

DROIT DES OBLIGATIONS

**DROIT FRANCAIS – DROIT LIBANAIS
PERSPECTIVES EUROPEENNES ET INTERNATIONALES**

DROIT DES OBLIGATIONS

Droit français – Droit libanais Perspectives européennes et internationales

Préface Pierre CATALA

Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Professeur honoraire de la Faculté de droit de l'Université Saint-Joseph

Fady NAMMOUR
Professeur à l'Université Libanaise
Professeur invité aux Universités
d'Aix-Marseille III, Montpellier I,
Nancy II et Paris XII

Rémy CABRILLAC
Professeur à l'Université Montpellier I
Professeur invité à l'Université
Libanaise

Séverine CABRILLAC
Professeur à l'Université Montpellier I
Ancien Professeur à l'Université
Saint-Joseph / Beyrouth

Hervé LÉCUYER
Professeur à l'Université Panthéon-
Assas (Paris II)
Ancien Professeur à l'Université
Libanaise (filière francophone) et à
l'Université Saint- Joseph / Beyrouth

BRUYLANT

DELTA

LGDJ



L'objet du logo qui figure ci-dessus est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, le développement massif du photocopillage. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, entraînant une forte baisse des achats par les auteurs sont aujourd'hui menacées.

Cette œuvre est protégée par le code français de la propriété intellectuelle et les dispositions de la loi libanaise n°75 du 3 avril 1999 relative à la propriété littéraire et artistique et aux droits d'auteur. Ces droits sont la propriété exclusive des auteurs. Toute reproduction intégrale ou partielle, par quelque moyen que ce soit, non autorisée par les auteurs ou leurs ayants droit, est strictement interdite.

1^e édition : Octobre 2006

© Etablissements Emile Bruylant, S.A.
Rue de la Régence 67, 1000 Bruxelles.

© Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.E, Paris,
31, rue Falguière, 75741 Paris cedex 15.

© Editions DELTA, BP 90562
Jdeidet El-metn, Beyrouth, Liban. Tél : 01-898085/Fax: 04-411189

2006 Imprimé au Liban
ISBN : 2-8027-2334-0

PREFACE

Pierre CATALA

Etudiants libanais en Droit, ce livre vous est destiné. Vous êtes les héritiers d'une culture juridique bimillénaire et il vous appartient de la continuer, car le rayonnement de votre pays apparaît lié, à quinze siècles d'intervalle, au prestige de son Ecole de Droit. Savez-vous que Béryte était nommée « mater legum », mère nourricière des lois, dès le IV^e siècle, grâce à la science de ses Docteurs qui attiraient à elle des étudiants venus de tout l'Orient méditerranéen ? Ces Maîtres illustres participèrent à la rédaction du Corpus juris civilis de Justinien, comme il est dit dans les préfaces du Digeste (Samir Kassir, Histoire de Beyrouth, p. 65-70).

Après la chute de l'Empire ottoman, le Liban eut à cœur de se donner un droit moderne, emblématique de sa souveraineté. L'entre deux guerres fut ainsi le temps d'un nouveau rendez-vous avec la codification, dont le joyau est le Code des obligations et des contrats, adopté par une loi du 11 avril 1932 entrée en vigueur trente mois plus tard. Sa rédaction répondait à une haute ambition exprimée par le premier Président Deis dans le rapport de présentation qu'il soumit au Ministre de la Justice le 31 décembre 1930 : « En rejetant définitivement, écrivait-il, celles des institutions locales condamnées par l'expérience, en permettant de développer, au contraire, les institutions juridiques qui sont appelées de jour en jour à prendre un nouvel essor, en accueillant les innovations réclamées par les besoins de la société moderne, sans pour cela froisser aucune conscience, le législateur libanais fera une œuvre indispensable qui contribuera à la prospérité matérielle et à la grandeur morale du pays ». Les Libanais sont légitimement fiers de ce monument auquel on n'a pas osé toucher depuis sa promulgation.

Comme son nom le dit, le Code libanais des obligations et des contrats ne couvre pas la même étendue que le Code civil français. On sait, en effet, qu'au Liban les statuts personnels échappent à une législation uniforme et que le droit foncier obéit à des textes qui lui sont propres. Le C.O.C., quant à lui, traite tour à tour, des obligations en général (1^{ère} partie, articles 1 à 371) et des contrats spéciaux (2^{ème} partie, articles 372 à 1105). Sa première partie est l'objet du présent ouvrage.

La théorie générale des obligations n'est pas une matière parmi d'autres du droit privé ; elle en est la matrice ; elle est, en quelque sorte, à la société civile ce que la Constitution est à la société politique. C'est par elle que les valeurs universelles proclamées par les grandes Déclarations, liberté, égalité, solidarité, laïcité, loyauté, équité, bonne foi, s'ancrent dans les rapports fondamentaux dont traitent le droit du contrat et de la responsabilité. Est-ce à dire, cependant, que la pérennité et l'universalité de ces valeurs se conjuguent avec des systèmes juridiques stables et uniformes ? Ce serait oublier la diversité des civilisations humaines et leur perpétuel mouvement.

De fait, même en se limitant aux systèmes de droit codifiés, on découvre, d'un code à l'autre, sous couvert d'une déférence générale aux grandes Déclarations, des singularités qui les distinguent. Si le Code libanais des obligations et des contrats tient du Code Napoléon son inspiration dominante, il n'en comporte pas moins nombre de règles originales qui reflètent les cent trente années écoulées de l'un à l'autre. A titre d'exemples non exhaustifs, citons les dispositions relatives à

l'inexistence, à l'abus de droit, à la lésion, à la reprise de dette, ainsi que le rattachement de la gestion d'affaires à la catégorie des actes unilatéraux.

Ces disparités qui, pour certains, traduisent le génie propre des nations, devraient, pour d'autres, se fondre désormais dans un droit uniforme, mieux accordé à la mondialisation des échanges et des technologies. L'Union européenne en a fait un thème récurrent de sa stratégie politique, sans trop savoir quelle voie emprunter : faut-il harmoniser les codes nationaux autour de principes communs ou rêver d'un Code européen qui, soit s'imposerait aux Etats membres, soit serait laissé à leur libre choix ? De tout ceci, les étudiants d'aujourd'hui doivent prendre conscience pour que les juristes de demain soient au diapason de leur temps.

Telle est, précisément, l'utilité que ce livre leur propose. A partir d'un exposé lumineux du droit français actuel des obligations, tel que la jurisprudence et la doctrine l'ont modelé à partir des textes de 1804, il met en évidence les points d'autonomie du droit libanais. Ce faisant, il dessine les espaces où la loi étrangère, loi maternelle, demeure un modèle de référence et ceux où la loi libanaise dépend exclusivement de ses propres sources interprétatives. Mais ses auteurs ont voulu faire plus encore, en présentant au fil des chapitres les idées qui circulent aujourd'hui en Europe autour d'un corps de principes communs, voire d'un Code unifié des contrats et obligations qui se juxtaposerait aux codes nationaux.

Ainsi, instruit du présent et informé des voies que le futur pourrait emprunter, le lecteur aura acquis une connaissance précise, dans la double dimension de l'espace et du temps, d'une matière qui est le cœur battant du droit civil. Nous l'invitons en outre à relever que cet ouvrage est le fruit de l'amitié franco-libanaise chevillée à l'âme de ses coauteurs et du signataire de ces lignes, amitié qui nous a nourris de joies innombrables dans les jours heureux et de peine durant les autres. Après l'été de feu que le Liban a subi, nous voudrions que ce message d'affection ait les couleurs d'une colombe.

Pierre CATALA

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

Professeur honoraire de la Faculté de droit de l'Université Saint-Joseph

ABRÉVIATIONS *

ACPC	Ancien Code de procédure civile
Al Adl	Revue éditée par le Barreau de Beyrouth
APD	Archives de philosophie du droit
Ass. plén.	Cour de cassation, Assemblée plénière
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand)
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Baz	Recueil des arrêts de la Cour de cassation libanaise, Jamil Baz
Bull. civ. Sader	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation libanaise (chambres civiles) éd. Sader
Bull. crim. Sader	Bulletin des arrêts de la cour de cassation libanaise (chambres criminelles) éd. Sader
C. assur.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
C. mon. et fin.	Code monétaire et financier
COC	Code libanais des obligations et des contrats
C. org. jud.	Code de l'organisation judiciaire
C. pén.	Code pénal
C. pr. Pén.	Code de procédure pénale
c. propr. intell.	Code de la propriété intellectuelle
CSP	Code de la santé publique
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
CCH	Code de la construction et de l'habitation
Ch. Mixte	Cour de cassation, chambre mixte
Ch. réun.	Cour de cassation, chambres réunies
Civ.	Cour de cassation, chambres civiles
Civ. lib.	Cour de cassation libanaise, chambres civiles
Com.	Cour de cassation, chambre commerciale

* Pour les ouvrages cités dans les notes par le seul nom du ou des auteurs, voir la bibliographie en fin d'ouvrage.

ABRÉVIATIONS

Comp.	Comparer
Cons. const.	Conseil constitutionnel
D	Dalloz (Recueil)
D.	Décret
DA	Dalloz analytique
DC	Dalloz critique
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
DH	Dalloz Hebdomadaire
DP	Dalloz périodique
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Grands arrêts	Les grands arrêts de la jurisprudence civile (Dalloz)
Hatem	Recueil de jurisprudence libanaise, Chahine Hatem
IPP	Incapacité permanente partielle
IPT	Incapacité permanente totale
ITP	Incapacité temporaire partielle
ITT	Incapacité temporaire totale
JCP	Juris-Classeur périodique
Lg. ar.	Langue arabe
NCPC	Nouveau Code de procédure civile
Obs.	Observations
POEJ	Proche-Orient études juridiques
Req.	Requête
Rev. Cassandre	Revue juridique publiée par l'Institut de documentation et de recherche libanaise
RRJ	Revue de recherche juridique - Droit prospectif
Rev. jud. lib.	Revue judiciaire libanaise
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Sirey (Receuil)
Soc.	Cour de cassation, Chambre sociale
TGI	Tribunal de grande instance

INTRODUCTION

1

Définition. Dans le vocabulaire courant, on entend par obligation tout devoir qui pèse sur une personne. Juridiquement, l'obligation, ou droit personnel, se définit comme le lien de droit par lequel une ou plusieurs personnes (le ou les créanciers) peuvent exiger d'une ou d'autres (le ou les débiteurs), l'exécution d'une prestation de faire, de ne pas faire ou de donner.

L'article premier du Code des obligations et des contrats libanais [COC] définit l'obligation comme : « Un rapport juridique qui assigne à une ou plusieurs personnes, physiques ou morales, la position de débiteur vis-à-vis d'une ou de plusieurs autres qui jouent le rôle de créanciers ». Cette définition bien que n'évoquant que le rapport d'obligation entre débiteurs et créanciers à l'exclusion de la prestation, ne s'écarte pas de l'approche française de l'obligation qui y voit un lien personnel. En effet, l'article 187 COC évoquant la prestation énonce que : « L'objet peut consister dans un fait (obligation de faire), dans une abstention (obligation de ne pas faire), dans un transfert de propriété ou la constitution d'un droit réel (obligation de donner) ».¹

Après avoir précisé la notion d'obligation (§ 1), nous évoquerons le droit des obligations (§ 2).

§ 1 LA NOTION D'OBLIGATION

2

L'obligation² est un lien de droit : obligation civile et obligation naturelle. Ce caractère permet de distinguer l'obligation, que l'on baptise pour l'occasion obligation civile, de l'obligation naturelle³.

¹ Kh. JOREIGE, *Théorie générale des obligations*, t 1, libr. Sader 1957, 2 ; M. EL-AOUGE, *Droit civil, les obligations civiles*, Centre arabe pour l'imprimerie 2001, 15.

² L'obligation, APD 2000, n° 44.

³ M. GOBERT, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, thèse, Paris, 1957, préf. J. FLOUR.

INTRODUCTION

Très schématiquement, on peut distinguer deux types d'obligations naturelles. L'obligation naturelle était à l'origine une obligation civile imparfaite parce qu'éteinte (exemple : dette prescrite) ou nulle d'une cause de nullité ne heurtant pas l'ordre public (exemples : un incapable peut s'estimer lié par l'obligation qu'il a contracté ; des héritiers peuvent se croire moralement tenus d'un legs verbal de leur auteur). On se rapproche ainsi du second type d'obligation naturelle dégagé par Ripert⁴ : il y aurait obligation naturelle chaque fois qu'un devoir de conscience n'est pas sanctionné par le droit : tel serait, par exemple, le cas de l'obligation alimentaire entre frères et sœurs, non prévue par le Code civil.

N'étant pas un lien de droit l'obligation naturelle ne peut faire l'objet d'un paiement forcé, mais si elle a été payée volontairement, cet engagement est valable et celui qui a payé ne peut obtenir remboursement (art. 1235 al. 2 C. civ.). La jurisprudence traditionnelle expliquait cette règle par l'idée de novation d'une obligation naturelle en obligation civile, qualification contestable puisqu'il n'existe pas d'obligation civile ancienne qui s'éteigne et qu'une obligation naturelle peut exister en l'absence d'obligation civile préexistante. Il semble plutôt que l'exécution ou la promesse d'exécution d'une obligation naturelle constitue un engagement unilatéral de volonté, solution qui semble avoir les faveurs de la jurisprudence récente⁵.

Du fait que l'exécution d'une obligation naturelle constitue un paiement, des auteurs ont conclu qu'elle échappait à la qualification de libéralité et aux règles qui lui sont applicables (rapport, réduction, exigences spécifiques de forme ou de capacité, conditions d'exercice de l'action paulienne...). En réalité, un paiement peut aussi bien être fait à titre gratuit qu'à titre onéreux : certaines obligations naturelles se rapprochent des libéralités, telle l'exécution par les héritiers des libéralités nulles en la forme réalisées par leur auteur, alors que d'autres restent soumises au régime des actes à titre onéreux, comme le paiement d'une dette prescrite.

Le droit libanais évoque expressément les obligations naturelles dans les articles 2 à 8 COC. Alors que l'obligation civile est définie comme « celle dont l'exécution peut être imposée par le créancier au débiteur » (art. 2 al. 1 COC), l'obligation naturelle est identifiée à « un devoir juridique dont l'accomplissement ne peut être exigé, mais dont l'exécution volontaire a la même valeur et produit les mêmes effets que celle d'une obligation civile » (art. 2 al. 2 COC). Ainsi définie, l'obligation naturelle apparaît comme une obligation civile déniée de toute force obligatoire⁶ c'est-à-dire, imparfaite. En faveur de cette approche nous citerons l'article 6 COC qui, malgré la reconnaissance de l'obligation naturelle, refuse de la transformer en une obligation civile⁷ sauf novation, et l'article 322 alinéa 3 COC qui énonce : « Une obligation naturelle peut, au moyen de la novation, être remplacée par une obligation civile ».

Néanmoins, il semble que le législateur libanais ait envisagé l'obligation naturelle comme un devoir moral. Cela résulte des dispositions de l'article 5 COC énonçant qu'« une obligation naturelle ne s'éteint pas par le jeu de la compensation » et de

⁴ *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., LGDJ, 1949, nos 186 et s.

⁵ En ce sens, Civ. 1^{re}, 10 oct. 1995, *D.* 1997, 157, note G. PIGNARRE. *Ad.* : N. MOLFESSIS, *L'obligation naturelle devant la Cour de cassation*, remarques sur un arrêt rendu par la 1^{re} chambre civile le 10 octobre 1995, *D.* 1997, 85.

⁶ G. SIOUFI, *Théorie générale des obligations et du contrat*, 1994, t 2, n°393.

⁷ Civ. 1^{re} lib., 7 déc., 1961, *Rev. jud. lib.* 1961, 109

celles de l'article 7 COC qui exclut la possibilité pour une dette naturelle d'être garantie par une sûreté personnelle ou réelle. Si l'obligation naturelle est un devoir moral, celui-ci n'est pas nécessairement une obligation naturelle. L'article 3 alinéa 1 COC confie au juge le soin de décider si un devoir moral est assez pesant pour être haussé au rang d'une obligation naturelle (art. 3 al. 2 COC). L'obligation naturelle ne vit que par son exécution volontaire (art. 2 al. 2 COC). Cette exécution si elle lie le prestataire « ne peut être répétée » (art. 4 COC). Cette règle est réaffirmée à l'article 144 COC interdisant la répétition : « 2^e – Si l'obligation était naturelle ou purement morale »⁸.

Le législateur libanais dénie expressément à l'obligation naturelle la nature de libéralité mais lui accorde la valeur d'un paiement (art. 4 COC). L'obligation naturelle ne peut être éteinte par le mécanisme de la compensation (art. 5 COC). En effet, celle-ci suppose que des personnes soient respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre (art. 328 COC) et tende à forcer le débiteur à l'exécution. En tout cas, il convient de souligner que les engagements qui ont pour but d'exécuter une obligation naturelle sont soumis « dans la forme et dans le fond aux règles applicables aux actes à titre onéreux » (art. 8 COC).

3

L'obligation est un lien entre deux ou plusieurs personnes. L'obligation est un *vinculum juris*, comme le révèle l'étymologie : obligation vient du latin *obligare*, obliger, dérivé de *ligare*, lier. Ce caractère, très marqué tout au long de l'histoire des obligations⁹ demeure aujourd'hui : ainsi s'explique la réticence du droit français et du droit libanais à admettre la circulation de l'obligation : la cession de dettes reste par exemple prohibée. Mais si l'obligation est un lien, elle tend de plus en plus à devenir un bien, à pouvoir être l'objet d'un contrat au même titre qu'une chose ordinaire, à circuler, à travers par exemple la cession de créance ou la cession de contrat¹⁰.

4

L'obligation peut être de donner, de faire ou de ne pas faire. L'obligation de donner est l'obligation de transférer la propriété d'une chose (*dare* du droit romain), et doit être distinguée de l'obligation de livrer, qui est une obligation de faire¹¹.

Si l'obligation de donner est difficile à caractériser¹², le transfert de propriété s'opérant généralement au moment même de la formation du contrat par le seul échange des consentements, elle apparaît plus clairement en cas de vente avec clause de réserve de propriété, dans laquelle le transfert de propriété est différé au moment du paiement du prix.

⁸ Civ. 2^e lib., n°102, 5 déc. 2005, *Rev. Cassandre* 2005/12, 2282.

⁹ J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, Droit fondamental, 1992, nos 24 et s. ; J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, 643 et s.

¹⁰ La doctrine allemande distingue ces deux aspects : *die Haftung* désigne le pouvoir de contrainte, le lien obligatoire, et *die Schuld* la dette en tant qu'élément du patrimoine.

¹¹ Cette distinction s'exprime clairement en droit libanais s'agissant des biens immeubles : la livraison matérielle du bien ne libère pas le vendeur de son obligation de donner ; celle-ci se manifeste par l'inscription du bien au nom de l'acheteur au registre foncier : Civ. 1^{re} lib., n°90, 19 juill. 2001, *Bull. civ. Sader* 2001, 130.

¹² Cf. M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, 85 et s.

INTRODUCTION

Le droit libanais distingue selon que l'obligation porte sur un bien meuble ou immeuble. Dans la première hypothèse, l'article 47 COC retient la solution classique du droit français : « L'obligation de donner transfère de plein droit la propriété de la chose si celle-ci est un corps certain ». Il en résulte que le transfert a lieu par la seule volonté des parties sans aucune autre formalité.

En revanche, si l'obligation porte sur un bien immeuble, l'article 48 COC affirme : « Si l'obligation de donner a pour objet la constitution d'un droit réel immobilier, elle ouvre le droit à l'inscription au registre foncier ». Egalement, l'article 268 du décret n°3339 du 12 novembre 1930 relatif à « *la loi sur la propriété foncière* » souligne : « L'obligation de donner le bien-fonds inclut l'obligation de l'enregistrer au registre foncier et sa conservation jusqu'à son enregistrement ». Et, l'article 11 de l'arrêté 188 du 15 mars 1926 relatif à la « *Création du registre foncier* » énonce que : " Les contrats ou conventions ayant pour objet de créer, céder, déclarer, modifier ou rendre caduc un droit réel, ne sont exécutoires, mêmes entre les parties qu'à dater de leur inscription ». Il en résulte que le simple échange des consentements ne suffit pas : il est nécessaire de procéder à l'inscription du droit réel cédé auprès du registre foncier ; et ce, sans que le fonds ne soit greffé d'aucune obligation ou charge ¹³.

Plus particulièrement, l'article 393 COC souligne que : « La vente des immeubles ou des droits réels immobiliers ne produit effet même entre parties qu'à compter de son inscription au registre foncier ». Néanmoins, la vente par acte sous seing privé d'un bien immeuble crée au profit de l'acheteur un droit personnel d'inscription au registre foncier qu'il devra exercer durant le délai de prescription de droit commun ¹⁴, et ce conformément aux articles 48 COC et 11 de l'arrêté 188/1926 sus-visés. Par conséquent, le prix de vente ne devient exigible qu'à ladite inscription ¹⁵ sauf clause contraire. Au sein des obligations de donner, l'obligation de somme d'argent, de transférer la propriété d'une certaine quantité de monnaie a acquis une autonomie particulière. L'obligation de faire consiste à accomplir une prestation : livrer la chose, effectuer un travail... ¹⁶. L'obligation de ne pas faire a pour objet une abstention : ne pas faire concurrence, ne pas divulguer un secret... Cette même obligation appelée également obligation « négative » par le droit libanais est retenue à l'article 51 COC.

§ 2 LE DROIT DES OBLIGATIONS

5

Le droit des obligations est un, et la matière essentielle du droit parce qu'il constitue une théorie générale, au cœur des préoccupations humaines.

¹³ Civ. 1^{re} lib., n°22, 24 mars 2000, *Bull. civ. Sader* 2000, 65.

¹⁴ Civ. 1^{re} lib., n°12, 23 janv. 2001, *Bull. civ. Sader* 2001, 17.

¹⁵ Civ. 1^{re} lib., n°34, 26 mars 1998, *Bull. civ. Sader* 1998, 86

¹⁶ Dans le même sens : art. 50 COC.

Une théorie générale ¹⁷. Le droit des obligations constitue une théorie générale car il est le droit commun, par opposition aux statuts spéciaux. Par exemple, la théorie générale des contrats a vocation à s'appliquer à tout contrat, par opposition aux contrats spéciaux qui réglementent les différents contrats : vente, bail, mandat... Théorie générale, le droit des obligations irrigue ainsi l'ensemble du droit, transcendant même la distinction droit privé — droit public : les contrats administratifs ou la responsabilité administrative s'inspirent largement du droit des obligations. Chacune des branches du droit privé, et en particulier du droit civil empruntent davantage encore aux concepts forgés par le droit des obligations, qu'elles enrichissent en retour, faisant du droit des obligations un droit vivant. Pour ne citer qu'un exemple, la théorie de l'enrichissement sans cause (cf. *infra* nos 203 et s.), concept de la théorie générale des obligations s'est appliquée dans les régimes matrimoniaux ou le droit de la famille, applications qui ont elles-mêmes contribué à préciser les contours de la notion.

Ainsi, malgré une apparence de stabilité due à de nombreux mécanismes hérités du droit romain et à des textes du Code civil presque immuables, le droit des obligations évolue sans cesse, sans doute parce qu'il est au cœur des préoccupations humaines.

Au cœur des préoccupations humaines. Si le droit des obligations constitue la théorie générale, il n'en est pas moins concret : chaque individu passe chaque jour de nombreux contrats, voire peut créer un dommage susceptible d'engager sa responsabilité. Ainsi s'explique d'abord que le droit des obligations ne puisse rester indifférent aux progrès de la technique ¹⁸ : la naissance du machinisme et de l'automobile à la fin du XIX^e siècle a profondément marqué l'évolution du droit de la responsabilité ; l'invention de l'informatique et de nouveaux moyens de communication ont influencé les règles relatives à la formation ou à la preuve du contrat. D'une manière plus fondamentale, le droit des obligations est le reflet des conceptions morales, économiques ou sociales d'une société.

Des dispositions essentielles du droit des obligations reproduisent des préceptes moraux : l'obligation de réparer le dommage causé est le prolongement du devoir de ne pas nuire à autrui, l'obligation d'exécuter le contrat est la traduction juridique du respect de la parole donnée. Les bonnes mœurs, l'équité, la bonne foi jouent également un rôle important ¹⁹. L'ampleur des controverses suscitées par l'indemnisation d'un enfant né handicapé lorsque sa mère, suite à une mauvaise information des médecins, n'a pas recouru à une interruption de grossesse (cf. *infra* n° 312) démontre que la responsabilité soulève des questions d'éthique qui concerne toute la société.

¹⁷ Comp. pour le droit des contrats E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 264, 1997, préf. J.-L. AUBERT, qui doute de la réalité de la théorie générale du contrat.

¹⁸ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, 1959.

¹⁹ Cf. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit.

INTRODUCTION

Le droit des obligations est également marqué par l'économie²⁰. Par exemple, d'un point de vue théorique, le libéralisme dominant du XIX^e siècle a engendré le principe d'autonomie de la volonté. D'un point de vue pratique, le droit des obligations s'est adapté avec ingéniosité et souplesse à une économie caractérisée par la dépréciation monétaire.

Enfin, le droit des obligations est marqué par les grands mouvements sociologiques qui affectent notre monde contemporain. Le droit des obligations a été influencé par l'idéologie sociale voulant substituer la protection du faible ou du supposé faible à l'égalité théorique du Code civil : la théorie des obligations ne peut rester insensible au développement contemporain du droit de la consommation²¹, du droit de la concurrence²², à l'émergence des droits des victimes ou plus récemment des surendettés. Le Code civil a pour le moment su s'adapter tout en sauvegardant son âme, le législateur n'ayant que ponctuellement modifié la théorie des obligations, laissant prudemment ces excroissances nouvelles se développer dans le cadre général des principes posés par le Code civil, mais en dehors de sa structure. La prohibition des clauses abusives, la loi de 1985 relative à l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation ou la loi de 1989 sur le surendettement des particuliers en sont des exemples topiques. Le droit des obligations n'est pas non plus imperméable à la constitutionnalisation du droit privé²³.

Le droit des obligations subit également l'internationalisation croissante de notre société, comme en témoigne le rôle sans cesse plus important, en droit des contrats ou en droit de la responsabilité, des normes européennes (directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité des produits défectueux ; directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives) voire internationales (Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, élaboration par Unidroit de principes applicables aux contrats du commerce international)²⁴.

Au-delà de ces interventions dans des domaines particuliers, se multiplient les initiatives en vue de l'instauration d'un droit des obligations unifié au sein de l'Union européenne. Si l'ambition est générale, l'attention se focalise plus spécialement sur le droit des contrats²⁵. Ainsi, une commission, présidée par le

²⁰ G. RIPERT, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *Mélanges F. GENY*, t. II, 347 et s. ; L. JOSSERAND, « Comment les textes de lois changent de valeur au gré des phénomènes économiques », *Mélanges H. CAPITANT*, 369 et s., pour se limiter à deux références.

²¹ J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats », *RTD civ.* 1994, 239 et s. ; D. MAZEAUD, « L'attraction du droit de la consommation », *RTD com.* 1998, 95 et s. ; D. MAZEAUD, *Droit commun du contrat et droit de la consommation, nouvelles frontières ?*, Liber amicorum J. CALAIS-AULOY, 2003, p. 697 et s.

²² M. MALAURIE-VIGNAL, « Droit de la concurrence et droit des contrats », *D* 1995.51 et s. ; B. OPPETIT « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », *Rev. sc. morales et polit.* 1995, 250 et s. ; B. FAGES et J. MESTRE, « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », *RTD com.* 1998, 71 et s.

²³ Cf. : *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Trav. Ass. CAPITANT 1996.

²⁴ Cf. D. MAZEAUD, « À propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'Unidroit et de la commission *Lando* », *Mélanges M. CABRILLAC*, Litec, 1999, 205 et s.

²⁵ C'est notamment l'attitude actuelle des instances de l'Union européenne. En effet, après que le Parlement européen a, à deux reprises, demandé que soient entamés des travaux sur la possibilité d'élaborer un Code européen de droit privé (JO C 158 du 26.6.1989, p. 400, résolution A2-157/89 et JO C 377 du 29.12.1994, p. 323, résolution B5-0228), le dernier plan d'action de la Commission européenne limite explicitement la réflexion à l'adoption d'un instrument optionnel dans le domaine du droit des contrats (Plan d'action du 14 février 2003), optique réaffirmée dans une communication ultérieure (com (2004) 651 final).

INTRODUCTION

professeur Ole Lando a élaboré, depuis les années quatre-vingt, des principes du droit européen des contrats, destinés à constituer les prémices d'un futur code ²⁶. Parallèlement, l'Académie des privatistes européens, sous la direction du professeur Gandolfi, a proposé un Code européen des contrats ²⁷. Enfin, un groupe d'étude²⁸ dirigé par monsieur von Bar s'est formé en 1998, recevant en 2000 l'aval du Parlement européen. Ces différents projets suscitent des réactions plutôt contrastées de la doctrine française ²⁹, même s'ils paraissent parfois en phase avec les évolutions de notre droit français ³⁰ et n'entendent pas l'évincer, introduisant seulement un élément de concurrence en permettant aux parties de choisir leur application³¹. Ils illustrent en tous cas la vitalité de la pensée juridique européenne et méritent, à ce titre, d'être évoqués sommairement lors de l'étude du droit positif français, même s'ils sont à l'heure actuelle dépourvue de force contraignante.

Malgré l'important rôle créateur de la jurisprudence en la matière, les textes du Code civil, qui ont inspiré bien des codes, dont le Code libanais des obligations ³² datent pour la plupart de 1804, et ont incontestablement vieilli ³³, alors que d'autres pays européens viennent d'adopter de conséquentes réformes ³⁴. Un projet de rénovation du droit des obligations dans le cadre du Code civil, sous l'égide de l'Association Capitant, a été initié par le professeur Pierre Catala et officiellement remis au garde des Sceaux le 22 septembre 2005 ³⁵. Ce projet tend à rénover le droit des obligations tout en restant fidèle au Code civil.

Face à cet éclatement des sources du droit des obligations et à la nécessaire rénovation de la matière, une approche comparative constitue une démarche indispensable, qu'il s'agisse de mieux connaître le droit des obligations de pays régis par des règles proches ³⁶, voisines ³⁷, ou même plus éloignées comme le droit des pays de Common Law ³⁸, voire plusieurs droits présentés ensemble ³⁹.

²⁶ O. LANDO et H. BEALE, *Principles of European Contract Law*, part I and II, La Haye, 2000, part. III, La Haye, 2003.

²⁷ Cf. Gaz. Pal. 21 fév. 2003, texte du projet et présentation par J.-P. GRIDEL. Le texte du projet est aussi disponible sur le site : <http://www.accademiagiurprivatistieuropei.it>.

²⁸ Cf. C. VON BAR, Le groupe d'études sur un code civil européen, *RID Comp.* 2001, p. 127.

²⁹ Cf. Pensée juridique française et harmonisation européenne, Soc. Lég. Comp. 2003, textes rassemblés par B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD, préf. G. CANIVET.

³⁰ Cf. B. FAGES, Quelques évolutions du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando, *D* 2003, 2386.

³¹ Dans la phase actuelle, ces divers projets ne sont pas conçus pour remplacer immédiatement les droits nationaux, leurs applications devant reposer sur un choix des parties en leur faveur, la nature de ce choix étant encore discutée entre l'opt-in, en vertu duquel les parties soumettent expressément leur convention au droit commun européen (retenue de façon aménagée par l'article 1.101 PDEC) et l'opt-out, en vertu duquel le droit européen s'appliquerait automatiquement, sauf volonté contraire (article 3 CEC). Cf. D. STAUDENMAYER, Un instrument optionnel en droit européen des contrats, *RTD civ.* 2003, 629.

³² Cf. F. NAMMOUR, Le Code civil des français : modèle utilisé au Liban, in *Code civil et modèles*, ouvrage collectif sans la direction de Th. REVET, LGDJ 2005, Bibl. Inst. A. TUNC, T. 6, 481 et s.

³³ Cf. *Le Code civil, livre du bicentenaire*, Dalloz 2004, spéc. J. MESTRE (La théorie générale du contrat, p. 231 et s.) et G. VINEY (La responsabilité civile, p. 255 et s.).

³⁴ Tel est par exemple le cas de l'Allemagne (cf. C. WITZ, La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par le droit des obligations, *D* 2002, p. 3156 et s. ; F. RANIERI, La nouvelle partie générale du droit des obligations, *RIDComp.* 2002, p. 941 et s.).

³⁵ P. CATALA, Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, La doc. fr., 2006. Ad. : La réforme du droit des contrats : projet et perspectives, RDC 2006, n° 1.

³⁶ Cf. par exemple, le droit québécois (D. LLUELLES, Droit québécois des obligations, Thémis, 2004 ; M. TANCELLIN, Sources des obligations, Vol. I et II, Wilson et Lafleur, 1993) ou les droits des pays du Maghreb (R. CABRILLAC et O. BEN FADHEL, *Abrégé de droit tunisien des obligations contractuelles*, PU Tunis, 2006).

Plan. Les règles relatives aux obligations figurent dans deux titres successifs du livre III du Code civil, *Des différentes manières dont on acquiert la propriété*. Le titre III, intitulé *Des contrats ou des obligations en général* (art. 1101 à 1369 C. civ.), contient des règles propres aux contrats mais également des règles concernant le régime des obligations, quelle que soit leur source. Le titre IV, *Des engagements qui se forment sans convention* (art. 1370 à 1386) est consacré aux obligations extra-contractuelles. Cette présentation s'expliquait par le souci pratique des rédacteurs du Code civil : le contrat étant la principale source d'obligation, il leur paraissait justifié de traiter dans le titre qui lui était consacré le régime des obligations.

Le Code libanais consacre toute sa première partie (art. 1^{er} à 371 inclus) aux « obligations en général ». Elle définit et analyse les « différentes catégories d'obligations » (Livre I : art. 2 à 118 inclus), elle indique ensuite les « sources des obligations et des conditions mises à leur validité » (Livre II : art. 119 à 248 inclus), elle traite de leurs effets (Livre III : art. 249 à 278 inclus), de leur transmission (Livre IV : art. 279 à 289 inclus) et de leur extinction (Livre V : art. 290 à 361 inclus). Enfin, elle traite successivement de la preuve dans le droit des obligations (Livre VI : art. 362 à 365 inclus) et de la règle d'interprétation des actes juridiques (Livre VII : art. 366 à 371 inclus)). Ce plan présente au moins l'avantage de faire état a priori des principes généraux qui régissent tous les contrats.

Toutefois, Il apparaît plus logique d'étudier successivement les sources des obligations (première partie) et leur régime (deuxième partie).

³⁷ Cf. par exemple les droits latino-américains : Argentine (M. U. SALERNO, *Contratos civiles y comerciales*, Oxford, 2002) ou Colombie (F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, univ. Externado, 2^e éd., 2003)..

³⁸ Cf. Le classique *Anson's law of contract*, 28 ed., Oxford University press, 2004 ou P.S. ATIYAH, *An introduction to the law of contract*, 6 ed., Oxford university press, 2004. En langue française, cf. J.C. MONTANIER et G. SAMUEL, *Le contrat en droit anglais*, PUG, 1999.

³⁹ Cf. M.H. WHINCUP, *Contract law and practice, The English system and continental comparisons, Kluwer Law*, 5^{ème} éd., 2006; H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ, D. TALLON, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Ius Commune Textbooks on the Common Law of Europe, Hart publishing, 2002.

PREMIÈRE PARTIE

LES SOURCES DES OBLIGATIONS

9

Plan. Les titres III et IV du livre III du Code civil, marqués par le droit romain, semblent opposer les obligations nées d'un contrat et celles qui se forment sans convention. Si la première catégorie ne fait guère difficulté, la seconde est plus fourre tout et mérite d'être précisée. L'article 1370, alinéa 2, du Code civil distingue deux catégories d'engagements qui se forment sans convention. Il existerait des engagements qui naissent de l'autorité seule de la loi (exemple : obligations de voisinage) et des engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, cette dernière catégorie se subdivisant à son tour en engagements résultant d'un quasi-contrat ⁴⁰ou en engagements résultant d'un délit ou d'un quasi-délit ⁴¹. En résumé, le Code civil semble donc distinguer cinq sources d'obligations : le contrat, le quasi-contrat, le délit, le quasi-délit, la loi. Cette distinction a fait l'objet de nombreuses critiques.

Les rédacteurs du Code libanais n'ont pas repris la façon du Code civil de classer les sources des obligations qui consistait à séparer le contrat, source d'obligation, des autres « engagements qui se forment sans convention ». On a reproché à cette manière d'ériger le contrat en source principale et les autres sources en sources accessoires et secondaires ⁴². Aussi, les rédacteurs du Code libanais de 1932 ont réparé cette « injustice », puisque regroupant sous le Livre II intitulé « des sources des obligations et des conditions mises à leur validité », le Code a expressément prévu dans son article 119 quatre sources : la loi, les actes illicites (délits et quasi-délits), l'enrichissement illégitime et les actes juridiques, la notion d'actes juridiques englobant à la fois les actes unilatéraux et les contrats (art. 147 COC). Ce faisant, le Code libanais confère une même légitimité, égalitaire, entre le contrat et les autres sources des obligations. En outre, il convient de signaler que le COC n'a pas retenu la notion de quasi-contrat comme source non conventionnelle des obligations. Cette notion faisant elle-même l'objet de vives critiques en France en raison de son équivoque et de sa confusion ⁴³.

Toutefois, ces critiques n'ont pas eu d'écho en droit positif français, aussi paraît-il plus pertinent de conserver cette distinction et de tenter de l'affiner. Les obligations légales sont très nombreuses et éparpillées dans les différents secteurs du droit : c'est avec chaque matière qu'on les étudie (exemple : l'obligation alimentaire est

⁴⁰ Les quasi-contrats sont « les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties » (art. 1371 C. civ.). Exemple : gestion d'affaires (cf. *infra* nos 187 et s.).

⁴¹ Faits illicites intentionnels (délits) ou non (quasi-délits), entraînant une obligation à la charge de leur auteur de réparer le préjudice causé (art. 1382 et s. C. civ ; art. 122 § 1 et s. COC).

⁴² L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t II, Sirey 1933 n°10; Ch. CARDAHI, Le projet du code des obligations du Liban, in *Bulletin trimestriel de la société de législation comparée* 1953, 637.

⁴³ Cf. H. VIVIOZ, *La notion de quasi-contrat*, thèse Bordeaux 1912. comp. M. DOUCHY, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, thèse Aix-Marseille 1998.

étudiée avec le droit des personnes et de la famille). Le quasi-délit peut être rapproché du délit : le droit français ne prend en général pas en compte le caractère intentionnel ou non intentionnel de la faute.

Dès lors, on peut distinguer trois sources d'obligations. Une première rassemble les obligations nées d'un engagement de volonté, c'est-à-dire non seulement d'un contrat mais d'une manière plus large d'un acte juridique (livre premier). Une seconde catégorie regroupe les quasi-contrats (livre deuxième) et une troisième les délits et quasi-délits, c'est-à-dire la responsabilité civile (livre troisième).

LIVRE PREMIER

LES ACTES JURIDIQUES

10

Plan. L'acte juridique, défini comme la manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit, se subdivise en plusieurs catégories. Le Code civil, n'évoque pas la notion générique d'acte juridique mais celle de contrat. A l'inverse, le Code libanais ⁴⁴ consacre le Titre IV du chapitre III du Livre II aux « actes juridiques ». A ce propos, l'article 147 COC adopte la même définition qu'en France puisqu'il définit l'acte juridique comme l'acte destiné à « produire des effets juridiques » et plus particulièrement « donner naissance à des obligations ». En outre, l'article 147 distingue parmi les actes productifs d'obligations, les actes unilatéraux consistant en une manifestation unilatérale de volonté qu'il traite dans les articles 148 à 164 et les conventions, qu'il nomme « contrats » évoqués dans les articles 165 à 248 COC.

S'il faut réserver une place prépondérante à l'étude du contrat (titre I), les autres actes juridiques ne doivent pas être négligés (titre II).

⁴⁴ Comme le BGB allemand.

TITRE PREMIER

LE CONTRAT

11

Après un chapitre préliminaire consacré à la notion de contrat, sa formation (sous-titre I), ses effets (sous-titre II), et son inexécution (sous-titre III) seront successivement étudiés.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE**LA NOTION DE CONTRAT**

12

Définition. Le contrat est défini par l'article 1101 du Code civil comme une « convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Si ce texte fait du contrat une espèce d'une catégorie plus large qui serait la convention, les auteurs s'accordent aujourd'hui à considérer les deux termes comme synonymes. Cette vision extensive du contrat est partagée par les propositions de l'Académie des privatistes européens⁴⁵.

Néanmoins, cette vision n'est pas celle du Code libanais. L'article 165 COC énonce : « La convention est tout accord de volontés destiné à produire des effets juridiques ; lorsque cet accord tend à la création de rapports obligatoires, il prend le nom de contrat ». Il en résulte une nette distinction entre la convention regardée comme produisant tout sorte d'effets juridiques : création, transfert, modification, caducité d'un droit et, le contrat, envisagé comme un accord de volonté, spécial, ayant pour seul but de créer des droits personnels au profit des uns – créanciers – et au détriment des autres – débiteurs ⁴⁶. Si la convention est constitutive d'un acte juridique, tout acte juridique n'est pas constitutif d'une convention. Plus particulièrement, l'acte unilatéral n'est pas une convention (art. 147 COC) dans la mesure où cette dernière nécessite l'accord de deux volontés. Dès lors, l'acte juridique inclut la convention, laquelle inclut le contrat.

Cette définition du contrat permet de le distinguer d'autres accords qui ne produisent pas d'effets de droit : l'entraide familiale ou amicale, les relations mondaines ne créent aucune obligation juridique. D'autres engagements sont plus difficiles à qualifier car ils se situent à la frontière du droit et des relations sociales ⁴⁷, tel l'engagement d'honneur ⁴⁸. On peut citer la lettre d'intention, par laquelle une société confère au destinataire quelques assurances sur la solvabilité d'une de ses filiales : selon les circonstances d'espèce elle constitue un simple engagement moral ou un véritable contrat pouvant aller jusqu'à l'obligation faite au

⁴⁵ Article 1.1 CEC : « Le contrat est l'accord de deux ou plusieurs parties destiné à créer, régler, modifier ou éteindre un rapport juridique qui peut comporter des obligations et d'autres effets même à charge d'une seule partie »

⁴⁶ Kh. JOREIGE, op. cit., 62 ; G. SIOUFI, op. cit. n°8, 27.

⁴⁷ Exemples : un accord qui indique que « les deux parties seraient intéressées éventuellement à collaborer à la réalisation de projets d'édition et de publication » ne constitue pas un contrat (Paris, 26 sept. 1995, *RTD civ.* 1996.142, obs. J. MESTRE) ; un accord entre un automobiliste et son passager sur le partage des frais de voyage est insuffisant pour établir un lien de nature contractuelle (Civ. 1^{re}, 6 avr. 1984, *Bull. civ.* n° 136 : absence d'obligation de sécurité).

⁴⁸ Cf. B. OPPETIT, « L'engagement d'honneur », *D* 1979.111.

débiteur d'assurer un résultat ⁴⁹. Cette pluralité a été consacrée dans le Code civil (art. 2322).

Des situations ont été difficiles à classer, l'enjeu étant l'application de la responsabilité délictuelle ou de la responsabilité contractuelle : le patient est-il lié par un contrat à son médecin ⁵⁰ ? la personne transportée bénévolement par un automobiliste est-elle liée à lui par un contrat ⁵¹ ?

Au-delà de cette définition, il faut préciser les fondements du contrat (section 1) et ses classifications (section 2). Avant d'aborder le droit des contrats, sera sommairement précisée la détermination de la loi applicable aux contrats internationaux (section 3).

SECTION 1

FONDEMENTS DU CONTRAT

13

Un fondement classique, l'autonomie de la volonté (§ 1), a décliné à l'époque contemporaine (§ 2).

§ 1 LA THÉORIE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

14

Cette théorie d'ordre philosophique dont il faut préciser le contenu (A), a débouché sur des conséquences juridiques précises (B).

⁴⁹ M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *Les sûretés*, 7^e éd., Litec, 2004, nos 478 et s. et les décisions citées.

⁵⁰ Réponse affirmative de la jurisprudence (Civ., 20 mai 1936, *DP* 1936.1.88, concl. MATTER, rapp. L. JOSSERAND, note E P ; S 1937.1.321, note A. BRETON ; *Grands arrêts*, t. 2, n° 161).

⁵¹ Réponse négative de la jurisprudence (Ch. mixte, 20 déc. 1968, *D* 1967.37 ; concl. SCHMELCK). Aujourd'hui, la question a perdu son intérêt, la loi de 1985 sur l'indemnisation des accidents de la circulation étant applicable.

A- Contenu

15

Les auteurs qui inspirèrent directement le Code civil, comme Domat et Pothier⁵², les rédacteurs du Code civil, et surtout ses interprètes du XIX^e et du début du XX^e siècle fondaient le contrat sur la théorie de l'autonomie de la volonté : le contrat repose sur la volonté de ceux qui s'engagent⁵³. Cette théorie s'inspirait de doctrines philosophiques et économiques variées.

D'un point de vue philosophique, l'origine de la théorie de l'autonomie de la volonté doit certainement être cherchée chez les canonistes. Le contractant qui a donné sa parole est lié s'il ne veut pas mentir, commettre un péché : *Pacta sunt servanda*. Mais l'autonomie de la volonté puise surtout ses racines dans le droit naturel laïc et la philosophie du siècle des Lumières : l'homme est libre et ne peut être lié que parce qu'il l'a voulu, dans la mesure de ce qu'il a voulu. Poussant ce raisonnement à l'extrême, Rousseau a voulu faire du contrat social librement accepté par les citoyens le fondement de toute société.

D'un point de vue économique, l'autonomie de la volonté est le substrat du libéralisme. La loi du marché repose sur l'idée d'échange, et son meilleur instrument est le contrat dont la conclusion et le contenu sont abandonnés à la libre négociation des individus. Dans une formule célèbre Fouillée, disciple de Kant, affirmait que « Qui dit contractuel dit juste », que l'on pourrait compléter dans l'esprit de son auteur : « Qui dit contractuel dit efficace »⁵⁴.

B- Conséquences

16

Plusieurs corollaires juridiques découlent de la théorie de l'autonomie de la volonté :

- le **principe de liberté contractuelle** : les relations contractuelles entre individus doivent être abandonnées à leur libre volonté et le législateur ne doit intervenir que le moins possible. En ce sens, l'article 166 COC énonce : « Le droit des contrats est dominé par le principe de la liberté contractuelle ». Une personne ne pourra être contrainte de s'engager si elle ne le souhaite pas ; une personne ne pourra se voir imposer un cocontractant ou une clause qu'elle ne souhaite pas ;

- le **principe du consensualisme** : la volonté d'une personne suffit à l'engager. Le contrat est valable du seul échange des consentements sans qu'aucune condition de forme ne soit exigée ;

- le **principe de force obligatoire du contrat** : un individu qui s'est librement engagé ne peut se délier de cet engagement : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (art. 1134 C. civ. ; art. 221 COC) ;

⁵² J.-L. GAZZANIGA, « Domat et Pothier, Le contrat à la fin de l'Ancien Régime », *Droits*, n° 12, 37 et s.

⁵³ V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, 1980, préf. Lévy.

⁵⁴ E. PUTMAN « Kant et la théorie du contrat », *RRJ* 1996, 685 et s.

- le **principe d'effet relatif du contrat** : seul celui qui a manifesté sa volonté de s'engager dans un contrat est lié par ce contrat : « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes » (art. 1165 C. civ. ; art. 225 COC).

Au moment de son apogée, la théorie de l'autonomie de la volonté avait tendance à irradier d'autres secteurs du droit : par exemple, en droit des successions, la dévolution légale des biens du défunt reposerait sur sa volonté tacite ; en droit international privé, l'autonomie de la volonté est invoquée pour justifier le pouvoir des parties de choisir la loi nationale applicable à leur convention. Pourtant, la théorie de l'autonomie de la volonté n'allait pouvoir enrayer son déclin.

§ 2 LE DÉCLIN DE LA THÉORIE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

17

Quelles en sont les causes (A) et les conséquences (B) ?

A- Causes

1. Les critiques doctrinales

18

Plusieurs critiques ont été formulées contre la théorie de l'autonomie de la volonté ⁵⁵.

19

L'autonomie de la volonté n'est pas le fondement unique des textes du Code civil régissant le contrat. Faisant œuvre de synthèse, les rédacteurs du Code civil n'ont pas négligé d'autres sources d'inspirations, comme le droit romain. De plus, certains textes du Code civil, présentés comme consacrant la théorie de l'autonomie de la volonté, peuvent recevoir une autre explication. L'article 1134 du Code civil (art. 221 COC) signifie simplement que le contrat est obligatoire, pas forcément qu'il tire cette force de la seule volonté des parties.

20

L'autonomie de la volonté peut aboutir à des conséquences injustes et inefficaces. L'autonomie de la volonté repose sur la liberté et l'égalité des

⁵⁵ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse, Dijon, 1912.

individus, mais cette liberté et cette égalité sont théoriques. Les contractants n'ont pas la même force économique et le contractant le plus puissant peut dicter sa loi au plus faible. L'exemple des relations de travail au XIX^e siècle est éloquent : Lacordaire a pu parler à ce sujet de « liberté qui asservit ». De plus, la volonté humaine n'est pas sans faille : même sans être incapable, un individu clairvoyant peut s'engager sans mesurer toutes les conséquences de cet engagement ou sans pouvoir prévoir de brusques bouleversements des circonstances économiques. C'est à partir de cette idéologie que s'est développé le droit de la consommation, présument une certaine infériorité du consommateur, qu'il faudrait protéger contre un engagement inconsidéré, développant une conception du contrat passé entre consommateur et professionnel qui influence la théorie générale des contrats ⁵⁶.

L'autonomie de la volonté peut être conforme à l'intérêt des contractants mais heurter l'intérêt général. L'État qui a vu un rôle croissant dans les relations économiques ne peut abandonner le contrat à la seule volonté individuelle.

2. Le développement de l'ordre public

21

Selon l'article 6 du Code civil, « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Dans le même sens, l'article 166 COC énonce : « ... Les particuliers règlent leurs rapports juridiques à leur gré, réserve faite des exigences de l'ordre public et des bonnes mœurs et compte tenu des dispositions légales qui ont un caractère impératif ». La référence à l'ordre public et aux bonnes mœurs avait été conçue à l'origine pour permettre au juge de sanctionner les contrats qui heurteraient les valeurs essentielles de la société : sont illicites les contrats qui contreviennent aux règles d'organisation de l'État ou de la famille, à la morale sexuelle ou atteignent la dignité de la personne humaine...

La notion d'ordre public a connu un développement remarquable correspondant à l'intervention croissante de l'État dans le domaine économique ⁵⁷. On distingue aujourd'hui un ordre public de direction et un ordre public de protection tous deux élaborés par le législateur. Le premier régit l'activité économique : la loi bride la volonté individuelle au nom de l'intérêt général en taxant les prix, planifiant la production... Le second s'attache à limiter la puissance de la partie sensée être la plus puissante économiquement, protégeant le consommateur contre le professionnel, le salarié contre l'employeur, le locataire contre le bailleur...

⁵⁶ Cf. J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, 182 : « Dans le contrat du Code civil, les parties ne sont pas obligées de tout dire : chacune a droit à son quant à soi, à la réticence, voire au mensonge pourvu qu'il ne soit pas matérialisé dans des manœuvres frauduleuses. Après tout, la liberté de contracter, c'est la liberté de contracter librement, sans dramatisation, avec confiance en la fiabilité de sa propre prestation, dans le droit de la consommation, au contraire, une obligation de transparence pèse sur le professionnel, une obligation de renseigner pleinement le non professionnel, et, pour être en état de le faire, de se renseigner lui-même à fond, d'étudier son produit, de l'expérimenter et de rendre publics les résultats de son analyse. »

⁵⁷ P. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, thèse, Paris, 1953 ; G. FARJAT, *L'ordre public économique*, LGDJ, Bibl. dr. privé, 1963, t. 37, préf. B. Goldman ; *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, sous la dir. de T. REVET, Dalloz, 1996. P. CATALA, « À propos de l'ordre public », *Études P. DRAI*, Dalloz, 1999, p. 511 et s. La Cour de cassation libanaise définit l'ordre public comme « l'ensemble des règles impératives liés aux intérêts supérieurs de la société » ; Civ. 5^e lib. n°136, 31 oct. 2002, inédit.

B- Conséquences

22

Les corollaires juridiques de l'autonomie de la volonté se sont assouplis (1) et la doctrine a recherché d'autres fondements au contrat (2), mais le déclin de l'autonomie de la volonté n'a pas entamé la vitalité du contrat (3).

1. Assouplissements des corollaires juridiques de l'autonomie de la volonté

23

Affaiblissement de la liberté contractuelle. La liberté contractuelle a d'abord été affaiblie par la standardisation du contrat, le développement de contrats-type, modèles de contrats établis par des organismes professionnels, que les partenaires reprennent souvent en se contentant de combler les blancs ⁵⁸.

D'une manière plus drastique, la liberté contractuelle a été réduite par le législateur. Il est des cas dans lesquels la conclusion d'un contrat est imposée : par exemple, tout conducteur d'un véhicule terrestre à moteur doit souscrire un contrat d'assurance couvrant les dommages susceptibles d'être causés aux tiers par ce véhicule (art. L 221-1 C. assur. ; cf D. lib. n°105 du 30 juin 1977 relatif à « *l'assurance obligatoire de la responsabilité civile des dommages corporels causés aux tiers par les véhicules terrestres* »). Dans d'autres hypothèses, si les individus restent libres de contracter, le contenu du contrat est imposé par le législateur : tel est par exemple le cas du bail commercial (D. 30 sept. 1953, art. L 145-1 et s. C. com. fr.; cf D. lib. n°11 du 11 sept. 1967 relatif au « *fonds de commerce* »). Il se peut également qu'un contractant ne soit pas libre de choisir son partenaire contractuel : la loi confère parfois à une personne la faculté de se substituer à un contractant ⁵⁹ : on parle généralement de droit de préemption lorsque l'exercice de cette faculté est antérieur au contrat (exemple : au profit des co-indivisaires en cas de cession par l'un d'entre eux de ses droits sur les biens indivis, prévu par l'art. 815-14 C. civ. ; cf art. 239, D. lib. n°3339 du 12 novembre 1930 relatif à « *la loi sur la propriété foncière* »), de droit de retrait lorsqu'il est postérieur (exemple : retrait, improprement baptisé préemption, au profit de l'État dans les ventes publiques d'objet d'art, prévu par l'art. 37 de la loi du 31 décembre 1921). La loi impose parfois une clause dans un contrat : on parle alors de « clause légale », « stipulation contractuelle dont le libellé provient d'un texte normatif »⁶⁰, le paradoxe de la formule soulignant leur nature hybride.

Mais la liberté contractuelle peut aussi être réduite par l'interdiction de certaines clauses. La législation sur les clauses abusives en est l'exemple le plus caractéristique ⁶¹. Une loi du 10 janvier 1978 laissait au pouvoir réglementaire le soin de définir les clauses abusives, réputées non écrites, ce qu'il ne fit que parcimonieusement, contraignant la jurisprudence à reconnaître aux juges le pouvoir de déclarer abusive une clause en dehors de tout décret (cf. *infra*, n° 25). Le législateur est intervenu à nouveau par la loi du 1^{er} février 1995 (art. L 132-1

⁵⁸ J. GHESTIN, n°s 62 et s.

⁵⁹C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 164, 1979, préf. P. RAYNAUD.

⁶⁰ T. REVET, « La clause légale », *Mélanges M. CABRILLAC*, Litec 1999, 277 et s.

⁶¹ J. MESTRE, *Vingt ans de lutte contre les clauses abusives*, Mélanges F. TERRE, PUF, Juris-Class., Dalloz, 1999, 677 et s.

C. consom. fr.), après l'adoption d'une directive communautaire du 5 avril 1993. Les clauses abusives, au sens de la loi de 1995, interviennent dans les « contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs » (art. L 132-1 C. consom. fr.). La notion de consommateur a fait difficulté, et après quelques hésitations, la jurisprudence a retenu une conception restrictive : le contrat conclu par un professionnel pour les besoins de sa profession échappe à la législation sur les clauses abusives⁶². Sont considérées comme abusives les clauses « qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat ». La loi de 1995 comporte une liste de clauses pouvant être considérées comme abusives, mais cette liste n'est qu'indicative. Une clause peut être déclarée abusive par un décret ou être reconnue comme abusive par la jurisprudence (cf. *infra*, n° 25). La clause abusive est réputée non écrite. L'avant-projet Catala envisage de consacrer la clause abusive dans le Code civil : « la clause qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci, dans les cas où la loi la protège par une disposition particulière, notamment en sa qualité de consommateur ou encore lorsqu'elle n'a pas été négociée (art. 1122-2).

Le droit libanais admet depuis peu la notion de clause abusive grâce à la promulgation de la récente loi n°659 du 4 février 2005 relative à la « *protection du consommateur* »⁶³. L'article 26 de la loi en donne la définition suivante : « Sont abusives les clauses qui tendent ou aboutiraient à rompre l'équilibre entre les droits et obligations du professionnel et ceux du consommateur au détriment de ce dernier ».

Le caractère abusif de la clause doit être apprécié à la date de la conclusion du contrat à la lumière de son contenu et annexes abstraction faite du prix⁶⁴. C'est donc la rupture de l'équilibre des prestations qui constitue le critère décisif du caractère abusif de la clause. La loi ne définit pas la notion de rupture de l'équilibre et encore moins celle d'équilibre. L'article 18 fournit des indices : le contrat doit être interprété dans l'intérêt du consommateur ; celui-ci doit avoir accepté le contrat, l'existence de l'acceptation devant être appréciée suivant les « circonstances de la conclusion du contrat, des avantages qui en résultent pour le consommateur, et de l'équilibre des droits et obligations des parties ». En outre, l'article 26 élabore une énumération des clauses abusives « à titre d'exemples ».

Le domaine d'application « subjectif » de la clause est évoqué par l'article premier de la loi. L'article premier alinéa dernier énonce : « Les dispositions de la présente loi ne régissent pas les relations des professionnels entre eux ». Il en résulte que la loi ne s'applique pas aux relations entre professionnels mais entre professionnel et consommateur. Celui-ci est défini par l'article premier comme « *toute personne physique ou morale qui achète, loue, utilise, ou profite d'un service ou d'un produit, et ce à des fins qui ne sont pas liées directement à son activité professionnelle* ». Donc, le consommateur n'est pas seulement un profane c'est également toute personne, même une société commerciale, qui conclut avec un professionnel un contrat sans rapport direct avec son activité professionnelle. Le consommateur peut donc être

⁶² Civ. 1^{re}, 24 nov. 1993, *Defrénois* 1994.818, note D. MAZEAUD ; Civ. 1^{re}, 21 févr. 1995. *JCP* 1995.II.22502, note G. PAISANT (contrat passé par un commerçant pour les besoins de son commerce) ; Civ. 1^{re}, 3 janv. 1996, *D.* 1996, 228, note G. PAISANT ; *JCP* 1996, II, 22654, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1996, 609, obs. J. MESTRE.

⁶³ JO n°6, 10 fév. 2005, p 426 et s.

⁶⁴ Art. 26 al. 2 L 659/2005.

un professionnel lorsqu'il n'accomplit pas un « acte de la profession »⁶⁵. Pour certains professionnels, l'application de la loi n°659/2005 est conditionnelle; l'article 17 de la loi dispose en effet que « les dispositions de la présente loi s'appliquent aux contrats liant le professionnel et le consommateur dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec les textes législatifs qui régissent l'activité des professions libérales, des banques et assurances »⁶⁶.

En parallèle avec cet affaiblissement, le Conseil constitutionnel a décidé que le principe de liberté contractuelle n'a pas valeur constitutionnelle⁶⁷, même s'il l'a par la suite directement consacré à travers l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme⁶⁸.

24

Affaiblissement du consensualisme. Le consensualisme est menacé par la « renaissance du formalisme »⁶⁹. Parfois est exigée la rédaction d'un acte authentique pour la validité du contrat : tel est le cas du contrat de vente d'immeuble à construire (art. 261-11 CCH fr., issu de la loi du 3 janvier 1967) ou, en droit libanais, de tout contrat portant sur un droit réel (Art 11 D. 188/1926, ci-dessus mentionné). Le plus souvent le législateur impose la rédaction d'un écrit : par exemple, la loi du 13 juillet 1979 relative à la protection et à l'information des emprunteurs dans le domaine immobilier impose la remise à l'emprunteur d'une offre écrite (art. L. 312-7 C. consom. fr.). De même, l'article 19 de la loi libanaise sur la protection du consommateur exige la rédaction d'un contrat entre le professionnel et le consommateur. L'écrit peut être exigé à titre de validité (clause compromissoire : 1443 NCPC fr. ; 763 NCPC lib.) ou à titre de preuve (compromis d'arbitrage : 1449 NCPC fr. ; 766 NCPC lib.). Ce « formalisme informatif »⁷⁰ se développe particulièrement dans le droit de la consommation dans le souci d'attirer l'attention du profane sur la portée de son engagement sous peine de sanction dans les termes du droit commun, lorsque le consentement est vicié⁷¹. Ainsi s'explique que certaines lois soient allées jusqu'à exiger une mention écrite de la main de celui qui s'engage (art. L. 312-17 C. consom.).

⁶⁵ J.-L. AUBERT, observ. sous Civ 1^{re}, 3 mai 1988, *D* 1988 somm, 407. En ce sens : Civ 1^{re}, 17 juillet 1996, *Gaz. Pal. Rec.* 1997, panor., 104. Sur la question : V. VIGNEAU, Trente ans de jurisprudence sur la notion de consommateur, *Gaz. Pal.*, 2002, Doct, 3 et s ; G. PAISANT, *A la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du « rapport direct »*, *JCP G* 2003, I, 121.

⁶⁶ Pour un commentaire sur la loi v : F. NAMMOUR, La loi libanaise n°659-2005 du 4 février 2005 sur la protection du Consommateur, *Al Adl* 2006, vol 2, Doct. 556 et s.

⁶⁷ Cons. const. 3 août 1994, *JCP* 1995.II.22404, note Y. BROUSOLLE; *RTD civ.* 1996.151. obs. J. MESTRE. Comp. Cons. const. 10 juin 1998, *RTD civ.* 1998, 797, obs. N. MOLFESSIS, 1999, 79, obs. J. MESTRE : le législateur ne peut porter à l'économie des contrats une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse l'art. 4 de la Déclaration des droits de l'homme.

⁶⁸ Cons. Constit. 10 juin 1998, *RTD civ.* 1998, 796, obs. N. MOLFESSIS.

⁶⁹ La paternité du mot, qui a été repris par de nombreux auteurs, semble revenir à MOENECLAËY, *De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français*, thèse, Lille, 1914, J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *Études RIPERT*, 1950, t. 1, p. 95 et s. ; X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP* 1999, I, 170.

⁷⁰ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, n° 137.

⁷¹ V. MAGNIER, Les sanctions du formalisme informatif, *JCP G* 2004, I, 106 n°13.

Affaiblissement de la force obligatoire des conventions. Le principe de force obligatoire des contrats a été réduit par le législateur et même par le juge.

Le législateur peut permettre à une partie de rétracter le consentement qu'elle a librement donné (exemples : l'article L.121-25 C. consom. fr. relatif au démarchage ou à la vente à domicile prévoit que dans les sept jours qui suivent l'engagement d'achat, le client peut y renoncer ; l'article L 271-1 CCH fr. prévoit un mécanisme identique pour l'acquisition d'un bien immobilier par un non professionnel). Dans le même sens, l'article 55 de la loi libanaise n°659/2005 sur la protection du consommateur énonce : « Nonobstant tout texte contraire, le consommateur qui contracte dans les termes de ce chapitre [opérations à distance] peut renoncer à sa décision d'acheter ou de louer le produit, ou de bénéficier du service, et ce dans un délai de dix jours à compter de la date du contrat s'agissant d'un service, de la date de la livraison s'agissant d'un produit ». D'une manière plus générale, la loi permet parfois au débiteur de ne pas exécuter sa prestation. Ripert parlait déjà dans un article volontairement provocateur, lorsqu'avait été réformé l'article 1244 du Code civil qui autorise le juge à accorder des délais de paiement au débiteur, du « droit de ne pas payer ses dettes »⁷². Dans le même sens, l'article 115 COC permet au juge d'« accorder des délais modérés pour l'exécution de l'obligation et ordonner qu'il sera sursis à l'exécution des poursuites ». Et l'article 241 alinéa 3 COC autorise le juge « même en cas d'inexécution totale, d'accorder au débiteur un ou plusieurs délais successifs, en considération de sa bonne foi ».

La loi française du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles permet au juge d'échelonner et même de réduire la dette du débiteur de bonne foi (art. L 331-7 C. consom. fr.). Un pas de plus a été franchi avec l'instauration de la procédure de rétablissement personnel qui efface les dettes d'une personne physique surendetté (art. L 330-1 et s. C. consom. fr.).

Le juge est également intervenu pour rogner la force obligatoire des conventions. Le législateur lui a permis de réduire une clause pénale manifestement excessive ou dérisoire (cf. *infra* nos 170 et s.). Plus éloquent encore est le pouvoir que s'est reconnu la jurisprudence d'annuler une clause abusive. La loi française du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs avait prévu dans son article 35 (art. L 132-1 C. consom. fr.) que peuvent être interdites par décret certaines clauses dites abusives. Le pouvoir réglementaire n'étant intervenu que d'une manière limitée par le décret du 24 mars 1978, la Cour de cassation s'est arrogée le pouvoir de déclarer une clause abusive et donc nulle en l'absence même de décret⁷³, ce pouvoir ayant été confirmé par la loi du 1^{er} février 1995. Les tribunaux se sont même autorisés à soulever d'office ce caractère abusif⁷⁴ (cf. *supra* n° 23). La jurisprudence s'est également permis d'écarter une clause d'un contrat au motif qu'elle était en contradiction avec l'économie générale de la convention⁷⁵. Enfin, le juge a également « découvert » dans le contrat certaines

⁷² « Le droit de ne pas payer ses dettes », *DH* 1936.57.

⁷³ Depuis Civ. 1^{re}, 14 mai 1991, *Bull. civ.*, n° 153, *JCP* 1991, II, 21763, note G. PAISANT ; *D* 1991.449, note J. GHESTIN ; *RTD civ.* 1991.526, obs. J. MESTRE.

⁷⁴ CJCE 27 juin 2000, *JCP* 2000, II, 10513, note CARBALLO-FIDALGO et PAISANT.

⁷⁵ Com. 15 févr. 2000, *JCP E* 2001, 320, obs. J.-B. SEUBE ; *RTD civ.* 2000, 325, obs. J. MESTRE et B. FAGES (clause d'invisibilité entre deux contrats).

clauses auxquelles les parties n'avaient pas songé, telle l'obligation de sécurité dans le contrat de transport (cf. *infra* n° 123).

26

Affaiblissement de l'effet relatif. L'effet relatif du contrat est également menacé. Depuis longtemps déjà, le contrat est considéré comme un fait social, que les tiers doivent respecter ou même qu'ils peuvent invoquer contre les parties (cf. *infra* n° 128). D'une manière plus récente, la doctrine a rivalisé de poésie pour montrer qu'un contrat ne peut plus être analysé indépendamment de son contexte, la plupart des contrats conclus s'insérant dans une opération plus complexe : « À la tendresse pour le grain succède la ferveur pour la grappe ⁷⁶ » ; « de continent superbement isolé, le contrat est devenu l'île d'un archipel animé d'une vie collective ⁷⁷ » ; « que de contrats où le duo se fait chœur ⁷⁸ ». Poussés à l'extrême, ces liens peuvent conduire à l'indivisibilité entre contrats ⁷⁹ (cf. *infra*, n° 141, 179).

2. Recherche d'autres fondements

27

Si l'importance du rôle de la volonté des parties dans le contrat n'est guère vraiment contestée ⁸⁰, le déclin de l'autonomie de la volonté a conduit la doctrine à rechercher d'autres fondements au contrat.

Certains auteurs ont insisté sur le rôle économique du contrat, dont le fondement serait d'être la « judiciarisation des besoins et des activités économiques » ⁸¹. Telle est d'ailleurs la conception du droit anglais pour qui le contrat est avant tout une affaire, *a bargain* ⁸² : l'élément essentiel du *contrat* est la *considération*, la contrepartie que recherche chaque partie qui s'engage. Poussant le raisonnement, la fameuse théorie de l'*efficient breach of contract* fait de l'efficacité économique le fondement de la force obligatoire du contrat : on peut permettre aux contractants de ne pas exécuter leur contrat si l'inexécution est plus efficace sur le plan économique.

D'autres auteurs ont essayé de coupler efficacité économique et justice sociale : ainsi, pour le professeur Ghestin, le contrat est marqué par l'utile et le juste : « la liberté contractuelle et même la règle morale du respect de la parole donnée, doivent se concilier avec d'autres préoccupations : d'une part, l'utilité sociale, le bien public, qu'exprime particulièrement la notion d'ordre public et celle de sécurité juridique, qui protège à la fois la confiance, notion morale, et le crédit, besoin social

⁷⁶ J.-M. MOUSSERON, préf. à B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 39, 1975, XV.

⁷⁷ M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », *Mélanges G. MARTY*, Dalloz, 1978, 248.

⁷⁸ P. CATALA, préf. à R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 213, 1991, p. XIII.

⁷⁹ J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Bibl. dr. entr., n° 40, Litec, 1999, préf. M. CABRILLAC.

⁸⁰ Comp. pourtant G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965, qui écarte tout rôle de la volonté dans le contrat : la force obligatoire du contrat résiderait dans la confiance du créancier.

⁸¹ J.-M. PUGHON, « L'approche économique du contrat », *Droits*, n° 12, 57.

⁸² Cf. R. DAVID et D. PUGSLEY, *Les contrats en droit anglais*, 2^e éd., LGDJ, 1985, nos 71 et s.

et économique ; d'autre part, la justice et son corollaire la loyauté, que traduisent les nombreuses références à la notion morale de bonne foi »⁸³.

Un courant de pensée aux racines anciennes quoique floues, le solidarisme contractuel, a récemment ressurgi, porté par de jeunes et talentueux auteurs, pour considérer le contrat non plus comme la rencontre d'intérêts égoïstes mais une œuvre de coopération entre partenaires⁸⁴. La confiance pourrait ainsi constituer un fondement du contrat⁸⁵.

Ainsi s'explique le développement de notions cadre, sous l'influence du juge, qui imprègnent le droit contemporain des contrats : bonne foi (cf. *infra* n° 123), abus de droit (cf. *infra* n° 77), équité (cf. *infra* n° 123). L'avant-projet Catala consacre le rôle croissant de ces notions, en particulier la bonne foi, en étendant cette exigence à la formation du contrat (art. 1104).

3. Vitalité du contrat

28

Le déclin de l'autonomie de la volonté n'a pas entraîné celui du contrat. Si on s'est inquiété un peu vite d'une prétendue crise du contrat⁸⁶, il n'en est rien en réalité, et l'on pourrait plutôt parler d'« un nouvel essor du concept contractuel »⁸⁷. Le contrat investit des secteurs qui lui étaient traditionnellement fermés : le droit de la famille, le droit administratif, le droit de l'environnement... La souplesse du contrat en fait un instrument privilégié pour le législateur contemporain préférant à un droit imposé un droit concerté, comme en témoigne le rôle croissant des conventions collectives de travail. Enfin, la variété des contrats qui ne cesse de s'accroître grâce à l'imagination vivifiante de la pratique (exemple : le développement des contrats en -ing : camping, parking, *factoring*, leasing...), prouve, s'il en était besoin, la vitalité du contrat, qui profite également du développement des nouvelles technologies⁸⁸.

⁸³ N° 52 et nos 172 et s.

⁸⁴ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *Mélanges F. TERRE*, op. cit., p. 603 ; C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXIème siècle*, *Etudes offertes* à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, p. 441 ; *Le solidarisme contractuel*, sous la dir. de M. NICOD et L. GRYNBAUM, Economica, 2004.

⁸⁵ V. EDEL, *La confiance en droit des contrats*, thèse, Montpellier, 2006.

⁸⁶ H. BATIFFOL, « La crise du contrat », *APD* 1968, t. XIII, p. 13.

⁸⁷ Titre de l'article de M. VASSEUR, *RTDciv.* 1964.4 et s. *Ad.* : « L'évolution contemporaine du droit des contrats », Journées SAVATIER, PUF, 1986 ; *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987 ; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTDciv.* 1997, 357 et s. ; P. MALAURIE, « Le droit civil français des contrats à la fin du XXe siècle », *Mélanges M. CABRILLAC*, Litec, 1999, p. 187 et s. ; F. TERRE, *Le contrat à la fin du XXème siècle*, *Rev. sc. mor. et polit.* 1998, 299 et s. ; « Le contrat au début du XXIe siècle », *Études offertes* à Jacques GHESTIN, LGDJ, 2001 ; *La nouvelle crise du contrat*, op. cit.

⁸⁸ P. CATALA, *L'informatique et l'évolution des modèles contractuels*, *JCP* 1993, I, 3867 ; M. VIVANT, *Les contrats du commerce électroniques*, Litec, 2000 ; P. Le TOURNEAU, *Contrats informatiques et électroniques*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2004.

SECTION 2

CLASSIFICATIONS DES CONTRATS

29

Les contrats sont aussi nombreux que le permet la liberté contractuelle, c'est-à-dire l'imagination de ceux qui les élaborent, d'où l'utilité de classifications. Plusieurs figurent dans le Code civil (§ 1), d'autres lui sont postérieures (§ 2). Le Code libanais s'inspirant des modèles français a forgé ses propres classifications (§3).

§ 1 LES CLASSIFICATIONS DU CODE CIVIL

A- Contrat synallagmatique et contrat unilatéral (art. 1102 et 1103 C. civ.)

30

Contenu. « Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres » (art. 1102 C. civ.), c'est-à-dire lorsqu'il crée des obligations réciproques à la charge des deux parties. Par exemple, la vente est synallagmatique car le vendeur doit transférer la propriété de la chose et l'acheteur payer le prix. Le contrat est unilatéral « lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement » (art. 1103 C. civ.), c'est-à-dire lorsqu'il ne produit des obligations qu'à la charge d'une partie. Par exemple, la donation est un contrat unilatéral car, si le donateur est obligé de transférer la propriété du bien donné au donataire, ce dernier n'a aucune obligation. Cet exemple montre que la distinction n'est pas toujours aisée. Si la donation est assortie d'une charge imposée au donataire, elle devient un contrat synallagmatique.

31

Intérêts. On peut en relever deux principaux :

- la preuve d'un contrat synallagmatique doit être apportée par un acte sous seing privé établi « en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct » (art. 1325 C. civ.). La preuve d'un contrat unilatéral constatant une obligation de payer une somme d'argent ou de livrer une chose fongible doit porter, outre la signature de celui qui s'engage, « la mention, écrite par lui-même de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres » (art. 1326 C. civ.) ;

- les obligations des parties à un contrat synallagmatique étant réciproques, si l'un des contractants n'exécute pas son obligation, l'autre peut se retrancher derrière cette inexécution pour ne pas exécuter la sienne (exception d'inexécution, art. 1184 C. civ. : cf. *infra* n^{os} 173 et s.). De même, un contractant qui a exécuté sa prestation mais n'a pas reçu celle de son partenaire peut demander restitution de sa prestation (résolution pour inexécution : cf. *infra* n^{os} 176 et s.).

B- Contrat commutatif et contrat aléatoire (art. 1104 C. civ.)

32

Contenu. Le contrat est commutatif « lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de son qu'on fait pour elle » (art. 1104 C. civ.), c'est-à-dire lorsque l'importance des prestations de chaque partie est connue le jour de la formation du contrat. Par exemple, le contrat de vente est commutatif car les prestations du vendeur et de l'acheteur sont connues au moment de la formation de la vente. « Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain » (art. 1104 al. 2 C. civ.), c'est-à-dire lorsque l'importance des prestations de l'une au moins des parties n'est pas connue au moment de la formation du contrat, le contrat est aléatoire. L'exemple le plus parlant est la vente contre rente viagère par lequel l'acheteur s'engage à verser au vendeur une rente jusqu'à sa mort.

33

Intérêt. L'intérêt principal de la distinction tient à la possibilité d'agir en rescision pour lésion. Dans le contrat commutatif, les prestations étant connues dès la formation du contrat, leur déséquilibre peut être apprécié et la rescision pour lésion admise. À l'inverse, la rescision pour lésion n'est pas possible dans les contrats aléatoires : l'aléa chasse la lésion.

C- Contrat à titre gratuit et contrat à titre onéreux (art. 1105 et 1106 C. civ.)

34

Contenu. Le contrat à titre gratuit « est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit » (art. 1105 C. civ.). La donation est le type même de contrat à titre gratuit, mais d'autres contrats peuvent être à titre gratuit s'ils sont dépourvus de contrepartie : prêt sans intérêt, mandat non rémunéré... Le contrat à titre onéreux « est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose » (art. 1106 C. civ.). La définition est proche de celle de contrat synallagmatique, mais les deux catégories ne coïncident pas toujours : un contrat peut être synallagmatique et à titre gratuit (exemple : bail sans stipulation de loyer).

Intérêt. Il est double :

- la formation des contrats à titre gratuit est généralement soumise à des conditions plus rigoureuses, en particulier quant aux conditions de forme et de capacité : la personne qui s'engage sans contrepartie doit être davantage protégée ;

- la charge qui pèse sur celui qui accomplit gratuitement une prestation est moins lourde que celle qui pèse sur un débiteur à titre onéreux. La garantie des vices cachés ne joue pas en cas de donation : « à cheval donné, on ne regarde pas les dents ». De plus, la responsabilité du débiteur en cas d'inexécution est appréciée moins sévèrement dans les contrats à titre gratuit que dans les contrats à titre onéreux.

D- Contrat nommé et contrat innommé

Cette distinction est simplement évoquée par l'article 1107 du Code civil. Le contrat nommé est celui qui est qualifié et réglementé par la loi (exemple : vente, bail, travail...) ; le contrat innommé ne fait l'objet d'aucun régime légal spécifique (exemple : abonnement). La distinction n'emporte pas de grandes conséquences pratiques, les deux catégories étant soumises au droit commun des contrats.

<p>§ 2 LES CLASSIFICATIONS POSTÉRIEURES</p> <p>AU CODE CIVIL</p>
--

A- Contrat à exécution instantanée et contrat à exécution successive

Contenu. Le contrat à exécution instantanée est le contrat dont les obligations sont susceptibles d'être exécutées en un seul instant. Ainsi la vente est en principe à exécution instantanée, le transfert de propriété et le paiement du prix pouvant avoir lieu en un seul moment. Le contrat est à exécution successive lorsque les obligations d'une au moins des parties s'échelonnent dans le temps (exemples : travail, bail). La distinction n'est pas toujours très claire : la catégorie intermédiaire des contrats à exécution échelonnée (exemple : vente avec livraisons successives) se rattache tantôt à l'une, tantôt à l'autre des catégories⁸⁹. De plus, cette distinction ne prend pas en compte une catégorie plus large que celle de contrat successif, le contrat en cours, contrat dont une des prestations est différée, qui intéresse les

⁸⁹ Civ. 1^{re}, 13 janv. 1987, *Bull. civ.*, 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. » *Ad.* : M.-L. CROSS, « Les contrats à exécution échelonnée », *D* 1989, 49.

conflits de lois dans le temps et le droit des « faillites » (l'administrateur judiciaire peut demander la continuation des contrats en cours, art. L 621-28 C. com.).

Parmi les contrats à exécution successive, il faut distinguer les contrats à durée déterminée, dont la durée d'exécution est limitée par l'existence d'un terme (exemple : contrat de travail conclu pour une durée de six mois), et les contrats à durée indéterminée, qui s'appliquent sans détermination de durée (exemple : contrat de travail de droit commun).

38

Intérêt. L'intérêt de la distinction entre contrat à exécution instantanée et contrat à exécution successive tient aux effets de la résolution pour inexécution qui consistent traditionnellement dans la disparition rétroactive du contrat et donc dans la restitution des prestations de chacune des parties. Si la résolution d'un contrat à exécution instantanée ne fait pas difficulté, comment faire disparaître un contrat successif qui a déjà produit ses effets ? Concrètement, comment restituer au salarié la prestation de travail qu'il a déjà exécuté ? Aussi, on considère qu'il ne peut pas y avoir de résolution du contrat à exécution successive, mais simplement résiliation, qui ne produit ses effets que pour l'avenir (cf. *infra* n° 179).

L'intérêt principal de la distinction entre contrats à durée déterminée et à durée indéterminée est que traditionnellement les parties ne peuvent rompre les premiers avant l'arrivée du terme fixé, alors que chacune peut en principe résilier unilatéralement les seconds. Mais cette jurisprudence tend à être remise en cause aujourd'hui. (cf. *infra* n° 113).

B- Contrat consensuel, contrat réel et contrat solennel

39

Contenu. Cette distinction est héritée du droit romain qui connaissait les contrats *re, litteris, verbis et consensu*. En vertu du principe du consensualisme, découlant de l'autonomie de la volonté, la catégorie de principe est celle du contrat consensuel, qui se forme par la seule rencontre des volontés (exemple : vente). Le contrat réel ne se forme que par la remise de la chose objet du contrat : on peut citer à titre d'exemples le dépôt, le gage, le prêt, du moins lorsqu'il est consenti par un particulier ⁹⁰... Le contrat solennel est subordonné au respect d'une formalité, généralement la rédaction d'un écrit, acte authentique ou sous seing privé. Le Code civil impose la rédaction d'un acte authentique pour la donation (art. 931 C. civ.) ; le contrat de mariage (art. 1394 C. civ.) ; la constitution d'hypothèque (art. 2127 C. civ.) et la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur (art. 1250 C. civ.). On a pu relever une renaissance du formalisme, un accroissement du nombre des contrats pour la validité desquels un écrit est exigé, sous l'influence du développement de la protection des consommateurs (cf. *supra* n° 24).

⁹⁰ Lorsqu'un prêt est consenti par un professionnel du crédit, il ne constitue pas un contrat réel, la promesse de prêt étant alors susceptible d'exécution forcée (Civ. 1^{re}, 18 mars 2000, *Bull. civ.*, n° 105, *D* 2000, 482, note S. PIEDELIEVRE, *JCP* 2000, II, 10026, concl. SAINTE-ROSE, *Defrénois* 2000, 720, obs. J.-L. AUBERT.

Si cette distinction n'est pas expressément énoncée par le Code civil français, elle pourrait être consacrée par les projets européens puisqu'elle figure parmi les propositions de l'Académie des privatistes européens⁹¹.

40

Intérêts. La distinction est importante : un contrat solennel pour lequel la formalité exigée ne sera pas accomplie ou un contrat réel dans lequel la chose objet du contrat n'aura pas été remise est nul. La solution a été affirmée par la jurisprudence à propos de la promesse ⁹² : la promesse de contrat solennel doit revêtir la forme exigée pour le contrat lui-même et la promesse de contrat réel est également subordonnée à la remise de la chose, sinon leur inexécution ne peut déboucher que sur l'octroi de dommages-intérêts, pas sur une exécution forcée ⁹³.

C- Contrat simple et contrat conjonctif ⁹⁴

41

Contenu. Le contrat conjonctif est le contrat dans lequel plusieurs personnes sont rassemblées au sein d'une partie plurale (exemples : co-entreprise, co-assurance, pool bancaire...). À l'inverse, le contrat simple est constitué de deux parties composées chacune d'une seule personne (exemple : vente conclue entre un seul vendeur et un seul acheteur) ⁹⁵.

42

Intérêts. L'intérêt principal de la distinction est de faire apparaître une obligation de collaboration et une obligation de ne pas se nuire au sein de la partie plurale. Ainsi, par exemple, les co-entrepreneurs sont tenus de s'informer mutuellement de l'état d'avancement de leurs travaux respectifs, voire de s'entraider pour assurer la meilleure exécution au maître de l'ouvrage. De même, chaque co-auteur d'une œuvre de collaboration ne doit pas nuire aux autres, par exemple en ne respectant pas le délai d'exécution.

D- Contrat d'adhésion et contrat de gré à gré

43

Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être « librement discutées », selon une définition empruntée à l'article 1379 du Code civil du Québec. Par exemple, le

⁹¹ Art. 34 CEC.

⁹² Cf. M.-N. JOBARD-BACHELIER, « Existe-t-il des contrats réels en droit français ? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif », *RTD civ.* 1985, 1.

⁹³ Civ. 1^{re}, 20 juill. 1981, *Bull. civ.*, n° 267 ; *Deffrénois* 1982, 1085, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1982, 427, obs. Ph. REMY (promesse de prêt d'argent) ; Civ. 3^e, 7 avr. 1993, *Bull. civ.*, n° 55 ; *Deffrénois* 1993, art. 35617, n° 104, obs. L. AYNES.

⁹⁴ Cf. R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, LGDJ, Bibl. dr. privé, 1991, t. 213, préf. P. CATALA. Des auteurs parlent parfois de co-contrat pour désigner le contrat conjonctif (Ph. MALAURIE, L. AYNES ET Ph. STOFFEL-MUNCK, n° 843). *Ad.* : J.-H. MARMAYOU, *L'unité et la pluralité contractuelle entre les mêmes parties*, PUAM, 2002, préf. J. MESTRE.

⁹⁵ Pour des illustrations jurisprudentielles, cf. *RTDciv.* 2002, 805, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

contrat de transport passé entre la SNCF et un passager est d'adhésion. À l'inverse, chacune des parties peut négocier les clauses d'un contrat de gré à gré.

La distinction a été proposée par la doctrine⁹⁶ pour protéger un contractant contre un partenaire plus puissant économiquement. Si elle ne fait pas directement partie du droit positif, elle a inspiré de nombreuses dispositions protectrices du consommateur. À la distinction contrat d'adhésion — contrat de gré à gré tend à se substituer une distinction fondée sur la qualité des contractants : contrat conclu entre professionnels — contrat conclu entre un professionnel et un non professionnel, le régime de ce dernier étant très protecteur du non professionnel.

Elle trouve un écho certain dans les projets de code européen, qui réservent un sort plus enviable aux clauses négociées⁹⁷.

<p style="text-align: center;">§ 3 LES CLASSIFICATIONS DU CODE DES OBLIGATIONS ET DES CONTRATS</p>

44

L'article 167 COC divise les contrats en :

- 1- Contrats unilatéraux au synallagmatiques ;
- 2- Contrats à titre onéreux ou à titre gratuit ;
- 3- Contrats consensuels ou solennels ;
- 4- Contrats de gré à gré ou par adhésion ;
- 5- Contrats individuels ou collectifs ;
- 6- Contrats d'acquisition ou de garantie ;
- 7- Contrats nommés ou innommés ».

De la lecture de ce texte, il résulte que le Code libanais a emprunté les classifications du Code civil et celles qui l'ont suivies. En outre, il en a ajouté d'autres dictées par son rédacteur, le doyen Jossierand⁹⁸.

⁹⁶ Cf. R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, 1901. Elle a été reprise par de nombreux auteurs depuis (en partic. : DOLLAT, *Les contrats d'adhésion*, th., 1905 ; G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 132, 1975, préf. B. GOLDMAN).

⁹⁷ Cf, par exemple, art. 5 : 103 PDEC : « Dans le doute, les clauses du contrat qui n'ont pas été l'objet d'une négociation individuelle s'interprètent de préférence contre celui qui les a proposées ». Voir aussi art. 38 CEC.

A. CLASSIFICATIONS EMPRUNTÉES

1. Contrat synallagmatique et contrat unilatéral (art. 168 COC).

45

Contenu. « Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les parties s'engagent réciproquement les unes envers les autres, en vertu de l'accord intervenu entre elles » (art. 168 al. 2 COC). Il est donc synallagmatique en raison du nombre de volontés engagées les unes envers les autres. Par conséquent, le défaut de rédaction du contrat en autant d'originaux que de parties, condition relevée à l'article 362 COC n'affecte nullement la nature synallagmatique du contrat ⁹⁹. Le contrat est unilatéral si l'un ou quelques uns des contractants s'engagent envers l'autre ou envers les autres, sans réciprocité, en sorte que les uns soient uniquement créanciers et les autres uniquement débiteurs (art. 168 al. 1 COC).

Le contrat reste unilatéral « si l'une des parties seulement est obligée à l'origine et que l'autre soit exposée à assumer par la suite certaines obligations à raison de circonstances particulières et à l'occasion de l'exécution du contrat, l'opération n'en conserve pas moins son caractère unilatéral (dépôt, commodat, gage) » ¹⁰⁰.

46

Intérêts. Aux intérêts évoqués plus haut ¹⁰¹, nous pouvons ajouter qu'en matière de contrat synallagmatique, les risques de la perte de la chose incomberont au débiteur de la prestation devenue impossible (art. 243 al. 2 COC). Egalement, l'impossibilité entraîne la caducité de l'obligation laquelle entraîne, à son tour, la caducité de l'obligation parallèle pour défaut de cause. De même, le contrat synallagmatique ne peut être à titre gratuit alors que le contrat unilatéral peut être à titre gratuit ou à titre onéreux.

2. Contrat à titre onéreux et contrat à titre gratuit (art. 169 et 170 COC).

47

Contenu. « Le contrat est à titre onéreux lorsqu'il est aménagé dans l'intérêt de toutes les parties qui en retirent les avantages considérés comme sensiblement équivalents (vente, échange, louage, contrat de travail, prêt à intérêt) » ¹⁰². Les contrats à titre onéreux se subdivisent en contrats commutatifs et contrats

⁹⁸ Cf, J. JOSSERAND, t II, n°18, 10 et s.

⁹⁹ Civ. 1^{re} lib., n°117, 19 déc. 2000, *Al Adl* 2000 J., 243.

¹⁰⁰ Art. 168 al. 3 COC.

¹⁰¹ Sur le nombre d'originaux en matière de contrat synallagmatique, cf art. 363 al 1 COC ; sur l'obligation de faire précéder la mention « Bon pour » dans un contrat unilatéral, cf. art. 363 al. 1 COC ; sur la résolution pour inexécution, cf. art. 239 COC. Si le Code libanais n'a pas expressément consacré l'exception pour inexécution celle-ci résulte de l'article 241 COC qui sous-entend la condition résolutoire dans tous les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne remplirait pas ses engagements. Etant entendu qu'elle trouve certaines applications pratiques comme par exemple l'article 407 al. 2 COC énonçant : « Le vendeur qui n'a pas accordé de termes pour le paiement n'est pas tenu de délivrer la chose tant que l'acheteur n'en paie le prix », v. *infra* n°176.

¹⁰² Art. 169 al. 1 COC.

aléatoires ¹⁰³. Le contrat commutatif est celui dans lequel l'importance des prestations est fixée d'une façon ferme, dès l'origine, en sorte que chacune des parties puisse, au jour de la convention, mesurer les avantages qu'elle retire de l'opération ainsi que les sacrifices qu'elle consent » ¹⁰⁴. Le contrat est aléatoire lorsque l'importance ou l'existence d'une ou de plusieurs prestations est subordonnée à un événement dont l'incertitude fait obstacle à une appréciation de ce genre (assurance, rente viagère) ¹⁰⁵. Un contrat onéreux peut être, soit synallagmatique (vente, échange), soit unilatéral (prêt à intérêt) ¹⁰⁶.

Le contrat est à titre gratuit « s'il est aménagé dans l'intérêt de l'une des parties et sans que l'autre puisse espérer un avantage sensiblement équivalent au sacrifice qu'elle consent (donation, commodat, prêt d'argent sans intérêt). L'opération conserve son caractère gratuit encore que la partie gratifiée soit astreinte à certaines charges ou à certaines obligations, fût-ce même au profit du disposant (donation avec charge) : l'acte doit être examiné dans son ensemble et en fonction de l'esprit dans lequel il a été conçu ¹⁰⁷. Le contrat à titre gratuit peut être soit synallagmatique (donation avec charges) soit unilatéral (donation ordinaire) ¹⁰⁸.

48

Intérêt. Aux intérêts précédemment relevés, nous ajouterons que l'*intuitus personae* a un rôle très pesant dans les contrats à titre gratuit. La responsabilité du contractant à titre gratuit, regardé comme un bienfaiteur, sera appréciée plutôt restrictivement. L'acte gratuit présente une certaine anormalité et dangerosité pour les héritiers et ou créanciers du contractant. Par conséquent, certains recours interdits pour un acte onéreux seront admis à l'encontre de l'acte à titre gratuit. Ainsi en est-il de l'action paulienne intentée à l'encontre du donateur même en l'absence de complicité avec le donataire ¹⁰⁹.

3. Contrat consensuel et contrat solennel (art. 171 COC).

49

Contenu. Le contrat est consensuel lorsque la formation n'en est subordonnée à aucune condition extérieure particulière et que le consentement des parties peut se manifester sous une forme quelconque, en toute liberté (art. 171 al. 1 COC). L'alinéa 3 de l'article 171 COC pose le principe selon lequel : « Les conventions se forment par le seul et libre consentement des parties ; aucune solennité n'est obligatoire qu'en vertu d'un texte de la loi en prescrivant l'emploi » ¹¹⁰.

Le contrat est solennel lorsque le consentement doit, par la loi, s'extérioriser suivant des procédés particuliers et, par exemple, dans un acte authentique. (art. 171 al 2 COC). Il en est de même lorsque le contrat porte sur un droit réel

¹⁰³ Art. 170 al. 1 COC. Cette subdivision a été inspirée par JOSSERAND, t II n°29, 17.

¹⁰⁴ Art. 170 al. 2 COC.

¹⁰⁵ Art. 107 al. 3 COC. Le contrat par lequel un propriétaire confie à un agriculteur l'exploitation de son terrain en contrepartie du partage des gains résultant de la vente des produits cultivés est un contrat aléatoire : Civ. 2^e lib., n°47, 10 juin 2004, *Rev. Cassandre* 2004/6, 952.

¹⁰⁶ Art. 169 al. 3 COC.

¹⁰⁷ Art. 169 al. 2 COC.

¹⁰⁸ Art. 169 dernier al. COC.

¹⁰⁹ Cf. art. 278 COC.

¹¹⁰ V. aussi art. 220 al. 1 COC.

immobilier, celui-ci ne peut valablement s'exprimer, même entre les parties, que par l'effet de son inscription au registre foncier ¹¹¹.

50

Intérêts. La solennité peut affecter la validité du contrat ou sa preuve ¹¹². Elle peut viser la protection des tiers et/ou du public. En ce sens, l'article 220 alinéa 2 COC réserve l'hypothèse où la « convention ne produirait pas tous ses effets et qu'elle ne devienne opposable aux tiers que par l'accomplissement de certaines mesures de publicité qui sont d'ordre public et en dehors desquelles elle ne saurait rayonner au-delà du cercle des parties et de leurs ayants cause à titre universel ».

Egalement, la solennité peut réduire la qualité d'agir en justice. A ce propos, la haute Cour libanaise affirme que la simple conclusion d'un contrat de vente portant sur un bien immeuble ne confère pas aux acheteurs le droit d'agir en justice contre les tiers avant d'enregistrer ledit bien ; et, dans ce cas, il convient d'appeler le vendeur à l'instance dans la mesure où le droit personnel résultant du contrat de vente non enregistré a pour seul effet d'exiger du vendeur l'enregistrement du bien en leur nom; les acheteurs n'étant nullement subrogés aux droits du vendeur qu'après l'enregistrement ¹¹³.

La solennité peut vouloir protéger les intérêts propres des parties contractantes. A ce propos, l'alinéa 3 de l'article 220 COC énonce : « Si les parties ont convenu de donner à l'acte une forme spéciale que la loi n'exige point et, par exemple, la forme écrite, le contrat n'est conclu et ne produit ses effets, même, *inter partes*, qu'au moment où cette forme a été satisfaite ».

4. Contrat de gré à gré et contrat d'adhésion (art. 172 COC).

51

Contenu. Le contrat est dit de gré à gré « lorsque les conditions en sont librement, débattues et établies par les parties » vente ordinaire, louage, échange, prêt ¹¹⁴. En revanche, lorsque l'une des parties se borne à donner son adhésion à un projet réglementaire qui lui est soumis purement et simplement et dont elle ne saurait, en droit ou en fait, discuter le contenu, on dit que le contrat se forme par adhésion. Ainsi en est-il du contrat de transport conclu avec une compagnie de chemin fer, du contrat d'assurance ¹¹⁵.

52

Intérêts. L'intérêt réside, également, dans le fait que très souvent les clauses insérées dans les contrats d'adhésion y sont « glissées » à l'insu de l'assuré, du voyageur etc., et plus généralement du consommateur qui peut contracter sans prendre connaissance effective de leur contenu. Par conséquent, le juge n'imposera

¹¹¹ E. TYAN, Le contrat portant sur un droit réel n'est-il pas soumis à une condition de forme? *Annales Fac. de droit de Beyrouth*, 1963, 13; L'inscription au registre foncier est-elle une condition de validité de la donation des droits réels immobiliers. *Ibid*, 19, v. *supra* n°7.

¹¹² V. *supra* n°7.

¹¹³ Civ. 9^e lib., n°77, 31 oct. 2005, *Rev. Cassandre* 2005/10, 1710.

¹¹⁴ Art. 172 al. 1 COC.

¹¹⁵ Art. 172 al. 2 COC.

la clause litigieuse que s'il constate qu'elle a été véritablement acceptée par toutes les parties et à la condition qu'elle ne soit pas abusive.

B. CLASSIFICATIONS AJOUTÉES

1. Contrat individuel et contrat collectif (art. 173 COC).

53

Contenu. Le contrat est individuel lorsqu'il requiert le consentement unanime des parties et quand bien même il intéresserait un nombre considérable de personnes, humaines ou juridiques ¹¹⁶. Par conséquent, le contrat est individuel, quelque soit le nombre des parties du moment que chacune d'elles doit donner son consentement pour être liée. Il est collectif lorsqu'il est imposé par une majorité à une minorité de telle sorte qu'il lie des personnes qui n'y ont point consenti : contrat collectif de travail, ou concordat en cas de faillite ¹¹⁷. Ainsi, le contrat collectif, lie une collectivité abstraction faite du consentement individuel de chacun des membres de cette collectivité ¹¹⁸. Dans ce contexte, on peut évoquer certains contrats dits contrats-type que l'Administration ou différents établissements publics utilisent dans lesquels sont consignées différentes dispositions à respecter dans l'intérêt des parties, et ce dans divers domaines : métayage, assurance maritime, etc. La pratique du contrat-type remonte à l'époque romaine. Le juge y recourait comme source de droit.

54

Intérêts. Le contrat collectif s'impose non seulement aux signataires du contrat mais également à tous ceux qui sont affiliés ou membres des signataires ainsi qu'à ceux qui s'affilieront ou deviendront ultérieurement membres des signataires. En outre, le contrat collectif a l'avantage d'unifier les règles s'agissant des intérêts collectifs, c'est-à-dire, les intérêts type.

2. Contrat d'acquisition et contrat de garantie (art. 174 COC).

55

Contenu. Les contrats sont d'acquisition ou de garantie selon qu'ils ont pour objet de faire pénétrer une valeur nouvelle dans le patrimoine des parties ou de l'une d'elles, ou bien de conserver ce patrimoine dans son état présent.

56

Intérêts. Le premier vise à accroître le patrimoine initial alors que le second vise à le maintenir en l'état.

3. Contrats nommés et contrats innommés (art. 175 COC).

¹¹⁶ Art. 173 al. 1 COC.

¹¹⁷ Art. 173 al.2 COC.

¹¹⁸ L. JOSSERAND, t II n°34, 23.

57

Contenu. Les contrats sont nommés ou innommés selon que la loi leur applique ou non un vocable et une configuration déterminés.

58

Intérêts. Cette distinction présente un intérêt quant aux règles applicables. En effet, la première partie du Code des obligations et des contrats relative à la théorie générale des obligations s'applique aux contrats tant nommés qu'innommés ¹¹⁹. Au contraire, celles qui figurent dans la deuxième partie ne sont applicables aux contrats innommés que par voie d'analogie et en considération des liens qu'ils présentent avec certaines opérations nommées ¹²⁰.

SECTION 3

APERCU SUR LA LOI APPLICABLE AUX CONTRATS INTERNATIONAUX

59

Historique et conditions d'application de la convention de Rome. Peu à peu¹²¹, la maîtrise par les parties du contenu du contrat a été étendue au droit international privé qui leur a reconnu le droit de choisir la loi applicable aux contrats internationaux, appelée loi d'autonomie. Ce choix a été consacré par la plupart des droits positifs et repris par la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui constitue aujourd'hui le droit commun en matière de contrats internationaux au sein de l'Union Européenne¹²². Ce texte, entré en vigueur en France au 1^{er} avril 1991, est applicable à partir du moment où le contrat présente un lien avec plus d'un Etat et n'appartient pas aux domaines que la convention exclut de son champ d'application¹²³ (droit contractuel de la famille, effets de commerce et autres instruments négociables, conventions d'arbitrage ou d'élection de for, contrats portant des questions de preuve et de procédure, contrats instituant une personne morale, contrats de représentation, trust et contrats d'assurance directe). Cette convention reconnaît la loi d'autonomie pour les règles de fond (§1) et offre une option aux parties en ce qui concerne la forme (§2). Elle constitue à l'heure actuelle le droit positif, mais il existe

¹¹⁹ Art. 175 al. 2 COC.

¹²⁰ Art. 175 al. 3 COC.

¹²¹ Traditionnellement, on fait remonter l'origine de cette évolution à Dumoulin et à la fameuse consultation qu'il a rendu dans l'affaire des époux Ganay. Sa consécration par la Cour de cassation date du début du 20^{ème} siècle : Civ. 5 déc. 1910 (arrêt American Trading Co.), S. 1911, 1, 129, note C. LYON-CAEN.

¹²² V. P. LAGARDE, Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980, *Rev. Crit. DIP* 1991, 287.

¹²³ Art. 1^{er} § 2 Convention de Rome.

un projet avancé de règlement européen visant à intégrer ses règles au droit communautaire, en leur apportant des modifications mineures¹²⁴.

§ 1 LE FOND : L'APPLICATION DE LA LOI D'AUTONOMIE

60

La convention de Rome permet aux parties de choisir la loi applicable à leur contrat **(A)** et, à défaut, instaure un mécanisme de désignation de cette loi **(B)**.

A- Choix par les parties de la loi applicable

61

Etendue du choix. La convention de Rome proclame : « le contrat est régi par la loi choisie par les parties » (art. 3). La liberté des parties est donc totale, celles-ci pouvant choisir n'importe quelle loi, y compris une loi ne présentant aucun lien avec le contrat et même celle d'un pays non signataire de la convention. A l'heure actuelle, cette liberté s'exerce au sein des lois étatiques. En effet, la désignation de règles non étatiques¹²⁵ (comme la *lex mercatoria* ou les Principes Unidroit) ne permet pas d'échapper au mécanisme de désignation de la loi applicable prévu à défaut de choix¹²⁶. Toutefois, ce point devrait être modifié si le projet de règlement européen aboutit (en effet, à ce jour, la proposition admet la désignation par les parties de codifications privées dont la qualité est reconnue par la communauté internationale). La convention offre également aux parties la possibilité de dépecer leur contrat c'est-à-dire de soumettre les différents aspects de leur accord à des lois distinctes (par exemple, désigner la loi française pour la formation du contrat et choisir la loi italienne pour ses effets). Cette dernière règle illustre la place accordée à la volonté des parties dans ce domaine, mais d'un point de vue pratique son utilisation n'est pas recommandée, la conciliation entre les différents droits nationaux pouvant être délicate. Enfin, les parties ont, à tout moment, la possibilité de modifier d'un commun accord la loi applicable (ou de la désigner si cela n'avait pas été fait).

¹²⁴ Com (2005) 650 final. Le texte est consultable sur www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2005/com2005_0650fr01.pdf.

¹²⁵ W. KASSIR, *Etude critique du contrat sans loi – Réflexion sur le droit des relations contractuelles*, Thèse Paris I, 1992.

¹²⁶ La doctrine majoritaire préconise alors de rechercher dans quelle mesure le droit étatique désigné permet l'application au contrat des règles choisies. Mais, il a aussi été proposé d'appliquer exclusivement la loi désignée par souci de pragmatisme, cf. P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, 8^e éd., Montchrestien, 2004, n° 703.

62

Modalités du choix. Soucieuse d'accorder la place la plus large possible à la volonté des parties, la convention de Rome reconnaît leur choix exprès (par exemple la clause selon laquelle la loi espagnole est applicable), mais valide aussi celui qui « résulte de façon certaine des circonstances de la cause »¹²⁷. Cette précision permet de révéler l'option des parties en présence, par exemple, d'une référence ponctuelle à la législation d'un Etat, du choix d'un type de contrat connu par un seul système juridique, d'un contrat accessoire à un autre contrat dont la loi a été expressément désignée. Toutefois, les clauses attributives de juridiction, qui rendent compétent l'ordre juridictionnel d'un pays, ne constituent qu'un indice sérieux qui, seul, ne suffit pas à rendre certaine la désignation. Il en est de même pour le choix de la langue dans laquelle le contrat est rédigé.

63

Limites. A l'instar du droit interne, la convention de Rome a encadré la volonté des parties en faveur des acteurs économiques supposés structurellement faibles, c'est-à-dire le consommateur et le salarié. En effet, si les parties peuvent valablement désigner la loi applicable à leur contrat, celle-ci ne pourra pas priver le consommateur et le salarié de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi considérée comme objectivement applicable, c'est-à-dire celle de sa résidence habituelle pour le consommateur et celle du lieu d'exécution habituelle du travail pour le salarié¹²⁸.

B- Désignation de la loi applicable à défaut de choix¹²⁹

64

Principe : la loi de la résidence du débiteur de la prestation caractéristique. A défaut de choix de la loi applicable, la convention prévoit d'appliquer la loi qui a le plus de liens avec le contrat¹³⁰. Cette loi est présumée être celle de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique. Cette prestation est celle qui permet d'identifier le contrat, de déterminer sa nature. Dans les contrats onéreux, elle est la contrepartie du paiement du prix (le transfert de propriété dans la vente, la mise à disposition d'un bien dans le bail, etc). Si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle du débiteur de la prestation, est retenue la loi du lieu de l'établissement qui doit fournir la prestation. Cette présomption a pu être critiquée car si elle se réfère à l'obligation caractéristique, elle ne retient pas le lieu de son exécution (souvent considéré comme le véritable centre de gravité du contrat), mais la localisation de son débiteur. Toutefois elle a l'avantage de la simplicité : la localisation est unique, alors que l'exécution peut se réaliser dans plusieurs Etats.

¹²⁷ Art. 3 § 1 Convention de Rome.

¹²⁸ Art. 5 et 6 Convention de Rome.

¹²⁹ Cette hypothèse est loin de constituer un cas d'école, en effet plus de la moitié des contrats internationaux ne contiennent pas de désignation de la loi applicable : P. LAGARDE, Introduction à l'étude de la convention de Rome I et de la proposition de règlement Rome II, Répertoire *Defrénois*, 15 avril 2005, 87.

¹³⁰ Art. 4 Convention de Rome. C'est en ce sens que se prononce la jurisprudence libanaise : Civ. 2^e lib., n°107, 15 déc. 2005, *Rev. Cassandre* 2005/12, 2238.

Exceptions. La loi ainsi désignée pourra être écartée « s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays »¹³¹. Cette dérogation, qui confère au critère précédent la nature de présomption simple, s'inspire du principe de proximité et entend introduire une certaine souplesse dans le système. Cependant, son application risque de susciter des discussions et de nuire ainsi à la prévisibilité des solutions¹³². Par ailleurs, certains contrats obéissent à un autre mode de désignation en raison de leurs particularités. Ainsi les contrats portant sur les immeubles se voient appliquer la loi du lieu de situation de ces biens (la *lex rei sitae*)¹³³, et dans un souci de protection les contrats conclus par un consommateur et un salarié sont soumis respectivement à la loi du lieu de résidence habituelle du consommateur et à celle du lieu d'accomplissement habituel du travail.

§ 2 LA FORME : L'OPTION OFFERTE AUX PARTIES

Souci de validité. L'article 9 de la convention de Rome admet que le contrat sera valable s'il satisfait soit aux règles de forme de la loi qui le régit au fond soit aux règles de forme de la loi du pays où il a été conclu (*lex loci actus*). Cette option favorise la validité du contrat en imposant au juge, dans le cas où l'une de ces lois annulerait le contrat, de rechercher le contenu de l'autre pour déterminer si elle peut consacrer son existence. Cette faveur s'explique par la volonté de faciliter la conclusion de contrats internationaux afin de contrebalancer les difficultés liées à la présence d'éléments d'extranéité. Cette bienveillance comporte des limites classiques : le respect des lois de police¹³⁴, le respect des règles impératives du pays de situation de l'immeuble¹³⁵ et pour les contrats conclus par un consommateur, le respect de la loi de sa résidence habituelle¹³⁶.

¹³¹ Art. 4 § 5 Convention de Rome.

¹³² Cf. en faveur d'un usage « extrêmement restreint » de cette possibilité, . P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, 8^e éd., Montchrestien, 2004, n° 725 ; T. VIGNAL, *Droit international privé*, Armand Colin, 2005, n° 382.

¹³³ En ce sens : CA Mont-Liban 10^e, n°480, 20 mai 2004, *Rev. Cassandre* 2004/5, 865.

¹³⁴ Art. 7 Convention de Rome.

¹³⁵ Art. 9 § 6 Convention de Rome.

¹³⁶ Art. 9 § 5 Convention de Rome.

SOUS-TITRE PREMIER

FORMATION DU CONTRAT

67

Plan. Seront successivement étudiées les conditions de formation (chapitre 1) et la sanction de ces conditions de formation (chapitre 2).

CHAPITRE PREMIER

CONDITIONS DE FORMATION

68

L'article 1108 du Code civil vise quatre conditions de fond : consentement (section 1), capacité (section 2), objet (section 3) et cause (section 4). S'il semble par son silence ne pas exiger de conditions de forme, il faut nuancer cette interprétation (section 5).

Le Code libanais évoque les conditions de formation du contrat dans les articles 166 et 167 COC ¹³⁷. De la lecture des articles, il résulte que le législateur a retenu trois conditions de fond : le consentement, l'objet et la cause. A l'inverse du Code civil, le Code libanais n'a pas retenu la capacité comme condition de formation du contrat ; influencé par le rédacteur du Code qui voyait dans l'incapacité un vice du consentement ¹³⁸. Pour cette raison, la capacité doit être approchée en droit libanais sous l'angle des vices du consentement. Quant aux conditions de forme, le Code l'a expressément évoqué puisque l'article 177 § 4 COC énonce : « Il est indispensable : ... qu' « il [le consentement] s'affirme, parfois, sous une forme déterminée ».

Les propositions européennes relatives à la formation du contrat semblent davantage centrées sur le consentement (section 6).

¹³⁷ Les contrats sont soumis à un droit de timbre. Toutefois, le non paiement de ce droit n'est pas de nature à affecter la validité du contrat : Civ. 1^{re} lib., n°54, 31 juillet 2002, *Bull. civ. Sader* 2002, 111.

¹³⁸ L. JOSSERAND, t II n°39, 25.

SECTION 1

LE CONSENTEMENT**§ 1 L'EXISTENCE DU CONSENTEMENT**

69

Négociations précontractuelles. On enseigne traditionnellement que le consentement ¹³⁹ est formé par la rencontre de l'offre et de l'acceptation. La loi perturbe parfois l'instantanéité de la rencontre des consentements en imposant un délai de réflexion pendant lequel le contrat ne peut pas être conclu (exemple : en vertu de l'article L 312-10 C.consom. fr. une offre de prêt pour une acquisition immobilière ne peut être acceptée que dix jours après sa réception). D'une manière plus générale, si ce schéma du « coup de foudre » contractuel correspond à la réalité pour la plupart des contrats de la vie courante portant sur des prestations de faible valeur économique, les « gros contrats » sont au contraire le fruit de négociations qui s'étalent dans le temps. Ces négociations doivent être menées de bonne foi : si chaque partie reste libre de conclure ou pas le contrat définitif, elle engagera sa responsabilité si elle a rompu « sans raison légitime, brutalement et unilatéralement des pourparlers avancés », comme en décide une jurisprudence déjà ancienne et constante ¹⁴⁰. Le préjudice réparable est alors constitué par les frais occasionnés par la négociation mais ne peut être étendu aux gains escomptés si le contrat avait été conclu ¹⁴¹. L'avant-projet Catala propose d'incorporer ces solutions dans le Code civil (art. 1104), muet sur cette question.

A l'inverse du Code civil, l'article 178 COC définit le consentement. C'est « le concours de deux ou plusieurs volontés, l'entente en vue de l'établissement de rapports obligatoires entre les parties ». Il se décompose en deux éléments l'offre ou sollicitation et l'acceptation ». En outre, l'article 178 COC précise que le consentement « et à moins qu'il ne se forme par simple adhésion, implique des tractations plus ou moins longues et complexes ». Ce faisant, l'article évoque le processus de formation du contrat : celui-ci commence par une offre, suivie de

¹³⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995, 573.

¹⁴⁰ Com., 20 mars 1972, *JCP* 1973.II.17543, note J. SCHMIDT ; *RTD civ.* 1972.779, obs. G. DURRY; Com. 7 janv. et 22 avr. 1997, *D* 1998, 45, note P. CHAUVEL, « La rupture des pourparlers constitue une faute délictuelle » ; v. F. HAJJ. CHAHINE, Responsabilité pré-contractuelle du fait de la rupture des pourparlers, lg. ar., *Al Adl* 1970-1980, 1 et s.

¹⁴¹ Com. 26 nov. 2003, *RTD Civ.* 2004, 80, obs. B. FAGES.

tractation de part et d'autre dans l'attente de l'acceptation ¹⁴². L'article 178 COC consacre donc expressément l'existence des négociations mais sans pour autant traiter de leur régime juridique.

Au-delà de ces négociations précontractuelles, on peut concevoir deux schémas d'élaboration d'un contrat.

70

Contrat formé par étapes successives. Les négociations doivent être menées de bonne foi : arrivés à un accord sur certains éléments du contrat, les parties souhaitent préciser les points de cet accord avant de continuer la négociation. On parle de « *punctation* », selon un mot emprunté au droit allemand, ou d'accord de principe ¹⁴³. Deux questions surgissent alors : quelle est la valeur de cet accord de principe ? à quelle étape le contrat définitif est-il formé ? La valeur juridique de l'accord de principe a été reconnue par la jurisprudence : les parties ont une obligation de négocier le contrat définitif ¹⁴⁴, qui n'est pas obligation de conclure. Le contrat définitif est formé par l'accord des parties sur les éléments essentiels du contrat : éléments objectivement essentiels ou éléments secondaires que les parties ont entendu considérer comme essentiels ¹⁴⁵.

71

Contrat précédé d'un avant-contrat. À l'inverse du simple accord de principe, le contenu juridique de l'avant-contrat est bien précis. On peut citer les principaux, que l'avant-projet Catala envisage d'inclure dans le Code civil (art. 1106 et s.) :

- la promesse unilatérale de contrat, par laquelle une partie confère au bénéficiaire la possibilité de contracter avec elle pendant un certain délai (exemple : promesse unilatérale de vente : je vous accorde un délai de trois ans pour vous décider à acheter ou pas mon appartement) ;

- la promesse synallagmatique de contrat, par laquelle les deux parties s'engagent à contracter (exemple : promesse synallagmatique de vente : je vous promets de vous vendre mon appartement, vous me promettez de l'acheter ¹⁴⁶ ;

¹⁴² Par conséquent, les simples attestations ou reçus émanés d'une banque ne sont pas constitutifs de contrat : Civ. 2^e lib, n°56, 15 juin 1999, *Bull. civ. Sader* 1999, 325.

¹⁴³ A. RIEG, « La "*punctation*", contribution à l'étude de la formation successive du contrat », *Mélanges JAUFFRET*, Dalloz, 1974, 593 ; J.-M. MOUSSERON, « La durée dans la formation du contrat », *ibid.*, 509 ; I. NAJJAR, « L'accord de principe », *D* 1991.57.

¹⁴⁴ Soc., 24 mars 1958, *JCP* 1958.II.10868, note J. CARBONNIER : en l'espèce Renault s'était engagée envers un ancien salarié à le réembaucher si la reprise de l'activité automobile le permettait. Le poste ayant été rétabli par la suite sans qu'il soit réintégré, le salarié assigna Renault. La Cour de cassation affirma que Renault avait conclu un engagement d'entreprendre des négociations pour la conclusion d'un contrat définitif, engagement qu'elle n'avait pas respecté.

¹⁴⁵ Req., 1^{er} déc. 1885, S 1887.1.167, *Grands arrêts*, t. 2, n° 244 : la vente est parfaite dès l'accord sur la chose et le prix, peu importe que les modalités de paiement n'aient pas encore été convenues, puisque les parties n'avaient pas érigé ces modalités en élément essentiel du contrat. De même, peu importe si les parties au lieu d'utiliser le mot prix ont utilisé le terme "arrhes" dans la mesure où les "arrhes" peuvent être envisagés par les parties comme une avance sur le prix : Civ. 1^{re} lib., n°33 à 9 mai 2002 *Bull. civ. Sader* 2002, 60 et s., spéc. 63.

¹⁴⁶ Cependant, cf. CA Mont-Liban 6^e, n°21, 8 avril 1993, *Rev. jud. lib.* 1993, 279 et s. spéc. 282 considérant que la promesse synallagmatique de vendre et d'acheter n'est pas un avant-contrat mais un contrat de vente.

- le pacte de préférence, par lequel une partie s'engage à ne pas conclure un contrat déterminé sans le proposer au bénéficiaire (exemple : si je vends mon appartement, je vous le propose en priorité).

A- L'offre

1. Conditions

72

L'offre ¹⁴⁷ est la proposition ferme et précise de contracter.

L'offre doit être précise. L'offrant doit indiquer les éléments essentiels du contrat qu'il souhaite conclure. Par exemple, l'offre de vente doit au moins préciser la chose et le prix (art. 1583 C. civ. ; art. 373 COC). Si l'offre n'est pas précise, l'intention de l'éventuel acceptant d'y souscrire ne peut être considérée comme une véritable acceptation : on se situe au stade pré-contractuel des simples pourparlers.

L'offre doit être ferme. Elle doit indiquer la « volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation » ¹⁴⁸. Ainsi si l'offre émane du mandataire, celui-ci doit avoir les pouvoirs nécessaires pour à cet effet, à défaut, l'offre est réputée elle ne pourra lier le mandat ¹⁴⁹. Cette exigence de fermeté soulève la question des réserves, limitations expresses (exemple : « offre de vente de marchandises dans la limite du stock disponible ») ou tacites (dans un contrat conclu *intuitu personae* l'offre est considérée comme assortie d'une réserve tacite d'agrément du cocontractant : par exemple, l'offre de location faite par un propriétaire ne saurait le lier automatiquement avec le premier acceptant : il reste libre de son choix). Ces réserves disqualifient-elles l'offre ? Il semble qu'il faille distinguer selon que la réserve permet ou pas à la seule volonté de l'offrant de se dégager de l'offre. Dans le premier cas, l'offre ne saurait être considérée comme ferme et constitue une simple proposition (exemple : offre de vente sujette à confirmation ¹⁵⁰) ; dans le second cas, l'offre n'est pas disqualifiée (exemple : offre de vente dans la limite des stocks disponibles).

Aucune autre condition n'est exigée pour l'offre. Elle peut être adressée à un contractant déterminé ou au public (exemple : petite annonce). Elle peut être expresse ou tacite (exemple : exposer des marchandises en vitrine avec un prix, être au volant d'un taxi dans un emplacement réservé ¹⁵¹ sont des offres tacites). Lorsque l'offre est faite sous forme électronique, elle doit comporter certaines mentions obligatoires : les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique, les moyens techniques permettant à l'utilisateur d'identifier les erreurs commises dans la saisie avant la conclusion du contrat (art. 1369-4 C.civ.,

¹⁴⁷ J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 109, 1970, préf. J. FLOUR.

¹⁴⁸ Com., 6 mars 1990, *JCP* 1990.II.21583, note B. GROSS; *RTD civ.* 1990, 462, obs. J. MESTRE ; *Deffrénois* 1991.37, n° 13 obs. J.-L. AUBERT.

¹⁴⁹ Civ. 1^{re} lib, n°33, 9 mai 2002 préc., spéc. 65.

¹⁵⁰ *Ibid.* : un bon de commande établi par le vendeur précisait que « ses offres ne devenaient définitives et ne constituaient un engagement qu'après ratification de sa part et que toute commande ne saurait être constituée comme ferme qu'après acceptation par elle ». C'est une simple proposition : tant que la commande n'a pas été acceptée, l'acheteur, auteur de la véritable offre, peut se rétracter.

¹⁵¹ Civ. 1^{re}, 2 déc. 1969, *Bull. civ.*, n° 381 ; *RTD civ.* 1970, 589, obs. G. CORNU.

issu d'une loi fr. du 21 juin 2004. A ce propos, l'article 52 de la loi libanaise sur la protection du consommateur n°659/2005 impose la communication au consommateur « d'informations claires et exactes lui permettant de prendre la décision de contracter ». Ces règles peuvent être écartées dans un contrat conclu exclusivement entre professionnels (art. 1369-6 C.civ.).

2. Valeur

73

L'offre lie l'offrant à l'égard du premier acceptant. Avant l'acceptation, l'offre semble révoquée par le décès¹⁵² ou l'incapacité de l'offrant, et doit pouvoir en principe être valablement rétractée. Mais la nécessaire protection des destinataires de l'offre a engendré d'importantes exceptions à la libre révocation de l'offre. L'offre expressément ou tacitement assortie d'un délai doit être maintenue jusqu'à l'expiration de ce délai. L'offre qui n'est pas assortie d'un délai ne peut être révoquée avant l'écoulement d'un délai « raisonnable », qui puisse permettre à un éventuel acceptant de manifester son intention¹⁵³. Comment expliquer cette obligation de l'offrant de maintenir son offre pendant un certain délai ? Plusieurs analyses théoriques ont été proposées. Selon une première opinion, l'obligation de maintenir l'offre découlerait d'un avant-contrat : le maintien de l'offre pendant un certain délai, étant favorable à l'acceptant, aurait été tacitement accepté par lui¹⁵⁴, mais l'explication est bien fictive. L'analyse dominante considère que la rétractation hâtive de l'offre constitue une faute susceptible d'engager la responsabilité délictuelle de l'offrant. Cette conception est celle retenue par les tribunaux qui sanctionnent un retrait brutal de l'offre par des dommages-intérêts, même si on peut lui objecter qu'elle n'explique rien : pourquoi la rétractation hâtive de l'offre est-elle une faute ? Il paraît préférable d'admettre que l'offrant est engagé par sa manifestation unilatérale de volonté, ce qui suppose néanmoins l'engagement unilatéral soit reconnu comme source d'obligations (cf. *infra* n° 183).

Sans pour autant traiter de son régime juridique, le droit libanais a épousé la règle française selon laquelle l'offre ne lie pas son auteur¹⁵⁵. Toutefois, il l'a greffée de tellement d'exceptions qu'on peut légitimement se demander si cette règle n'est pas en réalité l'exception et vice versa¹⁵⁶ ! En effet, l'article 179 alinéa 1 COC pose le principe selon lequel l'offre ne lie pas son auteur qui peut la révoquer à son gré ; mais, l'alinéa 2 estime que la volonté unilatérale du pollicitant donne naissance à une obligation du maintien de l'offre, lorsqu'il a entendu se lier. L'article 179 souligne, qu'il en est ainsi, notamment, lorsque l'offre est expressément accompagnée d'un délai, qu'elle intervient en matière commerciale, qu'elle est faite par correspondance, ou encore lorsqu'elle consiste en une promesse de récompense. L'offre est alors maintenue malgré le décès du pollicitant ou la

¹⁵² Civ. 3^e, 10 mai 1989, *D* 1990.365, note G. VIRASSAMY; *RTD civ.* 1990.69, obs. J. MESTRE. *Contra* Civ. 3^e, 9 nov. 1983, *Bull. civ.*, n° 222 ; *RTD civ.* 1985.154, obs. J. MESTRE ; Civ. 3^e, 10 déc. 1997, *Bull. civ.* n° 223.

¹⁵³ Req., 28 févr. 1870, *DP* 1871.1.61 qui parle de « délai moral et nécessaire pour l'examiner et y répondre » (jurisp. constante). Exemple : Civ. 3^e, 20 mai 1992, *Bull. civ.*, n° 164 ; *RTD civ.* 1993.345, obs. J. MESTRE : offre de vente d'un appartement maintenue pendant neuf mois : délai raisonnable.

¹⁵⁴ DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, Pedone-Lauriol, 1877, nos 63 et s.

¹⁵⁵ CA Beyrouth, 23 avril 1992, *Rev. Al Adl* 1992, J., 249 ; 2 mai 1988, *Ibid* 1989, J., 128.

¹⁵⁶ G. SIOUFI, t II n°30, 63.

survenance de son incapacité ¹⁵⁷. Par conséquent, le domaine de l'offre qui ne lie pas son auteur est réduit : il faut qu'il s'agisse d'une offre orale, non accompagnée d'un délai, et relative à une matière civile !

B- L'acceptation

1. Conditions

74

L'acceptation est l'expression du destinataire de l'offre de conclure le contrat aux conditions prévues dans l'offre.

Pour qu'il y ait acceptation, il faut donc qu'il y ait adéquation entre l'acceptation et l'offre qui a été faite, au moins quant aux éléments essentiels du contrat. A ce propos, l'article 182 alinéa 1 COC énonce : « L'acceptation n'est effective et ne forme le contrat qu'autant qu'elle coïncide exactement avec l'offre dont elle est la réplique ». Si le destinataire de l'offre exprime d'autres conditions, il n'y a pas acceptation mais contre-proposition, et le contrat n'est pas formé. A ce propos, l'article 182 alinéa 2 COC relève : « Une réponse conditionnelle ou restrictive équivaut au refus de la proposition avec présentation d'une offre nouvelle » ¹⁵⁸.

L'acceptation peut prendre des formes variées : expresse ou tacite (Elle est tacite surtout lorsque le destinataire exécute le contrat ¹⁵⁹ à la suite d'une offre d'un acheteur, le vendeur livre les marchandises). En ce sens, l'article 180 COC énonce clairement : « De même que l'offre, l'acceptation peut être expresse ou tacite ». Etant entendu que la constatation de l'acceptation tacite est soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond ¹⁶⁰. Mais le silence suffit-il pour caractériser l'acceptation ? La jurisprudence a répondu par la négative : « le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée » ¹⁶¹. Quatre séries d'exceptions tempèrent ce principe :

1) le législateur a pu expressément conférer une valeur au silence gardé : l'article 1738 du Code civil prévoit par exemple que si à l'expiration d'un contrat de bail le preneur reste dans les lieux, le silence du bailleur vaut acceptation du renouvellement (dans le même sens : art. 592 COC) ; de même, l'article L 112-2 du Code des assurances dispose que le silence de l'assureur pendant dix jours à compter d'une proposition de modification du contrat par l'assuré vaut acceptation de cette modification ;

¹⁵⁷ V. R. ALGRIN, Les obligations, in *Le droit libanais*, sous la direction de P. CATALA et A. GERVAIS, LGDJ 1963, Instituts de droit comparé de Paris et de Lyon, Les systèmes de droit comparé XV, n°34, 268.

¹⁵⁸ Pour une application : JU Beyrouth, n°43, 23 juin 1997, *Al Adl* 2000, J., 119 et s, spéc., 122.

¹⁵⁹ Civ. 5^e lib., n°16, 13 février 1997, *Bull. civ. Sader* 1997, 234. Par exemple, lorsqu'une société réceptionne un feuillet, le diffuse et signe la facture constatant son prix : Civ. 1^{re} lib., n°45, 29 avril 2000, *Bull. civ. Sader* 2000, 109 ; ou lorsque le commerçant insère la facture dans son livre comptable et garde le silence après sa réception : Civ. 4^e lib., n°16, 24 juin 1997, *Bull. civ. Sader* 1997, 189 et s., spéc. 193.

¹⁶⁰ Civ. 2^e lib., n°60, 24 juin 1999, *Bull. civ. Sader* 1999, 333.

¹⁶¹ Arrêt de principe : Civ. 25 mai 1870, *DP* 1870.1.257 ; S 1870.1.341 ; *Grands arrêts*, t. 2, n° 147 (n'est pas obligé comme souscripteur d'actions la personne qui a laissé sans réponse une lettre par laquelle un banquier l'informait qu'il l'avait portée sur la liste de souscription à des actions dont il opérerait le placement ; cf. Civ. 1^{re} lib., n°32, 26 mars 1998, *Bull. civ. Sader* 1998, 80.

2) le silence vaut également acceptation si les parties étaient déjà en relation d'affaires antérieures : quand un client commande des marchandises à son fournisseur habituel, le silence gardé par ce dernier vaut acceptation ;

3) les usages d'une profession peuvent prévoir que le silence vaut acceptation ¹⁶² ;

4) enfin, le silence vaut acceptation lorsque l'offre a été faite dans l'intérêt exclusif de son destinataire ¹⁶³.

Dans des termes similaires, la jurisprudence libanaise considère que le silence, à lui seul, ne saurait valoir acceptation sous réserve d'un texte légal lui attribuant cette valeur. Ainsi en est-il de la tacite reconduction du bail, au cas où à l'expiration du contrat, le preneur reste en possession (art. 592 COC). Toutefois, l'article 180 COC inspiré de l'état de la jurisprudence française de l'époque, accorde au silence une telle valeur dans deux cas : lorsque la proposition se rapporte à des relations d'affaires déjà existantes entre les parties (alinéa 1) et en matière de clauses insérées dans la facture, si l'acheteur a gardé le silence après leur livraison (alinéa 2).

Ces deux cas ci-dessus relevés ne doivent pas être considérés comme limitatifs ; il s'agit de cas révélateurs de l'acceptation. Par conséquent, nous pouvons dire que le droit libanais n'accorde d'effets juridiques au silence que si les circonstances en cause sont de nature à prouver l'acceptation. Par exemple, la jurisprudence décide que le silence vaut approbation du relevé de compte, même si le client n'est pas commerçant ¹⁶⁴. Le destinataire de l'offre peut-il la refuser ? La réponse affirmative est posée sous la forme d'un principe par l'article 181 alinéa 1 COC : celui-ci peut refuser de contracter sans engager sa responsabilité. Il en est autrement s'il avait lui-même créé une situation de nature à provoquer des offres (commerçant vis-à-vis du public, hôtelier, restaurateur, etc.) ; en pareil cas, son refus de contracter doit s'appuyer sur des raisons légitimes, sinon, il présente un caractère abusif et peut, à ce titre, engager sa responsabilité » (art. 181 al. 2 COC).

Lorsque l'acceptation intervient par voie électronique, elle doit remplir certaines exigences : en particulier « le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs » et surtout il doit avoir confirmé son acceptation (art. 1369-5 issu d'une loi du 21 juin 2004). Ces règles peuvent être écartées dans un contrat conclu entre professionnels (art. 1369-6 C.civ.).

2. Valeur

75

Position du problème ; enjeux. L'acceptation suffit-elle à former le contrat, ou faut-il que cette acceptation ait été portée à la connaissance de l'offrant ? C'est la délicate question des contrats entre absents : quand et où est formé un contrat

¹⁶² Exemple : Com., 9 janv. 1956, *Bull. civ.*, n° 17 : un commissionnaire à la Bourse ne pouvait ignorer qu'après avoir reçu une commande écrite, le fait de ne pas répondre télégraphiquement vaut acceptation.

¹⁶³ Exemple : Req., 29 mars 1938, *DP* 1939.1.5, note P. VOIRIN (offre de remise de dettes).

¹⁶⁴ Civ. 4^e lib., n°25, 30 déc. 1997, *Bull. civ. Sader* 1997, 206.

lorsque l'acceptation résulte d'une lettre ? Où est formé un contrat lorsque l'acceptation résulte d'un coup de téléphone ou d'un télex ?

L'enjeu du débat est loin d'être théorique : la détermination du lieu et de la date de formation du contrat présente de nombreux intérêts, dont on peut évoquer les principaux :

- la capacité des parties, le transfert de propriété et des risques pour les contrats translatifs de propriété, la loi applicable en cas de promulgation d'une loi nouvelle s'apprécie au moment de la formation du contrat. En outre, c'est jusqu'à ce moment que l'offrant peut en principe retirer son offre et l'acceptant son acceptation ;

- le lieu de formation du contrat est un élément pouvant permettre de déterminer la loi applicable à un contrat international.

76

Théories proposées. Schématiquement, deux théories ont été proposées par la doctrine pour trancher la controverse. Selon la première, le contrat est formé au moment et au lieu où intervient l'acceptation, cette théorie étant d'ailleurs susceptible de plusieurs variantes : le contrat peut être formé au moment et au lieu où naît la volonté d'accepter (théorie de la déclaration ; exemple : rédaction de la lettre d'acceptation) ou au moment et au lieu où se manifeste cette volonté (théorie de l'émission ; exemple : remise à la poste de cette lettre) ¹⁶⁵.

Selon une seconde théorie, le contrat se forme au moment et lieu où l'offrant connaît l'acceptation, théorie également susceptible de plusieurs variantes : le contrat peut être formé au moment et lieu où est reçue l'acceptation (théorie de la réception ; exemple : la lettre d'acceptation est dans la boîte de l'offrant) ou au moment et lieu où l'offrant prend connaissance de l'acceptation (théorie de l'information exemple : il ouvre cette lettre). Si la doctrine dominante considère que moment et lieu de formation du contrat doivent obéir aux mêmes règles, une opinion contraire a été défendue ¹⁶⁶.

77

Solutions jurisprudentielles. La Cour de cassation considèrerait traditionnellement que la détermination du moment et du lieu de formation du contrat est une question de fait qui relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond ¹⁶⁷. Mais une décision remarquable s'est prononcée pour la théorie de l'émission en l'absence de manifestation de volonté contraire des parties ¹⁶⁸. Si certains commentateurs en ont réduit la portée en l'attribuant à des considérations d'équité, le doute a semblé levé lorsque la Cour de cassation a persisté dans sa solution ¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Cf. L. GRYNDBAUM, Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation, *D* 2003, 1706.

¹⁶⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNES ET Ph. STOFFEL-MUNCK, n° 477..

¹⁶⁷ Req., 29 janv. 1923, *DP* 1923.176.

¹⁶⁸ Req., 21 mars 1932, *DP* 1933.1.65, note E. SALLE DE LA MARNIERRE ; *S* 1932.1.278 ; *Gaz. Pal.* 1932.1.910 ; *Grands arrêts*, t. 2, n° 144. Il s'agissait en l'espèce de déterminer le tribunal compétent dans un litige opposant un employeur à son salarié, la théorie de l'émission permettant au salarié de plaider devant le tribunal du lieu de son domicile.

¹⁶⁹ Com., 7 janv. 1981, *Bull. civ.*, n° 14 ; *RTD civ.* 1981.849, obs. F. CHABAS.

On peut ajouter que la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises a au contraire privilégié la théorie de la réception (art. 18 : « l'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre »). L'avant-projet Catala envisage également de consacrer la théorie de la réception art. 1107).

L'article 184 du Code libanais énonce : « Lorsque les tractations ont lieu entre absents, par correspondance ou par messenger, le contrat est conclu dès le moment et au lieu où le destinataire de l'offre a émis son acceptation ». Il en résulte que le Code libanais a adopté la théorie de la déclaration qui a paru à ses rédacteurs la plus accréditée dans la doctrine française ¹⁷⁰. Quant au contrat par téléphone, il est « à considérer comme formé entre personnes présentes » ¹⁷¹, mais le lieu de sa formation est fixé par les parties ou à défaut par le juge d'après les circonstances de la cause ¹⁷². A ce propos, il convient d'apporter les deux observations suivantes : d'une part, ce texte a dissocié le moment de la formation du contrat - suscitant en aval la question de la date à laquelle remontent les effets du contrat - et le lieu de la formation du contrat soulevant des questions de compétence ; d'autre part, le texte ne pose aucun indice ou critère de détermination du lieu de la formation du contrat. La connaissance de la réelle volonté des parties risque d'être une besogne inutile en l'absence d'une disposition expresse. Pour cela, le lieu de l'acceptation du destinataire, c'est-à-dire le lieu de l'émission par téléphone de l'acceptation aurait pu suffire.

§ 2 L'INTÉGRITÉ DU CONSENTEMENT

I) DROIT FRANCAIS

78

Selon le principe d'autonomie de la volonté, le consentement ne peut engager celui qui l'a émis que s'il est libre et éclairé, s'il est exempt de vices. Issue de ce principe, la théorie des vices du consentement n'a pas souffert de son déclin et donne lieu à une jurisprudence fournie. Le Code civil mentionne trois vices du consentement : l'erreur (A), le dol (B), et la violence (C), et si la lésion est évoquée dans la même section, elle relève plutôt d'un déséquilibre objectif dans les prestations formant l'objet du contrat (cf. *infra* n° 81 et s.).

¹⁷⁰ R. ALGRIN, art. préc. n°35, 269.

¹⁷¹ Art. 185 al. 1 COC.

¹⁷² Art. 185 al. 2 COC.

A- L'erreur

79

Définition. Si l'erreur ¹⁷³ est habituellement définie comme une représentation erronée de la réalité, cette définition n'est pas sans soulever de difficultés, comme en témoigne un exemple emprunté à la jurisprudence. Une personne vend un tableau croyant qu'il est de l'École des Carrache alors que plusieurs experts l'attribuent à Nicolas Poussin. Le vendeur peut-il agir en nullité alors qu'il est simplement possible voire probable, mais pas certain, que ce tableau soit un Poussin ? En un mot, peut-il y avoir erreur en l'absence d'une réalité certaine ? La jurisprudence répond par l'affirmative, se contentant d'une « conviction erronée » du demandeur : l'erreur est admise si le vendeur croit que le tableau n'est pas un Poussin alors que malgré les incertitudes d'attribution, il peut l'être¹⁷⁴. L'erreur est en revanche exclue lorsqu'au moment de la vente l'attribution est incertaine : les deux parties ont alors accepté un aléa qui empêche toute contestation ultérieure¹⁷⁵.

L'erreur n'est admise comme vice du consentement que dans certains cas (1) et si elle présente certaines caractéristiques (2).

1. Typologie de l'erreur vice du consentement

80

a. L'erreur constitue en toute hypothèse un vice du consentement dans deux séries de cas.

81

L'erreur-obstacle. L'erreur-obstacle est l'erreur tellement grave qu'il n'y a pu avoir de contrat valablement formé. Par exemple, il y a erreur sur la nature du contrat : X croit vendre, Y recevoir à titre de donation. L'erreur obstacle peut aussi être une erreur sur l'objet du contrat : X croit vendre une maison A et Y acheter une maison

¹⁷³ J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, thèse, Paris, 1963, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 41, préf. J. BOULANGER, 2^e éd. 1971.

¹⁷⁴ Civ., 22 févr. 1978, *D* 1978.601, note P. MALINVAUD ; *Defrénois* 1978.1346, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1979.127, obs. Y. LOUSSOUARN, cassant Paris, 2 févr. 1976, *D* 1976.325, concl. CABANNES (l'affaire Poussin a donné lieu à un feuilleton judiciaire fourni, apportant d'autres éclairages sur la notion d'erreur : sur renvoi : Amiens, 1^{er} févr. 1982, *JCP* 1982.II.19916, note J.-M. TRIGEAUD ; *Gaz. Pal.* 1982.1.134, concl. HOUPERT ; *Defrénois* 1982.675, note CHATELAIN ; *RTD civ.* 1982.416, obs. F. CHABAS, cassé par Civ. 1^{re}, 13 déc. 1983, *D* 1984.940, note J.-L. AUBERT ; *JCP* 1984.II.20184, concl. GULPHE, et sur renvoi Versailles, 7 janv. 1987, *D* 1987.485, note J.-L. AUBERT ; *JCP* 1988.II.21121, note J. GHESLIN). *Comp. Civ.* 1^{re}, 24 mars 1987, *D* 1987.489, note J.-L. AUBERT ; *JCP* 1988.II.21300, note VIEILLEVILLE-MIRAVETTE : en vendant le Verrou, « attribué à Fragonnard », les contractants ont accepté un aléa sur l'authenticité de l'œuvre et l'authenticité devenue certaine ne permet pas au vendeur de se prévaloir de la nullité. Ad. : J. GHESTIN, *L'authenticité, l'erreur et le doute*, *Etudes offertes à P. CATALA*, Litec, 2001, 457 et s.

¹⁷⁵ Civ., 1, 24 mars 1987, *D* 1987, 489, note J.-L. AUBERT.

B¹⁷⁶, voire X croit acheter une maison à 10 000 euros, alors que le prix est de 100 000 euros¹⁷⁷.

82

L'erreur sur la substance. L'article 1110, alinéa 1^{er} du Code civil évoque l'erreur qui « tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet ». Que faut-il entendre par substance de la chose ?

Selon une première conception, dite objective, la substance est la matière dont la chose est faite. Par exemple, si j'achète des flambeaux en bronze alors que je crois acheter des flambeaux en argent, selon un exemple célèbre, il y aurait erreur sur la substance. Une seconde conception qui doit son origine à Pothier retient un critère subjectif : la substance d'une chose est sa ou ses qualités qui étaient essentielles pour celui qui s'engage. Pour reprendre l'exemple des flambeaux, si l'acheteur ne les a acquis que parce qu'il croyait qu'ils avaient été réalisés par tel orfèvre dont il collectionnait les œuvres et qu'ils se révèlent être d'un autre orfèvre, il y a erreur sur les qualités substantielles constituant un vice du consentement. On peut observer que si les deux conceptions s'opposent en théorie, elles peuvent aboutir à des résultats pratiques identiques : une personne achète des flambeaux en bronze croyant qu'ils étaient en argent, son erreur constitue un vice du consentement si la matière des flambeaux était pour elle une qualité essentielle.

La jurisprudence a privilégié cette dernière conception : « l'erreur doit être considérée comme portant sur la substance de la chose lorsqu'elle est de telle nature que, sans elle, l'une des parties n'aurait pas contracté »¹⁷⁸. La difficulté se déplace alors sur le terrain probatoire : le demandeur doit établir que telle qualité était substantielle pour lui. Des auteurs ont proposé de présumer qu'est substantielle pour le demandeur une qualité objectivement substantielle, c'est-à-dire qui serait substantielle aux yeux de tous¹⁷⁹ (exemple : l'authenticité d'un tableau). À l'inverse, le demandeur devrait prouver qu'une qualité qui n'est pas objectivement substantielle l'était à ses yeux (exemple : matière du cadre d'un tableau, sujet représenté...) ¹⁸⁰.

Si la consécration de la conception subjective de la notion de substance de la chose rend impossible l'établissement d'une liste limitative des qualités substantielles susceptibles de vicier le consentement, on peut observer que les tribunaux en ont retenu une conception extensive : matière de la chose¹⁸¹, authenticité d'une œuvre d'art¹⁸², aptitude de la chose à remplir l'usage auquel elle

¹⁷⁶ Exemple : l'acheteur croyait acquérir une propriété d'un seul tenant alors qu'elle contenait des parcelles appartenant à des tiers et était traversée par une voie publique (Civ. 1^{re}, 1^{er} fév. 1995, *Bull. civ.*, n° 36 ; *RTD civ.* 1995.879, obs. J. MESTRE).

¹⁷⁷ Exemple, Paris, 15 sept. 1995, *RTD civ.* 1996.149, obs. J. MESTRE.

¹⁷⁸ Civ., 28 janv. 1913, *S* 1913.1.487.

¹⁷⁹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, t. 1, n° 197.

¹⁸⁰ Exemple : Paris, 23 sept. 1988, *RTD civ.* 1989.741, obs. J. MESTRE : Rolls Royce mise en circulation en 1953 alors que le catalogue de vente aux enchères indiquait 1954 : l'acheteur doit prouver que la date de mise en circulation était pour lui une condition substantielle.

¹⁸¹ Exemple : Req., 5 nov. 1929, *DH* 1929.539 (perles de culture achetées pour des perles fines).

¹⁸² Exemples : Civ. 1^{re}, 25 févr. 1970, *D* 1970.604, note ETESSE ; *JCP* 1970.II.16347, note PA ; *RTD civ.* 1970.751, obs. Y. LOUSSOUARN (bergères refaites achetées pour des marquises Louis XV) ; Versailles, 7 janv. 1989, cité (affaire *Poussin*) ; Civ. 1^{re}, 13 janv. 1998, *D*. 2000, 54, note C. LAPLANCHE (auteur d'un tableau).

est destinée ¹⁸³. Il peut aussi bien s'agir d'une erreur de fait que d'une erreur de droit ¹⁸⁴.

Une dernière difficulté a été réglée par les tribunaux : si on peut se prévaloir d'une erreur sur la prestation de son cocontractant, peut-on arguer d'une erreur sur sa propre prestation ? Une lecture de l'article 1110, alinéa 1^{er}, du Code civil s'y opposerait : en évoquant l'objet de la convention au singulier, les rédacteurs du Code civil n'auraient entendu admettre que l'erreur sur la prestation servant de cause à l'obligation du demandeur. L'argument a été rejeté ¹⁸⁵, fort justement : l'interprétation précédente semble oiseuse, dans la mesure où le texte ne distingue pas.

83

b. L'erreur sur la personne du contractant constitue parfois un vice du consentement.

Elle peut être invoquée si la considération de la personne du cocontractant a été la cause principale de la convention (art. 1110 al. 2 C. civ.), c'est-à-dire dans les contrats conclus *intuitu personae*. S'il est impossible d'établir une liste précise de ces contrats, les contrats à titre gratuit, le mandat ou le contrat d'ouverture de crédit sont souvent conclus *intuitu personae*. À l'inverse, la plupart des contrats à titre onéreux ne sont pas conclus *intuitu personae*, sauf circonstances particulières ¹⁸⁶.

Il y a erreur sur la personne lorsqu'un contractant se trompe sur l'identité civile de son partenaire : on croit vendre une maison à X et on la vend à Y. Le cas est rare et masque souvent une erreur sur les qualités essentielles du cocontractant ¹⁸⁷, largement admise par les tribunaux : situation familiale ¹⁸⁸, sérieux professionnel ¹⁸⁹, solvabilité ¹⁹⁰...

¹⁸³ Exemples : Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1983, *JCP* 1983.N.II.289, note F. BOUYSSOU (constructibilité d'un terrain) ; Versailles, 30 mars 1989, *RTD civ.* 1989.741, obs. J. MESTRE (habitabilité d'une maison, une autoroute devant être construite à 50 m).

¹⁸⁴ Exemple : une personne renonce à une succession en croyant conserver le bénéfice de donations-partages (Civ., 24 mai 1948, *D* 1948.517, note LENOAN).

¹⁸⁵ Civ., 17 nov. 1930, *S* 1932.1.17, note A. BRETON ; *D* 1932.1.161, note C. LAURENT : « 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 des droits dont elle croyait se dépouiller ou qu'elle croyait acquérir par l'effet du contrat ».

¹⁸⁶ Exemple : Civ. 1^{re}, 20 mars 1963, *JCP* 1963.II.13228, note P. ESMEIN (la vente d'un château à une personne dont les biens sont sous séquestre et ne peut donc payer est nulle).

¹⁸⁷ Exemple : Saint-Denis de la Réunion, 6 oct. 1989, *JCP* 1990.II.21504, note E. PUTMAN ; *RTD civ.* 1990.647, obs. J. MESTRE : nullité d'un contrat de création et rédaction d'un magazine le demandeur croyant que son contractant était une agence commerciale d'expérience et non une personne physique qui en était dépourvue.

¹⁸⁸ Exemple, les décisions (périmées ?) qui annulaient les baux passés avec des concubins, le bailleur croyant traiter avec des époux (Rennes, 7 fév. 1938, *Gaz. Pal.* 1938.1.692).

¹⁸⁹ Saint-Denis de la Réunion, 6 oct. 1989, *cit.*

¹⁹⁰ Civ. 1^{re}, 20 mars 1963, *cit. Comp.*, l'erreur sur la solvabilité du débiteur principal, qui n'est pas en principe une cause de nullité du contrat de cautionnement, « sauf si la caution avait fait de cette circonstance la condition de son engagement » (Com. 2 mars 1982, *D* 1983.62, note E. AGOSTINI).

c. L'erreur ne constitue jamais un vice du consentement lorsqu'elle porte sur la valeur de la chose ou les motifs du contrat.

Qu'une personne vende un bien d'une valeur de 10 000 euros pour 1 000 euros, elle ne peut demander la nullité du contrat ¹⁹¹. Cette solution fondée sur la sécurité des relations juridiques est tempérée par l'admission de la rescision pour lésion (cf. *infra* nos 81 et s.). Qu'une personne achète du tissu d'ameublement pour faire des pantalons et se rende compte qu'elle ne peut les confectionner ¹⁹², ou qu'elle achète un bien dans un but de défiscalisation qu'elle ne peut réaliser ¹⁹³, elle ne pourra en principe obtenir la nullité du contrat .

Ces dernières solutions méritent toutefois d'être relativisées, l'erreur sur la valeur ou les motifs étant parfois assez proche de l'erreur sur les qualités substantielles. Si une personne vend un tableau croyant qu'il est de l'école des frères Carrache alors qu'il est de Nicolas Poussin, il y a erreur sur les qualités substantielles qui se traduit par une erreur sur la valeur du tableau ; l'exemple précité de l'achat de tissu n'est guère éloigné de l'erreur sur l'aptitude de la chose à remplir l'usage auquel elle est destinée, reconnue par les tribunaux. Autre exemple, la jurisprudence admet la nullité de la cession de parts sociales lorsque la société acquise est dans une telle situation financière que l'objet social ne peut pas être réalisé, y voyant une erreur sur les qualités substantielles, pourtant bien proche de l'erreur sur la valeur ¹⁹⁴.

2. Caractéristiques de l'erreur vice du consentement

L'erreur ne doit pas être inexcusable. Une personne ne peut se prévaloir d'une erreur que sa négligence rend inexcusable. L'appréciation de ce caractère se fait *in concreto*, en fonction de l'aptitude, le plus souvent professionnelle, du demandeur : ont été par exemple déboutés de leur demande en nullité du contrat pour erreur : un architecte qui commet une erreur sur la constructibilité d'un terrain ¹⁹⁵, un employeur qui ne vérifie pas le curriculum vitae d'un directeur qu'il embauche ¹⁹⁶. Les tribunaux considèrent que l'erreur provoquée par la réticence dolosive du cocontractant est toujours excusable ¹⁹⁷. Le fait pour une partie de ne pas invoquer un dispositif spécial de protection du consentement (droit de repentir), n'empêche pas d'invoquer l'erreur ¹⁹⁸.

¹⁹¹ Exemple : Com. 26 mars 1974, *Bull. civ.*, n° 108 (erreur sur la valeur d'actions refusée).

¹⁹² Com., 4 juill. 1973, *Bull. civ.*, n° 238 ; *D* 1974.538, note J. GHESTIN.

¹⁹³ Civ. 1^{re}, 13 fév. 2001, *JCP* 2001, I, 330, n° 5, obs. J. ROCHEFELD, *RTDCiv.* 2001, 352, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Civ. 3^{re}, 24 avr. 2003, *D* 2004, 450, note S. CHASSAGNARD.

¹⁹⁴ Com. 7 fév. 1995, *RTD civ.* 1995.879, obs. J. MESTRE ; Com., 17 oct. 1995, *RTD civ.* 1996.148, obs. J. MESTRE.

¹⁹⁵ Civ. 1^{re}, 2 mars 1964, *Bull. civ.*, n° 122 ; *RTD civ.* 1965.112, obs. J. CHEVALLIER.

¹⁹⁶ Soc. 3 juill. 1990, *Bull. civ.*, n° 329 ; *RTD civ.* 1991.316, obs. J. MESTRE (l'entreprise que l'embauché dirigeait venait d'être mise en « faillite »).

¹⁹⁷ Civ. 1^{re}, 3 fév. 2001, *D* 2001, 2702, note D. MAZEAUD, *JCP* 2002, II, 10027, note C. JAMIN, *RTDCiv.* 2001, 353, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁹⁸ Versailles, 8 juill. 1994, *RTD civ.* 1996.147, obs. J. MESTRE.

L'erreur doit être commune. La formule est classique, ¹⁹⁹mais trompeuse : la jurisprudence n'exige pas une erreur des deux parties, mais que le cocontractant ait su l'importance attachée par son partenaire à une qualité de la chose objet du contrat. Par exemple, l'acheteur d'un meuble neuf qu'il croyait ancien ne pourra obtenir la nullité de cette vente que s'il prouve que son cocontractant savait qu'il voulait acheter un meuble ancien. Cette exigence peut paraître curieuse dans la mesure où l'admission de l'erreur commise par un contractant ne devrait pas dépendre de la bonne ou mauvaise foi de son partenaire. Elle se justifie pourtant par un souci d'équité et de sécurité des relations juridiques : le partenaire contractuel risquerait de subir un préjudice injustifié par une nullité qu'il ne pouvait prévoir.

La preuve du caractère commun de l'erreur pouvant se révéler difficile à établir, des auteurs ont proposé une présomption semblable à celle déjà rencontrée pour la détermination du caractère substantiel ou non d'une qualité pour le demandeur (cf. *supra* n° 79) ²⁰⁰. Lorsqu'il s'agit d'une qualité objectivement substantielle, on peut présumer que le cocontractant la considérait comme telle : par exemple, en cas de vente d'un tableau, le vendeur est présumé savoir que son authenticité est une qualité substantielle aux yeux de l'acquéreur. À l'inverse, le demandeur qui se prévaut d'une erreur qui est à ses seuls yeux substantielle doit prouver que son cocontractant connaissait l'importance qu'il avait conférée à cette qualité : par exemple, l'acheteur d'un tableau qui s'est trompé sur la matière du cadre et qui en faisait une qualité substantielle doit prouver que son vendeur savait qu'il n'avait acquis le tableau que pour cette raison.

B- Le dol

Définition. Le dol ²⁰¹ consiste dans des manœuvres frauduleuses émanant intentionnellement d'un contractant et ayant déterminé son partenaire à conclure le contrat.

Malgré sa place parmi les vices du consentement, le dol comporte un double aspect : objectif, le comportement fautif d'un contractant, et subjectif, l'erreur de son partenaire qui en a résulté. Ainsi s'explique que la possibilité de la victime de demander la nullité du contrat, sanction traditionnelle des vices du consentement, n'exclut pas qu'elle puisse agir en responsabilité délictuelle ²⁰², y compris contre des tiers complices du dol ²⁰³.

L'article 1116 du Code civil précise que le dol ne se présume pas : conformément au droit commun, la preuve peut en être apportée par tous moyens, la charge pesant sur celui qui se prévaut du dol.

¹⁹⁹ Civ. 4^e lib., n°133, 10 nov. 2005, *Rev. Cassandre* 2005/11, 2027.

²⁰⁰ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, t. 1, n° 209.

²⁰¹ BONASSIES, *Le dol dans la conclusion des contrats*, thèse, Aix, 1955.

²⁰² Civ. 1^{re}, 4 févr. 1975, *D* 1975.405, note GAURY ; *JCP* 1975.II.18100, note C. LARROUMET ; *RTD civ.* 1975.537, obs. G. DURRY.

²⁰³ Agent immobilier, notaire expert... (cf. *RTD civ.* 1999, 92, obs. J. MESTRE et décisions citées).

88

Des manœuvres frauduleuses. Ces manœuvres peuvent consister en une véritable mise en scène, qui rapprochent le dol de l'infraction d'escroquerie (cf. art. 313-1 C. pén. fr.; art., 655 C. pén. lib.), telle la falsification du compteur kilométrique d'un véhicule par le vendeur ²⁰⁴. Mais la jurisprudence a retenu une conception large des manœuvres frauduleuses puisqu'elle a admis qu'elles puissent être caractérisées par un mensonge ²⁰⁵ et même un silence ²⁰⁶.

89

Intentionnelles. L'auteur du dol doit avoir eu l'intention de tromper son cocontractant : il n'y a pas dol si un contractant a fourni à son partenaire des renseignements erronés par ignorance ou même négligence ²⁰⁷. De même, reprenant une distinction du droit romain entre *dolus bonus* et *dolus malus*, la jurisprudence considère qu'une publicité excessive ²⁰⁸, l'insistance d'un contractant pour pousser son partenaire à conclure ne constituent pas un dol ²⁰⁹. Il reste que cette jurisprudence semble condamnée par la « mode » de protection du consommateur, la publicité mensongère étant par exemple interdite (art. 44 de la loi du 27 déc. 1973 devenu l'art. L. 121-1 C. consom. fr.).

90

Émanant du cocontractant. Le dol n'est admis que s'il émane du cocontractant, non d'un tiers ²¹⁰ : la sécurité des relations juridiques et l'équité imposent de ne pas porter préjudice à une partie innocente. L'esprit de cette règle explique les trois tempéraments. Le dol du représentant d'une partie est considéré comme dol de la partie contractante ²¹¹. De même, il n'est pas nécessaire que le cocontractant agisse à titre principal : il suffit qu'il ait été complice du dol. Enfin, le dol émanant d'un tiers est sanctionné en matière de donation : la nullité porte moins préjudice au donataire que dans un acte à titre onéreux puisqu'il acquiert sans contrepartie.

²⁰⁴ Civ. 1^{re}, 31 nov. 1979, *D* 1979. IR 288.

²⁰⁵ Exemple : Civ. 3^e, 23 avr. 1971, *JCP* 1971.II.16841 (mensonge sur le confort d'une villa louée).

²⁰⁶ Exemples : Civ. 3^e, 2 oct. 1974, *Bull. civ.*, n° 330, *Grands arrêts*, t. 2, n° 150 (dissimulation par le vendeur d'une maison de l'installation prochaine d'une porcherie) ; Com., 8 nov. 1983, *Bull. civ.*, n° 298 (dissimulation à la caution de l'état financier déplorable du débiteur) ; art. L 113-8 C. assur. (dissimulation d'un risque par l'assuré). Comp. Civ. 1^{er}, 3 mai 2000, *JCP* 2001, II, 10510 note C. JAMIN, *DeFrénois* 2000, 1110, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2000, 566, obs. S. MESTRE et FAGES : un acheteur n'est pas tenu d'informer son vendeur de la grande valeur des photographies achetées (en sens contraire, admettant le dol des acheteurs qui maintenaient les vendeurs dans l'ignorance de la richesse du sous-sol du bien vendu, Civ., 3, 15 nov. 2000, *JCP* 2002, II, 10054, note LIEVREMONTE, *RTDCiv.* 2001, 355, obs. J. MESTRE et B. FAGES).

²⁰⁷ Paris, 30 déc. 1934, *S* 1935.2.190 : il n'y a pas dol si un individu dénommé Louis de Bourbon, se croyant prétendant, convainc un monarchiste de lui accorder un prêt.

²⁰⁸ *Riom*, 12 mai 1884, *S* 1885.II.13.

²⁰⁹ Com. 2 juin 1981, *Bull. civ.*, n° 205 (la seule insistance manifestée auprès d'une personne pour la convaincre de vendre des parts de société ne constitue pas un dol en l'absence de preuve d'artifices, de mensonge ou de tromperie de la part des acquéreurs).

²¹⁰ Exemple : Civ. 1^{re}, 27 juin 1973, *D* 1973.733, note P. MALAURIE (refus d'admettre le dol du débiteur pour annuler le cautionnement).

²¹¹ Exemples : Civ. 1^{re}, 7 juill. 1960, *Bull. civ.*, n° 259 (dol du gérant d'affaire dont la gestion a été ratifiée par le cocontractant) ; Com. 27 févr. 1996, *Bill. civ.* n° 65 (dol du porte fort).

91

Ayant déterminé son partenaire à conclure le contrat. Il faut que les manœuvres soient telles que sans elles, le cocontractant n'aurait pas conclu le contrat : on parle ainsi de dol principal, par opposition au dol incident, sans lequel le cocontractant se serait quand même engagé, mais à des conditions différentes et dont la seule sanction pourrait être l'octroi de dommages-intérêts ²¹². La distinction peut se révéler difficile à établir : il est psychologiquement irréaliste de prétendre ainsi distinguer entre la volonté de contracter, abstraitement considérée, et la volonté concrète de contracter à telles ou telles conditions.

C- La violence

92

Définition. Plus encore que le dol, la violence ²¹³ présente un double aspect : le comportement fautif d'un contractant, ayant vicié le consentement de son partenaire : la nullité du contrat peut ainsi être accompagnée d'une condamnation à des dommages-intérêts. Des violences de différentes natures peuvent aboutir à vicier le consentement si elles sont illégitimes.

93

Nature de la violence. La violence peut être physique (main tenue lors de la signature du contrat, séquestration...) ou morale (chantage ²¹⁴...).

La victime de la violence peut être le contractant que l'on veut forcer à s'engager, un membre de sa famille ou un proche. S'« il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable » (art. 1112 al. 1^{er} C. civ.), on doit l'apprécier *in concreto*, en tenant compte de l'âge, du sexe, et de la condition des personnes (al. 2) ²¹⁵.

L'auteur de la violence peut être le cocontractant ou un tiers. La jurisprudence est même allée au-delà, admettant la violence lorsqu'une personne est poussée à contracter en raison de circonstances extérieures qui l'ont placé dans une situation désespérée ²¹⁶.

²¹² Civ. 3^e, 1^{er} mars 1977, *D* 1978.91, note C. LARROUMET (le mensonge sur les revenus fournis par un immeuble est un dol incident car il n'avait pas déterminé le consentement de l'acquéreur).

²¹³ A. BRETON, *La violence en tant que vice du consentement*, thèse, Caen, 1925.

²¹⁴ Exemples : Toulouse, 26 mars 1981, *D* 1981.386 (menace d'un employeur de porter plainte contre un salarié en raison de ses détournements de fonds pour obtenir un engagement hors de proportion avec le préjudice causé à l'entreprise) ; Civ. 3^e, 13 janv. 1999, *D*. 2000, 76, note C. WILLMANN (violences morales exercées par une secte).

²¹⁵ Exemple : Civ. 1^{re}, 3 nov. 1976, *Gaz. Pal.* 1977.1.67, note DAMIEN : un avocat profite de l'état d'infirmité de son client et de sa grande inexpérience pour obtenir des honoraires très élevés.

²¹⁶ Exemples : Req., 27 avr. 1887, *S* 1887.1.372 ; *D* 1888.1.263 (un remorqueur n'accepte de dégager un navire échoué que moyennant 5 % de la valeur du navire et de la cargaison : nullité de l'engagement ainsi souscrit) ; Trib. com., de la Seine 12 mars 1945, *Gaz. Pal.* 1945.1.107 (nullité d'une vente consentie pendant la guerre par un israélite à bas prix du fait des persécutions dont il était victime) ; Soc. 5 juill. 1965, *Bull. civ.*, n° 545 (le besoin d'argent, dû notamment à la maladie d'un enfant, justifie l'annulation d'un contrat de travail désavantageux).

C'est ainsi que s'est posée la question de la violence économique ²¹⁷. Les tribunaux refusaient traditionnellement de remettre en cause un contrat passé avec une personne plus puissante économiquement ²¹⁸. La dernière jurisprudence reconnaît que la contrainte économique peut constituer une violence ²¹⁹. Mais les tribunaux semblent exiger pour la caractériser l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant les intérêts d'une personne ²²⁰. Le droit civil se rapproche du droit de la concurrence qui prohibe toute convention entraînant « l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises... de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur » (art. L 420-2 C. com. fr.). Ces solutions ont été consacrées par l'avant-projet Catala : « Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif » (art. 1114-3 al. 1).

94

Illégitimité de la violence. La violence doit être illégitime. Ainsi, en vertu de l'article 1114 du Code civil, « La seule crainte révérencielle envers le père, la mère, ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat » : la crainte de déplaire à ses ascendants ne constitue pas une violence illégitime ²²¹. L'exigence de l'illicéité de la violence, pour qu'elle puisse constituer un vice du consentement, a également soulevé la délicate question de la menace de l'exercice judiciaire d'un droit. La jurisprudence a eu l'occasion de préciser que si la menace de l'emploi d'une voie de droit ne constitue pas en principe une violence ²²², il en irait autrement s'il y a abus de cette voie de droit soit en la détournant de son but, soit en en « usant pour obtenir une promesse ou un avantage sans rapport ou hors de proportion avec l'engagement primitif » ²²³.

²¹⁷ C. NOURRISSAT, La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ?, D 2000, 369 ; G. LOISEAU, L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique, Dr. et patr. sept. 2002, 26.

²¹⁸ Com., 20 mai 1980, *Bull. civ.*, n° 212 (cassation de l'arrêt d'appel qui avait admis que constituait une violence la diminution de la rémunération de la société concessionnaire, acceptée « pour échapper au mal considérable que représentait pour elle la fermeture de son entreprise »).

²¹⁹ Civ. 1^{re}, 30 mai 2000, D 2000, 879, note J.-P. GHAZAL, *JCP* 2001, II, 10461, note G. LOISEAU, *RTD civ.* 2000, 827, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

²²⁰ Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, D 2002, 1860, note J.-P. GRIDEL et J.-P. CHAZAL, *Defrénois* 2002, 1246, note E. SAVAUX, *RTDCiv.* 2002, 502, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

²²¹ Civ. 3^e, 3 juin 1959, *Bull. civ.*, no 276 (ne constitue pas une violence l'influence ordinaire d'une femme sur son mari).

²²² Exemples : Civ., 25 févr. 1879, *DP* 1879.1.273 (le cautionnement donné par une femme croyant son mari menacé de poursuites fondées est valable) ; Civ., 5 juin 1961, *Bull. civ.*, no 289 (la reconnaissance de dettes souscrite par le débiteur pour éviter une saisie de son créancier est valable).

²²³ Civ. 17 janv. 1984, *Bull. civ.*, no 133 ; *RTD civ.* 1985.367, obs. J. MESTRE. Ad. : Toulouse, 26 mars 1981, cité (engagement disproportionné) ; Req. 6 avr. 1903, S 1904.1.505, note WAQUET ; D 1903.1.301 (reconnaissance de dette souscrite par la femme menacée d'une plainte pour adultère de son mari : engagement sans rapport).

II) DROIT LIBANAIS**95**

Le Code libanais bien qu'adoptant l'essentiel des règles ci-dessus relevées se distingue quelque peu du Code français. L'article 202 COC énonce : « Le consentement est vicié ou même parfois, complètement exclu lorsqu'il a été donné par erreur, surpris par dol, extorqué par crainte, ou encore en cas de lésion anormale ou d'incapacité ».

Ce texte nécessite trois remarques : si le législateur français est plutôt septique par rapport à la lésion, le législateur libanais a placé la lésion anormale sur un même pied d'égalité avec les autres vices du consentement. Ce faisant, le législateur a entendu moraliser le contrat, tenant compte de la nécessité de protéger la volonté des contractants contre des attentes trop faciles, dans un domaine où l'appréciation du juge risque d'effleurer l'arbitraire ²²⁴. En outre, le législateur a érigé l'incapacité en vice du consentement autonome.

Ainsi le législateur libanais évoque cinq vices du consentement ²²⁵: l'erreur (A), le dol (B), la crainte (C), la lésion (D) et l'incapacité que nous évoquerons dans la section qui suit.

A- L'erreur**96**

Le Code libanais retient l'erreur obstacle, l'erreur qui vicie le consentement, et l'erreur indifférente.

97***L'erreur obstacle***

En énonçant que : « Le consentement est vicié ou même parfois exclu », l'article 202 COC distingue clairement entre les vices qui simplement sont de nature seulement à affecter le consentement et ceux qui le rendent non avvenu. Cette dernière hypothèse se rencontre surtout en cas d'erreur qui, selon sa gravité empêche la formation du consentement. Contrairement au Code français, le Code libanais a expressément retenu l'hypothèse de l'erreur-obstacle. Aux termes de l'article 203 COC : « Lorsque l'erreur porte sur la nature du contrat ou sur l'identité de l'objet d'une obligation, elle fait obstacle à la formation de l'acte qui est donc inexistant ». Néanmoins, les « objets » de l'erreur-obstacle de l'article 202 ne doivent pas être regardés à titre limitatif. L'erreur-obstacle doit jouer en cas d'erreur sur l'existence de l'objet du contrat ou de l'objet de l'obligation incombant à l'une des parties : contrat de vente portant sur une chose détruite avant la conclusion du contrat. Il doit en être de même de l'erreur sur la cause de l'obligation dans la mesure,

²²⁴ R. ALGRIN, art. préc. n°39, 272.

²²⁵ L'existence des vices du consentement, leur importance et influence sur la validité du contrat, relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond qui échappe au contrôle de la Cour de cassation : Civ. 1^{re} Lib., n°45, 27 juin 2002, *Bull. civ. Sader* 2002, 91.

notamment, où l'obligation sans cause ou dont la cause est erronée ou illicite entraîne l'inexistence du contrat ²²⁶.

L'erreur vice du consentement

Le Code libanais tient compte de l'erreur de droit ²²⁷ comme l'erreur de fait ²²⁸. Exceptionnellement, l'erreur de droit sera écartée : - lorsqu'elle survient en matière de transaction (art. 1048 COC) ou d'aveu (art. 215 NCPC lib.); si elle ne porte pas sur un élément substantiel du contrat ; - si l'erreur est manifeste donc, inexcusable ²²⁹.

L'article 204 énonce : « Le consentement est simplement vicié et le contrat est seulement annulable » : 1- Lorsque l'erreur porte sur les qualités substantielles de la chose ; 2- lorsque, dans les contrats conclus en considération de la personne, elle porte, soit sur l'identité, soit sur les qualités essentielles de cette personne ; 3- lorsqu'elle porte sur l'efficacité de la cause d'une obligation (engagement souscrit à raison d'une obligation préexistante que l'on croyait être civile et qui était seulement naturelle) ».

Par conséquent, le texte évoque l'erreur sur les qualités substantielles, l'erreur sur l'identité ou les qualités essentielles de la personne, l'erreur sur l'efficacité de la cause d'une obligation.

Erreur sur les qualités substantielles. Le législateur libanais conscient de la controverse suscitée par la notion de la « substance de la chose », a évité cette terminologie et opté pour la conception subjective. En outre, l'article 205 COC précise que l'erreur ne vicie pas le contrat si elle n'est pas déterminante ²³⁰ et plus particulièrement, si elle porte « sur les qualités accidentelles ou secondaires de la chose ou de la personne ». C'est dire que les qualités sont substantielles non en raison de la matière ou de la substance en elle-même mais en raison des qualités, regardées par les parties comme substantielles à la conclusion du contrat. Il convient de préciser que cette erreur ne produit pleinement son effet que si elle est commune aux parties; l'article 207 COC énonce : « L'erreur sur les qualités substantielles de la chose ne produit son effet dirimant qu'autant qu'elle était commune aux deux parties et qu'elle avait pénétré dans la convention ». Faut-il tenir compte de l'erreur unilatérale pénétrant dans la convention ? La réponse doit être affirmative au cas où l'autre partie est de mauvaise foi c'est-à-dire, lorsqu'elle contracte alors qu'elle savait l'absence des qualités substantielles.

Erreur sur l'identité de la personne ou ses qualités essentielles. Dans les contrats conclus *intuitu personae* notamment dans les contrats à titre gratuit (donation, etc.), la personne du contractant est dirimante ; aussi, l'erreur sur sa personne affecte le consentement même dans le cas où elle serait purement unilatérale ²³¹. L'erreur dont il s'agit est celle qui porte non seulement sur l'identité civile mais également sur ses qualités lorsque celles-ci agissent sur la volonté du contractant.

²²⁶ Art 196 COC ; cf. G. SIOUFI, t II, n°44, 88.

²²⁷ J – L SOURIOUX, Erreur de droit et vérité juridique, *POEJ* 1967, 69.

²²⁸ Art. 206 COC.

²²⁹ CA Mont-Liban 11^e, n°764, 27 juillet 2004, *Rev. Cassandre* 2004/7, 1211.

²³⁰ Civ. 1^{re} lib, n°63, 16 juin 1998, *Bull. civ. Sader* 1998, 136 et s, spéc. 145.

²³¹ Art. 207 COC.

Erreur sur l'efficacité de la cause d'une obligation. Ce cas n'est pas évoqué par le Code civil, il a été repris par le Code des obligations sous l'influence de son rédacteur ²³². Il suppose que le contractant se soit trompé sur la véritable cause de son engagement ; l'article 204-3 COC précise : « Engagement souscrit à raison d'une obligation préexistante que l'on croyait être civile et qui était seulement naturelle ». Dans ce cas, la cause existe mais elle est imparfaite, « moins décisive que le contractant ne le supposait » : l'engagement sera susceptible de nullité.

Quelle que soit la facette de l'erreur, seule la victime pourra s'en prévaloir pour annuler le contrat à l'exclusion de l'autre partie qui en a bénéficié ²³³.

L'erreur indifférente

98

Le législateur libanais évoque certaines erreurs qui n'affectent pas la validité du contrat (art. 205 COC). Il s'agit :

1. de l'erreur non déterminante.
2. de l'erreur sur les qualités accidentelles ou secondaires de la chose ou de la personne.
3. de l'erreur sur la valeur de la chose sauf dans les trois hypothèses suivantes :
 - si l'erreur a eu lieu dans le rapport contractuel avec un mineur, il pourra alors demander l'annulation du contrat pour lésion
 - si, dans le rapport avec un majeur, l'erreur a généré un dol présentant la double particularité d'une part, d'être choquant et anormal eu égard aux usages courants et, d'autre part, que le bénéficiaire ait voulu exploiter la gêne, la légèreté ou l'inexpérience de la victime
 - si la cause du dol est une erreur portant sur les qualités substantielles de la chose ²³⁴.
4. de l'erreur sur les simples motifs qui ont incité l'une des parties au contrat. Ce sont les motifs propres à chaque individu et qui le poussent à contracter ; ils ne sont pas connus de l'autre partie. Ces motifs doivent être distingués de la cause du contrat. La cause est un motif connu de tous les contractants et est intégré dans le contrat ; lorsque la cause est erronée, elle entraîne l'inexistence du contrat (art. 196 COC).
5. sur des chiffres, sur un calcul : la rectification est alors de droit, mais le contrat demeure valable. A ce propos, la jurisprudence décide que l'erreur sur les chiffres a lieu lorsque les parties retiennent un chiffre différent du chiffre réel. En revanche, lorsque le chiffre, comme en l'espèce, exprime un bien-fonds différent de celui convenu par les parties, il y a erreur sur l'identité de l'objet de l'obligation, faisant obstacle à la formation du contrat dans les termes de l'article 203 COC ²³⁵.

²³² Cf. JOSSERAND, t II n°63, 34.

²³³ Civ. 1^{re} lib., n°113, 12 déc. 2000. *Bull. civ. Sader* 2000, 231.

²³⁴ G. SIOUFI, op. cit. n°53, 104.

²³⁵ Civ. 2^e lib., n°45, 19 mai 1994, *Rev. jud. lib.* 1994, 841.

B- Le dol

99

Les articles 208 et 209 COC divisent le dol en dol déterminant et dol incident. Le dol déterminant est celui qui a décidé la victime à contracter. Le dol incident est celui qui a modifié les clauses du contrat sans avoir affecté la formation du contrat. Le dol déterminant entraîne la nullité du contrat s'il a été commis par une partie au détriment de l'autre ²³⁶. Il en est de même s'il a été commis par un tiers, complice de la partie bénéficiaire ; à défaut, la victime ne pourra demander à l'auteur du dol que des dommages-intérêts. Au contraire, le dol incident n'est pas de nature à annuler le contrat mais ouvre à la victime une action en dommages-intérêts.

Le dol implique la réunion d'un élément intentionnel : l'auteur doit avoir eu l'intention de tromper son cocontractant. Plus particulièrement, la jurisprudence exige que la victime soit "inexpérimentée et facile à tromper" et refuse de retenir le dol lorsque, celui qui s'en prévaut s'entoure de précaution et de discernement ²³⁷. En outre, le dol implique un élément matériel : l'auteur doit avoir effectué des actes positifs. Généralement, l'acte dolosif est défini comme un acte qui trompe par sa présentation irréaliste, affecte la volonté et détermine une personne à contracter ²³⁸. Les actes effectués par l'auteur sont très variés. En tous cas, ils doivent être à l'origine de la volonté de contracter de la victime ²³⁹. La nullité pour dol est soumise à la prescription décennale qui court, conformément à l'article 235 alinéa 2 COC du jour où il a été découvert par la victime ²⁴⁰.

La question est de savoir si le silence est constitutif de dol ? Le simple silence n'est pas constitutif de dol. Il en est autrement lorsque la loi impose au contractant une divulgation préalable. Par exemple, l'article 974 § 3 COC oblige l'assuré à « déclarer à l'assureur les circonstances nouvelles qui ont pour conséquence d'augmenter les risques » ; l'article 982 alinéa 1 COC énonce que le contrat d'assurance est nul en cas de réticence « quand cette réticence change l'objet du risque ou en diminue l'opinion pour l'assureur ».

Le dol doit être prouvé par la partie qui l'allègue. Dans la mesure où il résulte des comportements donc, des faits du contractant, il pourra être prouvé par tous moyens notamment par témoins et différentes présomptions ²⁴¹.

C- La crainte

100

Généralités. L'article 210 COC considère la crainte comme un vice du consentement. En réalité, c'est de violence ou de contrainte qu'il s'agit. Cela dit, les notions de crainte et de violence sont complémentaires et ne peuvent être séparées : la violence est la cause et la crainte est la conséquence ²⁴². La crainte

²³⁶ Civ. 5^e lib., n°38, 29 mars 2001, *Bull. civ. Sader* 2001, 404 et s. spéc. 406.

²³⁷ Civ. 1^{re} lib., n°63, 16 juin 1998, *Bull. civ. Sader* 1998, 136 et s. spéc., 146.

²³⁸ CA Békaa 2^e ch., n°9, 23 janvier 1995, *Rev. jud. lib.* 1995, 814.

²³⁹ CA Békaa 2^e ch., n°29, 23 janvier 1995 préc., CA Beyrouth 1^{re}, n°148, 16 février 1995 *Rev. jud. lib.* 1995 70.

²⁴⁰ Civ. 1^{re} lib., n°61, 14 déc. 1993, *Rev. jud. lib.* 1993, 952.

²⁴¹ Civ. 5^e lib., n°38, 29 mars 2001, *Bull. civ. Sader* 2001, 404 et s. spéc., 407.

²⁴² M. EL-AOUJE, *Le contrat*, vol 1, Bahsoun 1995, 363 ; G. SIOUFI n°67, 121.

vicie le consentement lorsqu'elle a été déterminante compte tenu de la personnalité de la victime : âge, sexe, instruction, condition sociale (art. 211 COC), mais sans qu'il y ait à distinguer selon qu'elle est l'œuvre d'un contractant, d'un tiers ou des circonstances extérieures au cercle contractuel. Toutefois, dans ces deux dernières éventualités, la victime, qui entend se dégager de l'opération, peut être tenue à indemniser l'autre partie, si celle-ci est de bonne foi et dans la mesure où l'équité l'exige (art. 210 al. 2 COC).

101

Origines. La violence peut être physique ou morale. Elle est soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond échappant au contrôle de la Cour de cassation ²⁴³. La haute Cour libanaise décrit la crainte comme un état de nécessité révélant une inégalité entre les parties où l'une d'entre elles exploite abusivement certaines circonstances contraignantes entraînant la crainte auprès de l'autre partie, et ce dans le but d'obtenir un intérêt illicite ²⁴⁴.

Elle peut porter sur « la personne ou les biens du contractant, de son conjoint, de son ascendant ou de son descendant » (art. 210 al. 1 COC). Il est regrettable ici que le législateur libanais ait évoqué les liens de parenté à titre limitatif. En effet, le contractant peut entretenir des liens, avec d'autres parents ou même des amis, tellement étroits, qu'ils le poussent à conclure un contrat afin de mettre un terme à la menace. Le contrat devrait prétendre à la nullité, peu importe les liens de parenté, chaque fois que le demandeur prouve qu'il a été affecté par cette crainte qui l'a décidé à conclure le contrat dont la nullité est requise.

La seule crainte révérencielle envers le père, ou autre ascendant ne suffit pas à vicier le contrat. Il en va de même de l'emploi des voies de droit ²⁴⁵ dans la mesure où cet emploi est légitime, c'est-à-dire, s'il tend uniquement à faire obtenir son dû à celui qui y recourt ²⁴⁶.

SECTION 2

LA CAPACITÉ

102

La capacité est l'aptitude d'une personne à être titulaire de droits et à les exercer. La capacité est le principe puisque « Toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi » (art. 1123 C. civ.). L'article 1124 précise que « Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi : les mineurs non émancipés ; les majeurs protégés au sens de l'article 488 du présent Code ».

²⁴³ Civ. 2^e lib., n°4, 11 janv. 2000, *Bull. civ. Sader* 2000, 270; n°101, 16 déc. 1993, *Rev. Jud. lib.* 1993, 658.

²⁴⁴ Civ. 4^e lib., n°53, 24 déc. 2003, *Al Adl* 2006/1, J., 197 et s. spéc. 199.

²⁴⁵ Civ. 5^e lib., n°30, 13 mars 2001, *Bull. civ. Sader* 2001, 388.

²⁴⁶ Art. 212 COC; v. aussi CA Mont-liban, n°406, 25 juin 2003, *Rev. Cassandre* 2003/6, 1094.

L'avant-projet Catala envisage d'étoffer le Code civil, en particulier en consacrant expressément la distinction entre capacité de jouissance et capacité d'exercice (art. 1116 et s.) et en prévoyant des dispositions particulières pour la capacité des personnes morales (art. 1116-3 et 1118). Le droit des incapacités relève traditionnellement du droit des personnes.

En droit libanais, l'article 215 COC répute « capable de s'obliger » toute personne parvenue à l'âge de dix-huit ans révolus. Le mineur de dix-huit ans et l'aliéné sont frappés d'une incapacité de s'obliger volontairement, dont la sanction est soit l'inexistence de l'acte, si l'incapable est dépourvu de discernement, soit la nullité s'il est doué de discernement, comme l'est le mineur parvenu à l'âge de raison. La maladie n'est pas constitutive en soi d'une cause d'incapacité sauf si elle affecte le discernement du malade ²⁴⁷. Cette nullité ne peut être invoquée que par l'incapable qu'elle vise à protéger, son représentant et ses héritiers, et sous la condition qu'une lésion soit établie. La compétence pour connaître de la nullité ou non de l'acte accompli par l'incapable revenant non pas aux tribunaux ecclésiastiques ou *charii*, suivant le cas, mais aux tribunaux civils ²⁴⁸. En revanche, si le contrat était soumis à une forme particulière ; la nullité serait alors encourue du fait même de l'omission de la formalité, sans que le demandeur ait à établir l'existence d'une lésion (art. 216 COC).

En outre, l'article 218 COC sanctionne les condamnés frappés d'interdiction légale d'incapacité; la nullité des actes qu'ils seraient amenés à effectuer est d'ordre public, donc absolue, ce qui justifie que tout intéressé puisse opposer leur incapacité.

SECTION 3
L'OBJET

103

Notion ; plan. L'article 1108 du Code civil exige pour la validité d'une convention « un objet certain qui forme la matière de l'engagement ». Malgré son caractère apparemment « rigide et paisible » ²⁴⁹, l'objet est une matière complexe que la terminologie imprécise des articles 1126 à 1130 qui lui sont consacrés ne contribue pas à éclairer, parlant d'« objet du contrat » ou d'« objet de l'obligation » pour désigner une même réalité. Rigoureusement, un contrat synallagmatique fait naître deux obligations ayant chacune un objet, la prestation à fournir : dans la vente, l'objet de l'obligation du vendeur est de livrer la chose, l'objet de l'obligation de l'acheteur est de payer le prix.

²⁴⁷ Civ. 1^{re} lib., n°45, 27 juin 2002, *Bull. civ. Sader* 2002, 91.

²⁴⁸ Ass. plén. lib. n°2, 20 janv. 1994, *Bull. Ass. plén. Sader* 1994-1995, 9 et s, spéc., 15.

²⁴⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNES ET Ph. STOFFEL-MUNCK, n° 596.

Une doctrine contemporaine a proposé de distinguer l'objet du contrat et l'objet de l'obligation, l'objet du contrat étant l'opération juridique que les parties souhaitent réaliser : l'objet d'un contrat de vente serait le transfert de propriété d'un bien, l'exemple montrant que l'objet du contrat se confond avec l'objet de l'obligation principale et caractéristique qu'il engendre. La notion d'objet du contrat facilite surtout la qualification des contrats.

Le Code libanais a tenu compte des critiques formulées à l'encontre de la confusion engendrée par la rédaction de l'article 1126 du Code civil. Aussi, l'article 186 COC est venu consacrer de manière claire et expresse la distinction entre l'objet du contrat et l'objet de l'obligation. L'article 186 énonce : « Le véritable objet de tout contrat est la production des obligations ; mais ce but ne peut être atteint qu'autant que ces obligations ont elles-mêmes des objets et qui réunissent certaines qualités ». Ce faisant, l'article distingue l'objet du contrat de l'objet de l'obligation qui consiste en la prestation promise. Quant à l'objet de la prestation, il est clairement précisé dans l'article 187 COC : « L'objet peut consister dans un fait (obligation de faire), dans une abstention (obligation de ne pas faire), dans un transfert de propriété ou la constitution d'un droit réel (obligation de donner) ». De la combinaison des articles 186 et 187 COC, il résulte que le contrat a pour objet une obligation, qui a pour objet une prestation consistant en une obligation de faire, de ne pas faire ou de donner.

L'objet de l'obligation suscite deux interrogations : existe-t-il (§ 1) ? Est-il équilibré : c'est la valeur de l'objet (§ 2) ?

§ 1 EXISTENCE DE L'OBJET

104

L'objet doit être possible : la vente de la lune aurait par exemple un objet impossible. Au-delà de cette condition qui n'appelle pas davantage d'observations, l'objet doit être certain (A), déterminé ou déterminable (B) et licite (C).

A- L'objet doit être certain

105

L'article 188 alinéa 1 COC énonce : « Le défaut d'objet entraîne l'inexistence du contrat ». En effet, Une chose qui n'existe pas ou n'existe plus ne peut en principe être l'objet d'une prestation : l'article 1601 du Code civil prévoit par exemple que « si au moment de la vente, la chose vendue était périe en totalité, la vente serait nulle ». Deux tempéraments sont apportés à cette exigence :

- l'article 1130, alinéa 1^{er}, du Code civil prévoit que « Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation ». Le Code civil lui-même en fournit un exemple en traitant de la vente d'immeuble à construire (art. 1601-1 à 1601-4 C. civ.). Dans le même sens, l'article 188 alinéa 2 COC énonce : « L'objet peut consister en une chose future »²⁵⁰.

Si la chose objet du contrat ne vient pas à exister, le contrat est caduc, les parties engageant éventuellement leur responsabilité pour des raisons spécifiques, il est parfois apporté exception à ce principe : pour des raisons essentiellement morales sont prohibés les pactes sur succession future (art. 1130 al. 2 C. civ. ; art. 188 al. 2 COC) ;

- les parties peuvent conclure une convention aléatoire, dont on n'est pas sûr que l'objet existe ou existera (exemple : vente d'une récolte à venir).

B- L'objet doit être déterminé ou déterminable

106

Principe. Cette exigence est posée d'une manière générale par l'article 1129 du Code civil et reprise par des textes particuliers, tel l'article 1591 du Code civil à propos de la vente. Le domaine d'application de cette règle dépend davantage de considérations pratiques que théoriques : ainsi, alors que l'article 1710 dispose qu'un contrat d'entreprise doit fixer un prix déterminé ou déterminable, la jurisprudence n'en tient pas compte, sans doute car il est souvent difficile de fixer à l'avance le coût des prestations dans ce type de contrat.

L'objet peut être déterminé : la vente de tel immeuble, de tel fonds de commerce, d'X kilos de cuivre de telle qualité... L'objet peut également être simplement déterminable (exemples : vente au cours, vente d'une marchandise dont le prix sera fixé par rapport à un cours officiel le jour de la livraison ; vente dont le prix sera fixé par un tiers), à condition que les éléments permettant de le déterminer soient suffisamment précis²⁵¹. Cette exigence d'un objet déterminé ou déterminable a engendré une importante jurisprudence à propos du prix dans la vente et dans les contrats-cadre de distribution.

107

Cas des contrats-cadre. Un contentieux abondant est né de contrats-cadre stipulant une clause d'exclusivité : par exemple dans le contrat de distribution conclu entre une compagnie pétrolière et un pompiste détaillant aux termes duquel ce dernier s'engage à se fournir exclusivement auprès de la compagnie signataire au tarif en vigueur au jour de la livraison, ou du contrat similaire conclu entre un brasseur et un débitant de boissons. Ce contrat-cadre était complété par la suite par des contrats de vente. La jurisprudence exigeait que le contrat-cadre comportât un prix déterminé ou déterminable par des éléments indépendants de la volonté d'une des parties²⁵². Cette solution a été critiquée par une large partie de la

²⁵⁰ Par ex. un immeuble à construire : Civ. 1^{re} lib., n°1, 5 janv. 1999, *Bull. civ. Sader* 1999, 9.

²⁵¹ Exemple : la référence aux prix pratiqués « par l'ensemble du négoce sérieux dans l'arrondissement » est trop vague (Req., 5 févr. 1934, *Gaz. Pal.* 1934.2.331).

²⁵² Exemples : affaires des pompistes de marque (indétermination du prix fixé en référence à des barèmes du fournisseur : depuis Com. 5 nov. 1971, *Bull. civ.* n° 263, *D* 1972.353, note

doctrine car elle gênait la conclusion de contrats à long terme et perturbait les réseaux de distribution. Aussi, la Cour de cassation a limité l'exigence d'un prix déterminé ou déterminable aux contrats engendrant une obligation de donner ²⁵³, mais la distinction est difficile à mettre en œuvre en pratique : tout contrat-cadre implique la conclusion de ventes ²⁵⁴. La jurisprudence a alors préféré une autre formule, précisant qu'il m'était plus nécessaire que le prix soit déterminable dans le contrat lui-même pourvu qu'il puisse être « librement débattu et accepté » par les parties lors des contrats de vente postérieurs ²⁵⁵, mais cette solution condamnait la clause d'exclusivité. Préparé par la première chambre civile ²⁵⁶, un revirement important a été opéré par quatre arrêts de l'Assemblée plénière le 1^{er} décembre 1995 : « 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 » ²⁵⁷.

Ces décisions admettent incontestablement la validité de principe du contrat-cadre ne prévoyant pas de prix pour les contrats d'application futurs. L'avant-projet Catala maintient ce principe, prévoyant qu'en cas de contestation sur le montant du prix fixé lors du contrat d'application, le créancier devra « en justifier le montant à première demande du débiteur » (art. 1121-4).

Au delà, il semble d'une manière plus radicale qu'elles mettent fin au contentieux de la nullité des contrats pour indétermination du prix sur le fondement de l'article 1129 du Code civil. En affirmant que l'article 1129 n'est « pas applicable à la détermination du prix », la Cour de cassation considère que seuls les contrats pour lesquels un texte particulier pose l'exigence d'un prix déterminé pourront être annulés. Pour les autres, le rôle du juge se déplace de la formation du contrat à son exécution. Le prix peut être unilatéralement fixé par une partie, mais si celle-ci abuse de ce droit, elle engagera sa responsabilité vis-à-vis de son partenaire, le

J. GHESTIN ; *JCP* 1972.II.16975, note J. BORE) ; affaires des contrats de bière (indétermination du prix fixé par rapport « aux prix habituellement pratiqués pour des marchandises de même qualité sur la place où est exploité le fonds » (Com. 11 oct. 1978, *Bull. civ.* n° 225, *D* 1979.135, note R. HOUIN ; *RTD civ.* 1980.364, obs. G. CORNU).

²⁵³ Com. 9 nov. 1987, *Bull. civ.* n° 237 ; *D* 1989.35, note P. MALAURIE ; *JCP* 1989.II.21186, note G. VIRASSAMY ; *RTD civ.* 1988.527, obs. J. MESTRE.

²⁵⁴ Cf. Com. 5 nov. 1991, *Bull. civ.* n° 335 : nullité du contrat de franchise car « pour la conclusion des contrats de vente successifs nécessaires à la mise en œuvre du contrat litigieux, qui comporte essentiellement des obligations de faire, les prix ne pouvaient être librement débattus et acceptés par les parties ».

²⁵⁵ Com. 16 juill. 1991, *JCP* 1992.II.21796, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1992.87, obs. J. MESTRE.

²⁵⁶ Civ. 1^{re}, 29 nov. 1994, *D* 1995.122, note L. AYNES ; *RTD civ.* 1995.358, obs. J. MESTRE ; *JCP* 1995.II.22371, note J. GHESTIN : « Méconnaît les règles relatives à la détermination du prix et à l'exécution de bonne foi des conventions la cour d'appel qui annule pour indétermination du prix un contrat portant sur l'installation et l'entretien d'un matériel téléphonique et ses extensions futures, dès lors que ce contrat faisait référence à un tarif, de sorte que le prix était déterminable et qu'il n'était pas allégué que le fournisseur ait abusé de l'exclusivité qui lui était réservée pour majorer son tarif dans le but d'en tirer un profit illégitime ».

²⁵⁷ Ass. plén. 1^{er} déc. 1995 (4 arrêts), *D* 1996.18, note L. AYNES ; *JCP* 1995.II.22565, concl. JEOL, note J. GHESTIN ; *JCP* éd. E, 1996.II.776, note L. LEVENEUR ; *Defrénois* 1996.748, note P. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 1996.153, obs. J. MESTRE.

contrat pouvant être par ailleurs résilié ²⁵⁸. La jurisprudence devra déterminer à l'avenir les contours de l'abus en la matière ²⁵⁹.

Dans des termes similaires, le Code libanais exige une détermination « suffisante » de l'objet (art. 189 COC), portant sur sa nature et sa quotité (art. 190 al. 1 COC). En outre, le Code se suffit de la détermination de l'espèce pourvu que le contrat fournisse le moyen d'en préciser ultérieurement la quotité » (art. 190 al. 2 COC).

Par conséquent, il suffit que le contrat contienne les qualités de la chose et de l'objet permettant de l'identifier au moment de l'exécution du contrat : à défaut, le contrat ne sera pas valablement formé ²⁶⁰. En ce sens, l'article 299 alinéa 2 COC dispose : « Si la chose n'est déterminée que dans son espèce, le débiteur n'est pas tenu de la donner de la meilleure espèce mais il ne peut l'offrir de la plus mauvaise ». C'est dire qu'il n'est nullement nécessaire que l'objet soit déterminé, il suffit qu'il soit déterminable en fonction des éléments exprimés de manière expresse ou tacite dans le contrat.

Souvent les banques insèrent une clause de variation par laquelle elles se réservent le droit de modifier le taux d'intérêt qui peut se référer au taux de base, c'est à dire au taux déterminé par la seule banque. La question s'est posée de savoir si cette modification unilatérale du taux ne le rendait pas indéterminé et s'il ne faut pas du coup annuler la clause pour indétermination ou indéterminabilité de l'objet. La haute juridiction française a étendu sa jurisprudence des contrats-cadres aux contrats bancaires. Depuis un arrêt de 1996, elle décide que l'article 1129 C. Civ. n'étant pas applicable à la détermination du prix, le taux d'intérêt convenu peut varier en fonction de l'évolution du taux de base de la banque ²⁶¹ et que seul l'abus commis dans sa mise en œuvre peut être sanctionné. Au contraire, la Cour d'appel du Mont-Liban ²⁶² annule ladite clause par application de l'article 189 COC sauf si le client a reçu les relevés de compte sans formuler aucune protestation ou réserve à l'égard du taux ainsi appliqué, il est alors réputé avoir accepté le taux unilatéralement modifié par la banque. Tel était le cas en l'espèce.

C- L'objet doit être licite

108

Aux termes de l'article 1128 du Code civil, « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ». Deux raisons qui peuvent se combiner justifient une telle exclusion : les nécessités de l'ordre public ou le caractère sacré de certaines choses.

²⁵⁸ *La détermination du prix, nouveaux enjeux*, Dalloz 1997 (sous la dir. de T. REVET) ; d'une manière plus générale, P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 337, 2000, préf. R. BOUT.

²⁵⁹ Cf. Com. 15 janv. 2002, JCP 2002, II, 10157, note C. JAMIN, *RTDCiv.* 2002, 294, obs. J. MESTRE et B. FAGES retenant l'abus d'un importateur de véhicules qui impose aux concessionnaires des sacrifices mettant en péril leur activité.

²⁶⁰ Exemple pour un contrat de vente : CA Mont-Liban 11^e, n°157, 25 avril 2004, *Rev. Cassandre* 2004/2, 300.

²⁶¹ Com. 9 juillet 1996, *JCP G* 1996, II-22721 note J. STOUFFLET.

²⁶² Mont-Liban 6 déc. 1995, *Al Adl* 1997, J., 84.

Les choses hors commerce en raison des nécessités de l'ordre public.

L'organisation constitutionnelle administrative ou judiciaire de l'État ne peut faire l'objet de conventions : serait par exemple nulle toute convention liée aux opérations électorales ²⁶³. De même, les biens du domaine public sont inaliénables, tout comme les fonctions publiques. Enfin, certaines choses produites en infraction à la loi sont hors commerce (substances vénéneuses, drogues, marchandises contrefaites ²⁶⁴).

Les choses hors commerce en raison de leur caractère sacré. Le domaine des choses hors commerce en raison de leur caractère sacré a tendance à se réduire, sous la pression des progrès de la science... et du mercantilisme.

Le corps humain est hors commerce : l'article 16-5 du Code civil, issu de la loi du 29 juillet 1994 dispose que « les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain à ses éléments ou à ses produits sont nulles ». Ce principe d'indisponibilité du corps humain trouve naturellement à s'appliquer en cas d'aliénation de la totalité du corps humain : la convention par laquelle une personne se donnerait en esclavage serait incontestablement nulle, comme les « ventes » d'enfants qui tendent malheureusement à se développer aujourd'hui. La jurisprudence avait rattaché à l'indisponibilité du corps humain l'interdiction des conventions de mères porteuses ²⁶⁵. Sont également prohibées les aliénations d'un élément du corps humain : la jurisprudence a par exemple annulé une convention par laquelle une mineure devait se faire tatouer les fesses, une clause précisant que « le tatouage, une fois ôté de votre corps, restera notre propriété pleine et entière » ²⁶⁶. Si la jurisprudence traditionnelle prohibait la cession des clientèles civiles considérées comme le prolongement de la personne, elle est aujourd'hui admise ²⁶⁷.

Le principe d'indisponibilité du corps humain ne connaît que des exceptions soumises à des conditions strictes : ainsi le don d'organes n'est possible que dans un intérêt thérapeutique avec son consentement exprès et sans qu'une rémunération soit possible.

L'état et la capacité des personnes sont également hors commerce : les règles relatives à l'état civil, à la capacité, aux relations familiales extra-patrimoniales

²⁶³ Paris, 12 nov. 2001, *RTDCiv.* 2002, 89, obs. J. MESTRE et B. FAGES : est nul l'engagement pris par un candidat de rembourser les frais payés par son parti, l'opération étant relative aux conditions de présentation d'un candidat aux suffrages des électeurs, qui sont hors commerce.

²⁶⁴ Com. 24 sept. 2003, *D* 2003, 2683, note C. CARON, *RTDCiv.* 2004, 117, obs. T. REVET (marchandises contrefaites).

²⁶⁵ Ass. plén., 31 mai 1991, *JCP* 1991.II.21752, note F. TERRE ; *D* 1991.417, rapp. Y. CHARTIER, note D. THOUVENIN ; *RTD civ.* 1991, obs. D. HUET-WEILLER ; *Defrénois* 1991.948, obs. J. MASSIP : « la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ». Solution reprise par l'art. 16-7 C. civ.

²⁶⁶ TGI Paris, 3 juin 1969, *D* 1970.136, note JP.

²⁶⁷ Depuis Civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, *JCP* 2001, II, 10452, note F. VIALLA *D* 2001, 2400, note Y. AUGUET, *RTD civ.* 2001, 130, obs. J. MESTRE et B. FAGES, 167, obs. Th. REVET, *Defrénois* 2001, 431, note R. LIBCHABER.

échappent au contrat. L'article 1388 du Code civil dispose par exemple en ce sens que « les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent du mariage, ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale, de la tutelle ».

L'article 192 du Code libanais énonce : « Est nul le contrat dont une obligation porte sur un objet illicite ou immoral. Les choses qui ne sont pas dans le commerce ne peuvent donner lieu à obligation. Toutefois, on doit tenir compte, pour l'application de cette règle, de la relativité de la notion du commerce, certains biens répugnant à certaines opérations alors qu'ils se prêtent parfaitement à d'autres ». Ce texte doit être complété de la règle posée par l'article 166 COC qui, consacrant le principe de la liberté contractuelle, le tempère des exigences « d'ordre public, des bonnes mœurs et des dispositions impératives ». Par conséquent, l'objet licite doit porter sur une chose licite et non hors du commerce, il doit être conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Chose licite, non hors du commerce. En énonçant que les choses hors du commerce ne peuvent faire l'objet d'obligation, l'article 192 COC reprend en réalité le texte de l'article 1128 C. Civ. qui ne permet de contracter que sur des choses qui sont dans le commerce. Ainsi en est-il des biens publics, des fonctions publiques, de la nationalité, etc. Néanmoins, l'article 192 COC précise que la notion de commerce est une notion relative, certaines choses peuvent faire l'objet de certains contrats à l'exclusion d'autres. Par exemple, les biens publics ne peuvent faire l'objet d'un contrat de vente mais ils pourront être donnés à bail. La vie de l'homme et l'intégrité de sa personne sont eux « placés au dessus des conventions » (art. 139 COC).

Objet conforme à l'ordre public et aux règles impératives. Les règles sont dites impératives en fonction de leur contenu : elles interdisent ou elles ordonnent ou parce qu'elles sont d'ordre public. La notion d'ordre public est floue. En tout cas elle n'est pas immuable. La Cour de cassation libanaise définit l'ordre public comme l'« ensemble des règles impératives liées aux intérêts supérieurs de la Société »²⁶⁸. Certaines matières antérieurement contraires à l'ordre public cessent de l'être en raison de l'évolution sociale. De manière générale, ces règles ne concernent pas les citoyens en tant qu'individus mais la société. Par exemple, le créancier ne peut renoncer d'avance à la prescription (art. 346 COC) ; l'engagement du contractant jusqu'à sa mort est nul d'une nullité absolue (art. 627 COC). La violation d'une règle d'ordre public ou impérative entraîne la nullité du contrat : absolue ou relative.

Parfois le texte ne renseigne pas sur la nature de cette nullité. Il reviendra au juge de la préciser : si la cause de nullité est envisagée dans un intérêt privé, seule la personne intéressée pourra s'en prévaloir. A ce propos, l'article 234 COC réserve l'action en annulation du contrat « aux personnes en faveur ou pour la protection desquelles la nullité est établie par la loi ». Par exemple, l'article 385 COC rend nulle la vente de la chose d'autrui mais en même temps interdit au vendeur de s'en prévaloir. La nullité est donc relative. Au contraire, si la cause de nullité se trouve dans un intérêt général, la protection d'un principe social ou moral, la nullité sera absolue et pourra être soulevée par tout intéressé. Par exemple, l'article 188 COC a expressément souligné que la renonciation à une succession non encore ouverte est sanctionnée par la nullité absolue.

²⁶⁸ Civ. 5^e lib., n°136, 31 oct. 2002, inédit.

Objet conforme aux bonnes mœurs. De manière générale, on peut dire que les bonnes mœurs constituent l'ensemble des règles reçues de l'héritage culturel, religieux ou laïc, et des convictions et autres coutumes encrées dont les règles morales, dans la vie d'un peuple donné. Par conséquent, toutes les conventions qui contreviennent à ces règles sont nulles. Ainsi en est-il des conventions relatives aux pari et jeu ²⁶⁹ ainsi que celles portant sur la prostitution.

111

D- L'objet doit être possible

L'article 189 COC exige que l'objet soit suffisamment possible. Cette exigence est requise à peine de nullité du contrat du moins si cette impossibilité présente un caractère absolu et insurmontable (art. 191 al. 1 COC).

L'impossibilité absolue peut être antérieure à la conclusion du contrat ; celui-ci sera alors inexistant. Elle peut être postérieure à sa conclusion ; elle aura pour effet de résilier le contrat et condamner le débiteur de l'obligation inexécutée au dédommagement. En revanche, si l'impossibilité trouve sa source dans une forme majeure, l'obligation sera caduque et le débiteur libéré (V. *infra* n°529). L'impossibilité peut être naturelle, c'est-à-dire en raison de la nature impossible de la chose même. Bien entendu, il est peu concevable que les parties contractent à l'origine, en connaissance de cause, sur une chose impossible. L'hypothèse dont il s'agit est celle où la chose existait avant la conclusion du contrat, a péri ou disparu sans la connaissance des parties au moment de la conclusion du contrat. L'impossibilité peut être juridique ; elle consiste alors en l'ignorance des parties des lois du pays du lieu de la conclusion du contrat. Ici, l'impossibilité est liée à la cause de l'obligation non à son objet. Par exemple, une personne conclut un contrat nécessitant l'obtention d'un permis déterminé alors que la loi nationale interdit l'obtention d'un tel permis.

L'impossibilité peut être relative. Elle résultera soit du débiteur soit de l'objet même du contrat. Dans le premier cas, le débiteur s'oblige à exécuter une prestation déterminée alors qu'il n'en a pas les moyens : intellectuels, financiers, etc. Le second cas, se présente sous deux aspects : le contractant promet le fait d'autrui alors que celui-ci ne s'exécute pas ; le contractant engage des choses futures qui ne se réalisent point. Dans toutes ces hypothèses, l'impossibilité ne fait pas obstacle à la validité du contrat ; l'obligation inexécutée se résout en dommages-intérêts (art. 191 al. 2 COC).

²⁶⁹ Exceptionnellement, les jeux propres à exercer au fait des armes, les courses de tout genre et les jeux sportifs sont permis; cf. art. 1025 COC.

§ 2 VALEUR DE L'OBJET

112

Principe. Selon le principe de l'autonomie de la volonté, le droit n'a pas à se préoccuper de l'équilibre des prestations : dans la mesure où ce déséquilibre a été accepté par les contractants, la lésion de l'un d'entre eux ne peut pas être prise en compte. Pourtant, certains auteurs ont fait valoir qu'un contractant n'a pu librement accepter d'être lésé : la lésion ferait présumer un vice du consentement, le lien entre lésion et consentement étant d'ailleurs consacré par le Code civil, la lésion figurant dans une section du Code civil intitulée « Du consentement ». Cette approche paraît bien fictive, et d'autres auteurs enseignent que le seul déséquilibre des prestations contractuelles justifierait la rescision du contrat pour lésion : « ce qui est juste prime ce qui a été voulu, même voulu consciemment et librement »²⁷⁰. L'avant-projet Catala envisage en ce sens de rapatrier les règles relatives à la lésion dans la section relative à l'objet (art. 1122-1). Si cette seconde explication est plus convaincante, admettre la lésion pour tout déséquilibre contractuel ruinerait la sécurité des relations juridiques. C'est sans doute pourquoi le domaine de la lésion a été limité : l'article 1108 du Code civil prévoit que la lésion « ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes ». Même si certaines lois postérieures et la jurisprudence ont élargi le domaine de la lésion, elle reste l'exception.

113

Domaine de la lésion. La lésion peut être invoquée par toute personne dans certains contrats seulement : pour le vendeur en cas de vente d'immeuble pour une lésion supérieure aux 7/12^e du prix (art. 1674 C. civ.), pour les co-partageants en cas de partage pour une lésion de plus du 1/4 (art. 887 C. civ.). La loi du 11 mars 1957 prévoit que l'auteur d'une œuvre peut obtenir la révision de ses droits d'auteur s'il a cédé le droit de les exploiter pour une rémunération forfaitaire inférieure de plus des 7/12^e au produit de cette œuvre (art. 37 aujourd'hui art. L 131-5 C. propr. intell. fr.). En dehors de tout texte, une jurisprudence audacieuse qui ne peut trouver d'autre fondement que l'exécution de bonne foi des conventions s'autorise à réduire la rémunération des mandataires²⁷¹ et même d'autres professionnels : avocats, médecins, détectives...

La lésion peut être invoquée dans tous les contrats au profit de certaines personnes seulement : les incapables mineurs ou majeurs, la question étant en général traitée avec le droit des incapacités.

²⁷⁰ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, t. 1, n° 245.

²⁷¹ Civ. 29 janv. 1867, DP 1867.1.53 ; S 1867.1.245 (salaire d'un mandataire « hors de proportion avec le service rendu »).

Le Code libanais envisage la lésion et la sanctionne. La lésion peut être approchée de manière subjective : elle est alors le signe, l'indice, d'un vice de consentement, c'est l'approche du Code civil. Egalement, elle peut être envisagée de manière objective : elle constitue alors un déséquilibre entre les prestations réciproques. Le Code libanais a adopté les deux approches. L'article 213 COC la définit comme « une disposition, un défaut d'équilibre entre les prestation et les contre-prestation mises, par le contrat à titre onéreux, à la charge et au profit des parties ». Toutefois, la jurisprudence ne se contente pas d'un défaut d'équilibre "léger" ²⁷² a fortiori s'il résulte d'une dévolution successorale entre descendants où la « concession doit prévaloir » ²⁷³. La constatation de ce déséquilibre étant soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond ²⁷⁴.

La lésion n'est pas un vice objectif du contrat, mais constitue un vice du consentement dans deux cas : lorsqu'elle est subie par un mineur et, lorsqu'elle est subie par un majeur à condition, dans ce dernier cas, qu'elle présente cette double particularité d'être choquante et anormale eu égard aux usages courants, puis de s'expliquer, de la part de son bénéficiaire, par la volonté d'exploiter la gêne, la légèreté ou l'inexpérience de sa victime » (art. 214 COC).

Il en résulte que la lésion subie par un majeur nécessite la réunion simultanée de ces deux éléments : matériel (prix choquant et anormal eu égard aux usages courants) et intentionnel (volonté d'exploiter la gêne ²⁷⁵, la légèreté ou l'inexpérience de la victime) à peine de rejeter l'action en nullité pour lésion ²⁷⁶. La jurisprudence considère que la différence anormale et manifeste non justifiée entre le prix de vente et le prix réel, constitue une présomption judiciaire simple de la volonté du vendeur d'exploiter l'inexpérience de l'acheteur ²⁷⁷. De même, elle estime que la différence manifeste entre le prix de vente et le prix réel peut constituer une présomption simple de l'exploitation de l'inexpérience de l'acheteur ²⁷⁸.

En revanche, lorsqu'elle est subie par un mineur, le simple déséquilibre des prestations est suffisant. Toutefois, le mineur autorisé à exercer le commerce ou l'industrie dans les termes de l'article 217 COC, sera traité comme un majeur ²⁷⁹. Il en est de même lorsque le mineur contracte par l'intermédiaire de son représentant légal ²⁸⁰.

C'est dans cette seconde hypothèse que le droit libanais se sépare nettement des principes admis par le Code civil français et affirme, une fois de plus, sa volonté de moraliser le contrat. Malgré sa louable préoccupation d'assurer l'équilibre des contrats à titre onéreux de la manière la plus large, qu'il s'agisse même de contrats aléatoires (art. 214 COC), le législateur libanais n'a pas perdu de vue l'impératif d'une protection suffisante de l'œuvre de la volonté des parties contre des atteintes trop faciles, dans un domaine où l'appréciation du juge pourrait conduire à

²⁷² Civ. 1^{re} lib., n°53, 25 juill. 2002, *Bull. civ. Sader* 2002, 107 et s, spéc., 111.

²⁷³ Civ. 4^e lib., n°14, 22 mars 2001, *Bull. civ. Sader* 2001, 289 ; *Al Adl* 2002/3, J., 282.

²⁷⁴ Civ 1^{re} lib., n°20, 26 mars 2002, *Bull. civ. Sader* 2002, 40.

²⁷⁵ J. L. SOURIOUX, La conception jurisprudentielle de la gêne en matière de lésion, *EDL*, 1965, 221.

²⁷⁶ Civ. 2^e lib., 26 avril 2001, *Bull. civ. Sader* 2001, 193; Civ. 1^{re} lib, n°63, 16 juin 1998, *Bull. civ. Sader* 1998, 136; CA Mont-liban 3^e, n°5, 21 janv. 2003, *Rev. Cassandre* 2003/1, 151.

²⁷⁷ Civ. 1^{re} lib., n°20, 26 mars 2002 préc.

²⁷⁸ Civ. 1^{re} lib., n°20, 26 mars 2002, préc.

²⁷⁹ CA Mont-liban 3^e, n°23, 21 mai 1992, *Hatem*, vol. 206, 246.

²⁸⁰ Civ. 4^e lib., n°28, 22 déc. 1994, *Rev. jud. lib.* 1994, 1161.

l'arbitraire ²⁸¹. De là, les conditions strictes qu'ils a imposées à l'admission de la lésion entre majeurs et que la jurisprudence s'est attachée à faire respecter ²⁸².

Enfin, il convient d'observer qu'à défaut de texte, la victime ne peut pas demander simultanément l'annulation du contrat pour lésion et la réduction de ses propres obligations; ce dernier cas impliquant la validité du contrat ²⁸³.

SECTION 4

LA CAUSE

114

Définition ²⁸⁴. L'article 1108 du Code civil exige une « cause licite dans l'obligation », l'article 1131 précisant que « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite ne peut avoir d'effet ». De même, l'article 196 COC dispose que : « L'obligation sans cause, ou dont la cause est erronée ou illicite est inexistante et entraîne avec elle l'inexistence du contrat auquel elle devait se rattacher ». Si on peut définir instinctivement la cause comme la raison pour laquelle on s'engage, au-delà, la notion de cause a fait l'objet de controverses doctrinales très fournies (§ 1), qui se ressentent dans les applications jurisprudentielles de la cause (§ 2).

§ 1 LES CONTROVERSES DOCTRINALES

À une théorie classique (A) a été opposée une théorie moderne (B).

A- Théorie classique de la cause

²⁸¹ R. ALGRIN art. préc. n°39, 272.

²⁸² Si elle n'a pas été soulevée devant les juges du fond, la lésion ne saura être relevée pour la première fois devant la Cour de cassation Civ. 1^{re} lib., n°45, 27 juin 2002, *Bull. civ. Sader* 2002, 91.

²⁸³ TPI Beyrouth 5^e, n°16, 13 janv. 2000, *Rev. Cassandre* 2000/1, 111.

²⁸⁴ H. CAPITANT, *De la cause dans les obligations*, Dalloz, 1923 ; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 311, 1999, préf. J. GHESTIN.

Exposé. Cette théorie, dont on peut trouver l'origine chez Domat, privilégie la raison immédiate, proche, de s'engager (*causa proxima*). Cette raison, abstraite, est la même pour chaque type de contrat, la théorie classique de la cause ne se préoccupant pas des motifs pour lesquels un contractant s'engage :

- dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de chaque partie a pour cause celle de l'autre. Par exemple, dans le contrat de vente, le vendeur s'engage à transférer la propriété à l'acheteur parce que l'acheteur s'engage à lui payer le prix ; l'acheteur s'engage à payer le prix parce que le vendeur s'engage à lui transférer la propriété ;

- dans les contrats unilatéraux réels, la cause de l'obligation d'une des parties est la remise de la chose lors de la formation du contrat : par exemple, dans le contrat de prêt, la cause de l'obligation de restitution qui pèse sur l'emprunteur est la remise de la chose qu'avait effectué le prêteur ;

- dans les contrats à titre gratuit, la cause de l'obligation est l'intention libérale : par exemple, dans le contrat de donation, la cause de l'obligation du donateur de transférer la propriété au donataire est sa volonté de le gratifier, de lui faire une libéralité.

Critiques. Cette théorie classique a été critiquée avec virulence à la fin du siècle dernier par Planiol, qui a tenté de démontrer qu'elle serait fautive et inutile ²⁸⁵.

La théorie classique est fautive tout d'abord en ce qui concerne les contrats synallagmatiques : les obligations réciproques des parties naissant au même instant, il est impossible qu'elles se servent mutuellement de cause. Dans les contrats réels, l'absence de remise de la chose ne prive pas seulement le contrat de cause mais d'existence. De même, dans les contrats à titre gratuit, l'intention libérale se confond avec le consentement lui-même.

La théorie classique de la cause serait également inutile : elle se confond selon les cas avec l'existence même du contrat, le consentement des parties ou l'objet. L'analyse a surtout été développée pour les contrats synallagmatiques : la théorie classique permet leur annulation pour absence de cause, mais le même résultat pourrait être atteint en se fondant sur l'objet. Si la chose vendue n'existe pas, pourquoi dire que l'obligation de l'acheteur est nulle pour absence de cause ? Il est plus simple de se placer du côté du vendeur et de fonder la nullité sur l'absence d'objet. De plus, la théorie classique ne permet pas d'obtenir l'annulation du contrat pour cause illicite. Par exemple, une personne décide d'acheter une maison pour y installer un tripot. Si l'on s'en tient à la conception classique, on ne peut considérer que le contrat a une cause illicite : le transfert de propriété de la maison à une contrepartie valable, le paiement du prix, et réciproquement.

²⁸⁵ *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n° 1037 et s.

B- Théorie moderne de la cause

117

L'origine de cette théorie peut être trouvée dans les travaux d'Henri Capitant²⁸⁶ et de Jacques Maury²⁸⁷, même s'il est impossible de réduire à ce seul apport la richesse de leur analyse et s'ils n'excluaient pas toute référence à la conception objective de la cause. La cause résiderait dans les motifs qui ont poussé une partie à contracter (*causae remotae*). La cause est alors subjective et concrète : elle varie pour chaque contrat. La difficulté principale tient à la multiplicité des motifs qui peuvent pousser une personne à contracter : les auteurs se sont accordés pour ne considérer que le motif déterminant, parlant de « cause impulsive et déterminante ».

Sous l'impulsion de Josserand²⁸⁸, principal rédacteur du Code libanais, le Code des obligations et des contrats a consacré la théorie de la cause sous ce double aspect : technique et psychologique : « On distingue la cause de l'obligation et celle du contrat » (art. 194 COC) tenant compte cumulativement des théories classique et moderne.

La cause de l'obligation, aux termes de l'article 195 COC, réside « dans le mobile qui la commande directement et uniformément et qui fait partie intégrante du contrat ». Epousant la théorie classique, l'article souligne que dans les contrats synallagmatiques, la cause d'une obligation est l'obligation correspondante, et dans les contrats réels, la prestation effectuée. L'article 195 écarte *l'animus donandi* comme cause des libéralités mais, précise que dans les actes onéreux unilatéraux, la cause est une obligation préexistante, civile ou naturelle. A ce propos, la Cour de cassation libanaise a déjà eu l'occasion d'affirmer que le contrat unilatéral, bien que n'émanant que de la volonté d'une seule personne, doit être causé²⁸⁹.

En transposant la règle posée par l'article 195 COC, la haute Cour libanaise affirme qu'en matière de contrat aléatoire, la cause réside dans l'aléa lui-même par lequel les parties « saisissent l'occasion de faire des bénéfiques et consentent à supporter les risques de perte résultant de l'opération projetée »²⁹⁰.

La fausseté ou l'illicéité de la cause, à condition d'être prouvée, entraîne l'inexistence de l'obligation et entraîne avec elle l'inexistence du contrat (art. 196 COC). L'absence de cause entraîne le même effet (art. 196 COC). A l'inverse, la cause simulée ne vicie pas le contrat, qui demeure valable, si la cause véritable de l'obligation est licite (art. 197 al. 2 COC).

La cause du contrat, précise l'article 200 COC, réside « dans le mobile individuel qui a incité la partie à le conclure et qui ne fait point partie intégrante de l'acte : elle varie d'espèce à espèce, pour une même catégorie de contrats »²⁹¹. L'illicéité de cette cause est sanctionnée par la « nullité radicale du contrat » précise l'article 201 COC. Il convient d'observer que l'article 200 n'a pas traité des circonstances

²⁸⁶ *De la cause des obligations*, op. cit..

²⁸⁷ *Essai sur la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse, Toulouse, 1920.

²⁸⁸ Ouvrage préc. n°127 et s, 64 et s.

²⁸⁹ Civ. 2^e lib., n°81, 31 oct. 2005 *Al Adl* 2006/1, J., 181 et s spéc. 188 : nullité d'un engagement souscrit par le conducteur de dédommager la victime d'un accident de circulation en l'absence de responsabilité du conducteur.

²⁹⁰ Civ. 4^e lib., n°2, 13 juillet 1999, *Al Adl* 2000, J., 188.

²⁹¹ Civ. 4^e lib., n°133, 10 nov. 2005, *Rev. Cassandre* 2005/11, 2024 et s, spéc. 2026.

impliquant la prise en considération du mobile individuel. Dans le silence du texte, la jurisprudence libanaise, inspirée par la jurisprudence française, affirme que le mobile individuel n'est pris en compte que s'il est connu de l'autre partie. En d'autres termes, le mobile doit pénétrer dans le cercle contractuel et constituer, en conséquence, l'un des éléments du contrat ²⁹².

§ 2 LES APPLICATIONS JURISPRUDENTIELLES

118

Les tribunaux font cohabiter harmonieusement les deux conceptions de la cause, assignant à chacune une fonction spécifique. La conception classique gouverne l'existence de la cause (A) : en permettant d'annuler un contrat lorsque les obligations d'un contractant sont dépourvues de contrepartie, elle joue un rôle de protection individuelle. La conception moderne s'applique à l'illicéité de la cause (B) : en permettant d'annuler un contrat conclu dans un but illicite, elle joue un rôle de protection sociale. En outre, le Code libanais a distingué le cas où la cause serait fausse (C).

A- Absence de cause

1. Lors de la formation du contrat

119

La cause est un élément indispensable à la formation du contrat : le droit français, à l'inverse d'autres droits (cf. art. 780 BGB), ne reconnaît pas la validité de l'acte abstrait, acte valable sans cause ²⁹³. Il en est de même du droit libanais (art. 196 COC) qui exige l'appréciation de la cause au moment de la formation du contrat et non pas en cours de son exécution ²⁹⁴. Par exemple, une promesse de payer (« je reconnais devoir 1 000 euros à M. X ») n'est valable que si elle a une cause. Le droit tempère cette exigence en présumant dans cette hypothèse l'existence d'une cause : au débiteur qui voudrait se libérer de prouver que son engagement en est dépourvu (cf. *infra* n° 92).

Quand y a-t-il absence de cause (a) ? Qui doit prouver l'existence de la cause (b) ?

²⁹² R. ALGRIN n°37 p 270 ; G. SIOUFI, n°113, 190.

²⁹³ Cf. M. VIVANT, « Le fondement juridique des obligations abstraites », *D* 1978.39.

²⁹⁴ Civ. 4^e Lib., n°3, 7 fév. 1997, *Bull. civ. Sader* 1997, 163 et s, spéc. 168; CA Beyrouth 3^e, n°130, 6 fév. 1997, *Rev. jud. lib.* 1997, 231.

a. Notion d'absence de cause**120**

Dans les contrats synallagmatiques. La jurisprudence se réfère à la théorie classique de la cause pour considérer qu'une obligation est dépourvue de cause lorsque :

- elle n'a pas de contrepartie. Par exemple, une personne vend une chose qui a déjà péri : son obligation est nulle faute d'objet et l'obligation de l'acheteur est nulle car elle est dépourvue de cause. La Cour de cassation a décidé qu'est dépourvue de cause l'obligation d'un titulaire de compte bancaire de payer des intérêts par application de « dates de valeur » pour les remises et retraits d'espèces ²⁹⁵. Dans les contrats aléatoires, où l'importance de la prestation des parties n'est pas connue le jour de la formation du contrat, si l'existence d'une cause, d'une contrepartie, ne peut s'apprécier comme dans les contrats commutatifs elle n'en est pas moins nécessaire : une obligation est dépourvue de cause si l'aléa n'existe pas. Ainsi le législateur a prévu que le contrat de rente viagère crée sur la tête d'une personne morte au jour du contrat ou déjà atteinte d'une maladie dont elle décède dans les vingt jours ne produit aucun effet (art. 1974 et 1975 C. civ.). De même, la jurisprudence a annulé les contrats de vente d'immeuble moyennant une rente viagère dont les arrérages sont inférieurs aux revenus du bien aliéné ²⁹⁶ ;

- elle a une contrepartie inutile. Par exemple, un généalogiste s'était engagé à révéler à une héritière une succession qui lui était échue, moyennant l'abandon d'une quote-part de l'héritage : si « l'existence de la succession devait normalement parvenir à la connaissance de l'héritière sans l'intervention du généalogiste », l'obligation de rémunération est dépourvue de cause et n'a pas à être exécutée ²⁹⁷. De même, en se fondant sur l'article 1131 du Code civil, la Cour de cassation a considéré comme non écrite la clause limitative de responsabilité de Chronopost qui privait de cause le supplément de prix payé par l'expéditeur ²⁹⁸. La jurisprudence prend ainsi en compte l'économie du contrat, son intérêt pour les parties ²⁹⁹, la théorie de la cause étant mise au service de l'équilibre du contrat, de la justice contractuelle ³⁰⁰.

Le plus souvent, l'absence de contrepartie ou l'existence d'une contrepartie inutile résulte d'une erreur d'un contractant, qui s'est engagé en croyant que cette contrepartie existait ou était utile : on parle alors de fausse cause, dont le régime est identique à celui de l'absence de cause.

²⁹⁵ Com., 6 avr. 1993, *D* 1993.310, note C. GAVALDA ; *JCP* 1993.II.22062, note J. SOUFFLET. La décision semble par contre admettre la pratique des dates de valeur pour les remises de chèque en vue de leur encaissement.

²⁹⁶ Req. 1^{er} mai 1911, *D* 1911.1.353, note M. PLANIOL.

²⁹⁷ Civ. 18 avr. 1953, *D* 1953.409 ; *Gaz. Pal.* 1953.2.7.

²⁹⁸ Com. 22 oct. 1996 (arrêt Chronopost), *Bull. civ.* n° 261, *D.* 1997, 121 note A. SERIAUX ; *JCP* 1997, II, 22881, note D. COHEN ; *RTD civ.* 1997, 418, obs. J. MESTRE. *Ad.* : Civ. 1^{re}, 3 juill. 1996, *Bull. civ.* n° 286, *D.* 1997, 500 note P. Reigné. *Ad. les crit.* de C. LARROUMET, Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité, *D* 1997, 145. Sur les suites de cet arrêt : Com. 9 juillet 2002, *JCP* 2002, II, 10176, note G. LOISEAU et M. BILLIAU.

²⁹⁹ Cf. A. ZELCEVIC-DUHAMEL, « La notion d'économie du contrat en droit privé », *JCP* 2001, I, 300.

³⁰⁰ J.-M. GUEGEN, « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *D* 1997, 51.

La jurisprudence se refuse, en revanche, à apprécier l'équivalence des prestations en se fondant sur la notion de cause. L'obligation d'un des contractants a une cause même si son partenaire lui fournit une prestation d'une valeur moindre : par exemple, l'obligation du bailleur d'entretenir les lieux loués subsiste, même si les loyers sont insuffisants. Une solution contraire aurait heurté la règle selon laquelle la lésion ne doit être admise qu'exceptionnellement (cf. *supra* n° 82) et aurait menacé la sécurité des relations juridiques. De même, la dépréciation monétaire n'est pas de nature à faire disparaître la cause de l'obligation, appréciée non en cours d'exécution du contrat mais lors de sa formation ³⁰¹.

121

Dans les contrats unilatéraux réels. La jurisprudence s'en est tenu à la conception classique de la cause : dans le contrat de prêt par exemple, elle a décidé que la cause de l'obligation de l'emprunteur réside « dans la mise à disposition des fonds nécessaires à l'acquisition qu'il avait effectuée » ³⁰². Elle a donc refusé de voir la cause du contrat de prêt dans l'acquisition envisagée, ce qui aurait permis d'annuler le prêt si cette acquisition ne pouvait se réaliser.

122

Dans les contrats à titre gratuit. Les critiques des anti-causalistes semblent ici fondées : voir la cause dans l'intention libérale serait de peu d'utilité puisque celle-ci se confond avec le consentement. Aussi les tribunaux considèrent que la cause est le motif déterminant qui a poussé l'auteur de la libéralité à s'engager : deux époux peuvent obtenir la nullité pour absence de cause d'une donation-partage décidée en raison d'avantages fiscaux qui ont été supprimés par la suite par une loi fiscale rétroactive ³⁰³.

Absence partielle de cause. Le contrat peut souffrir d'un défaut partiel de la cause. Par exemple, les choses objets des obligations réciproques peuvent souffrir d'un manque dans leur nature, qualité, ou quantité. Dans ce cas, la partie qui n'a reçu qu'une partie de ses attentes doit pouvoir bénéficier d'une réduction proportionnelle de ses obligations tenant compte du préjudice éventuel qu'elle aurait subi. Plus particulièrement, l'article 423 COC dispose que : « Si la vente d'un immeuble a été faite avec indication de la contenance, à raison de tant la mesure, le vendeur est obligé de délivrer à l'acquéreur, s'il l'exige, la quantité indiquée au contrat. Si cela ne lui est pas possible ou si l'acquéreur ne l'exige pas, le vendeur est obligé de souffrir une diminution proportionnelle du prix ». Ce faisant, le Code libère l'acheteur du paiement de la totalité du prix parce que la cause d'un tel paiement fait défaut en ce qui concerne les unités de mesure que le vendeur n'a pu livrer à l'acheteur.

³⁰¹ Civ. 1^{re} lib., n°133, 4 déc. 2003, *Rev. Cassandre* 2003/12, 1741.

³⁰² Civ. 1^{re}, 20 nov. 1974, *Bull. civ.*, n° 311 ; *JCP* 1975.18109, note J. CALAIS-AULOY. Solution équivalente pour le contrat de dépôt: Com. 30 janv. 2001, D 2001, AJ, 1238, obs. DELPECH (la cause u contrat de dépôt est la remise de la chose qui en est l'objet).

³⁰³ Civ. 1^{re}, 11 févr. 1986, *JCP* 1988.II.21027, note C. DAVID ; *RTD civ.* 1986.586, obs. J. PATARIN.

b. Preuve**123**

En principe, la cause ne pose pas de problèmes de preuve : dans un contrat synallagmatique, la cause des obligations de chaque partie découle de la nature même du contrat. La difficulté se pose pour les promesses de payer : « Je promets de payer 1 000 euros à M. X », qu'on appelle les billets non causés. L'article 1132 du Code civil dispose que « La convention n'en est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée ». Ce texte institue une présomption d'existence de cause : au débiteur d'établir que son engagement n'a pas de cause ³⁰⁴.

Dans le même sens, l'article 199 alinéa 1 COC énonce : « Toute obligation est présumée avoir une cause effective et licite, encore qu'elle ne soit pas exprimée dans l'acte ».

2. Lors de l'exécution du contrat**124**

Condition de formation d'un contrat, la cause doit en principe s'apprécier au jour de la formation de ce contrat. Henri Capitant a pourtant proposé de considérer la cause comme un élément permanent qui doit perdurer pendant toute l'exécution du contrat ³⁰⁵ : la disparition ou la réduction de la prestation d'un contractant lors de l'exécution du contrat permettrait à l'autre de ne pas exécuter sa prestation en contrepartie. Si la formulation de certaines décisions semble marquée par cette analyse ³⁰⁶, la Cour de cassation a plusieurs fois montré une hostilité de principe à faire jouer un rôle à la cause de l'exécution du contrat ³⁰⁷. La dernière jurisprudence semble opérer une distinction : si dans les contrats instantanés, la cause ne peut s'apprécier qu'au moment de leur formation, la cause d'un contrat à exécution successive peut disparaître au cours de l'exécution. Une personne remet à une autre une somme pour lui permettre d'acheter un véhicule devant servir à les transporter toutes les deux, mais au bout de quelques promenades ces personnes se brouillent : la Cour de cassation condamne l'acheteur à une restitution partielle de la somme versée par son compagnon de promenade au motif que « sans méconnaître que la cause, élément nécessaire à la constitution du contrat, doit exister au jour de la formation de celui-ci... l'inexécution de son obligation à prestation successive justifiait la demande de son engagement réciproque et corrélatif » ³⁰⁸.

³⁰⁴ Civ., 16 avr. 1848, S 1849.1.113. *Ad.* : Civ. 1^{re}, 20 déc. 1988, *Bull. civ.*, n° 369, D 1990.241, note J.-P. MARGUENAUD ; *RTD civ.* 1989.300, obs. J. MESTRE.

³⁰⁵ Thèse citée. *Ad.* A. CERMOLACCE, *Cause et exécution du contrat*, PUAM, 2001, préf. J. MESTRE.

³⁰⁶ Civ., 30 déc. 1941, *DA* 1942.98 : « dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de chaque contractant trouve sa cause dans l'obligation, envisagée par lui comme devant être effectivement exécutée, de l'autre contractant ».

³⁰⁷ Exemple : Com., 21 oct. 1974, *Bull. civ.*, n° 255 : « l'existence de la cause d'une obligation s'apprécie au moment de la formation du contrat ».

³⁰⁸ Civ. 1^{re}, 16 déc. 1986, *Bull. civ.*, n° 301 ; *RTD civ.* 1987.750, obs. J. MESTRE.

B- Illicéité de la cause

125

Principe. Faisant écho à l'article 6 du Code civil, l'article 1133 du Code civil dispose que « La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ». Dans des termes identiques, l'article 198 COC énonce : « La cause illicite est celle qui est contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs et aux dispositions impératives de la loi ». Toutefois, il convient de signaler que l'article 199 alinéa 1^{er} COC institue une présomption de licéité de la cause : « Toute obligation est présumée avoir une cause effective et licite encore qu'elle ne soit pas exprimée dans l'acte ». Par conséquent, il appartiendra à celui qui allègue l'inexistence de l'obligation pour cause illicite d'en rapporter la preuve ³⁰⁹.

La jurisprudence invoque fréquemment l'illicéité de la cause en se référant au motif déterminant poursuivi par une partie. Le risque est de léser le cocontractant de bonne foi qui n'aurait pas été au courant du but poursuivi par son partenaire. Faut-il donc exiger que le motif illicite soit connu de l'autre partie pour annuler le contrat ? Si la jurisprudence avait dans un premier temps décidé que le motif devait être commun aux deux parties ³¹⁰, elle a par la suite opéré un revirement décidant qu'un contrat peut être annulé même si l'une des parties n'a pas eu connaissance du caractère illicite ou immoral du motif déterminant ³¹¹.

La preuve de la cause illicite peut se faire par tous moyens, la jurisprudence consacrant le principe de la preuve extrinsèque, par opposition au principe de la preuve intrinsèque qui exige que le motif illicite ressortit des termes de l'acte ³¹².

La preuve de l'illicéité entraîne l'inexistence du contrat et, en conséquence, « ce qui a été payé peut être répété » souligne l'article 196 COC. La clarté de ce texte exclut, en principe, l'application de la règle *Nemo auditur* interdisant la restitution de ce qui a été payé en exécution d'un contrat nul. De même, conformément à l'article 199 alinéa 3 COC, il appartiendra à celui qui allègue une autre cause licite d'établir l'exactitude de ses propos. Cet alinéa est quelque peu confus : on voit mal comment rapporter la preuve contraire d'une illicéité ou d'une fausseté préalablement prouvée ?! En réalité, la formulation ne correspond pas à l'intention du rédacteur du Code. Il faut comprendre que lorsque le débiteur présente des éléments prouvant l'illicéité de la cause, le créancier pourra prouver le contraire; le juge se prononcera alors au vu des éléments du dossier.

126

Applications. Les décisions sont particulièrement fournies pour les contrats à titre gratuit. Ainsi une jurisprudence traditionnelle décidait que les libéralités entre concubins sont nulles « si elles ont pour cause impulsive et déterminante la

³⁰⁹ Civ. 2^e Lib., n°6, 28 janv. 2003, *Rev. Cassandre* 2003/1, 50.

³¹⁰ Civ. 4 déc. 1956, *JCP* 1957.11.10008, note J. MAZEAUD ; *Gaz. Pal.* 1957.1.183 ; *RTD civ.* 1957.329, obs. H. et L. MAZEAUD : rejet du pourvoi contre l'arrêt d'appel refusant la nullité du bail, la preuve n'ayant pas été rapportée que « les parties aient convenu de l'exploitation dans les lieux loués d'une maison de tolérance ».

³¹¹ Civ. 1^{re}, 7 oct. 1998, *Bull. civ.* n° 285, *D.* 1998, 563, concl. SAINTE-ROSE, *JCP* 1998, II, 10202, note MALEVILLE.

³¹² Depuis Civ. 2 janv. 1907, *D* 1907.1.137, note COLIN ; *S* 1911.1.585, note A. WAHL.

formation, le maintien ou la reprise de relations immorales »³¹³, jurisprudence ébranlée par un arrêt récent posant que « n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire »³¹⁴.

Si les décisions sont plus rares pour les contrats à titre onéreux, les tribunaux annulent les contrats permettant l'exercice d'une activité illicite : exploitation d'une maison de tolérance ou de jeu³¹⁵ ; exercice du métier de devin³¹⁶ ; exercice d'une activité médicale en dehors des conditions où elle est autorisée par la loi³¹⁷...

C- Fausseté de la cause

127

L'article 197 COC dispose que : « Il y a cause erronée lorsque la partie s'est engagée en vue d'une cause putative, à l'existence de laquelle elle croyait à tort (al. 1) - La cause simulée ne vicie pas, par elle - même et en principe, le contrat, lequel demeure valable si la cause réelle de l'obligation est licite" (al. 2).

Ainsi, la cause peut être fautive en deux sens différents :

1- Les parties ont cru à l'existence d'une cause imaginaire, qui n'existait point dans la réalité ; c'est le cas de la cause putative : une personne croit être tenue de servir un legs mis à sa charge par un testament qui avait été révoqué ; le billet qu'elle signe en faveur du prétendu légataire est dépourvu de cause. Cette hypothèse se ramène à celle de défaut de cause ; l'erreur porte sur l'existence même de la cause et fait obstacle à la formation du contrat.

2- Les parties ont altéré sciemment la vérité en assignant à l'opération une cause autre que la cause véritable : par exemple, alors que la dette a son origine dans le jeu, on la fait découler, dans le billet signé par le débiteur, d'un prétendu prêt qui n'a jamais existé ; ou bien un effet de complaisance est émis, d'accord avec le tiré, qui joue alors le rôle de complice : c'est le cas de la cause simulée. Cela dit, il convient de souligner que l'article 199 alinéa 2 COC institue une présomption d'exactitude de la cause, « jusqu'à preuve contraire »³¹⁸. Il en résulte que celui qui allègue la fausseté de la cause doit en rapporter la preuve à peine de rejeter sa demande³¹⁹.

³¹³ Civ. 1^{re}, 4 nov. 1982, *Bull. civ.*, n° 319.

³¹⁴ Civ. 1^{re}, 3 févr. 1999, *JCP* 1999, II, 10083, note M. BILLIAU et G. LOISEAU, *D.* 1999, 267, rapp. X. SAVATIER, note LANGLADE, O. SUGHRUE.

³¹⁵ Exemple : Civ., 15 nov. 1938, *Gaz. Pal.* 1939.1.194 (bail); Civ. 1^{er} lib. ch., n°10, 28 janvier 1999, *Bull. civ. Sader* 1999, 39, civ 2^e lib, 23 déc. 1964 note J.L. SOURIOUX, *POEJ* 1967, 365.

³¹⁶ Civ. 1^{re}, 12 juill. 1989, *Bull. civ.*, n° 293 ; *JCP* 1990.II.21546, note Y. DAGORNE-LABBE ; *Defrénois* 1990.358, obs. J.-L. AUBERT ; *RTDciv.* 1990.469, obs. J. MESTRE (la pratique du métier de deviner et pronostiquer étant sanctionnée d'une peine contraventionnelle).

³¹⁷ Civ., 1^{re}, 11 juin 1996, *RTD civ.* 1997, 116, obs. J. MESTRE (cure d'amaigrissement et de rajeunissement par la pratique d'une « médecine douce »).

³¹⁸ Pour une application de cette règle : Civ. 9^e lib., n°104, 29 déc. 2005, *Rev. Cassandre* 2005/12, 2194.

³¹⁹ Civ. 1^{re} lib., n°54, 31 juillet 2002, *Bull. civ. Sader* 2002, 111 et s. spéc., 116.

SECTION 5

CONDITIONS DE FORME**128**

Le principe est le consensualisme (§ 1), mais des atténuations (§ 2) et des exceptions (§ 3) qui tendent à se développer aujourd'hui lui sont apportées.

§ 1 LE PRINCIPE DU CONSENSUALISME**129**

Contrairement à l'opinion du profane qui ne se croit souvent lié que s'il a signé, aucune condition de forme n'est en principe exigée pour la validité d'un contrat : c'est le principe du consensualisme, qui découle de l'autonomie de la volonté, et qui trouve un appui textuel dans le silence de l'article 1108 du Code civil. L'avant-projet Catala envisage de le consacrer expressément : « En principe, les conventions sont parfaites par le seul consentement des parties, sous quelque forme qu'il soit exprimé » (art. 1127).

L'article 220 COC consacre le principe du consensualisme : « ... La convention se forme par le seul accord des volontés » ; mais l'article tient compte des contrats formels en soulignant que : « Les règles applicables à la forme des contrats sont spécifiées à l'occasion de chacune des catégories ». Dans le même esprit, l'article 177 COC réserve l'hypothèse où le consentement doit « s'affirmer, parfois, sous une forme déterminée ».

On a pu constater que le formalisme avait tendance à se développer aujourd'hui, dans le souci de protéger l'un des contractants, souvent le consommateur, (cf. *supra* n° 24), les deux principes présentant des avantages et des inconvénients. Le consensualisme est incontestablement supérieur du point de vue moral : il oblige à respecter la parole donnée, alors que le formalisme permet de la renier au prétexte d'une irrégularité de forme. Il présente de plus l'avantage de rendre plus simple et plus rapide la conclusion des contrats. À l'inverse, le formalisme permet d'attirer l'attention de celui qui s'engage sur l'importance de cet engagement : la rédaction d'un écrit, voire le passage devant le notaire permettent d'éviter de se lier à la légère, d'être victime des manœuvres de son cocontractant. Le formalisme assure

davantage la sécurité des relations juridiques dans la mesure où les obligations des parties sont précisément consignées dans un écrit.

§ 2 LES ATTÉNUATIONS AU PRINCIPE DU CONSENSUALISME

130

Règles de preuve. Une première série d'atténuations tient aux règles de preuve : l'article 1341 du Code civil impose le principe de la preuve par écrit pour les actes juridiques. Il en est de même de l'article 254 alinéa 2 du Code de procédure civile libanais. Cet article exige la preuve écrite chaque fois que la valeur du droit litigieux dépasse la somme de cinq cent mille livres libanaises (c'est-à-dire l'équivalent de 270 euros). Etant entendu que les parties peuvent renoncer à cette règle de manière expresse ou tacite. Certes l'écrit n'est pas exigé *ad validitatem*, mais *ad probationem*, mais cette différence n'est qu'apparente : comme le dit un vieil adage, *idem est non esse aut non probari* (n'avoir pas de droit ou ne pouvoir le prouver sont la même chose). L'histoire montre que le rôle probatoire de l'écrit s'est renforcé au moment du développement du consensualisme (cf. Ordonnance de Moulins de 1566 : *Lettres passent témoins*). Les progrès techniques ont conduit à reconnaître la même force probante à l'écrit électronique qu'à l'écrit sur support papier (art. 1316-3 C.civ.)³²⁰. L'article 1108, issu d'une loi du 21 juin 2004, consacre ce principe d'équivalence dans l'article 1108-1 C.civ. : lorsqu'un écrit est exigé, il peut être établi et conservé sous forme électronique (al. 1), lorsqu'une mention manuscrite est exigée, elle peut être apposée sous forme électronique dans des conditions de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par celui qui s'oblige (al. 2). Des exceptions sont apportées à cette équivalence pour les actes sous seing privé relatifs au droit de la famille ou relatifs à des sûretés personnelles ou réelles (art. 1108-2 C.civ.).

131

Règles de publicité. Une seconde série d'atténuations tient aux règles de publicité, en particulier de publicité foncière. La vente est un contrat consensuel qui produit ses effets entre les parties dès l'échange des consentements. Mais poussé à l'extrême ce système pourrait être dangereux pour les tiers : qu'une personne malhonnête vende deux fois le même immeuble, le second acheteur qui ne pouvait deviner la première vente n'a pu acquérir aucun droit sur cet immeuble, la propriété ayant été transmise au premier. Dès lors, si la vente d'immeuble est parfaite entre les parties dès leur accord, elle ne devient opposable aux tiers que par l'accomplissement d'une publicité auprès de la conservation des hypothèques. Si une personne vend deux fois le même immeuble, l'acquéreur est en principe non pas celui qui a acheté le premier, mais celui qui a fait publier la vente le premier

³²⁰ Cf. R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2005, n° 190. Ad. : P. CATALA, *Le formalisme et les nouvelles technologies*, *Defrénois* 2000, art. 37210.

(D. 4 janv. 1955, art. 30 I) : pour éviter tout risque, l'acheteur n'a qu'à vérifier auprès de la Conservation des hypothèques qu'aucune vente n'a encore été publiée.

Règles d'efficacité. La forme peut être exigée à titre d'efficacité de l'acte juridique. Cette exigence peut trouver sa source dans la loi ou dans la volonté des parties. Ainsi, contrairement au droit français, les contrats portant sur un droit réel immobilier, en droit libanais, ne produisent pas effet entre les parties par le simple échange des consentements ; ils ouvrent le strict droit à l'inscription au registre foncier ³²¹.

Plus particulièrement, l'article 393 COC affirme que la vente des immeubles ou des droits réels immobiliers ne produit effet même entre parties qu'à compter de son inscription au registre foncier ³²². La rédaction de ce dernier article est défectueuse et contredit l'article 48 COC: l'article 393 ne peut enlever tout effet à l'acte de vente dont résulte précisément l'obligation de donner. Aussi la cour d'appel mixte de Beyrouth a interprété cet article comme voulant dire « seulement que l'accord de volontés est insuffisant pour transférer la propriété ³²³, et point du tout que pareil accord ne produit même pas, à la charge du vendeur, une obligation personnelle d'opérer un tel transfert », interprétation conforme à l'article 11 de l'arrêté 188/1926 ³²⁴. Ce faisant, l'inscription au registre foncier constitue le droit lui-même – qui n'est pas sans rapport avec la foi publique – elle vaut titre de propriété.

Toutefois, la loi prévoit des cas exceptionnels où la propriété est attribuée à son nouveau titulaire avant toute inscription. Ainsi après avoir, aux articles 9 et 10 de l'arrêté 188, modifiés et complétés par le décret 45/LR, soumis à l'inscription, pour être opposable aux tiers, tous les actes et tous les faits – y compris, notamment, les jugements passés en force de chose jugée – susceptibles d'affecter la propriété immobilière, la loi ne fait plus, à l'article 11 du même décret 188, produire effet « même entre parties », qu'à l'inscription des seuls « actes volontaires et conventions » ayant quelque incidence sur cette propriété. Par ailleurs, après avoir posé, à son premier alinéa, le principe de l'acquisition et de la transmission des droits réels par l'inscription au registre foncier, l'article 204 ajoute, à son même 1^{er} alinéa : « La propriété et le tassarouf ³²⁵ s'acquièrent, en outre, par l'accession, conformément aux dispositions du Chapitre II du présent titre », ce qui signifie que l'accession est par elle-même une source d'acquisition de la propriété. Le même article dispose ensuite, en un second alinéa : « Quiconque acquiert un immeuble par succession, expropriation ou jugement est propriétaire avant l'inscription ... ».

Parfois, ce sont les parties qui conviennent de donner à l'acte une forme spéciale telle la forme écrite que la loi n'exige point, dans ce cas, l'article 220 alinéa 3 COC précise que « le contrat n'est conclu et ne produit ses effets, même inter partes, qu'au moment où cette forme a été satisfaite ».

³²¹ Art. 48 COC ; art. 11 de l'arrêté 188/1926 et art. 204 du Code foncier ; v. supra n°4.

³²² Civ. 1^{re} lib., n°48, 2 juillet 2002, *Bull. civ. Sader* 2002, 96 et s, spéc. 98.

³²³ CA mixte Beyrouth 16 juin 1943, *Rep. J. L., Prop. Immob* n°95.

³²⁴ Cf. B. TABBAH, *Propriété privée et registre foncier*, préf. P. ROUBIER, LGDJ 1950, T II n°647, 406.

³²⁵ Le tassarouf est le droit d'user et de jouir d'un immeuble et d'en disposer dans les termes de la loi. Sur ces questions, B. TABBAH, n°653 et s, 410 et s.

**§ 3 LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE
DU CONSENSUALISME**

132

Certains contrats ne sont pas consensuels et obéissent au principe du formalisme : les contrats réels, dont la validité est subordonnée à la remise d'une chose (cf. *supra* n° 39) ; les contrats solennels, dont la validité dépend de la rédaction d'un écrit authentique ou sous seing privé.

**SECTION 6
LES PROPOSITIONS EUROPEENNES
RELATIVES AUX CONDITIONS DE
FORMATION**

133

Les principes du droit européen des contrat (**§1**) proposent une présentation³²⁶ des conditions de formation du contrat différente de celle du droit français, en revanche les exigences du code européens des contrats (**§2**) de l'Académie des privatistes de Pavie sont proches du droit hexagonal.

³²⁶ Nous verrons que si cette présentation est différente, sur le fond les règles se rejoignent souvent.

§ 1 LES PRINCIPES DU DROIT EUROPEEN DES CONTRATS

134

Si les principes du droit européen consacrent un chapitre entier à la formation du contrat, deux des conditions que connaît le droit français ne sont pas abordées (A), d'autres semblent écartées (B). L'accent est mis sur les conditions relatives à la volonté des parties (C) et sur un encadrement strict des négociations contractuelles (D). Enfin, ces principes rejoignent le droit français dans l'affirmation du consensualisme (E).

A- Les conditions non traitées

135

Capacité - Cause illicite. L'article 2 :101 des PDEC indiquant les conditions de conclusion d'un contrat ne mentionne ni la capacité des parties et ni la cause. Cette absence est surprenante pour un lecteur français, mais en réalité elle ne signifie pas que les principes consacrent les contrats conclus en violation de ces conditions. En effet, l'article 4 :101 précise qu'il ne sera pas traité de « l'invalidité découlant de l'illégalité ou de l'immoralité du contrat, ni de l'incapacité des parties ». Les rédacteurs ont donc volontairement laissé ces domaines aux droits nationaux. Cela est classique pour les questions de capacité qui relèvent du droit des personnes, mais décevant en ce qui concerne la cause. On notera que l'article 4 :101 ne renonce expressément qu'à traiter des questions relatives à la licéité de la cause (« illégalité » et « immoralité »).

B- Les conditions écartées

136

Existence de la cause. Cette expression ne figure pas dans les principes européens, il semble donc qu'elle ne constitue pas une condition de formation du contrat³²⁷. Ce choix s'expliquerait par une volonté de garantir une plus grande sécurité juridique.

Objet. De même, il n'est pas fait mention de l'objet dans les conditions de conclusion du contrat. Cette précision est confortée par l'article 4 :102 qui prévoit

³²⁷ V. contra M. LAMOUREUX, in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, sous la direction de C. PRIETO, PUAM, 2003, n° 9, l'auteur déduisant a fortiori de l'article 4 :109, qui permet dans certaines conditions de sanctionner le contrat qui accorde un avantage excessif, la possibilité générale de le faire en l'absence de toute contrepartie. Or, l'existence de conditions strictes et cumulatives pour la mise en œuvre de ce texte nous paraît condamner toute interprétation extensive.

que l'impossibilité initiale de l'obligation n'invalide pas nécessairement le contrat. Cette solution est donc à l'opposé du droit français.

C- La mise en valeur des conditions relatives à la volonté des parties

137

L'article 2 :101 énonce « Un contrat est conclu dès lors que les parties entendaient être liées juridiquement et sont parvenues à un accord suffisant, sans qu'aucune autre condition soit requise ». Les conditions essentielles de formation du contrat sont donc l'intention de contracter (1) et l'accord de volonté (2).

1. L'intention de contracter

138

Cette intention n'est pas inconnue du droit français, elle permet de distinguer le contrat des autres accords qui ne produisent pas d'effets de droit. Si les juristes français ne sont pas accoutumés à la voir figurer dans les conditions de formation, elle résulte implicitement de l'exigence d'une offre et d'une acceptation.

a) L'existence du consentement

139

L'offre. Les exigences des principes européens sont un peu en retrait au regard de celles du droit français. En effet, l'article 2 :201 n'évoque pas la fermeté de l'offre, il se contente d'une proposition qui « indique la volonté d'aboutir à un contrat » et si il exige qu'elle soit précise, il tempère cette obligation par l'utilisation de l'adverbe « suffisamment »³²⁸.

Comme en droit français, l'offre lie l'offrant au premier acceptant. Avant l'acceptation, l'offre peut en principe être révoquée³²⁹ et ce pendant un laps de temps plus long qu'en droit français : jusqu'à l'expédition de l'acceptation. Trois exceptions sont prévues, les deux premières sont classiques : l'offre déclarée irrévocable et l'offre assortie d'un délai, la troisième consacre l'apparence en privant d'effet la révocation d'une offre que son destinataire était fondé à considérer comme irrévocable.

L'acceptation. L'article 2 :203 définit classiquement l'acceptation comme l'acquiescement pur et simple à l'offre et précise qu'elle ne peut résulter du silence, et plus largement de l'inaction.

Le moment de la formation du contrat est expressément envisagé par les principes européens. L'article 2 :205 instaure un système original, distinguant selon la forme de l'acceptation : quand elle est « expédiée », il opte pour la réception (le contrat est conclu lorsque l'acceptation parvient à l'offrant), et quand elle résulte d'un comportement, il opte pour l'information (le contrat est conclu lorsque l'offrant

³²⁸ Sur les raisons de ce choix, cf. C. PRIETO, in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, sous la direction de C. PRIETO, PUAM, 2003, n° 5, 192.

³²⁹ Art. 2 :202 PDEC.

prend connaissance de l'acceptation). Si cette architecture peut être louée³³⁰ au regard des fluctuations du droit français, on peut cependant regretter un manque de précision dans la détermination de la première hypothèse, l'acceptation que l'on « expédie » pouvant être entendue de façon restrictive comme prenant la forme d'un écrit ou inclure les messages vocaux.

b) L'intégrité du consentement

140

Les principes du droit européen attachent une importance certaine à l'intégrité du consentement en retenant les vices déjà connus par le droit français : l'erreur, le dol, la contrainte et en ajoutant la sanction du profit excessif et déloyal.

L'erreur. L'article 4 :103 reconnaît comme cause de nullité du contrat l'erreur de fait ou de droit et ne distingue pas selon l'objet de l'erreur (qui pourra donc porter aussi bien sur la substance, la personne ou la valeur). Toutefois, cette erreur ne sera sanctionnée que si trois conditions sont réunies. Deux sont identiques aux exigences du droit français : la connaissance par l'autre contractant de l'importance attachée par son partenaire au point sur lequel l'erreur a porté et le caractère excusable de l'erreur. Une est originale au regard du droit français et consiste à délimiter les hypothèses dans lesquelles l'erreur peut être sanctionnée : si l'erreur a été causée par une information donnée par l'autre partie, si l'autre partie connaissait ou aurait dû connaître l'erreur ou si l'autre partie a commis la même erreur.

Le dol. L'article 4 :107 sanctionne le dol dans les mêmes termes que le droit français, en admettant la nullité pour des manœuvres frauduleuses émanant de l'autre contractant et ayant déterminé la conclusion du contrat. Il est précisé qu'il peut s'agir d'une abstention, plus précisément : de la non révélation d'une information. Ce dernier comportement fait d'ailleurs l'objet d'une sanction accrue, puisqu'il peut entraîner la nullité même lorsqu'il n'a pas emporté le consentement de la victime, c'est-à-dire en présence d'un dol incident. On peut sans doute regretter que l'omission (même dolosive) soit davantage réprimée que la commission et qu'un contractant puisse, dans cette hypothèse, anéantir un acte conforme à sa volonté.

La contrainte. L'article 4 :108 retient comme cause de nullité du contrat la menace imminente et grave ayant déterminé la conclusion du contrat³³¹. Cette formulation synthétique équivaut aux dispositions françaises relatives à la violence.

L'avantage excessif et déloyal. Les principes européens du droit des contrats ont choisi de sanctionner le déséquilibre du contrat lorsque la victime était dans l'incapacité de l'éviter en raison de ses faiblesses personnelles (ignorance, inaptitude à la négociation et même imprévoyance) ou de l'existence d'une situation de dépendance (à l'égard de l'autre partie ou absolue, comme l'état de détresse

³³⁰ cf. C. PRIETO, in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, sous la direction de C. PRIETO, PUAM, 2003, n° 6, 202.

³³¹ Cet article précise aussi que la menace doit émaner de l'autre contractant, mais cette exigence est ensuite écartée par l'article 4 :111 qui étend la sanction aux faits des tiers. Cette précision ne constitue donc pas une condition supplémentaire.

économique) et que l'autre contractant en a retiré un avantage excessif³³². Si la lésion est ainsi admise, ce n'est pas une cause autonome de nullité, elle doit s'accompagner d'un comportement abusif : l'exploitation de la situation de faiblesse de l'autre contractant³³³. De plus, la partie lésée peut choisir une autre sanction : le rééquilibrage du contrat par le juge.

D- L'encadrement strict des négociations contractuelles

141

Les rédacteurs des principes européens du droit des contrats ne se sont pas contentés de régir les conditions de formation du contrat, ils ont entendu moraliser la phase de formation du contrat en encadrant sa négociation. Cette initiative s'inspire des principes Unidroit relatifs au commerce international. Si les règles proposées ne sont pas si éloignées des solutions dégagées par la jurisprudence française, leur formulation a le mérite de la clarté et leur affichage pourrait utilement renforcer leur effet préventif.

Une exigence de bonne foi. Conçue comme fondamentale³³⁴ et instaurée par l'article 2 : 301, cette exigence concerne aussi bien la conduite des négociations que leur rupture, elle suppose notamment une véritable volonté de parvenir à un accord.

Une obligation de confidentialité ³³⁵. Mise à la charge des contractants, indépendamment de la conclusion du contrat, cette obligation concerne les informations données par l'autre partie. Est sanctionné le fait de les divulguer, mais aussi de les utiliser à ses propres fins. En revanche, ébruiter l'existence même de la négociation ne semble pas réprimé. L'importance attachée à cette obligation est attestée par la sévérité et l'efficacité de sa sanction : non seulement la réparation du préjudice subi, mais aussi la restitution de l'enrichissement que le fautif en a retiré.

³³² Article 4 :109 : « (1) Une partie peut provoquer la nullité du contrat si, lors de la conclusion du contrat, (a) elle était dans un état de dépendance à l'égard de l'autre partie ou une relation de confiance avec elle, en état de détresse économique ou de besoins urgents, ou était imprévoyante, ignorante, inexpérimentée ou inapte à la négociation (b) alors que l'autre partie en avait ou aurait dû en avoir connaissance et que, étant données les circonstances et le but du contrat, elle a pris avantage de la situation de la première avec une déloyauté évidente ou en a retiré un profit excessif. (...) ».

³³³ L'article 4 :109 a d'ailleurs pu être présenté comme « la création d'un vice de faiblesse », C. PRIETO, in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, sous la direction de C. PRIETO, PUAM, 2003, n° 4, 271.

³³⁴ Cf. notamment D. MAZEAUD, « À propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'Unidroit et de la commission *Lando* », *Mélanges M. CABRILLAC*, Litec, 1999, n° 10, 209 : « la bonne fois apparaît comme le troisième point d'un triangle, également formé par la liberté contractuelle et la sécurité juridique, qui constitue le socle de ce Droit des contrats européens en gestation (...) on pourrait presque affirmer que la bonne foi est considérée comme une condition de formation et de validité des contrats européens ».

³³⁵ Art. 2. 302 PDEC

E- L'affirmation du consensualisme

142

Résistant à la résurrection contemporaine des formalismes, l'article 2 : 101 proclame « le contrat n'a pas à être conclu ni constaté par écrit et n'est soumis à aucune autre exigence de forme ».

§ 2 LE CODE EUROPEEN DES CONTRATS

143

Le code européen des contrats instaure pour la formation du contrat des conditions de fond (A), dont l'architecture apparaît classique pour un lecteur français, mais il prévoit également un encadrement strict des négociations contractuelles (B) et admet l'existence de conditions de forme (C).

A. Les conditions de fond

144

Le code européen des contrats prévoit des exigences relatives au consentement des parties (1), à leur capacité (2) et au contenu du contrat (3).

1. Le consentement

145

a) L'existence du consentement

146

L'article 5 du CEC instaure comme élément essentiel du contrat l'accord des parties, les articles 11 et suivants indiquant qu'il est formé par la rencontre de l'offre et de l'acceptation³³⁶.

L'offre. L'offre doit être précise (c'est-à-dire contenir les indications essentielles du contrat, de manière à pouvoir faire l'objet d'une acceptation pure et simple) et elle doit être ferme (c'est-à-dire exprimer la volonté de son auteur d'être lié)³³⁷. Elle n'est soumise à aucune autre exigence (mais sa forme aura une influence sur son régime). Cette notion d'offre est donc similaire à celle du droit français et plus restrictive que celle retenue par les principes européens du droit des contrats.

³³⁶ Sur l'importance de définir ces notions, cf. *Code européen des contrats, Avant-projet, Livre premier*, Coordinateur G. GANDOLFI, Dott. A. Guiffré editore, 2004, p. 110.

³³⁷ Art. 13.1 CEC.

Comme en droit français, l'offre lie l'offrant au premier acceptant. En revanche, avant son acceptation, l'offre apparaît peu contraignante pour son auteur. Ainsi, elle est dépourvue d'effet tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire et peut donc être librement retirée même si elle était présentée comme irrévocable ou si elle était assortie d'un délai³³⁸. L'offre orale doit, en principe, être immédiatement acceptée³³⁹ (donc sauf existence de pourparlers ou de circonstances le justifiant, elle perd presque immédiatement ses effets). Enfin, l'offre peut être révoquée tant que son destinataire n'a pas envoyé son acceptation³⁴⁰, cette révocation étant efficace pour les offres faites au public dès qu'elle emprunte une forme équivalente à l'offre (ainsi la révocation jouera même pour ceux qui n'en ont pas eu connaissance).

L'acceptation. L'acceptation résulte de l'agrément de l'offre, elle peut être expresse ou tacite³⁴¹. L'agrément doit porter sur les éléments essentiels du contrat ; mais, point original, il peut comporter des modifications sur des aspects marginaux : il engagera³⁴² tout de même l'offrant sauf manifestation prompte de son désaccord. En principe³⁴³, le silence ou l'inertie ne valent pas acceptation sauf dans deux séries d'hypothèses. La première tient compte du contexte : si cela avait été prévu par les parties ou résulte de leurs rapports antérieurs, des circonstances ou de la coutume, la seconde est basée sur la nature du contrat : s'il ne crée d'obligations qu'à la charge de l'offrant.

Le code européen des contrats consacre clairement la théorie de la réception, le contrat est conclu au moment où l'offrant prend ou est censé prendre connaissance de l'acceptation³⁴⁴. Il instaure une présomption simple de connaissance de l'acceptation à partir du moment où elle parvient à l'adresse de son domicile, de son lieu de travail, de sa demeure habituelle ou du domicile choisi³⁴⁵. Il nous semble que rien ne s'oppose à ce que le domicile choisi soit une boîte e-mail.

b) L'intégrité du consentement

147

L'intégrité du consentement est protégée par la sanction de l'erreur et du dol, par celle de la violence et par l'admission de la rescision pour lésion

L'erreur et le dol. Le Code européen des contrats sanctionne l'erreur et le dol par un même texte³⁴⁶ dans une volonté d'unifier leurs régimes (le terme dol n'est d'ailleurs pas employé afin de renforcer cette unité). Le contrat sera annulable que si l'erreur porte sur un élément qui est fondamental (quelle que soit sa nature) et qui a déterminé le consentement ou si l'erreur a été provoquée. Cette deuxième hypothèse est définie de façon extensive : il peut s'agir d'une action (du cocontractant ou d'un tiers, si le cocontractant en avait connaissance et en a tiré

³³⁸ Art. 14.1 CEC.

³³⁹ Art. 11.1 CEC.

³⁴⁰ Art. 15.1 CEC.

³⁴¹ Art. 16.1 CEC.

³⁴² Art. 16.7 CEC.

³⁴³ Art. 16.2 CEC.

³⁴⁴ Art. 12 CEC pour les offres écrites et art. 11. 2 pour les offres orales (pour ces dernières, le principe étant l'acceptation immédiate, la question des contrats entre absents sera statistiquement plus rares).

³⁴⁵ Art. 21 CEC.

³⁴⁶ Art. 151 CEC.

avantage) ou d'une réticence (le seul fait de ne pas détromper la victime suffit). Toutefois, malgré la réalisation de ces conditions, la victime de l'erreur ne pourra demander l'annulation si celle-ci est contraire à la bonne foi. Enfin, l'erreur provoquée qui ne porte pas sur un élément fondamental sera corrigée par la réparation (en nature par la réfection du contrat ou par équivalent par la réparation du préjudice) et ne pourra pas entraîner l'annulation.

La violence. Le contrat est annulable lorsqu'il a été conclu sous l'effet de menaces graves du fait du cocontractant ou d'un tiers (si le cocontractant en avait conscience et en a tiré un avantage).³⁴⁷

L'admission encadrée de la lésion. Dans une optique comparable à celle des principes du droit européen des contrats, le code européen sanctionne la lésion. Trois conditions sont instaurées³⁴⁸ : il faut que la victime soit dans un état de faiblesse (lié à sa situation : état de nécessité, danger, dépendance économique ou résultant de sa personnalité : difficultés de compréhension, absence de volonté), que le contractant ait abusé de cet état et qu'il en ait retiré des avantages « manifestement disproportionnés ». Les deux premières exigences sont identiques à celles des principes du droit européen, la dernière est de même nature (c'est le cœur de la lésion) mais pourrait être un peu plus difficile à remplir, nécessiter un degré supérieur en raison de la présence de l'adverbe « manifestement »³⁴⁹.

De plus, il est imposé aux parties de rechercher un règlement extrajudiciaire de cette difficulté, la victime ne pouvant intenter un action qu'un certain temps après avoir envoyé une protestation à l'autre contractant³⁵⁰ (on peut s'étonner de ce procédé qui oblige une personne en situation de faiblesse à négocier de nouveau avec un partenaire qui n'a pas hésité à abuser une première fois de ses difficultés).

Enfin et dernière restriction, cette action est enfermée dans un court délai : un an à compter de la date de conclusion du contrat³⁵¹ (délai qui peut être réduit par la possibilité offerte à toute personne d'intimer à la victime supposée de déclarer si elle compte ou non intenter l'action en rescision). Cet encadrement strict de la lésion permet de rassurer ceux qui craindraient une fragilisation excessive du contrat et une explosion des contentieux.

2. La capacité

148

La capacité est exigée pour la conclusion du contrat³⁵². En ce qui concerne la définition des incapables majeurs, le code européen des contrats opère un renvoi aux législations nationales. En revanche, et cela est original pour un texte qui se veut supra-national, il définit la minorité (en dessous de dix-huit ans). Sont assimilés aux incapables, les personnes qui, de façon ponctuelle lors de la conclusion d'un contrat, n'étaient pas en état de comprendre la situation ou d'exprimer leur volonté.

³⁴⁷ Art. 152 CEC.

³⁴⁸ Art. 30. 3 CEC. A noter que ce texte figure dans un titre III : « contenu du contrat ».

³⁴⁹ A comparer avec l'article 4 :109 qui emploie, pour l'énoncé de cette condition, l'expression : « profit excessif ».

³⁵⁰ Art. 156. 2 CEC.

³⁵¹ Art. 156. 4 CEC.

³⁵² Art. 5 CEC.

3. Le contenu

149

L'article 25 du CEC prévoit que le contenu du contrat doit être utile, possible, licite, déterminé ou déterminable.

L'éviction de la notion de cause et l'exigence d'un contenu utile. Les rédacteurs du code ont choisi de ne pas retenir la cause comme élément de formation du contrat, les exigences ne portent donc que sur son contenu (c'est-à-dire que sur l'objet du contrat, même si le terme n'apparaît pas). Toutefois, l'article relatif à l'utilité du contenu exigeant que le contrat corresponde : « à un intérêt même non patrimonial des deux parties ou au moins de l'une d'entre elles »³⁵³ s'apparente fortement à l'existence de la cause. Il a d'ailleurs été introduit à la demande pressante du groupe anglais pour compenser l'absence de la *consideration*³⁵⁴.

Un contenu possible. Pour que le contrat soit valablement formé, son contenu doit être possible ³⁵⁵. C'est l'impossibilité absolue qui est ici écartée (par exemple : l'agence de voyages qui proposerait de remonter réellement le temps). En revanche, l'impossibilité relative, liée aux capacités du contractant (qui n'a pas mesuré l'ampleur de l'engagement) n'affecte pas la validité de l'engagement. Cette exigence n'interdit pas les contrats portant sur les choses futures, à partir du moment où elles sont réalisables ³⁵⁶.

Un contenu licite. Très classiquement, le contenu du contrat ne doit pas être contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ³⁵⁷. On notera que les rédacteurs ont éludé la question de la définition de ces notions, dont le contour est parfois délicat au plan national et le sera certainement davantage au niveau européen. De plus, ce contenu ne doit pas être contraire aux règles impératives nationales, communautaires ou issues du code européen des contrats. Enfin, une hypothèse particulière d'illicéité a été sanctionnée par l'inefficacité, les clauses figurant dans des contrats de consommation, n'ayant pas fait l'objet d'une négociation et instaurant un déséquilibre significatif au profit du professionnel.

Un contenu déterminé, déterminable ou ...à déterminer. Si l'article 25 du CEC prévoit de façon générale que le contenu du contrat doit être déterminé ou déterminable, l'article 31 nous apprend que cette condition est entendue de façon très souple. En effet, lors de la conclusion du contrat, la détermination ultérieure de son contenu peut être déferée à un tiers et même à une seule des parties. En l'absence d'indication sur les modalités de détermination, la qualité de la prestation due ne pourra être inférieure à « la moyenne compte tenu de la coutume ».

³⁵³ Art. 26 CEC.

³⁵⁴ Cf. *Code européen des contrats, Avant-projet, Livre premier*, Coordinateur G. GANDOLFI, Dott. A. Guiffré editore, 2004, 115.

³⁵⁵ Art. 27 CEC.

³⁵⁶ Art. 29 CEC.

³⁵⁷ Art. 30 CEC.

B- L'encadrement strict des négociations contractuelles

150

Comme les principes européens du droit des contrats et les principes Unidroit, le code européen des contrats inclut³⁵⁸ des dispositions visant à moraliser la phase de formation du contrat.

Une exigence de bonne foi. Appelée « devoir de correction »³⁵⁹, la bonne foi encadre le comportement des parties dans la conduite des négociations et dans leur rupture. Le manquement à cette exigence oblige à réparer le dommage subi.

Une obligation d'information. Quelles que soient les compétences et les connaissances de l'autre partie, chaque partie a l'obligation d'informer ³⁶⁰ l'autre sur les éléments permettant d'apprécier l'intérêt pour elle de conclure le contrat. Le code européen consacre ainsi une obligation d'information générale. La sanction de cette obligation varie selon le sort du contrat. S'il n'est pas conclu, il s'agira de la réparation du dommage subi. S'il est conclu, la sanction sera soit la nullité (si l'absence d'information a provoqué une erreur sur un élément fondamental) soit la réfection du contrat par le juge, guidé par l'équité.

Une obligation de confidentialité. Cette ³⁶¹ obligation est mise à la charge des parties en ce qui concerne les informations obtenues lors des tractations. Sa sanction est identique à celle prévue par les principes européens du droit des contrats : réparation du préjudice subi et transfert au profit de la victime de l'enrichissement du fautif.

C- L'admission de conditions de forme

151

Un consensualisme tempéré. Si le consensualisme reste le principe, le code européen des contrats ouvre largement les exceptions auquel il consacre un titre entier ³⁶², en offrant une reconnaissance³⁶³ aux contrats solennels et aux contrats réels.

³⁵⁸ A noter que si le principe d'une éventuelle sanction de la culpa in contrahendo faisait l'objet d'un consensus, le groupe anglais était opposé à son inclusion dans le code des contrats, considérant que ce point devait relever de la matière délictuelle, cf. *Code européen des contrats, Avant-projet, Livre premier*, Coordinateur G. GANDOLFI, Dott. A. Guiffré editore, 2004, 106.

³⁵⁹ Art. 6 CEC.

³⁶⁰ Art. 7 CEC.

³⁶¹ Art. 8 CEC.

³⁶² CEC : « Titre IV Forme du contrat ».

³⁶³ Respectivement points 1 et 2 de l'article 34 CEC.

CHAPITRE 2

SANCTION DES CONDITIONS**DE FORMATION**

152

Notion de nullité ; plan. La sanction des conditions de formation du contrat est en principe la nullité : le contrat disparaît rétroactivement, étant censé n'avoir jamais existé. Cette sanction peut éventuellement se coupler avec la responsabilité de l'une des parties, responsabilité délictuelle (cf. par exemple *supra* nos 87 et 92, en cas de dol ou de violence), voire d'un tiers (cf. par exemple *supra* n° 83, violence exercée par un tiers), la responsabilité pouvant exceptionnellement être la seule sanction, si la victime renonce à demander la nullité, si l'action en nullité est prescrite ou si le juge décide de n'accorder qu'une indemnité, la cause de nullité n'étant pas suffisamment caractérisée. Cette action en responsabilité obéit au droit commun (cf. *infra* n°224 et s).

La nullité peut être ainsi distinguée de notions voisines. La résolution est la disparition rétroactive d'un contrat, valable à l'origine ³⁶⁴ mais qui est inexécuté (Cf. art. 232 COC). L'inopposabilité suppose un contrat valable, mais qui ne peut produire d'effets vis-à-vis des tiers (exemple : vente immobilière non publiée). La caducité est la disparition du contrat pour l'avenir due à la survenance d'un élément indépendant de la volonté des parties ³⁶⁵.

Le Code libanais ne contient pas de théorie générale sur la nullité du contrat. En outre, il n'a ni défini ni classifié la nullité. Néanmoins, il l'a évoqué sous des appellations différentes. Parfois, il parle d'«inexistence», ainsi en est-il en cas d'inexistence de l'objet de l'obligation (art. 188 COC) ; de l'impossibilité de la cause, de son absence ou de son illicéité (art. 196 COC) ; en cas d'erreur portant sur la nature du contrat ou sur l'identité de l'objet d'une obligation (art. 203 COC) ; des actes passés par une personne totalement dépourvue de discernement (art. 216 al. 1 COC) ; ou en cas de violation de la forme spéciale voulue par les parties (art. 220 al. 3 COC). D'autres fois, le Code prévoit la « nullité absolue » en cas de pactes sur successions futures (art. 188 COC) ; d'illicéité de la cause dans la mesure où elle rend l'acte « radicalement nul ». D'autres fois encore, il parle de « nullité » sans adjonction de qualificatif, notamment s'agissant la sanction pour dol ou crainte (art. 208, 209 et 210 COC) ; au cas où l'objet est illicite ou immoral (art. 193 COC) ou si sa « chose impossible à réaliser (art. 191 COC). Egalement, le code parle d'"annulation" en cas de lésion (art. 214 COC), pour sanctionner les actes du

³⁶⁴ Par conséquent, le litigant ne peut demander la nullité devant la cour d'appel après avoir demandé la résolution du contrat devant le tribunal de première instance ; la prétention de la résolution vaut aveu de la validité du contrat : Cass. Civ. 3^e lib., n°57, 6 nov. 1991, *Rev. jud. lib* 1990/1991, 687.

³⁶⁵ V. F. NAMMOUR, La caducité des contrats, *Al Adl* 1998, Doct, 35.

mineur habilité (art. 216 COC) et de manière générale pour sanctionner les vices du consentement (art. 233 COC).

La lecture des articles 196 et 233 COC montre que le Code a distingué le contrat inexistant du contrat susceptible d'annulation. L'inexistence englobant les contrats en violation des règles d'ordre public et des bonnes mœurs et, les contrats illicites. En revanche, les actes susceptibles de nullité sont ceux qui souffrent d'un vice de consentement. Cependant, les articles 191 et 192 et 201 COC, sanctionnent par la nullité radicale le contrat conclu en violation des règles d'ordre public, des bonnes mœurs ou des règles impératives et le contrat dont l'objet serait impossible ou illicite. C'est dire que le Code considère les contrats illicites et conclus en violation des règles d'ordre public et des bonnes mœurs comme inexistantes (art. 196 COC), et dans les autres cas, comme radicalement nuls, ou selon la terminologie juridique du droit français de nullité absolue. Ce faisant, on a pu dire que le Code évoque l'inexistence et la nullité absolue dans un même sens surtout que les effets sont les mêmes ³⁶⁶ et qu'il s'est prononcé en faveur de l'opinion qui ne distingue pas l'inexistence du contrat de sa nullité absolue ³⁶⁷.

On sait que la notion même d'inexistence est contestée, une partie semble-t-il majoritaire de la doctrine préférant ranger les cas prétendus d'inexistence du contrat dans la catégorie des nullités ³⁶⁸. On considère ainsi généralement que les situations d'inexistence du contrat sont des formes particulières de nullités ³⁶⁹. Toutefois, en cas d'absence totale de consentement, le contrat n'est pas véritablement nul. Pour être nul, le contrat doit exister ab initio ³⁷⁰. Dans ce cas, le recours à la sanction de l'inexistence, détachée de la nullité est concevable ³⁷¹.

Le droit français et le droit libanais distinguent nullité absolue et nullité relative (section 1), mais les effets de la nullité sont identiques (section 2). En droit européen, les sanctions des conditions de formation sont plus diverses (section 3).

SECTION 1

NULLITÉ ABSOLUE ET NULLITÉ RELATIVE

153

Critères de distinction. La doctrine classique proposait de fonder la distinction entre nullité absolue et nullité relative sur la gravité du vice affectant l'acte. Le

³⁶⁶ Kh. JOREIGE, 396.

³⁶⁷ G. SIOUFI, n°182, 282.

³⁶⁸ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, et E. SAVAUX, n°326, 240.

³⁶⁹ v. X. BARRE, Nullité et inexistence ou les bégaiements de la technique juridique, P.A. 30 juillet 1993, n°91. 7.

³⁷⁰ M. EL AOUJE, 442.

³⁷¹ J. CARBONNIER, n°104.

critère aujourd'hui retenu a été inspiré par Japiot³⁷² et Gaudemet³⁷³ : la nullité n'est pas considérée comme un vice affectant l'acte, mais comme un droit de critique reconnu à certaines personnes dès lors qu'une règle de droit n'a pas été observée. Si cette règle de droit était destinée à protéger un intérêt particulier, ce droit de critique est réservé à ceux qui devaient être protégés : la nullité est relative. Si cette règle de droit était d'intérêt général, ce droit de critique peut être exercé par tout intéressé : la nullité est absolue.

On peut ainsi déterminer le domaine d'application de chaque nullité. Sanctionnent une règle destinée à protéger une partie au contrat et sont donc relatives les nullités pour vice de consentement, lésion, incapacité. Sanctionnent une règle destinée à protéger l'intérêt général les nullités pour objet ou cause illicite. Mais l'absence de critère général permettant de délimiter règles d'intérêt général et règles d'intérêt privé laisse parfois survivre en jurisprudence l'ancien critère de distinction entre nullité absolue et nullité relative, qui se fondait sur la gravité du vice affectant l'acte : les nullités pour vice de forme, défaut de consentement, de cause ou d'objet sont en général considérées comme absolues³⁷⁴.

De ces différences de fonction découlent des différences de régime, nécessitant d'étudier successivement nullité absolue (§ 1) et nullité relative (§ 2).

§ 1 NULLITÉ ABSOLUE

154

Trois règles la caractérisent.

1) La nullité absolue peut être invoquée par toute personne ayant un intérêt à agir. Il s'agit des contractants, de leurs héritiers ou de leurs créanciers. Il peut exceptionnellement s'agir d'un tiers ayant un intérêt à voir le contrat annulé, mais cet intérêt doit avoir un lien avec le contrat (exemple : un voisin pourrait demander la nullité de la vente d'un immeuble dans lequel est installée une maison de tolérance, pas la nullité d'une vente d'un immeuble dans lequel est installée une personne avec qui il ne s'entend pas).

Il s'agit également du ministère public agissant « pour la défense de l'ordre public à l'occasion de faits qui portent atteinte à celui-ci » (art. 423 NCPC). Dans le même sens, l'article 8 NCPC libanais autorise le ministère public à agir en cas de « faits ou comportements » portant atteinte à l'ordre public et dans les cas prévus par la loi. Par exemple, la loi libanaise n°240 du 7 août 2000 « relative aux brevets

³⁷² *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse, Dijon, 1909.

³⁷³ E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, par H. DESBOIS et J. GAUDEMET, 147.

³⁷⁴ Exemples : Civ. 1^{re}, 20 oct. 1981, *Bull. civ.*, n° 301 (la nullité d'une vente pour défaut de prix peut être invoquée par tout intéressé) ; Civ. 1^{re}, 28 nov. 1972, *JCP* 1973.II.17461, note M. DAGOT ; *Defrénois* 1973, art. 30403, note G. MORIN (nullité absolue d'une donation pour vice de forme).

d'inventions »³⁷⁵ permet au ministère public de demander la nullité du brevet s'il est accordé pour une invention contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs³⁷⁶.

Enfin, le juge a la possibilité de relever d'office la nullité absolue d'un contrat qui lui est soumis à l'occasion d'un litige³⁷⁷. Il doit en être de même en droit libanais. En effet, l'article 370 alinéa 2 NCPC libanais permet au juge « de soulever d'office les motifs strictement juridiques peu importe le fondement juridique adopté par les litigants ». Néanmoins, il doit soumettre la nullité au débat contradictoire des parties conformément au principe de la contradiction affirmé dans l'article 373 alinéa 2 COC.

2) La nullité absolue n'est pas susceptible de confirmation³⁷⁸. La règle se justifie aisément : la confirmation par une personne n'éteindrait que son propre droit de critique, or l'action en nullité absolue appartient à tout intéressé. En effet, ici la nullité est prononcée non pas dans un intérêt privé mais dans un intérêt public et par respect aux règles impératives. Ainsi la nullité dépasse le cercle des contractants et leurs intérêts privés. Il en résulte que rien ne sert à l'une des parties de renoncer à son droit de critique dans la mesure où tout intéressé pourra s'y opposer³⁷⁹. De même, l'article 236 alinéa 2 COC subordonne l'efficacité de la confirmation expresse à la condition que l'acte confirmatif énonce « la substance du contrat ». Or, matériellement une telle substance ne peut exister dans les contrats inexistantes ou de nullité absolue.

3) La nullité absolue en droit français, se prescrit en principe par un délai de trente ans (art. 2262 C. civ.).

La question de l'application de la prescription à la nullité absolue est controversée en droit libanais. Les opposants estiment que la prescription ne peut valider un contrat nul de nullité absolue³⁸⁰. De même, avance-t-on, l'article 235 dernier alinéa COC affirme que « la prescription repose sur une présomption de confirmation tacite ». Or, la confirmation ne peut jouer en matière de nullité absolue³⁸¹. A l'inverse, les partisans estiment que la prescription s'applique en matière de nullité absolue, le défendeur à l'action pouvant toujours se prévaloir de l'exception *Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*. A supposer la prescription appliquée, la nullité absolue sera prescrite en principe par la prescription de droit commun qui est en droit libanais de dix ans (art. 349 COC).

³⁷⁵ JO n°35, 14 août 2000, 3183 et s.

³⁷⁶ Cf. art. 30 de la loi.

³⁷⁷ Cf. art. 12 NCPC fr.

³⁷⁸ CA Mont-Liban n°12, 22 fév. 1988, *Al Adl* 1988, J., 214.

³⁷⁹ G. SIOUFI n°198, 302.

³⁸⁰ Civ. lib., n°22, 17 octobre 1962, *Hatem*, vol 51, 9.

³⁸¹ M. EL-AOUJE, 442.

§ 2 NULLITÉ RELATIVE

155

On trouve trois règles opposées à celles régissant la nullité absolue.

1) La nullité relative ne peut être invoquée que par la ou les personnes que la loi a voulu protéger en édictant la règle violée (ou son représentant en cas de nullité pour incapacité). En ce sens, l'article 234 COC énonce : « L'action en annulation n'est ouverte qu'aux personnes en faveur ou pour la protection desquelles la nullité est établie par la loi »...

Il faut en réalité nuancer cette affirmation. Les héritiers, les créanciers par la voie de l'action oblique peuvent invoquer une nullité relative. De même, si le ministère public ne semble pas pouvoir agir, le juge saisi d'un litige peut relever d'office la nullité relative d'un contrat qui lui est soumis³⁸². La principale distinction avec la nullité absolue est que le cocontractant à l'origine de la nullité ne peut s'en prévaloir. A ce propos, l'article 234 COC pose un principe général d'« exclusion » de l'exercice de l'action en annulation par « ceux qui ont traité avec les personnes en faveur ou pour la protection desquelles la nullité est établie par la loi ». (art. 1125 C. civ., à propos des nullités pour incapacités, qui peut être étendu aux autres cas de nullité relative). Par conséquent, l'acte nul continue à produire ses effets à l'égard de la partie de bonne foi, et ce jusqu'à la déclaration judiciaire d'une telle nullité³⁸³.

2) La nullité relative est susceptible de confirmation. La confirmation est l'acte juridique par lequel une personne qui peut demander la nullité d'un acte juridique renonce à s'en prévaloir.

Par exemple, la victime d'une lésion peut valablement confirmer l'acte lésionnaire³⁸⁴.

La confirmation doit émaner de la personne qui pouvait se prévaloir de la nullité. Il faut également que le vice affectant l'acte ait disparu au moment de la confirmation. Il faut enfin que la confirmation intervienne en connaissance de cause (art. 1338 C. civ. ; art. 236 COC). La confirmation n'est en revanche soumise à aucune condition de forme : elle peut être expresse³⁸⁵ ou tacite,³⁸⁶ c'est-à-dire

³⁸² Civ. 3^e, 20 nov. 1985, *Bull. civ.*, n° 153. Ad. GHESTIN, n° 150-153.

³⁸³ Civ. 1^{re} lib., n°51, 28 mai 1998, *Bull. civ. Sader* 1998, 127.

³⁸⁴ Civ. 4^e lib., n°17, 30 nov. 1993, *Rev. jud. lib.* 1993 ; 742 ; CA Mont-liban 3^e n°10, 18 fév. 1993, *Rev. jud. lib.* 1993, 480 : confirmation d'un acte vicié par la violence.

³⁸⁵ art. 236 al. 1 COC : « La confirmation expresse n'est efficiente qu'autant que l'acte confirmatif énonce la substance du contrat, le vice dont il était infecté et la volonté de renoncer à l'action en nullité ».

³⁸⁶ art. 236 al. 2 COC : « La confirmation tacite s'induit de toute circonstance, de toute attitude impliquant de la part du titulaire de cette action, une renonciation de ce genre ».

découler de l'exécution de l'acte par la partie qui pouvait agir en nullité (art. 1338 al. 2 C. civ.).

Une fois ces conditions remplies, la confirmation valide l'acte rétroactivement : l'acte confirmé est considéré comme ayant été valable *ab initio*. A ce propos, l'article 237 alinéa 1 COC décide que : « La confirmation efface le vice dont l'acte était atteint et dont nul ne saurait se prévaloir désormais, par quelque moyen que ce fût, aussi bien par voie d'exception ou par voie d'action »³⁸⁷. Mais cette confirmation se produit « sans préjudice néanmoins du droit des tiers » (art. 1338 al. 3 C. civ. ; art. 237 al. 2 COC). Par exemple, un mineur X vend un bien à une personne Y et une fois majeur X le vend à une seconde personne Z. La confirmation de la première vente ne peut remettre en cause les droits de Z.

3) La nullité relative se prescrit en droit français, par l'écoulement d'un délai de cinq ans. Ce délai est édicté par l'article 1304, dont la jurisprudence a eu l'occasion de préciser qu'il constituait le droit commun³⁸⁸. Le point de départ de ce délai en cas de vice de consentement est la découverte de l'erreur ou du dol, la fin de la violence (art. 1304 al. 2 C. civ.). S'il s'agit d'un acte passé par un mineur, le point de départ du délai est le jour de la majorité ou de l'émancipation³⁸⁹ ; s'il s'agit d'un acte passé par un majeur incapable, le délai court à compter du jour où il en a eu connaissance, alors qu'il était en situation de le refaire valablement (art. 1304 al. 3 C. civ.).

Le Code libanais (art. 235 COC) soumet l'action en annulation du contrat au délai de dix années. Ce délai constitue le droit commun, et pour y déroger la « loi doit avoir fixé un délai différent pour un cas particulier » (art. 235 al. 1 COC). Ce délai court, non pas du jour de l'acte vicié, mais bien de celui où a cessé le vice dont il était atteint (art. 235 al. 2 COC) ; par exemple, en cas d'erreur et de dol, du jour où ils ont été découverts par la victime ; en cas de violence, du jour où elle a cessé ; en cas d'incapacité, du jour où elle a entièrement disparu. Lorsque l'acte émanait d'un aliéné, la prescription décennale ne commence à courir que lorsqu'il a eu connaissance du contrat par lui jadis conclu (art. 235 al. 3 COC).

Cette prescription ne joue, conformément au droit commun, que pour l'action, et pas pour la nullité intentée par voie d'exception : l'application de la maxime *Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* permet d'éviter qu'une personne attende l'achèvement de la prescription et demande ensuite l'exécution du contrat nul³⁹⁰.

³⁸⁷ JU Aley n°242, 7 mars 1998, *Al Adl* 1998, J., 504.

³⁸⁸ Civ. 17 nov. 1958, *D* 1958.18, note G. HOLLEAUX ; *JCP* 1959.11.10949, note P. ESMEIN, (application de ce délai au mariage).

³⁸⁹ Et non à compter du jour où il a eu connaissance de l'acte (Civ., 1, 5 mars 2002, *D* 2002, 1513, note J.-P. GRIDEL, *RTDCiv.* 2002, 271, obs. J. HAUSER).

³⁹⁰ Jurisprudence constante depuis Req., 21 juin 1880, *DP* 1881.1.108. Ad. : J.-L. AUBERT, Brèves réflexions sur le jeu de l'exception de nullité, *MELANGES J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, 19 et s.

SECTION 2

EFFETS DE LA NULLITÉ

156

Quelle est l'étendue de l'annulation (§ 1), et sa portée (§ 2) ?

§ 1 ÉTENDUE DE L'ANNULATION

157

Le plus souvent, la nullité frappe un contrat dans son ensemble, parce qu'il est, en principe indivisible³⁹¹. Par conséquent, le demandeur à l'annulation ne peut demander simultanément l'annulation du contrat et le maintien de certaines dispositions à son intérêt³⁹². Mais il se peut qu'une clause seulement soit nulle : par exemple, une clause d'indexation est nulle car l'indice choisi n'est pas en rapport avec l'activité des parties ou l'objet du contrat (cf. *infra*). Cette nullité s'étend-elle à l'ensemble du contrat³⁹³ ? Le législateur règle parfois la difficulté en disposant que la clause est « réputée non écrite » : sa nullité n'influe pas sur le reste du contrat³⁹⁴.

En l'absence de toute disposition, le Code civil prévoyait deux solutions opposées selon que l'acte était à titre gratuit ou à titre onéreux. Selon l'article 900, « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites » : la nullité d'une clause est sans conséquences sur le reste du contrat. À l'inverse, l'article 1172 du Code civil dispose que « toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend ». La jurisprudence française et la jurisprudence libanaise ont rapproché le régime des deux actes, considérant que la clause infecte

³⁹¹ Civ. lib. 1^{re}, n°63, 16 juin 1998, *Bull. civ. Sader* 1998, 136 et s. spéc., 142.

³⁹² Civ. 8^e lib., n°101, 16 juillet 2002, *Bull. civ. Sader* 2002, 639 et s. spéc., 643.

³⁹³ P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, Bibl. dr. privé, t. 109, LGDJ, 1969, préf. A. WEILL ; B. TEYSSIE, « Conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat », *D* 1976.281.

³⁹⁴ V. COTTEREAU, « La clause réputée non écrite », *JCP* 1993.1.3691.

l'ensemble du contrat si elle présente un caractère « impulsif et déterminant »³⁹⁵, dont l'appréciation relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond³⁹⁶.

Le Code libanais a passé sous silence la question de la nullité partielle et semble utiliser différentes terminologies. L'article 82 alinéa 2 COC affirme que la condition impossible ou illicite est simplement « réputée non écrite ». L'article 83 évoque la « nullité » de la « condition » restreignant ou interdisant l'exercice des droits et facultés appartenant à toute personne humaine ». L'article 192 du même Code sanctionne l'objet illicite ou immoral de l'obligation par la « nullité du contrat ». Ainsi tantôt la seule condition est réputée non écrite (art. 82 et 83 COC), tantôt l'entier contrat est frappé de nullité (art. 192 COC).

Parfois la nullité des dispositions sera sans incidence sur le contrat. Par exemple, l'article 531 COC après avoir affirmé que la donation qui dépasse la quotité disponible doit être réduite de tout ce dont elle excède cette quantité, précise : « Cette réduction n'annule point les effets de la donation, ni l'acquisition que le donateur aura faite des fruits pendant sa vie ». Au contraire, la nullité de la chose peut entraîner celle du contrat. Ainsi l'article 82 alinéa 1 COC énonce clairement que : « toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs ou à la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend »³⁹⁷.

§ 2 PORTÉE DE L'ANNULATION

158

Principe. Le principe est que l'acte annulé disparaît rétroactivement. Cette règle est expressément posée par l'article 233 al 2 COC : chacune des parties récupère ses prestations : par exemple, si un contrat de vente est annulé, le vendeur récupère le bien et l'acheteur le prix. Mais les restitutions³⁹⁸ soulèvent de nombreuses difficultés pratiques comme en témoignent quelques exemples :

- dans quel état restituer le bien ? dans l'état où il était le jour du contrat³⁹⁹ ;
- une des parties peut-elle obtenir de l'autre une indemnisation pour le profit qu'elle a tiré du bien ? la jurisprudence répond par la négative⁴⁰⁰ ;

³⁹⁵ Exemples : Civ. 3^e, 24 juin 1971, *Bull. civ.*, n° 405 (clause valeur-or d'un contrat à titre onéreux) ; Civ., 19 oct. 1910, *DP* 1911.1.463 (libéralité).

³⁹⁶ Com., 22 févr. 1967, *Bull. civ.*, n° 87.

³⁹⁷ M. BOUSTANY, La nullité partielle des contrats en droit libanais, *Al Adl* 1992, Doct. 4 et s.

³⁹⁸ Cf. M. MALAURIE, *Les restitutions*, Cujas, 1991 ; C. GUELFUCCI-THIBERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Bibl. dr. privé, t. 218, LGDJ, 1993, préf. J. GHESTIN.

³⁹⁹ Ch. mixte, 9 juillet 2004, *D* 2004, 2175, note C. TUAILLON, *JCP* 2004, II, 10190, note J. FRANCOIS, *RTD civ.* 2005, 125, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

⁴⁰⁰ *Ibid.*

- si le bien à restituer a été détruit, comment s'opère la restitution ? en valeur, en fonction de la valeur de la chose au jour du contrat.

Ce principe des restitutions connaît des atténuations dans les rapports entre les parties (A), et la situation peut être compliquée si le bien a été cédé à un tiers (B).

A- Atténuations au principe dans les rapports entre les parties

159

Plusieurs règles sont ici à signaler :

- le possesseur de bonne foi n'est pas tenu de restituer les fruits qu'il a perçus (art. 549 C. civ.) ;

- les incapables ne sont pas tenus de restituer « à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit » (art. 1312 C. civ.) : la règle a une valeur dissuasive, le cocontractant d'un incapable sachant que s'il est tenu de restituer tout ce qu'il a perçu il risque de ne pas récupérer la totalité de ce qu'il a versé ;

- il se peut que la disparition rétroactive du contrat soit impossible : tel est le cas dans les contrats à exécution successive où une des parties ne peut restituer les prestations reçues (exemple : impossibilité pour l'employeur de restituer le travail fourni par le salarié, ou pour le locataire de restituer la jouissance des lieux). La Cour de cassation décide qu'une indemnité doit compenser l'impossibilité de restitution des prestations : « si, en raison de la nature des obligations, il leur (aux parties) est impossible de se restituer réciproquement ce qu'elles ont reçu, il y a lieu de tenir compte de la valeur des prestations de chacune d'elles et de l'avantage que l'autre en a retiré »⁴⁰¹. Ainsi, dans un contrat de travail par exemple, l'indemnité reçue par le salarié pour le travail fourni avant l'annulation du contrat ne sera pas forcément égale au montant du salaire prévu par le contrat, solution qui semble critiquable ;

- enfin, une des parties ne peut se prévaloir de sa « propre turpitude » pour obtenir restitution de son cocontractant. La jurisprudence applique aux contrats entachés d'immoralité deux maximes : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude) et *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* (Il n'y a pas lieu à restitution si les deux parties sont associées à la turpitude)⁴⁰². Dès lors qu'une partie est au courant du caractère immoral de la convention, elle ne peut ni exiger l'exécution de l'autre partie, ni obtenir restitution de sa prestation : par exemple, l'acheteur d'une maison de tolérance qui en a payé le prix ne peut obtenir restitution⁴⁰³. La règle a donc essentiellement une fonction dissuasive : « elle contraint la canaille à régler comptant ses affaires, c'est-à-dire à ne jamais se faire crédit, ce qui la dissuade de faire un certain nombre de contrats »⁴⁰⁴ ; surtout un contractant hésitera à conclure un contrat illicite, sachant que son partenaire peut en demander la nullité sans être contraint de restituer sa prestation.

⁴⁰¹ Soc., 8 avr. 1957, *D* 1958.221, note P. MALAURIE ; *Gaz. Pal.* 1957.1.143 (contrat de travail).

⁴⁰² P. LE TOURNEAU, *La règle Nemo auditur*, Bibl. dr. privé, t. 108, LGDJ, 1970, préf. P. RAYNAUD.

⁴⁰³ Req., 17 juill. 1905, *D* 1906.1.72.

⁴⁰⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNES ET PH. STOFFEL-MUNCK, n° 729.

L'application de la règle *Nemo auditur* en droit libanais est controversée. La source du conflit réside dans le contenu de l'article 196 COC. Celui-ci évoquant le défaut de cause, sa fausseté et son illicéité sanctionne la cause et le contrat par leur inexistence et précise que : « Ce qui a été payé peut être répété ». On a pu alors écrire que ce texte exclut l'application de la règle *Nemo auditur* : la restitution pourra toujours intervenir. Plus particulièrement, elle aura lieu si la cause est illicite c'est-à-dire si elle est contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs et aux dispositions impératives de la loi, telle que définie à l'article 198 du même code ⁴⁰⁵. D'autres auteurs, au contraire, prônent l'application de la règle *Nemo auditur* notamment parce que la terminologie utilisée par l'article 196 : « peut être répété » révèle non pas une obligation mais une faculté laissée au pouvoir souverain du juge ⁴⁰⁶. Celui-ci pourra appliquer la règle *Nemo auditur* en dehors des cas de fausseté, illicéité ou défaut de cause. La controverse doctrinale est d'ailleurs accompagnée d'une controverse jurisprudentielle ⁴⁰⁷.

B- Atténuations au principe dans les rapports avec les tiers

160

En principe l'acte nul étant censé n'avoir jamais existé entre les parties, il n'a pu produire d'effets vis-à-vis des tiers : qu'une personne A vende un immeuble à une personne B, qui le revend par la suite à C, si le contrat entre A et B est annulé, B est censé n'avoir eu aucun droit sur l'immeuble, et en vertu de la règle *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*, il n'a pu transmettre valablement la propriété de l'immeuble à C. Cette solution est d'autant plus préjudiciable qu'elle nuit aux tiers de bonne comme de mauvaise foi, aussi, la loi et la jurisprudence lui apportent plusieurs tempéraments :

- en matière mobilière, les tiers de bonne foi peuvent se retrancher derrière la maxime « En fait de meubles, possession vaut titre » (art. 2279 C. civ. ; art. 306 al. 1 NCPC lib.) ;

- en matière immobilière, l'acquéreur est protégé par la prescription acquisitive qui est de dix à vingt ans pour le possesseur de bonne foi (art. 2265 C. civ.), et de trente pour le possesseur de mauvaise foi (art. 2262 C. civ.) ;

En droit libanais, la protection de l'acquéreur d'un bien immobilier ne passe pas par la prescription acquisitive. Celle-ci n'a pas de raison d'être dans un régime de publicité constitutive de droits. Dans un pareil régime, aucune perte de titres n'est à craindre car le titre de propriété n'est autre que l'inscription elle-même au registre, qui est destiné à demeurer toujours. Si la prescription ne peut pas être opposée aux droits inscrits eux-mêmes (art. 255 de l'arrêté 3339 du 12 novembre 1930 « relatif à la loi sur la propriété foncière »), en revanche, elle le sera s'agissant des droits non inscrits (art. 257 arrêté L 3339/1930 du 12 novembre 1930 relative à « la propriété foncière »). Le droit libanais admet toujours l'existence légale de certains droits avant leur inscription au registre foncier ⁴⁰⁸ ; tant qu'ils ne l'ont pas

⁴⁰⁵ G. SIOUFI n°224, 333 ; Gh. RABBAH, La règle *Nemo auditur*, *Al Adl* 1983, Doct. 24 et s spéc., 37.

⁴⁰⁶ Kh. JOREIGE, 274.

⁴⁰⁷ Sur l'exclusion de la règle ; Civ. lib. 26 juin 1957, *Rev. jud. lib.* 1957, 560 ; CA Beyrouth 1^{re} n°32, 31 mars 1943, *Rev. jud. lib.* 1945, 31 ; CA Beyrouth, 18 mars 1948, *Rev. jud. lib.* 1948, 522 ; 5 fév. 1962 *Rec. Baz* 1962 p 161. *Contra* : CA Beyrouth, 24 nov. 1960, *Rev. jud. lib.* 1960, 960 ; CA Beyrouth 3^e, 28 déc. 1949, *Rev. jud. lib.* 1949, 45 ; 29 juill. 1947, *Hatem*, vol 2, 31.

⁴⁰⁸ Cf B. TABBAH n°653, 410.

été, ils peuvent être atteints par la prescription acquisitive d'un occupant étranger. Ce délai varie selon qu'il a pour objet un bien *mulk*⁴⁰⁹ ou un bien *amirié*⁴¹⁰. Lorsque le bien est *mulk*, il est de quinze ans si le possesseur n'a pas de juste titre, et de cinq ans au cas contraire. Et s'il est *amirié*, ce délai est uniformément de dix ans, qu'il y ait ou non juste titre⁴¹¹.

- les actes d'administration passés avec des tiers de bonne foi subsistent. Ainsi, si A vend un immeuble à B, et que B le loue à C, la nullité du contrat entre A et B laisse subsister le bail au profit de C ;

- enfin, les tiers peuvent tenter de se retrancher derrière la maxime *Error communis facit jus* : leur contractant étant apparemment le véritable propriétaire, il a pu valablement leur transmettre la propriété du bien.

SECTION 3

**LES PROPOSITIONS EUROPEENNES
RELATIVES A LA SANCTION DES
CONDITIONS DE FORMATION**

161

Ces propositions présentent des traits communs (comme la volonté de maintenir le lien contractuel et celle de limiter l'intervention du juge), toutefois les solutions retenues par les principes du droit européen (§1) sont moins diversifiées que celles établies par le code européen des contrats (§2).

⁴⁰⁹ Le bien *mulk* est celui qui, étant situé à l'intérieur du périmètre des agglomérations bâties, tel qu'il est déterminé administrativement, est susceptible de pleine propriété.

⁴¹⁰ Les biens *amirié* sont ceux dont la *rakaba* ou « domaine éminent revient à l'Etat et qui peuvent faire l'objet d'un droit : le *tessarouf*. Celui-ci est le « droit d'user et de jouir d'un immeuble et d'en disposer dans les conditions et limites des lois et règlements en vigueur ».

⁴¹¹ v art. 256 et 257 arrêté 3339/1930.

§ 1 LES PRINCIPES DU DROIT EUROPEEN DES CONTRATS

162

Les principes du droit européens des contrats prévoient, comme sanction de la violation des conditions de formation, des nullités relatives et extrajudiciaires (A), mais surtout mettent en place des mécanismes de sauvetage du contrat (B).

A- Nullités relatives et extrajudiciaires

163

Absence de nullité absolue. Les principes du droit européens n'instaurent aucune nullité absolue, ils ne conçoivent que la nullité provoquée par la partie dont la volonté ne présente pas les qualités requises.

Annulation par notification. A l'inverse du droit français, l'annulation ne nécessite pas une action en Justice, elle se réalise par simple notification⁴¹². Toutefois, la compatibilité de cette règle avec le droit au juge est, pour certains ⁴¹³, douteuse ; ils invitent donc à l'aménager.

A l'heure actuelle, la seule condition encadrant cette notification est qu'elle doit être effectuée dans un délai raisonnable⁴¹⁴.

Effets pragmatiques. Si la cause d'annulation affecte l'ensemble du contrat, la nullité sera totale⁴¹⁵. Si la cause d'annulation ne concerne que certaines clauses, le principe est que l'annulation se limite à ces clauses⁴¹⁶. Ce principe vise à favoriser le maintien du lien contractuel. La formulation d'une règle sur cette délicate question constitue une avancée par rapport au droit français, qui a abandonné cette question à la sagacité des juges. Ce principe connaît une exception :

⁴¹² Art. 4 : 112 PDEC. Il a toutefois été souligné que, malgré ce principe : « l'intervention du juge sera souvent inévitable pour apprécier en cas de contestation, les conditions de l'annulation, par exemple, le caractère déterminant du vice », E. PUTMAN, in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, sous la direction de C. PRIETO, PUAM, 2003, n° 6, 291.

⁴¹³ Voir notamment la démonstration de E. PUTMAN, in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, sous la direction de C. PRIETO, PUAM, 2003, n° 1 et s, 291.

⁴¹⁴ Art. 4 : 113 PDEC.

⁴¹⁵ Art. 4 : 116 PDEC a contrario.

⁴¹⁶ Art. 4 : 116 PDEC.

l'annulation sera totale si, « eu égard aux circonstances », il est « déraisonnable » de maintenir le contrat⁴¹⁷.

L'annulation confère à chaque partie le droit de demander la restitution de ce qu'elle a fourni, mais ce droit est subordonné à une condition de réciprocité⁴¹⁸. Ainsi, une partie ne peut exiger la restitution que si elle rend ce qu'elle a reçu. Cette règle permet aux cocontractants de prendre conscience des complications liées aux restitutions et de les éviter s'il y a lieu. Le caractère rétroactif de la nullité n'est donc pas instauré comme principe, il n'est mis en œuvre que s'il apparaît adapté à la situation. Enfin, si la restitution en nature est impossible, elle aura lieu en argent : « par le paiement d'une somme raisonnable »⁴¹⁹. L'utilisation du terme raisonnable invite à ne pas procéder uniquement à une évaluation en valeur de la prestation en nature, mais à tenir compte d'autres éléments (par exemple, l'utilité procurée⁴²⁰).

Enfin, la victime peut obtenir des dommages et intérêts compensant le préjudice consécutif à l'annulation⁴²¹. Ce droit est ouvert quelle que soit la cause d'annulation, à partir du moment où l'autre contractant connaissait ou aurait dû connaître le vice affectant le contrat.

B- Mécanismes de sauvetage du contrat

164

Adaptation du contrat en cas d'erreur ⁴²². Lorsqu'une partie peut demander l'annulation pour erreur, l'autre partie peut décider d'exécuter le contrat comme la victime l'entendait. Cette réaction fait perdre à la victime le droit de provoquer l'annulation, mais cette perte peut être compensée par l'octroi de dommage et intérêt⁴²³. Cette disposition vise à sauvegarder le lien contractuel. Si elle est originale au regard du droit français, elle a été inspirée par les principes UNIDROIT ⁴²⁴ et paraît répondre au besoin de souplesse du monde des affaires.

Si l'erreur a été commise par les deux parties, le juge pourra « mettre le contrat en accord avec ce qui aurait pu raisonnablement être convenu » ⁴²⁵. Cette dernière possibilité s'est vue reconnaître le mérite⁴²⁶ d'inciter les parties à trouver un accord pour éviter l'intervention du juge. Toutefois, on peut douter du bien-fondé de permettre aux tribunaux de redéfinir le contenu d'un contrat dont l'existence repose sur deux volontés viciées (le résultat pourra être de faire produire des effets à un contrat auquel personne n'a valablement consenti et dont le contenu n'a pas été défini par les parties... !).

⁴¹⁷ Art 4 : 116 PDEC. Sur l'absence de précision qui caractérise la délimitation du champ d'application de l'exception, cf. M.-E. PANCRAZI, in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, sous la direction de C. PRIETO, PUAM, 2003, n° 5 et s, 299.

⁴¹⁸ Art. 4 :115 PDEC.

⁴¹⁹ Art. 4 :115 PEDC.

⁴²⁰ M.-E. PANCRAZI, in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, sous la direction de C. PRIETO, PUAM, 2003, n°5, 296.

⁴²¹ Art. 4 : 117 PEDC.

⁴²² Art. 4 :105 PEDC.

⁴²³ Art. 4 :117 PEDC

⁴²⁴ Principes UNIDROIT, art. 3.13.

⁴²⁵ Art 4 : 105, 3 PEDC.

⁴²⁶ J. CAYRON, in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, sous la direction de C. PRIETO, PUAM, 2003, n° 5, 257.

Confirmation. Le juriste français se retrouve ici en pays connu, l'article 4 : 114 prévoyant, pour la partie pouvant provoquer l'annulation, la possibilité de confirmer valablement le contrat après la disparition de la cause d'annulation. Ce mécanisme peut jouer quelle que soit la nature du défaut initial.

Réparation à défaut de mise en œuvre de la nullité. La partie en mesure de provoquer l'annulation et qui n'exerce pas ce droit pourra demander la réparation du préjudice que la cause d'annulation lui fait subir⁴²⁷. Les conditions de cette réparation sont un peu floues, par renvoi le texte semble exiger une faute de l'autre partie : la connaissance de la cause d'annulation (réelle ou supposée, quand elle correspond à un comportement normalement diligent)⁴²⁸. Cette interprétation est notamment justifiée par la nécessité de protéger l'autre contractant lorsque son comportement est irréprochable (par exemple dans l'hypothèse d'une erreur partagée sans négligence). Cependant, sur ce point, la formulation mériterait d'être améliorée.

§ 2 LE CODE EUROPEEN DES CONTRATS

165

Dans son recensement des « anomalies » du contrat, le code européen distingue⁴²⁹ l'inexistence (A) des nullités (B).

A- L'inexistence

166

Hypothèses ⁴³⁰. L'inexistence est la situation où le contrat ne naît pas car fait défaut un des éléments essentiels de sa définition. Ce principe est illustré par une série de quatre exemples : inexistence du contractant ou défaut de capacité, inexistence de l'objet, acceptation ne portant pas sur l'offre, absence de définition du contenu du contrat.

Effet : absence totale d'engagement contractuel ⁴³¹. Le concept même d'inexistence dicte les effets attachés à cette situation : l'absence totale d'engagement. Par conséquent, l'inexistence joue automatiquement (*ipso jure*). Ainsi, toute personne peut s'en prévaloir, elle n'est susceptible d'aucune

⁴²⁷ Art. 4 : 117, 2 PEDC.

⁴²⁸ Cf. la démonstration de M.-E. PANCRAZI, in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, sous la direction de C. PRIETO, PUAM, 2003, n°7, 304.

⁴²⁹ Sur l'importance attachée par les rédacteurs à cette distinction, cf. Code européen des contrats, Avant-projet, Livre premier, Coordinateur G. GANDOLFI, Dott. A. Guiffré editore, 2004, 395.

⁴³⁰ Art. 137 CEC.

⁴³¹ Art. 138 CEC.

prescription et d'aucune régularisation. Toutefois, pour plus de visibilité, il est admis qu'elle fasse l'objet d'une déclaration par tout sujet intéressé ou d'une constatation judiciaire.

En cas d'inexistence, la seule obligation reconnue est celle permettant aux parties d'exiger une restitution réciproque des prestations effectuées.

Régime étendu aux clauses réputées non écrites ⁴³². L'article 139 du code européen des contrats rend applicable les effets de l'inexistence aux clauses du contrat réputées non écrites, baptisant joliment cette extension « caviardage »⁴³³.

B- Les nullités

167

1. Degré

168

La nullité. Cette solution rigoureuse concerne les contrats contraires à l'ordre public ou à une norme impérative applicable (de source européenne ou nationale) et les contrats auxquels fait défaut un élément requis sous peine de nullité (quelle que soit l'origine de cette exigence) ⁴³⁴. La nullité se produit automatiquement ⁴³⁵. Toutefois, la partie qui entend s'en prévaloir doit la relever par déclaration adressée à l'autre partie. Elle peut également demander une constatation judiciaire, mais celle-ci ne peut être sollicitée que postérieurement à la déclaration (l'écoulement d'un certain délai après la réception de cette déclaration est imposé pour permettre aux parties de régler la difficulté de façon extrajudiciaire). La nullité se prescrit par dix ans à partir de la conclusion du contrat.

L'annulabilité. Cette sanction peut être sollicitée en cas d'incapacité, de vice du consentement ou si la loi le prévoit expressément ⁴³⁶. L'annulation n'est pas automatique et elle ne peut être mise en œuvre que par le contractant concerné par la cause d'annulabilité⁴³⁷. L'annulation est réalisée par simple déclaration adressée à l'autre partie. En cas de contestation, une action judiciaire peut être entreprise, mais après l'écoulement d'un certain délai suivant la réception de la déclaration afin d'inviter les parties à régler elles-mêmes la difficulté. L'annulation se prescrit par trois ans à partir du jour où cesse sa cause. Toutefois, toute personne intéressée peut intimer au contractant concerné de déclarer, dans un délai non inférieur à soixante jours, s'il compte ou non procéder à l'annulation (l'écoulement de ce délai vaut renonciation).

Distinction. La distinction entre la nullité et l'annulabilité obéit à un critère proche de celui qui départage en droit français la nullité absolue et la nullité relative. En effet, les conditions de mise en œuvre de l'annulabilité révèle que cette anomalie est perçue comme moins grave puisque le sort du contrat est abandonné à

⁴³² Art. 139 CEC.

⁴³³ Cette solution et sa formulation ont été suggérée par Carbonnier, cf. Code européen des contrats, Avant-projet, Livre premier, Coordinateur G. GANDOLFI, Dott. A. Guiffre éditeur, 2004, 396.

⁴³⁴ Art. 140 CEC.

⁴³⁵ Art. 141 CEC.

⁴³⁶ Art. 146 CEC.

⁴³⁷ Art. 148 CEC.

l'appréciation discrétionnaire du cocontractant lésé. Cette situation s'apparente à la protection d'un intérêt particulier, la nullité tendant à protéger un intérêt général. Toutefois, et il s'agit d'un avantage certain, ce critère n'a dans le code européen qu'une valeur explicative car le domaine des deux sanctions instaurées est clairement délimité (la liste des cas d'annulabilité étant exhaustive).

Point commun : le caractère extrajudiciaire. Ces deux sanctions des conditions de formation se réalisent en principe sans intervention du juge. La volonté de promouvoir des solutions extrajudiciaires est très prononcée⁴³⁸. En effet, les textes ne se contentent pas d'admettre la réalisation de la sanction en dehors de toute décision de Justice ; afin de favoriser l'accord des parties, ils imposent l'écoulement d'un certain délai avant de pouvoir saisir le juge.

2. Effets

169

Portée. Le résultat final est, en principe, le même pour la nullité et l'annulation : le contrat est censé n'avoir jamais existé. Toutefois, la formulation diffère : « la nullité détermine l'absence dès l'origine de quelque effet que ce soit sur le plan contractuel »⁴³⁹ et « l'annulation anéantit le contrat avec effet rétroactif »⁴⁴⁰. Cette différence résulte de la distinction initiale entre les deux notions : la nullité étant automatique (donc initiale) et l'annulation devant être mise en œuvre par le cocontractant concerné (donc nécessairement postérieure à la naissance du contrat). Ces deux sanctions obligent les parties à une restitution réciproque des prestations reçues⁴⁴¹.

L'annulation fait l'objet de deux règles propres⁴⁴². En premier lieu, le caractère rétroactif peut être écarté si les restitutions sont impossibles ou excessivement onéreuses. Dans cette hypothèse, l'annulation ne prend effet qu'à compter de la réception de la déclaration. En deuxième lieu, l'annulation ouvre droit à la réparation du préjudice subi.

Etendue. Le code européen des contrats a expressément réglé les hypothèses où l'anomalie ne frappe qu'une clause ou qu'une partie du contrat. Le principe est alors que la nullité et l'annulation sont partielles⁴⁴³, le reste du contrat est donc valable. Cette règle est insérée dans une limite logique : il est nécessaire que la partie du contrat conservée ait une consistance. Ces solutions sont identiques à celles retenues par les principes européens, elles ont également pour but de maintenir les liens contractuels et économiques entre les contractants⁴⁴⁴.

⁴³⁸ Cf. Code européen des contrats, Avant-projet, Livre premier, Coordinateur G. GANDOLFI, Dott. A. Guiffre editore, 2004, 394.

⁴³⁹ Art. 141. 1 CEC.

⁴⁴⁰ Art. 147. 1 CEC.

⁴⁴¹ Art. 141 et 147 CEC renvoyant tout deux au même texte (art. 160), établissant le régime des restitutions.

⁴⁴² Respectivement points 2 et 3, art. 147 CEC.

⁴⁴³ Respectivement art. 144 et 146.3 CEC.

⁴⁴⁴ Cf. Code européen des contrats, Avant-projet, Livre premier, Coordinateur G. GANDOLFI, Dott. A. Guiffre editore, 2004, 330.

3. Mécanismes de sauvetage du contrat

170

Confirmation du contrat. La confirmation du contrat est possible si l'anomalie disparaît ou est corrigée. Si ce mécanisme est connu du droit français, l'étendue de son domaine surprend. Seuls les contrats contraires à l'ordre public sont insusceptibles de confirmation. Dans toutes les autres hypothèses, le contrat peut donc être sauvé par l'accord des parties en cas de nullité et en cas d'annulabilité par la seule volonté de la partie concernée par l'anomalie⁴⁴⁵.

Adaptation du contrat. Afin de maintenir le lien contractuel, l'article 145 du code européen des contrats prévoit la conversion du contrat nul en un autre contrat valable qui permet de réaliser de façon raisonnable le but poursuivi par les parties. Cette conversion se produit automatiquement si les éléments de fond et de forme du nouveau contrat se trouvent dans le contrat initial. Toutefois, la partie qui entend s'en prévaloir doit adresser à l'autre une déclaration dans un délai de trois ans à partir de la conclusion du contrat.

De même, l'annulation du contrat est exclue si le contractant auquel est adressé la déclaration d'annulation s'engage à exécuter le contrat selon les modalités auxquelles le déclarant entendait conclure son engagement ⁴⁴⁶.

Ces deux mécanismes qui préservent l'existence d'un lien contractuel peuvent surprendre le juriste français ⁴⁴⁷, mais ils semblent adaptés aux préoccupations du monde des affaires et présentent le mérite de ne pas faire intervenir le juge pour redéfinir le contenu du contrat (comme le prévoient les principes européens en cas d'erreur commise par les deux parties).

⁴⁴⁵ Respectivement art. 143 et 149 CEC.

⁴⁴⁶ Art. 149 CEC.

⁴⁴⁷ Toutefois, la conversion n'est pas originale, elle est déjà admise par le BDG et les codes italien, hellénique, portugais et hollandais. Au regard du droit français, c'est son érection en principe qui est une innovation, mais de façon ponctuelle, le juge l'a déjà utilisé par le biais de la requalification.

SOUS-TITRE II**EFFETS DU CONTRAT**

171

On distingue force obligatoire (chapitre 1) et effet relatif (chapitre 2).

CHAPITRE PREMIER

LA FORCE OBLIGATOIRE

DU CONTRAT

172

Plan. L'article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil dispose que « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »⁴⁴⁸. Dans des termes identiques, l'article 221 alinéa 1^{er} COC énonce : « Les conventions régulièrement formées obligent ceux qui y ont été parties ». Ces articles sont le siège du principe de la force obligatoire des conventions⁴⁴⁹. Ce principe s'impose avant tout aux parties (section 1), mais également au juge (section 2). Il a aussi été adopté par les propositions européennes (section 3).

SECTION 1

LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT

ENTRE LES PARTIES

173

Plan. En vertu de ce principe de force obligatoire des conventions, le contrat est irrévocable (§ 1) et doit être exécuté de bonne foi (§ 2). Mais ce principe se complique lorsque les parties ont caché leur volonté réelle derrière une volonté apparente, car il faut alors protéger les tiers : c'est la simulation (§ 3).

⁴⁴⁸ Cf. la présentation originale de P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, 771 et s., qui distingue entre contenu obligationnel du contrat (création d'obligations) et force obligatoire (création d'une norme juridique contractuelle).

⁴⁴⁹ C. JAMIN, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *D* 2002, 901 et s.

§ 1 L'IRRÉVOCABILITÉ DU CONTRAT

174

Les conventions « tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », « obligent ceux qui y ont été parties »⁴⁵⁰ : la comparaison, même si elle est critiquable, montre la force du contrat sur lequel les parties ne peuvent revenir. Il en est de même, en principe, des juges⁴⁵¹ qui ne peuvent modifier le contrat hors de la volonté des contractants⁴⁵².

L'irrévocabilité du contrat connaît quatre tempéraments :

- le contrat peut être révoqué du « consentement mutuel des parties » (art. 1134 al. 2 C. civ.) : on parle de *mutuus dissensus*⁴⁵³.

Cette règle bien qu'elle ne soit pas expressément consacrée par le Code libanais, est expressément retenue par la jurisprudence libanaise⁴⁵⁴. Cette révocation obéit au droit commun des contrats. Elle peut être expresse ou tacite et dans ce dernier cas résulter des faits ou dires des parties intéressées⁴⁵⁵. Les parties peuvent définir elles-mêmes son étendue : révoquer le contrat pour l'avenir (résiliation conventionnelle) ou l'anéantir rétroactivement ;

- le législateur permet parfois à une partie de résilier unilatéralement le contrat. Tel est le cas dans les contrats à durée indéterminée pour éviter qu'une personne soit liée par un engagement perpétuel : le salarié ou l'employeur peuvent rompre unilatéralement le contrat de travail (art. L 122-4 et s. C. trav. fr. ; art 50 – a de la loi libanaise du 23 septembre 1946 relative au droit du travail). La loi permet également la révocation de certains contrats à durée déterminée, lorsque la confiance qu'ils impliquaient a disparu : mandat (art. 2003 C. civ. ; art. 808 COC), prêt (art. 1944 C. civ. ; art. 701 al. 2 COC). Enfin, exceptionnellement, le législateur peut accorder à une partie la faculté de revenir sur un engagement en lui offrant un délai de rétractation (exemples, non exhaustifs : art. 3 de la loi française du 22 déc. 1972 sur le démarchage et la vente à domicile aujourd'hui art. L 121-25 C. consom. fr. : « Dans les sept jours, jours fériés compris, à compter de la commande ou de l'engagement d'achat, le client a la faculté d'y renoncer par lettre recommandée avec accusé de réception » ; art. 55 de la loi libanaise 659 du 4 février 2005 relative à la protection du consommateur : « le consommateur a la

⁴⁵⁰ Les conventions produisent valablement cet effet, même si elles ne satisfont pas au droit de timbre imposé par la loi : Civ. 1^{re} lib, n°107, 24 nov. 2000, *Bull. civ. Sader* 2000, 227; Civ. 3^e lib., n°57, 6 nov. 1991, *Rev. jud. lib* 1990-1991, 687.

⁴⁵¹ Civ. 4^e lib, n°13, 26 mars 2002, *Bull. civ. Sader* 2002, 283.

⁴⁵² Civ. 1^e lib, n°58, 27 avril 1999, *Bull. civ. Sader* 1999, 118; n°21, 16 juillet 1991, *Rec. Baz*, 149 et s spéc. 151.

⁴⁵³ R. VATINET, « Le *mutuus dissensus* », *RTD civ.* 1987, 252.

⁴⁵⁴ CA Mont-liban 1^{re}, n°124, 15 oct. 1997 *Al Adl* 1999, J., 67 qui utilise la terminologie latine.

⁴⁵⁵ Civ. 4^e lib., n°30, 3 nov. 1999, *Al Adl* 2000, J., 199.

faculté de renoncer à l'achat de la marchandise, sa location ou au bénéfice du service dans un délai de dix jours à compter de la date du contrat s'agissant les services et la date de livraison s'agissant la marchandise » ; art. L 271-1 du CCH fr. issu de la loi française du 13 décembre 2000 qui prévoit également un délai de rétractation de sept jours après la conclusion d'un contrat pour l'acquisition ou la construction d'un immeuble d'habitation) ;

- plusieurs stipulations contractuelles peuvent être prévues pour permettre à une partie ou aux deux de se désengager : une clause de résiliation dans un contrat à exécution successive (exemple : dans le contrat de bail) ; une clause de dédit, qui permet à une partie, généralement moyennant le versement d'une indemnité, de se délier (exemple : vente avec arrhes, prévue par l'art. 1590 C. civ.)⁴⁵⁶ ;

- une jurisprudence récente a précisé que la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, que le contrat soit à durée déterminée ou non⁴⁵⁷. S'il apparaît par la suite que la résiliation unilatérale n'était pas justifiée, l'auteur de la rupture pourra être condamné envers son ex-contractant au versement de dommages et intérêts. Ce droit de résiliation unilatérale par le créancier sous le contrôle du juge est admis par l'avant-projet Catala en cas d'inexécution de son obligation par le débiteur. Le débiteur peut être mis en demeure d'exécuter dans un délai raisonnable et si l'inexécution persiste, le créancier pourra lui notifier sa décision de tenir le contrat pour résolu (art. 1158). Le débiteur peut contester en justice cette résolution unilatérale s'il considère que le manquement qui lui est reproché ne la justifie pas (art. 1158-1).

La faculté de la résiliation unilatérale est expressément admise en droit libanais sous réserve de l'abus. En effet, l'article 248 COC dispose que : « L'auteur de la résiliation s'expose à des dommages – intérêts en faisant de la faculté de désistement un usage abusif c'est-à-dire en l'exerçant contrairement à l'esprit de la loi ou du contrat ». Il en résulte que si la faculté de résiliation est reconnue à tout contractant, seule la résiliation régulière doit être exercée sous peine de dédommagement. La faculté de résiliation doit être distinguée du droit de résiliation qui trouve sa source dans le contrat ou dans la loi (art. 246 al. 1 COC).

⁴⁵⁶ Il est parfois difficile de différencier vente avec arrhes et versement d'un acompte s'imputant sur le prix. Pour protéger le consommateur, l'art. 3-1 de la loi du 18 janv. 1992 présume, dans un contrat entre un professionnel et un consommateur, que les sommes versées sont des arrhes, permettant ainsi à chaque partie de se délier, le consommateur en perdant les arrhes, le professionnel en les versant au double (art. L 114-1 C. consom.).

⁴⁵⁷ Civ. 1^{re}, 20 fév. 2001, *D*2001, 705 note C. JAMIN, *RTDciv.* 2001, 363, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

§ 2 L'EXÉCUTION DE BONNE FOI DU CONTRAT

175

Cette exigence formulée par l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, et par l'article 221 alinéa 1 du Code des obligations longtemps négligée par les auteurs et les tribunaux constitue aujourd'hui « un principe en expansion »⁴⁵⁸. Si la bonne foi paraît un principe vague qui inspire ou pourrait inspirer bon nombre de règles du droit des obligations, la jurisprudence a utilisé ce texte pour imposer aux contractants des devoirs précis :

- une partie ne peut invoquer abusivement une clause du contrat. Les décisions les plus abondantes concernent la clause résolutoire : les juges refusent de prononcer la résiliation si la clause n'est pas invoquée de bonne foi⁴⁵⁹ ;

- les deux parties doivent exécuter loyalement le contrat voire coopérer à l'exécution du contrat⁴⁶⁰. La solution s'impose au sein d'une partie plurale à un contrat conjonctif⁴⁶¹, mais les tribunaux l'ont même décidé entre parties⁴⁶². L'exécution de bonne foi des contrats a également été invoquée pour obliger une des parties à renégocier un contrat devenu déséquilibré en raison d'un bouleversement des circonstances économiques (cf. *infra*).

Le Code libanais ne limite pas l'exécution du contrat à la bonne foi. L'article 221 alinéa 2 COC énonce : « Elles [les conventions] doivent être comprises, interprétées et exécutées conformément à la bonne foi, à l'équité et aux usages » (comp. art. 1135 C.civ., *infra*, n° 184). Est-ce à dire que la bonne foi des parties n'est pas le critère exclusif d'appréciation de la bonne exécution du contrat ? La bonne foi, l'équité et les usages⁴⁶³ participent-ils à une appréciation plus globale ? L'utilisation par l'article du terme « doivent » laisse entendre que cette appréciation

⁴⁵⁸ Ph. MALAURIE, L. AYNES ET PH. STOFFEL-MUNCK, n° 763.

⁴⁵⁹ Exemple : Civ. 3^e, 6 juin 1984, *Bull. civ.*, n° 111 (clause invoquée par un bailleur pendant les vacances du locataire : prise en compte de la mauvaise foi du créancier). Comp. Civ. 3^e, 13 avr. 1988, *D* 1989.334, note J.-L. AUBERT, où c'est plutôt la bonne foi du débiteur qui est prise en compte (clause invoquée par un bailleur au motif que le locataire ne lui a pas envoyé l'attestation d'assurance alors qu'il était bien assuré). *Ad.* : F. OSMAN, « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire », *Deffrénois* 1993.65.

⁴⁶⁰ Y. PICOD, « Obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP* 1988.1.3318. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *Bibl. dr. privé*, t. 208, LGDJ, 1988, préf. G. COUTURIER.

⁴⁶¹ Exemple (contrat d'entreprise conjonctif) : Com., 13 juin 1977, *Bull. civ.*, n° 165 : « les usages veulent en matière de construction de chalutier, qu'une concertation s'instaure entre le constructeur de la coque, le fournisseur du moteur et l'armateur afin de déterminer la puissance réelle que doit absorber l'hélice en fonction des performances promise ». *Ad.* R. CABRILLAC, *op. cit.*, n°s 429 et s.

⁴⁶² Paris, 26 juin 1985, *RTD civ.* 1986.102 (l'acquéreur est tenu de collaborer à l'installation d'un système informatique avec son vendeur) ; Soc., 25 févr. 1992, *D* 1992.390, note DESFOSSEZ (l'employeur a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois).

⁴⁶³ L'existence de l'usage est une question de fait soumise à ce titre à l'appréciation souveraine des juges du fond : Civ. 2^e lib., n°80, 9 nov. 1999, *Bull. civ. Sader* 1999, 368.

globale est impérative; elle s'imposerait au juge. Ce qui signifierait que le juge ne peut appréhender le contrat sous l'angle de la seule notion de bonne foi mais qu'il doit tenir compte des notions de l'équité et des usages. Il n'en est rien. La Cour de cassation considère que les usages sont évoqués à titre subsidiaire et à défaut de texte; en aucun cas, ils ne sauraient se substituer à un texte de loi ni à la volonté des parties telle qu'exprimée dans le contrat ⁴⁶⁴. Cela d'autant plus, que le juge ne peut, à l'origine, procéder à la "compréhension" ni à « l'interprétation » lorsque les dispositions contractuelles sont claires et non ambiguës ⁴⁶⁵.

§ 3 LA SIMULATION

176

Notion de simulation ⁴⁶⁶. La force obligatoire du contrat entre les parties se trouve compliquée en cas de simulation, c'est-à-dire lorsqu'un acte apparent cache leur volonté réelle qui s'est manifestée dans un acte secret (ou contre-lettre) : on se trouve alors en présence de deux conventions, l'une qui correspond à la véritable volonté des parties, mais qui est secrète, et l'autre qui est mensongère, mais qui apparaît aux yeux des tiers.

Cette simulation peut porter sur la nature même du contrat (exemple : donation, acte secret, déguisée derrière une vente, acte apparent), sur l'objet du contrat (exemple : dissimulation d'une partie du prix : l'acte apparent porte un prix de 800 000 euros et l'acte secret 1 000 000 euros), ou sur les parties (exemple : une personne A apparaît comme partie à un contrat avec B alors qu'elle n'est qu'un prête-nom de C). La simulation, souverainement constatée par les juges du fond ⁴⁶⁷, n'est pas en soi, constitutive d'une cause de nullité du contrat ⁴⁶⁸. Au contraire, la simulation s'explique souvent par une volonté de fraude fiscale, de fraude aux droits des créanciers ⁴⁶⁹ ou des héritiers réservataires, elle peut poursuivre un but licite (exemple : une personne veut faire une donation à une œuvre en gardant l'anonymat, se cachant derrière un prête-nom). Quelles que soient les formes ou les motifs de la simulation, quel acte a force obligatoire ? Il faut distinguer la situation des parties (A) et celle des tiers (B).

⁴⁶⁴ Sur le refus de modifier le prix contractuel par référence à l'équité et aux usages : Civ. 1^{re} lib., n°37, 11 mars 1999, *Bull. civ. Sader* 1999, 77.

⁴⁶⁵ Civ. 4^e lib., n°19, 14 juin 1994, *Rev. jud. lib.* 1994/2, 856.

⁴⁶⁶ M. DAGOT, *La simulation en droit privé*, Bibl. dr. privé, t. 73, LGDJ, 1967, préf. P. HEBRAUD.

⁴⁶⁷ Civ. 9^e lib., n°105, 29 déc. 2005, *Rev. Cassandre* 2005/12, 2196. Par conséquent, l'action en simulation ne peut être intentée devant le juge des référés : Civ. 5^e lib., n°145, 23 oct. 2003, *Rev. Cassandre* 2003/10, 1398.

⁴⁶⁸ Civ. 9^e lib., n°90, 29 nov. 2005, *Rev. Cassandre* 2005/11, 1969 et s, spéc. 1973; Civ. 4^e lib., n°4, 15 fév. 1994, *Rev. jud. lib.* 1994, 477.

⁴⁶⁹ exemple : CA Mont-Liban 3^e, n°134, 13 nov. 2003, *Rev. Cassandre* 2003/11, 1663.

A- Les effets de la simulation entre les parties

177

Principe. Entre les parties, c'est en principe l'acte secret qui prévaut (cf. art. 1321 C. civ.) et cela même si le contrat apparent est un acte authentique⁴⁷⁰ sous réserve qu'il remplisse toutes les conditions de fond qui lui sont propres et respecte les conditions de forme de l'acte apparent. Par exemple, la donation (acte secret) déguisée derrière une vente (acte apparent) doit obéir aux règles de fond régissant la donation (incapacités spécifiques, rapport, réduction...) et peut se contenter de respecter les règles de forme de la vente (un acte notarié n'est pas nécessaire). Sont assimilés aux parties les ayants cause universels ou à titre universels et les créanciers qui agissent par la voie oblique⁴⁷¹. L'article 155 NCPC libanais évoquant les effets des documents simulés modifiant le contenu d'un acte authentique ou sous seing privé, limite ces effets aux « contractants et à leurs ayants cause universels ».

Encore faut-il pour que s'applique ce principe que l'acte secret soit prouvé. Si l'acte apparent a été passé par écrit, conformément à l'article 1341 du Code civil (rapp art. 254 al 2 NCPC lib.) qui dispose que l'on ne doit prouver contre un écrit que par écrit, l'acte secret doit être prouvé par écrit⁴⁷². Si l'acte apparent n'a pas été passé par écrit, l'acte secret peut être prouvé par tout moyen.

178

Exception. Le législateur intervient parfois pour faire échec à une simulation frauduleuse.

Le droit fiscal déclare nulles les contre-lettres stipulant un supplément de prix secret dans les cessions d'offices ministériels, les ventes d'immeubles ou de fonds de commerce (art. 1840 CGI). La fonction dissuasive de cette règle est évidente : le vendeur ne peut réclamer en justice le supplément de prix dissimulé, et l'acheteur qui l'a payé peut se le faire restituer. D'autre part, le fisc s'est réservé un droit de préemption qui lui permet de se porter acquéreur pour le prix figurant dans l'acte apparent majoré de 10 % (art. 668 CGI).

Des solutions similaires prévalent en droit libanais, lorsque le contrat à titre onéreux, cache en réalité une donation dépassant les limites de la quotité disponible du donateur (cf. art. 512 COC). Par exemple un contrat de vente entre un père et ses seuls fils, ayant pour effet de priver ses filles de la part réservataire qui leur revient de sa succession⁴⁷³.

Le droit civil annule parfois l'acte apparent et l'acte secret : par exemple, une donation à une personne incapable de la recevoir déguisée sous un contrat à titre onéreux ou réalisée par personne interposée est nulle (art. 911 C. civ.).

⁴⁷⁰ Civ. 1^{re} lib. n°54, 31 juillet 2002, *Bull. civ. Sader* 2002, 111 et s., spéc., 116.

⁴⁷¹ Civ. 1^{re}, 12 oct. 1982, *Bull. civ.*, n° 284.

⁴⁷² CA Liban-Sud 1^{re}, n°62, 14 mai 1990, *Rev. jud. lib.* 1990/1991, 447.

⁴⁷³ CA Mont-Liban 3^e, n°117, 29 sept. 2004, *Al Adl* 2005, J., 586. En outre, la Cour se prononce pour la soumission des donations à la quotité disponible en matière de succession conformément aux articles 66 et 68 de la loi lib. du 23 juin 1959 relative à la succession et testament des non musulmans.

Prescription. La question se pose de savoir si l'action en déclaration de simulation est soumise ou non à la prescription ? On a pu écrire que la prescription ne joue pas en cas de simulation absolue c'est-à-dire au cas où l'acte apparent n'existe pas ⁴⁷⁴. Toutefois, la jurisprudence soumet l'action à la prescription décennale de l'article 349 COC conformément aux termes généraux de l'article 344 COC qui énonce que : « Les obligations s'éteignent par l'inertie du créancier qui s'est abstenu de faire valoir ses droits pendant un certain laps de temps » ⁴⁷⁵. Personnellement, nous penchons vers cette opinion dans la mesure où souvent la simulation couvre une fraude, il serait alors fâcheux de laisser vivre une fraude sous prétexte de l'inexistence du contrat apparent.

B- Les effets de la simulation vis-à-vis des tiers

179

En principe, « les contre-lettres [...] n'ont point d'effet contre les tiers » (art. 1321 C. civ.), créanciers chirographaires des parties ou ayants cause à titre particulier. Par exemple, une personne a conclu une vente fictive d'un bien immobilier, cette vente étant niée dans un acte secret : les créanciers de l'acquéreur peuvent se prévaloir de l'acte apparent et opérer la saisie de cet immeuble. De même, si le propriétaire d'un immeuble conclut avec son locataire un bail apparent prévoyant un loyer plus élevé puis un acte secret fixant le vrai montant du bail dans le but d'obtenir un prix de vente plus important, l'acquéreur ne peut se voir opposer par le locataire l'acte secret.

Interprétant l'article 1321 du code civil *a contrario*, la jurisprudence considère que si les parties ne peuvent pas se prévaloir de l'acte secret vis-à-vis des tiers, ceux-ci peuvent s'en prévaloir vis-à-vis des parties s'ils y ont intérêt : par exemple, les créanciers d'un vendeur peuvent se prévaloir du caractère fictif de la vente pour saisir l'immeuble de leur débiteur. La possibilité pour les tiers de se prévaloir de l'acte secret vis-à-vis des contrats est expressément admise par l'article 156 NCPC libanais énonçant que : « Les créanciers des contractants et leurs ayants cause universels peuvent prouver par tous moyens la simulation d'un titre apparent lorsqu'il a été rédigé frauduleusement afin de leur porter préjudice » ⁴⁷⁶. Il en résulte que la réussite de l'action en déclaration de simulation nécessite à la charge de celui qui l'allègue ⁴⁷⁷ la preuve : de la simulation, du caractère frauduleux de l'acte, du préjudice et du lien de causalité. Les tiers voulant se prévaloir de l'acte secret devront intenter une action en déclaration de simulation, la preuve de l'acte secret pouvant être établie par tout moyen, solution conforme au droit commun puisque cet acte est pour eux un fait juridique ⁴⁷⁸.

Cette action peut être intentée à l'encontre du prête-nom et du bénéficiaire véritable dans la mesure où la simulation si elle n'a pas pour effet d'annuler les contrats valables, elle ne peut non plus rendre valable un acte nul à l'origine ⁴⁷⁹.

⁴⁷⁴ I. NAJJAR, Simulation absolue et simulation relative dans la jurisprudence libanaise, *Al Adl* 1984, Doct. 371 et s.

⁴⁷⁵ CA Mont-Liban, arrêt n°145, 12 mai 1972, *Al Adl* 1973, J., 97 ; CA Beyourth 25 avril 1974, *Al Adl* 1975, J., 412.

⁴⁷⁶ TPI Liban-Nord 2^e, n°198, 30 mai 1996, *Rev. jud. lib.* 1996, 686.

⁴⁷⁷ Civ. 4^e lib., n°4, 15 fév. 1994, *Rev. jud. lib.* 1994, 477.

⁴⁷⁸ Com., 30 juin 1980, *Bull. civ.*, n° 279.

⁴⁷⁹ CA Mont-Liban 1^{re}, n°124, 15 oct. 1997, *Al Adl* 1999, J., 67 et s., spéc., 70.

Par conséquent, le vendeur qui a contracté avec un prête-nom peut réclamer le prix au bénéficiaire véritable ⁴⁸⁰.

Une difficulté peut naître d'un conflit entre deux catégories de tiers, les uns se prévalant de l'acte apparent, les autres de l'acte secret. Par exemple, une personne A consent une donation à une personne B, donation déguisée derrière une vente. Les créanciers de A ayant intérêt à se prévaloir de la vente et ceux de B de la donation, qui privilégier ? La jurisprudence a tranché en faveur des tiers se prévalant de l'acte apparent ⁴⁸¹.

SECTION 2

LA FORCE OBLIGATOIRE

DU CONTRAT VIS-À-VIS DU JUGE

180

Même si l'on a pu relever que le juge n'hésitait pas à rogner la force obligatoire des conventions (cf. *supra* n° 25), ce principe ne s'impose pas moins à lui tant dans l'interprétation du contrat (§ 1) que dans l'impossibilité de le modifier, comme le veut la théorie de l'imprévision (§ 2).

§ 1 L'INTERPRÉTATION DU CONTRAT

181

À l'interprétation de clauses obscures ou contradictoires (A) s'ajoute la « découverte » par le juge de nouvelles obligations (B).

A- Interprétation de clauses obscures ou contradictoires

182

Qui peut les interpréter ? L'interprétation du contrat est-elle une question de droit sur laquelle la Cour de cassation peut se prononcer, ou une question de fait, dont l'appréciation relève du pouvoir souverain des juges du fond ? Très tôt, la

⁴⁸⁰ TPI Beyrouth 5^e, n°234, 24 juin 2004, *Al Adl* 2005, J., 642.

⁴⁸¹ Civ. 25 avr. 1939, *DP* 1940.1.12, note GL ; *Grands arrêts*, t. 2, n° 167.

Cour de cassation s'est prononcée pour cette seconde solution ⁴⁸², sous réserve de quelques atténuations :

- la Cour de cassation se reconnaît le pouvoir de censurer les juges du fond qui auraient dénaturé une clause claire et précise ⁴⁸³. Cela est exact d'autant plus que l'article 708-8 NCPC libanais permet à la haute Cour d'exercer son contrôle en cas de « dénaturation du contenu des documents », c'est-à-dire, lorsque la Cour d'appel retient des faits différents ou contraires à ceux qui sont constatés dans lesdits documents. De même, la haute Cour peut contrôler l'interprétation des juges du fond lorsque ces derniers retiennent une fausse qualification juridique du contrat ⁴⁸⁴ ou, sous prétexte de l'interprétation, violent les règles de preuve. Ainsi en est-il lorsque le juge retient comme moyen de preuve, un écrit non signé par les parties ou lorsqu'il se fonde sur des preuves ou présomptions sans rapport avec le contrat et contre son contenu, dans ce cas, le juge ne procède pas à l'interprétation de la volonté mais, sous prétexte d'interprétation, il admet la preuve contre l'écrit par des moyens de preuve interdits par la loi.

- il semble également que dans un souci d'unification, la Cour de cassation se réserve l'interprétation des contrats types ou des contrats standardisés reproduits en de très nombreux exemplaires ⁴⁸⁵.

183

Comment les interpréter ? Le Code civil dans ses articles 1156 à 1164 fournit un guide d'interprétation, empreint de bon sens, qui n'a pas un caractère impératif ⁴⁸⁶. Le Code libanais procède de la même manière dans ses articles 366 à 371. L'idée dominante est qu'il faut « rechercher la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes » (art. 1156 C. civ.). Dans des termes identiques, l'article 366 COC énonce que : « Le juge doit, dans les actes juridiques, s'enquérir de la véritable intention de celui qui s'est engagé ou de la commune intention des parties, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes » ⁴⁸⁷. Pour cela, le juge peut se fonder sur tout un faisceau d'indices : les termes du contrat, le comportement antérieur ou même postérieur ⁴⁸⁸

⁴⁸² Cass. sect. réunies, 2 févr. 1808, *Grands arrêts*, t. 2, n° 159 ; Civ. 2^e lib., n°4, 16 janv. 2006, *Al Adl* 2006/2, J., 638.

⁴⁸³ Depuis Civ. 15 avr. 1872, *DP* 1872.1.176 ; *S* 1872.1.232 ; *Grands arrêts*, t. 2, n° 160 (viole l'art. 1134 C. civ. l'arrêt qui oblige l'employeur à payer une prime aux salariés, alors que le règlement intérieur la déclarait facultative). *Ad.* : Com., 27 mars 1990, *D* 1991.289, note F.-X. TESTU ; *Defrénois* 1991.610, obs. A. HONORAT ; *RTD civ.* 1991.112, obs. J. MESTRE (viole l'art. 1134 C. civ. l'arrêt qui décide en présence d'une clause d'indivisibilité que la nullité d'une clause d'indexation illicite ne s'étend pas au contrat entier) ; En ce sens : Civ. 8^e lib., n°30, 16 avril, *Bull. civ. Sader* 1998, 786 et s. spéc., 789.

⁴⁸⁴ Civ. 1^{re} lib., n°69, 12 déc. 2002, *Bull. civ. Sader* 2002, 130.

⁴⁸⁵ Depuis Civ. 3 juin et 9 juill. 1930, 14 janv. 1931, *D* 1931.1.5 concl. MATTER, note R. SAVATIER (contrat d'émission d'obligations). *Ad.* : Ass. plén., 13 déc. 1974, *JCP* 1975.II.18017, rapp. LEMERCIER (clause de contrat d'assurance automobile) ; Ass. plén., 6 févr. 1976, *JCP* 1976.II.14481, note H. GROUDEL (interprétation d'une convention collective). Comp. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, n° 435, qui considèrent que la jurisprudence a abandonné ce contrôle.

⁴⁸⁶ Sa méconnaissance ne saurait, à elle seule, donner lieu à ouverture à cassation (Civ. 1^{re}, 6 mars 1979, *Bull. civ.*, n° 81). *Ad.* : J. DUPICHOT, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du "Petit guide-âne des art. 1156 à 1164" », *Mélanges J. FLOUR*, 1979.179.

⁴⁸⁷ Civ. 1^{re} lib., n°93, 17 juin 2004, *Rev. Cassandre* 2004/6, 906 n°8 ; Civ. 4^e lib., n°113, 17 oct. 2004, *Rev. Cassandre* 2005/10 p 177. De même, les juges ne sont pas liés par la qualification juridique : CA Mont-liban 6^e, n°349, 20 nov. 2003, *Rev. Cassandre* 2003/11, 1651.

⁴⁸⁸ Civ. 1^{re}, 13 déc. 1988, *Bull. civ.*, n° 352.

des parties... Cette interprétation échappe, en principe, au contrôle de la Cour de cassation sauf en cas de dénaturation ⁴⁸⁹.

Le législateur présume que les parties ont voulu faire du contrat un tout cohérent (cf. art. 1161 C. civ. : « Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier » ; art 368 COC : « Les clauses d'une même convention s'interprètent et sont coordonnées les unes par les autres, en fonction de l'acte entier ») et efficace (cf. art. 1157 : « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun » ⁴⁹⁰ ; art. 1158 : « Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat » ; art 367 COC : « Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui cadre le mieux avec le but et l'esprit même du contrat, et, en tout cas, dans le sens qui leur fait produire effet plutôt que dans celui avec lequel ils n'en pourraient produire aucun »).

L'intention des parties peut être complétée par l'usage : « On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées » (art. 1160 C. civ. ; art. 371 COC) ; « Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé » (art. 1159 C. civ.). Également, elle peut être complétée par la loi ou par analogie : « Lorsque la convention présente des lacunes dans son dispositif, le juge doit les combler, soit avec les dispositions inscrites dans la loi, s'il s'agit d'un contrat nommé, soit, dans le cas contraire, en se référant aux règles établies pour l'opération qui présente, avec le contrat à interpréter, l'analogie la plus étroite » ⁴⁹¹.

Enfin, « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation » (art. 1162 C. civ.). Dans le même sens l'article 369 COC énonce : « Dans le doute, la clause s'interprète en faveur du débiteur et contre le créancier » ⁴⁹². Cette interprétation favorable au débiteur s'inspire d'un souci d'équité qui a conduit certains auteurs à proposer de lui substituer une interprétation favorable au contractant le plus faible sur le plan économique ⁴⁹³. Ainsi, dans les contrats de consommation par exemple, les clauses doivent être interprétées « en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur » (art. L 133-2 C.consom. fr.)

Cette dernière solution est parfois celle retenue par le législateur (art. L 132-1 C. consom. fr. : les clauses d'un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur ou non professionnel s'interprètent, dans le doute en faveur de ces derniers. Dans le même sens : art 18 loi libanaise n°659/2005 sur la protection du

⁴⁸⁹ Civ. 4^e lib., n°151, 24 nov. 2005, *Rev. Cassandre* 2005/11, 1981.

⁴⁹⁰ Exemple : Civ. 3^e, 19 déc. 1968, *Bull. civ.*, n° 573 (une clause de répartition des bénéfices et des pertes dans un contrat de société en participation doit être interprétée de façon à permettre le partage des pertes entre les parties, l'interprétation faisant supporter les pertes à une seule partie conduisant à la nullité de la clause).

⁴⁹¹ Art. 370 COC.

⁴⁹² Pour une application de cette règle : JU Beyrouth, n°51, 31 juillet 1997, *Al Adl* 1997, vol 3 et 4, J., 91.

⁴⁹³ J. CARBONNIER, n° 66 ; A. SÉRIAUX, n° 44.

consommateur). Etant entendu que ces modalités d'interprétation ne sont pas constitutives de règles substantielles imprégnées de l'ordre public ⁴⁹⁴.

B- « Découverte » par le juge de nouvelles obligations

184

En principe, lorsqu'une convention est claire, le juge ne peut modifier, sous prétexte d'interprétation, les stipulations qu'elle renferme ⁴⁹⁵ : *interpretatio cessat in claris*. Les tribunaux se sont pourtant autorisé un pouvoir de réfaction d'un contrat clair, mais qui est ou qui devient défectueux : ils ont par exemple substitué un indice d'indexation à celui choisi par les parties qui se révèle inexistant ou illicite (cf. *infra* n° 442) ⁴⁹⁶. D'une manière plus marquante encore, en se fondant sur la bonne foi (cf. art. 1134 C. civ. et art. 221 COC et *supra* n° 112), l'équité (art. 1135 C. civ. ; art. 221 COC; cf. *supra*, n° 175) ou plus souvent une intention présumée mais bien fictive des parties, la jurisprudence procède parfois à un « forçage » du contrat ⁴⁹⁷ en découvrant des obligations en dehors de toute stipulation.

Un des exemples les plus classiques est la découverte d'une obligation de sécurité dans le contrat de transport. Pour éviter à la victime d'un accident de transport de devoir prouver la faute du transporteur pour obtenir réparation, les tribunaux ont découvert dans le contrat de transport « l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination », obligation de résultat qui dispense la victime de toute preuve ⁴⁹⁸. On peut également citer une jurisprudence récente mais fournie découvrant dans certains contrats, à la charge d'un professionnel, une obligation de renseignements ⁴⁹⁹.

§ 2 LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

185

Position du problème. Si le principe de force obligatoire des conventions s'impose au juge, celui-ci peut-il modifier un contrat lorsqu'un changement des

⁴⁹⁴ Ass. plén. Lib. n°2, 22 mars 1983, *Bull. Ass. plén. Sader* 1983-1992, 13.

⁴⁹⁵ Civ., 6 juin 1921, *DP* 1921.1.73, rap. Colin.

⁴⁹⁶ C. ALBIGES, « Le développement discret de la réfaction du contrat, » *Mélanges M. CABRILLAC*, Litec, 1999, p. 3 et s.

⁴⁹⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNES ET PH. STOFFEL-MUNCK, n° 774.

⁴⁹⁸ Civ., 21 nov. 1911, *DP* 1913.1.249, note SARRUT ; S 1912.1.73, note LYON-CAEN ; *Grands arrêts*, t. 2, n° 262.

⁴⁹⁹ Quelques exemples, loin d'être exhaustifs : Civ. 1^{re}, 14 déc. 1982, *Bull. civ.*, n° 361 (fabriquant d'un produit) ; Civ. 1^{re}, 13 janv. 1987, *Bull. civ.*, n° 9 (assureur) ; Civ. 1^{re}, 13 nov. 1991, *Bull. civ.*, n° 310 (notaire) ; Civ. 1^{re}, 5 févr. 1991, *Bull. civ.*, n° 46 (avocat) ; Civ. 1^{re}, 7 oct. 1998, *D* 1999, 145 note S. PORCHY ; *JCP* 1998, II, 10179, concl. J. SAINTE-ROSE, note P. SARGOS (médecin). Cf. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, Bibl. dr. privé, LGDJ, 1992, préf. J. GHESTIN.

circonstances économiques bouleverse l'équilibre des prestations voulu par les parties ?

Plusieurs arguments ont été avancés pour justifier une réponse positive :

- ce qui doit avoir force obligatoire, c'est le contrat voulu par les parties : or, si les parties avaient prévu ce changement des circonstances économiques, il est probable qu'elles n'auraient pas conclu le contrat ou l'auraient conclu à des conditions différentes : appliquer le contrat tel qu'il avait été conclu à l'origine ne respecte pas la volonté des parties ;

- un principe général permettant au juge de réviser le contrat pourrait se déduire de plusieurs textes, en particulier l'article 1244 du Code civil ou **l'article 115 du Code des obligations** qui lui permet d'accorder des délais de grâce ;

- enfin, la référence à l'équité (cf. art. 1135 C. civ. ; art. 221 al. 2 COC) ou à la bonne foi (cf. art. 1134 al. 3 C. civ. ; art. 221 al. 2 COC) auraient également pu fonder la révision.

186

Solutions jurisprudentielles. Les juridictions administratives ont admis l'imprévision : dans l'arrêt *Gaz de Bordeaux*, le Conseil d'État, constatant qu'une hausse imprévisible du charbon avait bouleversé l'économie d'un contrat de concession, reconnaît au concessionnaire qui continue à exécuter le contrat un droit à indemnité⁵⁰⁰. Il est vrai que cet arrêt se fonde essentiellement sur la nécessité d'assurer la continuité du service public, qui est inopérante pour les contrats de droit privé.

La Cour de cassation a, au contraire, rejeté l'imprévision dans une affaire célèbre. Deux conventions ayant pour objet la fourniture d'eau destinée à alimenter des canaux d'irrigation avaient été passées en 1560 et 1567. Au cours du XIX^e siècle, se prévalant de la dépréciation de la monnaie et de l'augmentation du coût de la main-d'œuvre, l'entreprise exploitant le canal demanda une augmentation de la redevance. La Cour de cassation censura les juges du fond d'avoir accueilli la demande : « dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants »⁵⁰¹. De même, la jurisprudence libanaise se refuse d'appliquer la théorie de l'imprévision⁵⁰².

L'arrêt se retranche derrière le visa de l'article 1134 du Code civil mais c'est l'idée de sécurité des relations juridiques qui explique surtout cette décision. Les juges ont d'abord voulu éviter qu'un contractant de mauvaise foi puisse demander la

⁵⁰⁰ CE 30 mars 1916, *D* 1916.3.25 ; *S* 1916.3.17.

⁵⁰¹ Affaire canal de Craponne, *Civ.*, 6 mars 1876, *D* 1876.1.193, note GIBOULOT ; *Grands arrêts*, t. 2, n° 163.

⁵⁰² *Civ.* 4^e lib., n°3, 7 fév. 1997, *Bull. civ. Sader* 1997, 163 et s, spéc., 168 ; *Civ.* 1^{re}, lib. n°96, 17 nov. 1998, *Ibid* 1998, 200 ; v. aussi *CA Mont-Liban* 3^e, n°17, 14 mai 1992, *Hatem*, vol 210, 490 qui refuse d'appliquer la théorie de l'imprévision parce qu'elle n'a pas « de fondement juridique en droit libanais des contrats » ; *CA Beyrouth* 1^{re}, n°124, 28 déc. 1995, *Rev jud. lib.* 1995, 945 et s., spéc., 954.

révision d'un contrat dès que celui-ci paraît moins intéressant pour lui. Ils ont également craint que « la révision appelle la révision »⁵⁰³ : le contractant qui voit sa dette augmentée à la suite de la révision risque de demander une révision à son profit dans les contrats où il est créancier d'une obligation de somme d'argent.

Cette jurisprudence dont la rigueur contraste avec la souplesse de certains droits étrangers⁵⁰⁴ peut se révéler fâcheuse alors que les contrats de longue durée se multiplient et que les circonstances économiques sont de plus en plus instables. Aussi les parties peuvent remédier à ces inconvénients par des clauses d'adaptation du contrat : une clause d'indexation, qui permet au prix de suivre un indice fixé d'un commun accord, à condition qu'il soit en rapport avec l'objet du contrat ou l'activité des parties (cf. *infra* n° 442), une clause de renégociation, fréquente dans les contrats internationaux sous le nom de clause de *hardship*, qui permet de renégocier le contrat en cas de bouleversement des circonstances économiques.

Quels que soient les correctifs offerts aux parties, la rigueur de la position de la Cour de cassation semble largement critiquée par la doctrine³¹, critiques qui expliquent peut-être quelques brèches dans une jurisprudence jusque-là constante³². La Cour de cassation a condamné un contractant à payer des dommages-intérêts à son partenaire auquel il avait refusé la révision d'un contrat le conduisant à la ruine³³. Il est vrai que l'arrêt ne reconnaît pas expressément au juge un pouvoir de révision, se bornant sur la base de le principe d'exécution de bonne foi des conventions (sur ce principe, cf. *supra*, n° 114) à sanctionner une faute contractuelle. Dans une autre décision, la Cour de cassation a semblé suggéré que l'obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi entraînait un devoir de renégocier une convention déséquilibrée par une modification imprévue des circonstances économiques, mais la doctrine s'est divisée sur l'interprétation de cet arrêt.

L'avant-projet Catala rappelle tout d'abord la possibilité d'éviter toute difficulté par l'inclusion d'une clause de renégociation (art. 1135-2). A défaut, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au juge d'ordonner une nouvelle négociation (art. 1135). L'échec de cette nouvelle négociation indépendamment de toute mauvaise foi, ouvre à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage (art. 1135-2).

⁵⁰³ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, t. 1, n° 410.

⁵⁰⁴ Cf. R. DAVID, « L'imprévision dans les droits européens », *Mélanges JAUFFRET*, 1974, 211 et s.

SECTION 3

LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT

DANS LES PROPOSITIONS EUROPEENNES

187

Elément essentiel, la force obligatoire du contrat est reconnue aussi bien par les principes du droit européen des contrats (§1) que par le code européen des contrat (§2).

§ 1 LES PRINCIPES DU DROIT EUROPEEN

DES CONTRATS

188

Les principes du droit européen des contrats ne contiennent pas de proclamation solennelle de la force obligatoire du contrat comparable à l'article 1134 du code civil. Cependant, la reconnaissance de ce principe découle du contenu des dispositions organisant les effets du contrat⁵⁰⁵ et de la consécration d'un droit à son exécution. Le contrat est irrévocable (A), il doit être exécuté de bonne foi (B), mais sa modification est admise en vertu de l'imprévision (C). Afin de garantir une exécution conforme à la volonté des parties, ont été instaurées des règles relatives à l'interprétation du contrat (D). En revanche, les principes du droit européen ont renoncé à traiter en détail la simulation, n'envisageant que ses conséquences à l'égard des parties en reconnaissant l'efficacité de l'acte caché ⁵⁰⁶.

A- Irrévocabilité du contrat

189

Le contrat est irrévocable. Un tempérament classique est prévu : chaque partie peut résilier un contrat à durée indéterminée, cette faculté étant assortie d'une condition : respecter un préavis d'une durée raisonnable⁵⁰⁷. Même en l'absence de

⁵⁰⁵ Par exemple, à propos du changement de circonstances et avant d'admettre la révision pour imprévision, l'article 6 :111 rappelle que chaque partie est tenue de respecter ses engagements.

⁵⁰⁶ Art. 6 :103 PDEC. Ce traitement lacunaire s'explique par une très grande disparité des règles nationales encadrant les effets de la simulation à l'égard des tiers et par l'impossibilité de trouver un compromis.

⁵⁰⁷ Art. 6 :109 PDEC.

texte, les deux autres limitations traditionnelles du droit français doivent être reconnues : le *mutuus dissensus* et les stipulations permettant à une ou plusieurs parties de se dégager. En effet, même si ces règles sont présentées comme des limites de l'irrévocabilité, elles sont la conséquence nécessaire de l'efficacité de la volonté des parties.

B- Exécution de bonne foi

190

L'exigence de bonne foi est un élément fondamental⁵⁰⁸ dans la construction proposée par les principes européens du droit des contrats. En effet, elle est instaurée comme devoir général et figure à une place de choix (le premier chapitre)⁵⁰⁹. Elle s'impose donc pour l'exécution du contrat et doit être entendue de façon extensive. Cette interprétation est confirmée par l'adjonction d'un devoir de collaboration devant permettre au contrat de « produire son plein effet »⁵¹⁰.

C- Admission de la révision pour imprévision⁵¹¹

191

La révision pour imprévision est admise par les principes européens du droit des contrats, mais elle est naturellement conçue comme une exception et subordonnée à la réunion de deux conditions. Il faut que l'exécution soit devenue excessivement onéreuse pour l'une des parties et que cette situation résulte d'un changement imprévisible au moment de la conclusion du contrat⁵¹². Dans cette situation, les parties ont alors l'obligation de négocier en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin. L'adaptation contractuelle est privilégiée puisque l'inexécution de l'obligation de négocier peut être sanctionnée. Toutefois, en cas d'échec, le juge peut être saisi et il bénéficiera du pouvoir de mettre fin au contrat ou de l'aménager équitablement.

D- Interprétation du contrat

192

Les règles générales⁵¹³ retenues en matière d'interprétation du contrat sont classiques⁵¹⁴ : il convient de rechercher la commune intention des parties. Est assimilée à celle-ci, l'intention d'une seule partie lorsque l'autre ne pouvait l'ignorer. A défaut, sera retenu le sens que donneraient des personnes raisonnables de même qualité que les parties, dans les mêmes circonstances.

⁵⁰⁸ Cf. D. MAZEAUD, « À propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'Unidroit et de la commission *Lando* », *Mélanges M. CABRILLAC*, Litec, 1999, 205 et s.

⁵⁰⁹ Art. 1 :201 PDEC.

⁵¹⁰ Art. 1 :202 PDEC.

⁵¹¹ Art. 6 :111 PDEC.

⁵¹² La présentation des conditions relatives au changement est plus détaillée, trois conditions sont évoquées mais elles sont réductibles au caractère imprévisible (le texte exige que le changement soit survenu après la conclusion du contrat, qu'il n'est pu être raisonnablement prévu et qu'il n'est pas fait l'objet d'un aménagement contractuel).

⁵¹³ Art. 5 :101 PDEC.

⁵¹⁴ A tel point qu'elles ont pu être considéré comme « un flagrant délit de verbiage », cf. B. FAGES, in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, sous la direction de C. PRIETO, PUAM, 2003, 314.

L'application de ces directives entend privilégier la cohérence du contrat (l'interprétation se fait par référence au contrat entier⁵¹⁵), son efficacité et sa validité (« on doit préférer l'interprétation qui rendrait les clauses du contrat licites et de quelque effet, plutôt que celle qui les rendrait illicites ou de nul effet »⁵¹⁶) et valoriser sa négociation. En effet, les clauses non négociées ont un statut défavorable : elles sont classiquement écartées en présence d'une clause négociées⁵¹⁷ et, point original au regard du droit français, elles sont interprétées contre celui qui les a proposées⁵¹⁸ (indépendamment de sa qualité de créancier ou de débiteur). Enfin, en cas de divergences linguistiques, la préférence est donnée, en l'absence de stipulations sur ce point, à la version rédigée en premier⁵¹⁹.

§ 2 LE CODE EUROPEEN DES CONTRATS

193

Sous l'influence du droit français, le code européen des contrats proclame par son article 42 : « le contrat a force de loi entre les parties ». Il est classiquement déduit de ce principe que le contrat est irrévocable (A), le code précisant que son exécution doit être conforme aux normes applicables, à la bonne foi et à l'équité (B), mais admettant sa révision pour imprévision (C). Afin, si le code affronte la question de la simulation (D), il est assez succinct sur l'interprétation du contrat (E).

A- Irrévocabilité du contrat

194

Sur ce point, le code européen des contrats brille par son classicisme. Le contrat est irrévocable sauf *mutuus dissensus*, stipulation contractuelle permettant à une ou plusieurs parties de se dégager⁵²⁰ et révocation unilatérale pour les contrats à durée indéterminée⁵²¹, celle-ci devant être assortie d'un préavis.

B- Exécution conforme aux normes applicables, à la bonne foi et à l'équité

195

Sous le titre « facteurs extra consensuels », l'article 44 prévoit que « les effets du contrat dérivent non seulement des conventions intervenues entre les parties mais

⁵¹⁵ Art. 5 :105 PDEC.

⁵¹⁶ Art. 5 : 106 PDEC.

⁵¹⁷ Art. 5 : 104 PDEC.

⁵¹⁸ Art. 5 : 103 PDEC.

⁵¹⁹ Art. 5 :107 PDEC.

⁵²⁰ Art. 43, respectivement al 1 et 2 CEC.

⁵²¹ Art. 57 al 2 CEC.

aussi des dispositions de ce Code ainsi que des dispositions nationales et communautaires, des usages, de la bonne foi et de l'équité ». Cette énumération fourre-tout laisse assez perplexe. Quel est l'intérêt de préciser que les effets du contrat sont régis par les normes qui lui sont applicables ? Comment en cas de contradiction concilier ces normes et l'équité, qui est citée sur le même plan ? L'évocation de la bonne foi doit-elle lui donner une place importante ou son insertion dans une liste étendue permet-elle de relativiser son rôle ? Ces questions, que les rédacteurs du code ne pouvaient ignorer, n'ont malheureusement pas été résolues. Au contraire, il est probable que cette rédaction les attisera.

C- Admission de la révision pour imprévision

196

Le code organise une renégociation du contrat en cas d'imprévision. Trois conditions sont exigées⁵²². Les deux premières sont classiques et portent sur des points objectifs : il faut que surviennent des événements extraordinaires et imprévisibles, rendant excessivement onéreuse l'exécution. La troisième réserve cette possibilité aux débiteurs diligents : seuls pourront la mettre en œuvre les débiteurs qui auront prévenu le créancier avant le terme prévu pour l'exécution. La partie qui entend se prévaloir de la révision doit donc adresser aux autres parties une déclaration indiquant les conditions qu'elle propose. Un certain délai doit ensuite s'écouler pour permettre aux parties de négocier. A l'issue de ce délai et en cas d'échec, la partie intéressée doit soumettre sa requête à la connaissance du juge, sous peine de perdre cette faculté. Le juge peut alors modifier ou résilier le contrat, en totalité ou en partie⁵²³. On retrouve ici l'esprit qui anime les principes européens du droit des contrats : délimiter un champ d'application précis et favoriser le règlement extrajudiciaire.

D- Simulation

197

Si certains rédacteurs ont pu douter de l'opportunité de reconnaître cette hypothèse⁵²⁴, les règles proposées admettent l'efficacité de la volonté réelle des parties⁵²⁵. Le principe est, qu'entre les parties, l'acte secret prévaut si ses conditions de fond et de forme sont remplies et s'il ne constitue pas une fraude. Pour les contractants, les moyens de preuve de l'acte dissimulé sont limités : seule la preuve documentaire est admise. La situation des tiers est confortable : ils peuvent invoquer l'inopposabilité du contrat dissimulé ou s'en prévaloir, selon leurs intérêts et pour eux, la preuve est libre.

⁵²² Art. 97 CEC.

⁵²³ Art. 157 CEC.

⁵²⁴ Cf. notamment Carbonnier qui considère que « dans l'immense majorité des cas, la simulation sert à une fraude » et « qu'il ne serait peut-être pas d'un moralisme excessif d'ériger en principe l'interdiction de la simulation », *Code européen des contrats, Avant-projet, Livre premier*, Coordinateur G. GANDOLFI, Dott. A. Guiffré editore, 2004, 348.

⁵²⁵ Art. 155 CEC.

E- Interprétation du contrat

198

Si le code consacre un titre à l'interprétation du contrat, il ne contient que trois articles dont le premier⁵²⁶, fixant les directions générales, ne brille pas par la simplicité de sa formulation et l'utilité de ses dispositions. Les règles qu'il propose sont pourtant classiques, elles peuvent être résumées ainsi : le contrat doit être interprété littéralement s'il est clair (qui en doutait ?) et la cohérence du contrat doit être privilégiée. Les précisions apportées par les textes suivants sont plus pertinentes : le contrat doit être interprété en faveur de son efficacité, les clauses non négociées s'interprètent contre leur auteur, les contrats à titre gratuit doivent être interprétés dans le sens le moins sévère pour l'obligé et ceux à titre onéreux en vue d'un ajustement équitable.

⁵²⁶ Art. 39 CEC.