**Introduction**

Droit d’obligation : lien de droit, rapport de créances entre un créancier et un débiteur. Le créancier peut demander au débiteur l’exécution d’une prestation.

Deux manières de faire naitre une obligation :

\* Un contrat : un accord de volonté qui est destinée à produire des effets de droits.

\* Un délit : une situation de fait, la résultante d'un fait juridique, d'une faute. Ce fait juridique nous oblige à réparer les dommages et les préjudices subis. (ART 1382 : dommages et intérêts).

Le quasi contrat à Exemple : Recevoir une lettre qui nous promet un gain de plusieurs millions d’euros en disant qu'on est l'heureux gagnant, cependant ceci n'est qu'une publicité. Vous décidez de ne pas vous laisser faire et de mener l'affaire en justice. La cours de cassation va répondre favorablement.

Mais ceci n’a pas toujours été le cas, le jugement a évolué :

1ere étape de l'évolution : La cour de cassation va considérer qu'en envoyant son bulletin publicitaire, l’entreprise a pris un engagement de verser cette récompense (car une offre de contracté est la première étape pour conclure un contrat). Arrêt de jurisprudence : 28 mars 1995, l'envoi du bulletin publicitaire constitue un engagement unilatéral, une offre de contracté. La société a créé une apparence trompeuse. L'offre est favorable aux consommateurs on peut donc conclure un accord de volonté (un accord tacite de la part du consommateur). L'entreprise va devoir verser la totalité des gains promis.

2eme étape de l'évolution : La cour de cassation va considérer que le fait de faire croire un lien aussi important constitue une faute, une apparence trompeuse, la promesse de lien a fait naitre une attente de la part du consommateur. Comme toute faute, celle-ci nécessite une réparation de la part de l'auteur de la faute (ART 1382 du Cci). Sanction : Un préjudice moral et/ou un préjudice financier, le juge évaluera le montant du préjudice que l’entreprise devra verser. Arrêt Jurisprudence 26 octobre 2000 : promesse de gain faisant naitre un « délit ».

3eme étape de l'évolution : La cour de cassation va utiliser un autre fondement, celui du quasi contrat (ART 1371 du Cci). Le courrier a fait naitre une attente légitime, et cette situation de fait à titre de sanction on va pouvoir lui attacher des effets de droits en analysant la situation comme un quasi contrat car il n’y a pas réellement une offre de la part de la société. En revanche, il y a eu un fait (l’envoi de cette offre publicitaire). A titre de sanction, L’article 1371 du Cci permet le versement de la totalité des gains promis si et seulement si l’auteur de l’envoi n’a pas suffisamment mit en évidence l’existence d’un aléa (en précisant que le gain n’est pas sûr). Ce mouvement juridique a été initié par un arrêt de chambre mixte le 6 septembre 2002 (ou celui du 18 mars 2003 et du 25 février 2010). Le combat judiciaire va être mis en évidence par l’existence de l’aléa, et l’existence de cet aléa doit apparaitre à première lecture. Que dire la cour de cassation ? Elle analyse les faits comme un quasi contrat, soit un fait volontaire car la

société a délibérément envoyer la publicité. La loi y attache des sanctions et cela oblige l’auteur de la promesse de gain à verser la somme promise.

**Section 1 : notion d’obligations et de contrats**

L’obligation peut naitre soit d’un contrat (accord de volonté destiné à produire des effets de droits.) soit d’un délit (fait juridique volontaire ou involontaire) soit un quasi-contrat (intermédiaire entre un contrat et un délit).

**1) Le contrat et les notions voisines**

Pourquoi attacher un effet obligatoire au contrat ? Pourquoi est-il sanctionné par la justice ? Ça n’est pas un contrat s’il n’y a pas d’offres et d’acceptations.

Exemple : le Plan d’aide au retour à l’emploi signé par un chômeur, celui-ci s’est demandé si cela était un contrat. La cour de cassation a conclu que ce Pare n’est pas un contrat, ce sont des obligations qui découlent de la loi, le chômeur est contrait de le signer.

Arrêt de la chambre commerciale du 21 janvier 2007 : il renvoie à une situation de 2 société concurrente, celles-ci ont signé un contrat pour mettre fin aux litiges, cet accord comprend l’engagement d’une des sociétés de ne pas contrefaire les modèles de l’autre société. Cependant, il a été précisé qu’il s’agissait d’un engagement moral. La société n’a pas respecté cet engagement. La cour de cassation a considéré qu’en dépit de cet engagement morale, il y a bien un contrat et par conséquent il y a bien un lien de droit et peut être sanctionné par la justice (sanction : dommages et intérêts). En contrepartie de l’engagement de ne pas contrefaire, l’autre société à verser une certaine somme, donc il y a bien un fait.

Le contrat est un accord de volonté, il faut une rencontre de la volonté des 2 parties. Le contrat n’est pas un acte unilatéral (Exemple : testament. Une volonté d’une seule personne. Autres : une démission)

Il existe des actes unilatéraux : Ce sont des contrats où il faudra un échange de consentement entre les 2 parties, mais il est unilatéral car il crée des engagements à sens unique (Exemple : contrat de cautionnement)

Le contrat est conçu pour produire des effets de droits (ça n’est pas à titre de sanctions comme le délit ou le quasi contrat) ce qui va distinguer le contrat de certaines situations où il y a en apparence d’un engagement sans pour autant que cela soit réel (engagement moraux, promesse politique… un acte de courtoisie, de politesse). Un acte de courtoisie relève du domaine de « non droit », on ne peut pas le sanctionner en justice. Il arrive que la jurisprudence considère un acte de bénévolat comme un contrat (mais aussi l’entraide agricole : un agriculteur aide son voisin agricole mais celui-ci se blesse, la jurisprudence analyse ce fait en contrat pour permettre une meilleure réparation au blessé).

**2) Le fondement du contrat, l’autonomie de la volonté et le déclin de cette théorie**

On justifie la force obligatoire du contrat par l’autonomie de la volonté. Volonté = source de droit autonome. Contrat restreint la liberté pour l’avenir car il a été librement consenti par des individus qui au départ sont libres et égaux.

Autonomie permet d’expliquer plusieurs aspects du contrat :

\* Force obligatoire du contrat : si les individus doivent respecter le contrat c’est parce qu’ils ont librement choisi les engagements.

\* Principe de liberté contractuelle : liberté de s’engager ou non, choisir son co-contractant

\* Principe du consensualisme. Rencontre des volontés n’a pas besoin de se former par écrit.

\* Principe de l’effet relatif du contrat. Si le contrat est produit de volonté autonome, donc il n’engage que les volontés autonomes qui l’ont souscrit.

Cette théorie a été contestée à cause du postulat duquel elle part. Les relations contractuelles ne sont pas toujours égales, le contenu du contrat est souvent imposé par une des parties. L’intérêt du droit du travail est de rétablir un équilibre.

Art. 1134 Code Civil : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. »

La force obligatoire du contrat découle de la loi ; loi qui peut la modeler, la soumettre à des restrictions notamment pour essayer d’enrayer certains abus. Loi fixe des restrictions sur validité du contrat mais également sur la portée obligatoire du contrat sur ses effets.

**Section 2 : La classification des contrats**

Articles 1102 et suivants du Code Civil. Classification consiste à ranger un contrat au sein d’une catégorie existante. Deux types de classifications : traditionnelles (Code Civil) et récentes (apparues après).

**1) Les classifications traditionnelles héritées du Code civil**

**a. Article 1107 Code civil : contrats nommés et innommés.**

Contrats nommés : Le code civil les nomme et donne des éléments de régime propre à ces contrats ; tous les contrats qui sont envisagés dans les textes de loi. Contrat nommé ne veut pas dire que tous ces éléments de régime sont clarifiés par la loi, il arrive que la jurisprudence intervienne. Dans le régime qui est décrit par la loi, les règles du Code civil ne sont pas forcément impératives. Pour un contrat donné, il y a des éléments de régime impératifs ; en revanche, d’autres éléments fixés par la loi peuvent être supplétifs (les parties peuvent y déroger).

Contrats innommés : Ne correspond à aucune catégorie de contrat identifiée par la loi, régit par la liberté contractuelle, son contenu, ses closes, et régit par les dispositions de droit commun des contrats. La jurisprudence va opérer des rapprochements avec des contrats connus ; parfois ce rapprochement est impossible : Contrat Sui Generis (contrat unique, original).

**b. Article 1101 Code civil : contrat consensuel, solennel, réel.**

Contrats consensuels : Ne sont soumis à aucune forme. Contrat oral ou par comportement, il suffit que les parties soient d’accord sur les éléments.

Contrats solennels : On exige en plus une contrainte de forme supplémentaire, l’accord de volonté ne suffit pas. Acte grave donc protection d’une des parties donc on exige que l’acte soit passé par écrit : acte sous seing privé écrit, acte authentique (passé sous notaire).

Contrat réel : N’est formé que par la remise de la chose : contrat de dépôt. Sans la remise de la chose, le contrat n’a pas été conclu.

**c. Article 1100 Code civil : contrats synallagmatiques et unilatéraux**.

Contrats synallagmatiques : Les plus répandus. Contrats où il y a échange, renvoi à des engagements réciproques, bilatéraux. Interdépendance des obligations entre elles ce qui justifie que si une partie n’exécute pas son obligation l’autre partie puisse arrêter d’assumer ses obligations : on peut aller faire jouer sur l’exception d’inexécution.

Contrats unilatéraux : Quand il n’y pas de réciprocité. On parle de promesse unilatérale de vente. Contrat par lequel le propriétaire d’un bien vendeur va s’engager envers un bénéficiaire de la promesse en lui promettant de lui vendre son bien à un prix déterminé en laissant un délai. Obligations pèsent seulement sur le promettant. La donation est aussi un contrat unilatéral (une seule partie s’engage et subit les obligations). Contrat unilatéral comporte des engagements à sens unique, souvent soumis à des contraintes formelles supplémentaires, formalités du « bon pour » (Art. 1326) : formule manuscrite qu’on va exiger et qui comporte le montant engagé en lettres et en chiffres.

**d. Articles 1105 et 1106 du Code Civil : contrats à titre onéreux et à titre gratuit.**

Contrats à titre gratuit : Une partie s’engage sans retirer aucun avantage de la prestation qu’elle fournit

Contrats à titre onéreux : On attend une contrepartie ; il y a par nature des contrats à titre onéreux (exemple : la vente). Le contrat de prêt peut être gratuit ou onéreux.

**e. Article 1104 du Code Civil : contrats commutatifs et aléatoires. (Subdivision des contrats à titre onéreux)**

Contrat aléatoire : Contrat dans lequel les prestations de l’une des parties dépendent d’un évènement aléatoire pris en considération par les parties (exemple : contrat d’assurance). Cause du contrat : existence d’un aléa.

Contrat commutatif : Prestations des parties ne dépendent pas d’un aléa. Ce n’est pas l’aléa qui est à l’origine de l’engagement des parties.

**2) Les classifications récentes**

**a. Contrats à exécution successives et contrats à exécution instantanée. Code civil ne prend pas en compte la durée.**

Contrat instantané. Exemple : la vente.

Contrat à exécution successive. Exemple : contrat de travail. S’inscrivent dans la durée, s’échelonnent dans le temps, prestations se renouvellent.

> CDD (Contrats à durée déterminée). Les parties s’engagent pour une durée.

> CDI (Contrats à durée indéterminée) comportent un élément de régime particulier. Chaque partie dispose à tout moment du droit de mettre fin au contrat.

**b. Contrats négociés et contrats non négociés**

Contrat d’adhésion : non négociable, liberté de refuser de contracter. Absence de négociation conduit une des parties à accepter en bloc les termes d’un contrat et de remettre en cause l’idée d’autonomie de la volonté. Il est nécessaire de prendre certaines précautions pour obliger le professionnel à assumer certaines obligations. Emergence du droit de la consommation. Problème : contenu du contrat n’est pas choisi. Dans le contrat d’adhésion peuvent s’insérer des closes défavorables au consommateur, législateur a mis en place une législation relative aux clauses abusives qui permet d’échapper aux effets d’une clause du contrat. Champ d’application de cette législation : s’applique à tous les contrats de consommation cad tous les contrats conclut entre un professionnel et un consommateur.

Article L 133-2 : contrat de consommation doit s’interpréter en faveur du consommateur et en défaveur de celui qui est à l’origine des termes du contrat.

Contrats de gré à gré : négociable. Exemple : construction d’une usine, rachat d’une entreprise. On choisit et négocie les clauses du contrat.

**c. Contrats individuels et collectifs**

Contrats individuels : contrats conclus entre deux individus.

Contrats collectifs : renvoie à l’idée qu’on va avoir un contrat qui va produire ses effets à l’égard d’une collectivité de personnes, cet ensemble de personnes n’étant pas forcément les signataires du contrat.

Exemple 1 : Pour travail, soumis au contrat de travail (contrat individuel, clauses entre employé/employeur) mais également à la convention collective (contrat qui a été signé entre l’employeur et les syndicats, qui ont conclu le contrat au bénéfice des salariés ; cette convention s’applique à tous les salariés d’aujourd’hui et de demain qui relèvent de son champ d’application).

Exemple 2 : Dans les immeubles, il existe un règlement de copropriété : contrat dans lequel on prévoit des clauses où l’on fixe des règles de vie commune, certains éléments nécessaires à la gestion commune de l’immeuble. Règlement de copropriété s’applique également aux nouveaux arrivants.

**d. Contrats électroniques**

Conclus par internet, ont des règles particulières. Règle du double clic : un clic pour adhérer, un clic pour confirmer.

**Chapitre 1 : La conclusion du contrat**

Le contrat ne se fait pas nécessairement en un jour. Si de très nombreux contrats sont conclus instantanément [ à achat d’une baguette par exemple ]  par un accord immédiat des parties, certains contrats, parce qu’ils sont particulièrement complexes ou importants économiquement, sont précédés d’une période de négociation. Cette négociation a pour objet de déterminer le contenu du contrat, de définir ses modalités d’exécution pour que le contrat, une fois conclu, soit l’exact reflet de la volonté des parties.

**Section 1 : Les formes de négociation du contrat**

La négociation du contrat peut pendre deux aspects :

~ Elle peut consister qu’en de simple pour parler dont l’objet est de parvenir à la formalisation du contrat définitif.

~ Elle peut également être formalisée et être alors ponctuée par la conclusion d’avant-contrat. C’est-à-dire des accords préalables à la conclusion du contrat définitif.

**I] La négociation informelle : les pourparlers**

On désigne ainsi par le terme « pourparler » les discussions et les propositions que se font mutuellement les futurs contractants à fin de déterminer le contenu du contrat mais sans être pour autant assurer de le conclure. En effet, le principe de la liberté contractuelle commande celle de conclure ou de ne pas conclure le contrat et corrélativement de renoncer à la conclusion d’un contrat. Concrètement, il en résulte que chacun des partenaires est libre de mettre fin quand il le souhaite au pour parler. Néanmoins, pour éviter que la rupture des pourparlers soit abusive le droit impose aux parties de négocier loyalement. La bonne foi est en effet le moyen de contrôler les conditions dans lesquelles des pourparler seraient unilatéralement rompus. En soit, il n’y a jamais de faute à rompre un pourparler, mais la limite de cette liberté est de rompre le contrat de bonne foi, de façon loyale.

Exemple où le négociateur sera de mauvaise foi :

~ La mauvaise foi pourrait consister dans le fait d’engager des pourparler sans avoir l’intention sérieuse de contracter.

~ Prolonger la négociation alors qu’on a plus l’intention de contracter.

~ Rompre sans raisons légitimes brutalement et unilatéralement des pourparler avancés.

Plus les pourparler sont avancés, plus la faute dans leur rupture est susceptible d’être retenue. Le degré d’avancement des pour parler (à vers la construction du contrat définitif) est à cet égard retenu par les juges comme un indice du sérieux des entretiens qui fait naître un espoir de conclusion du contrat. C’est pourquoi, à l’inverse, la faute est écartée lorsque la rupture est survenue à un moment où les parties en étaient encore à évaluer les risques et les chances du contrat [à arrêt du 12 janvier 1999]

Finalement, il y aurait en fait deux sortes de périodes précontractuelles :

~ Lorsque les discussions ne sont encore qu’à l’état d’ébauche, le principe est la liberté d’y mettre fin sans avoir à justifier d’un motif légitime de rupture.

~ En revanche, lorsque la négociation est plus avancée, l’auteur de la rupture doit justifier d’un motif légitime pour que la rupture ne soit pas considérée comme fautive. Motif légitime = motif qui se rapporte objectivement au contrat dont la négociation est en cours à le défaut d’accord sur le prix est un motif légitime de rupture. Si l’existence d’un abus dans la rupture est retenue, la sanction ne consiste pas dans la conclusion forcée du contrat envisagé, dans la mesure où le droit français n’admet pas que l’ont puisse être contraint d’une manière ou d’une autre de conclure un contrat. La sanction est l’engagement de la responsabilité de la rupture fautive qui doit allouer des dommages et intérêt à la victime en réparation de son préjudice.

L’indemnisation du partenaire déçu ne peut en tout hypothèse être égale à l’intérêt qui aurait trouvé à la conclusion et a l’exécution du contrat. Décision de la cour de cassation à Arrêt du 28 Juin 2006 qui exclu l’indemnisation du préjudice consistant en la perte d’une chance de réaliser les gains que laissait espérer la conclusion du contrat. La victime ne peut en effet prétendre à l’indemnisation de ce préjudice dans la mesure où le contrat n’a pas été conclu et où cette conclusion n’était pas pour lui un droit. La cour de cassation a en outre précisé récemment [ arrêt du 26 novembre 2003] que le simple fait de contracter même en connaissance de cause avec une personne ayant engagée des pourparler ne constitue pas en soit une faute de nature à engager la responsabilité son auteur, sauf s’il y a intention de nuire.

**II] La négociation formalisée : les accords préalables à la conclusion du contrat définitif** (= les avant-contrats)

La négociation peut être organiser de manière plus formelle à travers la conclusion  d’accords préalables dont l’objet est de facilité la formation du contrat définitif. La particularité de ces accords est d’être de véritables contrats dotés donc d’une force obligatoire, tout en se distinguant du contrat définitif. Il en existe de différentes sortes et d’inégales importances.

**A] Les contrats préparatoires**

Les contrats préparatoires regroupent toutes sortes d’accords dont l’objet est d’organisé le déroulement matériel de la négociation. La rupture d’un contrat préparatoire peut uniquement conduire au versement de dommages et intérêt, mais pas à la conclusion forcé du contrat définitif.

Les contrats préparatoires comprennent également les accords dit de principe, qui sont les accords venant constater certains acquis de la négociation. En effet, lorsque la négociation se prolonge dans le temps, il est important que les partis ne puissent pas revenir sur ce qui a déjà été acceptés.

On voit ainsi que le contrat peut se former par étapes jusqu’à sa conclusion définitive, c’est ce que l’on désigne sous le terme de Punctation. On estime que, lorsque l’élaboration du contrat se prolonge ainsi dans le temps, le contrat est définitivement formé quand il y a accord sur ces éléments essentiels. En revanche l’absence d’accord sur des éléments accessoires n’empêche pas le contrat d’être définitivement formé. Article 1583 : « La vente est parfaite dès lorsqu’il y a accord sur la chose et sur le prix des éléments essentiels du contrat de vente. »

**B] Le pacte de préférence**

Le pacte de préférence est le contrat par lequel une personne, appelée le promettant, s’engage envers une autre, que l’on appelle le bénéficiaire, à ne pas conclure avec un tiers un contrat déterminé sans lui en avoir proposé prioritairement la conclusion aux mêmes conditions.

Le promettant n’a pas pour autant l’obligation de conclure le contrat. C’est s’il décide de conclure le contrat qu’il doit proposer ce contrat prioritairement au bénéficiaire.

Le pacte de préférence se rencontre surtout dans les rapports entre associés d’une société. L‘un des associé promettant à un autre de lui vendre par priorité ses parts s’il décidait de les céder.

à Revirement de jurisprudence. Pendant longtemps le pacte de préférence n’offrait pas toute l’efficacité sur laquelle le bénéficiaire peut compter. En effet, en cas d’inexécution du pacte, la jurisprudence décidait que le promettant qui avait violer le pacte en contractant avec un tiers, engageait sa responsabilité à l’égard du bénéficiaire et lui devait le cas échéant des dommages et intérêt. Mais la jurisprudence n’admettait pas en revanche une exécution forcée du pacte qui aurait conduit à substituer le bénéficiaire à celui avec lequel le pacte avait été conclu, à tout le moins lorsqu’il est de mauvaise foi.

[ Cour de Cassation 30 avril 1997 à règle de la liberté contractuelle ]

Par un arrêt du 26 Mai 2006, la Cour de cassation en chambre mixte est revenue sur cette jurisprudence, et décide désormais que « si le bénéficiaire d’un pacte de préférence est en droit d’exiger l’annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d’obtenir sa substitution à l’acquéreur, c’est à la condition que ce tiers est eu connaissance lorsqu’il a contracté de l’existence du pacte de préférence et de l’intention du bénéficiaire de s’en prévaloir ». Autrement dit, le principe d’une substitution du bénéficiaire, et donc d’une exécution forcée du pacte est désormais admis. Mais cette substitution n’est possible qu’à de strictes conditions, puisqu’il faut que le tiers avec lequel le promettant à conclu le contrat soit de mauvaise foi, et que soit démontrer pour cela que le tiers connaissait l’existence du pacte, mais aussi qu’il connaissait l’intention du bénéficiaire de conclure lui même le contrat en vertu de son droit de préférence.

**C] La promesse synallagmatique de contracter**

Il y a promesse synallagmatique lorsque deux personnes s’engagent l’une envers l’autre à conclure un contrat. De ce point de vu, cet avant contrat se distingue de la promesse unilatéral par laquelle seul le promettant s’engage à conclure le contrat. Dans une promesse synallagmatique, les deux parties consentent au contrat définitif. Ce qui la caractérise c’est la symétrie des engagements réciproques. Ainsi considéré, on peut se demander quel est l’intérêt d’une promesse synallagmatique de contracter puisque si les parties sont d’accord pour s’engager sur les conditions de leurs engagements, on peut penser qu’il y a déjà le contrat définitif. La distinction entre la promesse synallagmatique, qui est un avant contrat, et le contrat définitif est à ce point délicate à faire que le code civil lui-même dans certaines dispositions les assimile purement et simplement. C’est le cas en matière de vente, l’article 1589 du code civil énonce que la promesse de vente vaut vente.

Pour autant, l’assimilation n’est pas toujours justifiée. En effet, la promesse synallagmatique peut se distinguer du contrat définitif lorsque celui-ci nécessite outre l’accord des volontés l’accomplissement d’une certaine volonté. La promesse donne alors naissance à une obligation de faire, celle d’accomplir la formalité en cause. Ce n’est qu’après que le contrat définitif sera formé. Cette formule synallagmatique peut être utilisée lorsque les parties entendent retarder la conclusion du contrat définitif à la réalisation d’un certain événement, comme l’obtention d’un financement, ou d’une autorisation administrative.

**D] La promesse unilatérale de contracter**

C’est la convention par laquelle une personne, le promettant, s’engage envers une autre qui l’accepte, à conclure un contrat dont les conditions sont dors et déjà déterminés. Le bénéficiaire ne promet donc pas de son coté de conclure le contrat définitif à la différence de la promesse synallagmatique mais dispose d’une option qui lui laisse la liberté de conclure ou non le contrat définitif. Ce type d’avant contrat est surtout en pratique utilisé en matière de vente, et spécialement de vente immobilière. Le promettant s’engage à vendre une maison pour un prix donné, la réalisation des opérations ne dépendant plus qu’alors de la volonté du bénéficiaire. Ce dernier a alors un certain délai pour étudier l’opportunité de conclure le contrat projeté, obtenir les autorisations qui seraient utiles ou les financements qui seraient nécessaire. Cet engagement du promettant est en pratique rarement sans contrepartie. En pratique le bénéficiaire de la promesse unilatérale verse généralement une indemnité appeler indemnité d’immobilisation qui sera déduite du prix de vente si la vente est conclue, et qui restera acquise au promettant dans le cas contraire.

Hors mis dans le domaine de la vente, on rencontre la promesse unilatérale de contracter en droit du travail. Lorsqu’un employeur s’engage par une promesse d’embauche à recruter telle personne comme salarié.

**1] La nature de la promesse unilatérale de contracter**

La nature de la promesse unilatérale de contracter peut être conçue en la distinguant d’un coté de l’offre de contracter et de l’autre du contrat définitif. Tout d’abord, la promesse unilatérale se distingue de l’offre car il s’agit déjà d’un contrat, même si on la qualifie d’avant contrat. L’auteur de la promesse est donc dors et déjà lié à celle-ci. La jurisprudence en tire notamment la conséquence que si le décès ou l’incapacité de l’offrant entraîne la caducité de l’offre à tout le moins lorsque l’offre est faite sans délai ces événements sont sans effets sur la promesse de contracter. En cas de décès ceux sont les héritiers du promettant qui devront exécuter ces engagements, en cas d’incapacité c’est le représentant du promettant qui devra le faire.

D’un autre coté, la promesse unilatérale se distingue par ailleurs du contrat définitif dont elle prépare la formation. En effet, dans la promesse unilatérale, seule le promettant est juridiquement engagé. Le bénéficiaire a lui un droit d’option qu’il est libre d’exercer ou non.

2] Le régime de la promesse unilatérale de contracter

Du coté du bénéficiaire de la promesse les choses sont simples, jusqu’à la levée de l’option, il est titulaire d’un droit d’option qui est un droit de créance, qui lui confère le pouvoir de conclure le contrat définitif. Ce droit a une valeur pécuniaire et pourrait être céder moyennant un prix, ou transmis du bénéficiaire à ses héritiers à sa mort. Après la levé de l’option les choses ne sont pas plus compliquées puisque le contrat définitif est conclu et que le promettant qui refuserait de l’exécuter pourrait y être condamné.

Du coté du promettant, en revanche, la situation est plus incertaine. La question qui se pose est de savoir ce qui se passe lorsque le promettant rétracte son engagement avant la levée de l’option. **Il s’agit là d’une inexécution fautive par le promettant qui justifie donc une sanction**. Seulement, c’est la nature de la sanction qui est discutée.

Selon certains auteurs, cette sanction doit pouvoir consister dans la conclusion forcé du contrat définitif , c’est-à-dire dans l’exécution forcée de la promesse. L’idée, qui est défendue par ces auteurs, est que le promettant est immédiatement et définitivement engagé par sa promesse, de sorte que la rétractation n’ait aucun effet et n’empêche pas le bénéficiaire de lever l’option, et de faire constater en justice la conclusion du contrat définitif.

Mais une autre conception a été également défendue. L’idée cette fois est que si le promettant rétracte sa promesse avant la levée de l’option, cette rétractation empêche désormais toute rencontre des volontés de sorte que le contrat définitif ne peut jamais se former. La seule sanction possible tient alors dans la réparation du préjudice du bénéficiaire au moyen de l’attribution de dommages et intérêt. [ à solution retenue par la cour de cassation depuis un arrêt du 15 Décembre 1993 ]. Cette solution  a cependant été vivement critiquée, car l’allocation de dommages et intérêt constitue pour le bénéficiaire une sanction peu satisfaisante.

Cela étant, on peut se demander si le récent revirement de la jurisprudence en matière de pacte de préférence admettant désormais la substitution du bénéficiaire et donc l’exécution forcé du pacte ne devrait pas faire tâche d’huile, et conduire à une solution analogue en matière de promesse. A tout le moins, l’exécution forcée ne serait possible que si, par analogie, le tiers est de mauvaise fois ; c’est-à-dire si le tiers connaissait l’existence de la promesse d’une part et l’intention du bénéficiaire de lever l’option.

**Section 2 : Le moment de la rencontre des volontés**

Le contrat se présente comme le produit de la rencontre de deux volontés (ou plus), et plus précisément comme le produit de la rencontre d’une offre, d’un coté, et d’une acceptation, de l’autre. Une personne, que l’on appelle le pollicitant, émet une offre de contracter qui est accepter par le destinataire de celle-ci. En réalisant l’accord des volontés, l’acceptation donne alors naissance au contrat. Quand le pollicitant et l’acceptant sont en présence l’un de l’autre cet accord se réalise très simplement par l’émission quasi-simultané des deux volontés.

Mais le contrat peut, le cas échéant, être conclu entre deux personnes qui ne sont pas en présence l’une de l’autre. La question se pose alors de savoir, pour ce type de contrat particulier, quand se réalise la rencontre des deux volontés, par hypothèse émises à des moments différents. C’est la question du contrat entre absents (= contrat par correspondance).

**I] La rencontre de l’offre et de l’acceptation**

**A] L’offre**

1]La notion d’offre

Au sens courrant du terme, on entant par offre toute proposition de contracter. Au sens juridique ce terme désigne une réalité plus étroite. L’offre, encore appelée pollicitation, est la proposition ferme de conclure un contrat à des conditions précises de telle sorte que son acceptation suffit à former ce contrat.

En premier lieu, une déclaration de volonté n’est constitutive d’une offre, ainsi définie,  que si elle est suffisamment précise. Pour cela, il faut que l’offre énonce à tout le moins les éléments essentiels du contrat. Parfois, c’est le code civil qui précise quels sont les éléments essentiels d’un contrat ; d’autre fois, c’est la jurisprudence qui indique quels sont les éléments essentiels du contrat (notamment pour les contrats innommés). Une proposition de contracter qui ne serait pas suffisamment précise ne constitue pas une offre mais une simple invitation à entrer en pourparler. Exemple : Annonce qui propose un objet dont le prix est à débattre, ou qui précise que la vente sera faite au plus offrant.

Par ailleurs, pour qu’une proposition de contracter soit qualifiable d’offre, il faut en outre qu’elle soit ferme. C’est-à-dire qu’elle exprime la volonté de son auteur d’être liée en cas d’acceptation. C’est généralement le cas lorsque l’offre est faite à une personne déterminée. En revanche lorsque la proposition est faite à toutes personnes intéressées de conclure un contrat, dans lequel la considération de la personne est déterminante (= intuitu personae), la condition de fermeté n’est pas en principe satisfaite. Il n’y a donc pas d’offre en terme juridique. En pareille hypothèse, en effet, l’auteur de la proposition n’entend pas être lié avec le premier intéressé qui acceptera sa proposition.

Exemple : en publiant une proposition d’emploi ou de location, adressé au public, son auteur n’entend pas être lié à la premier personne qui se présentera même si celle-ci acceptait les conditions posées par cette proposition. Il demeure libre de choisir parmi ceux qui répondent à sa proposition le contractant qui lui paraîtra présenter les meilleures garantis. Et c’est pourquoi, bien que l’on parle souvent d’offre d’emploi ou d’offre de location, il ne s’agit pas d’offre au sens juridique du terme, mais de simple invitation a entrer en pourparler.

2]Le régime de l’offre

Parce qu’elle est l’expression d’une volonté isolée, l’offre, en tant que telle, apparaît assez fragile. C’est en effet, seulement en se soudant à l’autre volonté pour donner naissance au contrat qu’elle prend pleine force obligatoire. En revanche, jusqu’à ce moment, l’offre peut être anéantie par certains évènements. Elle est ainsi, en principe, si l’offrant décède avant l’acceptation, ou s’il devient incapable avant l’acceptation. Elle peut l’être également si l’offrant rétracte son offre, ce qu’il peut normalement, en principe, faire librement tant qu’elle n’a pas été acceptée.

Ces solutions, cependant, reçoivent une exception, lorsque l’offrant a adressé son offre à une personne déterminée, tout en fixant un délai pendant lequel il s’engage à la maintenir. En pareille hypothèse, l’offrant doit, en effet, respecter son engagement et ne peut donc pas rétracter son offre avant l’expiration du délai. La jurisprudence décide, par ailleurs, que le décès de l’offrant est sans incidence sur l’offre ; l’engagement de la maintenir s’imposant aux héritiers [ Cour de Cassation du 10 Décembre 1997 ].

Lorsque aucun délai n’a été prévu par l’offrant, la libre révocabilité de l’offre redevient le principe. Mais cette libre révocabilité peut être dangereuse pour le(s) destinataire(s) de l’offre, qui l’ayant reçu, ont pu la prendre en considération pour décider certaines choses. C’est pourquoi, la loi ou la jurisprudence apporte au principe de révocabilité certain tempérament. D’une part certaines offres doivent être maintenues pendant un certain délai fixé par la loi  Exemple : Droit de la consommation à Article N311-8 de code de la consommation prévoit en matière de crédit à la consommation que la remise de l’offre oblige le préteur maintenir les conditions qu’elle indique pendant une durée minimale de 15 jours.

D’autres part, c’est parfois la jurisprudence qui fait peser sur le pollicitant une obligation de maintenir l’offre pendant un délai raisonnable. En effet, lorsque aucun délai n’est fixé, les juges peuvent décider que l’offre comporte implicitement un délai raisonnable d’acceptation.  C’est un syllogisme inversé. On part de la solution pour trouver une règle de droit.

**B] L’acceptation**

L’acceptation consiste dans l’agrément pure et simple de l’offre par son destinataire. Le destinataire qui ne l’accepte pas purement et simplement, mais émettrait des réserves ou des conditions, exprime une simple contre proposition impropre à former le contrat.

L’acceptation peut être expresse ou tacite. Elle est expresse lorsqu’elle résulte d’un acte qui a été spécialement accomplie par le destinataire de l’offre, en vue de porter son accord à la connaissance de l’offrant. L’acceptation se traduit alors le plus souvent par un écrit ou par une parole. Mais elle peut également s’extérioriser par un simple geste, dès lors que la signification de ce geste est évidente (à lever la main aux enchères).

L’acceptation peut, par ailleurs, être simplement tacite, lorsqu’elle résulte d’un comportement dont on peut raisonnablement induire la volonté de contracter. C’est le cas notamment du destinataire d’une offre qui exécute spontanément le contrat qui lui ait proposé.

Qu’en est-il lorsque le destinataire de l’offre se contente de garder le silence ? Son attitude purement passive peut-elle être considérée comme une acceptation ? Le fait de ne pas répondre vaut-il acceptation ? En droit, le silence ne peut valoir à lui seul acceptation. La raison en est tout simplement, que le silence, en droit, a une signification équivoque. Il y a certes des approbations tacites, mais également des réprobations muettes, et les silences prudents. Or, le consentement, qui est un élément essentiel du contrat, doit pouvoir être établit de manière indiscutable. La volonté ne souffre pas d’équivoque en droit. à Arrêt du 25 Mai 1870.

Ce principe a fait l’objet d’application diverse. En particulier, il a été jugé que l’envoie répété d’une publication périodique, ne peut donner naissance à un abonnement, même si l’expéditeur a indiqué qu’à défaut de refus le destinataire serait abonné.

Seulement, si le silence ne peut suffire, en l’absence de tout autres circonstance, à lui seul pour valoir acceptation, cela ne signifie pas qu’il est toujours dépourvu de valeur. Certaines circonstances peuvent en effet lui donner le sens d’une acceptation dépourvue d’équivoque. C’est ce qu’a encore rappelé la cour de Cassation dans un arrêt du 24 Mai 2005 en jugeant que « si le silence ne vaut pas à lui seul acceptation, il n’en n’est pas de même lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d’une acceptation ».

Il y a trois sortes de circonstances où le silence peut avoir valeur d’acceptation :

~ Le silence vaut acceptation lorsqu’il existe entre les parties des relations d’affaires antérieures, qui se sont traduites par la conclusion répéter de contrat de même nature, sans acceptation formellement exprimée.

Ce sont ici les habitudes existantes entre les parties qui retire au silence son caractère équivoque.

~  Le silence vaut également acceptation lorsque les parties appartiennent à un milieu professionnel dont les usages confèrent au silence cette signification.

~ Le silence vaut acceptation lorsque l’offre est faite dans l’intérêt exclusif de celui auquel elle est adressée.

Le destinataire de l’offrant n’ayant aucune raison de refuser l’offre lorsqu’elle est faite dans son intérêt exclusive, son silence est considéré comme acceptation. [Exemple : Lorsqu’un débiteur reçoit de son créancier une offre de remise de dette].

**II] les contrats entre absents**

Sauf dans de rares hypothèses (comme le mariage le mariage qui est, entre autre, considéré comme un contrat en droit français)  le code civil n’exige pas la présence simultanée des parties au moment de l’échange des consentements.

Le recours à un mode de transmission de la volonté à distance, comme la lettre, le fax, et l’email suggère deux questions : D’une part, en quel lieu le contrat est-il formé ? D’autre part, lorsque le mode de transmission de la volonté n’est pas instantané à quel moment le contrat est-il formé ?

La détermination du moment de formation du contrat peut être tout particulièrement importante en pratique si l’offrant est décédé avant que l’acceptation lui parvienne, ou s’il a changé d’avis avant que l’acceptation lui parvienne. Si le contrat est conclu au moment où l’acceptation est émise, que l’offrant décède ou pas avant d’avoir reçu sont offre, le contrat n’existe plus. Par contre si on considère que le contrat est conclu lors de la réception de l’offre, si l’offrant décède après avoir fait l’offre mais après que l’acceptation lui parvienne, ces héritiers doivent exécuter le contrat.

**A] Le droit commun**

C’est le droit qu’on applique à défaut de règles particulières. Lorsque deux personnes ne sont pas en présence l’un de l’autre au moment de l’échange des consentements deux conceptions sont possibles :

Suivant la première analyse, le contrat est considéré comme formé au lieu et au moment ou l’acceptation est émise par le destinataire de l’offre. à La théorie de l’émission.

Selon la seconde analyse, le contrat est formé au lieu et au moment où l’acceptation est reçu par l’offrant. à La théorie de la réception.

La question du choix entre la théorie de l’émission et la théorie de la réception est ignorée par le code civil. C’est la jurisprudence qui se prononce en faveur de la théorie de l’émission. Arrêt du 13 Janvier 1981 et la solution a été plus récemment reprise le 11 Juillet 2002. A défaut de stipulation contraire, c’est par l’expédition de l’acceptation que le contrat devient parfait, et c’est ainsi qu’il détermine la date et le lieu du contrat.

**B] Les contrat du commerce électronique**

Si les contrats conclus sur Internet se présentent à première vu comme une simple variété de contrat à distance, il suscite de la part du législateur une attention particulière ; Pour tenir compte de la spécificité du commerce électronique et de la nécessité d’éviter des contrats conclus à la légère.

Le risque est en effet plus important qu’en d’autres domaines de conclure toute sorte de contrat sans prendre pleinement conscience de l’engagement souscrit. Risque accru par la dématérialisation de l’opération, et son instantanéité. C’est pourquoi le droit communautaire s’est préoccupé de protéger l’internaute en renforçant les obligations d’information pesant sur le professionnel ; et en reconnaissant au consommateur un droit de repentir. Le droit communautaire s’est également intéressé à cette occasion aux mécanismes de conclusion du contrat électronique. Il s’agit en l’occurrence d’une directive communautaire du 8 Juin 2000, dont le texte a été transposé en droit français par une loi du 21 Juin 2004 : « Pour la confiance dans l’économie numérique ».

L’article 1369-5, issue de la loi de 2004, prévoit désormais que le destinataire de l’offre doit confirmer sa commande pour exprimer son acceptation. C’est le système du double clic qui se trouve ainsi consacré. Le contrat n’est formé qu’au moment de la confirmation de l’acceptation.

**Chapitre 2 : Les conditions de validité du contrat**

Le consensualisme ou l’absence de condition de forme, cela signifie que les conditions de validité du contrat ne sont pas des conditions de forme mais des conditions de fond, ce qui compte c’est l’exigence d’une volonté libre et intègre d’une volonté d’individu doté de raison, s’il contracte c’est qu’il a une raison.

Par l’œuvre de quelqu’un privé de ces capacités, les conditions de validité de contrat sont pr l’essentiel des conditions de fond.

C’est à titre exceptionnel que l’on pause une contrainte de forme, le modèle du contrat du code civile c’est le contrat consensuel, l’exception c’est le contrat solennel, très exceptionnellement, le législateur impose des conditions, de forme pr la conclusion du contrat, un contrat est solennel quand il faut des conditions de forme pr qu’il soit valable.

Certaines donations vont nécessitées d’être conclues par acte notarié, art 931 du code civ, exemple de contrat solennel : le contrat de mariage (ce n’est pas l’acte par lequel on se marie, c’est un contrat qui renvoi au choit d’un régime matrimonial particulier). Celui-ci doit nécessairement être passé devant un notaire, Art 1394 du code civ. La liste des contrats solennels s’étend. Les contrats d’immeuble à construire sont des acte solennels, parfois on peut simplement imposer un écrit, acte sous seing privé, pas forcément un acte notarié. Les contrats solennel sont et restent l’exception. La jurisprudence rappelle que le contrat en droit français est consensuel, et si on impose des conditions de forme il faut interpréter ces conditions à titre de preuve et non à titre de validité, arrêt du 9 mars 2004. Si le législateur pause une condition de forme sans dire que c’est une condition, ces contraintes formelles sont simplement des contrainte de forme. Si on constate que la forme n’est pas acceptée on pourra faire annuler le contrat, car on considérera que le contrat est formé, c’est que si le contrat est contesté que l’on entre dans un débat de preuve, on peut imposer un écrit ou un équivalent à l’écrit.

Principe : Formalisme probatoire et exigence d’un écrit au-delà d’un certain montant.

Le formalisme probatoire dans le code civil, art 1342 du code civ, impose au-delà d’un montant donné, que le contrat soit rédigé par écrit par un acte sous seing privé, en dessous de ce montant la preuve du contrat est libre. Au-delà la preuve du contrat nécessite de produire un écrit. Il y a un certaine nombre d’exception, ce formalisme est allégé entre commerçant, le contrat pourra être prouvé à partir des exercices comptable.

\* 1er exception pr les actes mixte (entre le commerçant et le client par exemple), à l’encontre du commerçant on peut prouver par tt moyen, pr la partie civile, on ne peut pas prouver par tt moyen.

\* 2ème exception, si on ne peut pas conclure un écrit : preuve par tt moyen, incapacité matérielle (tremblement de terre) ; incapacité morale relation de confiance particulier qui fait que ne peut pas constituer de contrat (relation de famille)

\* 3ème exception, si on n’a pas un écrit signé des 2 parties il reste encore possible de prouver l’acte par un commencement de preuve par écrit. Ce n’est pas tt a fait un acte par écrit, c’est un écrit au sens commun du terme qui émane de la personne à qui on l’oppose et qui rend vrai semblable que le contrat ait été conclu. Il doit être corroboré par d’autre élément. L’élément doit émaner des personnes à qui on l’oppose car on ne peut pas se constituer soit mm une preuve.

Les quatre conditions de fond, traduction de l’exigence d’un consentement libre et éclairé. àArt 1108 du code civ, celui qui s’engage doit avoir la capacité, a contracté à s’engager, il doit s’engager librement, et son engagement doit avoir un objet et une cause. Si une de ces conditions fait défaut le contrat sera nul, il ne produira aucun effet.

**Section 1 – La capacité**

**Paragraphe 1- L’aptitude à contracter et à s’engager soi-même : la capacité**

La capacité est l’aptitude à s’engager, il faut être apte à donner son consentement, certaines personnes qui ont la capacité de jouissance, mais n’ont pas le droit de faire des actes (les mineurs, les majeurs protégés). Il peut arriver qu’un majeur soi placé sous un régime particulier. Il existe plusieurs régime, la sauvegarde de justice, la curatelle (plus protecteur que le premier), et la tutelle (c’est le plus protecteur)

Les mineurs peuvent faire les actes de la vie courante, (ex jeune carte bleu). L’acte peut être considéré comme nul si il est prononcé par un mineur, la nullité ne sera pas de droit, mais subordonnée à la lésion (=désavantage pr la pers protégé). Mais pour des personnes qui ne sont pas frappées d’incapacité, (tutelle curatelle,…) l’art 1414-1 du code civil prévoit l’hypothèse où l’individu pas encore placé sous un régime d’incapacité, au moment où cette personne conclu un acte, il n’est pas lucide, (par l’effet d’une maladie, ou drogue, alcool,…) si une pers n’a pas ces pleines facultés, si elle peut le prouver, elle pourra se prévaloir de cette art. Cet article qui dit que pour que l’acte soit valable, il faut ses pleines facultés ; et que la personne qui croit ne pas avoir eu toutes ses facultés doit le prouver.

**Paragraphe 2 - L’aptitude à contracter pour autrui : le pouvoir**

Le mandataire tire ses pouvoirs soit de la loi (parent), soit de la décision de justice, soit de la convention des parties (statut dans une association, statut du représentant).

Le mandataire (= représentant de l’association ou le président du conseil d’adm), il n’engage pas ses biens mais la société ou l’association, tous les effets juridiques se font sentir sur le patrimoine de la personne protégée, le mandataire doit agir dans les limites de son pouvoir ; si le mandataire dépasse la limite de ses pouvoirs, la personne protégée pourra agir en nullité. Le mineur, le majeur protégé, peut agir en nullité, personne ne peut le faire à sa place. Si la personne protégée trouve que l’acte lui est favorable, il pourra le rectifier et le juge l’acceptera.

**Section 2 : L’intégrité du consentement**

Cette intégrité du consentement est une condition évidente. Si la volonté est le moteur du contrat, elle ne doit connaître aucun défaut pour que le contrat puisse fonctionner efficacement. A cet égard, le code civil ne s’est intéressé qu’à ces défauts que la volonté peut présenter. C’est-à-dire aux vices du consentement pour les sanctionner par la nullité du contrat. Mais depuis une trentaine d’années le droit s’est par ailleurs attaché à éviter en amont ses défauts par différentes mesures dont l’objet est de s’assurer que le consentement est donné dans les meilleures conditions possibles. Aux mesures curatives que constitue la théorie  du vice du consentement  se sont ajoutées ainsi des mesures préventives.

**I] Les mesures curatives : les mesures classiques de la théorie des vices du consentement**

Selon cette théorie des vices du consentement, il existe trois vices d’inégale gravité.

Les deux premiers correspondent à l’idée que le contractant n’a pas donné son consentement en connaissance de cause, qu’il a donc été victime d’une erreur. Si le contractant s’est spontanément trompé, on parle d’erreur au sens stricte, si il a été trompé (si l’erreur dont il a été victime a été provoqué) on parle alors de dol.

Le troisième vice, quant à lui, répond à l’idée que le contractant n’a pas donné son consentement librement : C’est la violence.

Ces trois vices de consentement sont d’inégale gravité. En cas d’erreur le contractant est victime d’un vice auquel l’autre partie n’a pas pris part, il s’est trompé lui même. Son cocontractant, lui, à non seulement donné un consentement valable, mais il est de bonne fois. Autrement dit, ses intérêts méritent d’être pris en compte ; c’est pourquoi les conditions de la nullité sont les plus rigoureuses.

En revanche, en cas de dol, le cocontractant a été déloyale, puisqu’il a provoqué l’erreur. Il ne mérite donc plus d’être protégé, et c’est pourquoi le droit facilite le prononcé de la nullité.

Enfin, en cas de violence, le vice est le plus grave, puisque c’est la liberté même de contracter qui est prise en défaut. Les conditions de la nullité sont alors les plus libérales, ce qui se traduit notamment par le fait que la violence est une cause de nullité même lorsqu’elle émane d’un tiers (d’une autre personne que le cocontractant).

**A] L’erreur**

La définition de l’erreur est simple, elle consiste à croire vrai ce qui est faux et inversement. Elle peut donc se définir comme une représentation inexacte de la réalité du contrat. Sa sanction n’est pas automatique. D’un coté, l’impératif de protection de consentement devrait certes conduire à annuler tout contrat dans lequel une partie ne s’est engagée que par erreur ;  D’un autre coté, on ne peut accepter qu’une partie puisse à son gré invoquer rétrospectivement une erreur pour ce dégager d’un contrat qui ne l’intéresse plus. Il faut également prendre en compte les intérêts de l’autre partie, qui elle s’est valablement engagée. C’est pourquoi le droit nous dicte, d’une part les cas dans lesquels l’erreur peut être cause de nullité ; et d’autre part subordonne le prononcé de la nullité à des conditions strictes. Les nullités de contrat pour erreur sont rares en pratique.

1] Les cas d’erreurs sanctionnées

Le code civil n’envisage que deux cas d’erreurs, et la jurisprudence en a ajouté un troisième.

L’erreur la plus fréquente est l’erreur sur la substance ; C’est-à-dire l’erreur sur une qualité substantielle de la chose objet du contrat.  On entend par qualité substantielle une qualité déterminante qui a décidé la partie à s’engager. On comprend alors en présence d’une telle qualité que la partie puisse demander la nullité du contrat, puisqu’elle ne se serait pas engager si elle savait que cette qualité faisait défaut. Exemple : il a été jugé que commet une erreur sur la qualité de la chose substantielle de la chose vendue l’acheteur, qui souhaitant acquérir un cheval de course, achète une jument de reproduction  [ Arrêt de la Cour de cassation le 5 Février 2002 ].

L’authenticité de la chose est également souvent retenue comme une qualité substantielle en cas d’erreur commise lors de l’achat d’un objet d’art. Tel est le cas lorsqu’une personne achète un tableau comme étant l’œuvre d’un peintre comme nommément désigné, alors qu’il s’agissait en réalité d’une œuvre exécutée sous licence par un tiers. [ Arrêt rendu également le 5 Février 2002 ]. Encore faut-il cependant que la fausseté de l’attribution de l’œuvre soit établie. Il n’y a donc pas lieu d’annuler la vente d’un tableau de Van Gogh dès lors qu’il n’est pas établi que l’attribution de l’œuvre à Vincent Van Gogh était douteuse. [ Arrêt de la cours de Cassation du 25 Mai 2004 ].

Reste que parfois, c’est le vendeur lui même qui est victime d’une erreur. Par exemple lorsqu’il vend un tableau en ignorant qu’il s’agit d’une œuvre authentique d’un peintre connu. C’est l’affaire dite du Poussin (peintre de la renaissance à Nicolas Poussin) qui a donné à la jurisprudence l’occasion d’admettre ce type d’erreur, à propos d’un tableau vendu très en dessous de sa valeur. Après qu’un expert l’eu attribué à l’école de Carrache et qui s’est révélé ensuite être un authentique de Nicolas Poussin. à Erreur sur sa propre prestation. [ Arrêt de la cours de Cassation du 22 Février 1978]

Le 2e cas d’erreur concerne une erreur sur la personne du contractant. Seulement cette erreur ne peut être admise de manière générale car le plus souvent la personne du contractant est indifférente à la décision de conclure le contrat. C’est pourquoi le code civil n’en fait une cause de nullité que lorsque la considération de la personne a été la cause principale du contrat, ce qui revient en pratique à ne l’admettre que dans les contrat intuitu personæ.

Les exemples se rencontrent essentiellement pour les mariages, où l’on admet que l’erreur sur une qualité essentielle de la personne du conjoint peut être une cause de la nullité du mariage.

Ca cas d’erreur pourrait également se retrouver aujourd’hui en matière de PACS qui est expressément défini comme un contrat (article 515-1 du code civil).

A ces deux cas d’erreurs, la jurisprudence en a ajouté un 3e qualifié d’erreur obstacle, en ce sens qu’il s’agit d’un véritable malentendu qui a fait obstacle à la rencontre des volontés. A la limite, le contrat n’est pas simplement vicié, l’accord ne s’est pas purement et simplement réalisé, parce que les parties n’ont pas voulu la même chose.

Il peut s’agir d’une erreur sur la nature du contrat. Exemple : une partie pense vendre un bien, et l’autre pensait le louer.

Cela peut être une erreur sur l’objet du contrat, et en particulier une erreur sur le prix. Quand les parties sont d’accord sur le montant du prix mais qu’il s’agit dans l’esprit d’une des parties de francs et de l’autre l’euros.

Il s’agit la des seules cas d’erreur sanctionnées par le droit, car dans un soucis de sécurité juridique sont écartés d’autres types d’erreur qui permettrait d’annuler sinon trop aisément le contrat.

C’est le cas de l’erreur sur les motifs, c'est-à-dire celle commise par une partie qui se trompe sur les raisons personnelles qui l’ont conduit à contracter. à arrêt de la cour de Cassation d’avril 2003

L’autre cas d’erreur non sanctionné est l’erreur sur la valeur qui est une erreur d’appréciation économique de l’opération contractuelle. La lésion en droit français n’est pas une cause de nullité. Seule l’erreur qui ne porte QUE sur la valeur n’est pas sanctionnée. En revanche lorsque la mauvaise appréciation économique est erronée alors il peut y avoir nullité du contrat.

2] Les conditions de sanction de l’erreur

De façon général, ces conditions s’expliquent par le soucis de protéger l’autre partie qui n’a pas commis d’erreur et qui ne doit donc pas en subir mécaniquement les conséquences.

La premier condition repose ainsi sur l’idée que l’autre partie ne peut se voir opposer la nullité que si elle savait elle-même l’importance attaché par celui qui s’est trompé à la qualité défaillante. Le risque sinon serait que la victime de l’erreur pour obtenir la nullité du contrat invoque n’importe quelle qualité en soutenant qu’elle a déterminé son consentement, alors même que son cocontractant n’en savait rien.

L’annulation est donc uniquement réservée aux seules hypothèses où l’une des parties s’est effectivement déterminée en considération d’une qualité de la chose, et ou l’autre connaissait l’importance que la victime y attachait.

Pour rendre compte de cette exigence, on dit que la qualité objet de l’erreur doit être entré dans le champs contractuel ; ou encore que l’erreur doit avoir porter sur une qualité convenue.

La seconde condition repose sur l’idée que l’autre partie ne doit pas supporter les conséquences d’une erreur que la victime a commise du fait de sa propre imprudence ou négligence. Tel est le cas lorsque la victime aurait pu, ou aurait du se renseigner elle-même, ce qui lui aurait évité de commettre l’erreur. Lorsque l’erreur est ainsi la conséquence d’une faute de celui qui s’en prétend victime, on dit que l’erreur est inexcusable, ce qui se traduit par un refus d’annuler le contrat.

Le caractère excusable ou non d’une erreur s’apprécie en tenant compte de l’âge, de l’expérience et surtout de la profession de la victime de l’erreur.

Arrêt de 14 Décembre 2004 = la cour de cassation retient le caractère excusable d’un individu dans le domaine de son activité professionnelle.

**B] Le dol**

Le dol se définie comme un acte de déloyauté d’une partie ayant provoqué chez l’autre une erreur qui la déterminait à s’engager. Donc le consentement est ici également vicié par une erreur, mais cette erreur a été provoqué. Cette déloyauté explique alors que la partie qui s’en est rendue coupable ne mérite plus d’être protégée puisque c’est par sa propre faute que son cocontractant  a commis une erreur. La déloyauté entraîne deux conséquences :

~ Toute erreur lorsqu’elle est provoquée par un dol est susceptible de justifier la nullité du contrat. Il peut bien sur s’agir d’une erreur sur la qualité substantielle ou sur la personne, auquel cas la victime peut aussi bien plaidé l’erreur ou le dol pour obtenir la nullité du contrat.

Ce peut être aussi bien une erreur sur la valeur ou sur les motifs, car si elles sont indifférentes lorsqu’elles sont spontanées, ces erreurs deviennent des causes de nullité lorsqu’elles ont été provoqués par un dol. Il y a donc de cette manière un élargissement du domaine de l’erreur lorsqu’elle a sa source dans un dol, qui s’explique par le fait qu’il s’agisse de sanctionner également la déloyauté du contractant.

Pour les mêmes raisons, il importe peu également que l’erreur soit ou non excusable. Le dol rend toujours excusable l’erreur qu’elle provoque, dans la mesure où la déloyauté du contractant lui interdit de reprocher  à la victime son propre comportement. à Cour de Cassation 21 Février 2001.

~ C’est du reste l’autre conséquence de la déloyauté à l’origine du dol que de rendre l’auteur du dol fautif. En effet si le consentement est vicié par l’erreur, le dol à l’origine de cette erreur constitue en lui même une faute, un délit civil. Il en résulte que le dol se dédouble : C’est un vice du consentement à travers l’erreur qu’il provoque, mais c’est aussi une faute qui tient à la déloyauté de son auteur.

Dans ces conditions, ce sont également les sanctions du dol qui se dédoublent : en tant que vice de consentement, le dol est une cause de nullité du contrat ; en tant que faute, il engage la responsabilité civil de son auteur qui peut être condamné à des dommages et intérêt. La jurisprudence en tir la conséquence que la victime du dol à le choix entre l’un ou l’autre de ces deux sanctions.

Si elle souhaite se libérer d’un contrat qu’elle n’aurait pas conclu sans le dol de son cocontractant, elle en demandera la nullité.

Mais la victime peut aussi préférer conserver le bénéfice du contrat qu’elle aurait de toute façon conclu mais à d’autre condition s’il n’y avait pas eu de dol, par exemple moyennant un prix moindre. à dommages et intérêt qui compenseront son préjudice.

La jurisprudence lui reconnaît à cet égard une faculté d’option et précise que ces deux actions en nullité et en responsabilité sont autonomes l’une par rapport à l’autre ; en particulier si l’action en nullité est éteinte au bout de 5 ans, l’action en responsabilité civile peut avoir lieu pendant 10 ans.

Exceptionnellement, il peut y avoir cumul de l’annulation et des dommages et intérêt si et seulement **si l’annulation du contrat laisse subsister un préjudice.**

Exemple : Mr X achète une brasserie et entreprend des travaux de rénovation qui coûte très cher. Puis Mr X se rend compte qu’il a acheter la brasserie 10 fois plus que sa valeur à nullité +  dommages et intérêt.

Le prononcé des sanctions du dol nécessite la présence de plusieurs conditions.

1] Les manifestations du dol

Traditionnellement le dol est constitué par des manœuvre (article 1116) c‘est à dire des agissements positifs tendant à créer une fausse apparence. C’est le cas du salarié qui pour échapper à une analyse graphologique au moment de son embauche fait écrire la lettre de candidature par sa femme. à Cour cassation le 6 Octobre 1994.

Depuis longtemps, le droit assimile par ailleurs aux manœuvres les mensonges. Celui qui dénature la vérité pour tromper son contractant se rend coupable d’un dol. Toute fois, la jurisprudence fait parfois preuve de tolérance. Soit lorsque le mensonge est trop énorme pour avoir vraiment pu tromper le contractant ; soit dans le cas particulier où le mensonge émane d’un salarié qui lors de son embauche mentionne de fausse information dans son CV (à Arrêt du 16 Février 1999).

Si le code civil à l’article 1116 ne fait état que de manœuvre, la question s’est posé de savoir si une attitude purement passive peut être assimilé à un dol. La question se pose lorsqu’une partie détient une information qu’elle sait déterminante pour l’autre, mais n’en dit rien pour que le cocontractant ne renonce pas au contrat. C’est ce qu’on appelle la réticence dolosive.

Le principe a été posé par la cour de cassation dans un arrêt rendu le 15 Janvier 1971 jugeant que « le dol peut être constitué par le silence d’une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui s’il avait été connu de lui l’aurait empêché de contracter ». C’est la manifestation la plus reconnu du dol dans la jurisprudence.

De manière générale, cette jurisprudence sur la réticence dolosive ce justifie par une exigence accrue de loyauté lors de la conclusion du contrat, et va concrètement de paire avec la reconnaissance d’une obligation précontractuelle d’information qui peut peser sur l’une des parties. La réticence dolosive est en effet constituée chaque fois que, contrairement à ce qu’exige la bonne fois, une partie ment sciemment à son obligation d’information pour déterminer l’autre à contracter. Logiquement le dol est en revanche écarté dans les hypothèses où les tribunaux considèrent qu’un contractant n’est pas tenu de révéler à l’autre l’information qu’il détient.

La cour de cassation dans un arrêt rendu le 3 Mai 2000 (à Arrêt Baldus) a refusé de sanctionner la réticence dolosive d’un acheteur, en considérant qu’il n’avait pas l’obligation d’informer le vendeur de la valeur réel du bien acheté.

Dans un autre domaine, il a été jugé par la cour de Cassation le 24 Septembre 2003 que le silence gardé sur une partie sur sa mise en redressement judiciaire n’est pas en soi constitutif d’un dol, dans la mesure où « aucun texte n’oblige une entreprise à informer son futur cocontractant qu’elle fait l’objet d’un redressement judiciaire ».

Plus récemment, la cour de Cassation à jugé dans un arrêt du 21 septembre 2005, qu’un salarié n’a pas a révélé à l’employeur son état de santé ou son handicap même s’il le sait incompatible avec l’emploi occupé.

2] Les conditions de la sanction du dol

Parce que le dol est un vice du consentement, il doit nécessairement avoir eu une influence déterminante sur le consentement. On entend ainsi, qu’il doit avoir créer une erreur sur un point essentiel et avoir jouer un rôle déterminant dans la conclusion du contrat. Soit que la partie qui en a été victime n’aurait pas contracter en l’absence du dol ; soit qu’elle se serait engager à des conditions différentes. A cet égard, la cour de Cassation ne distingue plus entre le dol principal et le dol incident. Un arrêt du 22 Juin 2005 écarte la différence entre le dol principal et le dol incident.

Par ailleurs, le dol étant également un délit, la jurisprudence exige que cette faute présente un caractère intentionnel. C’est en effet l’intention de tromper qui caractérise la mauvaise foi, et justifie de sanctionner son auteur en lui faisant supporter la nullité du contrat. Mais, cela étant, la jurisprudence n’est pas toujours très rigoureuse sur ce point, et dans le cas d’une réticence dolosive, certains arrêts admette que le dol est constitué par le seul manquement à l’obligation d’information, peu importe qu’il y ait eu ou non volonté de tromper.

La 1er chambre civil (13 Mai 2003) et la 3e Chambre civil (11 Mai 2005) n’exige pas l’intention de tromper. La Chambre commerciale dans un arrêt du 28 Juin 2005 a elle exigé le caractère intentionnel.

La cour de Cassation est en revanche plus ferme pour exiger que le dol soit le fait du contractant pour justifier l’annulation du contrat.

Si la protection de la victime de l’erreur est élargie lorsque l’erreur est provoquée par un dol, c’est parce que l’autre partie est de mauvaise fois, et ne mérite pas d’être protégée. Mais cette raison a alors un corollaire : le dol est une cause de nullité que s’il provient de l’autre partie.  Si le dol est le fait d’un tiers, il ne peut donner lieu qu’à des dommages et intérêt.

**C] La violence**

C’est le vice le plus grave, mais aussi le moins fréquent. Cette marginalité s’explique d’après la conception classique de violence, qui est celle du code civil, qui l’envisage comme l’action d’une personne déterminée, qui sous la menace contraint l’autre partie à conclure le contrat.

La violence suppose donc ainsi que le consentement soit extorqué sous la contrainte (à article 1109) ce qui est peu fréquent. Seulement, on s’est demandé plus récemment si la violence peut résulter non plus de l’action d’une personne mais des circonstances et notamment des circonstances économiques qui peuvent peser sur la décision de conclure le contrat à c’est la question de la violence économique, à laquelle la cours de Cassation semble peu à peu s’ouvrir.

1] La violence au sens classique du code civil

Dans sa conception classique, la violence s’entend de l’action d’une personne qui obtient par la contrainte la conclusion d’un contrat. A cet égard, la violence se présente à la fois comme une faute, et comme une vice du consentement (c’est la crainte qui en résulte).

Si l’on s’en tien à l’aspect délictuel de la violence toutes les formes de contrainte à ce propos, des plus rudimentaires au plus raffinées, peuvent être retenu comme des fait de violence.

La menace peut être physique ou morale (=menace de révéler un fait intime de la vie privée). La violence peut également prendre une forme plus insidieuse et résulter de pressions psychologiques exercées sur la personne, telles que les pressions exercées sur l’adepte d’une secte pour en altérer le jugement et l’incité à se débarrasser de ses biens matériels en les donnant ou en les vendant à bas prix au dirigeant de la secte (à arrêt Jojema du 13 Janvier 1999).

En toute hypothèse, la contrainte, pour constituer un fait de violence, doit présenter un caractère illégitime. Il résulte qu’une personne peut être contrainte de conclure un contrat sans que cette contrainte dégénère en violence, si elle est exercée légitimement. Tel est le cas lorsqu’une personne conclu une convention sous la menace d’une action en justice, lorsque cette action est fondée [ Par exemple : un employé ayant détourné des fond, souscrit une reconnaissance de dette sous la menace d’une plainte pénal ].

Encore faut-il cependant que cette menace légitime reste mesurée et ne vise pas à obtenir des avantages excessifs ou sans rapport avec l’objet de l’action dont la personne est menacée. En pareil cas, la violence résulte alors à nouveau de la faute. Par exemple : lorsqu’une femme surprise en flagrant délit d’adultère est menacé de poursuite pénal, consent à son mari une reconnaissance de dettes importantes pour éviter la poursuite pénal.

Par ailleurs, en tant que vice du consentement, la violence n’est une cause de nullité que si elle a effectivement déterminée la partie qui en a été victime à s’engager. On retrouve la l’exigence du caractère déterminant, celui qui suppose en l’occurrence que la violence présente une certaine gravité pour inspirer un sentiment de crainte qui vicie le consentement de la partie victime. A ce propos le code civil précise à l’article 1114 que la seul crainte révérencielle (= le respect maternel / paternel) envers le père, la mère ou un autre ascendant, sans qu’il y est eu violence exercée ne suffit pas pour annuler le contrat. La crainte ne suffit pas s’il n’y a pas eu contrainte. C’est cependant une solution un peu différente qu’une loi du 4 Avril 1006 a retenu en matière de mariage, en modifiant l’article 180 du code civil, selon lequel désormais « l’exercice d’une contrainte sur les époux ou l’un d’eux y compris par crainte révérencielle envers un ascendant constitue un cas de nullité de mariage ». Autrement dit, en matière de mariage assimile la crainte à la contrainte.

En toute hypothèse, si la violence ressemble au dol en ce qu’elle est à la fois un vice du consentement et une faute, elle s’en distingue parce que c’est un vice encore plus grave en ce qu’il importe peu qu’elle émane du contractant ou soit le fait d’un tiers. Il importe peu que la victime de la violence soit le contractant ou une autre personne que le contractant, il peut notamment s’agir de personnes pour lesquelles a une certaine affection, comme son conjoint, ces enfants etc.

2] Le renouveau de la violence : la violence économique

Si la violence résulte ordinairement d’un fait de la personne, on s’est demandé si elle ne peut pas également procéder des circonstances, qui dans certains cas altère la liberté de s’engager autant que la menace d’une personne déterminée. Tel fut le cas des juifs qui ont du vendre leur bien à très bas prix pour échapper au nazi. Le contrat était conclu sous l’empire d’un état de détresse.

Aujourd’hui ce sont plutôt les circonstances économiques qui peuvent peser sur la liberté de contracter.

Exemples : Un chômeur de longue durée accepte un emploi à des conditions très désavantageuses, parce qu’il n’a pas le choix. // Une personne menacée d’expusion contracte un prêt pour pouvoir payer son loyer sans pouvoir négocier les conditions.

C’est ici l’état de dépendance économique qui peut vicier le consentement.

La contrainte qui résulte des seules circonstances ne peut être admis de façon général comme une cause de nullité. En effet, à ce compte là, nombre de contrats seraient exposé au risque d’annulation pour avoir été souscrit dans une situation de dépendance économique. C’est pourquoi la jurisprudence ne retient dans ce cas la violence que si l’autre partie a abusé de la situation de détresse ou de dépendance économique dans laquelle se trouvait la victime pour en tirer des avantages excessif. C’est à cette condition seulement que la contrainte qui s’exerce devient réellement illégitime, puisqu’il n’y a rien d’illégitime (dans une économie marchande et libérale comme la notre) à ce qu’une partie se trouve en situation de dépendance économique par rapport à son partenaire, ou qu’elle subisse lors de la conclusion d’un contrat le poids des circonstances économiques. L’exigence d’un abus et d’un avantage excessif a été posé dès le XIXe siècle à propos de l’exploitation d’une situation de détresse. La cour de cassation à rendu un arrêt le  27 Avril 1887. Un navire Danois est dans la baie de seine et commence a coulé très lentement. Un remorqueur se propose de remorquer le navire. Il demande la moitié de la valeur or de la cargaison. La compagnie a demandé la nullité du contrat. Le capitaine danois a eu gain de cause.

Cette exigence se retrouve aujourd’hui dans la jurisprudence qui admet timidement l’existence d’une violence économique.

La cour de cassation a jugé dans un arrêt du 3 Avril 2002 que « seul l’exploitation abusive d’une situation de dépendance économique faite pour tirer profit de la crainte d’un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicié de violence son consentement ». Dans cet arrêt il s’agit d’une femme directrice de collection chez Larousse. Pendant ces temps libre elle fait un dictionnaire pour enfant. A la même époque, Larousse licenciait à tour de bras. On ne sait pas quels sont les salariés visé par les plans de licenciement. Larousse achète les droits d’auteur du dictionnaire pour enfants. Après avoir quitté Larousse, la femme porte plainte et a gain de cause en 1er et en 2nd instance. Mais la cour de cassation casse l’arrêt, car il aurait fallu que les juges reconnaissent une menace directe à l’origine de la violence économique. à risque d’insécurité juridique = cour de cassation hostile à la violence économique.

**II] Les mesures préventives : Les nouvelles techniques de protection du consentement**

Depuis une 30aines d’années, le droit français a donné une nouvelle vigueur à la protection du consentement, on ne se contentent plus seulement de sanctionner par la nullité un contrat vicié, mais en s’efforçant d’éviter par des mesures préventives le risque d’altération du consentement. Pour l’heure, ce renforcement de la protection de la volonté se rencontre essentiellement en droit de la consommation, où en raison de l’inégalité économique entre les parties contractante, le souci de protéger la partie faible se fait plus fortement sentir que en droit commun. Il y a trois séries de mesures :

Ainsi, pour garantir la liberté du consentement, le droit de la consommation a purement et simplement interdit certaines pratiques contractuelles considérées comme étant particulièrement agressives ou dangereuses pour le consommateur. C’est le cas de la vente par envoie forcé, mais également des ventes liées, c'est-à-dire qui subordonnent l’achat d’un produit à une quantité imposé, ou à l’achat concomitant d’un autre produit. Cette interdiction n’empêche pas un commerçant de présenter sa marchandise par lot à un prix plus avantageux. Mais, il faut alors que les mêmes produits puissent être acquis séparément dans le même magasin.

Par ailleurs, pour garantir un consentement plus réfléchi, le droit de la consommation utilise deux technique dont l’objet est de s’assurer que le consommateur ne s’engage pas à la légère. La première technique est celle du délai de réflexion, qui conduit à différer la conclusion définitive du contrat à l’expiration d’un certain délai (exemple : 10 jours en matière de crédit immobilier) pendant lequel on escompte que le consommateur sera amené à réfléchir à la porter de son engagement. L’autre technique est celle du droit de repentir ou de rétractation qui permet au consommateur pendant un certain délai (d’au moins 7 jours) de rétracter unilatéralement son consentement, après la formation du contrat, et de revenir ainsi sur son engagement après en avoir mesurer la portée.

Enfin, pour garantir un consentement plus éclairé, le droit de la consommation à instituer différentes obligation d’informations pesants sur le professionnel et profite au consommateur, notamment en ce qui concerne les caractéristique du produit, le prix. Toute fois, à la différence des autres mesures qui restent propre au droit de la consommation, l’obligation d’information a été généralisée par la jurisprudence à tous les contrats dès l’instant où une personne détient une information pertinente que son cocontractant ignore et qui serait de nature à affecter la nature de sa décision à contracter. Le manquement à cette obligation engage la responsabilité délictuel de celui qui détenait l’information, mais peut aussi justifier l’annulation du contrat à travers la réticence dolosive, lorsque la dissimulation était volontaire dans le but d’inciter le cocontractant à s’engager.

**Section 2 : L’objet**

En effet, outre le consentement de chacune des parties, le contrat a besoin d’un objet pour être valablement formé. Cet objet doit présenter lui même trois caractères : Il doit exister, il doit être dans le commerce, et il doit être déterminé.

**I] L’existence de l’objet**

Lorsque le contrat porte sur une chose, cette chose doit exister en principe lors de sa conclusion. On comprend en effet que si des personnes conclues une convention relativement à une chose qui n’existe pas, le contrat peut être remis en cause. Cela étant, le principe supporte deux exceptions qui concrètement en limitent considérablement la protée :

~ D’une part, le droit français admet que la chose puisse ne pas encore existé lors de la conclusion du contrat, si elle est susceptible d’exister au moment de son exécution. Autrement dit le droit reconnaît ainsi que le droit peut valablement porté sur une chose future.

~ D’autre part, le second tempérament tient à la possibilité pour les parties de conclure un contrat aléatoire, c'est-à-dire un contrat portant sur une chose dont elle ignore si elle existera un jour. C’est ainsi qu’on peut acheter l’espoir d’une récolte.

Cela étant, cette condition de l’existence de l’objet s’applique aussi au prix, lorsque l’obligation consiste dans le paiement d’une somme d’argent. Le prix, qui est l’objet de l’obligation, doit également exister. On entend par là que le prix doit être réel et sérieux, et non pas dérisoire. Selon la jurisprudence, un prix ridiculement bas revient en effet à ne absence de prix, donc le contrat est nul.

Mais encore faut-il distinguer à ce titre le prix dérisoire sanctionné par la nullité et le prix lésionnaire qui laisse le contrat valable. En effet, à la différence du prix dérisoire, qui équivaut à une absence de prix, le prix lésionnaire est un prix simplement insuffisant. [ à Arrêt du 4 Juillet 1995 ] è en cas pratique, il faut discuter.. Est-ce un prix dérisoire ou lésionnaire ?

**II] La commercialité de l’objet**

Si l’on exige que la chose qui est l’objet du contrat soit dans le commerce, ce mot ne doit pas être pris dans son sens courrant d’échange marchant, mais dans un sens plus large, qui vient du droit romain « le commercium » (qui signifie « circulation juridique »). Autrement dit , une chose doit être considérée comme n’étant pas dans le commerce lorsqu’elle ne peut pas faire l’objet d’aucun acte juridique entre les personnes aussi bien à titre onéreux qu’à titre gratuit. C’est ce que formule l’article 1128 du code civil, en énonçant qu’ « il n’y a que les chose qui sont dans le commerce qui puissent être l’objet des conventions ». Ainsi considérer, la mise d’une chose hors du commerce résulte en règle général d’un interdit. C’est la loi ou la jurisprudence qui interdit que certaines choses puissent faire l’objet de convention afin d’éviter qu’elle circulent librement comme le font ordinairement toutes marchandises dans un marché. Certain de ces interdits sont extrêmement anciens, comme celui qui s’applique à celui du tombaux des sépultures.

Les raisons qui fondent cette interdit sont de diverses natures :

~ Parfois la chose est mise hors du commerce parce qu’elle est en soi illicite. C’est ce qu’a jugé la cour de cassation dans un arrêt du 24 septembre 2003, à propos des marchandises contrefaites, qui ne peuvent donc pas faire l’objet d’une vente.

~ D’autre fois,c ‘est parce qu’elle est considérée comme étant dangereuse pour la santé ou la sécurité des personnes que la chose est mise hors commerce. C’est le cas par exemple des remèdes secrets depuis une loi du 21 Germinale 11. C’est le cas également de l’absinthe depuis une loi du 16 Mars 1915. C’est aussi le cas pour les animaux atteints d’une maladie contagieuses (tel que les vaches folles x) ). Enfin, dans le même esprit, la cour de cassation a récemment qualifier dans un arrêt du 16 Mai 2006 les produits périmés également de chose hors du commerce au sens de l’article 1126 du code civil.

~ La troisième raison est le souci d’éviter que la chose perde la destination qu’elle reçoit lorsqu’elle est affectée à un usage spécifique, particulier.

Par exemple : les biens du domaine public (routes, bâtiments du domaine de l’Etat) sont affectés à l’usage du public, et c’est pour éviter qu’ils perdent cette affectation  que le droit décide qu’ils sont hors du commerce ; c'est-à-dire que l’Etat ne peut pas en disposer.

Les souvenirs de famille, c'est-à-dire les choses qui évoquent la mémoire d’une famille, sont affectés à l’ensemble des membres de la famille dont ils rappellent le souvenir ; C’est pourquoi la jurisprudence décide qu’ils sont hors du commerce, pour éviter que celui qui les détient puisse en disposer au détriment des autres membres de la famille.

La singularité du droit actuel tient cependant moins à ce qu’il soustrait certaines choses du commerce qu’à ce qu’il admet désormais le commerce de choses qui étaient auparavant retirées. En effet, dans une société dominée par l’échange il est remarquable que le domaine des choses hors du commerce soit en voix de régression.

1] Les produits du corps humains

Dans la tradition juridique française, le corps humain n’est pas considéré comme une chose, mais comme la personne elle-même. Or, on estime que la personne échappe par nature à l’échange. Elle est le sujet du contrat, et ne peut en être l’objet. L’esclavage aboli, on décide donc qu’il en est de même du corps de la personne qui en est le substrat. Hors du commerce, le corps ne peut, en principe, n’être l’objet d’aucun contrat, même à titre gratuit. C’est en application de ce principe que la Cour de Cassation a déclaré nulles les conventions dites de mères porteuses, par lesquelles une femme s’oblige à concevoir ou simplement à porter un enfant pour le remettre à sa naissance à une autre femme en vu de son adoption. Ce type de contrat conduit à instrumentaliser le corps de la mère porteuse, en louant ses facultés procréatrices (« contrat de location de vente ») ce que le droit français, même si l’opération est à titre gratuit [ Arrêt du 31 Mai 1991, confirmé par la loi à Article 16-7 du code civil ].

Tous les contrats portant sur le corps humain ne sont pas cependant aujourd’hui interdit, il en est même qui ont toujours été licites, comme le contrat médical. La validité de ce contrat s’explique bien sur par le fait que le contrat  est conclut dans l’intérêt de la personne elle-même. Il est en revanche remarquable, que certains contrats, autrefois considérés comme illicites, sont désormais valable, alors même qu’il porte sur le corps d’une personne qui n’ a aucun intérêt direct à l’opération à laquelle elle se prête. Tel est le cas en particulier du contrat d’expérimentation sur l’être humain, qui est valable depuis une loi du 20 Décembre 1988, même si celui qui s’y soumet n’en attend aucun bénéfice individuel.

Encore plus remarquable est la mise dans le commerce juridique des éléments et produits du corps humain. Parce que la matière humaine doit pouvoir circuler pour satisfaire des besoins thérapeutique, le droit a admis successivement la validité du don de corné en 1948, puis le don de sang en 1952, et enfin le dont de sperme tissu organes et cellule en 1976. En faisant état de la cession des éléments et produits du corps humain, le code de la santé publique reconnaît bien ainsi que la matière humaine est considéré en droit comme une chose et que cette chose susceptible d’être cédée est dans le commerce juridique. Tout au plus la loi impose la gratuité de ces actes juridiques, en tout cas dans les rapports entre le donneur et receveur. L’article 16-5 du code civil dispose en effet que les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain à ses éléments ou à ses produit sont nulles.

Pour autant, tous les actes de dispositions ne sont pas autorisés par la loi. Si celle-ci a abandonné le principe d’indisponibilité du corps humain, ce n’est pas pour autant pour consacrer au profit de la personne un droit de disposer des produits de leur corps. De fait, seuls les actes que la loi vise expressément sont possibles à savoir des actes de don, anonymes, dans un but thérapeutique, et avec intervention d’un établissement médical agréé. Au delà, l’ordre public continu de sanctionner par la nullité les conventions qui n’entre pas dans les prévisions légales.

Pendant près de 150 ans, c'est-à-dire du milieu du XIXe siècle jusqu’à la fin du XXe, la jurisprudence a décidé que les clientèles civiles, c'est-à-dire les clientèles des professions libérales étaient hors du commerce pour en déduire qu’elles ne pouvaient être vendu. Cette solution s’appuyait logiquement sur la considération qu’une clientèle n’est pas en soit appropriable en raison  la liberté du client dans le choix du professionnel. Aucun professionnel n’étant propriétaire de ses clients, il ne peut prétendre en disposer au profit d’un tiers au moyen d’un contrat. Cela étant, envisagé au plan économique, la clientèle n’en constitue pas moins une valeur, un véritable capital pour le professionnel puisque c’est d’elle qu’il en tire ses revenus. Il est donc peut surprenant dans un modèle économique marchand que les professionnels aient cherché à tirer profit de cette valeur notamment lorsque cessant leur activité ils souhaitent transmettre le bénéfice de leur clientèle à un confrère qui leur succède. La jurisprudence avait admis dans un premier temps la possibilité pour le professionnel qui se retire de présenter son successeur à la clientèle moyennant finance. C’est ce qu’on appelait le contrat de présentation de clientèle.

Dans un second temps, la Cour Cassation est allée encore plus loin et a abandonné  sa solution de principe pour juger dans un arrêt de revirement du 7 Novembre 2000 que la cession d’une clientèle médical n’est pas illicite dès lors qu’elle sauvegarde la liberté de choix du patient. Il est désormais considéré que la clientèle libéral fait parti d’un fonds libéral, comme il est admis depuis longtemps que la clientèle commerciale est un élément du fonds de commerce. La clientèle est alors transmise avec le fonds lui même en cas de cession de ce fonds à un tiers. De même en cas de décès du professionnel, elle se transmet avec le fonds aux héritiers. (La seule limite à la validité de l’opération et que soit sauvegardé la liberté de choix des clients. Cette exigence conduit notamment à interdire la cession partiel de la clientèle.

**III] La détermination de l’objet**

L’objet doit être déterminé pour que les parties sachent exactement en quoi consiste les prestations promise. Cette exigence ne soulève guère de difficulté lorsque l’obligation porte sur une chose autre que de l’argent. La chose doit être déterminée, mais on admet qu’elle puisse simplement être déterminable. En revanche, la question de la détermination de l’objet a donné lieu, depuis une 10aine d’années, à une évolution jurisprudentielle importante lorsque l’objet de l’obligation consiste dans le paiement d’un prix.

1] La détermination de la chose (autre que le prix)

Lorsque l’obligation porte sur un corps certain, c'est-à-dire une chose déterminée dans sa matérialité et spécifiée dans son individualité (œuvre d’art, maison) l’exigence de la détermination de l’objet ne pose aucune difficulté, il faut mais il suffit que le bien soit désigné dans le contrat. Lorsque l’obligation porte sur une chose de genre, c'est-à-dire une chose fongible (= un objet de série interchangeable). L’article 1129 du code civil exige plus particulièrement à peine de nullité qu’elle soit déterminé dans son espèce et dans sa quotité. Par l’espèce on entend le genre auquel la chose appartient, par sa quotité, on entend sa quantité. Il n’est pas nécessaire que cette quantité soit dors et déjà déterminé lors de la conclusion du contrat, il suffit qu’elle soit déterminable au moment où le contrat doit recevoir exécution, d’après les indications de l’acte.

2] La détermination du prix

Lorsque l’objet de l’obligation de l’une des parties consiste en le versement d’un prix la question se pose de savoir si ce prix doit être déterminé dès a conclusion du contrat. Aucune disposition générale relative à l’ensemble des contrats ne règle la question.

Seul l’article 1591 du code civil à propos de la vente exige expressément que le prix soit déterminé. Le problème est qu’il n’est pas toujours possible en pratique que le prix soit déterminé par les parties au moment même de la conclusion du contrat. Pour qu’il en soit ainsi, il faut en effet que les parties connaissent exactement la prestation qui doit être fournie en contre partie du prix et sa valeur économique dès la conclusion du contrat. Or il y a des contrats qui prévoient une fixation du prix (demander à alice) [Exemple : contrat de distribution ] Pour ces contrats là, il est difficile de fixer immédiatement le prix de ces prestations.

Pendant longtemps, la jurisprudence à fait de la détermination du prix, au moment de la formation du contrat, une condition de validité de celui-ci, dont l’absence était sanctionné par la nullité de l’acte. Tout au plus, pour tenir compte des contingences économiques, la jurisprudence admettait que faute d’être déterminée lors de l’échange des consentements, le prix pouvait être simplement déterminable par référence à un mode de calcul arrêté dès l’origine. Mais la jurisprudence exigeait alors que ce mode de calcul ne dépende pas dans son application de la volonté ultérieure de l’une ou l’autre des parties. Il fallait que le mode de calcul soit purement objectif. Concrètement, si le prix n’était pas déterminable sans une nouvelle appréciation de l’une des parties, ou si le mode de calcul conduisait à abandonné à l’une des parties le soin de déterminer unilatéralement le prix, le contrat était annulé. L’annulation était systématiquement prononcé lorsque le prix était fixé par référence aux tarifs du fournisseur en vigueur le jour de la livraison. Initialement, cette jurisprudence était fondée sur l’article 1591 du code civil, texte qui est propre à la vente, et qui dispose que le prix doit être déterminé par les parties.

A partir de 1978, la Cour de Cassation s’est référée à l’article 1129 du code civil, qui est un texte commun à tout les contrats, et qui concerne plus généralement la détermination de la chose, objet d’obligation. Ce nouveau fondement lui a alors permis d’étendre la règle a des contrats qui n’ont rien avoir avec la vente, comme le contrat de bail, d’assurance, de prêt, ou encore le contrat de franchise.

La vigueur de ces règles est apparue rapidement excessive, car elle permettait trop facilement en pratique à l’une des partie d’obtenir l’annulation du contrat au prétexte que le prix n’était pas déterminé, ou n’était pas objectivement déterminable lors de la conclusion de l’acte. Il y a une insécurité juridique qui en est née. C’est pourquoi la 1ere chambre civile de la Cour de Cassation par deux arrêts de 29 Novembre 1994, la première, puis l’Assemblée Plénière de la Cour de Cassation par six arrêts rendus le  1er Décembre 1995 on procédé à un revirement de jurisprudence.

A cette occasion, la Cour de cassation a posé deux principes. D’une part, elle a jugé que l’article 1129 du code civil n’est pas applicable à la détermination du prix. Par cette proposition, elle a écarté sa jurisprudence antérieure, qui annulait sur le fondement de ce texte les contrats dont le prix n’était pas déterminé ou déterminable. D’autre part, puisqu’il n’est plus nécessaire que le prix soit déterminé lors de la conclusion du contrat, la Cour de Cassation a admis que l’un des contractant puisse fixé unilatéralement le prix au cours de l’exécution sous réserve de l’abus dans l’exercice de cette prérogative. La détermination du prix, lors de la conclusion du contrat n’est donc plus, en principe, une cause de nullité de l’acte. Désormais, l’une des parties peut fixer unilatéralement en particulier lors de la livraison, mais celui à qui on reconnaît ce droit ne doit pas en abuser. En cas d’abus, la sanction consiste soit en la résiliation du contrat, c'est-à-dire son anéantissement non rétroactif ; soit dans l’octroi de dommage et intérêt. La jurisprudence fourni cependant presque aucun exemple d’abus.

L’un des seuls arrêt de la Cour de Cassation a admis l’existence d’un abus date du 15 Janvier 2002. Dans cet arrêt, il a été jugé qu’il y a abus lorsque le contractant qui a le pouvoir de fixer le prix, impose des sacrifice à ces partenaires au point de menacer leur activité économique, alors que lui-même distribue des dividendes à ses actionnaires.

Il faut encore préciser le domaine de cette nouvelle jurisprudence. En effet, celle-ci ne s’applique pas de manière générale à tout les types de contrat. Sont concernés de manière certaine les contrats de concession exclusive (contrat des pompistes par exemple) les contrats de location entretien (Alcatel, contrat d’entretien d’ordinateur), les contrat de franchisages, ou encore les contrats de prêt (variation du taux d’intérêt). En revanche la Cour de Cassation a précisé que les règles nouvelles ne s’applique pas aux contrats de vente dans la mesure où celui-ci fait l’objet d’un texte spécial (article 1591) qui exige que le prix soit déterminé lors de la conclusion. Pour les contrats de vente, il faut continuer d’appliquer les règles antérieures, à savoir que le prix doit être déterminé dès la conclusion du contrat ou du moins être déterminable indépendamment de la volonté des parties [Arrêt du 2 Décembre 1997 à Ferrari]. A défaut la vente est nulle, le juge ne pouvant suppléer la carence ou le désaccord des partie.

Par ailleurs, avant même le revirement de 1995, un type de contrat a toujours fait l’objet d’un régime particulier, c’est le contrat d’entreprise, c'est-à-dire le contrat par lequel une personne s’engage contre rémunération a exécuté de manière indépendante un travail déterminé pour l’autre partie [ Exemple : construction d’une maison, prestation de service]. Pour ce contrat, la jurisprudence décide que la détermination du prix lors de la conclusion du contrat n’est pas exigée. Le prix peut être fixé par les parties lors de l’exécution, ou même à l’issue de l’exécution du contrat, et à défaut de l’accord des parties, c’est le juge qui le détermine.

**Section 3 : La cause**

Au sens large, la cause doit être entendue comme le but que les partie poursuivre en concluant le contrat, la raison qu’elles ont de le passer. Autrement dit, alors que l’étude de l’objet du contrat répond à la question « qu’est-ce que les parties ont voulu ? » La cause réponse à la question « pourquoi l’ont-elle voulu ? ». Ce pourquoi peut être une raison proche, ou une raison lointaine.

Exemple : Deux personnes concluent un contrat de vente d’une maison. Pourquoi chaque partie a consentie à cette opération ? Si on s’en tien à la raison immédiate, le vendeur à céder sa maison pour obtenir un prix de vente, et l’acheteur pour en devenir propriétaire. Cette raison est alors invariable puisqu’on la retrouvera dans tout contrat de vente. Si on recherche en revanche la raison plus lointaine, elle varie d’un contractant à l’autre. Le vendeur a besoin d’argent pour avoir une maison plus grande, pour jouer un casino, ou pour rétribuer un tueur à gage. L’acheteur a acheté la maison pour y habiter avec sa famille, pour y installer son cabinet professionnel, ou encore pour y mettre son amant

Selon l’approche retenue, la conception de la cause est différente. Ramené à la raison immédiate, la cause présente un caractère objectif, abstrait, car elle est identique pour un type donné de contrat. Au contraire, comprise comme la raison lointaine, la cause présente alors un caractère subjectif, concret, car pour un même type de contrat, elle varie d’un contractant à l’autre selon ses motivations personnelles.

Quelle conception retenir ? La question est délicate car les textes en la matière renvoient à différentes notions. L’article 1131 du code civil distingue l’obligation sans cause, l’obligation sur une fausse cause, et l’obligation sur une cause illicite. Dans la mesure où l’on assimile traditionnellement la fausse cause à l’absence de cause, il reste alors une opposition entre l’obligation sans cause qui pose le problème de l’existence de la cause, et l’obligation sur une cause illicite qui pose la question de la licéité de la cause.

Par ailleurs, il existe une autre distinction. Alors que l’article 1131 du code civil se réfère à la cause de l’obligation, l’article 1132 vise la cause de la convention. D’où une nouvelle opposition entre la cause de l’obligation et la cause de la convention.

A partir de ces différentes distinctions, la jurisprudence retient une conception dualiste et distributive de la cause. Elle distingue en effet d’un coté la cause de l’obligation entendu comme la cause immédiate (abstraite, ou encore objective) qui permet de s’assurer que la cause existe et d’un autre coté la cause du contrat entendu comme la cause lointaine (concrète ou subjective) qui permet de vérifier que la cause est licite. Autrement dit, la cause immédiate et la cause lointaine, c'est-à-dire la cause de l’obligation et la cause du contrat, ont chacune leur domaine propre. La première est exigée pour la cause existe, la seconde est examiné pour savoir si la cause est licite.

**I] L’existence de la cause**

Dans son application traditionnelle la cause de l’obligation réside en principe dans la contrepartie que celui qui a souscrit cette obligation attend de son cocontractant. S’il raisonne en effet, à propos des contrat synallagmatique, une personne ne s’engage contractuellement à fournir  quelque chose que parce qu’elle doit recevoir en retour quelque chose de son cocontractant. Mais alors si la cause de l’obligation de l’un est ainsi la prestation attendu de l’autre, on peut conclure que la cause de l’obligation de chacune des partie réside toujours dans l’objet de l’obligation de l’autre. Dans un contrat, on a une obligation de chaque coté qui est un objet, et bien c’est cet objet qui constitue la cause de l’obligation de l’un et réciproquement.

Pour concevoir les choses plus simplement il apparaît de cette manière que la cause coïncide avec les éléments essentiels du contrat. Par exemple en raisonnant sur la vente, l’acheteur s’engage à verser un prix, c’est l’objet de son obligation, parce que le vendeur promet de lui fournir une certaine chose, c’est la cause de son obligation. Inversement le vendeur s’oblige à remettre une certaine chose, c’est l’objet de son obligation, parce que l’acheteur doit lui en verser le prix, c’est la cause de son obligation. Il suit de cela que l’obligation de l’un ou l’autre des partie est sans cause lorsque la contre partie qu’elle attend est absente, c'est-à-dire lorsque l’un des éléments essentiels du contrat fait défaut. Par exemple, l’obligation de l’acheteur est sans cause lorsque la chose objet de la vente n’existe pas. Inversement l’obligation du vendeur est sans cause lorsque le prix qui doit lui être versé est inexistant ou dérisoire. A cet égard, l’existence de la cause doit s’apprécier à la date où l’obligation est souscrite, c'est-à-dire lors de la conclusion du contrat [rappelé par un arrêt du 11 Janvier 2000]. Il en résulte que la disparition de la cause de l’obligation en cours d’exécution du contrat (par exemple la destruction de la chose) ne remet pas en cause la validité de l’acte. Ce sont d’autres mécanismes qui  interviendront pour corriger cette situation, comme l’exception d’inexécution, la résolution pour inexécution, ou encore la théorie des risques.

Ainsi considérée, la cause ne présente concrètement que peu d’utilité en pratique puisqu’elle se borne au fond à protéger les contractants contre la souscription d’engagement dépourvu de toutes contreparties ce qui est très rare. C’est pourquoi une application que l’on pourrait qualifier de moderne de la cause qui se dessine en jurisprudence lui donne une nouvelle vigueur en en faisant un instrument de protection contre des déséquilibres contractuels manifestes. Il n’y a pas de mécanisme de correction contre les déséquilibres contractuels.  Les auteurs défendant la doctrine solidariste ont cherché des moyens de correction contre les déséquilibres contractuels. ( à rôle plus dynamique à la cause). Considéré comme un élément de correction contre les déséquilibres contractuels ne se limite plus aux éléments essentiels du contrat mais s’étend plus généralement à la contrepartie nécessaire, ou encore la contrepartie suffisante du contrat.

L’arrêt Chronopost rendu  le 22 Octobre 1996 a été l’un des premiers allant dans ce sens. Dans cette décision, la cour de cassation a utilisé la notion de cause pour annuler la clause du contrat par laquelle la société Chronopost limite l’indemnisation en cas de retard dans la livraison du colis au prix facturé aux clients. Pour la cour de cassation, l’obligation essentiel de la société Chronopost de livrer les plis dans un délai déterminé est en effet réduite à néant par une telle clause. Autrement dit, la clause prive ainsi le contrat de tout intérêt pour le client puisqu’elle retire toute porté à l’engagement de ponctualité souscrit par le transporteur.

La société Banchereau répond a des appels d’offre pour acheter de la viande en gros. Sur le marché de la vente de viande les ventes sont closes le vendredi a midi. La société veut être sur que le dossier parvienne avant 12h le vendredi. Mais le pli arrive le lundi à 12h. à 1er marché perdu. Nouvel appel d’offre, il se passe la même chose à 2e marché perdu. La 3e fois le marché est également perdu. La clause limitative n’assure que le remboursement que ce que le client a pays.  L’engagement de ponctualité de Chronopost n’a plus d’intérêt (promesse de livraison sous 48 heures) il n’y a donc plus de cause puisque la contrepartie ne s’est pas réalisé dans les temps.

Arrêt du 17 Juillet 2001 à à propos d’une société de maintenance informatique qui s’engageait à intervenir chez ses clients sous 48 heures chrono.

Nouvelle affaire Chronopost le 30 Mai 2006 à réaffirmation de la jurisprudence.

Cette jurisprudence n’est pas la seul a faire une application dynamique de la cause. Dans un arrêt du 14 Octobre 1997, la même chambre commerciale de la cour de Cassation a jugé que l’engagement  souscrit pas un distributeur de s’approvisionner exclusivement pendant 5 ans au près d’un fournisseur et sans cause, dès lors que l’engagement réciproque du ce fournisseur d’obtenir un prêt au profit de son cocontractant et de le garantir est dérisoire.

à Repris par un arrêt du 8 Février 2005.

On le voit, l’absence de cause procède ici d’une absence économique des prestations. Il est recouru à la théorie de la cause pour sanctionner une absence de proportionnalité entre les prestations respectives des parties.

**II] La licéité de la cause**

Pour apprécier la licéité de la cause, on se réfère non plus à la cause objective abstraite ou immédiate, mais à la cause subjective concrète ou encore lointaine.  C'est-à-dire au mobile qui animait chacun des contractants.

1] La notion de cause illicite ou immorale

De façon générale, on parle de cause illicite  lorsque le mobile qui a animé l’une des parties en contractant est contraire à l’ordre public et de cause immorale lorsqu’il porte atteinte aux bonnes mœurs (article 1133). A cet égard, si le développement de l’ordre public et en particulier de l’ordre public de protection des personnes fait de la cause illicite un instrument toujours actifs de police du contrat, on constate en revanche que l’évolution de la conception des bonnes mœurs dans une société qui revendique de plus en plus une liberté des mœurs conduit à un net déclin de la cause immorale en droit positif. Les exemples de cause illicite sont extrêmement nombreux et variés et témoignent ainsi de la vigueur des directives d’ordre public.

A été ainsi annulé pour cause illicite le contrat de courtage matrimonial (les petites annonces de cœur) souscrit par une personne qui était encore engagée dans les liens du mariage.

à Arrêt du 22 Mars 1996.

De même ont été annulés pour cause illicite des contrats par lesquels les élus du front national sous couvert d’un remboursement au parti de leur cote part des dépenses de campagne payait en réalité leur présentation aux suffrages des électeurs. à Arrêt du 3 Novembre 2004.