésion. – Aussi, la vente d'immeuble moyennant rente viagère ne peut-elle être rescindée pour cause de lésion, tout au moins lorsqu'elle est vraiment aléatoire¹⁸. Mais le principe traditionnel – l'aléa chasse la lésion – est en recul, pour deux raisons. Soit, à cause de la règle posée par la Cour de cassation en 1937 : lorsqu'une vente contient un élément aléatoire « *la rescision reste possible lorsque les circonstances donnent au juge le moyen de déterminer la valeur des obligations soumises à l'aléa* »¹⁹. Soit surtout, lorsque la rente viagère ne confère pas à la vente un caractère aléatoire parce qu'elle constitue seulement une modalité de paiement ; la vente est alors « apparemment » aléatoire et par conséquent rescindable pour cause de lésion²⁰.

L'évaluation de l'immeuble faite dans l'acte en vue de l'enregistrement ne suffit pas à conférer à la vente un caractère commutatif²¹, au contraire de l'indication du prix en capital, la conversion en rente viagère n'étant alors qu'une modalité de paiement²². La jurisprudence réserve cependant le cas où la référence au capital est « *purement théorique* », le prix véritable étant la rente viagère²³. La pratique notariale a du mal à admettre cette distinction ; pour elle, la vente moyennant rente viagère est devenue toujours (ou presque) un contrat commutatif, du moment qu'elle comporte un prix en capital, ce qui est constant. Bien entendu, pour être rescindée, il ne suffit pas que la vente moyennant rente viagère soit commutative ; il faut aussi que soient réunies les autres conditions de la rescision²⁴. *A fortiori* la vente devra-t-elle être anéantie si, en deçà même de la lésion, le prix s'avérait dérisoire²⁵.

16. *Les successions*, coll. Droit civil.

17. *Supra*, n° 214. Ce qui suppose que le débirentier perçoive les fruits.

18. *Supra*, n° 225.

19. Req., 22 novembre 1937, *supra*, n° 225.

20. G. KLEIN, spéc. nos 17-19, art. préc. ; J. VIATTE, « L'aléa dans la vente d'immeuble à charge de rente viagère », *Gaz. Pal.* 1975.I, Doc. 297.

21. Cass. civ. 3^e, 12 décembre 1973, *Bull. civ.* III, n° 629 : « *Les indications chiffrées figurant dans l'acte de vente sous la rubrique "déclaration pour l'enregistrement" n'avaient été portées par les parties qu'en vue de l'enregistrement et ne sauraient fixer la valeur définitive de l'immeuble* » ; v. aussi, pour le défaut de prix, *supra*, n° 215.

22. Cass. civ. 1^{re}, 10 février 1960, *Bull. civ.* I, n° 66 : « *Ces données permettent de déterminer d'une manière suffisamment précise la valeur attribuée à la nue-propriété de l'immeuble* ».

23. Cass. civ. 1^{re}, 18 juillet 1958, *Bull. civ.* I, n° 394.

24. *Supra*, nos 227 et s. et P.-Y. GAUTIER, obs., *RTD civ.* 1992.578.

25. Cass. civ. 1^{re}, 8 décembre 1998, *Bull. civ.* I, n° 353 ; D. 1999.521, n. Y. Dagorne-Labbé ; en l'espèce, la vente avait été consentie pour un prix de 229 000 € converti en rente viagère ; la cour d'appel

Des caractères alimentaire et successif du contrat, deux règles complémentaires ont été déduites : la liberté des indexations et la révision du contrat.

999. 1° Indexation. – La rente viagère est un contrat successif parce que les arrérages sont périodiquement payables pendant une période de temps. Lorsqu'elle est en argent – la situation la plus fréquente –, elle subit l'effet de l'érosion monétaire qui, rapidement, aboutit à déséquilibrer le contrat et à ne plus assurer au crédentier les revenus qu'il escomptait. Aussi les parties ont-elles pris l'habitude d'indexer la rente.

Dans la rente viagère, l'article L. 112-2 du Code monétaire et financier accorde la liberté dans le choix des indices, en raison du caractère alimentaire de la rente ; par exemple, une rente viagère peut être indexée sur l'indice général des prix ou des salaires, indexations que le droit commun des contrats interdit²⁶. C'est au crédentier qu'il appartient de procéder à la réévaluation périodique²⁷. Même indexée, une rente viagère peut être révisée par la loi ou par le juge.

1000. 2° Révision légale. – La rente viagère est l'un des contrats pour lesquels la loi a exceptionnellement admis une révision. La règle générale est la condamnation de la théorie de l'imprévision : la force obligatoire du contrat interdit d'en modifier l'économie si les parties ne sont pas d'accord pour le faire, même si l'équilibre contractuel a été bouleversé par des circonstances que les parties ne pouvaient prévoir²⁸.

La loi (L. 25 mars 1949, modifiée à de très nombreuses reprises) a écarté cette règle pour les rentes viagères, en raison de leur caractère alimentaire, sans vouloir modifier leur équilibre initial²⁹. C'est une loi complexe. Sa complexité a nui à son effectivité³⁰.

La loi a prévu deux mécanismes de révision.

L'un est automatique et forfaitaire à l'égard des rentes en nominal fixe, c'est-à-dire pour les rentes en argent qui ne sont pas indexées : presque chaque année, la loi de finances donne un barème de majoration, variant avec la date de naissance de la rente, d'autant plus élevé que la rente est plus ancienne.

1001. Révision judiciaire. – En outre, la loi prévoit un mécanisme de correction judiciaire des majorations forfaitaires – légales ou conventionnelles par l'effet d'une indexation –, afin de tenir compte des fluctuations de la contrepartie qui proviennent des circonstances économiques ; on ne doit pas tenir compte des accroissements de valeur imputables à l'acheteur. L'idée qui justifie ce correctif est que la majoration de la rente devrait être parallèle aux fluctuations de la contrepartie, ce qui constituerait une sorte de dette de valeur³¹. Le crédentier comptait sur les revenus de l'immeuble : la rente devrait augmenter au fur et à mesure qu'augmentent les revenus. Mais à beaucoup d'égards le mécanisme de la correction judiciaire s'écarte

avait annulé la vente « pour prix vil et dérisoire » ; le pourvoi faisait valoir que la rente n'était qu'une « modalité d'exécution du paiement » et que le prix était réel, fut-il lésionnaire ; rejet du pourvoi : le crédentier était âgé de 85 ans et la rente représentait 1,09 % de la valeur réelle de l'immeuble.

26. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

27. P.-Y. GAUTIER, obs., *RTD civ.* 1997.159.

28. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

29. Cass. civ. 1^{re}, 29 octobre 1984, *Bull. civ.* I, n° 284 : cassation d'un arrêt qui, pour réviser une rente, énonçait qu'elle avait été sous-estimée au départ.

30. H. MARIE, « La révision des rentes viagères constituées entre particuliers », th. Paris, *Lib. journ. not. et avoc.* 1980 ; BERGEL, « La révision judiciaire des rentes viagères entre particuliers », *RTD civ.* 1973.45 ; M. MOREAU, « La majoration de la rente viagère en cas d'aliénation de la contrepartie », *RTD civ.* 1977.389.

31. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

de la dette de valeur : la correction judiciaire ne peut intervenir qu'une seule fois, doit être partielle et peut être individualisée.

1) La loi ne prévoit cette correction judiciaire qu'**une seule fois** par contrat. Sans doute, a-t-elle voulu éviter la multiplication du contentieux ; dans d'autres cas, elle n'a pourtant pas eu ce scrupule, sans que, pour autant, les inconvénients aient été très sensibles ; ainsi, la révision judiciaire des baux commerciaux peut être triennale.

2) La correction doit être **partielle** : elle ne peut jouer qu'à concurrence de 75 % (art. 2 *bis*, al. 2) ; la politique législative est que l'érosion monétaire ne doit pas être exclusivement à la charge d'une partie.

3) Elle peut être **individualisée** par le juge ; le tribunal possède, et de deux manières, un pouvoir de modération : en premier lieu, il peut fixer la majoration en tenant compte des « *intérêts en présence* » et notamment des intérêts sociaux et familiaux (art. 2 *bis*, al. 2, *in fine*) ; en second lieu, il peut faire une remise totale ou partielle de la majoration au débiteur pour tenir compte de sa situation personnelle (art. 4, al. 3, *in fine*, et 4 *bis*, al. 2). Dispositions curieuses, où l'étendue d'une dette dépend des facultés respectives des parties, ce qui n'a guère de précédents, sauf l'obligation alimentaire, et l'analogie n'est pas fortuite.

Ces révisions de la rente viagère, imposées par la loi, et surtout le pouvoir de correction conféré au juge sont insolites dans notre droit. On y a parfois vu une révision du contrat pour cause d'imprévision, ce qui est inexact, puisque le mécanisme s'applique même lorsqu'il y a une indexation conventionnelle et que les parties ont alors prévu la dépréciation monétaire et organisé l'adaptation de la rente ; la Cour de cassation a en effet décidé que peu importe la volonté des parties, car le seul objet de la révision judiciaire est d'assurer la proportionnalité de la rente à la valeur du bien aliéné³² ; il s'agit, en d'autres termes, d'une dette de valeur, mais d'une quasi-dette de valeur qui peut avorter, puisque la révision judiciaire ne peut avoir lieu qu'une seule fois.

La révision judiciaire de la rente n'entraîne pas novation de la dette par changement d'objet³³, pas plus que la cession du bien contre reprise de la rente n'entraîne novation par changement de débiteur. Deux conséquences en résultent. D'une part, le cédant reste tenu de la rente et des majorations³⁴, sauf s'il a été libéré par le créancier, ce qui est l'application des règles gouvernant la cession de dette³⁵. D'autre part, même si le créancier a libéré le cédant, la rente continue à avoir pris naissance à la date de sa constitution, non à celle de l'aliénation du bien, ce qui est important afin de déterminer le taux de la majoration légale³⁶.

SECTION II PAIEMENT DE LA RENTE

1002. Extinction. – Le débiteur a pour obligation de payer les arrérages de la rente : il ne peut s'en libérer en payant au créancier le capital représentatif de la rente (art. 1979) : le « rachat » d'une rente viagère n'est possible que s'il y a accord des parties. Si onéreux soit le service de la rente, le débiteur est donc tenu de la continuer jusqu'à la mort du créancier. Ce qui est la conséquence et de la force obligatoire du contrat et de son caractère aléatoire.

En conséquence de son caractère viager, la rente s'éteint à la mort de la personne sur la tête de laquelle elle est constituée. Les héritiers peuvent en revanche réclamer les arrérages impayés,

32. Cass. civ. 1^{re}, 25 mars 1969, *Bull. civ. I*, n° 126 ; *D.* 1969.469, n. Sornay ; *JCPG* 1969.II.15919, concl. R. Lindon ; *RTD civ.* 1970.376, obs. G. Cornu : « *Le législateur a admis comme un principe qu'en toute circonstance la rente devait rester proportionnée à la valeur du bien aliéné* ».

33. Lyon, 22 mars 1978, *JCPG* 1980.II.19394, n. H. Marie.

34. Cass. civ. 1^{re}, 21 juin 1967, *Bull. civ. I*, n° 230 ; *D.* 1967.545, n. A. Breton : « *En cas d'aliénation par le débiteur des biens constituant la contrepartie de la rente, sans que l'acquéreur se soit engagé à assumer la charge de celle-ci, le débiteur ne peut opposer cette aliénation au créancier et reste seul débiteur envers lui de la rente et de sa majoration* ».

35. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

36. Cass. civ. 1^{re}, 20 novembre 1967, *Bull. civ. I*, n° 335.

échus avant le décès³⁷, dans la limite de la prescription quinquennale. Le droit à la rente ne s'ouvre donc que si est vivant le créancier ou la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée ; il appartient au créancier d'en faire la preuve (art. 1983)³⁸. Lorsqu'à l'inverse le débiteur précède, la charge de la rente passe à ses héritiers, comme dette de la succession, sauf renonciation successorale.

Pendant un temps, la Cour de cassation avait refusé d'appliquer la règle aux rentes indexées parce qu'elles n'étaient pas fixes ; elle a abandonné sa jurisprudence³⁹ ; plus encore qu'une rente en somme fixe, une rente indexée doit en effet être rapidement prescrite, à peine d'écraser le débiteur.

1003. Défaut de paiement. – La rente revêt un caractère alimentaire prononcé et est à ce titre portable (art. 1342-6, ancien art. 1247). En cas de défaut de paiement de la rente, le créancier peut procéder à une exécution forcée, qui, en raison de la nature de la dette, a un objet particulier. Le créancier saisit et vend les biens du débiteur afin d'en tirer une somme suffisante pour assurer le service des arrérages (art. 1978). Cette somme est placée, au nom du créancier pour la jouissance à titre viager et au nom du débiteur pour le capital.

Curieusement, le Code civil écarte l'action en résolution de la vente moyennant rente viagère, pour défaut de paiement des arrérages (art. 1978), ce qui est contraire au principe général posé par les articles 1217 et 1224 et suivants (ancien art. 1184), d'après lesquels la résolution d'un contrat synallagmatique peut avoir lieu quand l'un des contractants n'exécute pas ses obligations. La raison de cette règle se trouve peut-être dans le caractère aléatoire du contrat, que Jean Carbonnier expliquait ainsi : « *c'est l'idée toute populaire qu'une partie une fois entamée, le hasard ne saurait retourner sur ses pas* »⁴⁰.

La jurisprudence admet la licéité⁴¹ de la clause résolutoire, que la pratique notariale stipule toujours, presque une clause de style⁴², mais que les tribunaux encadrent. Elle doit être invoquée de bonne foi, que contrôlent de plus en plus les juges⁴³,

37. Jurisprudence constante : ex. : Cass. civ. 3^e, 13 juillet 1999, *Bull. civ. III*, n° 175 ; *Defrénois* 2000.476, n. Y. Dagonne-Labbé : « *en sa qualité d'héritière (des créanciers), M^{me} Simone Dubouchez, qui se trouvait investie de tous les droits et actions de la défunte, était recevable à agir en restitution, des loyers indûment perçus par M. Henri Dumas* » : en l'espèce, les parents de Mme S. B. avaient vendu leur immeuble moyennant rente viagère avec réserve d'usufruit ; ils décédèrent ; leur fille demanda le paiement des arrérages impayés et la restitution des loyers que les acquéreurs avaient indûment perçus pendant que les vendeurs n'occupaient pas les lieux.

38. Il suffit que cette preuve rende vraisemblable qu'est vivant celui sur la tête duquel la rente est constituée : Cass. civ. 1^{re}, 12 janvier 1994, *Bull. civ. I*, n° 22 ; *JCP G* 1994.II.22331, n. crit. Y. Dagonne-Labbé : en l'espèce, la preuve laissait « *présumer que celui-ci était en vie* ».

39. Cass. civ. 1^{re}, 9 novembre 1976, *Bull. civ. I*, n° 340.

40. N. *RTD civ.* 1960.497.

41. Ex. : Cass. civ. 3^e, 10 novembre 1992, *Bull. civ. III*, n° 294 ; *JCP G* 1993.II.22136 : « *Les dispositions de l'article 1978 n'étant pas d'ordre public, il peut y être dérogé par une clause stipulant, sans équivoque, la faculté pour le créancier de faire prononcer la résolution du contrat en cas de non-paiement de la rente* ».

42. La clause prévoit à peu près constamment que la résolution aura lieu de plein droit ; elle ajoute, tantôt – c'est le système le plus rigoureux – : « *Sans mise en demeure, par le seul fait du non-paiement d'un arrérage* » ; tantôt – c'est un système plus modéré – : « *par le seul fait du non-paiement d'un arrérage suivi d'une mise en demeure infructueuse, à la volonté du créancier, sans autre formalité judiciaire* » ; le créancier peut y renoncer et agir en résolution : Cass. civ. 3^e, 8 juin 2006, *Bull. civ. III*, n° 143 ; *Defrénois* 2006.1495, n. Y. Dagonne-Labbé.

43. Ex. : Cass. civ. 3^e, 8 avril 1987, *Bull. civ. III*, n° 88 ; *Defrénois* 1988, art. 34202, n° 15, p. 375, obs. J.-L. Aubert. En l'espèce, le créancier s'était abstenu pendant plus de dix ans de réclamer le paiement de la rente, en raison des liens affectifs qu'il avait avec le débiteur ; puis, brusquement, en raison des dissensions dans le ménage du débiteur, il a réclamé son paiement et a invoqué la clause résolutoire. Jugé « *que la clause résolutoire n'avait pas été invoquée de bonne foi* » ; *supra*, n° 510.

et avant le décès du crédientier⁴⁴. Elle est interprétée restrictivement⁴⁵; la clause ne s'applique pas à la vente pour défaut de paiement du prix payable partie en capital⁴⁶.

Si la résolution est prononcée, le juge ne peut allouer au crédientier les arrérages échus, payés ou impayés⁴⁷, sauf en précisant qu'il s'agit de dommages-intérêts ou si une clause pénale l'avait prévu. Cette clause est licite; elle peut, par application du droit commun des obligations (art. 1231-5, al. 2, ancien art. 1152, al. 2), être révisée par le juge s'il l'estime manifestement excessive ou insuffisante.

SECTION III BAIL À NOURRITURE

1004. Pas une rente viagère. – Le bail à nourriture est un contrat par lequel une personne (le bailleur à nourriture) s'engage à pourvoir aux besoins vitaux (nourriture, entretien, logement et santé)⁴⁸ d'une autre (le preneur à nourriture); la contrepartie est, soit un capital en argent, soit une redevance périodique, soit l'aliénation d'un bien. Seule cette dernière hypothèse sera retenue. Ce n'est pas une vente moyennant rente viagère, puisque la contrepartie du transfert de propriété n'est pas une somme d'argent. Il constitue un contrat innommé, et son régime a été fixé par la pratique et la jurisprudence.

Le contrat présente des analogies avec la rente viagère, non seulement dans ses caractères successifs et alimentaires, mais surtout dans sa nature aléatoire encore plus accusée. L'aléa ne tient pas seulement à la durée indéterminée de la prestation (la vie humaine) comme pour la rente viagère, mais aussi à son importance, encore plus indéterminée, car elle dépend de l'âge et de la santé du bailleur. Son autonomie tient surtout au caractère personnel de l'obligation, qui en empêche la cession: un tiers ne peut se substituer au preneur du bail à nourriture, alors qu'un tiers (par exemple, une compagnie d'assurances) peut reprendre la rente due par le débientier, ce qui est de pratique courante.

44. Ex.: Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 1994, *Bull. civ. I*, n° 217; *JCP G* 1995.I.3828, n°s 11 ets., obs. Chr. Jamin: « Si l'action en résolution du contrat de rente viagère, ouverte au crédientier par une stipulation dérogatoire à l'article 1978, est transmissible à ses héritiers, c'est, à la condition qu'il (le crédientier) ait, de son vivant, accompli les formalités prévues par cette clause ».

45. Cass. civ. 3^e, 24 février 1999, *Bull. civ. I*, n° 54; *Defrénois* 1999.983, n. Y. Dagorne-Labbé; en l'espèce, l'acte de vente contenait une « résolution de plein droit »; la cour d'appel en avait déduit la résolution de plein droit pour défaut de paiement des arrérages; cassation: « la clause résolutoire avait pour seul objet de permettre au crédientier de demander en justice le prononcé de la résolution ».

46. Ex.: Cass. civ. 3^e, 28 mai 1986, *Bull. civ. III*, n° 84; *RTD civ.* 1987.363, obs. Ph. Rémy: « L'article 1978 n'est pas applicable en cas de défaut de paiement de la partie du prix payable en capital »: La solution est la même lorsque la vente est convertie en rente: la clause résolutoire reste valable: Cass. Ass. plén., 4 avril 2008, *Bull. civ. Ass. plén.*, n° 1; *JCP G* 2008.II, n. R. Wintgen; *Defrénois* 2008.1829, n. Y. Dagorne-Labbé; *RDC* 2009.151, obs. S. Pimont.

47. Cass. civ. 3^e, 11 avril 1973, *Bull. civ. III*, n° 280: « Les juges d'appel qui ont décidé que les arrérages de la rente déjà versés demeureraient acquis au vendeur ont, en fixant ainsi dans la limite de leur pouvoir souverain les modalités et l'étendue de leur réparation, constaté l'existence du préjudice subi par celui-ci ».

48. La définition des besoins vitaux donnée par la jurisprudence est rigoureuse: ex. Cass. civ. 1^{re}, 20 février 2008, n° 06-19977, *Bull. civ. I*, n° 56; *Contrats, conc. consom.* 2008, comm. n° 150, n. L. Leveneur; *D.* 2009.276, n. L. Saenko; *Defrénois* 2008.1351, n. E. Savaux et 1699, n. Y. Dagorne-Labbé; *JCP G* 2008.IV.1559; *RDC* 2009. 549, obs. A. Bénabent: « un contrat qui ne met pas à la charge de l'acquéreur l'obligation d'assurer la subsistance du vendeur, mais l'obligation d'assurer deux promenades hebdomadaires, de lui procurer l'habillement nécessaire et d'assurer le suivi de sa correspondance ne constitue pas un bail à nourriture mais un contrat de vente qui peut être résolu pour vileté du prix ».

À cause de son affinité avec elle, le bail à nourriture peut parfois se transformer en vente moyennant rente viagère.

1005. Conversion en rente. – Le bail à nourriture peut se transformer en vente moyennant rente viagère lorsque les parties convertissent volontairement les obligations du preneur en rente viagère. Elles peuvent l'avoir prévu dans le contrat, ce qui est prudent, à cause du risque de mésentente des parties, du vieillissement du créancier ou de l'altération de sa santé, sans compter les transformations de la médecine. Bien qu'elle ait autrefois jugé le contraire⁴⁹, la Cour de cassation décide aussi que le juge peut faire cette substitution, même si aucune faculté de conversion n'a été prévue au contrat, lorsque la vie commune devient impossible entre les parties⁵⁰, sans qu'aucune n'ait commis de faute⁵¹.

Le juge jouit d'un assez grand pouvoir d'appréciation ; par exemple, selon que l'acquéreur locataire a ou non des revenus suffisants afin de payer une rente ; si l'exécution du bail à nourriture est devenue impossible par suite de la mésentente entre les parties, le juge prononcera ou la conversion du bail en vente moyennant rente viagère ou sa résolution pour cause d'inexécution⁵². Ce pouvoir est difficile : c'est par rapport aux prestations en nature qui étaient initialement dues que le juge devra apprécier l'équivalence de la rente⁵³ ; or, il est difficile de chiffrer une obligation aussi aléatoire : la santé du bailleur peut s'altérer et ses besoins s'accroître. Apparaît ainsi, liée au pouvoir d'appréciation du juge, une révision judiciaire pour cause d'imprévision que le droit commun interdit à tous les autres contrats, sauf disposition spéciale.

1006. Autonomie. – Le bail à nourriture échappe, en partie, à certaines des règles caractéristiques de la vente moyennant rente viagère, la nullité et la résolution, parce qu'il a un caractère aléatoire plus prononcé. En outre, à la différence de la rente viagère, il n'est pas susceptible de substitution et échappe aux droits de préemption.

1° Quant à la **nullité**, le principe est que ne lui sont en théorie applicables ni l'article 1975 (nullité en cas de décès dans les vingt jours du créancier)⁵⁴, ni la nullité pour défaut de cause⁵⁵

49. Cass. civ. 1^{re}, 13 novembre 1962, *Bull. civ. I*, n° 475.

50. V. déjà L. 17 niv. an II sur les successions, article 25 : « en cas que leur humeur cessât de sympathiser ».

51. Cass. civ. 1^{re}, 21 avril 1976, *Bull. civ. I*, n° 131 : « Il est ainsi établi qu'entre les parties a existé une mésentente rendant impossible l'exécution de la convention [...] ; dès lors, la cour d'appel a pu substituer à l'engagement d'entretien l'obligation de servir une rente viagère » ; en l'espèce, le vendeur ne supportait plus la cohabitation avec l'acquéreur ; cf. aussi * Cass. civ., 27 novembre 1950, *veuve Doumenjou*, *Gaz. Pal.* 1951.I.132 ; *D.* 1951, somm., 24 ; *RTD civ.* 1951.269, obs. J. Carbonnier. Cette conversion ne constitue pas une novation par changement d'objet, Cass. com., 6 mars 1990, *D.* 1990, IR, 76 ; n.p.B.

52. Cass. civ. 3^e, 9 octobre 1979, *Bull. civ. III*, n° 169 ; *D.* 1980, IR, 228, obs. Chr. Larroumet ; n.p.B. : « La cour d'appel a souverainement [...] refusé de convertir l'obligation d'entretien en rente viagère ».

53. Cass. civ. 1^{re}, 18 juillet 1984, *Bull. civ. I*, n° 237 ; *Defrénois* 1984, art. 33432, n° 116, p. 1485, obs. G. Vermelle : cassation d'un arrêt qui, pour déterminer le montant de la rente, s'était attaché au solde du prix dont l'obligation de soins était la contrepartie : « L'obligation qui n'a pu être exécutée en nature était celle de soigner les vendeurs leur vie durant et il convenait de fixer une rente équivalente à cette obligation ».

54. Cass. civ., 28 janvier 1952, *D.* 1952.321, n. H. Lalou ; *RTD civ.* 1952.391, obs. J. Carbonnier : « La disposition prévue à l'article 1975 et selon laquelle le débirentier est légalement présumé ne court aucun risque quand le créancier décède dans les vingt jours du contrat est exceptionnelle et ne trouve application qu'au cas de contrat de rente viagère, seul visé par le texte ».

55. Cass. civ., 28 janvier 1952, préc. : « Le contrat litigieux, demeurant régi par les principes du droit commun, ne saurait être dépourvu de cause ».

ou vileté de prix⁵⁶, ni la rescision pour cause de lésion⁵⁷, parce que le contrat est aléatoire. La règle est injuste et se fonde sur la pure technique. Le principe est en recul et la jurisprudence récente l'écarte souvent : lorsque le bailleur était très âgé⁵⁸ ou très malade⁵⁹ ou que les revenus de la chose étaient suffisants pour couvrir l'obligation du preneur⁶⁰ ou qu'il y avait à la fois un bail à nourriture et une rente viagère qui était l'obligation principale. Il en est de même, lorsque le prix est dérisoire et que des éléments objectifs permettent d'écarter le principe selon lequel « l'aléa chasse la lésion »⁶¹.

2° Quant à la **résolution**, la jurisprudence interprétant restrictivement l'article 1978 refuse de l'appliquer au bail à nourriture. Par conséquent, lorsque le locataire n'exécute pas ses obligations, le juge peut, même en l'absence de clause résolutoire, résoudre le contrat⁶².

3° L'obligation du bailleur (notamment l'hébergement et les soins) ayant en général un caractère personnel très accusé, aucune **substitution** de personnes n'est possible. La jurisprudence en a tiré plusieurs conséquences ; d'abord, sur le droit de préemption ; par exemple le droit de préemption du fermier, qui s'exerce même si la vente est faite moyennant rente viagère, ne peut jouer en cas de bail à nourriture⁶³. L'action n'est pas transmissible aux héritiers du créancier⁶⁴. Puis sur la résolution : la cessation par le débiteur de l'exécution personnelle de ses obligations est une cause de résolution⁶⁵.

N^{os} 1007-1096. réservés.

56. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 26 avril 1988, *Bull. civ. I*, n° 121 : « Le bail à nourriture étant, en principe, aléatoire, les juges du second degré, qui n'ont pas exclu l'existence d'un tel aléa, en ont justement déduit que le contrat litigieux échappait à l'action en nullité pour vileté du prix ».

57. Req., 6 mai 1946, *D.* 1946.287 : « Le prix convenu se composant surtout de prestations telles que l'entretien du vendeur dans le sens le plus large, et l'obligation de le soigner tant en santé qu'en maladie, la vente comportait pour chacune des parties un aléa certain et pour ce motif [...] l'action en rescision devait être rejetée ».

58. Cass. civ. 1^{re}, 21 janvier 1957, *Bull. civ. I*, n° 33 : « La cour d'appel déclare à bon droit inapplicable en l'espèce l'article 1975 ; tenant compte de l'âge avancé du vendeur et de son état de maladie grave, dont elle relève qu'il était de nature à laisser prévoir sa fin prochaine, survenue, de fait, peu de temps après, elle constate qu'en l'absence d'aléa, le prix stipulé était dérisoire et la vente nulle par application de l'article 1591 ».

59. Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 1957, *Bull. civ. I*, n° 257 ; *D.* 1958.79, n. Ph. Malaurie : « En omettant [...] de rechercher [...] si [...] le revenu de la chose vendue était suffisant pour l'exécution des engagements contractés envers le vendeur, sans que les acquéreurs eussent eu aucune chance de perte (sic) à couvrir, ni aucun sacrifice à faire en définitive de leurs propres deniers, ce qui était de nature à établir l'absence de prix alléguée, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ».

60. Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 1971, *Bull. civ. I*, n° 179 ; *JCP G* 1971.II.16884.

61. Cass. civ. 3^e, 16 décembre 1998, *Defrénois* 1999.983, n. Y. Dagorne-Labbé ; *D.* 2000.504, n. M.-C. Cauchy-Psaume ; en l'espèce, la cour d'appel avait décidé qu'il n'y avait pas de prix dérisoire, parce que le prix n'était pas lésionnaire ; cassation : le vendeur avait demandé la « nullité de la vente pour vileté du prix ».

62. Cass. civ. 1^{re}, 8 février 1960, *Bull. civ. I*, n° 85 ; *D.* 1960.197 ; *RTD civ.* 1960.497, obs. J. Carbonnier : « Si aux termes de l'article 1978, le seul défaut de paiement des arrérages par le débiteur dans un contrat de rente viagère, n'autorise pas le créancier à rentrer dans le fonds par lui aliéné, cette disposition, strictement exceptionnelle, ne saurait être étendue en dehors du cas précis qu'elle prévoit ; en l'espèce, l'acheteur d'une nue-propriété, qui devait, en contrepartie, fournir au vendeur le logement et l'entretien de sa personne, n'ayant pas rempli ses engagements, le vendeur était en droit de demander à la cour d'appel de résoudre le contrat ».

63. Cass. civ. 3^e, 8 mars 1983, *Bull. civ. III*, n° 69 : « Le bail à nourriture ainsi conclu intuitu personae échappait au droit de préemption du preneur ».

64. Cass. civ. 1^{re}, 19 septembre 2007, *Defrénois* 2008.1212, n. Y. Dagorne-Labbé ; n.p.B.

65. Cass. civ. 1^{re}, 17 décembre 2002, *Bull. civ. I*, n° 306 ; *RTD civ.* 2003.291, obs. J. Mestre et B. Fages ; en l'espèce, les bailleurs à nourriture, après la conclusion du contrat, étaient partis pour l'île de la Réunion ; à la demande des preneurs, le contrat a été résolu ; pourvoi : « le caractère personnel de leur obligation n'impliquait pas leur présence personnelle aux côtés du créancier, pas plus qu'elle n'excluait que leur obligation ne puisse être assurée par des tiers ». Rejet du pourvoi : « la résolution s'impose à défaut par les débiteurs de l'exécution personnelle de leurs obligations » ; crit. Fl. MILLET, « Le bail à nourriture ou la vie privée dans le commerce », *JCP G* 2004.I.116.

■ LIVRE VI ■

CONTRATS RELATIFS AU LITIGE

1097. Modes alternatifs de règlement des litiges. – Un litige s’achève normalement par un jugement prononcé par un juge, à l’issue d’un procès. Le juge et le procès relèvent d’une organisation confiée à l’État, le service public de la justice. Le litige peut cependant échapper au juge étatique de deux manières : soit que les parties décident de le régler elles-mêmes par une convention, la transaction, laquelle peut être précédée d’une médiation ou d’une conciliation ; soit qu’elles s’adressent pour le trancher à un arbitre, juge privé qu’elles choisissent.

Transaction, arbitrage, conciliation et médiation¹ constituent des modes alternatifs de règlement des litiges (en anglais, ADR : *Alternative Dispute Resolution*) qui connaissent un grand succès, et participent d’un mouvement général de privatisation de la justice. Ils permettent aux parties d’éliminer l’aléa judiciaire (transaction) ou, au moins, de le limiter (arbitrage). Le droit français favorise ces modes de résolution (loi *Badinter*, loi *Kouchner*, jurisprudence favorable à l’arbitrage et à la conciliation...), qui viennent souvent de la pratique internationale, parce qu’une justice convenue est plus acceptable et moins dramatique ; et peut-être, tout simplement, parce qu’ils déchargent les tribunaux. La loi *Béteille* du 22 décembre 2010 a introduit dans le Code civil la convention de procédure participative (art. 2062-2068 et CPC, art. 1542-1567) : les parties à un différend, assistées de leurs avocats, conviennent, avant de saisir un juge ou un arbitre, d’œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable du litige ; la convention ne peut avoir pour objet que les droits dont les parties ont la libre disposition et le divorce et la séparation de corps ; elle est conclue pour une durée déterminée et par écrit à peine de nullité. Si elle réussit, comme en matière de transaction, l’accord sera soumis à homologation du juge. Quant à la conciliation et à la médiation, en dehors des cas où elle peut être ordonnée par le juge, les parties peuvent y recourir librement. De même, l’Union européenne entend favoriser le développement de la médiation en matière civile et commerciale (dir. du 21 mai 2008, transposée par l’ord. du 16 nov. 2011). Ainsi que la transaction (art. 2 et 59 du Règlement du 12 déc. 2012 sur la compétence et l’exécution des décisions de justice). Ils ne sont cependant pas sans risques, notamment lorsque l’une des parties n’a pas une claire conscience de ses droits (le juge étatique est traditionnellement un protecteur)² ou que le litige touche à des intérêts publics (le juge étatique est l’organe de l’intérêt public).

1098. Plan. – La transaction a l’effet le plus radical, puisqu’elle met fin au litige (Titre I). Les conventions d’arbitrage (clause compromissoire, compromis) en organisent le règlement par un juge privé, l’arbitre (Titre II).

1. J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, th. Paris II, PUAM, 2003, propose de les ériger en une nouvelle catégorie, les « *contrats de pourparlers judiciaires* » et les oppose à la transaction, n^{os} 631 et s., ne serait-ce que parce qu’il n’y a pas toujours de concessions réciproques dans leur cas ; L. CADDIET, « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », *LPA*, 5 mai 2000, p. 30 et s. ; « Une justice contractuelle », in *Ét. J. Chestin*, LGDJ, 2001, pp. 177 ; Th. CLAY, « Transaction et autres contrats relatifs aux litiges » in *La transaction dans toutes ses dimensions*, ouvr. coll. Dalloz, 2006, p. 13 et s. ; L. CADDIET et Th. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Dalloz, 2016.

2. V. cep., M. DE FONTMICHÉL, *Le faible et l’arbitrage*, Economica, 2013.

■ TITRE I ■

TRANSACTION

1099. Une mauvaise transaction vaut mieux qu'un bon procès. – La transaction¹ est une convention synallagmatique par laquelle les parties se consentent des concessions réciproques, afin de mettre un terme à un procès ou de l'éviter². À la différence d'un contrat synallagmatique ordinaire, elle organise un échange de prestations qui n'a pas sa fin en lui-même, mais est conclu en considération d'un litige auquel il faut mettre un terme.

Son intérêt, qui explique l'engouement qu'on lui porte aujourd'hui, est de mettre un terme aux procès ; elle n'y parvient pas toujours, car elle suscite parfois de nouveaux litiges, tenant notamment à son inexécution.

Ce contrat se trouve, comme d'autres conventions (clause compromissoire, compromis, clause pénale et résolutoire...), à la croisée du droit des obligations et du droit judiciaire privé : il joue le rôle d'un jugement, qu'il remplace et dont il produit certains effets. C'est en dire l'utilité et la complexité. Il évite l'encombrement des tribunaux, l'acharnement des plaideurs, l'incertitude et la lenteur des procès : une mauvaise transaction vaut mieux qu'un bon procès. Dans le domaine fiscal ou douanier, il permet de substituer à la peine une sanction acceptée, plus efficace³. De même, en droit de la concurrence (Règlements UE 2004 et 2008 sur les transactions en matière d'ententes)

La loi du 5 juillet 1985, relative aux accidents de la circulation, consacrant une pratique ancienne, impose à l'assureur d'offrir à la victime une indemnisation⁴ ; c'est une transaction

1. **Étymologie** de transaction : du latin *transactio, onis*, qui vient du verbe *transigo, ere* = mener à bonne fin, régler une affaire, mettre un terme, lui-même dérivé de *trans* = à travers + *ago, ere* = pousser devant soi. La transaction met un point final au litige. **Biblio.** : L. BOYER, *La notion de transaction*, th. Toulouse, Sirey, 1947 ; R. MERLE, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, th. Toulouse, Rousseau, 1948 ; B. PONS, *Contrat de transaction, Solutions transactionnelles*, Dalloz Référence 2014-2015 ; Ch. BOILLOT, *La transaction et le juge*, PU Clermont-Ferrand, 2003, préf. P. Le Cannu ; L. POULET, *Transaction et protection des parties*, LGDJ, 2005.

2. Jhering avait vilipendé la transaction : « *transiger sur un droit bafoué, afin de s'épargner les ennuis et les frais d'un procès, c'est désertier devant un combat nécessaire* ». *La lutte pour le droit*, traduct. O. De Meulenaere.

3. F. BOULAN, « La transaction douanière, Études de droit pénal douanier », *Ann. Fac. dr. Aix*, 1968, p. 219 et s.

4. J.-P. CHAUCHARD, « La transaction dans l'indemnisation du préjudice corporel », *RTD civ.* 1989, p. 1-39.

qui a son particularisme ; ainsi, l'absence de concessions réciproques ne la remet pas en cause, ce qui lui donne une plus grande sécurité⁵. Sur ce modèle, des lois postérieures (L. 9 décembre 1986 et 6 juillet 1990) ont imposé la même obligation au Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions.

Le Premier ministre a recommandé à l'Administration de recourir plus souvent à la transaction, qui constituerait « *un élément de la qualité du service public* »⁶. Le droit judiciaire privé développe la transaction, à laquelle il consacre plusieurs textes (spéc. C. pr. civ., art. 1567)⁷. Elle existe également en matière pénale (C. civ., art. 2046, C. proc. pén., art. 41-1-1)⁸ ; elle est par exemple un des instruments favoris des Douanes et de l'Administration fiscale, en matière d'infractions douanières (v. C. proc. pén., not. art. 6, al. 3), ou bien dans les médiations pénales⁹. Mais ce sont les règles du Code civil qui s'appliquent pour l'essentiel, notamment sur son exécution et son interprétation¹⁰.

La transaction est un contrat complexe, que les dispositions du Code civil (art. 2044 s.), lacunaires et empiriques, ne contribuent pas à simplifier. Tous les auteurs en soulignent les imperfections. La prudence est d'autant plus de mise qu'on la retrouve souvent dans le monde agité du droit du travail¹¹. La refonte de son régime est en cours¹². Certains prônent même sa disparition en tant que contrat spécial, puisque la théorie des obligations l'a déjà régie dans son ensemble¹³. Le projet de loi sur la *Justice du XXI^e siècle* en démantèle une bonne partie, notamment sur le rapport avec les jugements, ainsi que les vices du consentement.

1100. Plan. – Causée par l'existence d'un litige, elle est un contrat original (Chapitre 1). Sa formation (Chapitre 2) et ses effets (Chapitre 3) relèvent du droit des obligations contractuelles tout autant que du droit judiciaire privé, notamment de la théorie de l'action en justice.

5. Cass. civ. 2^e, 16 novembre 2006, *Bull. civ. II*, n° 320 ; *JCP G* 2007.II.10032, n. approb. L. MAYAUX ; *RLDC* 2007, n° 2439, obs. D. BAUGERARD ; *RDC* 2007.671, obs. C. PÈRES ; *RGDA* 2007.565, chron. L. POULET : « *la loi du 5 juillet 1985 [...] d'ordre public, dérogeant au droit commun, qualifie de transaction la convention, qui se forme lors de l'acceptation par la victime de l'offre de l'assureur et cette transaction ne peut être remise en cause à raison de l'absence de concessions réciproques* ».

6. Circulaire du 6 février 1995, *JO* du 15 février 1995 ; *JCP G* 1995.III.67306.

7. E. SERVERIN *et al.*, *Transactions et pratiques transactionnelles*, Economica, 1987, p. 61-138.

8. Ex. : pour une transaction avec la partie civile : Cass. crim., 25 novembre 2015, n° 14-84985, *Bull. crim.* à paraître ; *D.* 2015. 2503.

9. J.B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, thèse LGDJ 2014 ; Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 10 avril 2013, n° 12-13672, *Bull. civ. I* n° 80 ; *D.* 2013. 1663, note J.B. Perrier : un procès-verbal de médiation pénale « *constitue une transaction qui, en dehors de toute procédure pénale, tend à régler tous les différends qui s'y trouvent compris...* » (renonciation d'un concubin à porter plainte contre l'autre pour violences, en contrepartie d'engagements pécuniaires de ce dernier).

10. V. WESTER-OUISSÉ, *Conventions et juridiction pénale*, thèse Nantes, 1999, n°s 404 et s.

11. P.-Y. GAUTIER, *Les sources du droit de travail*, ouvrage coll., PUF, 1998, p. 142 et s. ; X. LAGARDE, « *Les spécificités de la transaction consécutive à un licenciement* », *JCP G* 2001.I.337 ; L. PIZZIO-DELA-PORTÉ, « *De la transaction prévue par le Code civil* » in *1804-2004 Le bicentenaire du Code civil*, Dalloz, 2004, p. 598 et s.

12. Propositions en vue de la réforme du Titre XV, rapport au ministère de la Justice, Centre Louis-Josserand, Univ. Lyon-III, La Documentation française, 2014 ; Th. CLAY, *JCP G* 2014, n° 492.

13. L. MAYER, *RTD civ.* 2014. 523.

■ CHAPITRE I ■

NOTION DE TRANSACTION

Les éléments constitutifs de la transaction (Section I) permettent d'en apprécier l'originalité (Section II).

SECTION I

ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS

L'article 2044 énumère les trois éléments constitutifs de la transaction : une convention, une contestation née ou à naître et la volonté de terminer ou de prévenir cette contestation. S'y ajoute la nécessité de concessions réciproques.

1101. 1^o Convention. – La transaction est un contrat, soumis aux règles ordinaires de formation des conventions, qu'elle résulte de l'initiative des parties, ou d'une offre imposée par la loi (C. assur., art. L. 211-9 et s.) : c'est toujours un échange des consentements qui la noue. Cependant son objet, la renonciation à une action en justice, impose certaines règles de capacité, de pouvoir et de forme particulières¹. Malgré les apparences et les dispositions abondantes du Code civil, la théorie des vices du consentement ne subit, en la matière, aucune déformation².

La volonté des parties est de mettre fin à une contestation déjà née ou de prévenir celle qui est à naître. Cet objectif donne à la transaction une place particulière parmi les contrats : elle n'a pour finalité ni d'assurer la circulation des richesses, l'exploitation d'un bien ou un service, ni de consentir à autrui un avantage purement gratuit (art. 1107). Il s'agit d'un contrat à titre onéreux et commutatif³ dans lequel l'échange des prestations est destiné à éteindre un litige. Peu importe que le contrat ne soit pas expressément qualifié de transaction, le juge le requalifiera le cas échéant⁴. Comme l'arbitrage, la transaction est en général secrète, les parties insérant le plus souvent des clauses de confidentialité ; dans les affaires, plus encore qu'ailleurs, les contractants ne doivent pas perdre la face.

1. *Infra*, n^o 1116.

2. *Infra*, n^o 1119.

3. L. BOYER, *op. cit.*, *supra*, n^o 1100, p. 75 ; S. NEUVILLE, « La transaction suspecte », *D.* 2000, chron. 571, qui en tire les conséquences au regard des nullités de la période suspecte dans les faillites (C. com., art. L. 632-1).

4. Cass. civ, 1^{re}, 9 juillet 2003, *Bull. civ. I*, n^o 174 ; *JCP G* 2003.II.10171, n. R. Desgorges.

Deux autres éléments, objectifs, permettent de qualifier de transaction une convention : l'existence d'un litige et des concessions réciproques.

1102. 2° Une situation litigieuse. – Le litige est au cœur de la transaction. Il peut avoir suscité l'exercice d'une action en justice : la transaction, qui met fin au procès, est alors qualifiée de « *judiciaire* ». D'après l'article 2056 (bientôt abrogé), elle n'est possible qu'autant qu'un jugement passé en force de chose jugée n'est pas intervenu. En réalité, il est possible de transiger sur les voies de recours extraordinaires, ainsi que sur l'exécution du jugement, qui peut être litigieuse⁵.

Le litige peut n'avoir pas encore suscité un procès : la transaction, dite « *extra-judiciaire* », a précisément pour objet de l'éviter. Encore faut-il que le droit, objet de la contestation – actuelle ou future – existe actuellement. Le litige peut être à naître, mais le droit litigieux doit être actuel. Ainsi la transaction portant sur un droit futur et éventuel (par exemple, une prestation compensatoire en l'absence d'instance au divorce) est-elle nulle, pour absence d'objet (« *de plein droit* », décide la Cour de cassation), nullité qui est, en réalité, une inexistence⁶.

La difficulté tient à la notion de litige : d'après un auteur, il suffit d'un conflit d'intérêts et d'une prétention juridique émise par l'une des parties, c'est-à-dire qu'il faut que les parties puissent exercer une action en justice⁷, laquelle implique un droit et un intérêt actuels. Il importe peu que l'issue du procès éventuel ne soit pas douteuse, car la « *matière* » de la transaction n'est pas le doute, mais le litige : dès lors qu'un procès est possible, fût-il voué pour l'une des parties à un échec certain, une transaction peut être conclue.

Afin de souligner le rôle essentiel de la « situation litigieuse », un deuxième auteur, suivi par d'autres⁸, a montré qu'elle constituait « la cause catégorique » du contrat de transaction. Si la situation sur laquelle transigent les parties ne peut être, en fait, litigieuse – les parties ayant perdu leur droit d'action par suite du prononcé du jugement (art. 2056), ou n'ayant pas acquis ce droit en raison de la nullité du titre sur l'exécution duquel elles transigent (art. 2054, bientôt abrogé)⁹ –, la transaction est impossible. Si les parties ignoraient cette situation, le contrat devrait être annulé pour erreur¹⁰. Si elles la connaissaient, le contrat

5. * Req., 12 novembre 1902, *société agence immobilière et commerciale*, DP 1902.1.566 : « Il résulte de l'article 2056 que les droits reconnus par un jugement définitif peuvent cependant faire l'objet d'une transaction valable, si la partie qui a obtenu cette décision préfère couper court, par un arrangement amiable, aux difficultés de fait que présenterait son exécution ».

6. Cass. civ. 1^{re}, 3 février 2004, *Bull. civ. I*, n° 30 : « Aucune instance en divorce n'étant engagée à la date du 11 avril 1988 [date à laquelle les époux avaient partagé leur communauté, après séparation de corps et compensé la soulte due par l'épouse avec une prestation compensatoire dont l'époux se reconnaissait débiteur], les époux ne pouvaient valablement transiger sur leur droit futur à une prestation compensatoire ; la cour d'appel a exactement décidé que la clause sur cette prestation figurant à l'acte notarié était nulle de plein droit » ; la prescription de droit commun était applicable à l'action en nullité exercée par l'époux ; pour la rupture du contrat de travail : Cass. soc., 29 mai 1996, *Bull. civ. V*, n° 215 ; *D.* 1997.49, n. Chazal : « La transaction ayant pour objet de mettre fin au litige résultant d'un licenciement ne peut valablement être conclue qu'une fois la rupture intervenue est définitive ; tel n'est pas le cas de l'accord signé par les parties, qui n'est pas destiné à mettre fin au contrat de travail, mais à régler les conséquences d'un licenciement, accord conclu avant la réception par le salarié de la lettre de licenciement ».

7. L. BOYER, « chaque fois que l'existence du droit d'action rendra possible un procès, la transaction le sera également ; chaque fois que pour une quelconque raison le droit d'action manque aux parties, une transaction ne saurait avoir lieu » ; *op. cit.*, *supra*, n° 1099, p. 45.

8. L. BOYER, *ib.*, p. 103-121. Sur cette théorie, MARTY et RAYNAUD, 2^e éd., t. I, n° 203.

9. Ex. : dans une succession, les héritiers transigent avec un légataire universel sur le partage ; ultérieurement, le legs universel est annulé : la transaction est anéantie. Il n'en irait autrement que si la transaction avait eu aussi pour objet la validité du legs.

10. *Infra*, n° 1122.

serait valable, mais ne pourrait être qualifié de transaction : il perdrait, notamment, son caractère déclaratif.

L'existence d'un litige né ou à naître, qui seule permet de qualifier un contrat de transaction, doit être réelle : les prétentions opposées des parties ont dû s'exprimer et doivent être sérieuses. Lorsque le litige est simulé, afin de placer le contrat sous le régime de la transaction, les tribunaux rectifient la qualification donnée par les parties¹¹. Mais il est rare que l'on puisse démontrer l'absence d'un litige, au moins potentiel : tout droit subjectif peut être menacé par une prétention contraire ; même le droit le plus certain, comme celui qui résulte d'un jugement définitif, peut faire l'objet d'une transaction. À cet égard, la transaction est un acte abstrait. Les tribunaux n'exigent guère la preuve de l'existence du litige ou du germe de litige¹² et ne peuvent contrôler la pertinence des faits invoqués dans la transaction¹³. La plupart des transactions comportent un exposé des motifs ou préambule, qui peut être utilisé en cas de difficultés d'exécution¹⁴.

Du litige découle l'économie particulière de la transaction : les concessions réciproques.

1103. 3° Sans concessions réciproques, pas de transaction. – En transigeant, les parties renoncent à exercer en justice leur action en demande ou en défense. Elles acceptent de ne pas soumettre à une vérification juridictionnelle leurs prétentions respectives¹⁵. C'est ici que réside l'élément aléatoire, qui caractérise la transaction : on ne saura jamais *qui* aurait gagné le procès, ni dans quelles proportions¹⁶. Comme, par hypothèse, aucune des prétentions ne sera consacrée en justice, la valeur exacte des renonciations demeure inconnue ; du moins faut-il qu'existent des concessions réciproques. Si l'action à laquelle renonce une partie – par exemple, l'assureur renonce à résister en justice à la demande de la victime – n'avait aucune chance d'aboutir – parce que le droit de la victime n'était pas sérieusement contestable –, il est tentant de dire qu'elle ne fait aucune concession, parce qu'elle n'abandonne en réalité aucun droit. Mais pour parvenir à cette conclusion, il faut trancher, au moins abstraitement, le litige ; ce que la

11. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 4 février 1976, *Bull. civ. I*, n° 56. La transaction était souvent simulée, en matière de partage, afin d'échapper aux lourdeurs du partage judiciaire en présence d'un mineur, avant la réforme de l'article 466 ; ou à l'action en rescision pour lésion de plus du quart ; *infra*, n° 1108.

12. Ex. : Cass. soc., 3 février 1983, *Bull. civ. V*, n° 81 : en l'espèce, les locataires-gérants d'une station-service avaient reçu, au moment de la résiliation amiable de leur contrat, une indemnité contre la renonciation à toute prétention pouvant résulter du contrat résilié ; une cour d'appel a estimé que cet acte n'était pas une transaction « *puisque n'apparaissent nulle part des éléments d'une contestation et de concessions réciproques* » ; cassation : « *Cet acte, qui était dépourvu de toute ambiguïté, était destiné à prévenir une contestation à naître et contenait des concessions réciproques* ».

13. Cass. soc., 21 mai 1997, *Bull. civ. V*, n° 185 ; *JCP G* 1997.II.22926, n. F. Jacquet : « *Vu les art. 1134, 2044 et 2052 ; [...] l'existence de concessions réciproques, qui conditionne la validité d'une transaction, doit s'apprécier en fonction des prétentions des parties au moment de la signature de l'acte ; si, pour déterminer si ces conditions sont réelles, le juge peut restituer aux faits, tels qu'ils ont été énoncés par l'employeur dans la lettre de licenciement, leur véritable qualification, il ne peut sans heurter l'autorité de la chose jugée attachée à la transaction, trancher le litige que cette transaction avait pour objet de clore en se livrant à l'examen des éléments de fait ou de preuve ; en se livrant à l'examen des faits pour apprécier le caractère de gravité de la faute invoquée par l'employeur, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ». Sauf si la fantaisie ou le mensonge étaient trop flagrants.

14. P.-Y. GAUTIER, *obs.*, *RTD civ.* 1997.693. Ex. : Cass. soc., 6 mai 1998, *Bull. civ. V*, n° 228 : « *la cour d'appel, qui a constaté qu'il résultait de l'exposé préliminaire de l'acte transactionnel comme de son texte lui-même que les parties n'avaient pris en considération que leurs divergences sur la rupture et les indemnités y afférentes, sans faire la moindre référence à la clause de non-concurrence et à sa contrepartie, a pu en déduire que cette clause n'était pas dans l'objet de la transaction* ».

15. L. BOYER, *op. cit.*, *supra*, n° 1100.

16. Ex. : Cass. com., 2 octobre 2001, *Bull. civ. IV*, n° 157 ; *D.* 2001.3119, n. A. Lienhard : les parties ont « *fait l'économie d'une procédure judiciaire, dont l'issue était aléatoire* ».

transaction interdit au juge. On dit, donc, que la concession est une renonciation à une prétention, pas forcément à un droit. Mais si la prétention est manifestement fantaisiste, ou impossible, il n'y a pas de concession.

L'article 2044 ne mentionnait pas cet élément essentiel que la jurisprudence s'est chargée de réintroduire¹⁷. Le projet de loi pour la *Justice du XXI^e siècle* le codifie (art. 2044 nouveau). Sans concessions réciproques, pas de transaction : ainsi en serait-il... d'une renonciation par le seul salarié à une indemnité de licenciement, alors que l'employeur ne renonce à rien¹⁸... de la prétendue renonciation d'une entreprise au paiement d'un surplus de travaux, alors que son client s'est déjà engagé à en payer une partie et ne renonce à aucun droit¹⁹.

En revanche, conformément au droit commun, peu importe la valeur respective des concessions réciproques : elle est, par hypothèse, difficile à connaître, puisque les prétentions ne seront jamais consacrées : chaque partie calcule ses chances et si elle transige pour sa sécurité juridique, elle en accepte les conséquences²⁰. De plus, le droit français est hostile à la rescision pour lésion²¹ ; il se contente d'une réciprocité formelle. Il faut cependant que les concessions soient « *appréciables* »²² ; sinon elles n'existent pas réellement.

Il n'est pas nécessaire que la concession par chacune des parties soit puisée dans l'objet du litige né ou à naître, bien que ce soit la situation la plus courante²³. La renonciation par une partie à son action peut ainsi avoir pour

17. Sur l'historique, P.-Y. GAUTIER, obs., *RTD civ.* 1992.783 ; Ch. JARROSSON, *D.* 1997, chron. 267. V. égal. B. FAGES, « Équilibre et transaction » in *La transaction dans toutes ses dimensions*, ouvr. coll. Dalloz, 2006, p. 53 s. ; *contra*, Cass. civ. 2^e, 16 novembre 2006, *supra* n° 1099.

18. * Ex. : Cass. soc., 3 avril 1990, *sté Clause*, *Bull. civ. V*, n° 153 : « *Après avoir retenu, hors toute dénaturation, que la convention avait été conclue après que la décision de licenciement ait été prise à l'encontre du salarié, la cour d'appel a pu estimer qu'elle n'emportait pas la rupture amiable du contrat de travail ; ayant alors relevé qu'afférente aux conditions de règlement des conséquences du licenciement ainsi décidé, ladite convention ne comportait de concessions qu'à la charge du salarié qui, sans contrepartie, renonçait à une part importante des indemnités conventionnelles auxquelles il pouvait prétendre, elle a, à bon droit, décidé qu'elle ne constituait pas une transaction interdisant au salarié de faire valoir ses droits* ».

19. Cass. com., 22 novembre 1988, *Bull. civ. IV*, n° 320 : en l'espèce, à la suite d'un désaccord entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur sur le décompte final des travaux, l'entrepreneur avait fait accepter par le maître une lettre de change représentant le montant partiel des sommes réclamées, qu'il endossa. Jugé qu'il n'y avait pas eu de transaction en l'absence d'une concession du maître de l'ouvrage « *Lequel s'était déjà engagé irrévocablement, par l'acceptation de la lettre de change, à payer la somme portée sur cet effet, et dès lors que (l'entrepreneur), en endossant la lettre de change, n'avait fait qu'exécuter le droit qui lui avait été conféré par ce titre* ».

20. Ex. : * Cass. civ. 1^{re}, 6 décembre 2007, *Bull. civ. I*, n° 383 ; *Contrats, conc. consom.* 2008, n° 90, n. L. Leveneur ; *Defrénois* 2008.693, obs. R. Libchaber ; *Dr. et patr.*, mai 2008, p. 93, n. L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck : en l'espèce, un pêcheur à pied avait été indemnisé par un Fonds mis en place à la suite de la marée noire de l'Erika : la victime a perçu nettement moins que ce qu'elle réclamait, mais a évité une « *procédure longue et coûteuse* », outre qu'elle n'établissait pas toute la mesure du préjudice allégué ; jugé que la transaction était valable (notes crit. Libchaber et approb. Aynès).

21. Jurisprudence constante, ex. : Cass. soc., 13 mai 1992, *Bull. civ. V*, n° 307 ; *RTD civ.* 1992.783, obs. P.-Y. Gautier (le salarié perçoit une indemnité faible et qui lui est due, tout en restreignant sa liberté de travail) ; Cass. soc., 5 janvier 1994, *Bull. civ. V*, n° 1 : constitue une transaction, qui ne peut être remise en cause sous le prétexte que les concessions réciproques seraient déséquilibrées, le contrat conclu entre un employeur et son salarié licencié, par lequel celui-ci s'était engagé à une obligation de non-concurrence et en contrepartie, l'employeur lui avait payé une indemnité. V. toutefois, *infra*, n° 1108.

22. Jurisprudence constante ; ex. : Cass. soc., 18 mai 1999, *Bull. civ. V*, n° 223 : « *Eu égard à son montant, l'indemnité transactionnelle revêtait un caractère dérisoire et partant, ne constituait pas une véritable concession, ce dont il résultait que la transaction était nulle* ».

23. 1^{er} ex. : litige sur le montant d'une indemnité : le créancier accepte de limiter sa prétention, et le débiteur accepte de ne pas contester celle du premier en évaluant d'un commun accord l'indemnité.

contrepartie une prestation étrangère au litige²⁴. Il s'agit alors d'une transaction partiellement translative ou créatrice : l'une des parties renonce à son action, moyennant l'acquisition d'un droit nouveau²⁵. Dès lors qu'elle a une contrepartie, une *remise de dette* peut aussi constituer la concession d'une partie²⁶. Les parties peuvent ainsi panacher leur contrat avec des renonciations et la création d'obligations nouvelles, par exemple une promesse unilatérale de vente²⁷. Les concessions peuvent être « *indirectes* », c'est-à-dire consenties à un tiers, mais bénéficiant à l'autre partie²⁸.

Les parties peuvent également s'engager à prendre des obligations de ne pas faire²⁹. En l'absence de concessions réciproques, la convention n'est pas une transaction³⁰ ; elle est dépourvue de l'autorité de chose jugée. Elle constitue, ou un contrat valable d'une autre nature (donation, vente...), de sorte que le juge la requalifiera, ou bien une renonciation nulle³¹.

1104. Tout est transaction ? – Le flou qui entoure la notion de litige – tout droit subjectif peut être litigieux – ainsi que la souplesse qui caractérise les concessions réciproques rendent souvent difficile l'identification de la transaction.

Cet impressionnisme juridique est la conséquence de l'élargissement progressif des conceptions en la matière. Initialement, la transaction était destinée à éliminer l'aléa du procès ; elle impliquait que le droit litigieux fût douteux³² : la transaction était le contraire d'un jeu. Progressivement, la jurisprudence a admis qu'un droit incontestable en son principe, comme celui qui

2^e ex. : litige entre deux voisins sur l'exercice d'un droit de passage : en réglant par leur convention celui-ci, chacun renonce à déduire en justice la totalité de sa prétention.

24. Ex. : Cass. civ. 3^e, 4 décembre 1985, *Bull. civ.* III, n° 161 : dans une procédure de préemption par une SAFER, l'acheteur évincé renonce à contester la régularité de la préemption, moyennant rétrocession d'une partie des biens préemptés.

25. *Infra*, n° 1123.

26. Cass. com., 2 octobre 2001, *D.* 2001.3119, n. A. Lienhard : « *La remise de dette, qui a un caractère gratuit ou onéreux, peut être consentie lors d'une transaction* ».

27. * Cass. Ass. plén., 24 février 2006, *Soparco*, *Bull. civ. Ass. plén.* n° 1 ; *JCP G* 2006.II.10065, avis J. Cedras ; *Defrénois* 2006.973, chron. S. Becqué ; *D.* 2006.2057, obs. S. Chassagnard-Pinet et jur. 2076, n. Chr. Jamin ; *RDC* 2006.689, obs. Y.-M. Laithier : « *La transaction est une convention ayant entre les parties autorité de la chose jugée, stipulant des engagements réciproques interdépendants dont la promesse de vente n'est qu'un élément, de sorte que l'art. 1840 A CGI (aujourd'hui C. civ., art. 1589-2, annulant les promesses unilatérales de vente sous seing privé non enregistrées dans les dix jours) est sans application* ». *V. supra*, n° 115.

28. * Cass. com., 25 octobre 2011, n° 10-23538, *Bull. civ.* IV, n° 173 ; *Rev. sociétés* 2012.25, n. Th. Massart ; *RTD civ.* 2012.128, n. P.-Y. Gautier : validité d'une transaction conclue entre un cédant du contrôle d'une société, celle-ci et le cessionnaire, « *situation d'interdépendance* », les concessions du cédant (abandon de sa créance de compte courant) bénéficient à la société cédée, mais aussi au cessionnaire, dont la renonciation à la garantie de passif est ainsi causée, puisqu'il en jouit de façon « *indirecte* ».

29. Cass. soc. 14 janvier 2014, n° 12-27284, *JCP G* 2014, n° 358, n. J.-B. Perrier, *Bull. civ.* V n° 6, *RTD civ.* 2014.400, obs. P.-Y. Gautier : engagement de l'ex-salarié de ne pas dénigrer publiquement l'ancien employeur.

30. Ex. : Cass. soc., 15 décembre 2010, *Bull. civ.* V, n° 298 : rupture amiable d'un contrat de travail sans concessions réciproques.

31. Cass. soc., 24 mai 2006, *Bull. civ.* V, n° 189 : nullité de la transaction conclue par un salarié qui remplissait les conditions légales pour rompre avant terme un contrat de travail. Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2003, *Bull. civ.* I, n° 174 ; *RDC* 2004, p. 1033, obs. X. Lagarde ; *contra* : Cass. civ. 2^e, 16 novembre 2006, cité *supra*, n° 1099 : transaction prise en application de la loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation.

32. BIGOT de PREAMENEU, Présentation du C. civ. au corps législatif, L. III, 1^{re} partie : « *dans la transaction, tout était incertain avant que la volonté des parties l'eût réglé. Le droit était douteux, et on ne peut pas déterminer à quel point il était concevable à chacune des parties de réduire sa prétention ou même de s'en désister* » ; le juge devra « *vérifier si l'objet de l'acte était susceptible de doute* ».

résulte d'un jugement définitif³³, pût être matière à transaction ; il suffit qu'un litige sur l'exécution soit possible, ce qui est presque toujours le cas. La transaction change de visage et devient un procédé conventionnel de mise en œuvre du droit³⁴.

La transaction voisine alors avec la simple modification d'une obligation par la volonté des parties³⁵. À la différence de la transaction, celle-ci est destinée, non à éviter un litige, mais à permettre la survie du contrat en l'adaptant à des circonstances nouvelles. La survie du contrat peut être un moyen d'éviter un litige sur sa résolution³⁶. Selon un auteur, le critère de la distinction entre les deux conventions réside dans la cause impulsive et déterminante des concessions réciproques, c'est-à-dire dans la volonté des parties³⁷. Objectivement, la transaction impliquerait l'existence d'un droit douteux. Mais il faut peu de choses pour qu'un droit le devienne.

Sous l'angle des concessions réciproques, la transaction se distingue parfois difficilement d'un contrat translatif ou constitutif ordinaire : tel est le cas lorsque le sacrifice de l'une des parties est étranger à l'objet du litige³⁸.

Malgré ces difficultés, demeure un élément irréductible : pour qu'un contrat puisse être qualifié de transaction, il faut que la prestation de l'une des parties au moins consiste en la renonciation à une action en justice (demande ou défense), que celle-ci ait pour objet la reconnaissance ou la simple exécution d'un droit³⁹.

SECTION II ORIGINALITÉ

Contrat relatif à un litige, la transaction doit être distinguée d'une série d'autres actes juridiques qui ont également un effet sur lui (§ 1)⁴⁰. Acte déclaratif à l'égard des droits en litige, la transaction se différencie, mais plus difficilement, du partage (§ 2). Mettant un terme au litige, elle doit être distinguée du jugement, avec lequel elle entretient cependant de nombreux rapports (§ 3).

33. * Req., 12 novembre 1902, *sté agence imm. et comm.*, cité *supra*, n° 1102.

34. E. SERVERIN, P. LASCUMES, T. LAMBERT, *op. cit.*, *supra*, n° 1100, p. 33 : « Les droits engagés dans le litige étant de plus en plus souvent des droits déterminés, la convention aura pour objectif principal d'en aménager l'exécution. Cette transformation a été rendue possible par la transformation corrélatrice de la notion de droits litigieux : les rédacteurs du C. civ. pensaient surtout à des droits subjectifs dont la preuve était difficile à établir, notamment par suite de l'absence de titres. Les juristes modernes conçoivent les droits litigieux plutôt comme des droits certains, dont l'exécution soulève des difficultés ».

35. A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, th. Paris II, LGDJ, 1980, préf. D. Tallon, n°s 115-161.

36. Ex. : contrat de vente, inexécuté par le vendeur : en modifiant la prestation due par celui-ci, les parties évitent un litige sur la résolution.

37. A. GHOZI, *op. cit.*, n°s 119-133.

38. *Supra*, n° 1103, et *infra*, n° 1123.

39. Ex. : Cass. soc., 16 mai 2000, *Bull. civ. V*, n° 179 ; D. 2001.273, n. Cath. Puigelier : « la rupture d'un commun accord d'un contrat à durée déterminée [...] a pour seul objet de mettre fin aux relations des parties ; elle ne constitue pas une transaction destinée à mettre fin, par des concessions réciproques, à toute contestation née ou à naître résultant de la rupture définitive du contrat de travail, et ne peut avoir pour effet, peu important les termes de l'accord, de priver le salarié des droits nés de l'exécution des contrats de travail ».

40. V. H. KENFACK, « Transaction et autres risques de confusion », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, ouvr. coll. Dalloz, 2006, p. 25 et s.

§ 1. TRANSACTION ET ACTES RELATIFS À UN LITIGE

La transaction est différente du compromis ainsi que de l'acquiescement et du désistement.

1105. Transaction et compromis. – Comme la transaction, le compromis (art. 2059 à 2061 ; C. pr. civ., art. 1447 à 1459) a pour objet un litige que les parties décident de soustraire au juge. À cet égard, certains droits (état et capacité des personnes, divorce, ordre public...) échappent par nature à l'un et à l'autre⁴¹. La différence essentielle entre les deux conventions tient à ce que la transaction supprime l'action moyennant l'octroi de concessions, alors que le compromis est seulement relatif à l'exercice de l'action, portée devant un arbitre. En principe, la différence est nette.

Pratiquement elle est difficile lorsque les parties s'en remettent à un tiers chargé d'évaluer leurs droits réciproques : s'agit-il d'un arbitre, ou d'un tiers chargé de préciser l'un des éléments de la transaction ? L'existence de concessions réciproques définitivement acquises et la volonté de mettre un terme au litige permettront d'identifier une transaction⁴².

1106. Acquiescement et désistement. – L'acquiescement au jugement est une renonciation à exercer une voie de recours. Le désistement est la renonciation à exercer une action en justice (désistement d'action) ou à poursuivre une instance (désistement d'instance). Bien que ce dernier doive être dans certains cas accepté par l'autre partie (C. pr. civ., art. 395), ils ne comportent pas nécessairement une concession réciproque, à la différence de la transaction.

Cependant, il arrive souvent que l'acquiescement ou le désistement soient la conséquence procédurale d'une véritable transaction, s'ils trouvent une contrepartie dans un sacrifice consenti par l'autre colitigant.

§ 2. TRANSACTION ET PARTAGE

1107. Affinités. – Le partage amiable est une convention par laquelle les indivisaires décident de mettre un terme à l'indivision, en attribuant à chacun d'eux un droit exclusif sur un bien qui composait la masse indivise.

Il existe des affinités entre la transaction et le partage, à tel point que certains avaient affirmé jadis que le partage amiable était toujours une transaction : il permet d'éviter un partage judiciaire, comporte l'équivalent de concessions mutuelles – chaque indivisaire renonce à ses droits sur les biens attribués à ses copartageants – et, surtout, produit comme la transaction un effet déclaratif : il se borne à conforter et à « libérer » des droits qui existaient antérieurement ; l'attributaire était déjà un propriétaire, dont le droit subsistait, avant le partage, la concurrence de ses coindivisaires ; le partage supprime cette cause de litige.

Tout partage amiable n'est pas nécessairement une transaction, parce qu'il n'implique pas le règlement d'un litige⁴³. Le partage comporte, en réalité, trois objets : un accord sur la

41. *Infra*, n° 1113.

42. Req., 9 janvier 1928, S. 1928.I.157 ; Pau, 11 juillet 1871, DP 1872.V.441 : deux parties transigent sur un droit de passage ; l'une renonce à son droit moyennant une indemnité « laissée à l'arbitrage de trois experts » désignés par la convention ; les trois experts n'ayant pas rempli leur mission, le tribunal ne pouvait les remplacer ; jugé que la transaction était résolue. Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 1976, Bull. civ. I, n° 262 : est une transaction la convention par laquelle trois indivisaires décident de s'en tenir à l'évaluation des biens à laquelle procéderont les experts ; l'un des copartageants ne peut ensuite la contester en invoquant une erreur des experts.

43. L. BOYER, *op. cit.*, *supra*, n° 1099, p. 418 et s.

composition de la masse indivise et la vocation de chacun des copartageants ; un accord sur la manière de répartir la masse indivise ; la répartition à proprement parler, c'est-à-dire l'allotissement de chacun. Ces trois éléments ne suscitent pas nécessairement un litige, c'est-à-dire des prétentions juridiques contraires : la vocation des indivisaires, la formation de la masse et le mode de répartition peuvent être paisibles. Quant à l'allotissement, l'équivalence entre les biens reçus et la vocation théorique est affaire de mathématiques et d'expertise, non de droit.

1108. Transaction-partage. – C'est seulement s'il existait un litige entre les indivisaires que le partage, en même temps qu'il met fin à l'indivision, peut résoudre le conflit. Un seul acte produit deux effets distincts. Le litige auquel la transaction-partage met fin peut être, ou antérieur, ou postérieur à l'allotissement, qui, au sens étroit du terme, est insusceptible de comporter une transaction.

Antérieur : la vocation d'un indivisaire, en son principe ou son étendue, est contestée par les autres⁴⁴ : la composition de la masse partageable est litigieuse⁴⁵... Postérieur : l'un des copartageants est évincé de son lot, une soule n'est pas payée... En revanche, l'allotissement à proprement parler, c'est-à-dire l'équivalence entre la valeur des biens reçus et la vocation théorique de chacun est insusceptible de transaction : c'est une donnée économique qui s'impose à la volonté.

§ 3. TRANSACTION ET JUGEMENT

1109. Fonction juridictionnelle. – La transaction et le jugement mettent fin au litige, ce que souligne l'article 2052, alinéa 1 (bientôt supprimé, v. *infra*, n° 1128) : « *Les transactions ont entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort* »⁴⁶. En outre, ce sont en principe, l'un et l'autre, des actes déclaratifs : ils éliminent le litige en libérant un droit préexistant.

Pourtant, la différence entre la transaction et le jugement est nette : le second suppose l'intervention d'un tiers, juge ou arbitre, dont la volonté s'exprime dans la décision. La transaction, au contraire, est l'œuvre des parties : à cet égard, elle est une convention ordinaire.

C'est dans la fonction juridictionnelle confiée au juge ou à l'arbitre, plus que dans l'intervention, en elle-même, d'un tiers – qui pourrait être un expert, ou un tiers-estimateur – que le jugement puise son originalité : elle tient à la vérification par un organe compétent de la valeur de la prétention d'une partie, vérification rendant vaine toute contestation identique postérieure⁴⁷ ; l'autorité de chose jugée (art. 1355, ancien art. 1351) est inséparable de la *jurisdictio*. Dans la transaction, au contraire, les parties procèdent elles-mêmes d'un commun accord, à cette vérification.

En outre, et à la différence de la transaction, le jugement est assorti de la force exécutoire et de l'hypothèque des jugements de condamnation⁴⁸, manifestations de l'*imperium* du juge, organe de l'État.

La netteté de cette différence s'estompe lorsqu'un acte juridique ayant pour objet de mettre fin à un litige associe convention et intervention judiciaire ; ce que l'on appelle un « *contrat judiciaire* ».

44. Ex. : contestation sur la validité ou l'interprétation d'un testament instituant un légataire universel ou à titre universel... ; sur le droit d'attribution préférentielle...

45. Ex. : litige relatif au caractère indivis ou propre de tel immeuble ; ... au x comptes de l'indivision ; ... à la qualité de la gestion des biens indivis...

46. L. BOYER, *op. cit.*, *supra*, n° 1099, p. 463-486.

47. VIZIOZ, *Rec. gen. lois* 1931, 49 ; L. BOYER, *op. cit.*, *supra*, n° 1099, p. 450.

48. *Droit des sûretés*, coll. Droit civil.

1110. Contrat judiciaire. – L'expression de contrat judiciaire ou de jugement d'homologation désigne des situations variées dans lesquelles les parties concluent en cours d'instance un accord relatif au litige, qu'elles demandent au juge de constater ou de consacrer dans le jugement : conciliation, jugements de donné-acte, jugements d'expédient... S'agit-il d'une simple transaction conventionnelle ou d'un jugement ? La question présente de multiples intérêts : le caractère authentique, la force exécutoire, l'hypothèque judiciaire sont attachés à un jugement ; celui-ci n'est remis en cause que par les voies de recours, alors que les « *voies de nullité* », l'action en résolution, etc., peuvent être exercées contre une convention.

La réponse dépend, en son principe, de la part plus ou moins grande que prend le juge dans la convention judiciaire⁴⁹. S'il se borne à constater l'accord des parties, comme lorsqu'il dresse un procès-verbal de conciliation (C. pr. civ., art. 131) ou qu'il homologue l'accord faisant suite à une médiation (*ib.*, art. 131-12), l'acte conserve sa nature conventionnelle (v. égal. l'art. 384, *ib.*) ; le constat du juge lui confère seulement un caractère authentique et la force exécutoire⁵⁰. Au contraire, s'il exerce sa fonction juridictionnelle et rend un jugement motivé, qui ne se borne pas à s'effacer derrière l'accord des parties, mais intègre celui-ci à sa propre appréciation, il s'agit d'un jugement d'expédient, assorti des attributs ordinaires de tout jugement. Il s'oppose au jugement de donné-acte, simple constat authentique d'un fait, c'est-à-dire l'accord des parties, lorsqu'il s'agit d'une transaction⁵¹.

Le règlement UE du 12 décembre 2012 sur la compétence et l'exécution des décisions de justice contient des dispositions originales permettant de reconnaître de plein droit dans tous les États membres, à l'instar des actes authentiques, « *la transaction approuvée par une juridiction d'un État membre ou conclue devant une juridiction d'un État membre en cours de procédure* ». On retrouve la double nature (« *approuvée* »/« *conclue devant* »).

La loi du 17 mars 2014 met également en place un mécanisme d'homologation pour les accords conclus par des associations de consommateurs, en cas d'action de groupe (« *class action* ») contre le responsable d'un dommage, à fin d'indemnisation d'une catégorie entière de victimes (C. consom., art. L. 623-23).

En cas de difficulté d'exécution de la transaction, la partie la plus diligente (créancier) pourra requérir du juge compétent pour connaître de l'acte, selon la matière qu'il l'homologue, selon une procédure qui s'apparente à la juridiction gracieuse, sur requête (CPC, art. 1567, renvoyant aux art. 1565 à 1566)⁵² : il sera ainsi doté d'un titre exécutoire. L'autre partie pourra toujours exercer un référé-rétractation (art. 1566), si elle a une contestation sérieuse à formuler⁵³. Le

49. S. 1909.I.305, n. Tissier ; P. HÉBRAUD, obs. *RTD civ.* 1955.359 ; L. BOYER, *op. cit.*, *supra*, n° 1099, p. 479 ; P.-Y. GAUTIER, obs. *RTD civ.* 1994.634 ; A. ENGEL-CRÉACH, *Les contrats judiciairement formés*, *Economica*, 2002, n° 17 ets. ; ex. Cass. civ. 1^{re}, 14 novembre 2012, n° 11-24238, n.p.b. ; *Rev. arb.* 2013. 138, note Billemont ; *RTD com.* 2013. 476, obs. E. Loquin, au sujet d'une homologation par l'arbitre : « *simple constatation de l'accord des parties, sans aucun motif* », l'acte est un simple contrat et chaque partie peut opposer l'exception d'inexécution, alors même que les voies de recours sont fermées.

50. Cass. civ. 2^e, 27 mai 2004, *Bull. civ.* II, n° 253 ; *RDC* 2004, p. 1036, obs. X. Lagarde : « *Ayant relevé que la transaction avait été homologuée par le jugement du 15 mars 1996, la cour d'appel a retenu à bon droit que ce jugement lui conférerait force exécutoire* » ; inutile que le jugement le dise.

51. Comp. sur le donné-acte, dénué d'autorité de chose jugée, opposé au jugement : Cass. civ. 1^{re}, 4 février 1975, *Bull. civ.* I, n° 43 ; *D.* 1975.405, n. Gaury ; *RTD civ.* 1976.200, obs. R. Perrot.

52. H. CROZE et O. FRADIN, « *Transaction et force exécutoire* », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, ouvr. coll. Dalloz, 2006, p. 95 ets. L'ancien article 1441-4 a inutilement été abrogé en 2012, et remplacé par une procédure compliquée, avec le système du renvoi d'un régime à un autre : CROZE et LAPORTE, *Gaz. Pal.* 2012. 703 ; F. MARCHADIER, *Gaz. Pal.* 2012. 3245, qui souligne que la transaction s'aligne sur les autres modes alternatifs.

53. Cass. civ. 2^e, 24 mai 2007, *Bull. civ.* II, n° 133 ; *D.* 2008.129, n. P. Julien et J.-B. Racine ; *JCP G* 2007.II.10172, n. H. Croze et O. Fradin.

contrôle exercé par le juge de l'homologation est formel et ne s'étend par exemple pas aux vices du consentement⁵⁴. « *Il ne peut en modifier les termes* » (art. 1565). Cependant, il doit s'assurer de sa validité et de son caractère exécutoire⁵⁵. Le titre exécutoire ne vaut qu'à l'égard des parties⁵⁶. Il peut être également fait recours à un notaire⁵⁷.

54. Le juge ne procède qu'à un contrôle minimum de régularité et de conformité à l'ordre public : * Cass. civ. 2^e, 26 mai 2011, n° 06-19527, *Bull. civ.* II, n° 120 ; *RTD civ.* 2011.559, obs. P.-Y. Gautier (indifférence d'une plainte pénale postérieure, fondée sur la violence et le délit d'extorsion, le recours contre la décision d'homologation est irrecevable).

55. Cass. civ. 1^{re}, 10 septembre 2014, n° 13-11843, *Bull. civ.* I n° 146 ; *RTD civ.* 2014. 904, obs. P.Y. Gautier et 2015. 695, obs. Ph. Théry : la transaction contenait une condition suspensive (agrément des administrateurs de l'entreprise cocontractante), qui n'était pas réalisée.

56. Cass. civ. 2^e, 8 janvier 2015, cité *infra*, n° 1129 (l'homologation ne vaut pas à l'égard de la caution, pourtant en nom propre à l'acte).

57. Cass. civ. 2^{re}, 21 octobre 2010, n° 09-12378, *Bull. civ.* II, n° 173 ; *D.* 2011.493, n. S. Chassagnard-Pinet ; *RDC* 2011.465, obs. R. Libchaber : « *les dispositions de l'art. 1441-4, C. pr. civ. ne font pas obstacle à ce qu'une transaction soit reçue par un notaire et que celui-ci lui confère force exécutoire* ».

■ CHAPITRE II ■

FORMATION DU CONTRAT DE TRANSACTION

1111. Particularités : un acte dangereux. – La formation de la transaction obéit au droit commun. Cependant l'originalité du contrat se traduit par certaines particularités. La transaction est un acte de disposition : les parties renoncent définitivement à exercer l'action en justice relative au litige qu'elles apaisent ; cette renonciation implique l'aptitude à disposer du droit, fondement de l'action. Même si la renonciation intervient nécessairement à titre onéreux, elle n'est pas destinée, à la différence d'une aliénation ordinaire, à procurer un profit, mais à éviter un litige : l'incertitude qui enveloppe celui-ci en fait un acte dangereux.

Aussi l'objet de la transaction (Section I), la capacité et le pouvoir de transiger (Section II), ainsi que la forme de ce contrat (Section III) relèvent-ils, à certains égards, de règles spéciales. La théorie des vices du consentement (Section IV) doit s'adapter à la finalité particulière du contrat.

SECTION I

OBJET

1112. Libre disposition. – La renonciation à l'action en justice qu'implique toute transaction conduit à exiger que cette action soit disponible, c'est-à-dire que le droit qu'elle sanctionne puisse faire l'objet d'un commerce juridique. Si l'on peut en principe transiger sur tout litige, trois sortes d'obstacles s'opposent à la transaction : l'indisponibilité du droit, l'intérêt public et l'ordre public.

1113. 1° Droits hors du commerce. – Les droits extrapatrimoniaux ne peuvent être l'objet d'une transaction : la volonté individuelle n'a pas prise sur eux. Ainsi en est-il de l'état des personnes (filiation, divorce). Mais les conséquences pécuniaires d'un état, pourvu que celui-ci soit établi, peuvent être l'objet

d'arrangements¹. De même, un engagement moral peut être l'objet d'une transaction².

Les droits patrimoniaux inaliénables, ensuite, sont insusceptibles de transaction ; par exemple, le droit à une prestation compensatoire ou des aliments. Plus précisément, il est impossible d'éteindre par une transaction l'action future en paiement d'obligations de cette nature : d'une part, la renonciation à exercer une telle action dans l'avenir est inefficace, que l'obligation soit d'origine légale ou conventionnelle³ ; d'autre part, la fixation conventionnelle du montant de la prestation échappe aux parties, au moins dans les cas de divorce autres que par consentement mutuel, où l'accord des époux se trouvera contrôlé par l'homologation (art. 278)⁴.

Mais l'action en paiement des arrérages échus a perdu son caractère vital et peut faire l'objet d'une transaction⁵.

1114. 2° Intérêt public. – Les droits d'intérêt public ne peuvent faire l'objet d'une renonciation conventionnelle. Ainsi en est-il des actions relatives au domaine public ou à la puissance publique et de l'action publique naissant d'une infraction (art. 2046).

À ce principe, il existe deux exceptions majeures. D'une part, en matière d'infractions économiques, fiscales et douanières, de nombreux textes autorisent l'administration poursuivante à transiger avec le délinquant sur le montant de l'amende⁶. D'autre part, l'administration fiscale peut transiger avec un contribuable sur des amendes fiscales, lorsque celles-ci ne sont pas définitives : une telle transaction éteint l'action de l'administration⁷.

1115. 3° Ordre public. – L'ordre public peut s'opposer à l'efficacité de la transaction de deux manières.

D'une part, la transaction ne peut ni écarter ni modifier un droit d'ordre public, en ce sens qu'il est impossible de renoncer par avance à un tel droit. Ainsi en

1. Ex. : transaction sur le partage successoral, ou sur les dommages-intérêts dus par un ex-époux à l'autre.

2. Cass. com., 23 janvier 2007, *Bull. civ. IV*, n° 12. « *En s'engageant dans une transaction, fût-ce moralement, à ne pas copier les produits commercialisés par une société concurrente, une société de prêt-à-porter a exprimé la volonté non équivoque et délibérée de s'obliger envers la société concurrente ; la cour d'appel en a donc exactement déduit que cette clause avait une valeur contraignante pour l'intéressée et qu'elle lui était juridiquement opposable* ».

3. Ex. : Cass. civ. 2^e, 21 mars 1988, *Bull. civ. II*, n° 74 : transaction entre deux époux séparés de corps sur la prestation compensatoire qui serait due après le divorce : « *Aucune procédure de divorce n'étant engagée, les époux ne pouvaient valablement transiger sur leur droit futur à une prestation compensatoire* ». Sur la nature de la prestation compensatoire, v. *Droit de la famille*, coll. Droit civil.

4. Cass. civ. 1^{re}, 14 décembre 2004, *Bull. civ. I*, n° 325 ; D. 2005.1985, n. C. Mathieu : « *sauf lorsque le divorce est prononcé sur demande conjointe, la prestation compensatoire ne peut être fixée que par le juge ; il en résulte qu'aucune convention, fût-elle notariée, relative à l'attribution à l'un d'entre eux, d'une prestation compensatoire, ne peut être conclue par les époux* ». L'art. 268. relatif aux dispositions générales concernant tous les divorces, autorise désormais les conventions entre époux sur les conséquences patrimoniales du divorce, toujours sous la condition d'homologation.

5. Comp., pour la cessibilité du droit aux arrérages échus, Cass. civ. 1^{re}, 15 mai 1973, *Bull. civ. I*, n° 164 ; D. 1973.478 : « *La règle de l'indisponibilité des créances alimentaires ne s'oppose pas à ce que le créancier puisse en céder les termes échus* ».

6. PERRIER, cité *supra* n° 1099 ; F. BOULAN, « La transaction douanière », préc. ; J.-H. SYR, « La nature de la transaction économique », *JCP G* 1969.I.2280 ; MERLE et VITU, *Traité de droit criminel*, Procédure pénale, Cujas, 5^e éd., n° 65 ; sur la pratique de ces transactions, E. SERVERIN, P. LASCOURMES et T. LAMBERT, *op. cit.*, *supra*, n° 1100, p. 141-242.

7. Liv. procéd. fiscales, art. L. 251 ; cet effet extinctif se produit même en cas d'erreur grossière de l'administration : CE, 14 novembre 1990, n° 69875. De même pour les contributions directes, Liv. procéd. fiscales, art. L. 247-1°.

matière de bail soumis à un statut spécial d'ordre public⁸, de contrat de travail⁹, de Sécurité sociale, de droit à réparation d'un dommage corporel, de nullité d'un brevet d'invention¹⁰ ou de condamnation en responsabilité pour insuffisance d'actif d'une entreprise soumise à une procédure collective¹¹. Mais lorsque les conditions d'existence de ce droit sont réunies, les parties peuvent en faire l'objet d'une convention valable¹². Un droit de la personnalité ou une liberté peuvent être aménagés dans une transaction tant qu'il existe une cause légitime et qu'il n'y est pas renoncé¹³. De même, en matière de différends relatifs à la consommation¹⁴. Mais la frontière est parfois subtile à tracer.

D'autre part, une transaction ne peut sauver un acte infecté d'une cause de nullité d'ordre public, à moins qu'elle ne la fasse disparaître. La seule renonciation à demander la nullité, assimilable à une confirmation, est évidemment inefficace. En revanche, si la transaction constitue une réfaction de l'acte, en l'expurgeant de la cause de nullité, elle est valable, mais constitue, en réalité, une source nouvelle des droits des parties¹⁵.

Le même raisonnement peut être tenu en matière de nullité d'un acte pour vice de forme : la transaction sur l'action en nullité est impuissante à en supprimer le vice¹⁶ ; seule une réfaction peut intervenir.

8. Ex. : Cass. ch. réunies, 17 mars 1954, *JCP G* 1954.II.8208, n. P. Ourliac et M. de Juglart : renonciation à la réglementation des sous-locations. X. LAGARDE, « Transaction et ordre public », *D.* 2000, chron. 217.

9. Ex. : C. trav., art. L. 1231-4 (règles relatives à la résiliation du contrat de travail). La Cour de cassation interdit que la transaction soit conclue prématurément, car le salarié est encore sous la dépendance de l'employeur. Il faut attendre la lettre de licenciement et la motivation qu'elle contient (Cass. soc., 1^{er} juillet 2009, n° 08-43179, *Bull. civ. V* n° 171 ; *JCPS* 2009, n° 1421, n. C. Puigelier : la transaction « ne peut être valablement conclue par le salarié licencié que lorsqu'il a eu connaissance effective des motifs du licenciement par la réception de la lettre... ») La nullité est de nature relative (ordre public de protection) ; seul l'employé peut donc s'en prévaloir : Cass. soc., 28 mai 2002, *Bull. civ. V*, n° 182 ; *JCP* 2002.II.10 147, n. D. Corrigan-Carsin ; *Defrénois* 2002.1253, n. R. Libchaber ; *D.* 2003.1464, 2^e esp., n. A. Devers ; W. DROSS, « Ordre public et transaction », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, ouvr. coll. Dalloz, 2006, p. 63 s.

10. Cass. com., 28 janvier 2003, *Bull. civ. IV*, n° 11.

11. Cass. com., 5 novembre 2003, *Bull. civ. IV*, n° 164 ; *RDC* 2004, p. 1032, obs. X. Lagarde.

12. 1^{er} ex. : une fois le dommage corporel réalisé, une transaction sur l'indemnisation est possible ; 2^e ex. : une fois la rupture du contrat de travail consommée, ou acquise en son principe, une transaction sur ses conséquences est efficace : Cass. soc., 29 mai 1996, préc. : « La transaction ayant pour objet de mettre fin au litige résultant d'un licenciement ne peut valablement être conclue qu'une fois la rupture intervenue et définitive » ; 3^e ex. : la rupture brutale d'une relation établie (C. com., art. L. 442-6) n'empêche pas les parties de transiger : Cass. com., 16 décembre 2014, *Ikea*, n° 13-21363, *Bull. civ. IV* n° 186 ; *Contrats, conc. consom.* 2015, n° 34, n. N. Mathey ; *RTD com.* 2015. 787, chron. N. Dissaux ; *RTD civ.* 2015. 411, obs. P.Y. Gautier : si ce texte « institue une responsabilité d'ordre public à laquelle les parties ne peuvent renoncer par anticipation, il ne leur interdit pas de convenir des modalités de la rupture de leur relation commerciale, ou de transiger sur l'indemnisation du préjudice subi par suite de la brutalité de cette rupture ».

13. Cass. soc. 14 janvier 2014, *supra* n° 1103 : pas d'atteinte à la liberté d'expression du journaliste qui s'est engagé à ne pas dénigrer son ancien employeur pendant 18 mois.

14. Ex. : Paris, 4 décembre 2014, *Contrats, conc. consom.* 2015, n° 101, obs. G. Raymond : crédit mobilier à la suite d'un démarchage, transaction entre le prêteur et les emprunteurs : « il est notamment possible pour les parties de transiger sur les modalités d'application d'un droit acquis d'ordre public, pourvu qu'elles ne méconnaissent pas dans leur principe les droits consacrés par des dispositions impératives, seraient-elles à finalité protectrice ».

15. Ex. : T. com. Rouen, 7 juin 1971, *JCP G* 1971.II.16918.

16. Cass. civ. 1^{re}, 12 juin 1967, *Bull. civ. I*, n° 208 ; *D.* 1967.584, n. A. Breton ; *JCP G* 1967.II.15225, n. R. L.

SECTION II

CAPACITÉ ET POUVOIR

1116. Incapacités. – La transaction constitue un acte de disposition grave, dans la mesure où la contrepartie à l'abandon de l'action peut être difficile à apprécier ; elle est interdite à ceux qui sont frappés d'une incapacité d'exercice : les mineurs et les majeurs incapables.

Curieusement, le régime de la transaction conclue par leur représentant n'est pas homogène. Dans le régime de la tutelle, la transaction, considérée par les rédacteurs du Code civil comme l'un des actes les plus graves et par conséquent entouré d'un luxe de précautions (autorisation du conseil de famille, avis favorable de trois juristes, homologation judiciaire), est devenue, en 1964, un simple acte de disposition : il suffit que les clauses de la transaction soient approuvées par le conseil de famille ou, à défaut, par le juge des tutelles (art. 506). Au contraire, pour l'administration légale pure et simple, la transaction, dans le silence de la loi, semble devoir être traitée comme un acte d'une exceptionnelle gravité : elle constitue une renonciation à un droit, qui exige l'autorisation du juge des tutelles (art. 389-5)¹⁷.

La loi du 5 juillet 1985, relative aux accidents de la circulation, en même temps qu'elle oblige l'assureur ou le fonds de garantie à offrir une indemnité à la victime, règle plus clairement le sort de la transaction avec une personne protégée : tout projet de transaction doit être à peine de nullité soumis pour autorisation au conseil de famille (tutelle) ou au juge des tutelles (administration légale) qui doit être averti avant le règlement (C. assur., art. L. 211-15)¹⁸.

Dans la curatelle, le majeur peut transiger, avec l'assistance de son curateur (rapp. art. 467).

1117. Administrateurs. – D'une manière générale, l'administrateur des biens d'autrui peut transiger, dans la mesure où il a le pouvoir de disposer du droit qui est l'objet du litige.

Ainsi le mandataire conventionnel ne peut transiger qu'en vertu d'un mandat exprès (art. 1988, al. 2) ; cette règle s'applique à l'assureur du responsable, qui ne peut transiger avec la victime que si avait été stipulée une clause dans la police d'assurance¹⁹. Les seules exceptions intéressent le mandataire *ad litem*, représentant en justice une partie au procès : même sans pouvoir spécial, il lie son client par une transaction puisque c'est lui qui, aux yeux des tiers, exerce l'action (CPC, art. 417)²⁰.

La loi règle directement la question à l'égard des mandataires légaux ; par exemple, en cas de redressement ou de liquidation judiciaires, à l'égard des droits dont le débiteur est dessaisi. L'administrateur, dans le premier cas, a le pouvoir de transiger avec l'autorisation du juge-

17. Cass. ch. mixte, 29 janvier 1971, *Bull. civ. ch. mixte*, n° 1 ; D. 1971.301, n. J. Hauser et A. Abitbol, concl. R. Lindon ; *JCP G* 1971.II.16718 ; *Deffrénois* 1971, art. 29881, obs. J. Massip ; en l'espèce, une mineure avait été violée ; ses parents renoncèrent en son nom à toute indemnité en réparation du préjudice moral et matériel causé à la victime, moyennant la somme de 1 200 €. Puis les parents se ravisèrent et invoquèrent la nullité de la transaction, que n'admit pas la cour d'assises ; cassation : « L'administrateur légal, agissant avec le consentement de son conjoint, peut transiger au nom du mineur... ». Mais tout en se présentant comme une transaction, l'acte analysé par l'arrêt constituait une renonciation à un droit au sens de l'article 389-5.

18. Ex. Cass. civ. 1^{re}, 20 janvier 2010, n° 08-19627, *Bull. civ. I* n° 13 ; *RTD civ.* 2010.302, obs. J. Hauser : « contrat judiciaire » entre les parties (parents et assureur), ne pouvant être conclu devant le juge sans l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles.

19. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 1974, *Bull. civ. I*, n° 269 : la clause de direction du procès n'emporte pas, en elle-même, pouvoir de transiger.

20. Cass. civ. 1^{re}, 7 juillet 1987, *Bull. civ. I*, n° 220 ; D. 1988, somm., 236, obs. A. Brunois.

commissaire, le débiteur ayant été entendu (C. com., art. L. 622-7). Dans le second cas, le liquidateur peut transiger avec la même autorisation et selon les mêmes conditions ; dans certains cas, la transaction est en outre soumise à l'homologation du tribunal (C. com., art. L. 642-24).

SECTION III

FORMES

1118. Consensualisme et preuve. – La transaction, malgré les termes de l'article 2044, alinéa 2 exigeant un écrit, est un contrat consensuel et non solennel : sa validité n'est subordonnée au respect d'aucune forme particulière.

L'exigence d'un écrit, formulée par l'article 2044, alinéa 2, est ainsi considérée par les juges comme une règle de preuve. La jurisprudence s'est efforcée de gommer les différences avec le droit commun de la preuve : l'écrit n'est pas exigé en matière commerciale²¹ ; la preuve testimoniale est recevable s'il existe un commencement de preuve par écrit²² ou en cas d'impossibilité morale de se procurer un écrit²³. Plusieurs arrêts ont décidé qu'une transaction ne pouvait être modifiée qu'en respectant les formes du contrat²⁴. Resurgit le vieux principe romain du parallélisme des formes²⁵.

En pratique, les parties croient souvent nécessaire d'utiliser les termes de « *transaction* » ou d'« *accord transactionnel* » et de se référer expressément aux dispositions du Code civil relatives à la transaction. Ce formalisme incantatoire n'a aucune vertu : il n'empêche pas d'agir en nullité de la transaction, ou de requalifier une transaction simulée. Il reste que la transaction, comportant une renonciation, implique une volonté caractérisée et fait normalement l'objet d'une interprétation restrictive²⁶ : mieux vaut qu'elle soit écrite et claire. Les parties utilisent souvent un préambule (« *il a tout d'abord été rappelé...* »), qui sert à interpréter l'acte.

1119. Formes protectrices. – Afin de protéger une partie réputée influençable, la loi impose exceptionnellement un formalisme particulier. Ainsi l'assureur ou les Fonds de garantie, que la loi oblige à offrir à la victime une indemnité dans un certain délai, doivent mentionner en caractères très apparents, dans l'offre de transaction et dans la transaction elle-même, la faculté qui appartient à la victime de dénonciation dans les quinze jours de l'acceptation (C. assur., art. L. 211-16 et L. 422-2). La loi impose ainsi, d'évidence, la rédaction d'un écrit.

21. Cass. civ., 26 décembre 1950, S. 1952.I.37, n. R. Meurisse.

22. Jurisprudence constante ; ex. : Cass. civ. 3^e, 6 février 1973, Bull. civ. III, n° 104.

23. L. BOYER, *op. cit.*, *supra*, n° 1099, n° 76.

24. Cass. civ. 1^{re}, 10 octobre 1995, Bull. civ. I, n° 360 ; RTD civ. 1996.643, obs. P.-Y. Gautier : « Cette transaction ayant entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, celles-ci ne peuvent en modifier les modalités d'exécution qu'aux conditions de forme auxquelles elle est soumise ». Cass. com., 27 février 1996, *ib.* : modification des conventions entre sociétés et administrateurs.

25. S. BECQUÉ, *Le parallélisme des formes en droit privé*, th. Paris II, éd. Panthéon Assas, 2003, n°s 225 et s.

26. *Infra*, n° 1129.

SECTION IV

CONSENTEMENT

1120. Droit commun, droit spécial. – La transaction implique, comme toute convention, que les parties aient échangé un consentement éclairé : un vice du consentement en provoque la nullité (relative)²⁷. Ainsi du dol ou de la violence (art. 2053, al. 2, bientôt abrogé), qui ne sont pas inhabituels, compte tenu de la tension et de la pression qui entourent souvent la transaction²⁸.

La prescription est de cinq ans comme pour toute nullité. Le point de départ est le jour de la découverte de l'erreur ou du dol²⁹.

Lorsque la transaction est nulle, le juge n'a pas le pouvoir d'en modifier les termes³⁰.

L'erreur était l'objet de trois textes spéciaux³¹. Selon l'article 2052, alinéa 2, qui se démarque du droit commun et de la tradition historique, l'erreur de droit n'est pas une cause de nullité, car c'est l'incertitude sur le droit qui est l'objet même de l'aléa, objet de la transaction³². Cette disposition est destinée à être supprimée par le projet de loi pour la *Justice du XXI^e siècle*. L'erreur sur l'objet de la contestation ou sur la personne permet d'attaquer la transaction (art. 2053, lui aussi devant disparaître)³³. La simple erreur de calcul doit être rectifiée (art. 2058, bientôt

27. B. MALLET-BRICOUT, « Vice et transaction », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, ouvr. coll. Dalloz, 2006, p. 35 s.

28. Violence : * Cass. civ. 2^e, 26 mai 2011, motifs, n° 06-19527, *Bull. civ.* II, n° 120 ; *RTD civ.* 2011.559, obs. P.-Y. Gautier (extorsion alléguée des concessions, mais le juge ne la vérifie pas, à l'occasion du contrôle minimum d'homologation). Dol : Cass. civ. 2^e, 20 octobre 2005, *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. n° 23, n. L. Leveneur ; n.p.B. : dol par réticence d'une partie qui a dissimulé ses revenus. V. cep. pour un cas où le dol était invoqué (mensonge), mais que la Cour de cassation a refusé de sanctionner : Cass. soc., 12 février 1997, *Dr. soc.* 1997.421, n. crit. G. Couturier ; *RTD civ.* 1997.693, obs. crit. P.-Y. Gautier ; *Defrénois* 1997.1077, n. Bénabent : il est vrai que son auteur était un salarié. Pour un cas de violence (contrainte économique) ; * Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000, *Deparis, Bull. civ.* I, n° 169 ; *D.* 2000, *Jur.* 879, n. J.-P. Chazal et 2001, somm. 1140, obs. D. Mazeaud ; *Contrats, conc. consom.* 2000, comm. n° 142, n. L. Leveneur ; *RTD civ.* 2000.827, obs. J. Mestre et B. Fages, 863, obs. P.-Y. Gautier ; *Defrénois* 2000.1124, obs. Ph. Delebecque ; *JCP G* 2001.II.10461, n. G. Loiseau : transaction entre l'assureur-incendie et la victime ; cassation de l'arrêt qui écarte la contrainte économique parce que la transaction ne peut être attaquée pour lésion « alors que la transaction peut être attaquée dans tous les cas où il y a violence, et que la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion ».

29. Cass. civ. 1^{re}, 11 septembre 2013, n° 12-20816, *Bull. civ.* I n° 172, *D.* 2014. 636, obs. S. Amrani et M. Mekki, *JCP G* 2013, 1236, n. N. Guerrero ; *RTD civ.* 2013. 856, obs. P.Y. Gautier ; *Contrats, conc. consom.* 2013, n° 258, n. L. Leveneur : ce fut le jour où le cocontractant était allé consulter un avocat que celui-ci lui fit découvrir le dol qu'il alléguait, au soutien de sa demande en nullité (transaction entre cohéritiers).

30. Cass. civ. 1^{re}, 17 décembre 2002, *Bull. civ.* I, n° 309 ; *RTD civ.* 2003.313, obs. P.-Y. Gautier ; *JCP* 2003.II.10081, n. H. Kenfack : « si le juge peut rescinder la transaction pour dol, il n'a pas le pouvoir d'en modifier les termes, ni pour ce motif, ni pour fait nouveau ».

31. **Bibli.** : P. GERBAULT, « L'erreur dans la transaction », *LPA* 17 juill. 2006, p. 5 s.

32. Cass. civ. 1^{re}, 19 décembre 2000, *Bull. civ.* I, n° 334 ; *RTD civ.* 2001.381, obs. P.-Y. Gautier ; *D.* 2001, *Jur.* 2193, n. Ph. Soustelle : la caution n'aurait pas dû transiger avec le créancier, car celui-ci n'avait pas déclaré sa créance dans la procédure collective ; Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 2001, *Bull. civ.* I, n° 156 ; *D.* 2001, *AJ*, 1944 ; *RTD civ.* 2001.909, obs. P.-Y. Gautier décide le contraire, dans une situation proche, en se fondant sur l'absence d'objet : « quelle que fût l'obligation contractuelle de M. Laurien et de Mme Paul (caution) de s'informer sur la situation du débiteur principal (mis dans une procédure collective), la transaction était nulle faute d'objet ».

33. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 17 juin 2010, n° 09-14144, *Bull. civ.* I, n° 138 : la transaction avec le mandataire sur sa rémunération est nulle, car son propre contrat, qui justifiait sa prétention, était irrégulier.

abrogé)³⁴. À ces textes principaux, s'ajoutent quelques dispositions satellites : l'exclusion de la rescision pour lésion (art. 2052, al. 2, bientôt abrogé) et l'admission de la nullité en cas de découverte : d'un jugement définitif (art. 2056, bientôt abrogé), d'un titre nul lorsque celui-ci a servi de base à la transaction (art. 2054, bientôt abrogé), de la fausseté des pièces (art. 2055, bientôt abrogé) ou d'un titre décisif ignoré des parties (art. 2057, bientôt abrogé).

Ces dispositions complexes et éparées devraient être supprimées par la future loi pour la *Justice du xx^e siècle* ; elles s'expliquent d'abord par l'origine romaine (donc parcellaire et compilatoire), ensuite par la nature même de la transaction. Par définition, les parties renoncent à faire sanctionner en justice leur droit et se contentent de la sanction conventionnelle qu'est la transaction. Elles acceptent donc « un risque d'erreur sur la valeur juridique des prétentions en présence »³⁵ ; elles ne savent jamais quel était, en son principe et son étendue, leur droit ; l'erreur de droit est exclue. Elles renoncent aussi à connaître la valeur exacte du droit litigieux qu'elles abandonnent ou qu'elles limitent, on ne la connaîtra jamais ; de là, l'exclusion de la lésion.

La transaction cependant réalise un accord entre les parties au vu d'une situation objective : le litige, existant ou en germe. Si l'une des parties commet une erreur sur cette donnée qui constitue la cause catégorique de la convention³⁶, la nullité est encourue ; de même en cas d'erreur sur la personne, puisqu'aucun litige n'existe alors avec le cocontractant.

Conformément au droit commun, l'erreur doit avoir été essentielle (nouvel art. 1132). À la différence d'une convention ordinaire, la substance de la transaction ne consiste pas tant dans les concessions réciproques ou les prestations dues à la suite de ce contrat – la transaction n'est pas destinée à réaliser un échange économique³⁷ – que dans le litige qu'elle éteint ou évite. L'erreur n'est donc une cause de nullité que lorsqu'elle affecte les droits litigieux qui la justifient³⁸.

Ces distinctions ne vont pas sans mal. Seules deux catégories d'erreur sont causes de nullité : l'erreur sur l'objet du litige (§ 1) et l'erreur sur l'existence même du litige (§ 2). Après l'adoption du projet de loi pour la *Justice du xx^e siècle*, supprimant les articles 2052 alinéa 2 et 2053 et suivants, les vices du consentement seront soumis au droit commun, c'est-à-dire aux nouveaux articles 1130 et suivants, résultant de la réforme du droit des contrats.

§ 1. ERREUR SUR L'OBJET DU LITIGE

1121. Erreur sur le droit contesté. – Des deux erreurs dont l'article 2053 (bientôt supprimé) admet qu'elles soient causes de nullité, seule l'erreur sur l'objet du litige est souvent invoquée et soulève des difficultés. L'erreur sur la personne ne présente aucune particularité³⁹ ; plus rarement encore « l'erreur-obstacle », c'est-à-dire un malentendu fondamental⁴⁰.

34. Ex. : Cass. civ. 3^e, 15 mai 1991, *Bull. civ.* III, n° 145 : les juges ne peuvent « réparer qu'une erreur purement arithmétique dans la transaction elle-même » ; en l'espèce, la cour d'appel avait décidé « que l'erreur de calcul de l'expert a nécessairement affecté la transaction puisque le rapport d'expertise, qui en est l'annexe, a servi de base à la négociation et que cette erreur doit être réparée ». Cassation.

35. L. BOYER, thèse citée, *supra*, n° 1099, p. 71 et s.

36. L. BOYER, *ib.*, p. 123 et s., et 153 et s.

37. *Supra*, n° 1101.

38. L'erreur sur l'objet du contrat ayant conduit à la transaction ne s'étend pas de plein droit à celle-ci : Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 2016, n° 14-27168, *Bull. civ.* I à paraître, *JCP G* 2016, n° 585, n. G. Deharo ; *D.* 2016. 1231, n. L. Mayer ; *JCP G* 2016, n° 797, obs. Y.M. Serinet.

39. *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

40. Ex. Pau, 6 juin 2005, *JCP G* 2005.IV.3420 : l'assureur avait formulé son offre d'indemnité en euros, alors qu'il pensait en francs ; la disproportion était considérable.

Comme toujours, la notion d'objet est difficile à saisir. L'objet ne consiste pas dans les prestations dues par les signataires de la transaction, qui constituent les concessions⁴¹. Il ne se confond pas, non plus, avec la chose qui est l'objet du droit litigieux : une erreur sur la substance de cette chose ne permet pas d'obtenir la nullité de la transaction⁴². On est proche de l'erreur sur la valeur du droit litigieux, qui ne peut être prise en considération puisque la lésion n'est pas une cause de rescision de la transaction (art. 2052, al. 2, bientôt supprimé). Ainsi, l'erreur sur l'étendue du préjudice présent, c'est-à-dire sur le montant du droit à indemnisation, est-elle exclue⁴³. L'objet du litige est le droit subjectif contesté, qui est le fondement de l'action qu'éteint la transaction : droit à indemnisation, droit au paiement d'un prix, vocation successorale, droit de propriété... Une erreur sur l'existence⁴⁴ ou sur la nature de ce droit⁴⁵ peut entraîner la nullité du contrat. Ou encore, sur son étendue⁴⁶.

Afin de protéger les victimes d'un préjudice, la jurisprudence admet facilement l'erreur sur la nature du droit à indemnisation, ce qui oblige l'assureur à couvrir les conséquences d'un accident, imprévues lors de la transaction. Lorsque les parties transigent sur les conséquences présentes d'un accident, l'apparition de lésions après la transaction et non prévues lors de celle-ci permet de prononcer la nullité pour erreur⁴⁷, comme s'il s'agissait d'un droit à indemnisation de nature différente de celui qui a fait l'objet de la transaction (on se rapproche de l'autorité relative de la chose jugée). Il en va de même, ce qui est plus surprenant, lorsque la transaction a porté

41. Ex. : Paris, 10 avril 1987, *D.* 1987, IR, 134 : l'erreur sur les qualités d'un véhicule remis par un garagiste en exécution d'une transaction n'est pas une cause de nullité.

42. Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 2016, préc. ; Cass. civ. 3^e, 28 octobre 1974, *Bull. civ.* III, n° 383 ; dans la même affaire, Cass. civ. 3^e, 20 juin 1978, *Bull. civ.* III, n° 256 ; en l'espèce, les propriétaires de parcelles expropriées avaient conclu avec l'autorité expropriante un « accord amiable » sur le montant de l'indemnité ; trois ans plus tard, un rapport d'expertise révéla que les parcelles recélaient une réserve de dalles naturelles d'une très grande valeur ; les juges du fond annulèrent la transaction ; cassation : l'erreur sur les qualités substantielles des parcelles ne constituait pas une erreur sur l'objet de la contestation : « l'erreur invoquée par les expropriés et relative à l'étendue du gisement et aux possibilités d'exploitation ne pouvait être prise en considération ».

43. Jurisprudence constante. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 24 octobre 1978, *Bull. civ.* I, n° 320 : décision relative à des accidents de la circulation, qui relèvent de la loi du 5 juillet 1985.

44. Ex. : Une personne transige sur l'étendue de sa responsabilité, alors qu'elle n'est pas responsable (Toulouse, 9 novembre 1959, *D.* 1960.105, n. N. Catala) ; ou la victime ignorait qu'elle avait droit à une indemnité supplémentaire : Cass. soc., 24 novembre 1998, *Bull. civ.* V, n° 515 : « La transaction a été conclue sur la croyance commune que seule l'indemnité légale de licenciement pouvait être réclamée par le salarié » ; ou elle croyait avoir transigé sur le prix d'un tableau dont les auteurs étaient incertains, mais sans qu'il ait jamais été question que ce soit en réalité un Monet, ce qui s'est avéré par la suite : Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 2008, *Bull. civ.* I, n° 95 ; *RDC* 2008.727, obs. Y.-M. Laithier ; *JCP G* 2008.II.10101, n. Y.M. Serinet ; *D.* 2008.1866, n. E. Treppoz ; *Defrénois* 2008.1958, n. R. Libchaber.

45. Ex. : erreur sur la nature des droits successoraux servant de base à une transaction : Cass. civ., 17 novembre 1930, *DH* 1931 ; *S.* 1932.I.17, n. A. Breton ; en l'espèce, il s'agissait d'une « renonciation » à succession faite par un héritier moyennant une somme que lui payent d'autres héritiers ; elle a été annulée pour cause d'erreur sur la substance : « Il y a erreur sur la substance, notamment quand le consentement de l'une des parties a été déterminé par l'idée fautive que cette partie avait de la nature des droits dont elle croyait se dépouiller ou qu'elle croyait acquérir par l'effet du contrat ».

46. Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 2008, préc. : transaction fondée sur une erreur quant à la contenance du bien vendu.

47. Ex. : Cass. civ. 2^e, 10 janvier 1990, *Bull. civ.* II, n° 9 : troubles épileptiques apparus postérieurement à la transaction, conclue au vu d'une expertise qui n'avait retenu que des troubles de mémoire « la cour d'appel a pu en déduire que l'erreur commise par M^{lle} Donnifort, consistant à ne pas avoir prévu les lésions graves dont les symptômes caractéristiques n'étaient apparus et dont le diagnostic n'avait été formulé qu'après la transaction portait sur l'objet même de la contestation ».

sur toutes les conséquences présentes et à venir de l'accident : la découverte d'une lésion imprévisible lors de la transaction en permet la remise en cause⁴⁸.

Cette extension de l'erreur est critiquable ; en réalité, l'objet de la contestation que règle la transaction est le droit à indemnisation, et la victime n'a commis aucune erreur. En outre, la nullité de la transaction est une sanction inappropriée. Il faudrait que la victime puisse obtenir une indemnité supplémentaire, à raison du préjudice nouveau. Il suffirait d'appliquer le principe d'interprétation stricte⁴⁹, ou d'autorité relative de la chose jugée (art. 1355 et 2052, bientôt refondu) ou de limiter au seul préjudice présent l'effet de toute transaction. Ainsi, la loi du 5 juillet 1985, en matière d'accidents de la circulation, permet-elle à la victime de réclamer un supplément de réparation en cas d'aggravation de son dommage (C. assur., art. L. 211-19 ; v. également pour les victimes d'actes de terrorisme et de certaines infractions, C. assur., art. L. 422-2).

1122. Légèreté du créancier. – Une altération du consentement peut être provoquée par le besoin dans lequel se trouve le créancier, pressé d'obtenir son paiement. Le vice n'est pas l'erreur, mais la légèreté. Sauf lorsqu'elle s'identifie à l'absence totale de consentement⁵⁰, elle n'est pas sanctionnée par le droit.

Afin de lutter contre un consentement irréflecti, la loi ouvre cependant à certains contractants, réputés influençables, une faculté de rétractation dans un bref délai, après la signature de la convention : les victimes d'accidents de la circulation (C. assur., art. L. 211-16), d'actes de terrorisme ou de certaines infractions (C. assur., art. L. 422-2) peuvent revenir sur leur acceptation dans les quinze jours. Au fond du droit, le caractère équitable de la transaction est garanti par les sanctions encourues par l'auteur d'une offre manifestement insuffisante (C. assur., art. L. 211-14 et L. 422-2).

§ 2. ERREUR SUR L'EXISTENCE DU LITIGE

1123. Erreur sur le titre. – Le litige est la cause de la transaction. Si les parties ont cru par erreur à l'existence ou à la possibilité d'un litige, cette erreur sur la cause conduit à la nullité de leur convention.

Ainsi, lorsque le litige avait déjà été tranché définitivement par un précédent jugement ignoré des parties (art. 2056, bientôt abrogé). Au contraire, si les parties connaissaient ce jugement, elles ont pu valablement transiger sur son exécution⁵¹ ou modifier les droits qui en étaient issus⁵².

De même, en cas de découverte de la nullité du titre sur l'exécution duquel les parties ont transigé (art. 2054, bientôt abrogé). Le titre s'entend ici de *instrumentum* comme du *negotium*. S'il s'avère que l'une des parties n'a aucun droit, aucun litige relatif à l'exécution de ce droit n'est possible⁵³. Encore faut-il que l'ignorance de la nullité du titre ne soit pas la conséquence d'une erreur de droit, de principe, exclue par l'article 2052, alinéa 2, bientôt abrogé⁵⁴.

48. Cass. civ. 1^{re}, 10 juin 1986, *Le danseur de la discothèque*, Bull. civ. I, n° 164 ; en l'espèce, un jeune homme de 19 ans avait fait une chute en dansant dans une discothèque ; quelques mois après, il reçut de l'assureur une somme le dédommageant de l'incapacité temporaire de travail et signa une « *quittance définitive et sans aucune réserve quelles que soient les circonstances ultérieures* » ; la transaction a été annulée car la victime ignorait les séquelles de son accident.

49. *Infra*, n° 1127.

50. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 3 février 1969, Bull. civ. I, n° 59 : la victime, un ouvrier étranger, ne fit que signer une quittance imprimée à l'avance.

51. * Req., 12 novembre 1902, DP 1902.I.566, cité *supra*, n° 1102.

52. *Supra*, n° 1104.

53. C'est aussi une erreur sur l'objet du litige : *supra*, n° 1121.

54. Req., 14 novembre 1938, DP 1939.I.19 ; Cass. com., 26 novembre 1957, *Aff. des « arômes »*, Bull. civ. III, n° 326 ; en l'espèce, deux sociétés avaient transigé sur l'utilisation de deux marques de

Si les parties ont transigé sur la nullité elle-même, l'erreur est évidemment exclue. De même, si elles ont pris en considération l'éventualité d'une nullité.

Enfin, si l'une des parties a traité au vu d'un *instrumentum* qui s'est révélé faux (art. 2055, bientôt abrogé) ou dans l'ignorance d'un *instrumentum* décisif, eu égard à la portée limitée de la transaction (art. 2057, al. 2, bientôt abrogé)⁵⁵, le litige était purement apparent : la transaction est nulle⁵⁶.

Au contraire, si la transaction porte « généralement sur toutes les affaires » que les parties pouvaient avoir ensemble, elles sont censées avoir renoncé à invoquer la découverte de l'*instrumentum* ; la portée limitée de ce titre ne doit pas remettre en cause une transaction générale (art. 2057, al. 1, bientôt abrogé) ; sauf en cas de dol, toujours sévèrement traité. La future loi sur la *Justice du XXI^e siècle* conduira à l'application du droit commun, erreur, dol et violence.

parfums voisines (Arôme et Arôme trois) ; ultérieurement, l'une des deux marques a été annulée (le mot Arôme, sans addition, pour désigner un parfum, n'est pas, en effet, une marque distinctive) ; la transaction n'en a pas moins été maintenue : « *La rescision d'une transaction conclue en exécution d'un titre nul ne peut être demandée lorsque la nullité du titre est le résultat d'une erreur de droit* ».

55. Ex. : transaction sur une créance qu'un acte de remise de dette découvre ultérieurement a éteinte.

56. L. BOYER, th. citée, *supra*, n° 1099.

■ CHAPITRE III ■

EFFETS DE LA TRANSACTION

Par nature déclarative (Section I), la transaction produit principalement un effet extinctif (Section II) et, accessoirement, un effet obligatoire (Section III).

Sa durée n'est en général pas limitée : elle n'a d'autre terme que les droits et obligations déterminés par les parties, ce qui la rapproche du jugement.

SECTION I

NATURE DÉCLARATIVE

1124. Ni constitutif, ni translatif, ni novatoire. – Le caractère déclaratif de la transaction, aujourd'hui reconnu, l'oppose aux contrats créateurs d'obligations, aux conventions translatives d'un droit¹ et à la novation² (extinctive et créatrice), et la rapproche du jugement et du partage.

La déclarativité est une notion complexe, dont le sens a évolué au fil du temps. On l'a d'abord comprise comme la simple reconnaissance d'un droit préexistant. Pourtant, la transaction n'est pas un acte recognitif : aucune des parties ne reconnaît le bien-fondé de la demande de l'autre³. En outre, elle ne se borne pas à maintenir l'état de droit antérieur : elle serait inutile. Elle ajoute quelque chose aux droits des parties, que, cependant, elle ne transfère, ni ne crée. Un auteur estime que l'effet déclaratif consiste donc dans la détermination nouvelle des droits

1. L. BOYER, th. citée, *supra*, n° 1099, p. 328-353 ; R. MERLE, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, th. Toulouse, 1948, p. 181-205 ; comp., voyant dans la transaction un acte translatif, CHEVALIER, *L'effet déclaratif de la transaction et du partage*, th. Rennes, 1932.

2. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 21 janvier 1997, *Bull. civ. I*, n° 25 ; *Contrats, conc. consom.* 1997, comm. n° 62, n. L. Leveneur ; *D.* 1997, somm. 189, obs. L. Aynès ; *RTD civ.* 1998.378, obs. J. Mestre : les clauses d'un contrat d'assurance, à l'égard duquel est intervenue une transaction, continuent à s'appliquer dès lors que l'objet de la transaction (le droit litigieux) est étranger à ces clauses : « *sauf intention contraire des parties, la transaction n'emporte pas novation* ».

3. Cass. civ. 3^e, 10 novembre 1971, *Bull. civ. III*, n° 549 : une offre de transaction ne vaut pas reconnaissance du bien-fondé des droits du colitigeant ; elle ne permet donc pas de pratiquer une saisie : la créance demeure incertaine : Cass. civ. 3^e, 18 février 1981, *JCP G* 1981.IV.159. V. égal. Cass. civ. 1^{re}, 5 février 2014, n° 13-10791, *Bull. civ. I* n° 18, *JCP G* 2014 n° 504, n. J.-B. Perrier : « *les pourparlers transactionnels ne sont pas constitutifs d'une reconnaissance de responsabilité interruptive de prescription* ».

préexistants⁴. Assez proche, un autre montre que la transaction, comme le partage ou le jugement, a pour effet de « libérer » un droit préexistant, en éteignant la contestation adverse qui l'empêchait d'exister pleinement⁵. Ces explications mettent en évidence l'originalité de la transaction : elle est nécessaire à l'exercice de droits dont elle n'est pourtant pas la source⁶. On peut en dire autant du partage et du jugement. Parfois, les parties confèrent en outre au contrat une prise d'effet rétroactive, le plus souvent pour régulariser une situation de fait ou aménager les conséquences d'une situation à l'origine illicite. Une telle clause est valable, sauf fraude aux droits des tiers⁷.

1125. Droit réel. – La qualification présente un intérêt surtout à l'égard des transactions portant sur un droit réel. Ainsi, la transaction sur un droit de propriété ne transmet pas à celui qui conserve le bien le droit de l'autre : il est censé avoir été propriétaire avant la transaction, qui n'a fait que mettre un terme à la contestation de son droit. Par conséquent, elle n'est pas un juste titre, au sens de l'article 2272⁸. Le possesseur actuel n'est pas l'ayant cause de son colitigeant. L'abandon par l'un à l'autre du bien litigieux ne donne naissance à aucune obligation de garantie⁹.

Naturellement, l'effet déclaratif ne se produit qu'à l'égard du droit qui était l'objet du litige. Si, afin d'obtenir une renonciation totale ou partielle à l'action qui protège ce droit, l'une des parties s'engage à payer une somme d'argent ou remettre un bien, à l'égard de cette contrepartie, la transaction est créatrice ou translatrice¹⁰.

1126. Droit personnel. – Dans la mesure où le droit personnel, objet de la transaction, n'est pas créé, aucune novation ne se produit : les sûretés et accessoires qui le garantissaient demeurent, sauf volonté contraire des parties¹¹.

1127. Réalisme fiscal. – Le droit fiscal, avec réalisme, refuse d'analyser la cause de la transaction et s'en tient à l'apparence : quels que soient les droits antérieurs des parties, il y a mutation, taxable le cas échéant, dès lors que l'effet de la transaction est de déplacer la propriété apparente du bien¹². La transaction est traitée comme un contrat translatif, à titre onéreux si les concessions sont réciproques, lorsqu'elle opère un déplacement « *dans la situation respectivo, dans l'état de possession, dans les droits apparents des parties* »¹³.

Ainsi, la transaction sur la validité d'un testament est-elle taxable comme une mutation, si elle a pour effet de reconnaître à un héritier non saisi, qui n'a pas la propriété apparente, un droit sur

4. R. MERLE, thèse citée, *supra*, p. 189 ; n° 137. Mais l'effet déclaratif ne saurait couvrir des fraudes : v. Cass. soc., 18 juin 1996, *Bull. civ. V*, n° 251 ; *RTD civ.* 1997.449, obs. P.-Y. Gautier.

5. L. BOYER, th. citée, *supra*, n° 1099, p. 362.

6. La transaction peut en outre, mais accessoirement, être source d'obligations, lorsque la contrepartie d'une concession consiste en une obligation de payer, de faire ou de ne pas faire. De la même façon, un contrat translatif, comme la vente, peut être aussi créateur d'obligations.

7. Rapp. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, le contrat, effets*, avec Chr. Jamin et M. Billiau, LGDJ, 3^e éd., 2001, n°s 160-164.

8. *Les biens*, coll. Droit civil.

9. L. BOYER, th. citée, *supra*, n° 1100, p. 346.

10. Ex. : deux voisins transigent sur la propriété d'une cour commune. L'un renonce à sa revendication, moyennant la remise d'une parcelle appartenant à l'autre. La transaction est déclarative, en ce qui concerne la propriété de la cour. Elle est translatrice, à l'égard de la propriété de la parcelle.

11. Req., 26 avril 1880, *DP* 1881.1.12 : « *Il est certain [...] qu'un jugement ou une transaction qui reconnaît l'existence d'une créance antérieure, loin d'éteindre cette créance, ne fait pas autre chose que la confirmer et la corroborer* ». Cass. civ. 1^{re}, 17 octobre 1962, *Bull. civ. I*, n° 430 : vendeur et acquéreur transigent sur une action en rescision pour lésion ; la clause résolutoire continue à s'appliquer ; 25 février 1976, *Bull. civ. I*, n° 86.

12. MAGUERO, *Traité alphabétique des droits d'enregistrement*, 2^e éd., *Transaction*, n° 74.

13. Instruction adm. n° 1229, § 11, cité in MAGUERO, *op. cit.*, n° 75, *Dictionnaire de l'enregistrement*, t. II, n° 4321.

une partie de la succession¹⁴. De même, l'annulation transactionnelle d'une vente est considérée comme une revente, quelle que soit la cause réelle de nullité. Au contraire, la transaction par laquelle le vendeur renonce à exercer une action en nullité n'opère aucun déplacement de la propriété. On retrouve la différence entre renonciations translatives et abdicatives.

Le cas échéant, la somme versée peut être considérée comme un surplus de prix, si la contestation portait sur sa vileté. De même, une transaction peut masquer une libéralité, en l'absence de concessions réciproques.

SECTION II

EFFET EXTINCTIF

1128. Comme un jugement. – L'effet principal de la transaction est d'éteindre l'action en justice relative au droit litigieux. Désormais, aucun procès ne pourra plus être engagé ; s'il y en avait un en cours, il s'achèvera par le dessaisissement du juge : il n'y a plus rien à juger. Tel est le sens de l'article 2052, alinéa 1, dans sa version d'origine : la transaction a le même effet qu'un jugement¹⁵. Elle a également pour objet de prévenir les différends entre les parties.

La première conséquence s'applique principalement aux transactions extrajudiciaires. La transaction dresse un obstacle insurmontable à l'exercice d'une action ; cet obstacle prend la forme procédurale d'une exception d'irrecevabilité¹⁶, s'imposant au juge comme à l'arbitre¹⁷ ; le demandeur n'a plus d'action en justice, quant au droit ayant fait l'objet de la transaction. Seul un litige concernant l'exécution pourrait être déféré aux tribunaux ou à l'arbitre.

Quant aux transactions judiciaires, qui interviennent au cours d'un procès, leur effet est d'interrompre définitivement celui-ci et de dessaisir le juge¹⁸.

Cependant, le dessaisissement ne joue qu'à l'égard de l'objet du litige. Les tribunaux demeurent compétents pour constater la transaction intervenue, à la demande des parties ; et même,

14. Cass. ch. réunies, 12 décembre 1865, *Muteau et Bohet*, S. 1866.I.78 : « Si, aux termes de l'article 2052, les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, et si, à ce titre, elles ont en général un caractère simplement déclaratif, il n'en est pas nécessairement de même vis-à-vis de l'administration de l'enregistrement ; [...] il y a lieu d'examiner si la transaction dont s'agit au procès ne contient pas une disposition soumise à un droit proportionnel ; la transaction du 13 mai 1858, par laquelle les dames B. et M. se sont partagé la succession de Lucien D. a été un contrat commutatif, par lequel l'une des parties s'est volontairement dessaisie d'une portion de biens de la succession dont elle était légataire investie, et l'autre a renoncé à poursuivre l'annulation de la disposition testamentaire ; cette transaction, loin de l'anéantir, a consolidé le testament, puisqu'elle en a consacré le principe et en partie maintenu les effets, et en stipulant, en outre, de la part de la légataire universelle, l'abandon d'une partie des biens légués, elle a été essentiellement translatrice de propriété ».

15. Le projet de loi pour la *Justice du XXI^e siècle* supprime ce texte pour ôter toute référence au jugement et le remplacer par une périphrase, ce qui peut être regretté, car la formule était forte et parlante (« la transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite d'une action en justice ayant le même objet »).

16. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 16 avril 1985, *JCP G* 1985.II.20504, concl. Gulphe ; en l'espèce, deux médecins associés dans une société civile professionnelle avaient convenu de dissoudre la société et d'apurer les comptes entre eux et avec la société ; jugé que l'un des associés ne pouvait plus demander la dissolution ni la liquidation judiciaires.

17. V. cep. : Cass. civ. 2^e, 17 juin 1971, *Bull. civ. II*, n° 222 ; *JCP G* 1971.II.16914 : les pouvoirs limités du juge de l'exequatur ne lui permettent pas d'apprécier si une sentence arbitrale viole l'autorité de chose jugée attachée à une transaction.

18. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} octobre 1980, *Bull. civ. I*, n° 236 : si la transaction intervient après l'arrêt d'appel, le pourvoi en cassation devient sans objet même si le désistement du pourvoi n'a pas été régularisé.

pour accorder à l'une d'elles le titre exécutoire qui lui permettra d'obtenir l'exécution forcée de la transaction (C. pr. civ., art. 1567)¹⁹.

Cet effet extinctif implique que la transaction n'ait pas été résolue pour inexécution, ce que le juge saisi d'une nouvelle action peut constater afin de la déclarer recevable²⁰. Et tout simplement qu'elle ait été exécutée²¹. C'est à celui qui prétend qu'elle ne l'a pas été à en administrer la preuve, qu'il soit en demande ou en défense²².

1129. Effet limité. – L'autorité qui s'attache à la transaction, comme celle qui s'attache au jugement en dernier ressort (art. 2052, al. 1, sur le point d'être supprimé, et 1355), rend irrecevable une nouvelle action qui aurait un objet identique à celui de la convention : il n'y a plus d'action. La règle nécessite une détermination précise de l'objet de la transaction. Comme celle-ci comporte une renonciation conventionnelle, les articles 2048 et 2049 imposent une interprétation étroite : seule une nouvelle action strictement identique à celle qu'a éteinte la transaction est irrecevable (ce qui correspond à l'autorité relative de la chose jugée, cause et objet, art. 1355)²³. Mais le dernier alinéa de l'article 2049 invitant le juge à reconnaître l'intention des parties « *par une suite nécessaire de ce qui est exprimé* » introduit de la souplesse dans la recherche d'intention²⁴.

En réalité, l'appréciation stricte de l'objet de la transaction sert souvent à modérer son effet extinctif et obligatoire, lorsque celui-ci est jugé inopportun. Ainsi, en présence d'une transaction sur les conséquences d'un accident, spécialement celle qui touche à la personne, les tribunaux permettent par ce biais²⁵ à la victime de réclamer l'indemnisation complémentaire d'un préjudice imprévu au moment de la transaction, même si elle porte expressément sur l'ensemble des dommages, présents et à venir²⁶. De même, ils procèdent à une lecture très étroite lorsqu'il est question de sûretés personnelles²⁷.

1130. Effet relatif. – L'effet extinctif de la transaction est relatif, pour deux raisons : d'abord, il s'agit d'une convention qui ne peut produire d'effets qu'à l'égard

19. Angers, 17 mars 1970, *JCP G* 1970.II.16425 ; *RTD civ.* 1970.812, obs. approb. P. Hébraud : « Une transaction intervenue au cours d'un litige y met fin et donne lieu à radiation de l'affaire quand les parties en acceptent l'exécution ; [...] il en est autrement si, tout en se reconnaissant tenue, l'une d'elles refuse d'exécuter son engagement ».

20. *Infra*, n° 1131.

21. *Infra*, n° 1131 ; ex. en matière pénale : Cass. crim., 19 mai 2015, n° 14-85885, *D.* 2015. 1983, n. J.B. Perrier : transaction relative à une infraction de droit de la consommation, il n'est pas prouvé qu'elle a été exécutée (chèque envoyé, pas de preuve qu'encaissé), l'action publique n'est pas éteinte.

22. Comp. Perrier, note préc.

23. Ex. : Cass. soc., 24 avril 2013, n° 11-15204, *Bull. civ. V* n° 116 (en dépit d'une formule générale, la réparation relative à une discrimination sexuelle est exclue du champ de la transaction) ; Cass. soc., 8 décembre 2009, n° 08-41554, *Bull. civ. V*, n° 279 ; *D.* 2010. 97 : transaction entre un salarié et son ancien employeur, les valeurs mobilières de « stock options » n'ont pas été mentionnées, donc le salarié les a conservées. Comp., refusant une interprétation de la transaction fondée sur l'équité et favorable au salarié (constitution d'une rente de retraite) : Cass. soc., 30 novembre 2011, n° 10-21119, *Bull. civ. V*, n° 283 ; *RTD civ.* 2012.335, obs. P.-Y. Gautier ; v. égal., validant la formule plus de réclamation « à quelque titre que ce soit » pour l'employé licencié pour faute grave, appliquée à l'indemnité de préavis : Cass. soc., 5 novembre 2014, n° 13-18984, *Bull. civ. V*, n° 260.

24. P.-Y. GAUTIER, obs. *RTD civ.* 1995.390, 1998.134, 2000.139.

25. La nullité pour erreur sur l'objet est un autre biais : v. *supra*, n° 1121.

26. J.-P. CHAUCHARD, « La transaction sur l'indemnisation du préjudice corporel », *RTD civ.* 1989, 1-39 ; ex. : Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 1963, *Bull. civ. I*, n° 381 ; *JCP G* 1963.II.13413, 1^{re} esp., n. P. Esmein.

27. Cass. civ. 2^e, 8 janvier 2015, n° 13-27377, *Bull. civ. II*, n° 5, *D.* 2015.1034, n. P. Barban ; *RTD civ.* 2015.376, obs. H. Barbier : la caution d'une des parties, également dirigeant de l'entreprise, pour tant partie à l'acte, n'est pas engagée et doit être tenue pour un tiers.

des parties contractantes (art. 1199, ancien art. 1165)²⁸ ; de plus, l'autorité de chose jugée que l'article 2052, alinéa 1 (bientôt supprimé) attache à la transaction ne se produit qu'entre les colitigeants et leurs ayants cause universels, et à propos d'une action déterminée. Aussi l'exception de transaction ne peut-elle être opposée ni à une personne qui n'a pas été partie à la transaction²⁹ ; ni à une partie, dès lors que celle-ci agit en une qualité ou en vertu de titres différents (art. 2050 et 2051). Le tiers n'a donc même pas à en réclamer la nullité – s'il le faisait, il serait irrecevable.

La transaction pourrait exceptionnellement avoir un effet étendu, par exemple si elle est conclue par une association de consommateurs dans le cadre d'une action de groupe (variété de « *class action* »), pour le compte d'une catégorie entière de victimes, lesquelles auraient adhéré au groupe (rappr. C. consom., art. L. 623-23)³⁰.

Cependant, les tiers pourraient, conformément au droit commun des obligations (art. 1200), l'opposer à l'une des parties, au titre de fait juridique, au moins si ce bénéfice constitue une suite naturelle de l'acte, objective ou par la volonté des parties, et s'il n'y a pas lieu d'apprécier largement sa portée, car le tiers se heurte *a fortiori* aux articles 2048 et 2049 précités³¹. Inversement, la transaction peut leur être opposée s'ils l'ont spontanément exécutée³².

À l'égard des cautions ou des garants de la dette (par exemple l'assureur), la transaction produit le même effet qu'un jugement : elle fixe la dette principale et par conséquent s'impose aux garants³³. Ils peuvent aussi l'invoquer si tel est leur intérêt³⁴. La règle comporte des exceptions, destinées à sauvegarder les intérêts du garant³⁵. Elle est écartée en cas de transaction frauduleuse.

La transaction obtenue par un coobligé solidaire en ce qui concerne sa part dans l'obligation ne produit aucun effet sur les autres³⁶. Mais si la transaction porte sur l'obligation elle-même, elle

28. Ex. en matière successorale – héritier qui transige avec un autre, sans obliger les autres cohéritiers : Req., 2 janvier 1877, *DP* 1877.1.13 ; Cass. civ. 3^e, janvier 1883, *DP* 1883. 1. 457 : « Elle ne préjudicie pas aux tiers et ne peut être invoquée par eux ».

29. Ex. : Cass. civ. 2^e, 8 janvier 2015, n° 13-27377, *Bull. civ.* II, n° 5 ; *D.* 2015. 1034, n. P. Barban ; *RTD civ.* 2015. 376, obs. H. Barbier : la transaction homologuée n'a pas de force exécutoire à l'encontre de la caution, dirigeant de la société qui a transigé, alors même qu'il figurait en tant que tel à l'acte (c'est une interprétation très libérale pour la caution, v. ci-dessus) ; Cass. com., 14 avril 1992, *JCP G* 1992.IV.1797 ; jugé que la transaction faite par le dirigeant d'une société n'était pas opposable à une banque qui avait acheté un certain nombre d'actions de cette société.

30. Sur l'opposabilité de la transaction en général : P. PAILLER, *Rev. Lamy dr. civ.*, mai 2015, p. 59.

31. Ex. : Cass. soc., 20 novembre 2013, n° 10-28582, *Bull. civ.* V n° 277, *RDC* 2014. 243, obs. S. Pellet : le repreneur des actifs d'une entreprise en liquidation judiciaire peut opposer au salarié la transaction conclue avec celle-ci, aux termes de laquelle celui-là renonçait à ses contestations. On doit cependant prendre garde à ce que les renonciations sont de droit étroit.

32. Cass. civ. 1^{re}, 20 mai 2003, *Bull. civ.* I, n° 119.

33. Cass. civ. 1^{re}, 5 octobre 1999, *Bull. civ.* I, n° 253 : l'assureur subrogé prenant la place du subrogeant, doit souffrir la même exception de chose jugée tirée de la transaction.

34. Cass. com., 9 novembre 1970, *Bull. civ.* IV, n° 296.

35. En matière d'assurance de responsabilité, les polices interdisent souvent au responsable de transiger avec la victime à peine d'inopposabilité de la transaction à l'assureur (C. assur., art. L. 124-2).

36. L'effet extinctif de la transaction ne se produit alors qu'à l'égard du coobligé qui transige : Cass. com., 14 février 1989, *Bull. civ.* IV, n° 67 : « Si la transaction faite par un coobligé ne lie pas les autres intéressés, elle ne peut être opposée par ceux-ci pour se soustraire à leur propre obligation ».

peut être invoquée par les coobligés, si tel est leur intérêt³⁷. Ceux qui ont payé jouissent d'un droit à contribution contre les autres³⁸.

SECTION III

EFFET OBLIGATOIRE

1131. Contrat synallagmatique. – Accessoirement, car ce n'est pas son principal objet, la transaction peut donner naissance à des obligations, qui constituent la contrepartie d'une renonciation : obligation de livrer un bien, obligation de payer une somme d'argent, ou d'exécuter une promesse de vente³⁹. À cet égard, elle se présente comme un contrat synallagmatique ordinaire.

Ces obligations peuvent faire l'objet d'une exécution forcée. L'article 2047 (bientôt abrogé par la loi sur la *Justice du XXI^e siècle*) permet d'assortir la transaction d'une clause pénale, afin d'en garantir l'exécution : celle-ci s'entend non seulement de l'interdiction d'exercer l'action en justice éteinte, mais encore de l'accomplissement des prestations promises, lorsqu'il en existe⁴⁰. Les parties peuvent modifier la transaction, d'un commun accord. La prescription de l'action en exécution est celle du droit commun, sauf lorsque la transaction procéderait d'un autre acte, au délai pour agir plus court⁴¹.

Bien que cette règle ait été jadis discutée par un excès d'analogie entre le jugement et la transaction, la résolution pour inexécution (art. 1224 ets., ancien art. 1184) peut sanctionner la carence fautive de l'une des parties⁴². *A fortiori*, une simple exception d'inexécution peut être opposée par la partie non fautive.

En cas de résolution, les parties seront, du fait de la rétroactivité, remises dans l'état où elles se trouvaient avant la conclusion de la transaction et chacun de leurs droits respectifs leur sera restitué, intact. Mais les tribunaux hésitent parfois à la prononcer et préfèrent la stabilité du contrat à la renaissance du litige, soit que l'inexécution affecte une obligation qui n'est pas la contrepartie de la renonciation⁴³, soit que l'inexécution elle-même ne soit pas avérée⁴⁴, soit enfin

37. Cass. com., 28 mars 2006, *Bull. civ.* IV, n° 85 ; D. 2006.2381, n. A.-L. Thomas-Raynaud ; *RTD civ.* 2006.766, obs. J. Mestre et B. Fages : « un codébiteur solidaire peut invoquer la transaction intervenue entre le créancier commun et l'un de ses coobligés, dès lors qu'il en résulte un avantage dont il peut lui-même bénéficier » (le créancier impayé ayant effectué des travaux pour le compte de deux sociétés de cinéma, ayant transigé avec une et renoncé à son droit d'agir, n'a de ce fait plus de droit contre l'autre).

38. Le codébiteur condamné, qui a transigé peut se retourner contre l'autre (gestion d'affaires, subrogation) : Req., 3 décembre 1906, *DP* 1908.5.34.

39. * Cass. Ass. plén., 24 février 2006, *Bull. civ. Ass. plén.* ; *JCP G* 2006.II.10 065, avis J. Cedras ; *Defrénois* 2006.973, obs. S. Becqué ; D. 2006.2057, obs. S. Chassagnard-Pinet et 2076, n. Chr. Jamin ; *RDC* 2006.689, obs. Y.-M. Laithier.

40. L. BOYER, th. citée, *supra*, n° 1099, p. 336-340.

41. Cass. civ. 2^e, 19 novembre 2015, n° 13-23095, *Bull. civ.* II à paraître : « l'action en exécution d'une transaction relative au règlement du sinistre dérive du contrat d'assurance », de sorte qu'elle est soumise à la prescription biennale.

42. Sur le principe, Paris, 20 septembre 1996, *D. Aff.* 1997.49 : « L'autorité de la chose jugée s'attachant à celle-ci n'empêche pas la partie qui se plaint de l'inexécution par l'autre partie d'une des obligations mises à sa charge par le protocole d'accord, de solliciter la résolution du contrat sur le fondement de l'article 1184 [devenu art. 1227], C. civ.. ».

43. Req., 24 janvier 1898, préc. : « Les avantages inexécutés n'avaient point formé, dans l'intention commune des contractants, la condition de la renonciation faite par la demanderesse à tous ses droits sur le domaine d'A... ».

44. Req., 26 juillet 1875, préc.

que le retour au *statu quo ante*, c'est-à-dire la renaissance de l'action en justice, objet de la transaction, soit impossible. L'exception d'inexécution a également été admise⁴⁵. En revanche, le cocontractant n'est pas en faute s'il jouit d'une cause légitime à ne pas exécuter⁴⁶.

Lorsque les conditions de la résolution sont réunies, les tribunaux la prononcent directement ; ou la constatent en accueillant l'action en justice et en repoussant l'exception de transaction⁴⁷. La partie qui ne l'exécute pas ne saurait l'opposer à l'autre⁴⁸. Celle-ci peut réclamer une indemnisation sans pour autant provoquer la résolution⁴⁹.

N^{os} 1132-1199. réservés.

45. Ex. : Cass. soc., 13 novembre 1959, *Bull. civ. V*, n° 1140 ; *D.* 1960.111 ; *S.* 1960.I.73 : « Une convention portant transaction ne peut être opposée par l'un des contractants que s'il en a respecté les conditions ».

46. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 10 septembre 2015, n° 14-20917, *Bull. civ. I* à paraître ; *RTD civ.* 2015. 897, obs. P.Y. Gautier : procédure collective, impossibilité légale de régler ce qui est dû, aux termes de la transaction.

47. Ex. : Cass. com., 25 octobre 1965, *Bull. civ. III*, n° 523 : en l'espèce, une instance en résolution d'une vente s'était achevée par une transaction obligeant le vendeur à effectuer certaines vérifications, qu'il n'a pas accomplies ; jugé qu'une nouvelle action en résolution était recevable.

48. Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2012, n° 09-11582, *Bull. civ. I* n° 173 ; *D.* 2012. 2577, n. P. Pailler ; *Contrats, conc. consom.* 2012, n° 250, n. L. Leveneur ; *RTD civ.* 2013. 138, obs. P.Y. Gautier et 169, obs. Ph. Théry ; *RDC* 2013. 83, obs. Y-M. Laithier : l'une des parties n'a pas réalisé les travaux promis dans la transaction, la demande d'indemnisation de l'autre est à ce titre recevable.

49. Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2012, préc.

■ TITRE II ■

CONVENTIONS D'ARBITRAGE

1200. Compromis et clause compromissoire. – L'objet des conventions d'arbitrage est la soumission à un arbitre d'un litige éventuel (clause compromissoire) ou actuel (compromis). Le déroulement de l'arbitrage relève du droit judiciaire. Un exposé préalable permettra de comprendre dans quel processus s'engagent les parties (Premières vues). Seules seront exposées les règles qui gouvernent ces conventions : règles communes à leur domaine (Chapitre 1) ; règles propres à la clause compromissoire (Chapitre 2) et au compromis (Chapitre 3), pour leur régime juridique.

PREMIÈRES VUES SUR L'ARBITRAGE

La notion d'arbitrage (Section I) et la distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international (Section II) conduisent à l'examen de sa nature juridique (Section III).

SECTION I NOTION

1201. Un juge privé. – Deux voies s'ouvrent aux parties lorsqu'elles décident de faire trancher par un tiers le litige qui les oppose. Elles peuvent avoir recours à la justice publique, c'est-à-dire à des magistrats professionnels, organisés au sein du service public de la justice. Elles peuvent aussi décider de faire trancher le litige par une personne ou un collègue de personnes qu'elles choisissent et investissent de leur confiance : les arbitres.

L'arbitrage est une justice privée, dont la source se trouve dans la volonté des parties. Le litige est soustrait aux juridictions étatiques ; il est confié à des individus qui reçoivent des parties la mission de juger¹. L'arbitrage présente un double visage : juridictionnel, car, comme celle d'un juge, la fonction de l'arbitre est de trancher le litige en disant le droit ; à ce titre, il est investi du pouvoir de *jurisdictio*² ; conventionnel, car l'origine de ce pouvoir se trouve dans un accord

1. C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Domat-Montchrestien 2013 ; Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, th. Paris II, LGDJ, 1987, préf. B. Oppetit ; J.-M. JACQUET et al., *Droit du commerce international*, 3^e éd., Dalloz, 2015 ; O. CACHARD, *Droit du commerce international*, 2^e éd., LGDJ, 2011 ; H. MOTULSKY, *Écrits*, t. II, *Études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1974 (rééd. 2010), préf. B. Goldman et Ph. Fouchard ; B. GOLDMAN, Ph. FOUCHARD et E. GAILLARD, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996 ; Ph. FOUCHARD, *Écrits*, Comité fr. arb., 2007 ; J. BÉGUIN et alii, *Droit du commerce international*, 2^e éd., LexisNexis, 2011 ; *L'arbitrage*, coll. Archives philosophie du droit Sirey, 2009. Th. CLAY, *Code de l'arbitrage commenté*, LexisNexis. **Étymologie** d'arbitre : du latin *arbitrator*, *tri* = témoin (qui assiste à une chose), *judge* ; dérivé, le verbe : *arbitror*, *are* = observer, épier, arbitrer, penser. Pour une vue historique, DOMAT, *Le droit public*, Livre II, Titre VII ; J. HILAIRE, *Rev. arb.* 2000.187.

2. Cl. CHAMPAUD « Le juge, l'arbitre, l'expert et le régulateur au regard de la *jurisdictio* », *Ét. J. Béguin*, Litec, 2005, p. 71 et s. ; *contra* : V. HEUZÉ, « Une variété de transaction : la convention d'arbitrage », *Rev. arb.* 2015. 3, pour lequel l'arbitrage reposerait sur le mandat et la transaction, sans revêtir de caractère juridictionnel.

de volontés : le compromis ou la clause compromissoire³. À la différence du juge étatique, dépositaire de l'autorité publique, l'arbitre ne dispose pas du pouvoir de contrainte, en tout cas, pas pleinement : il n'a pas l'*imperium*⁴. Cette infériorité de l'arbitrage par rapport au procès étatique rendra souvent nécessaire une collaboration du juge et de l'arbitre, afin d'assurer l'exécution des décisions de celui-ci.

Les avantages de l'arbitrage sont divers, mais contestés et relatifs dans le temps et l'espace⁵. Traditionnellement, la justice arbitrale présente trois qualités : elle est plus rapide, moins onéreuse et surtout plus efficace que la justice étatique. Mais il y a des arbitrages qui n'en finissent pas, alors que le procès civil, à l'époque contemporaine, peut être rapide. L'arbitrage est devenu souvent onéreux, ne serait-ce qu'en raison de la rémunération des arbitres, en plus de celle des auxiliaires de justice. À la différence du juge, l'arbitre est choisi par les parties ; il bénéficie de leur confiance ; le déroulement de l'instance arbitrale dépend de leur convention ; l'arbitre est souvent choisi en raison de ses compétences techniques, dont on peut attendre une meilleure justice. Le recours à l'arbitrage, à la différence du procès étatique, permet parfois de préserver des relations d'affaires, malgré le litige. Enfin, l'arbitrage peut demeurer secret, alors que la justice étatique est publique, ce qui, dans le monde des affaires, n'est pas négligeable⁶.

1202. Encouragement étatique ; droit spontané. – L'arbitrage est une institution ancienne et universelle. Certains voient en lui l'origine de la justice étatique, ce qui est contesté⁷, que, pour le moins, il concurrence directement. Pourtant, en France, l'État n'a jamais véritablement cherché à imposer son monopole. Au contraire, dès l'Ancien droit, l'arbitrage a été encouragé et même imposé en certaines matières par la loi. Il a traversé la tourmente révolutionnaire, et fait l'objet, dans le Code de procédure civile de 1806, d'un titre entier. Malgré un sérieux coup d'arrêt donné au développement de la clause compromissoire par la Cour de cassation au milieu du XIX^e siècle⁸, il n'a cessé de s'étendre, notamment sous l'influence du commerce international. L'arbitre jouit d'une grande liberté par rapport au juge⁹.

Aujourd'hui, il est l'objet de deux groupes de textes. D'une part, les articles 2059 à 2061, qui comportent quelques règles générales relatives au domaine du compromis et à celui de la clause compromissoire¹⁰. D'autre part, et surtout, le livre quatrième du Code de procédure civile (réformé par le décret du 13 janvier 2011) : titre I pour l'arbitrage interne (art. 1442-1503), qui ne régleme pas seulement la procédure arbitrale, mais aussi les conventions d'arbitrage, titre II pour l'arbitrage international (art. 1504-1527). En outre, certaines lois spéciales organisent des arbitrages particuliers : ainsi, la loi du 29 mars 1935 instituant la Commission arbitrale des journalistes (C. trav., art. L. 7112-4 et s.), chargée de trancher les contestations relatives à l'indemnité de licenciement d'un journaliste, sous certaines conditions. On trouve désormais l'arbitrage au cœur de toutes sortes de matières qui pourtant sont *a priori* étrangères aux affaires : consommation, travail, contrats médicaux, rapports locatifs, famille¹¹... Il faut également compter avec le droit spontané, au cœur des affaires : droit des sociétés, marchés financiers,

3. J. BILLEMONT, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, LGDJ, 2013.

4. Ch. JARROSSON, in « Réflexions sur l'imperium », *Ét. Bellet, Litec*, 1991, p. 245 et s.

5. R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982, n^{os} 8 et s.

6. Sur les aspects sociologiques de l'arbitrage : E. GAILLARD, « Sociologie de l'arbitrage international », *JDI* 2015, doct. 9.

7. Ch. JARROSSON, th. préc., n^{os} 3 et 4.

8. *Infra*, n^o 1241.

9. P. MAYER, « La liberté de l'arbitre », *Rev. arb.* 2013. 339.

10. Certains souhaitent leur abrogation : Th. CLAY, *JCP G* 2014, n^o 492.

11. N^o spécial de *Droit et patrimoine* mai 2002, dirigé par Th. Clay, p. 40 et s. ; M. DE FONTMICHÉL, *Le faible et l'arbitrage*, Economica, 2013.

marchés publics internationaux. Il se développe également sur l'Internet¹². La doctrine joue un rôle important¹³.

1203. Institutions d'arbitrage. – Les parties à la convention d'arbitrage peuvent l'organiser elles-mêmes dans ses moindres détails : choix des arbitres, délais, siège du tribunal arbitral, règles de procédure... Cette organisation propre à un litige déterminé est qualifiée d'arbitrage *ad hoc*. La méthode présente l'inconvénient de nécessiter un accord spécial sur tous les éléments de la procédure, auquel il peut être difficile de parvenir une fois que le litige est né. En outre, lorsqu'il existe entre les parties un flux de relations commerciales, susceptibles de donner naissance à une pluralité de litiges analogues, la répétition de conventions spéciales est une perte de temps et d'argent.

L'essor de l'arbitrage commercial a suscité, depuis plusieurs années, la création par les professionnels du commerce et les juristes d'institutions d'arbitrage, qui, sous des appellations diverses (Cour d'arbitrage, Chambre arbitrale, Comité d'arbitrage, Association d'arbitrage...), ont pour objet d'offrir aux parties une structure permanente et organisée¹⁴. Ces institutions ne procèdent pas elles-mêmes à l'arbitrage ; mais elles administrent le procès en proposant aux parties une liste d'arbitres qu'elles ont choisis, en édictant un règlement d'arbitrage qui détermine le déroulement du procès et en s'offrant à régler les principales difficultés qui peuvent surgir. Les institutions sont variées : privées ou publiques, certaines sont spécialisées dans l'arbitrage international¹⁵ – la plus connue et la plus importante est la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale¹⁶ –, d'autres dans l'arbitrage interne ; les unes sont réservées à certains litiges spécialisés¹⁷, les autres ont une vocation générale ; et elles sont aussi nombreuses¹⁸. Il suffit aux parties de désigner telle institution, pour que son organisation et son règlement deviennent des éléments de leur convention ; elles sont ainsi dispensées d'organiser elles-mêmes l'arbitrage. Leur rôle se borne à organiser l'arbitrage, elles n'interviennent pas dans la mission juridictionnelle des arbitres et n'ont que des tâches administratives¹⁹.

Ces institutions n'ont pas que des avantages²⁰ ; elles constituent cependant une puissante incitation à l'arbitrage. Lorsque le litige met en cause des éléments techniques spéciaux (qualités, performances d'un produit, d'un procédé...) ou les usages d'une profession, ces organisations inspirent davantage confiance que le juge étatique. Sous leur égide s'élabore progressivement

12. *Dr. et patr. préc.*, p. 52 et s.

13. D. HASCHER, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence française en matière d'arbitrage », *Rev. arb.* 2005.391.

14. Ph. FOUCHARD, in *Les institutions d'arbitrage en France*, Colloque Paris, janvier 1990, *Rev. arb.* 1990.281 ; Th. CLAY, *passim*.

15. Ex. : R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, *Economica*, 1982, n^{os} 41 à 54. Ex. : le CIRDI, créé par la Convention de Washington de 1965, ayant pour objet l'arbitrage des différends entre un État et un investisseur étranger : R. DAVID, n^{os} 174-177.

16. J.-J. ARNALDEZ, « Un centre international : la Chambre de commerce internationale », in *Les institutions d'arbitrage en France*, *préc.*, 249 ; Ex. : Paris 22 janvier 2009, *JDI* 2009. 617, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2010. 314, n. Ch. Jarrosson ; *RTD com.* 2010.542, obs. E. Loquin : la CCI est une ONG, son règlement d'arbitrage, destiné aux professionnels, constitue une offre de contracter (contrat d'organisation d'arbitrage), auquel elles adhèrent ; les clauses limitatives de responsabilité sur ses obligations essentielles sont réputées non écrites (application de la jurisprudence *Chronopost*). Les parties sont corrélativement tenues à son endroit d'une obligation de coopération (spécialement sur les diligences et le respect du calendrier).

17. Ex. : la Chambre arbitrale maritime de Paris, la Cour d'arbitrage de l'OMPI (propriété intellectuelle, y compris litiges relatifs à l'Internet), ou celle du cinéma.

18. Ph. FOUCHARD (*op. cit.*, p. 287) recensait 36 centres permanents d'arbitrage siégeant en France en 1990. Dans le monde, ils sont des centaines ; R. DAVID, *loc. cit.*

19. Cass civ. 1^{re}, 11 mars 2009, n^o 08-12149 ; *D.* 2009.880, n. X. Delpech ; *Bull. civ.* I, n^o 48 : l'impartialité du secrétaire général de la cour n'a pas à être suspectée.

20. *Les institutions d'arbitrage en France*, Colloque précité ; R. DAVID, *op. cit.*, n^o 48, dénonce le danger d'une justice corporative.

une « jurisprudence arbitrale », particulièrement utile dans le commerce international, et tendant à constituer la *lex mercatoria*. Elles n'ont cependant pas fait disparaître l'arbitrage *ad hoc*²¹.

L'arbitrage présente trois caractères essentiels : il implique l'existence d'un litige, tranché par la décision d'un tiers, laquelle s'impose aux parties. C'est l'absence de l'un de ces éléments qui permet de distinguer les institutions voisines de l'arbitrage : la transaction, la conciliation et l'expertise²².

1204. Arbitrage et transaction. – Comme la transaction²³, l'arbitrage naît de la convention des parties et a pour objet le règlement d'un litige. Mais la transaction est un contrat, tandis que la sentence arbitrale est un acte juridictionnel : les recours des parties ne sont pas les mêmes²⁴. Le pouvoir de transiger n'implique pas celui de compromettre (art. 1989). La question se pose surtout lorsque les parties en litige conviennent de s'en remettre à un tiers dont elles acceptent par avance la décision : compromis ou transaction ?

La différence est nette en principe : la transaction constate une renonciation réciproque des parties à leur action ; elle implique, immédiatement, des concessions réciproques²⁵, qui éteignent le litige. Tandis que le compromis et la clause compromissoire laissent entières les prétentions des parties ; l'arbitre pourra consacrer totalement l'une d'elles²⁶. Lorsque la convention relative au litige doit être achevée par l'activité d'un tiers, tout dépend de la mission de celui-ci : trancher un litige ou compléter l'accord des parties. En cas de doute, on examinera si, au moment de la convention, les parties renoncent d'ores et déjà à un droit (transaction), ou si au contraire elles maintiennent leurs prétentions (compromis)²⁷.

1205. Arbitrage, médiation et conciliation. – Entre la conciliation ou la médiation et l'arbitrage, il est de nombreuses relations. Ils sont des « *modes alternatifs de règlement des différends* » ou MARD. L'une et l'autre permettent de mettre un terme à un litige, par l'entremise d'un tiers, conciliateur, médiateur ou arbitre. Ce sont également des procédés conventionnels. Souvent, les parties s'engagent à se soumettre à une procédure de conciliation, avant d'exercer leur action ; la Cour de cassation entend donner à cette convention une force comparable à celle de la clause compromissoire, en décidant que la demande en justice est irrecevable, tant que le préalable de la conciliation n'a pas été mis en œuvre²⁸. Les institutions d'arbitrage proposent également des règlements de conciliation et d'arbitrage. L'arbitre peut avoir été un conciliateur²⁹. L'acceptation d'une

21. Environ un tiers des sentences seraient, en France, rendues par des arbitres *ad hoc* : Ph. FOUCHARD, *op. cit.*, p. 285 ; comp. P. LALIVE, « Avantages et inconvénients de l'arbitrage *ad hoc* », in *P. Bellet*, 1991, p. 301 et s.

22. Ch. JARROSSON, « Les frontières de l'arbitrage », *Rev. arb.* 2001.5, et les arrêts publiés dans la même livraison.

23. *Supra*, n° 1101 ; Cass. civ. 1^{re}, 26 octobre 1976, *Bull. civ.* I, n° 305.

24. Ch. JARROSSON, *th. précit.*, n°s 395-446.

25. *Supra*, n° 1103.

26. Paris, 21 mai 1954, *JCP G* 1954.II.8232, maintenu par Cass. civ. 1^{re}, 18 juin 1958, *Rev. arb.* 1958.91.

27. Ch. JARROSSON, *loc. cit.*, pour qui le blanc-seing confié par les parties à un tiers pour qu'il mette fin à un litige est un compromis.

28. Cass. ch. mixte, 14 février 2003, *Bull. ch. mixte*, n° 1 ; *RDC* 2003, p. 182, obs. L. Cadiet, p. 189, obs. X. Lagarde ; *Contrats, conc. consom.* 2003, comm. n° 84, n. L. Leveneur ; *Comm. com. élect.* 2003, n° 60, n. Grynbaum ; *RTD civ.* 2003, p. 294, obs. J. Mestre et B. Fages, p. 349, obs. R. Perrot ; Cass. civ. 2^e, 6 juillet 2000, *Contrats, conc. consom.* 2001, comm. n° 2, n. L. Leveneur (ce qui inclut le différend relatif à la nullité même du contrat, rapp. *infra*, n° 1240).

29. Cass. civ. 2^e, 10 juillet 2003, *Bull. civ.* II, n° 233 ; *D.* 2003.3180, obs. Th. Clay.

médiation n'exclut aucunement le recours à l'arbitrage³⁰. Enfin, en tout juge ou arbitre sommeille un conciliateur (C. pr. civ., art. 21)³¹.

La médiation et la conciliation, longtemps inorganisées par la loi, sont aujourd'hui l'objet d'un embryon de réglementation, sous l'influence des autorités communautaires. Une directive du 21 mai 2008, transposée par l'ordonnance du 16 novembre 2011, a pour objet les médiations conventionnelle et judiciaire (L. 8 févr. 1995, art. 21 et s.). La loi *Beteille* du 22 décembre 2010 a introduit dans le Code civil (art. 2062-2068) la « *convention de procédure participative* ». Ces deux textes ont conduit au rétablissement d'un Livre V dans le Code de procédure civile consacré à « *La résolution amiable des différends* » (art. 1528-1567). Sans parler de la conciliation ou de la médiation qui interviennent une fois le juge saisi. Il n'existe pas de réelle différence entre la conciliation et la médiation conventionnelles.

La différence essentielle avec l'arbitrage tient à l'autorité de la décision du tiers qui s'entremet³². La décision de l'arbitre, que les parties ignorent lorsqu'elles se soumettent à l'arbitrage, s'impose à elles ; c'est un acte juridictionnel. Au contraire, les propositions du médiateur ou du conciliateur doivent être acceptées par les parties : seul cet accord, qui a la nature d'une transaction³³, leur donne force obligatoire.

Lorsqu'il statue comme amiable compositeur³⁴, l'arbitre est surtout préoccupé de trouver une solution équitable et acceptable par les parties. L'esprit de conciliation plane sur l'arbitrage³⁵. Mais la décision de l'arbitre amiable compositeur est juridictionnelle et s'impose aux parties.

La distinction présente un vif intérêt : la convention de conciliation n'est pas une convention d'arbitrage³⁶ ; le domaine des conventions d'arbitrage (compromis et surtout clause compromissoire) est limité par une série de règles³⁷ qui ne s'imposent pas en matière de conciliation³⁸. En outre, la procédure de conciliation ou de médiation est à l'abri des principes généraux du procès.

1206. Arbitrage et expertise. – L'expert est un tiers qui intervient souvent à l'occasion d'un litige, afin d'éclairer les parties, le juge ou l'arbitre sur certains éléments techniques. Il ne rend pas une décision, mais donne un avis ; l'objet de celui-ci n'est pas une prétention juridique, mais une question technique.

Il existe pourtant de nombreux cas où la qualification n'est pas claire. Par exemple, les parties conviennent de s'en remettre à un technicien pour l'évaluation d'un préjudice ; inversement, une personne peut être chargée de donner un avis sur un problème juridique. Sans parler des

30. Cass. civ., 1^{re}, 28 janvier 2003, *Vivendi*, *Bull. civ.* I, n° 2 : « *l'accord de la sté Vivendi pour la mise en œuvre d'une médiation n'empêchait pas, à défaut de manifestation de volonté non équivoque en ce sens, renonciation à l'arbitrage et acceptation de la juridiction étatique* ».

31. L. CADIET, *chron. JCPG* 1997.I.4064, n°s 4 et 10.

32. Ch. JARROSSON, *op. cit.*, n° 391. Paris, 29 avril 1998, *D. Aff.* 1998.1091 (usant de son pouvoir de requalification) : « *mot arbitrage improprement utilisé* », car « *l'arbitre* » ne pouvait d'après la clause proposer que des solutions amiables.

33. *Supra*, n° 1110.

34. *Infra*, n° 1212.

35. R. DAVID, *op. cit.*, n° 4 ; Ch. JARROSSON, *op. cit.*, n°s 377 et s.

36. Paris, 20 novembre 2003, *D.* 2004.3179, *obs. crit.* Th. Clay ; en l'espèce, la convention confiée au tribunal arbitral une mission de conciliation ; nullité de la sentence : « *Les arbitres s'étant emparés d'une mission d'arbitre sans la volonté des parties* ».

37. *Infra*, n° 1224.

38. *Ex.* : la clause compromissoire ne peut être insérée dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur (*infra*, n° 1242) ; au contraire une clause de conciliation préalable est valable et n'est pas abusive (Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 2005, n.p.B., *JCP* 2005.IV.1532) ; l'essentiel est qu'elle ne prive pas le consommateur du droit de saisir les tribunaux en cas d'échec de la conciliation (C. consom., art. L. 212-1).

« institutions-frontières », que sont l'expertise-arbitrage ou l'arbitrage de qualité, destiné à trancher un litige sur la qualité d'un produit.

Le critère de distinction principal a trait à la mission confiée au tiers : trancher le litige par sa décision, ou donner un avis. La décision de l'arbitre s'impose aux parties, non l'avis de l'expert ; en outre, la première tranche une question de droit, non le second³⁹.

Un auteur estime cependant que l'expertise irrévocable – dont les parties déclarent qu'elles accepteront par avance les résultats – devrait en principe être considérée comme un arbitrage, dès lors que l'« avis » de l'expert est susceptible d'une exécution forcée⁴⁰.

1207. Arbitrage juridictionnel et arbitrage « contractuel ». – L'arbitrage « contractuel »⁴¹, par opposition à l'arbitrage juridictionnel, désigne les situations dans lesquelles les parties s'en remettent à un tiers pour compléter leur contrat ; l'article 1592 en est une application⁴². Cette technique pourrait être utilisée de manière plus générale pour déterminer un élément quelconque du contrat, ou en organiser l'adaptation aux circonstances économiques⁴³.

L'arbitrage « contractuel » implique le recours à un tiers dont la décision s'impose aux parties. À la différence de l'arbitrage juridictionnel, pourtant, il n'a pas pour objet de trancher un litige, mais de compléter le contrat, à la demande des parties elles-mêmes : le tiers « arbitre » est leur mandataire commun⁴⁴. Il ne rend pas une sentence ; sa décision s'incorpore à la convention, dont elle partage la nature ; elle n'est pas susceptible d'un *exequatur*. Plus subtilement, elle est destinée à permettre le maintien ou l'adaptation du lien contractuel, alors que la sentence arbitrale sanctionne la désagrégation d'un élément de ce lien⁴⁵.

Dans les contrats internationaux de longue durée, portant sur la réalisation d'un ouvrage complexe (ex. : un tunnel et son système d'exploitation, un ensemble industriel...), les obligations respectives des parties ne sont pas complètement déterminées lors de la conclusion de l'accord. Par exemple, un contrat d'entreprise met à la charge de l'entrepreneur la conception et la réalisation de l'ouvrage (« *design and built* ») ; de nombreux accords doivent intervenir à l'avenir afin que le contrat puisse être exécuté. Une clause compromissoire figure généralement dans ces contrats. Mais les parties désignent en outre un « comité d'experts » qui siège en permanence et rend des décisions s'incorporant à la convention. Sa mission comporte aussi, naturellement, la conciliation des parties. Un arbitrage ensuite peut intervenir sur ces décisions. Cette technique assure au contrat souplesse et permanence⁴⁶.

39. Ch. SERAGLINI, *JCP* 2003.I.105 ; Ch. JARROSSON, *op. cit.*, n°s 233 et s. ; MOTULSKY, *Écrits*, t. II, p. 26 et s.

40. Ch. JARROSSON, *op. cit.*, n°s 288 et s.

41. L'expression est de B. OPPETIT, « Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel », *Rev. arb.* 1977.315 ; R. DAVID préférerait l'expression d'« arbitrage de droit civil, technique de régulation des contrats », in *Ét. G. Marty*, p. 383 et s.

42. *Supra*, n° 204. Tout comme l'art. 1843-4 : P.-Y. GAUTIER, *obs.*, *RTD civ.* 2011.557, au sujet d'une « QPC », posée par un supposé arbitre, en fait un tiers-expert en matière de fixation du prix en matière de cessions de parts sociales.

43. V. en ce sens le règlement CCI d'adaptation des contrats ; J. ROBERT, *L'arbitrage*, précité, n° 3.

44. MOTULSKY, *op. cit.* ; B. OPPETIT, *op. cit.* ; P.-Y. GAUTIER ; *obs.*, *RTD civ.* 1998.402 ; ex. : Cass. civ. 3^e, 4 mars 1998, *JCP E* 1999, p. 219, n. J.-M. Mousseron ; *RTD com.* 1998.578, *obs.* J.-Cl. Dubarry et E. Loquin ; *Defrénois* 1998.1186, n. Duplan-Miellat (prix d'un bail) ; comp. R. DAVID, in *Ét. G. Marty*, précité, pour qui il s'agit d'un véritable arbitrage.

45. J. ROBERT, *op. cit.* ; v. cep., en faveur d'une qualification plus générale d'arbitrage, Ch. JARROSSON, *op. cit.*, n°s 328 et s.

46. Comp. P.-Y. GAUTIER, *Rev. arb.* 1991.611.

SECTION II

ARBITRAGE INTERNE ET ARBITRAGE INTERNATIONAL

1208. Un climat différent. – Le droit français distingue entre deux catégories d'arbitrage : l'arbitrage interne et l'arbitrage international. Le Code de procédure civile porte la marque de cette distinction. Une réforme, issue d'un décret du 13 janvier 2011, les a rapprochés, dans le sens de l'influence du second sur le premier et donc d'une plus grande souplesse⁴⁷ ; la jurisprudence s'est aussi trouvée codifiée sur des points importants.

La différence de principe s'explique par des raisons structurelles et conjoncturelles.

Lorsque le litige met en cause des intérêts purement français, sa solution dépend de l'ordre juridique français. L'arbitrage entre en concurrence directe avec la justice étatique. La possibilité d'y recourir, les règles qui le gouvernent, les effets de la sentence arbitrale et les règles applicables au fond du litige relèvent de la loi française.

Le litige international, par exemple celui qui naît d'un contrat international (vente à l'exportation, investissements à l'étranger, transfert international de technologie...), met en cause, par hypothèse, différents ordres juridiques nationaux. Comme il n'existe aucune juridiction internationale de droit privé, les parties, si elles veulent soumettre leur litige à un juge étatique, doivent choisir un ordre juridique qui sera étranger à l'une, voire à toutes les parties. La solution la plus naturelle est de faire trancher le litige par une personne indépendante de tout ordre juridique étatique, qui appliquera les règles de procédure et de fond qu'auront choisies les parties. L'arbitrage est donc, dans l'ordre international, un mode naturel de règlement des litiges, ce qui explique l'essor des institutions internationales d'arbitrage. Au fond, la communauté des commerçants pratique un corps de règles indépendant de toute intervention étatique⁴⁸. L'arbitrage est l'organe juridictionnel de cette communauté ; il contribue à la consécration de ses règles.

Le droit français reconnaît que le caractère international d'une opération lui permet d'échapper aux contraintes du droit étatique : ainsi en matière de paiement international et de contrat international⁴⁹. Il admet aussi depuis longtemps l'autonomie de l'arbitrage international⁵⁰, que consacre le Code de procédure civile aux articles 1504 et suivants.

En outre, l'arbitrage international est régi par plusieurs conventions internationales qui lient la France, spécialement la Convention de New York de 1958 et la Convention européenne de Genève de 1961.

1209. Les « intérêts du commerce international ». – D'après l'article 1504 du Code de procédure civile, « est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ». Cette définition consacre une évolution jurisprudentielle, parallèle à celles de contrat et de paiement international⁵¹.

La jurisprudence s'est d'abord fondée sur la loi de procédure applicable à l'arbitrage : elle opposait donc les sentences françaises aux sentences étrangères. Puis progressivement se fait jour la notion d'« intérêts du commerce international », c'est-à-dire la considération de l'ordre juridique affecté par les droits en litige.

47. **Biblio. :** *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, dir. Th. CLAY, Lextenso, 2011. Commentaire : Ch. JARROSSON et J. PELLERIN, *Rev. arb.* 2011.5.

48. E. LOQUIN, « L'amiable composition en droit comparé et international », *Lib. tech.*, 1980, n° 213.

49. R. DAVID, *op. cit.*, *supra*, au n° 1203, n° 17 ; Ph. KAHN, *La vente commerciale internationale*, 1961.

50. Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, th. Paris, 1965, préf. B. Goldman.

51. Sur la notion d'arbitrage international, Ph. FOUCHARD, « Quand un arbitrage est-il international ? », *Rev. arb.* 1970.59 ; P. BELLET et METZGER, « L'arbitrage international dans le nouveau Code de procédure civile », *Rev. crit. DIP* 1981.611 ; Ph. FOUCHARD, « L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981 », *Clunet* 1982.375 ; R. DAVID, *op. cit.* ; J. ROBERT, *op. cit.*, p. 257 et s. ; comp., en droit public, Y. GAUDEMET, *Rev. arb.* 1992, n° 2, cité *infra*, n° 1223.

Le critère aujourd'hui consacré s'attache exclusivement à l'objet du litige, c'est-à-dire à l'opération en cause. Le plus souvent, elle coïncidera avec l'objet du contrat – international – dont l'exécution suscite le procès. Il suffit que cette opération intéresse plus d'un pays, pour que l'arbitrage soit international. Peu importe la nationalité des parties, leur domicile, le lieu de conclusion ou d'exécution du contrat⁵².

Le critère est à la fois économique et objectif : il ne repose pas sur la volonté des parties, qui ne peuvent ainsi librement échapper aux contraintes de l'arbitrage interne.

1210. Libéralisme. – Le régime juridique de l'arbitrage international est caractérisé par un grand libéralisme. Celui de l'arbitrage interne est en train de le suivre, pour des raisons pratiques.

La différence peut apparaître à plusieurs égards. Les conventions d'arbitrage international ne sont pas soumises aux restrictions du droit interne : l'article 2060 ne leur est pas applicable⁵³ ; mais, depuis la loi du 15 mai 2001, l'article 2061 autorise la clause compromissoire de façon presque aussi libérale qu'en droit international⁵⁴. Elles ne sont pas nécessairement soumises à la loi qui le gouverne, ni, peut-être, à une loi étatique quelconque⁵⁵. En revanche, elles sont toutes les deux autonomes par rapport au contrat principal, dont la nullité ou la résolution est sans effet sur elles (dans l'ordre interne : CPC, art. 1447)⁵⁶.

Dans l'ordre international, la procédure de l'arbitrage dépend entièrement de la volonté des parties et, à défaut de volonté exprimée, de celle de l'arbitre (CPC, art. 1509). Une option à trois branches s'offre à elles : fixation directe des règles de la procédure, référence à un règlement d'arbitrage ou à une loi étatique. Lorsqu'il s'agit de la loi française, les dispositions relatives à l'arbitrage interne sont applicables (*ib.*) sous une réserve qui accentue le libéralisme du droit en la matière : ces dispositions deviennent supplétives (*ib.*, art. 1506) ; sauf naturellement les règles fondamentales et universelles, comme le respect du contradictoire et l'égalité des parties (art. 1510).

Les règles applicables par l'arbitre au fond du litige relèvent entièrement de la volonté des parties : l'arbitre doit appliquer celles qu'elles ont choisies. L'article 1511 du Code de procédure civile ne vise pas la loi étatique, mais plus généralement les « règles de droit », ce qui, d'après un auteur, serait une discrète consécration de la *lex mercatoria*⁵⁷. À défaut de choix, l'arbitre doit appliquer « celles qu'il estime appropriées ». Enfin, consécration, directe cette fois, de la *lex mercatoria*, il doit tenir compte « dans tous les cas des usages du commerce » (*ib.*).

Quant aux effets des sentences internationales, ils sont, dans les grandes lignes, les mêmes que ceux d'une sentence interne française : la décision de l'arbitre a autorité de chose jugée, mais n'est exécutoire qu'après *exequatur*⁵⁸, à l'occasion duquel le juge vérifiera qu'elle est

52. Ch. JARROSSON, n. *Rev. arb.* 1992.598.

53. Cass. civ., 2 mai 1966, *Bull. civ. I*, n° 256 ; *D.* 1966.575, n. J. Robert.

54. *Infra*, n° 1241 ; Comp. auparavant : Cass. civ. 1^{re}, 4 juillet 1972, *Bull. civ. I*, n° 175 ; *Clunet* 1972.843, n. B. Oppetit ; 21 mai 1997, *Contrats, conc. consom.* 1997, n° 143, n. L. Leveneur ; Ph. FRANCESCOAKIS, *Rev. arb.* 1974.67.

55. Paris, 13 décembre 1975, *Rev. crit. DIP* 1976.507, n. B. Oppetit ; *Clunet* 1977.106, n. E. Loquin ; *Rev. arb.* 1977.147, n. Ph. Fouchard : « Compte tenu de l'autonomie de la clause compromissoire, instituant un arbitrage international dans un contrat international, celle-ci est valable indépendamment de la référence à toute loi étatique ».

56. * Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 2004, *Bull. civ. I*, n° 95 ; *D.* 2004.2458, n. I. Najjar : « en l'absence de nullité manifeste, la clause compromissoire doit recevoir application en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international, sous la seule réserve des règles d'ordre public international qu'il appartiendra aux arbitres de mettre en œuvre sous le contrôle du juge de l'annulation, pour vérifier leur propre compétence spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige » ; Cass. civ. 1^{re}, 25 octobre 2005, *Bull. civ. I*, n° 378 ; *D.* 2005, somm. 3052, obs. T. Clay.

57. Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage international en France...*, préc., *supra*, au n° 1205 ; sur les règles matérielles du commerce international, V. E. LOQUIN, *Rev. arb.* 2005.443.

58. *Infra*, n° 1213.

conforme à l'ordre public international (*ib.*, art. 1520 et 1525). Enfin, le juge français n'exerce sur les sentences internationales qu'un contrôle réduit (*ib.*, art. 1518 s.)⁵⁹.

Dans l'ordre interne, le régime se rapproche : l'article 1464 du Code de procédure civile dispose que les parties ou le tribunal ne sont pas tenus « *de suivre les règles établies par les tribunaux étatiques* », à l'exception des principes directeurs du procès (CPC, art. 4 et s.), comprenant la loyauté, ainsi que de la règle de confidentialité (*ib.*).

SECTION III NATURE DE L'ARBITRAGE

1211. Mission et responsabilité de l'arbitre. – L'arbitre est un juge privé, dont le pouvoir juridictionnel a sa source dans la convention d'arbitrage. L'arbitrage a donc une nature mixte : juridictionnelle par son objet, conventionnelle par son origine.

Entre l'arbitre et les parties se noue une convention : les parties le désignent et il accepte sa mission (CPC, art. 1456). C'est un contrat de prestation de service général à titre onéreux (paiement d'honoraires)⁶⁰, qui l'oblige à mener sa mission jusqu'à son terme (*ib.*, art. 1457). Il existe entre ce contrat « *d'arbitre* » et la convention d'arbitrage liant les parties en vue du règlement de leur contentieux, un lien manifeste d'indivisibilité⁶¹.

Si l'instance ne va pas jusqu'au bout (ex. : les parties transigent), l'arbitre n'en aura pas moins droit à ses honoraires, proportionnels au travail déjà accompli⁶².

Cette mission implique un certain nombre d'actes : tenir les audiences, entendre les parties, prendre connaissance des pièces, rédiger et rendre la sentence. En outre, plusieurs règles gouvernent son comportement : le secret du délibéré (art. 1479), le respect des droits de la défense et du contradictoire, la confidentialité (art. 1464)⁶³, l'impartialité de l'arbitre, qui se manifeste dans une déclaration d'indépendance (1456), révélant ses liens éventuels avec une partie (et même son avocat) et qui est en général concomitante à la signature de l'acte de mission, mais se poursuit le long de l'instance ; la jurisprudence considère son indépendance comme de l'essence de sa fonction, de sorte qu'il se trouve tenu à une obligation de révélation de tout ce qui pourrait conduire à sa récusation éventuelle⁶⁴. La révélation doit être

59. E. GAILLARD et P. DE LAPASSE, *D.* 2011.175.

60. *Infra*, n° 1268.

61. Comp. Th. CLAY, thèse préc., n°s 675 et s.

62. Paris, 13 décembre 2001, préc. ; la cause du prix, ce sont les diligences, pas seulement la sentence.

63. O. CAPRASSE et R. ZIADÉ, « La confidentialité dans la procédure arbitrale », *Rev. arb.* 2014. 593 ; E. LOQUIN, *idem*, *Rev. arb.* 2006.323.

64. D. FERRIER et J.C. MAGENDIE, « La transparence : une exigence raisonnable pour l'indépendance de l'arbitre ? », *D.* 2015. 29 ; G. PLUYETTE, « L'obligation de révélation des arbitres et le contrôle de l'ordre public de fond par la Cour de cassation », in *Mélanges en l'honneur de B. Audit*, LGDJ 2014, p. 623 s. ; E. LOQUIN, « La dualité des fonctions de l'obligation de révélation », *Mélanges Merle*, Dalloz 2012, p. 487 s. ; Th. CLAY, « Le coarbitre », in *Mélanges Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 133 ; D. COHEN, « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts », *Rev. arb.* 2011. 611 ; J.-B. RACINE, « Le nouvel arbitre », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, dir. Th. CLAY, Lextenso, 2011, p. 117 s. ; Ch. JARROSSON, *L'éthique dans l'arbitrage*, Bruylant, 2011, p. 11 s. Th. CLAY, « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable » in *L'impartialité du juge et de l'arbitre*, Bruylant, 2006, p. 199 et s. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 30 juin 2016, *Estoup*, *Bull. civ.* I à paraître ; *D.* 2016. 1505, rejetant le pourvoi contre Paris, 17 février 2015, *D.* 2015. 1253, n. D. Mouralis ; *Rev. arb.* 2015. 832, n. P. Mayer ; *JCP G* 2015, 289, note S. Bollée : révision d'une sentence rendue dans le dossier « Tapie », l'un des coarbitres avait « *dissimulé des liens anciens, étroits et répétés* », était de « *connivence* » avec l'une des parties

circonstanciée⁶⁵. Elle peut prendre toute forme admissible⁶⁶. L'arbitre est également tenu d'un devoir de « loyauté » (CPC, art. 1464)⁶⁷. Le mot, emprunté au vocabulaire de *common law*, désigne le « *doute raisonnable* »⁶⁸. En cas de fraude ourdie par un arbitre, découverte après la reddition de la sentence, celle-ci sera annulée ou révisée⁶⁹.

L'arbitre engage sa responsabilité contractuelle lorsqu'il faillit à sa mission, soit en « s'abstenant » de manière injustifiée (*ib.*, art. 1457), soit en violant gravement les devoirs de sa fonction⁷⁰. Il doit respecter les délais, à peine d'engager sa responsabilité⁷¹. La faute simple suffit alors. L'arbitre a, en effet, la conduite de la procédure, c'est à lui de saisir le juge d'appui en application des articles 1460 et 1463 du Code de procédure civile, pour obtenir une prorogation de délai, si les parties s'opposent sur ce point. Le cas échéant, l'arbitre sera condamné à réparer la perte d'une chance pour la partie demanderesse de gagner son procès et d'être indemnisée⁷².

et son avocat, pour favoriser celle-ci, il avait « *circonvenu* » à cet effet ses coarbitres ; Paris, 9 septembre 2010, *LPA*, 21 février 2011, p. 17, n. M. Henry. En revanche, Cass. civ. 1^{re}, 10 octobre 2012, n° 11-20299, *Bull. civ. I* n° 193 ; *D.* 2012. 2458, n. Delpech et 2999, n. Th. Clay, *JCP G* 2012, 1268, n. B. Le Bars ; *Rev. arb.* 2013. 129, n. C. Jarroson ; *RTD com.* 2013. 481, obs. E. Loquin : le fait pour un professeur de droit d'avoir été longtemps « *off counsel* » d'un cabinet dont l'avocat d'une des parties est membre, ne justifie pas en soi qu'il existe un « *doute raisonnable quant à son impartialité* » ; de même, « *l'appartenance à une communauté scientifique* » n'a pas à être spécialement révélée : Paris, 1^{er} juillet 2011 ; *D.* 2011.3028, n. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2011.611, chron. préc. D. Cohen (les coarbitres figurent au comité d'une revue trimestrielle de droit).

65. Ex. Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 2013, n° 12-18238, *D.* 2013. 2492, n. Th. Clay ; n.p.B. : l'arbitre a bien indiqué qu'il avait déjà été désigné par des sociétés du même groupe, mais sans en préciser le nombre (34 fois), la sentence est nulle. Comp. avec Cass. civ. 1^{re}, 18 décembre 2014, n° 14-11085, *Bull. civ. I*, n° 213 ; *RTD com.* 2015. 53, obs. E. Loquin : « *caractère délibérément tronqué et réducteur* » de la déclaration relative aux liens d'affaires entre l'arbitre et un des avocats, suffisant à créer un « *doute raisonnable* » sur l'indépendance du premier.

66. Ex. : un courrier de l'arbitre, accompagné de son *curriculum vitae* : Paris, 6 mai 2014, *D.* 2014. 2548, n. Th. Clay.

67. V. Y. DERAÏNS, « Les nouveaux principes de procédure : confidentialité, célérité, loyauté », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, préc., p. 91 s.

68. Cass. civ. 1^{re}, 30 juin 2016 et 18 décembre 2014, préc.

69. Cass. civ. 1^{re}, 30 juin 2016 et Paris, 17 février 2015, préc. ; saisie au fond, la cour a lourdement condamné la partie à l'origine de la fraude : Paris, 3 décembre 2015, *JCP G* 2015, 1418, n. M. de Fontmichel.

70. Cass. civ. 1^{re}, 15 janvier 2014, n° 11-17196, *Bull. civ. I*, n° 1 ; *JCP G* 2014, 231, concl. P. Chevalier et 255, chron. E. Loquin ; *AJCA* 2014. 35, n. de Fontmichel ; *Cahiers de l'arbitrage* 2014, n° 2, p. 299, n. L. Aynès : la responsabilité de l'arbitre n'est engagée que sur « *preuve de faits propres à caractériser une faute personnelle équipollente au dol, ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice* » (non lorsque l'arbitre, statuant comme un amiable compositeur, n'a pas manifestement méconnu l'autorité de chose jugée de décisions précédentes).

71. * Cass. civ. 1^{re}, 6 décembre 2005, *Castagnet*, *Bull. civ. I*, n° 462 ; *D.* 2006.274, n. P.-Y. Gautier ; *JCP* 2006.I.148, n° 2, obs. Chr. Seraglini et II.10066, n. Th. Clay ; *RTD civ.* 2006.144, obs. Ph. Théry ; *Rev. arb.* 2006.126, n. Ch. Jarroson ; *Lamy droit civil*, avril 2006, p. 14, n. F.-X. Train ; *RTD com.* 2006.299, obs. E. Loquin ; *RDC* 2006.812, obs. G. Viney : en l'espèce, les arbitres étaient restés passifs, sans saisir en référé le Président du TGI et avaient néanmoins rendu leur sentence, qui a été annulée pour tardiveté : « *en laissant expirer le délai d'arbitrage sans demander sa prorogation au juge d'appui, à défaut d'accord des parties ou faute pour celles-ci de la solliciter, les arbitres, tenus à cet égard d'une obligation de résultat, ont commis une faute ayant entraîné l'annulation de la sentence* » ; Paris, 31 mars 2015, *RTD civ.* 2015. 612, obs. H. Barbier ; *D.* 2015. 2596, obs. Th. Clay (*idem*). En revanche, lorsqu'il ne s'agit que d'apprécier sa faute au regard des difficultés de gestion de l'instance, notamment du fait du comportement des parties, son obligation n'est que de moyens : Cass. civ. 1^{re}, 17 novembre 2010, n° 09-12352, *Bull. civ. I*, n° 233 ; *D.* 2010.2935, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2011.943, n. Ch. Jarroson. La nuance est parfois subtile.

72. Paris, 31 mars 2015, préc.

En revanche, sa responsabilité liée à l'exercice de la fonction juridictionnelle est identique à celle du juge : sauf en cas de déni de justice, de dol ou de faute lourde, il bénéficie d'une immunité, même si la sentence est annulée ; le mal jugé n'est pas une source de responsabilité⁷³. Les clauses de non-responsabilité sont valables, sous réserve de la faute lourde ou de la négligence caractérisée (ex. erreur grossière sur le fond, ou délai expiré, sur la procédure) ou du manquement à une obligation essentielle (art. 1170 C. civ.).

La mission de l'arbitre est de trancher un litige qui oppose les parties et dont celles-ci délimitent les contours dans le compromis ou l'acte de mission. Ses pouvoirs sont limités dans le temps : à défaut de convention sur ce point, le délai de l'arbitrage est de six mois, qui peut être prorogé (art. 1463)⁷⁴. Les parties pourraient-elles le révoquer en cours d'instance ? Sans doute, oui, le contrat d'arbitrage ne constituant pas un mandat d'intérêt commun, mais elles devraient l'indemniser.

L'arbitre sera rémunéré conformément aux stipulations du contrat, le prix étant en général déterminé pour l'essentiel et payé d'avance (mais une détermination *a posteriori* reste possible)⁷⁵. La correction applicable dans le mandat et l'entreprise s'applique également : le juge pourra réviser l'honoraire excessif⁷⁶. Les parties sont solidairement tenues à son égard (comp. art. 2002 sur le co-mandat)⁷⁷.

En principe, l'arbitre doit trancher le litige en appliquant les règles de droit, qui, en matière d'arbitrage international, ne consistent pas nécessairement en une loi étatique. Son activité est donc identique à celle d'un juge. Cependant, les parties peuvent renoncer à l'application des règles de droit, en chargeant l'arbitre de statuer comme « *amiable compositeur* » (art. 1478).

1212. Amiable composition. – L'amiable composition⁷⁸ a des origines romaines anciennes, et s'est développée au Moyen Âge sous l'influence des canonistes : l'*amicalis compositor* devait mettre en œuvre un esprit de charité, tourné vers l'apaisement du conflit, à la recherche d'une solution équitable. En confiant à l'arbitre (ou au juge) le rôle d'un amiable compositeur, les parties renoncent à l'application de la règle de droit, laquelle est normalement prévisible. L'amiable composition n'est donc raisonnable qu'entre membres d'une même corporation, qu'unissent des relations durables fondées sur une confiance réciproque. L'Angleterre l'a longtemps ignoré, mais les choses paraissent changer⁷⁹.

73. Il faut donc distinguer la faute relative au « *processus* » de l'arbitrage et l'immunité ayant trait à la « *décision* » rendue (L. AYNÈS, note préc.).

74. Cass. civ. 1^{re}, 6 décembre 2005, préc. : si l'arbitre ne respecte pas l'art. 1456, il est responsable de plein droit. Le délai de six mois court de l'acceptation manifestée par le dernier arbitre, qui peut être antérieure à la signature de l'acte de mission : Cass. civ. 1^{re}, 22 septembre 2010, *Banque Delubac*, n° 09-17410, *Bull. civ.* I, n° 176 ; D. 2010.2941, obs. Th. Clay ; *JCP G* 2010, 965, obs. J. Béguin ; *Rev. arb.* 2011.152, 2^e esp., note J.-C. Betto et A. Reynaud. Comp., dans le même dossier, Paris, 31 mars 2015, préc.

75. En cas d'annulation de la sentence du fait de sa défaillance, tout ou partie des honoraires peut être restituée.

76. Th. CLAY, thèse préc., n°s 884-885. Ex. : Paris, 13 décembre 2001, préc. : « *la rémunération de l'arbitre peut être réduite en fonction des diligences accomplies* ». Au contraire : TGI Paris, 25 novembre 1999, *Rev. arb.* 2003.1312, obs. H. Lécuyer ; D. 2003 som. 2475 : l'honoraire est dû car l'arbitre (un professeur de droit) avait fait son travail.

77. TGI Sens, 28 avril 2000, *Rev. arb.* 2003.1312, n. H. Lécuyer ; Paris 13 décembre 2001, D. 2003, somm. 2475, n. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2003.1312, n. H. Lécuyer. De sorte que si l'une des parties ne règle pas sa part, l'autre devra le faire à sa place, puis se faire rembourser, en qualité de subrogée.

78. E. LOQUIN, « L'amiable composition en droit comparé et international », *Lib. techn.*, 1980 ; J. BÉGUIN, « L'étonnante liberté de l'arbitre amiable compositeur », *Mélanges G. Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 1 et s.

79. E. LOQUIN, *loc. cit.* ; R. DAVID, *op. cit.*, n° 374.

Les effets de la clause sont de dispenser l'arbitre de motiver en droit sa sentence⁸⁰ ; ce qui ne lui interdit pas d'appliquer la règle de droit lorsqu'il la déclare conforme à l'équité⁸¹. À l'inverse, pour lui, l'équité n'est pas un subsidiaire, par rapport à la règle de droit, supposée incomplète ou injuste ; il peut s'y référer directement.

Il reste cependant soumis à certains principes essentiels : le respect de l'ordre public et des principes fondamentaux de la procédure⁸². Il semble qu'il puisse s'affranchir de la force obligatoire du contrat qui lui est soumis, comme il peut écarter une règle légale impérative ou non (prescription, autorité de chose jugée, etc.). Son pouvoir lui permet même de modérer le contrat pour l'avenir, sans toutefois le refaire⁸³.

1213. Nature de la sentence. – Que l'arbitre statue en droit ou comme amiable compositeur, il tranche un litige : la sentence arbitrale, comme un jugement, a l'autorité de chose jugée (art. 1484) ; les parties ne peuvent donc plus soumettre à une autre juridiction ce qui a fait l'objet de la sentence, et ce que l'arbitre a décidé est tenu pour la vérité, sous réserve de l'exercice des voies de recours.

Cependant, la sentence émane d'une personne qui n'est pas titulaire de l'autorité publique. Aussi ne peut-elle faire l'objet d'une exécution forcée qu'après que le tribunal de grande instance l'aura revêtue de la formule exécutoire qui constitue la procédure de l'*exequatur* (art. 1487 et 1488), à l'occasion de laquelle le juge exerce un contrôle purement extérieur.

En principe, dans l'arbitrage interne, la sentence n'est pas susceptible d'un appel. C'est une règle supplétive qui peut être écartée par les parties dans la convention d'arbitrage (art. 1489)⁸⁴. La sentence est toujours susceptible d'un recours en annulation, mais pour des motifs strictement énumérés par la loi, que l'arbitrage soit interne (art. 1491) ou international (art. 1520).

N^{os} 1214-1219. réservés.

80. La référence à l'équité ne peut cependant pas être implicite et se déduire des motifs : Cass. civ. 1^{re}, 17 décembre 2008, *Bull. civ. I*, n° 284 ; *JCP* 2009.II.10013, n. J. Béguin : l'application d'une garantie de passif, « sans faire aucune référence à l'équité », viole la clause d'amiable composition ; au contraire admettant une référence implicite, Cass. civ. 1^{re}, 28 novembre 2007, *D.* 2008.26, n. X. Delpech et 187, n. Th. Clay ; *JCP* 2008.I.164, n. J. Béguin ; *Bull. civ. I*, n° 369 ; *RTD com.* 2008.521, obs. E. Loquin (utilisation d'un contrat auquel ne sont pas parties les adversaires).

81. Interdiction de statuer directement en droit : jurisprudence constante ; ex. Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 2012, n° 11-11084, *Bull. civ. I*, n° 14 ; *JCP G* 2012, 201, n. J. Béguin : l'arbitre « devait faire ressortir dans sa sentence qu'il avait pris en compte l'équité » (responsabilité contractuelle d'un débiteur) ; Cass. civ. 2^e, 15 février 2001, *Rev. arb.* 2001.135, n. E. Loquin ; *D.* 2001, *Jur.* 2780, n. Rontchevsky ; *JCP* 2002 II.10.038, n. G. Chabot (application de la prescription extinctive) ; Cass. civ. 2^e, 18 octobre 2001, *Rev. arb.* 2002.359, note Ch. Jarrosson (calcul mécanique de pénalités de retard).

82. Ex. : Paris, 28 novembre 1996, *Rev. arb.* 1997.380, n. E. Loquin (grande liberté, mais contrôle de motivation) ; 4 novembre 1997, *Rev. arb.* 1998.704, n. Y. Derains (contradiction).

83. J. ROBERT, *op. cit.*, n°s 184 et s. ; Paris, 4 novembre 1997, préc. : « Pouvoir de modérer les effets du contrat [...] en écartant au besoin l'application de certains droits nés de la convention, sous réserve de ne pas en modifier l'économie, en substituant aux obligations contractuelles des obligations nouvelles ne répondant pas à l'intention commune des parties ».

84. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 3 octobre 2006, *Bull. civ. I*, n° 420 : les parties peuvent changer d'avis en signant l'acte de mission ; la cour d'appel doit en tenir compte.

■ CHAPITRE I ■

DOMAINE DE L'ARBITRAGE

1220. Renonciations. – L'arbitrage est une justice privée qui se substitue, par la volonté des parties, à la justice publique. En décidant de soumettre leur litige à l'arbitrage, les parties disposent de leur action. La convention d'arbitrage comporte une, et même souvent trois renonciations : à exercer l'action en justice devant le juge étatique ; souvent aussi à faire appel de la sentence arbitrale ; et, en cas d'amicable composition, à l'application des règles de droit au litige. La convention d'arbitrage ressemble à la transaction, mais elle est encore plus grave, dans la mesure où les parties s'engagent sans avoir connaissance du sort qui sera réservé à leurs prétentions. Dès lors qu'elles ont accepté par avance un processus d'arbitrage, les parties l'ont définitivement adopté, sauf renonciation non équivoque.

Le domaine de l'arbitrage est donc doublement circonscrit : il n'est ouvert qu'aux personnes qui ont la capacité et le pouvoir de disposer (Section I) ; il ne porte que sur les droits disponibles (Section II).

Il ne cesse de s'étendre, sans doute à cause de l'encombrement et des imperfections de la justice étatique et du renouveau du libéralisme en droit. Sous l'influence d'une doctrine abondante, la pratique contemporaine est sensible aux avantages de l'arbitrage, justice privée plus consensuelle et souvent moins dramatique que la publique : le droit revient progressivement sur certaines prohibitions. Ce mouvement, encouragé par les organismes de l'arbitrage, n'est probablement pas achevé.

SECTION I

CAPACITÉ ET POUVOIR

§ 1. CAPACITÉ

1221. Acte de disposition. – Le compromis et la clause compromissoire constituent des actes de disposition. Aussi ne sont-ils permis qu'à ceux qui peuvent librement disposer de leurs droits (art. 2059).

Les incapables ne peuvent eux-mêmes, naturellement, conclure une convention d'arbitrage. Dans quelle mesure leur représentant le peut-il ? L'article 506 (L. 5 mars 2007 sur les majeurs protégés) autorise le tuteur à compromettre et « *le cas échéant* », à accepter une clause compromissoire avec l'autorisation du conseil de famille ou, à défaut, du juge des tutelles. Pour les autres incapacités, ce sont les règles concernant la renonciation à un droit qui s'appliquent (art. 467 pour la curatelle).

Proche de l'incapacité, le dessaisissement du débiteur qui fait l'objet d'un redressement judiciaire est de nature à empêcher celui-ci de conclure, ou de conclure seul, une convention d'arbitrage. Même en l'absence de dessaisissement, l'autorisation du juge-commissaire pendant la période d'observation est nécessaire, car la convention d'arbitrage est un acte grave (C. com., art. L. 622-7). En cas de liquidation judiciaire, le liquidateur peut compromettre avec un tiers, mais la convention doit être autorisée et est soumise, sous certaines conditions, à l'homologation du tribunal (*ib.*, art. L. 642-24).

§ 2. POUVOIR

Les administrateurs du patrimoine d'autrui peuvent conclure une convention d'arbitrage sous certaines conditions : les règles sont différentes, suivant qu'il s'agit d'un administrateur privé ou public.

1222. 1^o Administrateur privé. – Le pouvoir d'administrer les droits d'autrui n'emporte pas celui de l'engager dans une convention d'arbitrage.

Les époux, sous le régime de la communauté, peuvent, seuls, conclure une telle convention (art. 1421), sauf lorsqu'elle a pour objet un litige relatif à la propriété ou à des droits réels sur l'un des biens énumérés à l'article 1424, dont ils ne peuvent disposer seuls.

Le mandataire conventionnel doit être muni d'un pouvoir exprès pour compromettre ou accepter une clause compromissoire, ainsi que pour proroger le délai de l'arbitrage¹. En effet, il s'agit d'un acte de disposition, différent de la transaction et plus grave qu'elle (art. 1989). Le pouvoir d'administrer n'emporte pas celui de disposer, même des droits issus de l'acte d'administration².

Quant aux représentants des personnes morales de droit privé, ils peuvent engager celles-ci par une convention d'arbitrage³.

1223. 2^o Administrateur public. – Pendant longtemps, les représentants des personnes morales de droit public ne pouvaient convenir de soumettre un litige intéressant la collectivité ou l'établissement publics à l'arbitrage. Les rouages de l'État ne peuvent éluder la justice étatique. En outre, ces personnes n'ont pas la disposition des droits qu'elles administrent et qui présentent, par définition, un intérêt général. La prohibition est un principe du droit public général ; il est aussi énoncé par l'article 2060 : « *on ne peut compromettre [...] sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics...* ». Le Conseil d'État l'a appliquée avec rigueur, notamment aux établissements publics à caractère industriel et commercial⁴.

1. Cass. civ., 18 mai 1942, *DA*, 1942.105.

2. *Supra*, n^o 571 ; ex. : le mandataire a le droit de conclure un bail ; sauf mandat exprès, il n'a pas celui de disposer des droits issus de ce bail.

3. Cass. civ. 1^{re}, 8 juillet 2009, n^o 08-16025, *Bull. civ. I*, n^o 165 ; *Rev. arb.* 2009. 529, n. D. Cohen : le pouvoir pour un préposé de la personne morale d'engager celle-ci s'appuie sur une règle matérielle, qui repose elle-même sur « *l'exigence de bonne foi* » et la « *croyance légitime dans les pouvoirs du signataire de la clause* ». On se rapproche du mandat apparent.

4. CE, 13 décembre 1957, *D.* 1958.517, concl. Gazier et n. L'Huillier ; H. MOTULSKY, n. *JCP G* 1958.II.10800 ; v. également l'avis du Conseil d'État du 6 mars 1986 (*EDCE* 1987, p. 178) qui, à

À ce principe général, qui s'attache à la nature publique des personnes susceptibles d'être engagées dans la convention d'arbitrage, s'ajoute une règle propre à la compétence administrative : la clause compromissoire est nulle si elle a pour effet d'éviter, même entre personnes privées, la compétence de la juridiction administrative⁵.

Les choses évoluent sous l'influence de la doctrine⁶, des nécessités pratiques et de la « *contractualisation* » de l'action administrative : un courant favorable à l'arbitrage prend corps timidement en droit positif (C. just. adm., art. L. 311-6) ; des établissements publics industriels et commerciaux peuvent être autorisés par décret à compromettre (art. 2060, al. 2) ; les personnes publiques (État, collectivités, établissements...) peuvent souscrire des clauses compromissoires dans les contrats qu'elles concluent avec des sociétés étrangères sous certaines conditions (L. 19 août 1986)⁷. Des lois spéciales autorisent le recours à l'arbitrage par certains établissements publics.

C'est à l'égard des établissements publics industriels et commerciaux que la prohibition est le plus critiquée. En tout cas, elle ne devrait pas jouer lorsqu'une convention internationale est applicable, spécialement en matière d'arbitrage international, les traités l'emportant sur la loi interne ; à condition que la conception que se fait le Conseil d'État de l'arbitrage international rejoigne celle du droit privé, ce qui n'est pas actuellement le cas. Une intervention législative d'ensemble serait souhaitable⁸.

SECTION II ARBITRABILITÉ

1224. Matière de l'arbitrage. – L'arbitrabilité est l'aptitude d'un litige à faire l'objet d'un arbitrage⁹. Les règles qui la gouvernent évoquent directement l'objet de la transaction : dans les deux cas, les parties soustraient un litige à la connaissance du juge¹⁰. Le Code civil énonce un principe : les droits dont les parties ont la libre disposition sont arbitrables (art. 2059). L'article 2060 énumère, cependant, certaines « questions » non arbitrables, parmi lesquelles « *généralement toutes les matières qui intéressent l'ordre public* ». Ce texte, imprécis, est aujourd'hui critiqué : il ne suffit pas à saisir la matière ; peut-être n'est-il même pas nécessaire, la disponibilité d'un droit suffisant à délimiter le domaine de l'arbitrage.

Deux règles complémentaires permettent de définir l'arbitrabilité. D'une part, certaines « *matières* » sont exclues parce que les parties n'en ont pas la libre disposition (§ 1). D'autre part, les nécessités de l'ordre public, qui n'ont rien de spécifique à la matière, conduisent à limiter parfois le domaine de l'arbitrage (§ 2).

§ 1. DROITS DISPONIBLES

Comme la transaction, la convention d'arbitrage implique la disponibilité du droit qui en est l'objet (art. 2059). Sont exclus de l'arbitrage les litiges relatifs à l'état et à la capacité des

propos d'Eurodisney, estimait impossible l'insertion d'une clause compromissoire, en l'état du droit positif ; d'où l'intervention de la loi du 19 août 1986 (*infra*).

5. CE, 3 mars 1989, *Area, Rec.*, p. 69, concl. Guillaume ; Y. GAUDEMET, *Rev. arb.* 1992, n° 2.

6. Y. GAUDEMET, « L'arbitrage, Aspects de droit public, État de la question », *Rev. arb.* 1992, n° 2.

7. Cette loi a été votée afin de permettre de stipuler une clause compromissoire dans le contrat conclu avec la société Walt Disney, en vue de la création d'Eurodisney.

8. Sur l'évolution possible, v. le rapport Labetoulle au garde des Sceaux du 27 mars 2007, *JCP G* 2007, actualités, 149.

9. P. LEVEL, « L'arbitrabilité », *Rev. arb.* 1992, n° 2.

10. *Supra*, n°s 1112 et s.

personnes, et, d'une manière générale, ceux qui portent sur des droits hors du commerce juridique. De même, ceux dont l'exercice met en cause un intérêt public et ceux auxquels la loi interdit de renoncer.

1225. État et capacité des personnes. – Il n'est pas possible de soumettre à un arbitre les questions d'état et de capacité des personnes, de même qu'il est impossible de transiger sur de telles questions¹¹ : filiation, mariage, divorce, nationalité. Mais les conséquences pécuniaires de ces statuts (pension alimentaire, droits successoraux...) peuvent être arbitrées¹².

D'une manière générale, les droits qui sont hors du commerce juridique privé et ne peuvent faire l'objet d'une convention ne sont évidemment pas matière à arbitrage¹³ ; mais leurs conséquences peuvent l'être.

1226. Intérêt public. – Lorsqu'un litige est susceptible de mettre en cause l'intérêt public, il ne peut être résolu par l'arbitrage. Il en est ainsi des conséquences d'une infraction pénale, de l'application des règles des procédures collectives, qui relèvent exclusivement du tribunal de la « faillite », ou de celles de la concurrence, internes ou communautaires¹⁴. En revanche, les brevets et les marques peuvent faire l'objet d'un arbitrage, au moins lorsque l'ordre public n'est pas en cause¹⁵. Même chose pour le droit d'auteur (au moins dans sa partie patrimoniale)¹⁶.

Encore ces exclusions sont-elles strictement limitées à la mise en jeu de l'intérêt public qui les fonde : ainsi est-il possible de compromettre sur les droits de la victime d'une infraction pénale, ou de faire figurer dans le contrat d'exploitation d'un brevet une clause compromissaire. Ou après la rupture brutale d'un contrat, relevant de l'ordre public économique¹⁷.

1227. Ordre public de protection. – Bien qu'ils ne mettent en jeu que des intérêts privés, certains droits ne peuvent être l'objet d'une renonciation, tant que les conditions de leur exercice ne sont pas réunies. C'est le jeu habituel de l'ordre public de protection. Cette circonstance réduit – mais n'exclut pas – l'arbitrabilité.

Le droit des baux immobiliers spéciaux en est une illustration : sur certains droits dits d'ordre public (par exemple, le droit au renouvellement du bail commercial), il n'est possible de compromettre qu'après l'expiration du bail, époque à laquelle ils peuvent s'exercer.

11. *Supra*, n° 1113.

12. Cass. civ. 2^e, 25 janvier 1963, *Rev. arb.* 1963-89 ; *JCP G* 1964.II.13472 : règlement des comptes d'une communauté.

13. Ex. : droit légal à une pension alimentaire ; contre-épreuve : Req., 7 février 1826, *DP* 1826.I.160 (la pension était d'origine conventionnelle) ; fixation du prix de cession d'un office ministériel (Cass. civ., 6 février 1894, *S.* 1895.I.177).

14. Sur cette question, v. *L'arbitrage et le droit de la concurrence*, Colloque de l'Institut du droit et des pratiques des affaires internationales de la CCI, Paris, octobre 1990, Dossiers de l'institut, spécialement les rapports de L. IDOT et B. GOLDMAN ; seraient arbitrables les conséquences d'une atteinte à la concurrence, ainsi que la demande en nullité d'un contrat violant ces règles. J.-H. MOITRY, « Arbitrage international et droit de la concurrence », *Rev. arb.* 1990.947.

15. Ex. : Paris, 28 février 2008, *D.* 2008.3113, n. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2008, 712, n. T. Azzi (validité d'un brevet). M. FRIOCOURT, in *L'arbitrage*, coll. Archives philosophie du droit, Sirey, 2009.

16. B. OPPETIT, « L'arbitrabilité des litiges de droit d'auteur », *IRPI*, 1994, p. 121 et s. ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 10^e éd., à paraître en 2017, PUF, n° 814.

17. Cass. civ. 1^{re}, 21 octobre 2015, n° 14-25080, *Bull. civ.* I à paraître ; *JCP G* 2015, 1228, n. L. Weiller ; *D.* 2015. 2537, n. N. Dissaux ; *Contrats, conc. consom.* 2016, n° 41, n. M. Malaurie-Vignal : application de la clause compromissaire, à un litige relevant de l'art. L. 442-6 C. com.

C'est surtout dans le domaine des relations individuelles de travail que l'ordre public de protection se fait sentir. Une jurisprudence classique considérait comme inefficace la clause compromissoire (renonciation anticipée), alors qu'elle admettait le compromis, lorsque le litige avait pour objet les conséquences de la cessation du contrat de travail¹⁸. Malgré les termes de l'article L. 1411-1 du Code du travail, qui semble bien rendre impérative la compétence du conseil des prud'hommes, elle décide aujourd'hui que le compromis est valable, pourvu qu'il soit conclu après la cessation du contrat de travail¹⁹. Mais la clause compromissoire est toujours nulle²⁰.

§ 2. INCIDENCE DE L'ORDRE PUBLIC

1228. Ambiguïté. – L'article 2060 interdit de compromettre « *plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public* ». La formule est ambiguë.

Elle ne signifie certainement pas que l'arbitre ne peut pas appliquer une règle d'ordre public et par conséquent connaître, dans l'arbitrage interne ou international, d'un litige mettant en cause une telle règle²¹.

La règle a deux sens complémentaires : d'une part, la sentence arbitrale ne peut violer une règle d'ordre public interne (arbitrage interne), ou international (arbitrage international), sous peine de nullité (C. pr. civ., art. 1491 et 1520). Ce qui n'est qu'une application de l'article 6 du Code civil²². D'autre part, l'arbitre serait incompétent pour prononcer la nullité d'une convention contraire à l'ordre public.

Sur ce dernier point les choses ont changé.

1229. Une extension de l'arbitrabilité. – Traditionnellement, lorsque le contrat sur lequel l'arbitre doit se prononcer est contraire à l'ordre public, la convention d'arbitrage, ayant elle-même un objet illicite, est également nulle. L'arbitre devrait se déclarer incompétent²³.

18. H. MOTULSKY, *L'arbitrage dans les conflits du travail*, Écrits, t. II, 113 et s.

19. Cass. soc., 5 novembre 1984, *JCP G* 1985.II.20510, n. N. S. : « *La cour d'appel ayant relevé que le contrat de travail avait été rompu le 31 mars 1980, en a justement déduit que les parties étaient devenues dès lors libres et capables de compromettre...* ». Comp. pour la transaction, *supra*, n° 1115.

20. Cass. soc., 12 février 1985, *Bull. civ. V*, n° 97.

21. Paris, 16 février 1989, *Rev. arb.* 1989.711, n. L. Idot. En l'espèce, l'exécution d'un contrat de distribution exclusif d'un film confié par une société française à une société suisse avait suscité un litige. L'une des parties invoqua la violation d'une règle d'ordre public édictée par le Centre national de cinématographie. L'arbitre se reconnut compétent, ce qu'approuva la cour d'appel saisie d'un recours en nullité : « *L'arbitrabilité d'un litige au regard de l'ordre public ne doit pas s'entendre de l'interdiction faite aux arbitres d'appliquer des dispositions impératives, mais seulement de statuer dans une matière relevant par la nature de la compétence exclusive de la juridiction étatique ou de consacrer par leur décision une violation de l'ordre public – ce qui n'est pas le cas en l'espèce* ».

22. I. FADLALLAH, « L'ordre public dans les sentences arbitrales », *Rec. Cours Ac. dr. intern.*, t. 249, 1994, p. 372 ; P. MAYER, « La sentence contraire à l'ordre public au fond », *Rev. arb.* 1994, 615-652. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 8 mars 1988, *Bull. civ. I*, n° 64 ; *Rev. arb.* 1989.473, n. P. Ancel : une sentence est annulée pour violation du « *principe de suspension des poursuites individuelles en matière de faillite [qu'il] est à la fois d'ordre public interne et international.* ». Quant à la décision elle-même, elle ne peut être annulée que si la solution elle-même – et pas seulement les motifs ou le raisonnement des arbitres – heurte l'ordre public : Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 2008, *Lyttec*, *Rev. arb.* 2008, 473, n. I. Fadlallah. P. MAYER, « L'étendue du contrôle, par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police », *Mélanges Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 459 ; *adde* : Ch. SERAGLINI, « L'affaire Thalès et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public (ou les dérèglements de la dérèglementation) », *Les cahiers de l'arbitrage*, vol. III, 2006, p. 87, critique l'attitude libérale de la jurisprudence française.

23. Cass. com., 28 novembre 1950, *Bull. civ. III*, n° 355 ; *D.* 1951.170 ; *S.* 1951.120, obs. Robert.

Cette solution a été critiquée : pourquoi l'arbitre découvrant la contrariété de la convention à une règle d'ordre public ne pourrait-il prononcer lui-même la nullité, alors qu'il peut déclarer le contrat valable, s'il a la conviction contraire²⁴ ?

L'arbitrabilité a donc été admise, en matière internationale²⁵ ; mais ce principe comporte des exceptions : les matières extra-patrimoniales, les droits indisponibles, les procédures collectives, les matières exclusivement réservées aux juridictions étatiques pour des raisons d'intérêt public.

Dans l'arbitrage interne, le libéralisme pragmatique l'a également emporté²⁶.

Seules demeurent donc des matières inarbitrables par nature²⁷. Dans l'ordre international, elles sont fort peu nombreuses.

N^{os} 1230-1239. réservés.

24. P. MAYER, « Le contrat illicite », in *L'arbitre et le contrat*, *Rev. arb.* 1984.206 et s.

25. * Cass. civ. 1^{re}, 20 décembre 1993, *Comité popul. de la municipalité de Khoms*, *Bull. civ.* I, n^o 372 : « En vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante du contrat principal qui la contient ».

26. Paris, 8 octobre 1998, *RGDP* 1999.126, n. M.-C. Rivier ; *RTD com.* 1999. 845, n. E. Loquin et J. Cl. Dubarry : « La clause compromissoire constitue une convention de procédure autonome et distincte de la convention principale liant les parties sur le fond du litige et doit pouvoir être mise en œuvre indépendamment de la validité du contrat principal, conformément à la volonté commune des parties ».

27. *Supra*, n^{os} 1225 à 1227.

■ CHAPITRE II ■

CLAUSE COMPROMISSOIRE

1240. Une clause autonome. – La clause compromissoire, une des applications de la « convention d'arbitrage », est définie par l'article 1442 du Code de procédure civile : une « convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou ces contrats ». Elle constitue donc une renonciation plus grave que le compromis, l'autre application de la convention d'arbitrage : au moment où les parties s'engagent, elles ignorent s'il y aura litige entre elles, et quel en sera l'objet. C'est pourquoi, en droit interne¹, elle suscite une relative méfiance.

La clause compromissoire est généralement insérée dans le contrat, dont elle constitue une stipulation. À la différence de certaines autres clauses secondaires, comme la clause pénale, elle n'est pas destinée à assurer l'exécution du contrat ; du moins, pas directement². Son objet, le litige, impliquant une « pathologie » du contrat, est différent de l'objet de celui-ci. De là une autonomie de la clause compromissoire, plus exactement, une « séparabilité » de celle-ci³ ou encore une indépendance du contrat auquel elle se rapporte. Le principe, d'abord affirmé dans l'ordre international⁴, l'a été également dans l'ordre interne (CPC, art. 1447)⁵. Il signifie que la clause compromissoire est efficace, en ce qu'elle investit l'arbitre et rend le juge étatique incompetent, même si le contrat auquel elle se rattache est nul ou résolu (nouvel art. 1230). C'est par conséquent d'abord à l'arbitre de se prononcer sur sa propre compétence (CPC, art. 1448 et 1465), selon le principe de « compétence-compétence », même lorsque la nullité de la clause est invoquée⁶. Le juge étatique ne peut se prononcer sur celle-ci le premier, sauf lorsque la clause est manifestement nulle ou inapplicable (*ib.*)⁷. Naturellement, le juge étatique pourra

1. En droit international, *supra*, n° 1210.

2. Car si les parties choisissent l'amiable composition, ce peut être en vue d'assurer la survie de leurs relations (*supra*, n° 1212).

3. P. MAYER, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », *Rev. arb.* 1998, p. 359.

4. *Supra*, n° 1210.

5. * Cass. civ. 2^e, 4 avril 2002, *Barbot*, *Bull. civ.* II, n° 68 ; *JCPG* 2002.II.10 154, 1^{re} esp., n. S. Reifegerste et 2003.I.105, n° 2, obs. Chr. Seraglini ; *D.* 2003.1117, 1^{re} esp., n. L. Degos ; *Rev. arb.* 2003.103, 1^{re} esp., n. P. Didier : « La clause compromissoire présentant, par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, une autonomie juridique qui exclut qu'elle puisse être affectée par l'inefficacité de cet acte », la nullité d'un contrat de sous-traitance est pour elle sans conséquence.

6. Ex. : Cass. civ. 2^e, 15 janvier 2004, *Bull. civ.* II, n° 4 ; *D.* 2004.3181, obs. Th. Clay : « L'arbitre est seul compétent pour statuer, sous le contrôle du juge de l'annulation, sur sa propre compétence ».

7. *Infra*, n° 1245 ; *adde* : Cass. civ. 1^{re}, 27 avril 2004, *Bull. civ.* I, n° 112 : la clause compromissoire figure dans des conditions générales postérieures à la signature du contrat ; Cass. civ. 2^e, 8 avril 2004, *Bull. civ.* II, n° 162 : la clause figure dans une convention de garantie expirée ; il n'y a pourtant pas

éventuellement avoir à en connaître, en second, si l'arbitre s'estime incompétent ou si un recours est exercé contre la sentence.

La « *séparabilité* » n'empêche pas la transmission accessoire de la clause⁸.

Lorsqu'elle lie des États ou des organisations internationales, elle emporte normalement renonciation à leur immunité de juridiction⁹.

On examinera successivement la formation (Section I) et les effets (Section II) de la clause compromissoire.

SECTION I FORMATION

Comme le contrat lui-même, la clause compromissoire implique un échange de consentements entre personnes capables. La méfiance du droit à son égard, en matière d'arbitrage interne, se traduit de deux manières. Le domaine de la clause est réduit (§ 1), sa forme est réglementée (§ 2).

Cette méfiance se réduit et un prochain décret remaniant le Code de procédure civile devrait le rapprocher de l'arbitrage international, en le rendant plus libéral.

§ 1. DOMAINE

1241. Un ancien malentendu. – L'article 2061 a longtemps prohibé la clause compromissoire. Ce texte était, semble-t-il, sans équivalent dans les droits étrangers, qui, souvent, ne distinguent pas entre le compromis et la clause compromissoire. Il était critiqué par les auteurs, qui lui reprochaient de mener à une différence injustifiée entre les arbitrages interne et international, d'entraver l'organisation par avance d'un arbitrage, et de reposer sur un malentendu¹⁰.

Le législateur avait cru consacrer un principe jurisprudentiel, qui n'a jamais eu la « *raideur* » de l'article 2061. La décision de principe était un arrêt du 10 juillet 1843¹¹, intervenu à une époque où la loi ne comportait aucune prohibition. Depuis, les textes autorisant la clause se sont multipliés. En outre, la France a levé la réserve de commercialité dont elle avait assorti la ratification de la Convention de New York du 10 juin 1958, sur « *la reconnaissance et*

inapplicabilité manifeste; Ph. THÉRY, obs. crit., *RTD civ.* 2004, p. 770; Cass. civ. 2^e, 18 décembre 2003, *Bull. civ.* II, n° 393; *Defrénois* 2004.990, obs. R. Libchaber.

8. *Infra*, n° 1247.

9. Ex. : TGI Paris, 20 octobre 1997, *Unesco*, *Rev. arb.* 1997.575, n. Ch. Jarrosson.

10. Ch. JARROSSON, « La clause compromissoire », *Rev. arb.* 1992, 259, 399.

11. Cass. civ., 10 juillet 1843, *cie L'Alliance*, S. 1843.I.561 ; D. 1843.I.543. Un contrat d'assurance-incendie comportait une clause compromissoire, l'arbitrage devant avoir lieu au siège de la compagnie d'assurance. Un assuré saisit le tribunal de Lyon qui déclara nulle la clause et s'estima compétent. La nullité fut prononcée pour violation de l'article 1006, C. pr. civ. qui exigeait la désignation des arbitres dans le compromis. La Compagnie d'assurance soutenait que, s'agissant d'une clause compromissoire, cette règle ne s'appliquait pas. La Cour de cassation maintint la nullité et ajouta : « *Si l'on validait dans le cas d'assurances contre l'incendie la simple [...] clause compromissoire, il faudrait reconnaître et consacrer sa validité dans tous les contrats lors desquels on aurait consenti, en cas d'inexécution ou de difficultés dans l'exécution, se soumettre à des arbitres non désignés ; [...] cette stipulation deviendrait en quelque sorte banale et de pur style ; [...] l'exception au droit commun serait la règle et [...] l'on serait privé des garanties que présentent les tribunaux ; [...] l'obligation de nommer des arbitres lors du compromis a pour but [...] principalement de mettre les citoyens en garde contre leur propre irréflexion qui les porterait à souscrire avec trop de légèreté et d'imprévoyance à des arbitrages futurs, sans être certains d'avoir pour juges volontaires des personnes capables et dignes de leur confiance... ».*

l'exécution des sentences arbitrales étrangères »¹². Ce mouvement annonçait une modification de l'article 2061, afin de limiter la prohibition au seul bénéficiaire des salariés et des non-professionnels¹³. C'est ce qu'une loi de 2001 a inscrit dans l'article 2061, posant la validité de principe de cette stipulation dans les contrats relatifs à une activité professionnelle¹⁴.

1242. Validité de principe entre professionnels. – Ce sont donc de nombreux contrats qui peuvent contenir la clause compromissoire, y compris mixtes, voire entre personnes civiles, pourvu qu'ils soient conclus, à raison de leur activité professionnelle (art. 2061 préc., rédaction loi sur la *Justice du XXI^e siècle*). La Cour de cassation a une conception stricte de cette condition : chacun des signataires du contrat comportant une clause compromissoire doit exercer actuellement l'activité professionnelle auquel il se rapporte ; ce qui exclut le retraité¹⁵. Dans les cas où la clause compromissoire n'est pas autorisée, elle est frappée d'une nullité relative, puisque la prohibition a pour fondement la protection d'une partie. La comparaison volontaire des parties devant l'arbitre vaut renonciation à l'invoquer¹⁶.

La nullité de la clause, compte tenu de son caractère détachable, n'entraîne pas celle du contrat qui la contient, elle est simplement réputée non écrite (CPC, art. 1447)¹⁷.

§ 2. FORMES ET CONTENU

1243. Écrit. – La clause compromissoire n'est pas une promesse de compromis : elle oblige les parties à mettre en œuvre directement l'arbitrage, en cas de

12. Ph. FOUCHARD, « La levée par la France de sa réserve de commercialité pour l'application de la Convention de New York », *Rev. arb.* 1990.571.

13. Ch. JARROSSON, *op. cit.*, Ph. FOUCHARD, *op. cit.* ; Cass. civ. 1^{re}, 21 mai 1997, *Bull. civ. I*, n° 159 ; *Contrats, conc. consom.* 1997, n° 143, n. L. Leveur : achat d'une *Jaguar* par un particulier français au constructeur anglais : la clause compromissoire est valable, « sous la seule réserve des règles d'ordre public international, qu'il appartiendra à l'arbitre de mettre en œuvre, sous le contrôle du juge de l'annulation ».

14. La Cour de cassation décide que la validation de la clause s'applique aux contrats antérieurs et fait ainsi exception au principe de survie de la loi ancienne : Cass. civ. 1^{re}, 22 novembre 2005, *Bull. civ. I*, n° 423 ; *D.* 2006, Jur. 277, n. crit. T. Le Bars et P. Callé ; *Rev. arb.* 2005.1011, n. crit. D. Bureau ; *JCP* 2006.II.10015, n. E. Cornut ; *Deffrénois* 2006.590, obs. R. Libchaber ; Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 2006, *Bull. civ. I*, n° 282. P.-Y. GAUTIER, « Pour la rétroactivité *in mitius* en matière civile », *Mélanges Héron*, LGDJ, 2008, p. 241 s.

15. Cass. civ. 1^{re}, 29 févr. 2012, n° 11-12782, *LPA* 2012, n° 102, p. 11, obs. V. Legrand : « ayant relevé que M. et M^{me} X n'exerçaient plus aucune activité professionnelle, la cour d'appel en a déduit, à bon droit, que les contrats n'ont pas été conclus en raison d'une activité professionnelle au sens de l'article 2061 du Code civil, de sorte que la clause compromissoire était nulle et de nul effet » ; en l'espèce, les deux époux, commerçants retraités, avaient cédé leur fonds de commerce et consenti un bail commercial. Le critère n'est donc pas l'expérience du signataire, mais la destination du contrat qui comporte la clause compromissoire, comme en matière de clause abusive.

16. Cass. civ. 2^e, 11 juillet 2002, *Bull. civ. II*, n° 161 ; *JCP G* 2003.I.105, n. J. Ortscheidt : « La participation sans réserve du requérant à l'arbitrage valait de sa part renonciation au droit d'invoquer la nullité de la clause compromissoire... » ; Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 2005, *Bull. civ. I*, n° 302 ; *D.* 2006.1424, n. E. Agostini ; *Rev. arb.* 2005.993, n. P. Pinsolle. L'arrêt se réfère au principe anglo-saxon de *l'estoppel*, portant interdiction de se contredire déloyalement au détriment d'autrui.

17. Cass. civ. 1^{re}, 15 mai 2008, n° 06-20806, *Bull. civ. I*, n.p.B. ; *RDC* 2008.1122, obs. crit. Th. Génicon : « La clause compromissoire, clause procédurale, n'étant qu'accessoire au contrat, et non la cause de l'acte, les juges du fond en déduisent exactement que, même si le contrat stipule que la nullité d'une seule clause entraîne celle du contrat lui-même, l'autonomie de la clause par rapport au contrat qui la contient ne permet pas d'admettre que la nullité entraîne la nullité totale du contrat ».

litige¹⁸. Elle doit donc comporter, dès sa conclusion, les éléments qui le permettront, sans qu'un nouvel accord n'intervienne. De là, la nécessité d'un écrit, suffisamment précis (*ib.*, art. 1443). À peine de nullité, la clause doit être stipulée par écrit. Il sera en papier ou sur support électronique (art. 1366 et s., C. civ.)¹⁹. Cet écrit peut être la convention principale, dont il constitue l'une des clauses. L'article 1443 permet aussi de se référer, dans le contrat principal, à un document qui comporte la clause compromissoire. Ou encore à un échange d'écrits. Elle peut couvrir plusieurs contrats (*ibid.*).

Ce procédé est répandu dans les relations commerciales : le contrat lui-même est conclu par un moyen de communication (e-mail, téléphone, geste de la main...) qui ne permet qu'une individualisation de ses éléments essentiels (prix, délai, quantité, qualité) ; pour le reste, les parties renvoient à des « conditions types », « conditions générales » ou « règlements professionnels », qui comportent une clause compromissoire²⁰.

Le droit français, qu'il s'agisse d'arbitrage international ou interne, manifeste un grand libéralisme : il suffit que la convention des parties, qui n'est pas forcément signée, ni donc écrite, se réfère à un autre document comportant une clause compromissoire. Ainsi une clause de ce type peut-elle être adoptée par le simple silence à réception d'un document se référant à un contrat type ou à un autre contrat, pourvu qu'une telle pratique soit conforme aux usages commerciaux suivis entre les contractants (rapp. art. 2061 préc., rédaction loi sur la *Justice du XXI^e siècle*, qui n'exige qu'une acceptation)²¹. L'accord pourrait même être verbal et confirmé par simple lettre²².

1244. Contenu. – La clause compromissoire doit désigner le ou les arbitres, ou prévoir les modalités de leur désignation (art. 1444). Cette disposition s'explique par deux considérations : la volonté de protéger les parties, qui s'en remettent par avance à un juge privé dont elles doivent au moins approuver le mode de désignation ; il suffit, à cet égard, qu'elles se réfèrent à un règlement d'arbitrage (*ibid.*), prévoyant lui-même les modalités de désignation du tribunal arbitral ; et surtout, le souci de permettre l'application directe de la clause par la constitution du tribunal arbitral. Sont cependant désormais valables les « clauses blanches », ne prévoyant aucune de ces modalités (renvoi de l'art. 1444 préc. aux art. 1451 s., c'est-à-dire principalement recours au juge d'appui).

Cette règle est sanctionnée par la nullité de la clause compromissoire, que le juge étatique saisi de la difficulté de constituer le tribunal arbitral, peut constater (mais pas d'office) si elle est manifeste. Si la clause est, au contraire, valable et suffisante, le « juge d'appui » concourra à la constitution du tribunal arbitral en désignant lui-même le ou les arbitres, en cas de difficulté (art. 1452 s.) ; le juge d'appui a compétence générale pour résoudre les difficultés et ordonner des mesures préparatoires²³.

18. *Infra*, n° 1245.

19. P.-Y. GAUTIER, *Dr. et patr.*, juin 2002, p. 88 et s.

20. Jurisprudence plusieurs fois réitérée depuis Cass. civ. 1^{re}, 9 novembre 1993, *Bull. civ. I*, n° 313 : « En matière d'arbitrage international, la clause compromissoire, par référence écrite à un document qui la contient, par exemple des conditions générales ou un contrat type, est valable, à défaut de mention dans la convention principale, lorsque la partie à laquelle la clause est opposée, a eu connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat, et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté l'incorporation du document au contrat » ; X. BOUCOZBA, « La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage international », *Rev. arb.* 1998.495.

21. B. OPPÉTTI, « La clause arbitrale par référence », *Rev. arb.* 1990.551, et les nombreuses décisions citées ; Ex. : Paris, 14 novembre 1996, *ib.*, 1997.434, n. Y. Derains.

22. Cass. civ. 2^e, 21 janvier 1999, *RTD com.* 1999. 847, n. E. Loquin et J. Cl. Dubarry.

23. Ex. : en vue d'apprécier l'indépendance d'un arbitre et prévenir sa récusation, ordonner que soit communiqué le nombre d'arbitrages dans lesquels celui-ci a déjà été désigné par une partie : Cass. civ. 1^{re}, 20 juin 2006, *Bull. civ. I*, n° 311 ; *JCP G* 2006.II.10155, n. G. Chabot. En revanche, il ne saurait s'immiscer dans l'activité des arbitres : TGI Paris, 16 novembre 2015, *D.* 2015. 2592, obs. Th. Clay (la décision réserve cependant le contrôle du Centre d'arbitrage). Sur le juge d'appui : G. PLYUETTE,

SECTION II

EFFETS

On doit distinguer les effets de la clause entre les signataires (§ 1) et à l'égard des non-signataires (§ 2).

§ 1. ENTRE LES SIGNATAIRES

1245. Positifs et négatifs. – La clause compromissoire oblige à faire et à ne pas faire. En cas de difficultés d'interprétation, l'arbitre pourra l'interpréter, sous l'éventuel contrôle du juge. L'arbitre est en outre premier juge de sa compétence (principe de *compétence-compétence*), règle qui ne s'efface que devant la nullité manifeste de la convention d'arbitrage²⁴.

La clause peut s'appliquer aux difficultés relatives à la validité ou à l'exécution du contrat, même si celui-ci est expiré²⁵.

Une fois le litige né, les parties s'obligent à le déferer au tribunal arbitral qu'elles ont prévu. Ce tribunal doit être constitué. L'article 1452 du Code de procédure civile, permet de vaincre la résistance de l'une des parties, par l'intervention directe du juge d'appui, dans la désignation du ou des arbitres²⁶. Une fois constitué, le tribunal arbitral est saisi par les parties conjointement, ou séparément par la partie la plus diligente. Aucun nouvel accord n'est nécessaire, ce qui est opportun puisque, par hypothèse, un litige a surgi entre les parties. L'arbitrage peut être à plus de deux parties, elles devront alors s'accorder sur la personne et le nombre des arbitres, faute de quoi le juge d'appui tranchera (art. 1453).

Les parties s'obligent à ne pas saisir du litige une juridiction étatique devenue incompétente par l'effet de la clause compromissoire, hormis quelques cas limités (urgence ; procédures d'exécution)²⁷ ; la juridiction étatique devrait le constater, si l'une des parties la saisissait (*ib.*, art. 1448)²⁸.

1246. Ensembles contractuels. – Il arrive fréquemment que la clause compromissoire soit stipulée dans un contrat-cadre sans être répétée dans les contrats d'application ; ou encore, qu'elle figure dans le premier contrat et ne soit pas rappelée dans les contrats ultérieurs qui sont la « suite » ou la « répétition » du contrat

in Mélanges Pierre Mayer, LGDJ, 2015, p. 711 ; B. HAFTEL, « L'autorité de la chose jugée par le juge d'appui », *D.* 2016. 138.

24. Jurisprudence abondante ; ex. : Cass. com., 25 novembre 2008, *Bull. civ.* IV, n° 197 ; *Rev. arb.* 2008.677, n. O. Cachard ; *JCP* 2009.II.10023, n. D. Manguy (extension de la clause d'une vente à un crédit-bail). O. CACHARD, « Le contrôle de nullité de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », *Rev. arb.* 2006.893. Sur l'autonomie de la clause compromissoire lorsque le contrat est nul : *supra*, n° 1240.

25. Ex. pour des pourparlers de renouvellement : Paris, 24 mai 2000, *Rev. arb.* 2001.535, n. P. Didier ; pour une convention de garantie de passif expirée : Cass. civ. 2^e, 8 avril 2004, *Bull. civ.* II, n° 162 ; *RTD civ.* 2004.770, obs. Ph. Théry.

26. S'y refuser constituerait de sa part un déni de justice et une violation de l'art. 6-1, Conv. EDH sur le droit au procès équitable (v., en matière internationale, Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 2005, *Bull. civ.* I, n° 53 ; *D.* 2005, somm. 3054, obs. Th. Clay).

27. Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 1989, *Rev. arb.* 1992.61, n. Y. Derains ; n.p.B.

28. Ex. : Cass. com., 10 mars 1998 et Versailles, 8 octobre 1998, *Rev. arb.* 1999.57, note A. Hory (compétence du juge du provisoire, afin de « préserver une situation, des droits ou des preuves... ») ; CJCE, 17 novembre 1998, *ib.*, 1999.143, n. H. Gaudemet-Tallon (référé-provision).

initial. L'ensemble contractuel ainsi constitué entre les mêmes signataires relève-t-il de la compétence arbitrale²⁹ ?

Une réponse affirmative s'impose si les différents contrats font référence à celui qui comporte la clause compromissoire³⁰. Ce que prévoit l'article 1442 du Code de procédure civile.

Dans le silence des contrats, la question est de savoir si le « litige » dont les parties ont voulu attribuer le règlement à l'arbitre incluait nécessairement les difficultés d'exécution des contrats subséquents. Il en est ainsi lorsque la clause est insérée dans un contrat-cadre qui nécessite, par définition, des contrats d'application³¹. En l'absence d'un tel lien, la compétence arbitrale devrait, en principe, être écartée³².

§ 2. À L'ÉGARD DES NON-SIGNATAIRES

1247. Effet relatif. – Comme toute convention, la clause compromissoire ne produit d'effets qu'à l'égard des parties contractantes (art. 1199, ancien art. 1165 et 2061, réd. loi *Justice du XXI^e siècle*). Elle n'en produit pas à l'égard des tiers³³ ; ce qui soulève d'importantes difficultés en matière d'arbitrage multipartite³⁴. Lorsqu'un tiers s'introduit dans un contrat comportant une clause compromissoire, en qualité de cessionnaire d'une créance ou de cessionnaire du contrat lui-même, ou de tiers exécutant (sous-contrat), ou de caution³⁵, devra-t-il respecter la clause compromissoire en cas de litige ?

Les hésitations de la jurisprudence jusqu'à une époque récente pouvaient s'expliquer par la nature particulière de la clause : elle n'est pas nécessaire à l'équilibre contractuel et n'a pas tant pour objet le contrat lui-même, que les litiges que son exécution pourrait faire surgir. D'un autre côté, il n'y a pas de raison que l'intervention d'un tiers dans le rapport contractuel modifie les prévisions initiales des parties, et prive la clause de son efficacité. Il y a donc lieu de distinguer selon que le tiers est bénéficiaire d'un droit ou d'une obligation contractuelle, ou demeure tiers à ce contrat. Dans le premier cas, il est lié par la clause ; ainsi en est-il du bénéficiaire d'une stipulation pour autrui³⁶. Il en est de même *a fortiori* en cas de transmission d'un droit issu du contrat, ou du contrat lui-même ; la transmission opère de manière automatique, c'est-à-dire sans que le cessionnaire ait à

29. F.-X. TRAIN, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, th. Paris X, LGDJ, 2003, préf. I. Fadlallah.

30. *Supra*, n° 1243.

31. Cass. com., 5 mars 1991, *Rev. arb.* 1992, 67, n. L. Aynès et 95, n. D. Cohen. Mais les parties peuvent écarter, dans les contrats d'application, la clause compromissoire.

32. V. cep., estimant qu'une transaction fait partie de l'ensemble contractuel avec le contrat initial disputé, dont elle procède : Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2014, n° 13-17495, *Bull. civ. I*, n° 126 ; *D.* 2014. 2092, n. V. Mazeaud et 2546, n. Th. Clay ; *RTD civ.* 2014. 888, obs. H. Barbier.

33. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2014, préc. (elle ne s'étend pas à une action contre le tiers complice du cocontractant) ; Cass. civ. 1^{re}, 16 juillet 1992, *Bull. civ. I*, n° 232 ; *Rev. arb.* 1993.611, n. Ph. Delebecque : « L'application d'une clause compromissoire ne peut être étendue à des rapports d'obligations qui ne résultent pas de la convention où elle est stipulée » (promesse de porte fort) ; cf. aussi pour un groupe de contrats : Paris, 29 novembre 1991 ; *Rev. arb.* 1993.617, n. L. Aynès.

34. **Biblio.** : S. AKHOUD, *La notion de partie dans l'arbitrage*, Université Versailles Saint-Quentin, 2012. V. notamment, « L'arbitrage et les tiers », *Rev. arb.* 1988, sp. J.-L. GOUTAL, p. 449 et s. ; *infra*, n° 1248 ; D. COHEN, « Arbitrage et groupes de contrats », *ib.*, 1997.471.

35. E. LOQUIN, « Arbitrage et cautionnement », *Rev. arb.* 1994, 235-252.

36. Cass. civ. 1^{re}, 11 juillet 2006, *Bull. civ. I*, n° 368 : « la clause d'arbitrage contenue dans un contrat liant le stipulant au promettant peut être invoquée par et contre le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui » (bénéficiaire d'une garantie de passif). *Contra* : Cass. com., 4 juin 1985, *Bull. civ. IV*, n° 178 ; *RTD civ.* 1986.593, obs. J. Mestre ; *Rev. arb.* 1987.140, n. Goutal.

y consentir, et même s'il ignore son existence ; ainsi la clause compromissoire est-elle devenue un accessoire du droit transmis³⁷.

Contrairement aux apparences, il n'y a aucune opposition entre la séparabilité de la clause compromissoire³⁸, et sa transmission par accessoire : le premier caractère a trait à l'investiture de l'arbitre, le second à la prévisibilité contractuelle.

En toute hypothèse, la participation volontaire et en connaissance de cause à l'exécution du contrat vaut acceptation de la clause compromissoire³⁹. L'article 2061, dans sa rédaction tirée de la loi sur la *Justice du XXI^e siècle*, dispose que la clause doit avoir été « acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée ».

De la même manière, dans les groupes de sociétés, la clause compromissoire peut régir d'autres personnes que les signataires. Il est certain que la distinction des personnalités morales, elle-même source de sécurité, s'oppose à l'admission en principe d'une telle extension. Cependant, des circonstances particulières, comme la participation de la filiale à l'exécution de la convention conclue par la mère⁴⁰, peuvent justifier l'invocation de la clause contre une société non signataire. Plus rarement, la théorie de l'apparence⁴¹ ; le rapport de hiérarchie entre la société-mère et la filiale rend probable l'acceptation de la seconde, alors que celle-ci participe à l'exécution de la convention conclue par la première.

1248. Arbitrage multipartite. – L'arbitrage multipartite, c'est-à-dire la possibilité de faire participer à un même arbitrage plusieurs groupes de personnes aux intérêts hétérogènes, est souvent une nécessité pratique, par exemple dans les groupes de contrats composés de contrats principaux et de sous-contrats : il est souhaitable que l'arbitre ait connaissance de l'ensemble du litige, et que la

37. Jurisprudence abondante et constante ; ex. : **arbitrage international, cession de créance** : * Cass. civ. 1^{re}, 5 janvier 1999, *Banque Worms*, *Bull. civ. I*, n° 1 ; *D. Aff.* 1999.291 ; *Defrénois* 1999.752, n. Ph. Delebecque ; *Rev. crit. DIP* 1999.536, n. E. Pataut ; *Rev. arb.* 2000.85, n. D. Cohen : « *La clause d'arbitrage international [...] est transmise au cessionnaire avec la créance, telle que cette créance existe dans les rapports entre le cédant et le débiteur cédé* ». **Arbitrage interne, cession de créance** : Cass. civ. 2^e, 20 décembre 2001, *Bull. civ. II*, n° 198 ; *Rev. arb.* 2002. 379, n. C. Legros ; *RTD com.* 2002. 279, n. Loquin ; *D.* 2003, chron. 569 de X. Pradel ; **arbitrage international, reventes successives de la marchandise** : * Cass. civ. 1^{re}, 27 mars 2007, *Alcatel Business Systems*, *Bull. civ. I*, n° 129 ; *JCP* 2007.II.10118, note C. Golhen ; *Cont. conc. consom.* 2007, comm. n° 166, n. L. Leveneur ; *D.* 2007.2077, n. S. Bollée et 2008.184, n. Th. Clay ; *JDI* 2007.968, n. C. Legros ; *RTD com.* 2007.677, obs. E. Loquin ; *RTD civ.* 2008.541, obs. Ph. Théry : la clause compromissoire est « *transmise de façon automatique, en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne* » (chaîne de vente et d'entreprise pour la fabrication d'une puce électronique).

38. *Supra*, n° 1240.

39. Cass. civ. 1^{re}, 26 oct. 2011, n° 10-17708, *Bull. civ. I*, n° 175 : la clause compromissoire s'étend au sous-traitant qui en a eu connaissance lors de la signature de son contrat et qui est directement impliqué dans l'exécution du premier contrat ; Cass. civ. 1^{re}, 27 mars 2007, *Alcatel Business Systems*, cité ci-dessus : « *L'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter* » (application de la clause compromissoire à deux filiales intervenues pour l'agrément de micro-processeurs aux termes d'un contrat conclu avec la société mère) ; Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 1991, *Bull. civ. I*, n° 205 ; *Rev. arb.* 1991, 453, n. P. Mayer.

40. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 11 juillet 2006, sté *British America Tobacco UK*, *Bull. civ. I*, n° 367 : en l'espèce un contrat de distribution de cigarettes avait été conclu par une entreprise française avec un fabricant anglais, le contrat étant exécuté par sa filiale française ; I. FADLALLAH, « Clause d'arbitrage et groupes de sociétés », *Tvx cté fr. DIP*, 1984-85, p. 105 ; A. CHAPPELLE, « L'arbitrage et les tiers, le droit des personnes morales », *Rev. arb.* 1988.475.

41. Paris, 7 octobre 1999, *Rev. arb.* 2000.288, n. D. Bureau.

sentence s'impose à toutes les parties. Cependant, la mise en œuvre d'un tel arbitrage est difficile. D'abord, lorsque la clause prévoit un *numerus clausus* d'arbitres (ex. deux, plus le président), alors que les parties sont en nombre supérieur⁴². Ensuite, en présence de plusieurs contrats, même lorsqu'ils comportent tous une clause compromissoire aux effets identiques (ex. : qui désignera l'arbitre ?). Elle paraît impossible, lorsque les clauses compromissoires conduisent à un arbitrage différent, ou que certains contrats n'en comportent pas. Le juge d'appui reçoit compétence pour les difficultés de constitution du tribunal (art. 1453).

1249. Pluralité de litiges, indivisibilité. – Si une affaire est pendante devant un juge étatique et que l'un des défendeurs est lié par une clause d'arbitrage, le tribunal peut-il juger de l'ensemble, au motif de ce que les affaires sont trop étroitement liées pour qu'elles soient traitées séparément ? Après hésitations, la Cour de cassation a répondu par la négative, alors même qu'il existerait une indivisibilité : la partie dont le juge naturel est l'arbitre, pourra aller plaider devant lui⁴³.

N^{os} 1250-1259. réservés.

42. Cass. civ. 1^{re}, 7 janvier 1992, *Dutco*, *Bull. civ. I*, n^o 2 ; *Clunet* 1992.707, n. Ch. Jarrosson ; *Rev. arb.* 1992.470, n. P. Bellet : les parties n'ont pas, en vertu du principe d'égalité, à être forcées de se constituer en groupes pour nommer un seul arbitre par groupe (annulation d'une sentence CCI. Celle-ci a depuis lors modifié son règlement).

43. Cass. civ. 1^{re}, 16 octobre 2001, *Bull. civ. I*, n^o 254 ; *D.* 2001, IR, 3247 : « *La seule constatation d'une indivisibilité ne suffisait pas à faire obstacle au jeu de la clause d'arbitrage* » ; en l'espèce, la cour d'appel avait écarté la clause d'arbitrage stipulée dans un contrat conclu entre deux éditeurs, parce qu'elle était également saisie d'une action en contrefaçon, dont le sort dépendait de la détermination des droits résultant de ce contrat. Cassation.

■ CHAPITRE III ■

COMPROMIS

1260. Une gravité relative. – Le compromis¹ est « la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage » (art. 1442).

Le litige étant né, les parties peuvent mesurer l'enjeu de leur renonciation à la justice étatique : cette convention est moins dangereuse que la clause compromissoire, ce qui explique sans doute que son domaine soit plus ouvert.

À la différence de la transaction, les parties au compromis ne font aucune concession et ne renoncent pas à leurs prétentions ; elles confèrent seulement le règlement du litige à un juge privé². Aussi le compromis est-il à la fois plus grave que la transaction : les parties ignorent ce qu'il adviendra finalement de leurs droits dans la sentence ; et moins décisif : l'erreur sur le droit litigieux est une cause de nullité de la transaction³ ; au contraire, elle est indifférente au compromis, car les parties ne renoncent pas à ce droit.

1261. Effets. – Le compromis produit les mêmes effets que la clause compromissoire une fois le litige né. Il interdit aux parties de recourir aux juridictions étatiques – sauf comme auxiliaires de l'arbitrage – et les oblige à coopérer à l'instance arbitrale.

1262. Clause compromissoire ; compromis ; acte de mission. – L'existence d'une clause compromissoire valable rend inutile la conclusion d'un compromis. L'arbitre tient son investiture de la première. Une convention peut cependant intervenir entre les parties après la naissance du litige, permettant de compléter, voire de modifier le contenu de la clause compromissoire, au vu du litige particulier. Certains règlements d'arbitrage (ex. : règlement CCI) imposent ou préconisent la signature d'un « acte de mission » dès la première audience, afin de préciser les prétentions des parties, les points litigieux, les règles applicables, le calendrier, etc. Cet acte n'a, en principe, ni la nature, ni les effets d'un compromis : il peut être dressé par l'arbitre seul, en cas de désaccord des parties, et il intervient à un

1. **Étymologie** de compromis : du verbe latin : *compromitto, ere* = s'engager à s'en remettre à l'arbitrage d'un tiers. Le sens juridique est fidèle à l'étymologie. Dans la langue courante, le compromis désigne la transaction (« trouver un compromis acceptable »...). Bibliog. : C. JARROSSON, « Le compromis, convention d'arbitrage d'avenir ? », in *Mélanges en l'honneur de B. Audit*, LGDJ 2014, p. 465 s.

2. *Supra*, n° 1220.

3. *Supra*, n° 1121.

moment où celui-ci est déjà saisi en vertu de la clause compromissoire, suivie de la demande d'arbitrage.

En l'absence de clause compromissoire, un compromis est indispensable. L'acte de mission pourra tenir lieu de compromis, s'il en remplit les conditions, notamment s'il constate l'accord des parties⁴.

La situation est plus incertaine lorsque la clause compromissoire est nulle. L'arbitrage ne peut alors reposer que sur un compromis, convention distincte de la clause compromissoire antérieure, ou sur la renonciation à se prévaloir de la nullité de la clause. L'acte de mission signé par les parties pourra, selon ses termes, valoir compromis ou renonciation à se prévaloir de la nullité – ce qui est rare – ; ou ni l'un, ni l'autre, les parties conservant le droit d'invoquer cette nullité devant l'arbitre qui, s'il la constate, devra se déclarer incompétent⁵.

La convention d'arbitrage et les actes subséquents s'interprètent selon les règles générales des contrats, avec une prévalence de la règle « d'effet utile »⁶.

1263. Domaine du compromis. – À la différence de la clause compromissoire, qui n'est autorisée qu'à certaines conditions et non dans tous les domaines, en droit interne⁷, le compromis peut intervenir dans toutes les matières arbitrables. Grâce à ce contrat, de nombreux litiges successoraux, matrimoniaux ou surgis à propos d'obligations civiles ou d'actes mixtes peuvent être résolus par l'arbitrage.

En outre, dans ces domaines, la conclusion d'un compromis permet d'éviter les discussions sur la validité de la clause compromissoire et la renonciation tacite à en invoquer la nullité.

On examinera successivement la preuve du compromis (Section I) et le contenu de ce contrat (Section II).

SECTION I PREUVE

1264. Intérêt de la question. – Aux intérêts habituels qui s'attachent à la preuve d'une convention, s'ajoute ici un enjeu particulier : la validité de la future sentence arbitrale. En effet, même si les textes ne le précisent plus, l'absence de convention d'arbitrage est une cause de nullité de la sentence ; de même que la violation par l'arbitre de sa mission (art. 1492 ; 1520), par exemple s'il a statué au-delà (*ultra petita*) ou en deçà (*infra petita*) de l'objet du litige. La preuve de l'existence et du contenu du compromis est indispensable.

1265. Un écrit quelconque. – Comme pour la clause compromissoire, l'article 1443, englobant les deux actes dans la catégorie de la « convention d'arbitrage », impose l'écrit, à peine de nullité.

4. Ex. : Paris, 19 mars 1987, *D.* 1987, IR, 105.

5. En ce sens, Paris, 12 juillet 1984, *Clunet* 1985.129 ; *Rev. arb.* 1986.75.

6. Cass. civ. 1^{re}, 13 mars 2013, n° 12-20573, *Bull. civ. I*, n° 40, *RTD civ.* 2013. 631, obs. P.Y. Gautier : l'arbitre n'est pas tenu de « s'attacher uniquement à l'énoncé des questions litigieuses » et peut reformuler le débat juridique avec sa propre argumentation, sans avoir à la présenter préalablement aux parties. **Bibli.** : L. LÉVY et F. ROBERT-TISSOT, « L'interprétation arbitrale », *Rev. arb.* 2013. 861.

7. *Supra*, n° 1242.

Comme la détermination de « l'objet du litige » par la convention est prescrite à peine de nullité (art. 1445)⁸, il paraît difficile de se passer d'un support écrit, papier ou numérique. L'ancienne souplesse relative au compromis paraît désormais condamnée.

SECTION II CONTENU

1266. Renonciation et projection. – Le compromis intervient à la charnière du passé et de l'avenir. Le litige est né ; les parties renoncent à le faire trancher par les juridictions étatiques ; le litige demeure : il sera tranché par la juridiction arbitrale. Aussi le compromis doit-il obligatoirement comporter les deux éléments que nécessitent la renonciation et l'engagement pour l'avenir : l'objet du litige et la personne du ou des arbitres chargés de le résoudre. En étroite relation avec le fond, cette règle traditionnelle de forme est prescrite à peine de nullité (*ib.*, art. 1443 et 1445).

Naturellement, le compromis comporte souvent d'autres dispositions (loi applicable, délais...).

§ 1. OBJET DU LITIGE

1267. Double fonction. – Le compromis doit déterminer l'objet du litige (art. 1445). Cette exigence présente une double utilité : elle permet de mesurer exactement l'étendue de la renonciation à saisir les tribunaux étatiques ; par voie de conséquence, celle de leur incompétence. Elle permet aussi de déterminer la compétence de l'arbitre, l'objet de sa mission, en vue d'un contrôle éventuel de la sentence.

L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Le compromis doit les exposer, aussi précisément que possible. Mais les tribunaux ne sont guère exigeants. En revanche, l'arbitre ne saurait statuer *ultra petita*⁹.

L'objet du litige peut être modifié en cours d'arbitrage par une nouvelle convention entre les parties, laquelle peut être tacite et résulter, par exemple, du fait qu'elles acceptent sans réserve de discuter d'un point nouveau¹⁰.

§ 2. DÉSIGNATION DU OU DES ARBITRES

1268. Confiance. – Les parties confient le règlement du litige à un juge privé : leur décision n'est raisonnable que si elles le désignent, ou s'entendent sur les modalités de sa désignation. En pratique, fréquemment, chacune désigne son propre arbitre, laissant aux deux arbitres désignés le choix d'un troisième¹¹. S'ils sont plusieurs, ils doivent être en nombre impair (art. 1451). Les parties peuvent aussi se contenter de se référer au règlement d'une institution d'arbitrage, fixant lui-

8. *Infra*, n° 1266.

9. Cass. civ. 2^e, 11 juin 1997, *Bull. civ.* II, n° 169 (préjudice non invoqué par le requérant).

10. Paris, 30 mars 1962, *JCP G* 1962.II.12843, n. P. Level.

11. TGI Paris, 4 avril 2003, *Rev. arb.* 2005.162, n. L. Jaeger ; *RTD com.* 2005.482, obs. E. Loquin ; *C. pr. civ.*, art. 1454, les deux arbitres désignés par les parties peuvent nommer le président sans avoir à en référer à elles. Sur le coarbitre : Th. CLAY, cité *supra* n° 1211.

même le mode de désignation des arbitres. Ou bien se mettre d'accord sur le nom d'un arbitre unique.

Il suffit que les arbitres puissent être individualisés, pour que l'article 1450 soit satisfait ; ainsi peut-on désigner l'arbitre par sa qualité professionnelle, pourvu qu'elle permette d'identifier une personne déterminée (ex. : le bâtonnier de tel ordre, le président de telle juridiction...).

Cette désignation est prescrite à peine de nullité du compromis. La nullité est relative : elle est donc couverte par la renonciation des parties à l'invoquer, laquelle peut résulter d'une comparution devant l'arbitre sans protester¹².

Les arbitres doivent être indépendants des parties et de leurs conseils¹³ ; à ce titre, ils formaliseront le plus souvent une déclaration, lors de la signature de l'acte de mission¹⁴. Leurs honoraires seront forfaitaires ou proportionnels, en principe non révisables. Les parties sont solidairement tenues à leur endroit¹⁵.

1269. Suites. – La désignation du ou des arbitres (sans qu'une partie les ait récusés) doit être suivie de leur acceptation. À défaut, le compromis devient caduc. La personne des arbitres est essentielle lors de la formation du compromis. Elle le demeure aussi tout au long de l'arbitrage : le délai commence à courir à compter de la saisine du tribunal, soit l'acceptation du dernier arbitre (art. 1456)¹⁶ ; l'instance prend fin par la révocation, le décès ou l'empêchement d'un arbitre, sauf convention contraire (v. art. 1457 s.).

Le principe du contradictoire s'applique à l'arbitrage et de façon plus générale, toutes les règles relatives au « procès équitable », garanti par la Convention européenne des droits de l'homme¹⁷. Ce qui est également exprimé par l'article 1464, qui renvoie aux « principes directeurs du procès », énoncés aux articles 4 et suivants du Code de procédure civile. La procédure est accusatoire, avec un rôle important des avocats et des témoins¹⁸. Contrairement au procès étatique et parce que l'arbitrage est un contrat, les tiers ne peuvent pas intervenir volontairement à la procédure¹⁹.

Les arbitres doivent rendre leur sentence dans un certain délai (6 mois indique à titre supplétif l'art. 1463, préc.), sans préjudice des prorogations²⁰. Parfois, des sentences « intérimaires », mixtes ou avant-dire droit, seront rendues par les arbitres, selon un calendrier spécifique. Ils peuvent également homologuer l'accord

12. Cass. civ., 21 juillet 1893, *DP* 1894.1.81 : « Si la nullité [...] résulte du défaut de désignation, n'étant pas d'ordre public, est susceptible d'être couverte, elle ne peut l'être que par une désignation ultérieure des parties, faite d'un commun accord entre les parties, l'accord sur ce point étant un élément essentiel du contrat ».

13. *Supra*, n° 1211.

14. *Supra*, n° 1211.

15. Paris, 31 mars 2015, *supra* n° 1211 ; 30 juin 2015, *D.* 2015. 2595, obs. Th. Clay.

16. Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 2004, cité *supra*, n° 1211. Les parties peuvent aménager le calendrier d'éventuelles prorogations : ex : Cass. civ. 2^e, 20 juin 1996, *Bull. civ.* II, n° 167 ; *Rev. arb.* 1997.594, n. J. Pellerin ; cette prorogation peut être tacite, Paris 11 mars 1997, *ib.*, 606, n. Y. Reinhard : « il n'est pas interdit aux parties de décider par avance, dans la convention d'arbitrage, des prorogations du délai d'une durée déterminée auxquelles l'arbitre pourra recourir, dès lors que le temps maximum imparti à ce dernier pour statuer est ainsi conventionnellement arrêté ».

17. Ex. : Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 2011, *Bull. civ.* I, n° 125 ; *Rev. arb.* 2011.678, n. C. Chainais (annulation de la sentence qui a modifié le fondement d'une indemnité, sans inviter au préalable les parties à en débattre). C. CHAINAIS, *Rev. arb.* 2010. 3 ; sur l'applicabilité de la Conv. EDH et de son art. 6-1 : CEDH, 3 avril 2008, *Rev. arb.* 2009. 797, n. J.B. Racine.

18. P.Y. GAUTIER, « Convaincre l'arbitre », in *Mélanges en l'honneur de B. Audit*, LGDJ 2014, p. 397 et s.

19. Paris, 17 février 2015 préc., *supra* n° 1211.

20. Que les parties acceptent par avance dans l'acte de mission ou au cours de l'arbitrage, expressément, ou tacitement, par la participation sans réserve à l'instance : ex. Cass. civ. 2^e, 11 mai 2000, *Rev. arb.* 2000.267, n. E. Tay-Pamart. Pour le cas où l'arbitre statue hors prorogation. V. Cass. civ. 1^{re}, 6 décembre 2005, préc., *supra*, n° 1211.

transactionnel des parties²¹. À l'égard des tiers, la sentence sera *res inter alios judicata*, sauf à retenir son opposabilité²².

Des mesures conservatoires peuvent être sollicitées par le demandeur et pourront être exécutées en cours d'instance, avec ou sans le concours de la force publique (art. 1467 s.).

L'expiration du délai sans qu'une sentence ait été rendue rend le compromis caduc (au contraire, s'il s'était agi d'une clause compromissoire, l'expiration de la mission des arbitres ne priverait pas d'effets celle-ci²³).

21. Cass. civ. 1^{re}, 14 novembre 2012, n° 11-24238, npb ; *Rev. arb.* 2013. 138, note Billemont.

22. S. BOLLÉE, « Les effets des sentences arbitrales à l'égard des tiers », *Rev. arb.* 2015. 695.

23. Cass. civ. 2^e, 18 février 1999, *Bull. civ.* II, n° 31 ; *D. Aff.* 1999.714 : « Lorsque l'arbitrage a sa source dans une clause compromissoire, l'expiration du délai de mission des arbitres sans qu'une sentence ait été rendue ne prive pas nécessairement la clause compromissoire de son efficacité ».

INDEX DES ADAGES¹

Accessorium sequitur principale : **13**, 74, 803.

Beati possidentes : 173.

Caveat emptor : 270.

Coacta voluntas sed tamen voluntas : 900.

Contra non valentem non currit praescriptio : 114, 144.

De non vigilantibus non curat praetor : 61.

Dette de jeu, dette d'honneur : 977.

Donnant donnant : 318.

Emptor debet esse curiosus : 270, **309**, **362**.

En fait de mandat, croyance légitime vaut titre : 580.

Error communis facit jus : 183.

Ex nudo pacto non oritur actio : 4.

Fraus omnia corrumpit : 637.

Genera non pereunt : **886**, 890, 910.

L'aléa chasse la lésion : 67, 225, 998.

L'argent ne fait pas de petits ? : 940.

La terre à ceux qui ont les mains calleuses : 699.

Le don est la forme primitive de l'échange : 68.

Nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans : 983.

Pas de loyer, pas de bail : 691.

Protestatio non valet contra factum : 138.

Qui doit garantir ne peut évincer : 186, **351**.

Qui vend le pot dit le mot : 250.

Ratihabitio mandato aequiperatur : 585.

Res perit debitori : 781.

Res perit domino : 61, **253**, 781.

Res perit emptori : 61.

Superficies solo cedit : 74.

Un euro = un euro : 932.

1. Les chiffres renvoient aux numéros, non aux pages. Ceux qui sont en caractères gras indiquent le siège principal de la matière.

INDEX DES ARTICLES DU CODE CIVIL¹

Articles	N ^{os}
6	1228
36	563
389-5	572, 1116, 1221
457	162
459	162
504	643
506	1116
510	567, 1221
526	622
555	689
578	622
595	641
618	622
815-3	182, 533, 638
815-4	533
815-5	182, 638
815-6	638
815-9	639
815-14	179
815-14 à 815-16	150, 179
832	646
888	1108
900-1	176
938	251
1103	145, 505, 697
1104	309
1105	3, 7
1108	67, 969
1112-1	309
1123	143, 146, 648
1124	110, 111, 113, 120
1130 et s.	1120

Articles	N ^{os}
1153 à 1161	526
1154	532, 538, 567
1155	572
1156 à 1158	573, 574, 579, 584
1161	566
1163	169, 837, 188
1164	209, 837
1165	210, 549, 766, 837
1168	223
1169	214
1170	326, 430, 432, 681, 753, 892
1171	271
1186	9, 819
1188	938, 939
1190	250
1194	309
1196	251, 253, 254
1197	309
1198	178
1199	146, 532, 1130
1202	213
1203	526
1204	181
1210	668
1214 à 1215	667
1216	116, 671
1217	120, 145, 323
1219 à 1220	318, 501, 682
1221	120, 145, 323
1222	328, 682
1223	766

1. Les numéros renvoient à l'ouvrage.

Articles	N ^{os}
1224	281, 322, 324, 512, 682, 1003, 1131
1231	682
1231-3	367
1231-5	109, 822, 937, 956, 1003
1231-6	233, 505, 955
1231-7	950
1240	417, 567
1241	567
1242	271, 421, 567
1244-1	693
1245	381, 396 et s., 421
1247	305, 504
1250	563
1251	501
1257	500
1293	884
1302	254
1303	117
1304-3	126, 134
1305-4	937, 938
1311	162
1314	162
1323	116, 144, 697
1341-3	417, 419, 561, 695, 754, 755, 820, 830
1344-2	251, 253, 254
1355	1109
1359	564, 650, 877
1360	900
1421	642, 1222
1424	642, 1222
1425	642
1427	642
1425	621
1582 à 1701	60 à 513
1583	91, 156, 169, 251
1584	128
1585	170
1586	170
1587	104
1588	105

Articles	N ^{os}
1589	129
1589-1	122, 127
1589-2	20, 115, 116, 123, 127, 144
1591	203, 204, 210, 234, 836
1592	203, 207, 1207
1593	201
1596	177, 566
1597	175, 177
1599	177 à 187
1601	188-194, 253
1601-2	193
1602 à 1649	270 à 437
1602	250
1603	270, 280
1604	299, 314, 502
1605 à 1607	300
1608	305
1609	24, 305
1610	281, 322
1611	326
1612	318
1613	318
1615	307
1616 à 1620	359
1622	359
1626	282, 351, 355 , 357
1626 à 1640	349 à 367
1628	351, 363
1629	364
1630 à 1639	365 à 367
1633	367
1638	357
1640	356
1641	282, 378, 387, 435, 820
1642	390, 392
1642-1	193
1643	194, 390, 431, 917
1644	409

Articles	N ^{os}	Articles	N ^{os}
1645	410	1726 à 1727	685
1646	201	1728, 1 ^o	686
1646-1	77, 308, 378, 419	1728, 2 ^o	691
1648	194, 284, 400, 417, 683	1729	686
1649	164	1730 à 1732	688
1650 à 1656	500 à 511	1731	681, 688
1651	504	1732	688
1652	505	1733-1734	690
1653	502	1735	688
1654	511	1736 à 1740	666-667
1655	511	1736	652, 667
1657	512	1737	667
1659 à 1673	86	1738	667
1673	637	1739	667
1674 à 1685	74, 222 à 233	1741	673
1684	226	1742	672
1693	116, 695	1743	252, 308, 621, 671
1699 à 1701	148	1751	644, 651
1702 à 1707	802 à 806	1753	695
1708	598	1754	681, 688
1709	623, 869	1755	688
1710	618	1758	652
1713 à 1778	599 à 698	1759	667
1714	653	1765	680
1715 à 1716	650-651	1766	686
1717	694, 696	1774	666
1718	643	1775	669
1719	621, 636	1775 à 1799-1	700 à 781
1719, 1 ^o	680	1782 à 1786	701
1719, 2 ^o	681	1779	701, 752
1719, 3 ^o	684	1787	73
1720	680, 681	1788 à 1789	618
1721	683, 820	1788	781
1722	673, 681, 820	1789	781
1723	684	1790	718, 781
1724	684	1792 à 1796-6	745-746
1725	685	1792	308, 567, 745-746, 754

Articles	N ^{os}
1792-1	77, 567, 745
1792-3	745
1792-5	753
1792-6, al. 1	745, 771
1792-6, al. 2	772
1793	768
1794	780
1795	780
1797	753
1831-1 à 1831-5	712
1843	576
1843-3	624
1843-4	206
1844-1	537
1844-2	563
1873-6	640
1874 à 1914	905 à 958
1875	623, 910, 912
1876	623, 847, 910
1877	910
1880	912, 913, 915, 916
1881	910, 916
1882	916
1884	915, 916
1885	912
1886	912
1888	914
1889	910, 914, 915 , 938
1890	912
1891	918
1893	910, 925
1895	932
1898	918
1899	910, 936
1900	910, 936
1901	936
1902	936
1906	949
1907	942, 943, 947

Articles	N ^{os}
1915 à 1949	859 à 893
1915	859 à 865
1917	847, 862-863, 878
1918	860, 866
1919	860
1921	874-876
1922	875
1924	877
1927	880, 882, 891
1928	878, 891
1929	890
1930 à 1931	862
1930	893
1931	861, 862, 893
1932	882
1933	882
1934	885
1936	881, 882, 893
1937	862, 888
1938	884
1939	888
1944	862, 883, 884
1945	862
1947	878
1948	879
1949	900
1950 à 1963	900 à 902
1950	900
1952	901
1953	901
1954	901
1956	902
1960	902
1961	902
1963	862
1965 à 1967	972 à 985
1965	977, 980
1966	975, 984
1967	980, 982

Articles	N ^{os}
1968 à 1983	990, 1006
1971	993
1974	994
1975	994-995, 1006
1976	997
1978	1003, 1006
1979	1002
1983	1002
1984 à 2010	530 à 584
1984	87, 530
1985, al. 1	563
1985, al. 2	562
1986	530
1987	572
1988, al. 1	572
1988, al. 2	563, 1117
1989	1204, 1222
1990	531
1991	551
1992	567
1993	568
1994	541, 561
1996	568
1998, al. 1	572
1998, al. 2	572
1999	549, 569
2000	569
2002	569
2003	552, 554, 560
2004	555

Articles	N ^{os}
2005	555, 578
2007	560
2008	552
2009	551, 579
2011	536
2044 à 2058	1099 à 1131
2044, al. 2	1118
2046	1114
2048 à 2049	1129
2050-2051	1130
2052, al. 1	1128 à 1130
2052, al. 2	1120, 1121, 1123
2053, al. 1	1121
2053, al. 2	1120
2054	1120, 1123
2055	1120, 1123
2056	1102, 1120, 1123
2057	1120, 1123
2059 à 2061	1201 à 1269
2059	1224
2060	1210, 1224, 1228
2061	1210, 1241
2062 à 2068	1097, 1205
2181	502
2182	508
2208	166, 350
2244	228
2276, al. 1	113, 178

INDEX DES PRINCIPALES DÉCISIONS JUDICIAIRES¹

a) Index alphabétique

A

- Afer, Cass. crim., 20 mai 2015 : 526, 572.
** Atlantique de téléphone, SA, cie :
Cass. Ass. plén., 1^{er} déc. 1995 : **209**, 210, 837.
Auger, Cass. civ. 1^{re}, 3 nov. 1988 : 910.
Azzaro, Cass. com., 27 oct. 1992 : **831**, 840.

B

- Banque
— BNP, Cass. com., 9 janv. 1990 : 881.
— ** Canad. nation., Cass. Ass. plén., 13 déc. 1962 : 579, 580, 583.
— Part Dieu, Cass. civ. 1^{re}, 17 févr. 1998 : 902.
— Sofinco, Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 1987 : 945
— Worms, Cass. com., 5 janv. 1999 : 1247.
Barante, de, Cass. civ., 7 févr. 1854 : 563.
Barbot, Cass. civ. 2^e, 4 avr. 2002 : 1240.
Bernard, Cass. civ. 1^{re}, 2 oct. 2001 : 557.
Bernheim, Cass. civ. 1^{re}, 18 nov. 1997 : 766.
** Besse, Cass. Ass. plén., 12 juill. 1991 : **9**, 417, 683, 756.
Biscos, Cass. civ. 1^{re}, 17 juill. 1958 : 186.
** Bitoun, Cass. ch. mixte, 23 nov. 1990 : 821.
BNP, Cass. com., 7 mars 2000 : 568.
Bolmont, Cass. civ. 3^e, 30 janv. 2002 : 686.
Bonnet, Req., 30 déc. 1940 : 362.
Bouchonnerie Gabriel, sté, Cass. civ. 1^{re}, 13 oct. 1993 : 250, **285**, 302.
Boussinière, success. de la, Cass. civ., 26 janv. 1897 : 183.
Bruno, Louis, Cass. civ. 1^{re}, 27 déc. 1960 : 561.

C

- Carrelage en terre cuite, aff. des :
Cass. civ. 1^{re}, 28 oct. 2010 : 310, **314**.
Castagnet, Cass. civ. 1^{re}, 6 déc. 2005 : 1211.
Chabarot, époux, Cass. civ. 1^{re}, 7 juill. 1987 : 182.
Chronopost, Cass. com., 22 oct. 1996 : 22, **753**.
** Cie Atlantique de téléphone, SA,
Cass. Ass. plén., 1^{er} déc. 1995 : **209**, 210, 837.
** Cie française du téléphone,
Cass. Ass. plén., 1^{er} déc. 1995 : 209, 210, 837.
Cie le Monde, Cass. civ., 12 août 1882 : 690.
Clause, sté, Cass. soc., 3 avr. 1990 : 1103.
Clinique Marignan, sté, Cass. civ. 1^{re}, 17 déc. 1957 : 901.
Combes, Cass. soc., 16 mai 1958 : 308.
Commercial Union Insurance, Cass. com., 4 juill. 1989 : **76**, 739.
Commune de Saint-Pée sur Nivelle,
Cass. civ. 3^e, 23 sept. 2009 : 144.
Crédit Lyonnais, Cass. com., 11 oct. 2005 : 868.
Crédit mutuel de Saint-Marcellin,
Cass. civ. 1^{re}, 22 janv. 2009 : 954.
Cruz, cons., Cass. civ. 3^e, 15 déc. 1993 : 107, 111, **120**.
Cubic, Cass. civ. 1^{re}, 20 févr. 2001 : 1268.

D

- Dauvin, Ass. plén., 21 déc. 2007 : 287.
Deparis, Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000 : 1120.
Desangles, époux, Cass. civ. 1^{re}, 2 mars 1977 : 995.
Diagnosticteur immobilier, Cass. ch. mixte, 8 juillet 2015 : 310.

1. Les chiffres renvoient aux numéros, non aux pages. Ceux qui sont en caractères gras indiquent le siège principal de la matière.

E

Entrepr. mod. de canalisation, Cass. civ. 1^{re},
4 févr. 1963 : 308, 409.

F

Fipol, Cass. civ. 1^{re}, 6 déc. 2007 : 1103.
** Frédéric Fiat, Cass. civ., 13 mai 1885 :
557.

G

Gachot, Cass. civ. 3^e, 10 mai 1984 : 145.
Garibaux, dame, Cass. civ. 3^e, 9 juill. 2003 :
695, **698**.
Gomes, époux, Cass. civ. 3^e, 28 juin 2006 :
116, **130**.
Guillou-Pilven, Cass. civ. 1^{re}, 13 janv.
1965 : 362.

H

Hilaire, aff. du peintre, sté Lefranc-
Bourgeois, Cass. civ. 1^{re}, 23 avr. 1985 :
310.
Hôtels et casinos de Deauville, sté, Cass. ch.
mixte, 14 mars 1980 : 980.

I

Institut Pasteur, Cass. civ. 1^{re}, 24 janv. 2006 :
396.
Isnard, dame, Cass. civ. 1^{re}, 12 oct. 1967 :
804.

L

Laborie, Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 1997 : 9,
955.
Lamborghini, sté, ** Cass. civ. 1^{re}, 9 oct.
1979 : 417.
La Rochefoucauld, Cass. civ. 1^{re}, 20 juin
1961 : 910.
Lebel-Orset, dame, aff. du peintre Steinlen,
Cass. civ. 3^e, 14 janv. 1987 : 98, 138,
203.
Lefebvre et Trezeguet, Cass. com., 1^{er} déc.
1992 : 310.
Lefranc-Bourgeois, sté, aff. du peintre
Hilaire, Cass. civ. 1^{re}, 23 avr. 1985 : 310.
Leininger, Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 2004 : 914.
Le Monde, cie, Cass. civ. 1^{re}, 16 août 1882 :
690.
Louelen, Cass. civ. 1^{re}, 24 févr. 1998 : 206.

Louis Bruno, Cass. civ. 1^{re}, 27 déc. 1960 :
561.
** Lubin, Cass. ch. mixte, 23 nov. 1990 :
821.

M

Maine Auto, Cass. com., 7 oct. 1997 : 557,
835.
Maison française de distribution, Cass. ch.
mixte, 6 sept. 2002 : 976.
Maisons Enec, sté des, Cass. civ. 3^e, 22 mars
1995 : 747, 771.
Mariol, époux, Cass. soc., 27 févr. 1958 : 645.
** Montparnasse, sté le Montparnasse,
Cass. Ass. plén., 1^{er} déc. 1995 : **209**, 210,
837.

N

Nozeroy, sté, Cass. com., 22 nov. 1988 :
889.

P

** Pain du pont St-Esprit, aff. du,
Cass. civ. 1^{re}, 19 janv. 1955 : **411**, 421.
Pellet, cons., Req., 1^{er} mai 1911 : 214.
Père, dame, Cass. ch. mixte, 26 mai 2006 :
145, 146.
Petit, dame, Cass. civ. 1^{re}, 25 mai 1992 :
100.
Planet-Watthom, sté, Cass. civ. 1^{re}, 17 janv.
1995 : 396.
Poictevin, Cass. civ., 29 janvier 1867 : 549.
Prodim, Cass. com., 3 juin 2008 : 838.
** Produits céram. de l'Anjou,
Cass. Ass. plén., 7 févr. 1986 : **308**, 417.
Pronuptia, aff., CJCE, 28 janv. 1986 : 363,
838.

R

Ranch de la Bravone, sté, Cass. civ. 3^e,
3 nov. 1981 : 814.
Reignoux et autres, Cass. civ. 3^e, 30 mai
1969 : 83.
Richard F., Cass. civ., 11 mai 1898 : 350.
Rog, dame : Cass. com., 18 juin 1996 : 947,
949.

S

Schwich, Aff., Cass. com., 7 mars 1989 :
143.
* SDBO, Cass. com., 10 févr. 1998 : 568.
Sociétés

— Acofra, Cass. civ. 1^{re}, 14 déc. 1982 : 116.
 — Agence immobilière et commerciale, Req., 12 nov. 1902 : **1102**, 1104, 1123.
 — ** Atlantique de téléphone, Cass. Ass. plén., 1^{er} déc. 1995 : **209**, 210, 837.
 — ** Française du téléphone, Cass. Ass. plén., 1^{er} déc. 1995 : **209**, 210, 837.
 — Bouchonnerie Gabriel, Cass. civ. 1^{re}, 13 oct. 1993 : 250, **285**, 302.
 — Business Support Services : 9, 821, 824.
 — Chronopost, Cass. com., 22 oct. 1996 : 22, **753**.
 — Civile immobilière du Treho : 100.
 — Clause, Cass. soc., 3 avr. 1990 : 1103.
 — Clinique Marignan, Cass. civ. 1^{re}, 17 déc. 1957 : 901.
 — *Commercial Union Insurance Ltd* : Cass. com., 4 juill. 1989 : 76, 739.
 — Économ. de Rennes, Req., 26 déc. 1932 : 223.
 — Effikassociés : 9, 1103.
 — F. et autres, Req., 4 mai 1936 : 136.
 — Fabe, Cass. com., 8 juill. 1980 : 226.
 — Faurélie, Cass. com., 7 févr. 2007 : 9, **753**.
 — Gachot, Cass. civ. 3^e, 10 mai 1984 : 146.
 — Gerbe d'or, la, Cass. com., 21 janv. 2004 : 849.
 — Gosset, Cass. civ. 1^{re}, 7 mai 1963 : 1210.
 — Groupe Dépêche du Midi : 410, 434.
 — Hôtels et casinos de Deauville, Cass. ch. mixte, 14 mai 1980 : 980.
 — Lamborghini, Cass. civ. 1^{re}, 9 oct. 1979 : 417.
 — Lefebvre et Trezeguet, Cass. com., 1^{er} déc. 1992 : 310.
 — Lefranc-Bourgeois, Aff. du peintre Hilaire, Cass. civ. 1^{re}, 23 avr. 1985 : 310.
 — Maisons Enec, Cass. civ. 3^e, 22 mars 1995 : 771.
 — Mécarex, Cass. com., 20 nov. 1979 : 254.
 — ** Montparnasse le : Cass. Ass. plén., 1^{er} déc. 1995 : **209**, 210, 837.
 — Nozeroy, Cass. com., 22 nov. 1988 : 888.
 — *Peavey Company*, Cass. civ. 1^{re}, 6 févr. 2001 : 308, 1247.
 — Planet-Watthom, Cass. civ. 1^{re}, 17 janv. 1996 : 396.
 — Produits céram. de l'Anjou, Cass. Ass. plén., 7 févr. 1986 : 308, 417.
 — Rambaud : 409.

— Ranch de la Bravone, Cass. civ. 3^e, 3 nov. 1981 : 814.
 — Safranado, Cass. civ. 3^e, 27 avr. 1988 : 116.
 — Sodac, Cass. com., 17 nov. 1982 : 851.
 — Thomson-Brandt, Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 1989 : **415**, 421.
 — UFB Locabail, Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 2000 : 849.
 Soparco : Cass. Ass. plén., 24 févr. 2006 : 8, 115, 1103, 1131.
 Sotto, Cass. civ. 3^e, 9 avr. 1970 : 224.
 Steinlen, aff. du peintre, Cass. civ. 3^e, 5 janv. 1983, 14 janv. 1987 : 98, **138**, 203.
 ** Syndic Vollot, Req., 6 mars 1861 : 621.

T

Taurus Films, Cass. civ. 1^{re}, 8 févr. 2000 : 1247.
 Teinturerie renov. express, Cass. civ. 1^{re}, 9 avr. 1957 : 744.
 Thomson-Brandt, sté, Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 1989 : **415**, 421.

V

** Vassali, Cass. Ass. plén., 1^{er} déc. 1995 : **209**, 210, **837**.
 ** Vollot, syndic, Req., 6 mars 1861 : 621.

W

Whistler, aff. du peintre, Cass. civ., 14 mars 1900 : 73.
 Woessner, Cass. civ. 1^{re}, 7 nov. 2000 : 172.

Z

Ziegler France, Cass. com., 3 déc. 2002 : 561.

b) Index chronologique

Cass. civ., 7 févr. 1854, de Barante : 563.
 ** Req., 6 mars 1861, synd. Vollot : 621.
 Cass. civ., 29 janvier 1867, Poictevin : 549.
 Cass. civ., 16 août 1882, cie le Monde : 690.
 ** Cass. civ., 13 mai 1885, Frédéric Fiat : 557.
 Cass. civ., 25 nov. 1896, aff. Hollier-Larrousse : 127.
 Cass. civ., 26 janv. 1897, success. de la Boussinière : 183.
 Cass. civ., 11 mai 1898, F. Richard : 350.

- Cass. civ., 14 mars 1900, Whistler, aff. du peintre : 73.
- Req., 12 nov. 1902, sté agence immobilière et commerciale : **1102**, 1104, 1123.
- Req., 1^{er} mai 1911, Pellet : 214.
- Req., 26 déc. 1932, sté économ. de Rennes : 223.
- Req., 4 mai 1936, sté F. et autres : 136.
- Req., 30 déc. 1940, Bonnet : 362.
- Cass. civ., 7 janv. 1947, Dujour : **695**, 698.
- ** Cass. civ. 1^{re}, 19 janv. 1955, aff. du pain de Pont-St-Esprit : 411.
- Cass. soc., 15 mars 1956, Duru : 902.
- Cass. civ. 1^{re}, 9 avr. 1957, teinturerie renov. express : 744.
- Cass. civ. 1^{re}, 17 déc. 1957, sté clinique Marignan : 901.
- Cass. soc., 27 févr. 1958, époux Mariol : 645.
- Cass. soc., 16 mai 1958, Combes : 308.
- Cass. civ. 1^{re}, 17 juill. 1958, Biscos : 186.
- Cass. civ. 1^{re}, 27 déc. 1960, Louis Bruno : 561.
- Cass. civ. 1^{re}, 20 juin 1961, aff. La Rochefoucauld : 910.
- ** Cass. Ass. plén., 13 déc. 1962, Banque canad. nat. : **578**, 579, 582.
- Cass. civ. 1^{re}, 4 févr. 1963, Entrepr. mod. de canalizat. : 308, 409.
- Cass. civ. 1^{re}, 13 janv. 1965, Guillou-Pilven : 362.
- ** Cass. civ. 1^{re}, 19 janv. 1965, aff. du pain de Pont-St-Esprit : 411.
- Cass. civ. 1^{re}, 12 oct. 1967, dame Isnard : 200, 804.
- Cass. civ. 3^e, 30 mai 1969, Reignoux et autres : 83.
- Cass. civ. 3^e, 9 avr. 1970, Sotto : 224.
- Cass. civ. 1^{re}, 2 mars 1977, époux Desangles : 995.
- ** Cass. civ. 1^{re}, 9 oct. 1979, sté Lamborghini : 417.
- Cass. com., 20 nov. 1979, sté Mecarex : 254.
- Cass. ch. mixte, 14 mars 1980, sté hôtels et casinos de Deauville : 980.
- Cass. com., 8 juill. 1980, sté Fabe : 226.
- Cass. civ. 3^e, 3 nov. 1981, sté Ranch de la Bravone : 814.
- Cass. com., 17 nov. 1982, sté Sodac : 851.
- Cass. civ. 1^{re}, 14 déc. 1982, sté Acofra : 116.
- Cass. civ. 3^e, 5 janv. 1983, aff. du peintre Steinlein : 98, **138**, 203.
- Cass. com., 16 févr. 1983, sté Universal, aff. Mitsubischi : **831**, 838.
- Cass. civ. 3^e, 10 mai 1984, Gachot : 145.
- Cass. civ. 1^{re}, 23 avr. 1985, sté Lefranc-Bourgeois, aff. du peintre Hilaire : 310.
- CJCE, 28 janv. 1986, aff. Pronuptia : 363, **838**.
- Ass. plén., 7 févr. 1986, sté produits céram. de l'Anjou : **308**, 417.
- Cass. civ. 1^{re}, 4 mars 1986, sté sports athlét. : 567.
- Cass. civ. 1^{re}, 8 avr. 1986, aff. Merell-Toraude : 311, **398**.
- Cass. civ. 1^{re}, 14 janv. 1987, aff. du peintre Steinlen : 98, **138**, 203.
- Cass. civ. 1^{re}, 24 févr. 1987, Michel de Saint-Pierre : 73.
- Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 1987, Banque Sofinco : 945.
- ** Cass. civ. 1^{re}, 7 juill. 1987, époux Chabarat : 182.
- Cass. civ. 3^e, 27 avr. 1988, sté Safranedo : 116.
- Cass. civ. 1^{re}, 3 nov. 1988, Auger : 910.
- Cass. com., 22 nov. 1988, sté Nozeroy : 889.
- Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 1989, sté Thomson-Brandt : **415**, 421.
- Cass. com., 4 juill. 1989, sté commerciale *Union Insurance Ltd.* : 76, 739.
- Cass. com., 9 janv. 1990, BNP : 881.
- Cass. soc., 3 avr. 1990, sté Clause : 1103.
- ** Cass. ch. mixte, 23 nov. 1990, Bitoun et Lubin : 821.
- ** Cass. Ass. plén., 12 juill. 1991, Besse : **9**, 417, 683, 755.
- Cass. civ. 1^{re}, 25 mai 1992, dame Petit : 100.
- Cass. com., 27 oct. 1992, Azzaro : **831**, 840.
- Cass. com., 1^{er} déc. 1992, sté Lefebvre et Trezéguet : 310.
- Cass. civ. 1^{re}, 13 oct. 1993, sté Bouchonnerie Gabriel : 250, **285**, 302.
- Cass. civ. 3^e, 15 déc. 1993, cons. Cruz : 107, 111, **120**.
- Cass. civ. 1^{re}, 17 janv. 1995, sté Planet-Watthom : 396.
- Cass. civ. 3^e, 22 mars 1995, sté des maisons Enec : 747, 771.
- ** Cass. Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, cie Atlantique de téléphone ; cie française du téléphone ; sté le Montparnasse ; Vassali : **209**, 210, **837**.
- Cass. com., 18 juin 1996, dame Rog : 947, **949**.
- Cass. com., 22 oct. 1996, Chronopost : 22, **753**.
- Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 1997, Laborie : 9, 955.
- Cass. com., 7 oct. 1997, Maine Auto : 557, 835.
- Cass. civ. 1^{re}, 18 nov. 1997, Bernheim : 766.
- Cass. com., 10 févr. 1998, SDBO, 568.
- Cass. civ. 1^{re}, 17 févr. 1998, Banque Part Dieu : 902.
- Cass. civ. 1^{re}, 24 févr. 1998, Louelen : 206.

Cass. civ. 1^{re}, 28 avr. 1998, Centre de transfusion de Bordeaux : 396.
 Cass. civ. 3^e, 10 nov. 1998, copropriété Marco Polo : 553.
 Cass. civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, Banque Worms : 1247.
 Cass. civ. 1^{re}, 8 févr. 2000, Taurus films : 1247.
 Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000, Deparis : 1120.
 Cass. civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, Woessner : 172.
 Cass. civ. 1^{re}, 6 févr. 2001, société *Peavey Company* : 1247.
 Cass. civ. 1^{re}, 20 févr. 2001, Cubic : 1268.
 Cass. civ. 3^e, 27 juin 2001, Suire : 745.
 Cass. civ. 1^{re}, 2 oct. 2001, Bernard : 557.
 Cass. civ. 2^e, 4 avr. 2002, Barbot : 1240.
 Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, Maison française de distribution : 976.
 Cass. com. 3 déc. 2002, Ziegler France : 561.
 Cass. com., 21 janv. 2004, sté La gerbe d'or : 849.
 Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, Leininger : 914.
 Cass. com., 11 oct. 2005, Crédit Lyonnais : 868.
 Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005 : 753.
 Cass. civ. 1^{re}, 6 déc. 2005, Castagnet : 1211.
 Cass. civ. 1^{re}, 24 janv. 2006, sté Aventis : 396.
 Cass. civ. 1^{re}, 24 janv. 2006, Institut Pasteur : 396.
 Cass. Ass. plén., 24 févr. 2006, Soparco : 8, 115, 1103, 1131.
 Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, dame Père : 145, 146.
 Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 2006, Gomes : 116.
 Cass. civ. 1^{re}, 6 déc. 2007, Fipol : 1103.
 Cass. Ass. plén., 21 déc. 2007, Dauvin : 287.
 Cass. com., 3 juin 2008, Prodim : 838.
 Cass. civ. 1^{re}, 1^{re} janv. 2009, Crédit mutuel de Saint-Marcellin : 954.
 Cass. civ. 3^e, 23 sept. 2009, Commune Saint-Pée sur Nivelle : 144.
 — Cass. civ. 1^{re}, 28 oct. 2010, aff. des carrelages en terre cuite : 310, **314**
 — Cass. civ. 3^e, 21 sept. 2011 : 218, 623.
 — Cass. com., 25 oct. 2011 : 9, 1103.
 — Cass. com., 19 juin 2012 : 409.
 — Cass. civ. 3^e, 24 octobre 2012 : 100.
 — Cass. com., 19 mars 2013 : 410, 434.
 — Cass. ch. mixte, 17 mai 2013 : 9, 821, 824.
 Cass. crim., 20 mai 2015 : 526, 572.
 Cass. ch. mixte, 8 juillet 2015 : 310.

c) Index thématique

Premières vues
sur les contrats spéciaux

Promesse de vente contenue dans une transaction
 — Cass. Ass. plén., 24 févr. 2006, Soparco : 8.
 Groupe de contrats, respons. contract, Indivisibilité.
 — Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 1997, Laborie : 9.
 — ** Cass. Ass. plén., 12 juill. 1991, Besse : 9.
 — Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, Business Support Services : 9, 821, 824.

PREMIÈRE PARTIE LA VENTE

Premières vues sur la vente

Vente ; qualification ; commande d'une œuvre d'art.
 — Cass. civ., 14 mars 1909, Whistler, aff. du peintre – : 73.
 Vente ; qualification ; convention complexe ; contrat d'entreprise et contrat de vente.
 — Cass. com., 4 juill. 1989, sté *Commercial Union Insurance Ltd* : 76.
 Vente ; qualification ; cession du droit d'exploiter une carrière et bail.
 — Cass. civ. 3^e, 30 mai 1969, Reignoux et autres : 83.

LIVRE I. – ÉLÉMENTS DE LA VENTE

TITRE I. – CONSENTEMENT

Sous-titre I. – Avant-contrats

Vente ; consentement ; éléments accessoires.
 — Cass. civ. 1^{re}, 14 janv. 1987, dame Lebel-Orset, aff. du peintre Steinlen : 98.
 Vente ; consentement ; protection du consommateur.
 — Cass. civ. 1^{re}, 25 mai 1992, dame Petit : 100.
 Rétractation d'une promesse unilatérale de vente.
 — Cass. civ. 3^e, 15 déc. 1993, cons. Cruz : 107, 111, **120**.
 Promesse unilatérale de vente liée à un autre contrat ; formalisme fiscal
 — Cass. Ass. plén., 24 juin 2006, Soparco : 115.

- Promesse unilatérale de vente ; cession ; nature.
— Cass. civ. 3^e, 27 avr. 1988, sté Safranado : 116.
— Cass. civ. 1^{re}, 14 déc. 1982, sté Acofra : 116.
- Promesse unilatérale de vente ; faculté de substitution.
— Cass. civ. 3^e, 28 juin 2006, époux Gomes : 116.
- Vente ; promesse unilatérale d'achat.
— Cass. civ., 26 nov. 1896, aff. Hollier-Larrousse : 127.
- Vente ; promesse de vente sous seing privé prévoyant la rédaction d'un acte authentique.
— Req., 4 mai 1936, sté F. et autres : 136.
— Cass. civ. 3^e, 14 janv. 1987, aff. du peintre Steinlen : 138.
- Vente ; promesse synallagmatique, Non-professionnel, Droit de rétractation :
— Cass. civ. 1^{re}, 24 oct. 2012, Société civile du Treho : 100.
- Vente, promesse synallagmatique, faculté de substitution.
— Cass. civ. 3^e, 28 juin 2006, époux Gomès : 130.
- Pacte de préférence, Durée, Prix prédéterminé.
— Cass. civ. 3^e, 23 sept. 2009, Commune Saint-Pée sur Nouvelle : 144.
- Pacte de préférence, violation, substitution.
— Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, dame Pére : 120, **145, 146**.
- Pacte de préférence, violation, bail, dommages-intérêts.
— Cass. civ. 3^e, 10 mai 1984, Gachot : 145.

TITRE II. – CHOSE

- Cession de clientèle, caractère licite.
— Cass. civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, Woessner : 172.
- Vente ; chose indivise ; inopposabilité aux indivisaires.
— Cass. civ. 1^{re}, 7 juill. 1987, époux Chabarat : 182.
- Vente consentie par l'héritier apparent.
— Cass. civ., 26 janv. 1897, success. de la Boussinière : 183.
- Vente ; chose d'autrui ; revendication du propriétaire.
— Cass. civ. 1^{re}, 17 juill. 1958, Biscos : 186.

TITRE III. – PRIX

Chapitre I. – Détermination, réalité et sérieux

- Vente ; qualification ; prix ; absence ; contrat innommé.
— Cass. civ. 1^{re}, 12 oct. 1967, dame Isnard : 200.
- Contrat de fourniture et d'entretien ; prix ; tarif du fournisseur ; validité.
— ** Cass. Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, SA, cie Atlantique de téléphone ; cie française du téléphone ; sté le Montparnasse : **209, 210**.
- Vente ; rente viagère inférieure au revenu ; absence de prix.
— Req., 1^{er} mai 1911, cons. Pellet : 214.
- Vente ; prix inexistant, nullité relative.
— Cass. civ. 3^e, 21 sept. 2011 : 218.
— Cass. com., 23 oct. 2007, Velitchkoff : 214.

Chapitre II. – Licéité

- Vente ; immeuble ; lésion ; caractère objectif.
— Req., 26 déc. 1932, sté économ. de Rennes : 223.
- Vente ; parts SCI d'attribu. ; lésion ; rescision ; non.
— Cass. civ. 3^e, 9 avr. 1970, Sotto : 224.
- Vente ; immeuble ; lésion ; vente judiciaire ; rescision ; oui.
— Cass. com., 8 juill. 1980, sté Fabe : 226.

LIVRE II. – EFFETS DE LA VENTE

- Vente ; clause obscure ; interprétation.
— Cass. civ. 1^{re}, 13 oct. 1993, sté Bouchonnerie Gabriel : 250.

TITRE I. – TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ ET DES RISQUES

- Vente ; transfert de la propriété et des risques ; clause de réserve de copropriété.
— Cass. com., 20 nov. 1979, sté Mécarex : 254.

TITRE II. – OBLIGATION DU VENDEUR

Sous-titre II. – Délivrance

Chapitre I. – Exécution et étendue de la délivrance

- Vente ; défaut de délivrance et vice caché.
— Cass. civ. 1^{re}, 13 oct. 1993, sté Bouchonnerie Gabriel : 285, 302.

- Vente ; non-transmission de plein droit à l'acquéreur des droits et actions du vendeur contre le locataire.
— Cass. soc., 16 mai 1958, Combes : 308.
- Vente ; transmission à l'acheteur des droits et actions du vendeur contre le fabricant.
— Cass. Ass. plén., 7 févr. 1986, sté produits céram. de l'Anjou : 308.
- Vente ; devoir d'information ; obligation respective fabricant et revendeur.
— Cass. civ. 1^{re}, 23 avr. 1985, sté Lefranc-Bourgeois, Aff. du peintre Hilaire : 310.
- Vente ; devoir d'information.
— Cass. com., 1^{er} déc. 1992, sté Lefebvre et Trezeguet : 310.
- Cass. ch. mixte 8 juillet 2015, Diagnostiqueur immobilier : 310.
— Vendeur professionnel ; devoir de conseil.
— Cass. civ. 1^{re}, 28 oct. 2010, aff. des carrelages en terre cuite : 314.

Chapitre II. – Sanctions du défaut de délivrance

Sous-titre III. – Garantie d'éviction

- Cession de fonds de commerce ; non-concurrence.
— Cass. civ., 11 mai 1898, F. Richard : 350.
- Vente ; garantie éviction ; servitudes non appar. ; publicité fonc.
— Req., 30 déc. 1940, Bonnet : 362.
- Vente ; garantie éviction ; servitude non apparente ; apparence non claire.
— Cass. civ. 1^{re}, 13 janv. 1965, Guillou-Pilven : 362.
- Cession de fonds de commerce ; clauses extensives de la garantie ; liberté de la concurrence.
— CJCE, 28 janv. 1986, aff. Pronuptia : 363.

Sous-titre IV. – Garantie des vices cachés

Chapitre I. – Garantie légale

- Vente ; obligation de sécurité ; chose dangereuse.
— Cass. civ. 1^{re}, 17 janv. 1995, sté Planet-Watthom : 396.
- Vente ; médicaments ; défauts.
— Cass. civ. 1^{re}, 24 janv. 2006, sté Aventis Pasteur : 396.
— Cass. civ. 1^{re}, 24 janv. 2006, Institut Pasteur : 396.

- Vente ; garantie des vices cachés ; délivrance ; relevé d'office.
— Cass. Ass. plén., 21 déc. 2007, Dauvin :
- Vente ; garantie des vices cachés ; acheteur de même spécialité.
— Cass. com., 19 mars 2013, La Dépêche du Midi : 410, 434.
- Vente ; garantie des vices cachés ; dommages-intérêts ; vendeur occasionnel de bonne foi.
— Cass. civ. 1^{re}, 4 févr. 1963, Entr. mod. canalisations : 409.
- Vente ; garantie des vices cachés ; indemnisation ; action autonome.
— Cass. com., 19 juin 2012, Société Rambaud : 409.
- Vente ; garantie des vices cachés ; assimilation du vendeur professionnel au vendeur de mauvaise foi.
— ** Cass. civ. 1^{re}, 19 janv. 1965, aff. du pain du Pont-St-Esprit : 411.
- Vente ; garantie vices cachés ; preuve du vice.
— Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 1989, sté Thomson-Brandt : 415.
- Vente ; garantie vices cachés ; action sous-acquéreur contre fabricant.
— ** Cass. civ. 1^{re}, 9 oct. 1979, sté Lamborghini : 417.
— Cass. Ass. plén., 7 févr. 1986, sté produits céram. Anjou : 417.
- Dommages causés aux tiers ; responsabilité délictuelle.
— Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 1989, sté Thomson-Brandt : 421.

TITRE III. – OBLIGATIONS DE L'ACHETEUR

- Vente ; défaut de paiement ; option entre exécution et résolution.
— Cass. com., 23 oct. 1953, Brajbort : 511.

DEUXIÈME PARTIE : CONTRATS DE SERVICE

LIVRE I. – MANDAT

TITRE I. – CARACTÈRES FONDAMENTAUX DU MANDAT

- Mandat ; représentation ; *ad litem*.
— Cass. crim., 20 mai 2015, Afer : 526, 572.
- Mandat ; honoraires ; réduction.
— Cass. civ., 29 janv. 1867, Poictevin : 549.

TITRE II. – EFFETS DU MANDAT

- Mandat d'intérêt commun ; révocation.
 — ** Cass. civ., 13 mai 1885, Frédéric Fiat : 557.
 — Cass. com., 7 oct. 1997, Maine Auto : 557.
 — Cass. civ. 1^{re}, 2 oct. 2001, Bernard : 557.
- Sous-mandat ; action directe.
 — Cass. civ. 1^{re}, 27 déc. 1960, Louis Bruno : 561.
 — Cass. com., 3 déc. 2002, Ziegler France : 561.
- Mandat et acte solennel ; obligat. mandataire ; représentation.
 — Cass. civ., 7 févr. 1854, de Barante : 563.
- Mandat apparent.
 — ** Cass. Ass. plén., 13 déc. 1962, Banque canad. nation. : 579, 580, 583.

LIVRE II. – LOUAGES

TITRE I. – BAIL

Sous-titre I. – Caractères du bail

- Droit personnel du preneur.
 — ** Req., 6 mars 1861, syndic Vollot : 621.
 — Nullité relative d'un bail au loyer vil.
 — Cass. civ. 3^e, 28 sept. 2012 : 623.

Sous-titre II. – Formation du bail

- Loyer, montant dérisoire, nullité relative.
 — Cass. civ. 3^e, 21 sept. 2011 : 218, 623.
- Bail sans pouvoirs ; mandat apparent entre époux.
 — Cass. civ. 1^{re}, 24 mars 1981, Cellerin : 642.
- Bail à ferme ; *intuitus personae* ; exclusion de la communauté conjugale.
 — Cass. soc., 27 févr. 1958, époux Mariol : 645.

Sous-titre IV. – Statut du preneur à bail

- Sous-locataire ; action contre le bailleur.
 — ** Cass. Ass. plén., 12 juill. 1991, Besse : 683.
- Bail de meubles ; incendie ; responsabilité du locataire.
 — Cass. civ., 16 août 1882, cie Le Monde : 690.
- Cession de bail ; droits et obligations du cessionnaire.
 — Cass. civ., 7 janv. 1947, Dujour : 695.
 — Cass. civ. 3^e, 9 juill. 2003, dame Garibaux : 695, 698.

TITRE II. – CONTRAT D'ENTREPRISE

Sous-titre II. – Effets et extinction du contrat d'entreprise

- Chapitre I. – Obligations de l'entrepreneur
- Contrat d'entreprise ; oui ; garantie des vices cachés ; non.
 — Cass. com., 4 juill. 1989, sté *Commercial Union Insurance Ltd* : 739.
- Contrat médical ; obligation de moyens.
 — Cass. civ., 20 mai 1936, dr. Nicolas : 740.
 — Cass. Ass. plén., 17 nov. 2000, Perruche : 740.
- Contrat d'entreprise ; teinturier ; responsabilité ; vices cachés.
 — Cass. civ. 1^{re}, 9 avr. 1957, Teinturerie renov'-express : 744.
- Construction : responsabilité de droit commun.
 — Cass. civ. 3^e, 22 mars 1995, Sté des maisons Enec : 747.
- Contrat d'entreprise ; clause d'irresponsabilité abusive.
 — Cass. com., 22 oct. 1996, Chronopost : 753.
- Sous-traitance ; relations entre le maître et le sous-traitant.
 — ** Cass. Ass. plén., 12 juill. 1991, Besse : 756.

Chapitre II. – Obligations du maître de l'ouvrage

- Prix ; évaluation.
 — Cass. civ. 1^{re}, 18 nov. 1997, Bernheim : 766.
- Garantie de parfait achèvement ; resp. contract. de droit commun.
 — Cass. civ. 3^e, 22 mars 1995, sté des maisons Enec : 771.

LIVRE III. – CONTRATS VARIÉS D'ÉCHANGES ÉCONOMIQUES

TITRE I. – ÉCHANGE

- Dation d'une chose contre un service.
 — Cass. civ. 1^{re}, 12 oct. 1967, dame Isnard : 804.

TITRE II. – LOCATIONS-VENTES, LOCATION-ACCESSION, CRÉDIT-BAIL

- Nature du crédit-bail immobilier.
 — Cass. civ. 3^e, 3 nov. 1981, sté Ranch de la Bravone : 814.
- Crédit-bail et résolution.

— ** Cass. ch. mixte, 23 nov. 1990,
Bitoun et Lubin : 821.

TITRE III. – CONTRATS DE DISTRIBUTION

Chapitre I. – Concession exclusive de vente

Concession exclusive et concurrence
déloyale.

— Cass. com., 27 oct. 1992, Azzaro :
831.

Contrat de fourniture d'entretien ; prix ; tarif
du fournisseur ; validité.

— ** Cass. Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, sté
française du téléphone ; le
Montparnasse ; Vassali ; cie Atlantique du
téléphone : 837.

Chapitre II. – Variantes de la concession exclusive

Franchisage et liberté de la concurrence.

— CJCE, 28 janv. 1986, aff. Pronuptia :
838.

Contrat *intuitu personae* ; apport partiel
d'actif ; intransmissibilité.

— Cass. com., 3 juin 2008, Prodim : 838.

Distribution sélective ; réseau ; liberté de la
concurrence.

— Cass. com., 27 oct. 1992, Azzaro :
840.

LIVRE IV. – CONTRATS DE RESTITUTION

Contrat réel ; ouverture de crédit.

— Cass. com., 21 janv. 2004, sté la
Gerbe d'or : 850.

Contrats réels ; nullité ; prêt ; restitution ;
maintien cautionnement.

— Cass. com., 17 nov. 1982, sté Sodac :
851.

TITRE I. – DÉPÔT

Premières vues sur le dépôt

Coffre-fort et dépôt.

— Cass. com., 11 oct. 2005, Crédit
Lyonnais : 868.

Chapitre I. – Dépôt de droit commun

Dépôt de valeurs mobilières ; dépositaire ;
obligation d'information.

— Cass. com., 9 janv. 1990, BNP : 881.

Dépôt ; dépositaire ; responsabilité.

— Cass. com., 22 nov. 1988, sté
Nozeroy : 889.

Chapitre II. – Dépôts spéciaux

Dépôt hôtelier ; clinique d'accouchement ;
non.

— Cass. civ. 1^{re}, 17 déc. 1957, sté
clinique Marignan : 901.

Séquestre ; pouvoirs du juge.

— Cass. soc., 15 mars 1956, Duru : 902.

Séquestre, effet libératoire.

— Cass. civ. 1^{re}, 17 févr. 1998, Banque
Part Dieu : 902.

TITRE II. – PRÊTS

Chapitre I. – Prêt à usage

Prêt à usage ; bijoux de famille.

— Cass. civ. 1^{re}, 20 juin 1961, aff. La
Rochefoucauld : 910.

— Cass. civ. 1^{re}, 23 mars 1983, dame
Roques : 910.

Prêt à usage ; différence avec donation.

— Cass. civ. 1^{re}, 3 nov. 1988, Auger :
910.

Prêt à usage ; durée indéterminée ; date de
la restitution.

— Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, Leininger :
914.

Chapitre II. – Prêt de consommation

Prêt d'argent, TEG ; taux de période : calcul
; méthode proportionnelle.

— Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 1987, Banque
Sofinco : 945.

Protection du consommateur ; offre de
contrat de crédit, forme ; nullité, relevé
d'office.

— Cass. civ. 1^{re}, 22 janv. 2009, Crédit
mutuel de Saint-Marcellin : 954.

LIVRE V. – CONTRATS ALÉATOIRES

TITRE I. – JEU ET PARI

Loterie publicitaire, quasi-contrat.

— Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, Maison
française de distribution : 976.

Jeu ; chèque de casino ; casino autorisé.

— Cass. ch. mixte, 14 mars 1980, sté
hôtels et casinos de Deauville : 980.

TITRE II. – RENTE VIAGÈRE

Rente viagère ; absence de cause ; décès
plus de vingt jours.

— Cass. civ. 1^{re}, 2 mars 1977, époux
Desangles : 995.

LIVRE VI. – CONTRATS RELATIFS
AU LITIGE

TITRE I. – TRANSACTION

Chapitre I. – Notion

Litige ; droit non litigieux ; exécution.

— Req., 12 nov. 1902, sté agence immobilière et commerciale : **1102**, 1104, 1123.

Promesse unilatérale de vente, contrat complexe.

— Cass. Ass. plén., 24 févr. 2006, Soparco : 1103, 1131.

Concessions réciproques ; nécessité ; licenciement.

— Cass. soc., 3 avr. 1990, sté Clause : 1103.

Concessions réciproques ; inégalité ; aléa.

— Cass. civ. 1^{re}, 6 déc. 2007, Fipol : 1103.

— Concessions réciproques ; caractère indirect ; interdépendance.

— Cass. com., 25 oct. 2011 : 9, 1103.

Chapitre II. – Formation

Consentement, violence économique.

— Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000, Deparis : 1120.

— Consentement, violence, contrôle d'homologation.

— Cass. civ. 3^e, 26 mai 2011 : 1110, 1120.

Chapitre III. – Effets

TITRE II. – CONVENTION D'ARBITRAGE

Ch. préliminaire.

Premières vues sur l'arbitrage

Responsabilité de l'arbitre, délais.

— Cass. civ. 1^{re}, 6 déc. 2005, Castagnet : 1211.

Autonomie de la clause compromissoire.

— Cass. civ. 2^e, 4 avr. 2002, Barbot : 1240.

Chapitre II. – Clause compromissoire

— Cass. civ., 10 juin 1843, cie l'Alliance : 1241.

Transmissibilité ; opposabilité.

— Cass. civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, Banque Worms : 1247.

— Cass. civ. 1^{re}, 8 févr. 2000, Taurus Films : 1247.

— Cass. civ. 1^{re}, 6 févr. 2001, sté Peavey Company : 1247.

INDEX ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES¹

A

Abonnement

- bail : 619.
- délivrance, vente : 170.
- eau : 503.
- nature : 13, 73, **619**.
- prix, paiement, vente : 503.
- résiliation : 503.
 - rétractation : 100.
- téléphone : **503**, 619.
- vente à l'essai : 106.

Abus

- blanc-seing, de : 575.
- clause abusive : v. ce mot.
- dépendance économique, de : 833.
- droit, de
 - acheter, refus d' : 98.
 - concess. exclus., révocation : 834.
 - mandat révocat. : 555.
 - prêt à usage : 913.
 - prêt, taux d'intérêt flottant : 947.
 - prix indéterminé : **210**, 837.
 - refus d'agrément (conces. exclusive) : 835.
 - restitution en nature, de : 913.
 - vente : 98.
- position dominante, de : 234.
 - concession exclusive : **833**, 837.
- pouvoirs de, mandat : 578.

Acceptation d'un prêt : 126.

Accessoire

- contrat (mandat) : 522.
- échange : 803.
- qualification : 13.

Acheteur professionnel

- devoir d'information : 312 à 313.
- vice caché
 - cl. limit. garantie : 434.
 - définition : 392.

Achèvement, vte. imm. à construire : 192.

Acompte, vente : 109.

Acquisition propriété

- *a non domino* : 178 à 187.

Acte

- administration, d'
 - bail : 635.

- mandat : 571.
- séquestre : 902.
- aliénation, d'
 - mandat : **563**, 572.
- authentique
 - vente : 156.
- disposition, de
 - mandat : 572.
- apparent : 582.
- mixte
 - arbitrage : 1242.

Acte de disposition

- mandat : **572**, 582.

Action

- cession :
 - v. Droits sociaux.
- de groupe (*class action*) : 331, 334, 385, 396, 526, 1110, 1130.
- directe
 - commission, contrat de : 538.
- c. d'entreprise (vices cachés) : 417 à 419.
 - concession exclusive : 830.
 - crédit-bail : **820**, 955.
 - entrepreneur (prix) : 755.
 - mandat : 561.
 - sous-acquéreur : 416 à 419.
 - sous-locataire : 695.
 - sous-mandat : 561.
 - sous-traitance : 754 à 756.
 - transport : 754.
 - vente (vices cachés) : **416 à 419**, 830.
- concours

- erreur et vices cachés : 284.

- non-conformité et vices cachés : 285.

- dommages-intérêts : 417.
- estimatoire, action : 409.
- *quantum minoris*, action : 327, **409**.
- récursoire, action : 281, **420**.
- réhibitioire, action : **409**, 418.

Adjudication : 163, 166.

- TVA : 201.

Affacturage : 44.

Affiliation, prom. de vente : 127.

Agent

- affaires, d' : **521**, 558.
 - devoir de conseil : 566.
 - honoraires : 548 à 549.

1. Les chiffres renvoient aux numéros, non aux pages. Ceux qui sont en gras indiquent le siège principal de la matière.

- mandat exclusif : 569.
- artistique : 521, 539.
- change, de : 521, 710.
- commercial : 558.
 - commission : 558.
 - « faillite » : 554.
 - formalisme : 563.
 - non-concurrence : 558.
 - révocation : 558.
- immobilier : 88, 521, **711**.
 - bon de visite : 711.
 - courtier : 539.
 - devoir de conseil : 566.
 - durée : 711.
 - formalisme : 711.
 - honoraires : 548, 569, **711**.
 - mandat apparent : **583**, 711.
 - mandat écrit : 711.
 - nullité : 711.
 - obligat. renseignem. : 566.
 - préemption : 149.
 - qualification : 88.
 - responsabilité : 567, **711**.
 - révocation : 555.
- matrimonial : 539.
- publicité, de : 521.
 - formes : 563.
 - honoraires : 548.
 - mandat apparent : 582.
 - oblig. de conseil : 566.
- renseignements comm., de : 752.
- voyages de : 714.
 - autorisat. adm. : 173.
 - mandat : 521.
 - obligation de renseignements : 750.
 - qualification : 18.

Agréage, vente à l' : 103 à 106.

- livraison : 321.

Agréation, vente : 321.

Agrément : v. Concession, Distribution, *Intuitus personae*, Préemption.

Agriculture

- animaux : v. ce mot.
- baux ruraux : 82, **606**, 665.
 - précaire : 665.
- contrat d'intégration : 843.
- contrats, généralités : 29.
- cumul exploitat. : **135**, 675.
- entraide agricole : 19.
- herbes, vente d' : **82**, 615.
- préemption : 699.
- SAFER : 69, 152 à 155, 206.
- structures, cumul : 135.
- vente
 - herbes (d') : **82**, 615.
 - vices cachés : 312, **383**.

Aléatoire, contrat : v. ce mot.**Amiable composition : 1212 à 1213.****Amiante : 310, 378.****Amitié : 49.**

- dépôt : 862.
- mandat : 546.
- prêt à usage : 910.

Amortissement, tableau d'—, prêt imm. : 954.**Anatocisme : 950.****Animaux**

- dépôt : 866.
- location, animal de compagnie : 686.
- prise en pension : 606.
- vente
 - délivrance, marquage : 300.
 - vices cachés : 284, **383**.

Apparence

- bail : **636**, 638, 642.
- mandat : **579 à 584**, 638, 642.
- propriétaire : **183**, 636.
- servitudes : 362.
- vente : 183.

Apport en société

- bail (en jouissance) : 624.
- prêt : 926.
- vente : 69.
 - pacte de préférence : 143.
 - préemption, droit de : 152.
 - rescision pour lésion : 224.

Approvisionnement, concession : 826.**Arbitrage** : 1201 et s.

- acte de mission : 1211, **1262**.
- *ad hoc* : 1203.
- amiable composition : **1212**, 1213.
- arbitrabilité : 1224 et s.
- arbitrage contractuel : 206, **1207**.
- autonomie : 1240.
- autorité de chose jugée : 1213.
- bail : 1227.
- capacité : 1221.
- centre d'arbitrage : 1203.
- chose jugée : 1213.
- clause compromissoire (v. ce mot).
- com. d'arbitrage CCI : **1203**, 1262.
- compétence-compétence : 1240, 1245.
- compromis (v. ce mot).
- conciliation : 1205.
- contrat d'arbitre : 1211.
- contrat de travail : 1227.
- convention d' : 1221 à 1223.
 - capacité : 1221.
 - dessaisissement : 1221.
 - époux : 1222.
 - mandat : 1222.
 - personne publique : 1223.
 - pouvoir : 1222.
 - société : 1222.
- délai : 1269.
- domaine : 1220 et s.
- droit public : 1223.
- ensemble contractuel : **1246**, 1248.
- exequatur : 1213.

- et expertise : 1206.
- groupes de contrats : 1246.
- indivisibilité : 1249.
- institutions d' : **1203**, 1268.
- interne : 1208.
- interprétation de la convention : 1262.
- juge d'appui : 1244.
- médiation : 1205.
- multinational : 1208 à 1210.
- multipartite : 1248.
- notion : 1201 et s.
- nullité du compromis : 1268.
- ordre public : 1224, 1227, **1228 à 1229**.
- personne publique : 1223.
- prix : 206.
- sentence : 1210, **1213**, 1269.
- société : 1222.
- sources : 1202.
- transaction, et : 1105, **1204**, 1260.
- tribunal arbitral : 1245.

Arbitre

- acceptation : 1269.
- compétence : 1240.
- désignation : 1268, 1269.
- honoraires : 1268.
- indépendance : 1211.
- mission : 1211.
- responsabilité : 1211.

Architecte

- action du sous-acquéreur : 417.
- cotraitance : **757**, 758.
- devis : 703.
- devoir de conseil : 750, **752**.
- entreprise c. d' : 709.
- mandat : 709.
- obligation de résultat : 745.
- preuve du c. : 703.
- responsabilité : 745, 760.

Arrhes : 39, **109**, 703.**Art, œuvres d'— :**

- commande d'œuvres d'art. : 73.
- ventes publiques : 165, 164.

Association (jeu) : 981.**Assurance**

- bail : 686
- emprunt (assurance-vie) : 939.
- entreprise de construction, c. d' : 745.
- transaction : 1117, 1122.
 - formes : 1119.
- vente, vices cachés : 410.
- vie : 939, **970**.

Automobile

- concession d'exclusivité : 826 à 834.
- dation en paiement : 71.
- délivrance (vente) : 305.
- devis : 703.
- distribution
 - agréée : 842.
 - exclusive : 833.
 - sélective : 840.

- garage
 - hôtel : 901.
 - réparation : 869.
 - rétention : 879.
- garantie de réparation : 830.
- location : 619.
- mandat : 567.
- occasion, vente d'— : 395.
- *parking* : 617, 869, 892.
- prêt d'argent, destination : 953.
 - réparations : 743.
- devis : 703.
- garantie vices cachés : 743.
- reprise (vente) : 71.
- sponsoring : 713.
- vente
 - accessoires : 307.
 - essai, à l' : 106.
 - livraison :
- date : **306**, 324.
- lieu : **300 à 301**, 305.
 - occasion, d' : 395.
 - service après-vente : 438.
 - vente à l'essai : 106.
 - vices cachés : 830.
- loi : 387, 392.
- occasion : 395.
- vol : 890, 892.

Autorisation administrative

- cession : 173 à 174.
- jeu : 980, 981.
- vente : 131 à 133.
 - à un euro : 215.
 - contrat aléatoire : 225.
 - exploitation de la chose : 135.
 - lésion : 225.
 - médicament : 396 à 397
 - transfert de propriété : 131, **173**.
 - vigne : 607.

Autorité administrative

- indépendante : **26**, 35.

Autorité ch. jugée

- arbitrage : 1213.
- transaction : 1128 à 1130.

Autorité de la concurrence : 26, 837, 913.**Autorité des marchés financiers (AMF) : 26.****Avant-contrat : 102, 106.**

- chose complexe : 314.

Avocat

- entreprise, c. d'— : 750, **752**, 766.
 - honoraires : 766.
- formalisme : 702.
- mandat, c. de : 521.

Ayant cause à titre particulier : 416.

- vente : 308.

B**Bail : 599 à 699.**

- abandon du logement : 672.

- accord collectif : 686.
- acte d'administration : **635**, 638.
- aliénation de la chose louée : 671.
- améliorations : 689.
- animal : 619.
 - de compagnie : 686.
 - prise en pension : 606.
- apparence : **636**, 638, 642.
- apport en société : 624.
- arbitrage : 1227.
- assurance : 686.
- automobile : 619.
- bail commercial : **605**, 641, 674.
 - cession : 694, 697.
 - congé : 669.
 - convention précaire : 665.
 - durée : 669.
 - loyer : 691.
 - non-concurrence, clause de : 684.
 - pas-de-porte : 692.
 - renouvellement : **674**, 691.
 - usufruitier : 641.
 - valeur locative : 691.
- bail rural : v. rural.
 - amélioration : 689.
- bail verbal : 653.
- capacité : 643.
- carrière, de : **83**, 615.
- CEDH : 684
- caution : **671**, 693.
- cession, de – : 671, **694 à 697**.
 - époux : 642, 644.
 - sous-location : 694 à 696.
- charges : 691.
- chasse, sous-location : 696.
- cheval : 619.
- chose d'autrui : 636 à 637.
- chose indivise : 638 à 640.
- clause exonératoire : 680, 684, 685.
- clause habitat, bourgeoise : 686.
- clause pénale : 693.
- clause-recette : 691.
- clause résolutoire : **673**, 674, **693**.
- colocation : 646, 651.
- communauté conjugale (sort du bail) : 644, 645.
 - biens communs (bail des) : 642, 645.
 - mandat appar. : 642.
- compétence judiciaire : 603.
- concession de carrière : 83.
- conciliation : 1205.
- concubinage : 651, 672.
- congé : **666**, 667.
 - aliénat, chose louée : 671.
 - baux commerciaux : 669.
 - baux d'habitation : **670**, 671.
 - baux ruraux : 669.
 - époux, aux : 644.
 - indivisaire (à un) : 639.
 - indivisaires (à des) : 646.
 - indivisaires (par les) : 638.
 - tacite reconduction : 667.
- consentement : 647 à 649.
- construction, à : 620.
- contrat d'entreprise, et : 618 à 619.
- cotitularité, époux : 644.
- décès de l'une des parties : 672.
- délivrance : 680.
- dépôt, et : 617.
 - dépôt de garantie : **693**, 867.
- destination ch. louée : **602**, 686.
- destruction de la chose louée : **673**, 681.
- détermination
 - chose : 647.
 - loyer : **649**, 651.
- divorce (preneurs) : 644.
- droit au renouvellement : 669 à 674.
- droit de préemption : 150, 155, **699**.
- droit du preneur (nature) : 621.
- droits et obligations des parties : 680 à 693.
 - abus de jouissance : 686.
 - dégradations : 688.
 - délivrance : 680.
 - déspecialisation : 686.
 - destination : 686.
- habitation bourgeoise : 686.
 - entretien : 681.
 - état des lieux : 688.
 - exception d'inexécution : 682.
 - exploitation (obligation d') : 687.
 - garantie de paisible jouissance : 684 à 685.
 - garantie des vices cachés : 683.
 - habitation, d' : 603.
- bourgeoise : 686.
- cession : 696.
- décès du preneur : 672.
- époux, à : 644.
- logement décent : 680.
- préemption : 699.
- sous-location : 694.
- usage de la chose : 686.
 - impenses : 689.
 - incendie : 690.
 - loyer : 691 à 693.
- absence : 623.
- caution : **671**, 693.
- clause résolutoire : 693.
- délai de paiement : 693.
- indexation : 691.
- prescription : 693.
- privilège du bailleur : 693.
 - non-concurrence : 684.
 - réparations
- clause exonératoire : 680, 681.
- exception d'inexécution : 682.
- initiales : 680.
- locatives : 681, **688**.
- mise en demeure : 682.

- sanctions : 682.
- durée : 652, **665 à 675**.
 - baux commerciaux : 669.
 - baux d’habitation : 670.
 - baux ruraux : 669.
 - déterminée : 667.
 - emphytéotique : **620**, 696.
 - indéterminée : 666.
 - précaire : 608, **665**, 671.
 - preuve : 652.
 - tacite reconduction : 667.
- échange d’appartement : 804.
- écrit : 653.
 - emphytéotique : 620.
 - emplacement publicitaire : 7, 619.
- entreprise, et c. d’ : 618 à 619.
- entretien : 681.
- état des lieux : 688.
- exception d’inexécution : **682**, 690.
- exclusivité, convention d’ : 684.
- expulsion : 666.
- extinction : 671 à 673.
- force majeure
 - entretien, oblig. d’ : 681.
 - incendie : 690.
 - réparations, oblig. de : 688.
- forme : 650, **653**.
- garantie de jouissance paisible (ou d’éviction) : 684 à 685.
- garantie des vices cachés : 683.
- habitation, d’ : 603.
 - bail verbal : 653.
 - cession : 694.
 - hébergement et sous-location : 684, 686, **694**.
 - mixte : 674.
 - préemption : 698.
 - sous-location : 694.
 - usage de la chose : 686.
- impenses (du preneur) : 689.
- incendie : 690.
- indemnité d’occupation : 666.
- indivision : 638 à 640.
 - ordinaire : 638.
 - organisée : 640.
- interprétation : 653.
- jouissance : 680 à 687.
- location saisonnière : 608, **665**.
- location-service : 601.
- location-vente : 616, **807 et s.**
- logement décent : 680.
- loyer : 691 à 693.
 - clause résolutoire : 693.
 - délai de paiement : 693.
 - détermination : 622, 649, 691.
 - existence : 623, 691.
 - indexation : 691.
 - indétermination : 649.
 - paiement : 691.
 - prescription : 693.
 - preuve : 651.
 - révision : 691.
 - privilège du bailleur : 693.
 - solidarité : **651**, 666, 694.
- maintien dans les lieux (droit au) : 670, 674.
- mandat apparent : 636, 638, 642.
 - communauté : 642.
- meublé : 603, 619.
- meubles : 601.
- mixte, civ. et com. : 674.
- mobilier : 601.
- non-concurrence, clause de : 684.
- nourriture à : 1004 à 1006.
- obligations
 - du bailleur, du : 680 à 685.
 - du preneur, du : 686 à 692.
- opposabilité : 671.
- ordre public : 603.
- pacte de préférence : 143, 145.
- pas de porte : 692.
- pastoral : 608.
- pêche, sous-location : 696.
- périodes, à : 667.
- perpétuel : **668**, 672.
- personnes morales, bailleur : 603.
- perte de la chose louée : 618, **673**, 681.
- préavis : 666, 670.
- précaire : 42, **665**, 671.
- préemption, droit de : 150 à 155, 671, **699**.
- preneur
 - droits (du) : 621.
 - indivis (copreneurs) : 646.
 - indivisaire : 639.
- prescription : 693.
- prêt à usage (bail) : 623, **694**, 910.
- preuve : 650 à 652.
 - bail mobilier : 601.
 - bail rural : 653.
 - date : 650.
 - dégradations locatives : 688.
 - durée : 652.
 - incendie : 690.
 - loyer : 651.
 - vices cachés : 683.
- professionnel : 604.
- promesse (de) : 648.
 - époux : 645.
- propriété apparente : **636**, 638, 641.
- qualification : 602, **615 à 624**.
- quittance : 691.
- reconstruction : 673, **681**.
- réel immobilier : 620.
- renouvellement : 667.
 - renouvellement (droit au) : 669, **674**.
 - valeur locative : 671.
- réparations, obligation aux – : 681, **688**.
 - mise en demeure : 682.
 - réparation locative : 688.

- reprise (droit de) : 675.
- réquisition : 647.
- résiliation : 673 à 674.
 - clause résolutoire : 693.
 - décès : 672.
 - inexécution de 673 à 674.
 - perte de la chose : 673.
 - troubles de droit : 685.
- restitution : 688.
- risques (théorie des) : 618, **673**.
- rural : 606 à 607.
 - améliorations : 689.
 - bail verbal : 653.
 - cession : 696.
 - décès du preneur : 672.
 - durée : 669.
 - écrit : 653.
 - incendie : 690.
 - obligation d'entretien : 681.
 - préemption du fermier : 698.
 - preuve, du : 653.
 - reprise : 675.
 - résiliation : 674.
- saisonnier : 608, 665.
- sous-location : 647, **694 à 696**.
- tacite reconduction : 667.
 - indivision : 638.
 - renouvellement, et : 667.
- théorie des risques : 673.
- travaux : 681 à 682, 688.
- troubles du voisinage : 685, 686.
- usufruitier, bail conclu par : 638, **641**.
- valeurs mobilières, bail de – : 601.
- vente de la chose louée : 671.
- vente, et : 82, **615**.
- verbal : **650**, 653.
- vétusté : 673, **681**, 688.
- vices cachés : 683.
- vie privée du locat. : 684.
- vol : 685.
- Banque**
 - coffre-fort, contrat de : 617, **868**.
 - compte en : 887.
 - crédit abusif : 360, **958**.
 - découvert, compte courant : 953.
 - dépôt
 - bancaire : 864, **887**.
 - valeurs mobilières : 881.
 - gestion de portefeuille : **710**, 881.
 - mandataire : 566, **567**.
 - obligation d'information : 752.
 - ouverture de crédit : 850.
 - endettement, risque d' : 958.
 - protection du consommateur : 953.
 - prêt abusif, responsabilité : 958.
 - prêt de titres : 931.
 - sous-traitance : 755.
 - surendettement, risque de – : 958.
- Biens** : v. chose.
- Bière, contrat de** : **826, 833**.

Bijoux

- dépôt : 883, 889, **901**.
- hôtel (resp.) : 901.
- prêt à usage : 910.
- Blanc, mandat en** : **561, 575**.
- Bloc (vente en)** : **170, 190, 251, 254**.
- Bonne foi**
 - bail : **636**, 683.
 - cl. résolutoire : 673.
 - mandat apparent : 577 à 584.
 - rente viagère : 1003.
 - vente : **390**, 511.
 - oblig. renseignements : 309.
- Bourse** : v. Vente, Gestion de portefeuille, Jeu.
- Bouteille, consignation** : **85**.
- Bref délai, garantie vice caché** : **400**.
- Brevet d'invention**
 - cession
 - éviction : 350, **361**.
 - prix : 211.
- Bureau de contrôle technique** : **752**.

C**Cadre, contrat –** : **829**.**Caducité**

- arbitrage : 1269.
- cl. d'exclusivité : 832.
- pacte de préférence : 144.
- promesse de vente
 - synallagmatique : 135, 138.
 - unilatérale : **117**, 120, 124.
- Cahier des conditions de vente**
 - vente aux enchères : 163, **165**, 166.
 - vente d'ordinateur : 314.

Camping, c. de –

- réservation : 870.

Capacité

- arbitrage : 1221.
- bail : 643.
- dépôt : 875.
- mandat : 531.
 - contrepartie : 566.
- pacte de préférence : 144.
- promesse de vente : 111.
- transaction : 1116.
- vente : 91, 177.

Carrière, concession de : **83**.

- autorisation administrative : 173.
- bail : 615.
- délivrance : 300.
- nature : 83.

Carte de crédit, prêt : **953**.**Casino (chèque de)** : **980**.**Catalogue (vente) sur** : **164, 360**.**Causalité**

- vice caché : 402, **414**.

Centrale d'achats : **538**.

Cession

- actions d'arbitrage : 1241.
 - v. droits sociaux, cession.
- bail, de : 671, **694 à 698**.
 - époux : 642, 645.
- brevet d'invention, de, v. ce mot.
- carrière, de, v. ce mot.
- clientèle civile, de : 172.
- concession, de : 835.
- contrôle, de : 304.
 - éviction : 350
- vices cachés : 394.
- créance, de : 67.
- droits d'auteur, de : 303.
- droits litigieux, de : 175.
- droits sociaux, de :
 - v. droits sociaux, cession.
- droits successifs, de : 67.
- fonds de commerce, v. ce mot.
- pacte de préférence, de : 144 à 145.
- promesse de vente, de :
 - synallagmatique : 130.
 - unilatérale : 116.
- terrain contre local à construire, de : 71.

Charges non déclarées, vente : 357 à 362.

- cahier des, vente : 164, **166**, 167.
 - ordinateur : 314.

Chasse, sous-location : 696.**Chèque de casino : 980.****Cheval**

- bail : 619.
- dépôt : 866.
- location : 619.
- vente
 - certificat d'origine : 307.
 - nullité : 383.

Chirurgien-dentiste : v. Dentiste.**Chose (vente) : 168 à 193.**

- autrui, d'
 - bail : 636.
 - vente : 178 à 187.
- complexe : **314**, 321.
- dangereuse : **311 à 312**, 421.
- délivrance : 299 à 329.
- détermination de la : 169 à 170.
- future : 83, **189 à 193**, 251.
- genre, de : 169.
 - délivrance : 302.
 - détermination : 169 à 170.
 - remplacement : 328.
 - transfert de propr. : 252.
 - transfert des risques : 254.
- hors du commerce : 171.
- indéterminée : 169.
- indivise : 179 à 182.
- non dangereuse : 313.
- nouvelle : 397.
- oblig. sécurité : 396.
- occasion d' : 165, **395**.

- série, choses de :
 - vices cachés : 380 à 385.
- condit. gales vente : 437 à 438.

Chose jugée

- transaction : 1128 à 1130.

Cinéma, distrib. sélect. : 538, 840.**Class action : 334, 385, 526.****Clause**

- abusive : 23, 26, **271**.
 - bail
- perte de la ch. louée : 673.
- réparation de la ch. louée : 688.
 - commission des : 26.
 - c. d'entreprise : 753.
 - délivrance : 306.
 - prix
- indéterminé : **210**, 837.
- lésionnaire : 222 et s.
- paiement : 503.
 - recommandation commission : 1, **26**, 254, 359, 385, 433, 753, 808, 868, 870, 955.
 - résolution : 325.
 - vices cachés : 380, **432**.
- agrément d'– (vente, cession de bail) : 98, 694.
- anatocisme, d' : 950.
- approvisionnement exclusif : 826.
- clés en main, vente : **78**, 742.
- coefficient de pénétration, conces. : 829.
- compromissoire : 1240 à 1249 (v. aussi arbitrage).
 - arbitr. internat. : 1210.
 - arbitr. multipartite : 1247, **1248**.
 - associés : 1242.
 - autonomie : 1210, **1240**, 1247.
 - cession de créance : 1247.
 - compromis : 1262.
 - domaine : 1242.
 - forme : 1243.
 - groupe de sociétés : 1247.
 - interprétation : 1245.
 - nullité : 1242, 1262.
 - par référence : 1243.
 - prohibition : 1241.
 - sous-contrat : 1247.
 - st. pour autrui : 1247.
 - tiers : 1247.
 - transmission : 1247.
 - ventes : 1247.
- confidentialité : 40.
 - franchisage : 838.
 - vente : 513.
- crédit-bail : 819 à 822.
- dédit, de –, vente : 109.
- dépôt, cl. d'irresp. : 892.
- dessaisine-saisine, de –, vente : 62, 252.
- état, en l'
 - bail : 680.
 - vente : **395**, 430.

- exclusivité, d'— : 826 à 834.
 - durée : **832**, 834.
 - mandat : 569.
 - promesse d'achat : 127.
- franco (vente à distance) : 254.
- garantie, vente
 - contenance, de : 359.
 - éviction, d' : 363 à 364.
 - passif du (société) : 304.
 - vices cachés, des : 428 à 437.
- animaux : 383.
- occasion, objets d'— : 395.
- habitation bourgeoise, d'—, bail : 686.
- *hardship*, de — : 30, **319**.
- inaliénabilité, d'—, vente : **176**, 513.
- irresponsabilité, d'—
 - bail : 681.
 - dépôt : 892.
 - entreprise : 753.
 - hôtellerie : 901.
 - mandat : 567.
 - vente : **286**, 326, 363 à 364, **430 à 434**.
- limitative
 - de garantie : 430 à 434.
 - de resp. :
- bail : 681 et s.
- c. d'entreprise : 753.
- dépôt : 876, **892**.
- obligation essentielle : **753**, 870, 892.
- produits défectueux : 432.
- vente : 286, **326**.
- nantissement du prix, vente : 508 à 510.
- non-concurrence, de — : **558**, 684 ;
v. aussi Non-concurrence.
- non-contenance —, vente : 359.
- non-recours, de —, de crédit-bail : 819, 820.
- paiement du prix, de —, de vente : 503.
- pénale
 - bail : 693.
 - crédit-bail : 822.
 - prêt : 938, 939, 956.
 - promesse de vente : 109, **122**, 134.
 - rente viagère : 1003.
- premier regard, de — : 40.
- quatre coins, des — : 158.
- quotas, concession excl. : 558, **829**.
- recette (bail commercial) : 691.
- réserve de propriété, de — : 252 à 254, **765**.
- résolutoire
 - bail : 673, 674, **693**.
 - crédit-bail : 822.
 - rente viagère : 1003.
 - vente
- délivrance, défaut de — : 325.
- paiement prix : 511.
- restrictive de garantie, vente : 430 à 434.
- retour à meilleure fortune (prêt) : 936.
- réversibilité rente : 992.
- risques et périls ; v. ce mot.
- sauvegarde, de : 319.
- service après-vente : 438.
- « vendu en l'état » : **395**, 430.
- Clefs**
 - en main, vente : **78**, 742.
 - remise des —, tradition, vente : 300.
- Clientèle**
 - bail : 604, **605**.
 - cession de : 172.
 - concession exclusive : 834 à 835.
 - c. d'entreprise : 717.
 - courtier : 539.
 - indemnité de (VRP) : 559.
- Clinique**
 - c. avec médecin : 20.
 - c. avec patient : 740.
- Cloud computing** : **861**.
- Club hippique** : **619**.
- Cocontrat** : **10**.
- Code civil européen** : **23**.
- Code de la consommation** : **23**.
- Coentrepreneurs** : **757 à 758**.
- Coffre-fort, contrat de** : **617, 868**.
 - hôtel : 901.
- Collaboration, devoir de**
 - concess. exclus. : 829.
 - cotraitance : 758.
 - entreprise, contrat d' : 745, 752.
 - franchise : 838.
 - ingénierie : 742.
 - sous-traitance : 754.
 - teinturier : 744.
 - vente : 314, **316**, 320.
- Command, déclaration de** : **535**.
- Commissaire-priseur** : v. Opérateurs de ventes de meubles.
- Commission** : **538**.
 - agent commercial (honoraires) : 558.
 - clauses abusives (v. ce mot).
 - contrat de : **538**, 557.
 - courtier : **539**, 825.
 - du croire : 165, 538, 569.
 - mandat : 557.
 - VRP : 559.
- Commissionnaire (douane)** : **561**.
- Commodat** (anciennement) : 910 à 918.
- Communication du savoir-faire** : **43, 838**.
- Compensation industrielle, échange** : **805**.
- Compromis (arbitrage)** : 1260
 - et s. (v. Arbitrage).
 - acte de mission : 1262.
 - clause compromissoire, et : 1262.
 - contenu : 1266.
 - erreur : 1260.
 - forme : 1265.
 - nullité : 1268.
 - objet du litige : 1267.
 - preuve : 1264, **1265**.

— transaction, et : **1105**, 1260.

Compromis (vente) : 128 et s.

Compte

- bancaire : 568, **887**.
- courant
 - anatocisme : 950.
 - clause pénale : 938.
 - intérêts : 947 à 951.

Concession : 826 à 837.

- agrément : 835.
- carrière, de –, v. ce mot.
- cession : 835.
- droit d'auteur, de – : 601.
- exclusivité d'– : 832 à 837.
 - collaborat. : 829.
 - durée : 832, 834.
 - prix
- détermination : 836 à 837.
 - résiliation : 834.
 - service après-vente : 438.
 - vices cachés : 830.
- franchisage : 838.
- immobilière : 608.
- mandat de –, intérêt commun : 557.
- pompes funèbres, de : 713.
- précaire : 43, **665**.
- rupture : 834 à 835.

Conciliation, arbitrage : 1205.

Concours actions (vente)

- vices cachés et erreur : 284.
- vices cachés et non-conformité : 287.

Concurrence : 23, 47.

- autorité de la : **26**, 913.
- déloyale : 46, **831**, 838.
 - distribution sélective : 840.
 - franchisage : 838.
 - réseau de distribution : 840.
- distribution, de : 825, 831, **833**.
- distribution sélective : 840.
- droit de la : 23.
- liberté de : 47, 98.
 - concession exclusive : 832, **833**.
 - vente : 98, **234**.
- obligation de non : v. Non-concurrence.
- pompistes de marque : 913.
- sources du droit : 23, 27, 65, 66.
- vices cachés : 383, 384, **435 à 437**.

Condition suspensive

- consommateur : **124**, 134.
- potestative : 138, 184.
- préemption : 153.
- promesse unilat. de vente : 110, 116, **125**.
 - enregistrement : 115.
- promesse synal. de vente : 131 à 135.
- protect. du consommateur : **124**, 134.
- vente : 124, 128.
 - chose d'autrui : 184.
 - lésion : 227, 228.
- vente à l'essai : 105.

Conditions générales de vente : 27, 833.

- clauses particulières : 40.
- consignation de l'emballage : 85.
- évolution vente : 35.
- garantie (vente) : 437 à 438.
- marchandises défectueuses : 323.

Confidentialité, clause de : 30, 40.

- franchisage : 838.
- travail, c. de : 30.
- vente : 513.

Confié, contrat de : 89, 889.

Confirmation d'une nullité :

- prêt, intérêts : 946.
- vente : **187**, 218, 229.

Conflits d'intérêts : 177, 566.

Conformité (vente) : 285, 286.

- défaut de conformité : 330 à 336.
- vente sur références : 103 à 106.

Congé : v. Bail.

Conseil

- contrat de : 752.
 - réduction honoraires : 548.
- devoir de
 - agence de voyages : 750.
 - agent immobilier : 567.
 - architecte : 750.
 - avocat : 750.
 - contrat d'entreprise : 750 à 752.
 - contrat de : 752.
 - financier : 710, **752**.
 - garagiste : 750.
 - gestion de portefeuille : 710.
 - ingénierie : **742**, 752.
 - mandat : 566.
 - notaire : 750.
 - prêt d'argent : 958.
 - preuve : 752.
 - publicité : 521.
 - vente : 309 à 315.
- foncier : 563.
- juridique : 548, **752**, 766.

Consensualisme

- bail : 653.
- mandat : 562.
- transaction : 1118.
- vente : 156.

Consentement, vente : 98 à 166.

Consignation

- emballage : **85**, 307.
- prix du –, vente : 500, 501.

Consolidation, vente, nullité : 187.

Consommation (droit de la) : 23.

Consommateurs, informat. et protect.

- action de groupe : v. Class action.
- association de – : **385**, 976.
- code de la consom. : 23.
- cl. abusive : 26, **271**.
- consommateur (notion) : 100, 124 à 126, **271**, **952 à 957**.

- crédit : 124 à 126, **952 à 958**.
- crédit-bail : 817.
- jeu : 976.
- location-vente : 810.
- prescription extinctive : 956.
- prêt : 953.
- recomm. comm. cl. abusive : 26.
- vente
 - formation, vte à domicile : 100.
 - information : 161.
- Constitut possesseur, vente : 252, 300.**
 - vices cachés : 391.
- Construction, bail à : 620.**
- Construction, contrat de : 745 à 749, 768, 771 à 772, 781.**
- Contenance, vente d'imm. : 359.**
- Contrat**
 - adhésion, d' : 250.
 - administratif : 28.
 - aléatoire
 - assurance : 969.
 - jeu : 969 à 985.
 - pari : 969 à 985.
 - réduction honoraires : 549.
 - rente viagère : 990 à 1003.
 - vente
 - achat aux risques et périls : v. Vente.
 - chose future : 190.
 - prix
 - **dérisoire : 214.**
 - **rescision pour lésion : 225.**
 - arbitrage, d'— : 1246.
 - bière, de : 826, **833**.
 - cadre : 209, 825, **829**.
 - coffre-fort, de : 617, **868**.
 - commande d'art, de — : 73.
 - commercial : **29**, 64.
 - complexe : **8 à 10**, 77, 81.
 - concession immobilière, de : 19, 608.
 - conseil, de : 752.
 - construction, de : **745 à 749**, 768, 771 à 772, 781.
 - déménagement, de — : 13, 39, 701.
 - distance, à : 100, 702.
 - distribution, de — : 825 à 842 ; v. aussi ce mot.
 - durée, conces. excl. : 832.
 - enseignement, d'— : 700.
 - entraide, d'— : 765.
 - agricole : 18.
 - entreprise, d'— : 700 à 781 ; v. aussi ce mot.
 - estimatoire (droit romain) : 4, 89.
 - exclusivité, d'— : 826 à 837 ; v. aussi ce mot.
 - forcé : 667, 834.
 - franchisage, de ; v. ce mot.
 - gestion de portefeuille, de : 710.
 - hors établissement : 101, 161.
 - ingénierie d' : 742.
 - *ing*, en : 44.
 - innommé : **3 à 6**, **20 à 21**, **25**, 200, 715, 804.
 - dépôt-vente : 89.
 - échange : 804.
 - entreprise : 708.
 - pacte de préférence : 143.
 - prêt sans gratuité : 911.
 - intégration agricole : 842.
 - international : **30**, 65.
 - médical : v. médecin.
 - mixte : 7 à 21.
 - occupation précaire : 665.
 - perpétuel : 551, **668**, 832, 914.
 - pignoratif : 86.
 - précaire : 42, 608, **665**.
 - préliminaire : 20, **139 à 142**.
 - promenade à cheval : 619.
 - promotion immobilière, de : 19, 559, **712**.
 - réel : 804, **848 à 851**.
 - nullité : 851.
 - référencement, de — : 538.
 - renseignements commerciaux, de — : 752.
 - réservation, de — : 139 à 142.
 - mouillage à quai, de : 870.
 - restauration, de — : 39, 75, **378**.
 - dépôt, de : 901.
 - rural : 29.
 - *sui generis* : 20, **25**, 80, 1211.
 - Contre-lettre : 213.**
 - Contrepartie, mandat, prohibition : 566.**
 - Convention**
 - arbitrage, d'(v. Arbitrage).
 - croupier, de : 537, 926.
 - durée : **832**, 834.
 - exclusivité, d' : 826 à 837.
 - occupation précaire : 42, 608, **665**.
 - portage : 537.
 - Convention de Vienne (vente intern.) : 65.**
 - Cooling-off period : 99 à 101, 954.**
 - Coopérative d'achat : 538.**
 - Copreneurs (bail) : 646.**
 - Corps certain, vente : 169, 251, 302.**
 - Cotitularité bail, époux, pacsés : 644.**
 - Cotraitance : 757 à 758.**
 - Courtage : 521, 539.**
 - renonciation : 560.
 - Crédit**
 - abusif : 958.
 - affecté : 9, **955**.
 - consommateur, au : 100, 101, **952 à 958**.
 - destination : 953.
 - gratuit : 952.
 - offre de prêt : 100, **954**.
 - opération de : 601, **953**.
 - ouverture de : 850, 953.

- prescription, droit de la consommation : 956.
- rétractation : 100.
- Crédit-bail : 811 à 824.**
- bail, et : 616.
- cause : 820 à 822.
- garantie : 820.
- indivisibilité : 819 à 822.
- lease-back : 823.
 - Location financière : 824.
- mandat et – : 814.
- nullité : **812**, 816.
- prescription extinctif : 818.
- prix : 215, 224.
- publicité : 816.
- résiliation : 821 à 822.
- vices cachés : 820.
- Croyance légitime, mandat apparent : 579, 582.**
- Cumul exploitat. agric. : 135, 675.**

D

- Dangereuse, chose, vente : 311 à 312, 396.**
- Data room : 310.**
- Dation en paiement : 67, 70 à 71.**
 - rescision, lésion : 224.
- Débit de boissons, autorisation : 173.**
- Décès**
 - bail : 672.
 - promesse de vente : 111.
- Déclaration de command : 535.**
- Déclaration d'intention, préemption : 153.**
- Déconfiture : 554.**
- Découvert (compte courant) : 953.**
- Dédit, clause de : 109.**
- Défaut de conformité, vente : 285, 286, 317 à 321, 330 à 336.**
 - ventes sur, références : 103 à 106.
- Dégustation, vente à la : 104.**
- Délai**
 - délivrance : 306.
 - garantie vices cachés
 - c. entreprise : 745 à 747.
 - vente : 285, **400**, 435.
 - grâce, de – : bail : 693.
 - option lésion
 - rachat : 230.
 - prom. vente : 110.
 - réflexion : 101.
 - rescision : 230.
 - rétractation : **100**, 954.
 - retraits : 154.
- Délivrance**
 - bail : 680.
 - vente : 299 à 329 ; v. aussi Vente.
 - dépollution : 360.
- Démarchage, vente au : V. Contrat hors établissement.**
- Dématérialisation : 51.**
 - dépôt, c. de – : 881.
 - entreprise, c. d'– : 709.
 - vente : 301.
- Déménagement, contrat de : 13, 39, 701.**
- Dentiste : 703, 716.**
- Dépassement pouvoirs (mandat) : 573.**
- Dépendance du prêt au c. principal : 9, 955.**
 - crédit-bail : 819 à 822.
- Dépendance économique : 833.**
 - intégration agricole, d'– : 843.
- Dépollution (vente) : 360.**
- Dépôt : 859 à 902.**
 - accessoire du – : 869, 889.
 - animaux, d'– : 866.
 - argent, d'– : 887.
 - bail d'immeuble : 866.
 - bancaire : 864, **887**.
 - resp. : 888.
 - bijou d'un – : 883.
 - hôtel : 901.
 - choses incorporelles : 881.
 - confié, contrat de : 889.
 - contrat d'entreprise, et : 869.
 - droit de rétention : 879.
 - garage :
 - hôtel : 901.
 - réparation : 869.
 - rétentions : 879.
 - vente : 882.
 - garantie de : 867.
 - bail : 693.
 - vente imm. à construire : **141**, 192.
 - hôtelier : 901.
 - immatériel : 861.
 - irrégulier : 886 à 887.
 - irresponsabilité, clause d' : 892.
 - mandat et – : 866.
 - nécessaire : 900.
 - *parking* : 870.
 - perte de la chose : 890.
 - prêt et – : 866.
 - preuve : 877, 883 et v. ce mot.
 - qualification : 866 à 870.
 - responsabilité : 568, 878, **889 à 892**.
 - restitution : 882 à 888.
 - rétention, droit de : 879.
 - salaire : **863**, 878.
 - salarié, resp. : 891.
 - séquestre : 902.
 - stationnement, c. de : 870.
 - valeurs mobilières : 881.
 - vente et : **89**, 106.
 - vol : 880, 884, **889**.
 - garagiste : 869.
 - hôtel : 901.
 - volontaire : 875 à 893.
- Dépôt-vente : 89, 106.**
 - vol : 889.

Déséquilibre significatif : 271.

Dessaisine-saisine, clause de : 62, 252.

Destination de la ch. louée : 602, 686.

Destruction ch. louée : 673, 681.

Détermination

— chose, de la –

– bail : 647.

– vente : 169 à 170.

— prix, du –

– bail : **649**, 651.

– crédit-bail : 224, **814**.

– c. de distribution : 836 à 837.

– c. d'entreprise : 766.

– franchisage : 838.

– promesse de vente : 110.

– vente : 204 à 211.

— taux d'intérêt : 947.

Détournement de pouvoirs (mandat) : 574.

Développement, risque du – (vente) : 271, 398.

Devis, c. d'entreprise

— étude préalable : 703.

— forfait, contrat définitif : 767.

Devises étrangères, prêt en : 948, 951.

Devoir de collaboration : v. Collaboration.

Devoir de conseil : v. Obligation de conseil.

Diagnostic technique : 310.

Directives de Bruxelles

— agents comm. : 558.

— conformité dans la vente : 286.

— resp. produits défectueux : 65, 272, 285, **381**, 401, 412.

Discrimination (non) bail : 647.

Disponible, vente en : 306.

Dissimulation, prix, vente : 213.

Distance, contrat à : 100, 702.

Distribution, contrat de : 825 à 842.

— agréée : 842.

— commission, contrat de : 538.

— dépendance économique : 833.

— droit européen : 833.

— durée maxim. : 832.

— exclusive : 826 à 837.

— franchisage : 838 à 839.

— prix : 836 à 837.

— sélective : 840.

Documents

— administratifs : 307.

— précontractuels : 158, **360**.

Dol

— bail : 647.

— mandat : 570.

— transaction : 1120.

— vente : **284**, 287, 309, 310.

Domaine public : 171.

Domicile, vente à : 100.

Dommages-intérêts

— résolution vente : 326.

— vices cachés, vente : **411**, 418, 420.

Donation

— avec charges : 8, 9, **68**.

— déguisée : 67, **219**.

— dol : 284.

— don manuel : 848.

— indirecte : 67, **219**, 229.

DPU : 151, 152, 154.

Droit

— jouissance, de

– bail : 680 à 685.

– société, apport à : 624.

— préemption, de : v. Préemption.

— préférence

– bail : 648.

– vente : **143 à 146**, 166.

— reprise, de : 675.

— rétention, de : v. Rétention.

Droits de l'homme :

— arbitrage : 1269.

— jouissance du locataire : 684.

— prêt, perte des intérêts : 954.

Droits litigieux, cession : 177.

Droits sociaux,

— cession :

– cession de contrôle

— garantie

– éviction, d' : 350, 352.

– passif, du : 304.

– vices cachés, des : 394.

— information : 310.

— promesse de porte-fort : 187.

— transmission, droits et actions : 308.

– créances et dettes : 308.

– data room : 310.

– délivrance, bail : 308.

– dettes : 308.

– garantie d'éviction : 350.

– garantie du passif : 304.

– *intuitus personae* : 308.

– lésion : 224.

– nature : 304.

– non-concurrence : 351.

– prix : 215 à 216.

– transparence civile : 224, 394.

Ducroire : v. Commissionnaire.

Durée

— bail : 652, **665 à 675**.

– tacite reconduction : 667.

— concession exclusive : **832**, 834.

E

Earn out : 211.

Échange : 802 à 806.

Échantillon

— vente sur : 103.

Emballage

— consignation (vente) : 85.

— fourniture de l'– (vente) : 307.

— prix de l'– : 201.

— propriété de l'— : 85.

Emphytéotique, bail : 620, 696.

Emptio

— rei speratae : 189.

— *spei* : 190, 364.

Enchères, vente aux : 163 à 167.

— courtage, différence avec : 539.

— droit de préemption : 154.

— formes : 163 à 167.

— garantie d'éviction : 350.

— garantie vices cachés : 386.

— inversées : 163.

— rescision pour lésion : 226.

Engineering : 742, 752.

Enregistrement

— pacte de préférence : 144.

— prom. vente : 115.

— Ensembles contractuels : 9, 11.

Entraide

— agricole : 19.

— c. d'entreprise : 765.

Entremise, mandat d' : 711.

Entreprise, contrat d' : 700 à 781.

— bail, et : 618 à 619.

— construction, de : 745 à 749, 768, 781.

— contrat à forfait : 767 à 768, 780.

— contrat de travail et : 717 à 718.

— délai : 739.

— dépôt, et : 744, 869.

— réception : 771.

— devis : 703.

— garantie (prix) : 765.

— garantie décennale, biennale, annale : 745 à 749.

— groupes de contrats : v. ce mot.

— honoraires : 766 à 767.

— mandat et : 709 et s.

— marché à forfait : 767 à 768, 780.

— marché s. facture : 766.

— marché s. séries : 769.

— perte de la chose : 618, 781.

— preuve : 702.

— prix : 765 à 769.

— résiliation : 780.

— responsabilité : 683, 739 à 753.

— sous-traitance : v. ce mot.

— théorie des risques : 781.

— vente : 73 à 78.

— vices cachés

— action sous-acquéreur : 417 à 419.

— construction : 745.

— garagiste : 743.

Environnement : 151.

— installations classées : 384.

Époux

— bail : 642, 644, 645.

— mandat apparent : 582, 642.

Erreur

— transaction : 1120 à 1123.

— vente

— chose autrui : 178 à 187.

— contenance, de : 359.

— sur la substance : 164.

— vices cachés : 284.

Essai, vente à l' : 105 à 106.

Estimateur, contrat, droit romain : 4, 89.

État des lieux, bail : 688.

État futur d'achèvement, vente en — : 194.

Euro

— argent, prix : 202, 836.

— indexation : 932, 999.

— vente à un : 215, 224.

Éviction, garantie d'

— bail : 685.

— vente : 349 à 367.

Exception d'inexécution

— bail : 682, 690.

— dépôt : 879.

— vente

— par acheteur : 281, 501.

— par vendeur : 318, 511.

Excès de pouvoir du mandataire : 574.

Exclusivité, convention d' : 826 à 837.

— bail : 684.

— durée : 832, 834.

— mandat : 569.

— médecin : 20.

— promesse d'achat : 127.

Exequatur, arbitrage : 1210, 1213.

Expertise

— arbitrage : 1206.

— prix : 204 à 206, 836.

— vice caché : 401.

Exploitations agricoles, cumul d' : 135.

F

Fabricants, responsabilité des : 271, 380 à 382, 411 à 421.

Factoring : 44.

Facture : 307.

— marché sur facture : 766.

Fermage : 691.

Fiducie

— contrat : 6, 536.

— crédit-bail : 814.

— percept. dts d'auteur, sté de : 540.

— rachat, vente avec : 86.

Fisc

— contre-lettres : 213.

— crédit-bail : 812.

— déclaration de command : 535.

— dissimulation : 213.

— enregistrement, promesse de vente : 115, 144.

— impôt s. fortune, prêt à usage : 910.

— prête-nom : 534.

— TVA (vente) : 201.

Folle enchère : 166.

Fonds de commerce

- bail : v. Location-gérance.
- cession de
 - conflits, acquéreurs successifs : 178, 252.
 - formes : 160.
 - garantie
 - éviction, d' : **350**, 363.
 - qualification : 16.
 - vices cachés, des : 387.
 - passif, du : 304.
- crédit-bail : 812.
- gérance : 16.
- incendie, location : 690.
- mentions informatives : 160.
- non-concurrence : **350**, 363.
- transfert de propriété : 178.

Force majeure

- bail : 688, 690.
- dépôt : 885, **890**.
 - hôtelier : 901.
 - nécessaire : 900.
- entreprise : 744, **746**.
- prêt à usage : 915.
- stationnement, c. de : 870.
- vente
 - délivrance : 319.
 - vices cachés : 414.

Forclusion, consommateurs : 956.**Forfait, cont. d'entreprise**

- prix : 767 à 768.
- résiliation : 780.

Formes de la vente : 156 à 167.**Fourniture exclusive, c. de – : 826.****Fourniture de renseignements, c. de : 752.****Frais, vente : 201.****Franchisage, contrat de : 838 à 839.****Fraude**

- antidate (a. 1743) : 671.
- convention d'occupation précaire : 665.
- échange : 802.
- fiscale : 213.
- mandat : 566.
- pacte de préférence, à un – : 146.
- prête-nom, par un : 535.
- prom. unilatérale, vente : 115.
- qualification : 17, 42.
 - cl. de non-garantie (vente) : 359.
 - dissimulation du prix : 213.
- simulation : 213.
- statut du fermage, vente d'herbes : 82.

Fruits

- dépôt, restitution des – : 882.
- effets de la vente sur les – : 307.
- vente de : **82**, 615.

G**Garage**

- dépôt : 869, 889, 901.

- devoir de conseil : 750.
- droit de rétention : 879.
- mandataire : 566.
- obligation d'information : **750**, 918.
- *parking* : 870.
- réparation : **743**, 880.
 - devoir de conseil : 750.
 - garantie vices cachés (vente) : 433.
 - responsabilité : 566, **869**.
- rétention, droit de : 879.
- stationnement, c. de : 870.

Garantie

- bail : 683 à 685.
- cession droits sociaux : 304.
- c. entreprise : 745 à 748.
 - décennale et biennale et annale : 745 à 747.
 - parfait achèvement : 745, 771, **772**.
- réception : 771.
- sous-traitance : 754.
- crédit-bail : 820.
- dépôt : 867.
- ingénierie : 742.
- prêt : 918.
- sous-traitance : 754.
- vente :
 - conformité : 330 à 336.
 - contenance, clause de non : 359.
 - dépôt de : **141**, 192.
 - éviction, d' : 349 à 367.
- conventionnelle : 363 à 364, 435.

- risques et périls : 364.**— légale : 351 à 362.****- chose d'autrui : 185.**

- imm. à construire : 192 à 194.
- occasion : 395.
- passif, droits sociaux : 304.
- vices cachés : 378 à 438.
- convention : 330, **336**, **428 à 438**.
- loi : 378 à 421.

Garde, contrat de : 864, 880 à 887.**— coffre-fort : 868.****Généalogiste, contrat de : 3, 522, 550.****Gérance commerciale, contrat de : 16 ;****v. Location-gérance.****Gestion**

- droits d'auteur, de : 540.
- portefeuille, de : **710**, 881.

GFA : 69.**Gratuits, contrats : 49, 847.**

- dépôt : 862 à 863.
- mandat : 547 à 550.
- prêt à usage : 910 à 911.

Grosses réparations

- bail : 681, 688.

Groupements d'achat : 538.**Groupes de contrats : 9.**

- arbitrage : 1246.
- concession : 829.
- contrat d'entreprise : 419, **754 à 758**.

- architecte-c. entrepreneur : 760.
- intégration agricole, c. d. : 843.
- vente : 416 à 420.
- vente et prêt : 9, 906, **955**.

H

- Habitation bourgeoise, cl. d'(bail) : 686.**
- Hardship, clause d' : 30, 319.**
- Hébergement, d', c. : 684, 686, 694.**
- Herbes, vente d' : 82, 615.**
- Honneur, prêt d' : 936.**
- Honoraires : 549 à 550, 569, 766 à 767.**
- agent immobilier : 711.
- entrepreneurs : 766.
- Hôtellerie, contrat d' : 39.**
- bail : 619.
- dépôt : 901

I

- Immeuble à construire, vente d'— : 77, 192 à 195.**
- contrat préliminaire : 139 à 142.
- formalisme : 163.
- garantie, vices : 77, 308, 419.
- transfert de propriété : 192 à 195.
- Immixtion (bail) : 694.**
- Impôts : v. Fisc.**
- Impresario : 521, 539.**
- Inaliénabilité : 176, 513.**
- Incendie**
- bail : 690.
- prêt à usage : 916.
- Incident de paiement (crédit, consommateur) : 956.**
- Incoterms : 305.**
- Indemnité**
- de clientèle (VRP) : 558.
- d'éviction (bail) : 669, 674.
- d'immobilisation : 109, **121 à 122.**
- clause pénale : 109, **122.**
- contrat préliminaire : 141.
- prom. unilatérale, vente : 109, 110, **121 à 123.**
- d'occupation :
 - bail : 666.
 - prêt à usage : 914.
- de résiliation
 - bail : 949.
 - crédit-bail : 822.
 - prêt : 937.
- Indétermination**
- chose, de la —
 - bail : 647.
 - vente : 169 à 170.
- prix, du —
 - bail : 649.
 - c. de distribution : 836 à 837.

- c. d'entreprise : 766.
- vente : **204 à 211**, 836 à 837.
- taux d'intérêt, du — : 947.

Indexation

- frais des —, vente : 201.
- loyer, du — : 691.
- marché à forfait, du — : 767.
- prêt d'argent, du — : **932**, 951.
- prix du —, vente : 203.
- rente viagère, de la — : **999**, 1001.

Individualisation chose, vente : 170.

Indivisibilité contractuelle : 9, 819 à 824, 955, 1249.

Indivision

- bail
 - conclusion
 - à un indivisaire : 639.
 - par un indivisaire : 638.
 - mandat : 638.
 - tacite reconduction : 638.
- convention de jouissance exclusive : 639.
- mandat apparent : **582**, 638.
- séquestre : 902.
- vente : 179 à 182.

Inexistence (vente)

- absence de pouvoirs : 573.
- chose indivise : 182.
- prix, indéterm., fictif, dérisoire : 218.

Infirmière, cession de clientèle : 172.

Information

- consommateurs ; v. Consommation.
- obligation d' :
 - arbitrage : 1268.
 - courtoise : 539.
 - dépôt valeurs mobilières : 881.
 - entreprise, c. d' : 750 à 752.
 - franchisage, c. de : 839.
 - vente : 309 à 316.

Informatique

- bail : 601.
- matériel, vente : v. Ordinateurs.
- vente : 9, 80, 513.

Ing. contrats en : 44.

Ingénierie, contrat d' : 742, 752.

Inopposabilité :

- bail ch. autrui : 636.
- vente :
 - ch. autrui : 178.
 - ch. indivise : 182.
 - droits préemption : 155.
 - publicité : 157.

Intégration agricole, contrat d'— : 843.

Interdépendance de contrats : 9, 955.

- crédit-bail : 819 à 822.

Intérêt commun

- concession com. : 834, 835.
- mandat : 557.

Intérêts

- anatocisme : 950.

- compte courant : 947 à 950.
 - conventionnels : 942 à 951.
 - prêt : 941 à 951.
 - déchéance des : 957.
 - restitution, des – : 949.
 - supplém. juste prix (vente) : 233.
 - vente : 505.
- Internet** : 165, 301, 539, 601, 619, 665, 841, 861, 976.
- Interprétation**
- bail : 653.
 - clause habitation bourgeoise (bail) : 686.
 - clause résolut. (vente) : **325**, 511.
 - contrats : 7.
 - garantie convention, vente : 363 à 364, **430**.
 - mandat : 572.
 - prêt : 905.
 - transaction : 1129.
 - vente : **250**, 306.

Intuitus personae

- bail : 645, 672.
- bail à nourriture : 1006.
- clientèle médicale : 172.
- concession exclusive : 835.
- contrat d'entreprise : 754, 780.
- franchisage, c. de – : 838.
- gestion de portefeuille, c. de – : 710.
- mandat : 551, 561.
- pacte de préférence : 144 à 145.
- préemption, droit de : 152.
- sociétés : 304.
- sous-traitance : 754.
- vente : 98.

Intuitus rei : 308.**J****Jeu** : 49, 972 à 985.**Joint-venture** : 757.**Juge, office du**

- arbitrage : 1205 à 1206.
- vente : **206**, 285.

K**Know-how** : 44.**L****Laisse-pour-compte, vente au** : 329.**Lease-back** : 823.**Leasing** : 224, 811 à 824.

- protect. consommat. : 953.

Législat. protectrice consommat. :

- v. Consommateur.

Lésion

- mandat : 550.
- promesse de vente : 227.

- transaction : 1103.
- vente d'imm. : **222 à 233**, 997.
 - aléa : 225.

Levée de l'option : 117.**Lex mercatoria** : 27, 65.

- contrat internat. : 30.

Liberté de la concurrence : 47, 98, 234.

- contrats de concession exclusive : 826, **833**.

Licence, brevet, invention :

- prix : 211, 649.
- bail : 601.

Licitation : 165 à 166.

- rescision pour lésion : 226.

Livraison

- entreprise, c. d' : 770.
- vente : 299 à 329.
 - successives : **302**, 318.
- résolution : 324.

Location : v. Bail.**Location-accession** : 809 à 810.

- bail : 616.

Location financière : 824.**Location-gérance** : 16, 601, 684.

- incendie : 690.
- réparation : 688.

Location saisonnière : 608, 665, 690.**Location-service** : 601.**Location-vente** : 616, 807 à 810.

- consommateur (protection) : 953.

Logement décent, bail : 680.**Loi**

- ALUR : 310, 603, 619, **644**, 675, 693.
 - Badinter : 1097.
 - Béteille : 1097.
 - Carrez : 166, 359.
 - Doubin : 839.
 - Duflot : **151**, 157, 644, 647, 650, 666, 670, 680, 691, 693, 699.
 - Haguët : **539**, 548, 578, 711.
 - impérative ou supplétive : 22.
 - Kouchner : 740, 1097.
 - Macron : 100, 209, 563, 619, 620, 766, 825, 833.
 - Mehaignerie : 603.
 - Neiertz : 956.
 - Quilliot : 603, 956.
 - Royer : 41.
 - Sapin : 116, 130, 548, 563.
 - Scrivener : 41, 271.
 - Spinette : 745.
 - Touraine : 396.
- Loterie** : 976, 985.

Lotissement, autorisation : 133.**Loto** : 976, 981.**Louage d'ouvrage** : v. Contrat d'entreprise.**Louage d'immeubles et de meubles** : v. Bail.**Loyer** : 691 ; v. aussi Bail.

M

- Magasins généraux** : 869.
Maintenance : 314, 824.
Maison de retraite, séjour dans : 619.
Maître d'œuvre : 708, 760.
Management : 44, 522.
Mandat : 520 à 585.
— abus de pouvoirs : 575.
— acte d'administration : 572.
— acte de disposition : 572.
— actes juridiques : 541.
— action directe (sous-mandat) : 561.
— action en justice : 572.
— agents d'affaires, commercial, immobilier, v. ces mots.
— apparent : **579 à 584**, 638.
— agent immobilier : **583**, 711.
— bail : 636, 638, 641.
— authentique : 563.
— avances et frais : 569.
— blanc, en : **561**, 575, 578.
— capacité : **531**, 566.
— cause : 549.
— cautionnement : 563.
— cession : 550.
— chose indivise : 181.
— co-mandat : 569.
— comptes : 568.
— concession d'exclusivité, et – : 828.
— consensuel : 562.
— consentement : 570.
— contrat d'entreprise, et – : 711 à 716.
— contrat estimatoire : 89.
— contrat de travail, et – : 548.
— contrepartie, interdiction : 566.
— courtier, et : 539.
— crédit-bail : 814.
— définition : 531 à 549.
— dépassement de pouvoirs : 574.
— croyance légitime : 579 à 583.
— défaut de pouvoirs : 573.
— détournement de pouvoirs : 575.
— devoir de conseil : 566.
— double mandat : 566.
— durée : 550 à 554.
— entremise, d' : 711.
— entreprise, contrat d', et – : 709 à 716.
— excès de pouvoir : 574.
— exclusif et non exclusif : 548, **569**.
— concession exclusive de vente et – : 828.
— exprès : 572.
— formalisme : 563.
— fraude : 566.
— généralités : 572.
— gérant mandataire : 559.
— gestion de portefeuille : **710**, 881.
— gratuit : 546.
— honoraires : **549 à 550**, 569.
— hypothécaire : 563.
— indivision : 182, 540.
— intérêt commun, d'– : 557.
— concess. exclusivité de vente, et : 835.
— interprétation : 572.
— intuitus personae : 550 à 561.
— irrévocable : 556 à 560.
— jeu : 981.
— notaire : 563.
— obligat.
— mandant : 569 à 585.
— mandataire : 566 à 576.
— pertes d'exploitation : 569.
— post mortem : 552.
— pouvoirs
— mandant : 571.
— mandataire : 572 à 576.
— preuve : 564 à 565.
— inexécut. oblig. mandat : 567.
— mandat tacite : 562.
— promotion imm. : 712.
— ratification : 562, **583**.
— rémunération : **548 à 549**, 569.
— forfaitaire : 548.
— renonciation : 560.
— représentation : 532, 570 et s.
— responsabilités : 567, 570.
— restitution : 568.
— révocation : **555 à 558**, 573, 578.
— salarié : 547 à 549.
— solennel : 563.
— sous-mandat : **561**, 563.
— spécial : 572.
— substitution : 553, **561**.
— - syndic : 711.
— tacite : 562.
— termes généraux, en : 572.
— transaction, et – : 1117.
— travail, contrat de, et – : 549.
— verbal : 564.
— vente : **87**, 88.
Marchand de biens :
— agent immobilier : **88**, 521.
— mandat apparent : 580, 582.
— vices cachés, vente : 412.
Marchés
— à forfait : **767 à 768**, 780.
— à terme : 984.
— sur série : 769.
Marchés successifs (vente) : **302, 318, 324**.
Marques de fabrique
— concession : 828, 836.
— fiducie : 536.
— franchisage : 838.
Médecin
— clientèle, cession : 172.
— conseil et information : 750.
— contrat avec
— clinique : 20.
— patient : 716, **740**.
— honoraires : 716.

- mandat tacite : 562.
- obligation de moyens et de résultat : 740.
- responsabilité : 396, 740.

Médiation : 1205.**Médicaments, vente**

- vice caché : 396.
- action du sous-acquéreur : 416.

Mesure (vente à la) : 170.**Mine, concession : 83.****Mise en garde – obligat. de prêt, banques : 958.**

- vente : 311.

Modes alternatifs de règlement des différends : 1097.**Mort**

- bail : 672.
- promesse de vente : 111.

Mouillage de bateau (c. de réservation) : 870.**Multipropriété : 20, 100.****N****Navire**

- construction : 702.
- vente
 - défaut de conformité : 285.
 - vice caché : 400.

Nom de famille (vente)

- objet : 175.

Non-concurrence : 47.

- agent commercial : 558.
- bail : 684.
- clause de : **558**, 684.
- clientèle civile, cession de – : 172.
- concession commerciale : 829.
- fonds de commerce, cession de – : 172, **350**, 363, **684**.
- franchisage : 838.
- mandataire : 557.
- médecin : 172.
- vente : 172, **350**.

Notaire

- cession clientèle (non) : 172.
- conseil : 750.
- hypothèque : 508 à 510.
- mandat : 568.
- responsabilité : 750.
- vente d'immeuble : 507.

Novation ; transaction : 1126.**Nullité**

- consommateurs : 100, 161, **957**.
- c. d'intégration agricole : 843.
- contrats réels : 851.
- crédit-bail : 812, 816.
- mandat : 563.
 - contrepartie : 566.
 - excès de pouvoir : 574.
- prêt : 851.

- protection des emprunteurs : 957 à 958.

- usure : 946.

- sous-traitance : 754.

- transaction : 1120 à 1123.

- usure : 946.

— vente

- absence prix : 218.
- absolue : 218.
- action réhibitoire : 409.
- chose autrui : 185 à 187.
- chose indivise : 179 à 181.
- consommateur (protection) : 161.
- enchères aux : 163 à 167.
- fonds de commerce : 160.
- formalisme : 67, **156**, 160, **161**.
- immeuble à construire : 162.
- incapacité : 162.
- mandataire, contrepartie : 566.
- préemption : 154, 155.
- protection consommateur : 160 à 161.
- réglementation des lotissements : 133.
- transaction : 1120 à 1123.
- transfert des risques : 254.

O**Objet, vente : 169 à 193.**

- art, d' : 73, 163, 164.

- occasion, d' : 395.

Obligation

— conseil, de

- agent d'affaires : 566.
- agent immobilier : 566.
- avocat : 750.
- banque : **360**, 958.
- contrat d'entreprise : 750 à 752.
- courtier : 539.
- documents précontractuelles : 360.
- garage : 750.
- gestion de portefeuille : 710.
- ingénierie : 742.
- mandat : 566.
- notaire : 750.
- prêt d'argent : 958.
- vente : 270, 271, **309 à 316**.

— matériel informatique : 314.

— garantie, de –, v. ce mot.

— informations, d'–, v. Oblig. conseil.

— moyens, de –

- agence de voyage : 714.
- contrat de conseil : 752.
- contrat d'entreprise : 740 à 745.
- courtier : 539.
- dépôt, c. de : 870, **889**.
- ingénierie : 742.
- mandat : 567.
- prêt à usage : 916.
- teinturier : 744.
- vente : 309.

- naturelle (jeu) : 983.
- non-concurrence, de — : v. Non-concurrence.
- renseignements, de — : v. Oblig. conseil.
- résultat, de —
 - agent de change : 521.
 - architecte : 745, 746.
 - bail, incendie : 690.
 - coffre-fort, c. de : 868.
 - dépôt : 869, **889**.
 - entreprise, c. d' : 740 à 748.
 - exclusivité, c. d' : 826.
 - garagiste : 745.
 - prêt à usage : 915.
 - sous-traitance : 754.
 - vente : 396, **415**.
 - devoir de conseil : 314.
- sécurité, de (vente)
 - bail : 691.
 - entreprise : 748.
 - vente : 396.

Obtention d'un prêt : 126, 955.**Occupation précaire, convention d' : 42, 608, 665.**

- aliénation de la chose louée : 671.
- incendie de la chose louée : 690.

Œuvres d'art

- commande d' : 73.
- erreur, vente : 164.

Office du juge

- arbitrage : 1205 à 1209.
- crédit à la consommation : 957.
- vente : **205**, 285.
- vice réhibitoire : 287.

Office ministériel, cession d' : 132.**Officine de pharmacie, cession d' : 173.****Offre de prêt : 954.****Opérateurs de vente de meubles : 164 à 165.**

- mandat : 541, 569.
- monopole : 165, 539.
- responsabilité : 165, 386, 567.
- vente aux enchères : 163 à 165.
- vices cachés, vente : 386.

Opération de crédit : 953.**Opposabilité bail : 671.****Option (vente)**

- cession : 116.
- crédit-bail : 813.
- location-vente : 807 à 810.
- nullité, action réhibitoire : 284.
- perte de la chose : 188.
- préemption : 154.
- promesse unilat. de vente : 117 à 125.
- rescision pour, lésion : 230.
- résolution, pour inexécution : 322.
- vices cachés
 - action réhibitoire et estimatoire : 409.
 - vices cachés et erreur : 284.
 - vices cachés et non-conformité : 287.

Ordinateur (vente) : 314.

- accessoires (vente) : 307.
- avant-contrat : 314.
- date de la délivrance : 306.
- maintenance : 314.
- obligat. renseign : 314.
- réception : 321.
- vices cachés : 386 et s., 396.
- virus : 314, 386 à 387, 396.

Ordre public

- anatocisme : 950.
- arbitrage : 1228 à 1229.
- baux ruraux : 696.
- cl. d'exclusivité : 832.
- consommation, droit de la — : 124, 957.
- extension conventionnelle : 43.
- location-accession : 809.
- transaction : 1115.
- usure : 946.

Ouverture de crédit

- protection du consommateur : 953.

P**PACS : 644, 651, 672, 675.****Pacte de préférence : 143 à 146, 833.**

- franchisage : 838.
- publicité foncière : 146.

Pactes succes. fut. : 996.**Paiement prix (vente) : 499 à 511.****Para-hôtellerie : 619.****Parfait achèvement, garantie de : 745, 771, 772.****Parfum, distribution sélective : 840.****Pari : 972 à 985.****Parking, contrat de : 617, 860, 870.**

- bail : 617.
- hôtel : 901.

Parrainage, c. de : 44, 715.**Parts sociales, cession de : v. Droits sociaux**

- cession de contrôle : **304**, 308, 394.
 - concession exclusive d'une : 835.
- garantie du passif : 304.
- non-concurrence : 350.
- vices cachés : 394.

Pas de porte : 692.**Passif, garantie du (droits sociaux) : 304.****Pêche, sous-location : 696.****Perception de droits d'auteur, sté de : 540.****Permis de construire : 174.****Perpétuité**

- bail : 668.
- concession de vente : 832.
- mandat : 551.

Perte de la chose

- bail : 618, **673**, 681.
- c. d'entreprise : 618, **781**.
- dépôt : 890.
- prêt à usage : 916.
- vente

- exécution du cont. : 253 à 254.
- Pharmacie**
 - autorisation administrative : 173.
 - garantie vices cachés : 396, 397, 410.
 - obligat. renseignements : 311.
 - risque du développement : 271, **398**.
- Photographie**
 - développement, cl. abusive : 8, 753.
- Pilote (contrat de) : 5, 768.**
- Plans, c. d'entreprise**
 - étude préalable : 703.
 - forfait : 767.
- Pompes funèbres, c. de : 713.**
- Pompiste de marque**
 - abus du droit : 913.
 - cautionnement : 851.
 - concession exclusive de vente : 836.
 - nullité vente : 836.
 - prêt à usage : 912.
 - prêt d'argent : 851.
 - prix (détermination, vente) : 836.
- Portage, c. de : 537.**
- Portefeuille, gestion de, c. : 710, 881.**
- Porte-fort, promesse de : 181.**
- POS : 151.**
- Pouvoirs**
 - du mandant : 571.
 - du mandataire : 572.
 - transaction : 1117.
- Pratique discriminatoire : 833.**
- Préavis**
 - bail : 666, 670.
 - conces. d'exclusivité : 834.
- Précaire : 42.**
 - bail : 665.
 - prêt à usage : 914.
- Préemption : 149 à 155, 179.**
 - bail : 671, **699**.
 - bail à nourriture : 1006.
 - échange : 802.
 - indivision : 179.
 - pacte de préférence : 143 à 146.
 - vente d'une chose indivise : 179.
- Préférence, pacte de**
 - bail : 648.
 - vente : **143 à 146**, 166.
- Prescription extinctive**
 - bail : 693.
 - c. entreprise : **745**, 747.
 - c. prêt
 - consommateur, nullité : 851, **956**.
 - intérêts : 946.
 - crédit-bail : 818.
 - consommation, droit de la : 956.
 - mandat
 - nullité : 566.
 - responsabilité : 567.
 - prêt
 - consommateur
 - nullité : 851.
 - rente viagère : 1002.
 - vente
 - a. récursoire : 281.
 - garantie
 - contenance, de : 359.
 - éviction : 365.
 - vices cachés, des : 285, 400.
 - nullité
 - ch. d'autrui : 187.
 - ch. indivise : 182.
 - erreur : 281, **284 à 285**.
 - rescision : 228.
- Prêt : 905 à 958**
 - argent d' : 940 à 958.
 - affecté (drt. de la consommation) : 906, 925, **953**.
 - autorisation de découvert : 925, 953.
 - cause : 849, **906**.
 - aux consommateurs : 952 à 957.
 - devises étrangères, en : **948**, 951.
 - de consommation : 925 à 939.
 - dépendance du prêt au c. principal : 9, 906, **955**.
 - devises étrangères, en : **948**, 951.
 - indexation : 932.
 - intérêts : 951.
 - interdépendance au c. principal : 955.
 - intérêts : 940 à 951.
 - déchéance des – : 946, 957.
 - rédaction d'un écrit : 8, **947**.
 - répétition : 949.
 - jeu : 979, 980.
 - preuve, du : 849, **905**.
 - promesse, de : 849.
 - reconnaissance de dette : 905.
 - remboursement anticipé : **938**, 957.
 - renégociation : 954.
 - responsabilité du prêteur : 958.
 - taux effectif global : **944**, 948.
 - terme du remboursement : 937 à 939.
 - usure : 940 à 949.
 - chèque de casino : 980.
 - compte courant, v ces mots.
 - consommation, d. de la : 905, **925 à 958**.
 - contrat unilatéral : 846.
 - contrat réel : 848 à 851.
 - grosse, à la : 927.
 - honneur, d' : 936.
 - jeu destiné au : 979, 980.
 - nullité (et résolution) : **851**, 946, 957.
 - obtention (drt. de la consommation) : **126**, 955.
 - participatif : 928.
 - prescription, extinct., consommat. : **851**, 956.
 - preuve : 905.
 - renégociation : 954.
 - titres : 931.
 - usage à : 910 à 918.
 - bail, et : **623**, 910.

- consignat. d'emballages ; **85**, 307.
- dépôt : 866.
- droit de rétention : 912.
- gratuité d'affaires : 911.
- incendie : 916.
- logement : 914.
- obligation d'information : 918.
- perte de la chose : 916.
- preuve : 849.
- qualification : 911.
- restitution : 913 à 915.
- vente, et : **84 à 85**, 307, 955.
- vices cachés : 918.
- usure : 942 à 951.
- vices cachés (prêt à usage) : 918.
- Prête-nom conv. de – : 534, 536.**
- Preuve**
- bail du – : 650 à 652.
 - bail mobilier : 601.
 - bail rural : 653.
 - date, de la : 650.
 - dégradations locatives, des : 688.
 - durée, de la : 652.
 - incendie d'un : 690.
 - loyers : 651.
 - vices cachés : 683.
- compromis d'un –, arbitrage : 1264 à 1265.
- contrat, d'un
 - architecte, d' : 703.
 - conseil : 752.
 - contrat réel : 848.
 - entreprise, d' : 702.
 - forfait : 768.
- dépôt, du : 877, 883.
 - faute : 889.
 - hôtelier : 901.
 - nécessaire : 900.
 - volontaire : 877.
- entreprise (fte) : **702**, 710.
- garagiste (fte) : 743.
- mandat, du : 562, **564 à 565**.
 - absence de pouvoirs : 573.
- clientèle : 558.
- faute mandataire : 567.
- responsabilité : 567.
 - apparent : 581 et s.
 - révocation, de la : 555 à 556.
 - tacite : 562.
- paiement (vente) : 506 à 507.
- prêt à usage : 849.
- prêt, d'un : 905.
- prête-nom, du – : 534.
- rente viagère : 1002.
- teinturier (faute) : 744.
- transaction, d'une – : 1118.
- vente, de la
 - défaut de conformité : 302.
 - défaut de délivrance : 302.
 - formation : 156.

- paiement : 506 à 507.
- vice caché : **401 à 404**, 415.
- VRP, commission : 559.
- Prix**
- bail dans le – : **649**, 651.
- concession exclusive de vente : 837.
- contrat d'entreprise : 765 à 769.
- crédit-bail : 215, 224, **814**.
- dérisoire : 214, 998, 1006
- franchisage : 26, **838**.
- vente

- absence : 214.
- analy. économ. : 201.
- arbitrage tiers : **204 à 206**, 1207.
- consignation, du : 501.
- commode, du : 161.
- dérisoire ; 214 à 219.
- détermination, du : 203 à 211.
- dissimulation, du : 213.
- existence, du : 212 à 219.
- euro (à un) : 215.
 - fictif : 213.
 - indétermination : 203 à 211, **836 à 837**.
 - lésionnaire : 227.
 - négatif : 215, 304.
 - paiement différé : 503.
- except. inexécution : 318.
 - préemption : 207.
 - preuve paiement : 506 à 507.
 - protection du consomm. : 161.
 - qualification : 68 et s.
 - réserve, de : 165.
 - tempérament à : 224. Vente.
- crédit-bail : 215, 224, 814.
- vil : 214-219, 623.

Procuration : v. mandat**Produit en main ; vente : 78.****Produits défectueux, resp. du fait des : 285, 381, 396 à 398.**

- choses dangereuses : 421.
- clauses restrict. : 432.
- critique : 382.
- délivrance défectueuse : 285.
- sous-traitance : 396, 756.
- Union européenne : 381.

Produits nouveaux, vente : 397**Professionnels**

- acheteurs : 312, 393.
- dépôt : 863.
- entrepreneurs : 751.
- garage : 869.
- mandat apparent : 581 à 582.
- prêt à usage : 911, 917.
- vendeurs : 411, 432.
 - cl. limitat. de resp. : 432.
 - resp. : 411.

Promenade à cheval, c. de : 619.**Promesse**

- achat, d' : 127.

- bail, de : 648.
- consommateur : 124
- contrat d'entreprise, de : 703.
- contrat réel, de : 849 à 850.
- hôtellerie, d' : 39.
- porte-fort, de : 181.
- prêt, de : 850.
- vente, de : 107 à 142.
 - synallagmat. : 128 à 138.
- chose d'autrui : 184.
- conditionnelles : 131 à 135.
- rétractation : 100 à 101.
- terme, à : 136 à 137.
 - unilatérale : 110 à 127.
- achat, d' : 127.
- cession, de : 88, **116**.
- clause de dédit : 109, **121 à 123**.
- concession d'exclusivité : 828.
- condition suspensive : 124 à 126.
- contrat préliminaire : 139 à 142.
- crédit-bail : 814.
- crédit-immobilier : 955.
- croisée : 127.
- dédit, clause de : 109.
- délai : **114**, 125.
- enregistrement : 115.
- forme : 115.
- indemnité d'immobilisation : 121 à 123.
- indivision : 182.
- location-vente : 807.
- pacte de préférence, et : 144.
- prêt, condition, de la : 124 à 126.
- prix
 - arbitrage d'un tiers : 204 à 206.
 - indétermination du – : 208 à 210, **836 à 837**.
- publicité : 113.
- qualification : 110, **123**.
- rescision pour lésion : 227.
- rétractation : **120**, 129.
- substitution : 116.
- vente à la dégustation : 104.
- violation : 120.
- Promotion immobilière : 19, 712.**
- prescription : 567.
- Propriété apparente : 183.**
- Propriété commerciale : 605.**
- franchisage : 838.
- Protection du consommateur :**
 - v. **Consommateur.**
- Prothèse dentaire : 740.**
- Publicité**
 - agent de : 521.
 - contrat de : 521, **715**.
 - crédit-bail, du : 816.
 - documents publicitaires : 360.
 - foncière
 - crédit-bail : 816.
 - pacte de préférence : 146.
 - promesse de vente : 113.

Q

Qualification : 7 à 21.

- artificielle : 18, 19.
- bail, du – : 602, **615 à 624**.
- cession de fonds de commerce : 16.
- consignation (vente avec) : 85.
- contrat
 - entreprise d' : **73 à 74**, 709, 718.
 - *sui generis* : 20, 1211.
- crédit-bail : 813.
- cumulative : 15.
- dépôt : 866 à 869.
- dépôt-vente : **89**, 106.
- distributive : 15.
- échange avec soulte : 803.
- hôtellerie : 40, **619**.
- exclusive : 13 à 14.
- groupes de contrat : 11.
- inexacte : 17 à 19.
- location-vente : 807.
- mandat : 522.
- prêt à usage : 911.
- promesse de vente : 110, **123**.
- sous-traitance : 754.

Quittance

- louage : 650, 691.
- vente : 506, **507**.
 - hypothèque : 509.

Quotas

- baux ruraux : 689.
 - clause de :
- agents commerciaux : 558.
- concession commerciale : 829.

R

Rachat (vente avec) : 86, 143.

Rachat de la lésion (vente) : 232 à 233.

Ratification, mandat : 562, 585.

Réception

- contrat d'entreprise, du : 771 à 772.
- réserves, avec : 285, **321**, 772.
- vente : 285, **321**.
- vente d'imm. à construire : 77.

Récolte sur pied

- vente : 190.

Recommandation clause abusive : v. Clause abusive.

Reconduction bail : 667.

Reconnaissance de dette, prêt : 849, 905.

Recours

- vente, garantie : 420.

Réel, contrat : 848, 861.

Réfaction

- transaction : 1115.
- vente
 - inexécution délivr. : 281, **327**.
 - perte chose : 188.
 - résolution : 322.

- vices cachés : 409.
- Références, vente sur : 103.**
- Référencement, contrat de : 538.**
- Réflexion préalable, vente : 101.**
- Refus de vente : 98.**
- Réglementation du crédit : 952.**
- Remboursement anticipé, prêt du – : 937.**
- Réméré (anciennement) : 86, 143.**
- Remplacement (vente) : 323, 328.**
- Renonciation**
 - agent immobilier : 560.
 - agrégation (vente) : 321.
 - arbitrage, à : 1220.
 - bail : 666, 667, 603.
 - consolidation (vente) : 187.
 - consommateur : 100, 124 à 125, 957.
 - courtier : 560.
 - droit de préemption : 153.
 - garantie conventionnelle, vices cachés : 429.
 - lésion (vente) : 229.
 - mandat : 560.
 - marché à forfait : 768.
 - promesse de vente : 114, 125.
 - rescision (vente) : 229.
 - résolution (vente) : 321, 1003.
 - sous-traitance : 755.
 - transaction : 1111 à 1116.
 - vente à domicile : 100.
 - vices cachés : 391.
- Renouvellement**
 - bail : 667.
 - droit au : 669, 674.
- Renseignements, obligation de : v. Obligation de conseil.**
- Renseignements commerciaux c. de : 752.**
- Rente viagère, c. de : 990 à 1003.**
 - aléa (prix) : 214, 994 à 995.
 - aliments : 999, 1003.
 - bail à nourriture : 1004 à 1006.
 - indexation : 999.
 - nullité abse. prix : 214, 994 à 995.
 - résolution : 1003.
 - révision : 1000 à 1001.
 - temporaire : 996.
- Réparation**
 - bail : v. ce mot.
 - garagiste : 434, 743, 880.
- Répartition des droits d'auteur, sociétés de – : 540.**
- Repentir, droit de, vente : 100 à 101.**
- Répétition, prêt, intérêts : 949.**
- Représentant de commerce : 559, 828.**
- Reprise du bail : 675 ; v. aussi ce dernier mot.**
 - vente d'auto : 71.
- Rescision pour lésion, vente : 154, 222 à 233.**
 - nature : 223.
 - rente viagère : 998.
- transaction : 1103.
- Réseau de distribution : 437, 826, 830.**
 - concurrence déloyale : 840.
 - sélective : 840.
 - transparence : 833, 838.
- Réservation, contrat de**
 - camping : 870.
 - hôtellerie : 39, 901.
 - immeuble à construire : 139 à 142.
 - mouillage d'un navire : 870.
- Réserve de propriété**
 - vente : 252, 254.
- Réserves, c. d'entreprise, vente, réception : 285, 392, 772.**
- Résiliation**
 - bail : 673 à 674, 685.
 - clause résolutoire : 673, 674, 693.
 - à nourriture : 1006.
 - concession exclusiv. : 834 à 835.
 - cont. d'entreprise : 780.
 - crédit-bail : 821 à 822.
 - mandat : 555 à 558.
 - marché à forfait : 780.
 - rente viagère : 1003.
 - vente : 324.
- Résolution**
 - crédit-bail : 821 à 822.
 - prêt : 939.
 - vente
 - bail à nourriture : 1006.
 - demande acheteur, à la : 324 à 329.
 - demande vendeur, à la : 511, 512.
 - rente viagère : 1003.
 - vice caché : 410, 418.
- Responsabilité**
 - constructeur 745 à 749.
 - dépositaire : 889 à 892.
 - emprunteur : 916 à 917.
 - entrepreneur : 740 à 749.
 - fabricant : 410 à 415.
 - médicale : 740.
 - prêteur : 918, 958.
 - vendeur : 285, 410 à 418.
- Restauration, contrat de : 39, 75.**
 - dépôt : 901.
 - responsabilité : 378.
- Restitution**
 - bail : 637, 667, 688.
 - contrats de : 845 à 958.
 - c. d'intégration agricole : 843.
 - crédit-bail : 821, 822.
 - dépôt : 882 à 888.
 - dépôt-vente : 89.
 - fiducie : 536.
 - mandat : 535, 568.
 - prêt
 - à usage : 910, 913 à 915.
 - consommation, de : 930 à 940.
 - intérêts : 949.
 - vente

- nullité : 186, 187.
- rescision : 233.

Résultat, obligat. de v. ces mots.**Rétention**

- dépôt : 879, 884.
- entreprise, c. d'— : 765.
- prêt à usage : 912.
- vente
 - chose : 318, 511.
 - prix : 366, 502.

Retirement, vente : 512.**Retour à meilleure fortune, prêt : 937.****Rétractation**

- crédit : 100, 954.
 - Entreprise : 702.
- promesse unilatérale de vente : 120, 129.
- vente : 100 à 101, 141, 166.

Retraits : 147 à 155.**Réversibilité rente, cl. de — : 992.****Révocation**

- concession exclusive : 834 à 835.
- mandat : 555 à 558, 572, 577.

Risques, théorie des

- bail : 618, 673.
- c. d'entreprise : 74, 618, 781.
- prêt à usage : 915.
- vente : 61, 253 à 254.
 - à l'essai : 105.

Risques du développement (vente) : 271, 398.**Risques et périls**

- dépôt : 860, 870.
- entreprise, c. d'— : 703.
- stationnement, c. de — : 860, 870.
- vente : v. ce mot.

S**SACEM : 540.****SAFER**

- préemption : 151 à 155, 207.
 - droit de préférence : 145.
 - prix : 207.
- sous-location : 696.

Saisie, vente sur : 226, 386.**Sécurité**

- bail : 681.
- c. d'entreprise : 748.
- vente : 396.

Séquestre

- dépôt : 902.
- vente : 509.

Séries, marché sur : 769.**Service après-vente : 72, 438.**

- concession exclusive de vente : 829, 830.

Servitudes, garantie du vendeur : 357, 362.**Simulation : 218, 534.**

- fisc. : 213.

Société

- cession d'actions : 224, 304, 308, 394.
- éviction : 350.
- garantie du passif : 304.
- perception droits d'auteur : 540.

Soulte, échange : 803.**Sous-acquéreur**

- vices cachés : 416 à 419, 830.

Sous-contrat : 10.**Sous-location : 10, 694 à 697.**

- crédit-bail : 814.
- incendie : 690.

Sous-mandat : 558, 561.**Sous-traitance : 10, 754 à 756.**

- actions directes : 755 à 756.
- marché à forfait : 768.

Spécification chose, vente : 170.**Sponsoring : 43, 715, 911.****Stationnement, c. de — : 617, 860, 870.**

- hôtel : 901.

Statut du fermage : 82, 606 à 607, 665.**Structures agricoles, cumuls : 135.****Substitution**

- commission, c. de — : 538.
- mandat : 553, 561.
- préemption : 147, 154 à 155.
- prom. de vente : 116.

Successifs, ventes, livraisons lots : 305, 318.

- résolution : 324.

Sui generis, contrat : 20, 25.**Surenchère : 154, 165.****Syndic : 563, 568, 573.****T****Tableau d'amortissement, prêt imm. : 945, 954.****Tacite reconduction**

- bail : 667.

Tarifs

- c. d'entreprise : 766.
- vente : 209 à 210.

Taux de l'intérêt, prêt d'argent : 940 à 950.

- détermination : 944.

Taxi, autorisation : 173.**TEG**

- amortissement, tableau : 945.
- calcul : 944.
- formalisme : 947.
- sanction : 946, 947.

Teinturerie, contrat de : 744.**Téléachat : 100.****Terme, vente à : v. ce mot.****Termites, vente, vices cachés : 378, 390, 403, 420.**

- obligation, information : 310.

Théorie des risques : v. ce dernier mot.**Tiercé : 972, 981.****Titres, prêt de : 930, 931.****Tontine : 21, 971.**

Transaction : 1099 à 1131.

- accidents de la circulation : 1099, 1116, 1121.
- acquiescement : 1106.
- aliments : 1113.
- et arbitrage : **1105, 1204**, 1220, 1224, 1225, 1227, 1260.
- assureur : 1117, 1119, 1122.
- autorité ch. jugée : 1128 à 1130.
- capacité : 1116.
- collective : 1099.
- compromis : 1105, 1204.
- concessions réciproques : **1103**, 1104.
- conciliation : 1099, 1110.
- confidentialité : 1101.
- contrat judiciaire : 1110.
- débiteurs solidaires : 1130.
- définition : 1099.
- désistement : 1106.
- dessaisissement : 1128.
- dol : 1120.
- donné-acte : 1110.
- douane : 1100.
- droit acquis : 1115.
- droit du travail : 1103, 1115.
- droit fiscal : 1127.
- droits hors du commerce : 1113.
- effets : 1124 à 1129.
 - déclaratif : 1124, 1125.
 - durée : 1123.
 - extinctif : 1128.
 - relatif : 1130.
- erreur : 1120 à 1123.
- état des personnes : 1113.
- exception d'inexécution : 1131.
- extrajudiciaire : 1102, 1128.
- formation : 1111 à 1122.
- forme : 1118, 1119.
- homologation : 1110.
- intérêt public : 1114.
- interprétation : 1129.
- judiciaire : 1102, 1128.
- jugement : 1109.
 - d'expédient : 1110.
- lésion : 1103, 1120.
- licenciement : 1103, 1115.
- litige (notion) : 1102, 1104.
- mandataire (pouvoirs) : 1117.
- modification : 1131.
- nature juridique : 1101, 1124.
- novation : 1124, 1126.
- nullité : 1115, 1119 à 1123.
- objet : 1112.
- ordre public : 1115.
- partage : 1107, 1108.
- pouvoir : 1117.
- préambule : 1102, 1118, 1129.
- préjudice corporel : 1121, 1122, 1129.
- preuve : 1118.
- redressement judiciaire : 1118.

- relativité : 1131.
- résolution : 1131.
- travail, droit du : 1100, 1103, 1115, 1120, 1129.
- violence : 1120.

Transfert de propriété

- prêt : 910.
- promesse de vente : 119.
- vente : 251 à 252.
 - autoris. adm. : 131.
 - chose de genre
- vente en bloc : 169, **251**.
- vente à la mesure : 170.
 - chose future : 189 à 193.
 - corps certain : 169.
 - imm. à construire : 192 à 193.

Transfert des risques

- prêt à usage : 915.
- vente : 61, **253 à 254**.
 - à l'essai : 105.

Transparence

- civile : 224, 394.
- concurrence : 833.

Transport

- autorisation : 173.
- bail et – : 619.
- commission, c. de – : 538.

Travail, contrat de : **43, 717 à 718, 1227**.

- gérance commerciale : 16.
- mandat : 549.
- transaction : 1115.

Troubles

- éviction, vente : 351 à 352.

Tuiles (vente)

- devoir information : 309.
- dommages intérêts : 419.
- vices cachés : 285, 313, 392.

TVA (vente) : **201**.**U****Union européenne** : 65 (v. Directives de Bruxelles).**Urbanisme**

- autorisa. administr. : 174.
- DPU : 151.
- lotissement : 133.
- préemption : 151.
- vente à un euro : 215.

Urgence

- bail
 - ch. indivise : 639.
 - réparations : 684.
- mandat (décès) : 553.
- résolution de la vente : 324, 511.
- séquestre : 902.

Usufruit

- bail : **622**, 642.
 - dépôt : 875.
 - rente viagère : 992.

Usure (prêt d'argent) : 940 à 949.**V****Valeurs mobilières**

- bail : 601.
- dépôt : **881**, 882.
- prêt : 910, 930, **931**.
- Vendeur professionnel : 393, 411 à 413.**
- Vente : 59 à 421.**
 - accessoires : 307 à 308.
 - agréage, à l' : **103 à 106**, 305.
 - agréation : 321.
 - aléatoire ; v. Contrats aléatoires.
 - animaux, d'—
 - délivrance : 300.
 - vices cachés : 285, **383**.
 - autorisation adm. ; v. ces mots.
 - bloc, en
 - détermination chose : 170.
 - transfert de la propriété : 251.
 - transfert des risques : 170, **254**.
 - chose
 - autrui d' : 178 à 187.
 - dangereuse : **311 à 312**, 396, 401.
 - future : 74, **189 à 193**, 754.
 - genre, de : 169, **302**.
 - détermination, de la — : 170.
 - indéterminée : 169.
 - indivise : 179 à 182.
 - série, de : 436 à 437.
 - clause résolutoire
 - délivrance : 325.
 - paiement prix : 511.
 - clés en main : 78.
 - ordinateurs : v. ce mot.
 - commerciale : 29, **64**, 350.
 - formes : 158 à 161.
 - garantie d'éviction : 350.
 - laissé pour compte : 329.
 - réfaction : 327.
 - remplacement : 328.
 - v. aussi Concess. exclusivité, franchisage.
 - comptant au : 318.
 - condition : 124 à 125, 129, **131 à 134**.
 - conformité, défaut de : 285, **286**, 317 à 321, **330 à 336**.
 - consentement, vices du : 284.
 - consommateur, protection du — : 89 à 100.
 - contenance, garantie : 359.
 - copropriété : 162.
 - corps certain : 302.
 - crédit à
 - crédit-bail : 811 à 824.
 - défaut de conformité : 285, 286, 317 à 321, **330 à 336**.
 - vente sur références : 103 à 106.
 - découpe (à la) : 699.

- délivrance : 299 à 329.
 - accessoires : 307 à 308.
 - créances et dettes : 308.
 - délai : 306.
 - dépollution : 310.
 - force majeure : 319.
 - fruits : 307.
 - lieu : 305.
 - mandataire : 305.
 - vices cachés, différences : 285.
- démarchage, au : 100, 161.
- dépendance du prêt à la vente : 9, **955**.
- dépôt, et : **89**, 106.
- détermination du prix : 203 à 211.
- diagnostics techniques : 310, 379.
- disponible, en : 306.
- distance, à
 - au consommateur : 100, 161, 272.
 - délivrance : 301, 302, 305.
 - marchandise, individualisation : 170.
 - transfert des risques : 253, 254.
 - réserve de propriété : 252 à 254.
- dol : **284**, 287.
- domicile à : 100.
- donation, déguisée et indirecte : 213, **219**, 229.
- échantillon, sur : 103.
- électricité, vente d' : 319.
- enchères, aux : **163 à 167**, 226, 386.
- entreprise, c. d'— : 73 à 78, 754.
- erreur de contenance : 359.
- erreur s. la substance : 164.
- essai, à l' : 105 à 106.
- état futur d'achèvement, en l'— : 193.
- éviction
 - garantie d' : 349 à 367.
- formes : 67, **156**.
- fruits, de — : 82.
 - bail : 615.
- garantie ; v. Éviction et vices cachés.
- herbes, d'— : **82**, 615.
- immeuble d'—
 - à construire : 192 à 194 ; v. aussi ce mot.
 - à rénover : 194.
 - clés en main : 78.
 - lésion : **222 à 233**, 998.
- individualisation chose : 170.
- information, obligat. d'— : 309 à 313.
- informatique, logiciel : 303.
- internationale
 - clause de *hardship* : 319.
 - force majeure : 319.
 - monnaie de paiement : 504.
 - obligat. du vendeur : 286.
 - sources : 65.
- interprétation : 250.
- laissé pour compte : 329.
- logiciel : **303**, 314.
- mesure, à la : **170**, 359.

- navires, de – : 285, 400.
- nullité : v. ce mot.
- objets d'art : 73, 163, **164**.
- obligations
 - acheteur : 499 à 513.
 - vendeur
- délivrance : 299 à 308.
- garantie
 - contenance, de – : 359.
 - éviction, d'– : 349 à 367.
 - vices cachés, des – : 378 à 438.
- information, d'– : 309 à 313.
- renseignements : 309 à 316.
- prêt (interdépendance) : 9, **955**.
- preuve : v. ce mot.
- prix : **200 à 233**, 836 à 837.
- publique : **163 à 167**, 226, 350, 386.
- rachat (avec) : 86, 143.
- réception : 321.
- récolte sur pied : 190.
- réfaction : 327.
- références, sur : 103.
- remplacement : 328.
- rescision pour lésion : **222 à 233**, 998.
- résolution : v. ce mot.
- rétractation : 100
- risques
 - aux risques et périls de l'acheteur.
- brevet d'invention : 361.
- chose future : 189.
- éviction, non garantie, cl. de – : 364.
- vices cachés, non garantie : 392, **433**, 434.
 - théorie des : 80, **253 à 254**.
- saisie, vente sur : **226**, 386.
- sécurité, obligation de : 396.
- services, de – : 72.
- spécification de la chose : 170.
- sur pied : 190.
- tempérament à
 - location-vente : 616, **807 et s.**
 - rente viagère temporaire : 996.
 - sociologie : 79.
- terme, à : 129, **136**, 184.
- transfert de la propriété
- réserve de propriété : 251 à 254.
- terme à, vente : 129, **136 à 137**, 193.
- vente à la mesure : 170.
- vente en bloc : 170.
- vente d'une chance : 190.
- vente d'une chose future : 74, 189, 191 à 193.
- un euro, à – : **215**, 224.
- vices apparents : 285, 321, **390 à 393**.
 - agréation : 321.
- vices cachés, garantie, des – : 280 à 287, **378 à 437**.
 - acheteur
- consommateur : 391.
- professionnel : **392 à 393**, 412.
 - action
- délai : **400**, 435.
- estimatoire : 409.
- récursoire : 420.
- rédhibitoire : 409.
 - animaux : 383.
 - antériorité : **399**, 402.
 - causalité : 414.
 - cession droits sociaux : 304.
 - choses
- dangereuses : **311 à 312**, 396, 400.
- nouvelles : 397.
- occasion : 165, **395**.
 - conventions : 384, **428 à 437**.
 - défaut de conception : 285.
 - délai : 400.
 - dol : 284.
 - dommages-intérêts : 410 à 415.
 - droits sociaux : 304.
 - erreur : 284.
 - éviction : 358.
 - fabricant : 411 à 412.
 - fonds de commerce : 387.
 - immeuble à construire : 77.
 - indécelables
- acheteur : 393.
- cl. restrict. garantie : 434.
- fabricant : 413.
 - non-conformité : 285, **286**.
 - obligation de sécurité : 415.
 - perte de la : 389.
 - preuve du : **401 à 404**, 415.
 - rédhibitoire, action : 409, **418 à 419**, 830.
 - sociologie : 385.
 - sous acquéreur : **416 à 419**, 830.
 - temporaire : 388.
 - TVA : 201.
 - vendeur professionnel : 411.
 - vileté du prix : 214.
- Vente aux enchères : 163 à 166, 226.**
- Vente d'immeuble à construire : 192 à 194**
 - v. aussi Imm. à construire.
- Vices apparents : 321, 390, 392, 747.**
- Vices cachés**
 - bail : 683.
 - brevet d'invention : 361, **387**.
 - concession d'exclusivité : 830.
 - crédit-bail : 826.
 - entreprise, c. d'– : v. ce mot.
 - indécelables : 393, 413, 434.
 - prêt à usage : 918.
 - vente : 280 à 287, **378 à 437**, v. ce mot.
- Vie privée, bail : 684.**
- Vol**
 - bail : **685**, 868, 869.
 - coffre-fort : 868.
 - dépôt : 880, 884, **889**.
 - hôtelier : 901.

- garage : 869.
- nécessaire : 900.
- jeu : 982.
- mandat : 567.

- parking : 860, 864, **870**.
 - prêt : 951.
 - stationnement : 870.
 - VRP : 558, 559.**
-

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE.....	5
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	9
BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE	13
PREMIÈRES VUES SUR LES CONTRATS SPÉCIAUX	15
Chapitre I. – Notion, sources et domaine	17
Section I. – Notion	17
§ 1. – <i>Règles générales et règles spéciales</i>	17
§ 2. – <i>Contrats nommés et innommés</i>	19
I. – Idée romaine	20
II. – Intérêts modernes	20
§ 3. – <i>Qualification</i>	21
I. – Quand ?	22
II. – Comment ?	26
A. Qualification exclusive	26
B. Qualification distributive	27
C. Qualification inexacte	28
D. Refus de qualification	29
Section II. – Sources	30
§ 1. – <i>Lois</i>	31
I. – Lois et règlements	31
II. – Autorités administratives indépendantes	33
§ 2. – <i>Pratique contractuelle</i>	34
Section III. – Domaine	35
Chapitre II. – Évolution des contrats spéciaux	39
Section I. – Théorie générale et statuts spéciaux	39
§ 1. – <i>Cycles</i>	39
I. – Jusqu’au Code civil	40
II. – Depuis le Code civil	40
§ 2. – <i>Liste des contrats spéciaux</i>	42
I. – Contrats « greffés »	43
II. – Contrats réglementés	44
III. – Contrats d’origine étrangère	45
Section II. – Esprit des lois	47
§ 1. – <i>Contrats en général</i>	47
§ 2. – « <i>Petits contrats</i> »	48
Section III. – Dématérialisation et neutralisation	48

PREMIÈRE PARTIE
LA VENTE

PREMIÈRES VUES SUR LA VENTE	53
Section I. – Évolution, sources et caractères	53
§ 1. – <i>Évolution</i>	53
§ 2. – <i>Sources</i>	56
§ 3. – <i>Caractères</i>	57
Section II. – Distinction de la vente et d'autres contrats	59
§ 1. – <i>Prix</i>	59
§ 2. – <i>Chose</i>	61
§ 3. – <i>Transfert de propriété</i>	65
I. – Vente et bail	65
II. – Vente et prêt	67
III. – Vente et mandat	68

LIVRE I
ÉLÉMENTS DE LA VENTE

TITRE I. – CONSENTEMENT	73
SOUS-TITRE I. – AVANT-CONTRATS	77
Chapitre I. – Ventes à l'agréege	79
Section I. – Vente à la dégustation	79
Section II. – Vente à l'essai	80
Chapitre II. – Promesses de vente et d'achat	83
Section I. – Promesse unilatérale ou pacte d'option	85
§ 1. – <i>Promesse unilatérale de vente</i>	85
I. – Contrat de promesse	85
II. – Exercice de l'option	91
§ 2. – <i>Promesse unilatérale d'achat</i>	96
Section II. – Promesse synallagmatique	97
§ 1. – <i>Ventes conditionnelles</i>	99
I. – Dispositions légales	99
II. – Convention	100
§ 2. – <i>Ventes à terme</i>	101
§ 3. – <i>Simple projet</i>	102
Section III. – Contrat préliminaire	103
Chapitre III. – Pacte de préférence	107
Section I. – Nature juridique	108
Section II. – Efficacité	110
Chapitre IV. – Retraits et préemptions	113
Section I. – Nature juridique	113
§ 1. – <i>Analyses</i>	113
§ 2. – <i>Applications</i>	114
Section II. – Inventaire	115
§ 1. – <i>Particuliers</i>	115
§ 2. – <i>Personnes morales de droit public</i>	116

Section III. – Conditions	116
§ 1. – <i>Conditions de fond</i>	117
§ 2. – <i>Conditions d'exercice</i>	117
I. – Notification	117
II. – Exercice de l'option	118
Section IV. – Sanctions	119
SOUS-TITRE II. – FORMES DE LA VENTE	121
Section I. – Ventes commerciales	122
§ 1. – <i>Pratique commerciale</i>	122
§ 2. – <i>Lois</i>	122
I. – Fonds de commerce	123
II. – Protection du consommateur	123
Section II. – Ventes civiles	125
Section III. – Vente aux enchères	126
TITRE II. – CHOSE	131
Chapitre I. – Détermination de la chose	133
Chapitre II. – Choses aliénables	135
Section I. – Choses hors du commerce	135
§ 1. – <i>Intérêt général</i>	135
I. – Clientèles civiles	136
II. – Autorisations administratives	137
§ 2. – <i>Intérêts particuliers</i>	138
Section II. – Clauses d'inaliénabilité	139
Section III. – Prohibitions d'acquérir	139
Chapitre III. – Chose d'autrui	141
Section I. – Cas où il y a vente de la chose d'autrui	141
§ 1. – <i>Défaut de propriété du vendeur</i>	141
I. – Conflit entre acquéreurs successifs	142
II. – Vente et indivision	142
III. – Vente par le propriétaire apparent	144
§ 2. – <i>Transfert de propriété immédiat</i>	144
Section II. – Nullité de la vente de la chose d'autrui	145
Chapitre IV. – Choses existantes et futures	147
Section I. – Choses existantes	147
Section II. – Choses futures	148
§ 1. – <i>Droit commun</i>	148
§ 2. – <i>Vente d'immeuble à construire</i>	149
TITRE III. – PRIX	151
1) Le prix, à proprement parler	151
2) Les frais divers : taxes fiscales ou parafiscales, frais de rédaction de l'acte, d'emballage, de magasinage, etc.	152
Chapitre I. – Détermination, réalité et sérieux du prix	153
Section I. – Détermination	153
§ 1. – <i>Prix fixé par un tiers</i>	155

I. – Convention et rôle du juge	155
II. – Cession de droits sociaux	157
III. – Prémption	158
§ 2. – <i>Vente au cours et/ou au tarif du vendeur</i>	158
§ 3. – <i>Prix lié à la rentabilité de la chose</i>	160
Section II. – Réalité et sérieux	161
§ 1. – <i>Prix réel</i>	161
§ 2. – <i>Prix sérieux</i>	162
Section III. – Sanctions	164
Chapitre II. – Justice du prix	167
Section I. – Rescision pour lésion	168
§ 1. – <i>Fondements</i>	168
I. – Systèmes individualistes	168
A. Conception volontariste	168
B. Conception délictuelle	169
II. – Systèmes objectifs	169
§ 2. – <i>Conditions</i>	169
I. – Conditions de fond	169
A. Vente d'immeuble	170
B. Lésion de plus des sept douzièmes	172
II. – Conditions de recevabilité	173
§ 3. – <i>Effets</i>	174
Section II. – Liberté de la concurrence	176

LIVRE II
EFFETS DE LA VENTE

TITRE I. – TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ ET DES RISQUES	179
Section I. – Transfert de la propriété	179
Section II. – Transfert des risques	181
TITRE II. – OBLIGATIONS DU VENDEUR	183
PREMIÈRES VUES SUR LES OBLIGATIONS DU VENDEUR	185
SOUS-TITRE I. – PLURALISME OU UNITÉ ?	189
Section I. – Pluralisme des obligations	189
§ 1. – <i>Inventaire</i>	190
§ 2. – <i>Combinaisons</i>	191
Section II. – Unité	194
SOUS-TITRE II. – DÉLIVRANCE	197
Chapitre I. – Exécution et étendue de la délivrance	199
Section I. – Exécution	199
Section II. – Étendue	200
§ 1. – <i>Chose</i>	200
§ 2. – <i>Accessoires</i>	204
§ 3. – <i>Devoir d'information et de conseil</i>	208
I. – Devoir d'information	209
II. – Devoir de conseil	212

III. – Devoir de collaboration	214
Chapitre II. – Sanctions du défaut de délivrance	215
Section I. – Faits justificatifs du vendeur	215
§ 1. – <i>Exception d'inexécution</i>	216
§ 2. – <i>Force majeure</i>	216
§ 3. – <i>Fait de l'acheteur</i>	217
§ 4. – <i>Réception sans réserve</i>	217
Section II. – Option de l'acquéreur	218
Section III. – Action en exécution	219
Section IV. – Résolution	220
Section V. – Règles particulières aux ventes commerciales	222
§ 1. – <i>Réfaction</i>	222
§ 2. – <i>Remplacement</i>	223
§ 3. – <i>Laissé pour compte</i>	223
Chapitre III. – Responsabilité pour défaut de conformité dans le droit de la consommation	225
Section I. – Garantie légale de conformité	226
§ 1. – <i>Objet</i>	226
§ 2. – <i>Remèdes</i>	226
Section II. – Garantie commerciale	228
SOUS-TITRE III. – GARANTIE D'ÉVICTION	229
Section I. – Garantie légale	230
§ 1. – <i>Garantie du fait personnel</i>	231
I. – Principe	231
II. – Tempéraments	232
§ 2. – <i>Garantie du fait des tiers</i>	232
I. – Éviction proprement dite	233
II. – Charges non déclarées	233
A. Un droit	233
B. Ignorance de l'acheteur	237
Section II. – Garanties conventionnelles	238
Section III. – Effets de la garantie d'éviction	239
SOUS-TITRE IV. – GARANTIE DES VICES CACHÉS	243
Chapitre I. – Conditions de la garantie légale	249
Section I. – Conditions de fond	249
§ 1. – <i>Impropriété de la chose</i>	250
§ 2. – <i>Caractère occulte du vice</i>	251
I. – Acheteurs occasionnels et professionnels	252
A. Acheteur occasionnel	252
B. Acheteur professionnel	252
II. – Nature de la chose vendue	253
§ 3. – <i>Imputabilité du vice à la vente</i>	257
Section II. – Conditions d'exercice	257
§ 1. – <i>Délai</i>	258
§ 2. – <i>Preuve</i>	259
Chapitre II. – Effets de la garantie légale	261

Section I. – Relations entre acquéreur et vendeur	261
Section II. – Relations entre sous-acquéreur et vendeur initial	266
Section III. – Actions récursoires	269
Section IV. – Action exercée par un tiers	270
Chapitre III. – Garanties conventionnelles	271
Section I. – Clauses restrictives	272
Section II. – Clauses extensives	274
Section III. – Conditions générales de vente	275
TITRE III. – OBLIGATIONS DE L'ACHETEUR	277
Section I. – Paiement du prix	277
§ 1. – <i>Modalités</i>	277
I. – Moment	277
A. Paiement comptant	277
B. Paiement différé, anticipé ou fractionné	279
II. – Lieu	280
III. – Modes de preuve	281
IV. – Immeuble grevé d'hypothèques	282
§ 2. – <i>Garanties du vendeur non payé</i>	283
Section II. – Retirent	284
Section III. – Obligations spéciales	284

DEUXIÈME PARTIE CONTRATS DE SERVICES

LIVRE I MANDAT

PREMIÈRES VUES SUR LE MANDAT	291
Section I. – Diversité et complexité	291
Section II. – Aperçus historiques et comparatifs	294
§ 1. – <i>Historique</i>	294
§ 2. – <i>Droits étrangers</i>	296
TITRE I. – CARACTÈRES FONDAMENTAUX DU MANDAT	299
Chapitre I. – Représentation et actes juridiques	301
Section I. – Représentation	301
§ 1. – <i>Prête-nom et déclaration de command</i>	302
§ 2. – <i>Fiducie</i>	303
§ 3. – <i>Portage</i>	304
§ 4. – <i>Commission et courtage</i>	305
§ 5. – <i>Représentation et cession</i>	308
Section II. – Actes juridiques	309
Chapitre II. – Gratuité du mandat ?	311
Chapitre III. – Caractère temporaire et <i>intuitus personae</i>	315
Section I. – Décès et procédures collectives	315

Section II. – Révocation et renonciation	318
§ 1. – <i>Révocation</i>	318
§ 2. – <i>Renonciation</i>	325
Section III. – Substitution de mandataire	325
Chapitre IV. – Contrat consensuel	327
Section I. – Mandat tacite et mandat solennel	327
Section II. – Preuve	330
TITRE II. – EFFETS DU MANDAT	333
Section I. – Obligations du mandataire	333
§ 1. – <i>Exécution du mandat</i>	333
§ 2. – <i>Reddition de comptes</i>	337
Section II. – Obligations du mandant	338
§ 1. – <i>Envers le mandataire</i>	338
§ 2. – <i>Envers les tiers</i>	340
I. – Étendue des pouvoirs	340
II. – Faute du mandant et mandat apparent	343
A. Faute du mandant	343
B. Mandat apparent	344
III. – Ratification	348

LIVRE II LOUAGES

TITRE I. – BAUX	353
PREMIÈRES VUES SUR LES BAUX	355
SOUS-TITRE I. – CARACTÈRES DU BAIL	363
Section I. – Droit personnel de jouissance	363
§ 1. – <i>Jouissance</i>	363
I. – Bail et vente	364
II. – Bail et dépôt	365
III. – Bail et contrat d'entreprise	365
IV. – Bail et emphytéose	367
§ 2. – <i>Droit personnel</i>	368
Section II. – Paiement d'un loyer	370
SOUS-TITRE II. – FORMATION DU BAIL	373
Section I. – Parties au bail	373
§ 1. – <i>Bailleur</i>	373
I. – Bail de la chose d'autrui	374
II. – Bail d'une chose indivise	375
III. – Usufruitier	377
IV. – Époux communs en biens	378
V. – Personnes protégées	379
§ 2. – <i>Preneur</i>	379
Section II. – Consentement	381
§ 1. – <i>Preuve du bail</i>	383
I. – Existence d'un bail	383
II. – Contenu du bail	384

§ 2. – <i>Consensualisme</i>	385
SOUS-TITRE III. – DURÉE DU BAIL	387
Section I. – Détermination de la durée	388
§ 1. – <i>Principes généraux</i>	389
§ 2. – <i>Baux spéciaux</i>	393
Section II. – Stabilité de la jouissance	394
§ 1. – <i>Droit commun</i>	395
§ 2. – <i>Baux spéciaux</i>	399
SOUS-TITRE IV. – STATUT DU PRENEUR	401
Chapitre I. – Droits et obligations nés du bail	403
Section I. – Jouissance de la chose louée	403
§ 1. – <i>Obligations du bailleur</i>	403
§ 2. – <i>Obligations du preneur</i>	413
Section II. – Paiement du loyer et des charges	421
Chapitre II. – Pouvoirs du preneur	425
Section I. – Cession de bail, sous-location et prêt	425
Section II. – Droit de préemption	430
TITRE II. – CONTRAT D'ENTREPRISE	433
PREMIÈRES VUES SUR LE CONTRAT D'ENTREPRISE	435
SOUS-TITRE I. – FORMATION ET NOTION	437
Chapitre I. – Formation du contrat d'entreprise	439
Chapitre II. – Notion de contrat d'entreprise	441
Section I. – Contrat d'entreprise et mandat	442
§ 1. – <i>Éléments distinctifs</i>	442
§ 2. – <i>Intérêts de la distinction</i>	448
Section II. – Contrat d'entreprise et contrat de travail	449
SOUS-TITRE II. – EFFETS ET EXTINCTION	451
Chapitre I. – Obligations de l'entrepreneur	453
Section I. – Étendue	453
§ 1. – <i>Accomplissement du travail</i>	454
§ 2. – <i>Devoirs de conseil et d'information</i>	460
§ 3. – <i>Limitations à l'obligation de l'entrepreneur</i>	463
Section II. – Modes d'exécution	464
Chapitre II. – Obligations du maître de l'ouvrage	471
Section I. – Paiement du prix	471
§ 1. – <i>Marché sur facture</i>	471
§ 2. – <i>Contrat à forfait</i>	473
§ 3. – <i>Paiement sur devis</i>	475
Section II. – Livraison et réception	476
Chapitre III. – Extinction du contrat d'entreprise	479

LIVRE III
CONTRATS VARIÉS D'ÉCHANGES

TITRE I. – ÉCHANGE	485
TITRE II. – LOCATION-VENTE, LOCATION-ACCESSION, CRÉDIT-BAIL	489
Section I. – Location-vente et location-accession	489
Section II. – Crédit-bail	491
TITRE III. – CONTRATS DE DISTRIBUTION	501
Chapitre I. – Concession exclusive de vente	503
Chapitre II. – Variantes de la concession exclusive	513

LIVRE IV
CONTRATS DE RESTITUTION

PREMIÈRES VUES SUR LES CONTRATS DE RESTITUTION	523
TITRE I. – DÉPÔT	529
PREMIÈRES VUES SUR LE DÉPÔT	531
Section I. – Caractères	531
Section II. – Qualification	534
§ 1. – <i>Contrat de coffre-fort</i>	535
§ 2. – <i>Contrat de garage</i>	536
§ 3. – <i>Contrat de « stationnement »</i>	537
Chapitre I. – Dépôt de droit commun	541
Section I. – Conditions	541
Section II. – Effets	542
§ 1. – <i>Obligations du déposant</i>	542
§ 2. – <i>Obligations du dépositaire</i>	544
I. – Garde	544
II. – Restitution et responsabilité	545
A. Restitution	545
1) Restitution en nature	545
a) Principe	545
b) Exceptions	547
2) Restitution au déposant	549
B. Responsabilité	549
III. – Pouvoirs du dépositaire	551
Chapitre II. – Dépôts spéciaux	553
Section I. – Dépôt nécessaire	553
Section II. – Dépôt hôtelier	554
Section III. – Séquestre	556
TITRE II. – PRÊTS	559
PREMIÈRES VUES SUR LES PRÊTS	561

SOUS-TITRE I. – PRÊT À USAGE	563
Section I. – Notion	563
Section II. – Régime	566
§ 1. – <i>Droits de l'emprunteur</i>	566
§ 2. – <i>Obligations de l'emprunteur</i>	567
I. – Restitution	567
II. – Responsabilités	569
A. Responsabilité contractuelle	569
B. Responsabilité délictuelle	570
§ 3. – <i>Responsabilité du prêteur</i>	570
SOUS-TITRE II. – PRÊT DE CONSOMMATION	573
PREMIÈRES VUES SUR LE PRÊT DE CONSOMMATION	575
Chapitre I. – Objet de la restitution	577
Chapitre II. – Date du remboursement	579
Chapitre III. – Taux de l'intérêt conventionnel	583
I. – Règles de fond	585
II. – Règles de forme	587
Chapitre IV. – Protection du consommateur	591

LIVRE V CONTRATS ALÉATOIRES

PREMIÈRES VUES SUR LES CONTRATS ALÉATOIRES	603
TITRE I. – JEU ET PARI	605
Section I. – Notion	605
Section II. – Régime	607
§ 1. – <i>Action en exécution</i>	608
I. – Promesse de payer une dette de jeu	609
II. – Prêt destiné au jeu	609
III. – Mandats et associations	610
§ 2. – <i>Action en répétition</i>	611
§ 3. – <i>Fondements</i>	611
TITRE II. – CONTRAT DE RENTE VIAGÈRE	613
Section I. – Conditions	614
§ 1. – <i>Tête</i>	614
I. – Sur la tête de qui ?	614
II. – Nullité du contrat qui manque d'aléa	615
§ 2. – <i>Taux</i>	617
Section II. – Paiement de la rente	619
Section III. – Bail à nourriture	621

LIVRE VI CONTRATS RELATIFS AU LITIGE

TITRE I. – TRANSACTION	627
------------------------------	-----

Chapitre I. – Notion de transaction	629
Section I. – Éléments constitutifs	629
Section II. – Originalité	634
§ 1. – <i>Transaction et actes relatifs à un litige</i>	635
§ 2. – <i>Transaction et partage</i>	635
§ 3. – <i>Transaction et jugement</i>	636
Chapitre II. – Formation du contrat de transaction	639
Section I. – Objet	639
Section II. – Capacité et pouvoir	642
Section III. – Formes	643
Section IV. – Consentement	644
§ 1. – <i>Erreur sur l'objet du litige</i>	645
§ 2. – <i>Erreur sur l'existence du litige</i>	647
Chapitre III. – Effets de la transaction	649
Section I. – Nature déclarative	649
Section II. – Effet extinctif	651
Section III. – Effet obligatoire	654
TITRE II. – CONVENTIONS D'ARBITRAGE	657
PREMIÈRES VUES SUR L'ARBITRAGE	659
Section I. – Notion	659
Section II. – Arbitrage interne et arbitrage international	665
Section III. – Nature de l'arbitrage	667
Chapitre I. – Domaine de l'arbitrage	671
Section I. – Capacité et pouvoir	671
§ 1. – <i>Capacité</i>	671
§ 2. – <i>Pouvoir</i>	672
Section II. – Arbitrabilité	673
§ 1. – <i>Droits disponibles</i>	673
§ 2. – <i>Incidence de l'ordre public</i>	675
Chapitre II. – Clause compromissoire	677
Section I. – Formation	678
§ 1. – <i>Domaine</i>	678
§ 2. – <i>Formes et contenu</i>	679
Section II. – Effets	681
§ 1. – <i>Entre les signataires</i>	681
§ 2. – <i>À l'égard des non-signataires</i>	682
Chapitre III. – Compromis	685
Section I. – Preuve	686
Section II. – Contenu	687
§ 1. – <i>Objet du litige</i>	687
§ 2. – <i>Désignation du ou des arbitres</i>	687

INDEX DES ADAGES	691
INDEX DES ARTICLES DU CODE CIVIL	693
INDEX DES PRINCIPALES DÉCISIONS JUDICIAIRES	699
INDEX ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES	709



Imprimé en France - JOUVE, 1, rue du Docteur Sauvé, 53100 MAYENNE
N° 2428920H - Dépôt légal : août 2016

DROIT DES CONTRATS SPÉCIAUX

L'ouvrage

Le droit français a encore connu, depuis la précédente édition, un foisonnement de réformes textuelles, principalement en 2016, à commencer par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, qui interfère souvent avec le droit des contrats spéciaux. Le Code de la consommation a été refondu et renuméroté (ordonnances des 14 et 25 mars 2016, la seconde transposant une directive européenne de 2014) ; ses liens sont étroits avec les contrats spéciaux, notamment en matière de vente, d'entreprise et de crédit. La loi sur la « Justice du XXI^e siècle », fourre-tout s'il en est, modifie des dispositions du Code civil notamment sur la vente, l'arbitrage et surtout le contrat de transaction, dont une partie du régime, resté intact depuis 1804, est supprimée.

Auparavant, il y a eu la loi « Macron » du 6 août 2015 qui intéresse au premier chef les contrats de distribution, mais aussi la vente commerciale. D'autres réformes s'annoncent, notamment le projet relatif à la responsabilité civile.

L'intervention législative croissante atteint ainsi le Code civil, sous prétexte de modernité, de sorte que la synthèse et le recul sont plus que jamais nécessaires.

Quant à la jurisprudence relative à la plupart des contrats traités dans ce volume, elle reste abondante, très commentée et requiert un tri, ce que les trois auteurs ont à cœur de faire, de façon méthodique, ne retenant que ce qui permet d'alimenter la réflexion et la documentation. À l'heure des bases de données fournissant une profusion d'informations, ce travail de préparation en amont, pour le service du lecteur juriste, est plus que jamais nécessaire.

Ce livre s'attache aux contrats conclus par chacun, particulier ou entreprise, dans sa vie patrimoniale quotidienne. Ils appartiennent depuis les Romains à des catégories dont dépendent les règles qui leur sont applicables. La présentation de leur qualification et de leur régime est l'objet des contrats spéciaux. C'est un monde vivant, parce que les besoins qu'ils servent sont multiples et changeants. Ils forment le tissu de la vie économique et sociale. Outre les modifications législatives qui viennent d'être évoquées, il faut compter avec l'imagination des praticiens. L'ouvrage expose les grandes catégories de contrats (notamment : vente, mandat, bail, échange, contrats de distribution, dépôt, prêt, jeu, pari, rente viagère, transaction, arbitrage...) et les combinaisons qu'autorise le principe de liberté contractuelle, dans les domaines où il subsiste. On y trouvera l'exposé précis du droit français, ainsi qu'un regard critique sur celui-ci, nourri par l'observation de son environnement supranational : Union européenne, Conseil de l'Europe et conventions internationales.

Les auteurs

Philippe Malaurie est professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Laurent Aynès est professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1).

Pierre-Yves Gautier est professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).



ISBN 978-2-275-04099-8

www.lextenso-editions.fr

44 €