

Droit des contrats spéciaux

Introduction

Deux exemples :

L'architecte et le vendeur de voiture : qu'une personne fasse faire des plans pour une maison, ou qu'elle achète une voiture, le tronc commun de l'obligation est le même. Les conditions de validité sont celles de l'*art 1108*. Pour autant peut-on attendre les mêmes conditions de validité pour le contrat conclu en vue de la réalisation des plans, et celui conclu en vue de l'acquisition d'une voiture ?

L'exemple du prix est notable : pour la voiture, il doit être déterminé ou déterminable. Mais cette condition est-elle légitime dans le contrat de réalisation des plans par l'architecte ? Dans le premier cas, la voiture est construite en série, donc il y a peu de problème. Dans le second cas, le commanditaire des plans n'a pas toujours intérêt à ce que le prix soit déterminé pour lui garantir une certaine sécurité. Donc le droit n'impose pas une détermination ab initio du prix.

Donc on a deux contrats, qui répondent aux conditions de validité de droit commun, mais on fait une distinction entre les deux types de contrats qui sont très différents : un contrat de vente, et un contrat de service.

Donc les deux contrats sont soumis à des règles du droit spécial des contrats, qui sont distinctes.

Partie préliminaire : notion, sources et évolution des contrats spéciaux

Chapitre 1 : la notion de contrats spéciaux

Elle ne peut s'entendre que dans une opposition entre le droit commun, et le droit spécial, des contrats nommés, qui est spécialisé.

Section 1 : l'explication de la notion du droit spécial des contrats

L'expression de contrats spéciaux n'est pas heureuse, elle est même trompeuse pour certains auteurs : **Malaurie, Aynes**.

Il n'existe pas, à côté des contrats spéciaux des contrats généraux. Ce qu'on appelle contrats spéciaux, ce sont les **contrats qui sont réglementés par des règles du droit spécial**.

Donc à tout contrat s'applique plusieurs types de règles, les unes sont générales et constituent le tronc commun du droit des contrats : ce sont les **règles relatives à la théorie générale du droit des obligations**. Elles s'appliquent à tout contrat indépendamment de sa qualification. D'autres règles s'appliquent selon un type de contrat. Certains contrats sont spécialement organisés par le législateur, ou par des solutions prétorienne, voire même par les usages de la pratique qui sont prépondérants en la matière. Le droit spécial des contrats est plus concret, plus élaboré que le droit général des contrats.

Le droit spécial des contrats se diversifie : le droit de la vente s'est affiné, spécialisé depuis 1804. On distingue la vente de meubles ou immeuble, d'immeuble non achevé... la doctrine désigne ce phénomène par un phénomène d'arborescence. Ainsi, la vente d'immeuble est soumise aux règles spécialisée de la vente d'immeuble, aux règles spéciales du contrat de vente, et aux règles du droit commun des contrats. Ce phénomène de stratification ne permet pas pourtant que deux contrats de vente d'immeubles soient identiques. Parmi les dispositions évoquées, certaines restent supplétives. Les parties peuvent y déroger, organisant d'autres modalités, conditions de validité. Donc les règles du contrat individuel s'ajoutent à la pyramide dessinée plus haut.

Dès 1804, le législateur prévoit une *articulation* entre droit commun et droit spécial des contrats. Celle-ci est évoquée à l'*art 1107* du code. Il introduit un livre troisième intitulé des contrats ou des obligations conventionnelles en général:

Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'il n'en ait pas sont soumis à des règles générales qui font l'objet du présent titre.

Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux.

Les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce.

C'est la clé de voute entre droit commun et spécial des contrats.

Un examen rapide du plan du code civil montre que les codificateurs ont organisé un certain nombre de contrats. Il y a une certaine dispersion dans le code : succession de titres...

Se pose alors la question de savoir s'il est aisé d'identifier matériellement certaines règles de droit spécial, dans quels cas elles s'appliquent. Une opération préliminaire est nécessaire : il faut qualifier le contrat.

Section 2 : l'application de qualification

L'application du droit spécial des contrats repose sur une distinction entre les contrats nommés et innommés, qui ont un nom ou qui n'en n'ont pas.

I- la distinction entre contrat nommé et innommé.

Un **contrat nommé** est un **contrat que le législateur a pourvu d'un nom, ce qui correspond à un contrat prévu et réglementé par le législateur**. Il y a un modèle légal au contrat, c'est le cas par exemple du contrat de vente.

Par opposition, un contrat innommé ne fait l'objet d'aucune réglementation. Ces contrats sui generis sont réglementés par le droit commun des contrats.

Mais ce propos est à nuancer : si la distinction entre contrats nommés et innommés reste pertinente, elle est moins importante en droit positif qu'elle ne l'a été précédemment, notamment en droit romain.

Cette distinction vient du droit romain, et est à l'époque considérable. Le droit romain adopte une conception processualiste de la distinction (A). Cette considération a disparu à l'époque actuelle au regard de la liberté contractuelle. Mais elle continue à avoir des effets (B).

A- la conception processualiste du droit romain

En droit romain la distinction entre contrat nommé et innommé est **déterminante pour la validité même des contrats**. Le droit romain classique était très procédural. Aussi, la validité des contrats n'est pas admise en tant que telle. Un contrat n'est obligatoire que s'il correspondait très exactement à une catégorie reconnue par le droit, et à laquelle une action est attachée : action qui a pour origine la loi ou les édits du prêteur. Ainsi **ne pouvait donner lieu à une action en justice que les contrats dotés d'un nomen**, prévu dans l'édit du prêteur.

Cela était traduit par un adage : *Ex nudo facto, non oritur actio* : du pacte nu ne naît aucune action. Les contrats innommés ne pouvaient pas être reconnus en justice.

La force de la distinction s'est pourtant amoindrie même en droit romain, sous l'époque justinienne. En effet, **une action a été accordée au contrat innommé**. C'est l'action *praescriptis verbis* qui permet à un cocontractant partie à un contrat innommé d'obtenir du prêteur qu'il condamne l'autre partie à exécuter son obligation. Pour autant, la distinction entre les deux types de contrats n'est pas mise à l'écart : l'action *praescriptis verbis* n'était **accordée qu'à un cocontractant qui avait déjà spontanément exécuté sa propre obligation contractuelle**.

Mais la porte est ouverte à un nombre de contrats illimités. Les parties peuvent ainsi organiser de nouvelles obligations juridiques. Les prêteurs procèdent à une classification de ces contrats : il y a **quatre catégories de contrats innommés**. C'est le début de la catégorisation des contrats. Elles tiennent à la nature de l'exécution unilatérale réalisée ainsi qu'à celle de l'obligation dont on demande l'exécution en justice.

- Les contrats do ut des : je te donne pour que tu me donnes
- Les contrats do ut facias : je te donne pour que tu fasses
- Les contrats facio ut facias : je fais pour que tu fasses
- Les contrats facio ut des : je fais pour que tu donnes

C'est la nature des obligations réciproques qui permet de classer les contrats.

La pratique recourut de façon quasi systématique à certains contrats innommés, qui finirent par se doter d'un nom. C'est notamment le cas du contrat d'échange.

Mais si ce nom existe pour certains contrats, la distinction continue à être appliquée : il ne peut y avoir d'action en justice que si le demandeur est un cocontractant qui a déjà exécuté sa prestation.

Cette distinction a disparu aujourd'hui. **L'action aujourd'hui dépend du droit et non pas le contraire.** De plus, avec l'avènement de la liberté contractuelle, tous les contrats sont dotés d'une force obligatoire. **Les contrats innommés sont régis au moins par le droit commun des contrats.**

Donc certains auteurs ont mis en doute l'intérêt de la distinction. C'est le cas de **Planiol**, dans un article : *classification synthétique des contrats (revue critique de droit civil, 1904, p 470s.)* il tient compte de critère qu'on ne retient plus aujourd'hui, mais il fait deux réflexions : il considère que l'on n'a plus besoin de contrats innommés. C'est une donnée qui n'a plus de sens. Mais surtout, il considère que c'est se tromper et tromper les autres que de dire que des contrats nouveaux se rencontrent dans le droit moderne. Certains auteurs contemporains retiennent encore que créer un nouveau contrat, c'est faire preuve d'une paresse de qualification. On n'est juste pas allé assez loin dans l'opération de classification. Pourtant, le législateur envisage cette distinction entre les deux types de contrats : en effet en 1804 et aujourd'hui, cette distinction semble avoir un intérêt certain.

B- l'intérêt actuel de la distinction

Elle présente aujourd'hui deux intérêts majeurs.

1- un intérêt d'ordre pratique et technique

L'exemple du début souligne l'intérêt pratique de cette distinction : il permet de **déterminer les règles juridiques applicables aux contrats**. Dès lors qu'un contrat répond à un modèle nommé, et donc organisé par la loi, son régime est soumis à un ensemble de règles précises, voire très précises. Au contraire, le contrat innommé est moins sécurisant pour le cocontractant. Son régime ne devrait répondre qu'aux seules règles de droit commun des contrats. Elles sont très théoriques, et délicates à mettre en œuvre.

Mais cette considération est insuffisante et doit être nuancée. La nuance provient de la **diversité des contrats innommés**. En effet, certains contrats innommés s'approchent de très près d'un contrat nommé et donc organisé par la loi. Les parties ont juste ajouté ou soustrait un élément qui empêche le contrat individuel de vérifier la qualification. Mais dans ce cas, **les règles d'interprétation du droit, surtout l'analogie, permettent d'appliquer au contrat innommé les règles de droit spécial du contrat nommé voisin**. Cet emprunt des règles des contrats nommés conduit à une extension du champ d'application du droit spécial des contrats. Il ne s'applique pas qu'aux contrats spéciaux.

Ce mouvement a été décrit dans un article de **Madame Dominique Grillet-Ponton** : *nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle, D. 2000, chronique p331s*. Cette utilisation de la méthode par analogie a été retenue expressément dans le cadre de l'avant projet de réforme du droit des obligations. Il prévoit de remplacer l'*art 1107 du CC* par un *article 1103* qui en son dernier alinéa envisage cet emprunt des règles des contrats nommés pour une application aux contrats innommés. L'article consacre ainsi la jurisprudence.

Mais ceci n'efface pas l'intérêt de la distinction entre contrat nommé et innommé. La pratique est en mesure de construire **de vrais contrats innommés** qui ne ressemblent à aucun autre contrat nommé. La pratique intègre dans l'objet des contrats des données issues du **progrès scientifique** : l'hébergement de site internet. Les juristes français **empruntent aussi parfois des modèles existant à l'étranger** : le trust.

Dominique Grillet-Ponton, pour distinguer les différents contrats innommés, se réfère **aux contrats innommés atypiques**, qui s'approchent d'un contrat nommé existant. Les **contrats innommés typiques** désignent les contrats véritablement nouveaux. Ils ne peuvent se voir appliquer que les règles du droit commun des contrats et les règles issues des stipulations contractuelles introduites par les parties. Pour autant il n'y a pas d'incertitude. En effet le contrat innommé typique est très détaillé, très volumineux, très complets.

Ceci permet de mettre en évidence un autre intérêt de la distinction

2- l'intérêt théorique de la distinction

La distinction entre contrat nommé et innommé est plus ou moins relative. Si cette dichotomie est importante, c'est qu'elle met en évidence que les **contrats nommés vivent et évoluent grâce aux contrats innommés**.

Ceci est la conséquence de plusieurs facteurs : les contrats innommés typiques ont vocation à devenir de véritables contrats nommés. L'utilisation répétée par la pratique conduit à l'élaboration d'usages, puis de contrats types. Des solutions jurisprudentielles vont être données, et on aura parfois une consécration légale. Ce fut le cas du crédit bail.

Au contraire, la pratique a pour effet de faire tomber **certains contrats nommés en désuétude**, comme c'est le cas des contrats de prêt à la grosse aventure.

Le droit spécial des contrats est extrêmement vivant. Concrètement, la distinction ne peut s'exprimer que par **une opération préalable et nécessaire** : c'est celle de la **qualification**.

II- L'opération de qualification du contrat

Jeudi 25 janvier

Pour connaître le régime applicable à un contrat individuel, la première question est celle de sa qualification qui permet de déterminer son régime juridique.

A- le principe de la qualification

Elle suppose une **double démarche**.

Il convient de déterminer abstraitement les **éléments juridiques caractéristiques d'un type de contrat**.

Ex : contrat de vente : prix convenu et transfert de propriété, contrat de travail : existence d'un lien de subordination entre l'employé et l'employeur.

Ceci se rapproche plus d'une opération de classification des contrats que d'une réelle qualification.

Une seconde démarche consiste à **déterminer dans le contrat individuel conclu entre les parties si des éléments de faits correspondent aux caractéristiques identifiant tel type de contrat**. Mais ces éléments ne sont pas toujours aisément identifiables. Il faut interpréter **l'intention des parties** pour les isoler, opération qui revient au juge qui n'est pas tenu par la qualification retenue par les parties. Le juge interprète ses clauses pour lui restituer son exacte qualification. La cour de cassation exerce un contrôle de dénaturation du contrôle du juge du fond.

Les contrats complexes sont courants, aussi convient-il de distinguer deux points en présence d'un contrat de ce type :

- juxtaposition de plusieurs opérations. Cet acte juridique unitaire est qualifié de contrat hybride
- succession d'opérations qui constituent un ensemble unitaire.

1- l'hypothèse des contrats hybrides

Il y a **succession de plusieurs opérations mais qui constituent un tout** : le contrat réunit les caractéristiques de plusieurs contrats existants.

Ex : contrat de donation avec charge : donation avec un prix fixé, contrat de vente d'immeuble à construire : contrat d'entreprise

Ces contrats donnent lieu à une **application distributive**.

Bénabent, l'hybridation dans les contrats, perspectives du droit économique, dialogue avec Michel Jeantin, Dalloz, 1999, p25s

2- l'hypothèse des chaînes de contrat

Elles constituent une **opération complexe avec la succession de plusieurs opérations issues de différents contrats nommés**, succession qui permet quand même d'identifier plusieurs contrats.

Ex : sous-traitance : succession de deux contrats d'entreprise, un entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal, un avec l'entrepreneur principal et le sous-traitant.

Le problème qui se pose est celui de l'indivisibilité des contrats entre eux. **Le principe est la divisibilité**, chaque contrat est indépendant de celui qui le précède. Si l'un d'entre eux est résilié, l'autre n'est pas directement éteint. Mais par exception, les contrats peuvent être **intimement liés et constituer une chaîne indivisible**. Cela résulte de la **volonté des parties, ou de la volonté du législateur**. Un contrat est alors subordonné à l'autre.

Le problème des **responsabilités dans le cadre des chaînes de contrat** est aussi fondamental, pour les contractants en bout de chaîne. A ce titre une distinction doit être faite entre deux types de chaînes de contrat.

- Chaînes homogènes de contrat : succession de plusieurs contrats de même type, comme la sous-traitance.
- Chaînes hétérogènes de contrat : succession de plusieurs contrats de type distincts, comme un contrat de vente et d'entreprise.

B- les méthodes applicables à la qualification

Elle s'opère par **référence à une caractéristique particulière**, qui permet de distinguer un contrat nommé d'un autre. En général, elle réside dans **l'obligation principale** du contrat que l'on dit aussi obligation caractéristique, fondamentale, catégorielle.

C'est donc *l'obligation autour de laquelle s'ordonne l'économie du contrat* : objet du contrat pour **Ripert et Boulanger**.

L'obligation caractéristique des contrats dans les contrats à TO, c'est l'obligation réciproque de l'obligation de payer.

Ex : contrat de travail : prestation de travail

Mais ceci peut conduire à trois résultats :

- qualification unitaire
- qualification mixte
- pas de qualification : contrat innommé.

1- La qualification unitaire

C'est la plus fréquemment retenue. L'opération de qualification est simple si le contrat ne comporte pas de clauses trop nombreuses. Si un cocontractant s'engage à payer une somme d'argent afin d'acquérir un droit de propriété sur un bien qui appartient à son cocontractant, c'est un contrat de vente.

Si les clauses sont plus nombreuses, cela peut se compliquer, il faut donc retenir une qualification. On peut ainsi aboutir à une **qualification unitaire**. Le procédé résulte de l'application d'un adage : *l'accessoire suit le principal*. Il faut **déterminer l'obligation principale et les obligations accessoires**. Si un contrat mêle de la vente et du bail, et qu'il apparaît que l'obligation principale est le transfert de propriété, le contrat est entièrement soumis au régime de la vente.

Ex : contrat de déménagement : prestation de déplacement d'un bien d'un point donné à un autre, mais aussi prestation de travail : fourniture de carton, mise en place de biens dans les cartons...

La cour de cassation dans un arrêt *Com, 1^{er} avril 2003* a retenu que *le contrat de déménagement est un contrat d'entreprise qui se différencie du contrat de transport en ce que son objet n'est pas limité à un déplacement de meuble*.

Dans un arrêt Com, 10 mars 2004, la cour de cassation a retenu pour un contrat de déménagement la qualification du contrat de transport.

Il peut être difficile de distinguer entre deux types de contrats et la référence aux éléments caractéristiques retenus par la loi peut s'avérer insuffisante. Il y a ainsi un contentieux sur la **distinction entre contrat d'entreprise et contrat de vente**.

Le contrat de vente est défini à l'**art 1582 CC** : *la vente est une convention par laquelle un cocontractant s'oblige à livrer une chose et l'autre cocontractant à la payer*.

Le contrat d'entreprise n'existe pas dans le code civil. Mais c'est la dénomination actuelle du contrat de louage d'ouvrage des codificateurs. Il est défini à l'**art 1790** : *c'est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles*.

A priori les deux contrats sont distincts. Mais l'évolution du louage d'ouvrage a conduit à englober le contrat par lequel un entrepreneur réalise un travail en apportant de la matière première afin de créer un bien,

meuble ou immeuble. Or le contrat de vente peut porter sur une chose future. On se trouve dans les deux conventions avec une **succession de deux obligations** :

- obligation de faire : créer un bien,
- obligation de transmettre un bien.

Pourtant les deux régimes applicables aux contrats diffèrent du régime du contrat d'entreprise. C'est le cas du moment de la fixation du prix.

La cour de cassation pour distinguer ces deux contrats a dû élaborer un critère de distinction. On n'est plus sur le terrain de l'obligation caractéristique. On recherche un **critère qui permet d'opérer une distinction entre les deux contrats s'ils sont trop proches**.

Le critère est celui du **travail spécifique** posé par *Civ 3^e, CC^o, 5 février 1985. RTDciv 1985, p737, P. Rémi. Il est relatif à un sous-contrat. On oppose un maître de l'ouvrage à un fabricant qui prétend se prévaloir de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance. Cette loi ne s'applique qu'à une succession de contrats d'entreprise, et est protectrice du sous-traitant. Ainsi, si le sous-traitant n'est pas payé par le contractant direct il peut exercer une action directe en paiement contre le maître de l'ouvrage à l'autre bout de la chaîne. La question est de savoir s'il est lié à la suite d'un contrat de vente ou d'entreprise. C'est déterminant en pratique car le sous-traitant risque de ne pas être payé. La cour de cassation a qualifié le contrat de contrat de sous-traitance. C'est donc un contrat d'entreprise, au motif que « le sous-traitant n'avait pu satisfaire à la commande qu'après avoir effectué un travail spécifique en vertu d'indications particulières rendant impossible de substituer au produit commandé un autre équivalent. » ceci consacre le critère de distinction entre la vente de chose future et le contrat d'entreprise. La série relève du contrat de vente, le sur-mesure relève du contrat d'entreprise. Ainsi, pour le bien réalisé en série, le fabricant peut récupérer le bien et le revendre. C'est tout à fait différent pour le sur-mesure. Il ne sera peut être pas réutilisable. Donc le sous-traitant est dépendant du sort du paiement.*

Mais dans certains cas on ne peut pas aboutir à une qualification unitaire. On retient alors la qualification mixte.

2- la qualification mixte

C'est l'exception. Elle consiste à **reconnaître à un même contrat la nature de deux contrats nommés**. On a donc une application distributive des règles de droit spécial des deux contrats nommés concernés. C'est particulièrement délicat à mettre en œuvre.

On identifie deux méthodes d'application distributive des règles. La première est une **qualification mixte successive**. On applique les **règles de deux contrats nommés distributivement, les uns après les autres**.

Ex : contrat d'entreprise qui porte sur la réalisation d'un ouvrage. On a pensé à lui appliquer une qualification mixte successive. Cela a été proposé par **Aubry et Rau** avant l'apparition du critère du travail spécifique. Ils l'intitulent le contrat de marché à façon. On a une qualification dont le régime relève à la fois du contrat de vente et de louage d'ouvrage. Jusqu'au moment de la réception de l'ouvrage, les rapports des parties sont régis par les règles du louage principalement. Mais celle de la vente deviennent applicables à partir de la réception de l'ouvrage.

La deuxième manière de régir un tel contrat est d'adopter la **qualification mixte cumulative**. Elle permet **d'appliquer de façon contemporaine les règles de droit spécial des deux contrats nommés concernés**.

Ex : Selon **Planiol**, le contrat précédemment expliqué vérifie dès sa conclusion la qualification de louage d'ouvrage et de vente. On applique distributivement les règles de louage pour la prestation de travail, et les règles de la vente pour ce qui concerne l'ouvrage. Cf article précité.

Cette technique de la qualification mixte paraît tentante mais elle ne donne que l'illusion de la simplicité. Il est irréalisable d'appliquer à la fois les règles de la vente et du contrat d'entreprise. Donc la jurisprudence s'oriente de plus en plus vers l'hypothèse du contrat innommé. On applique le droit commun du contrat uniquement dans ce cas.

3- les contrats innommés

Il y a parfois des cas dans lesquels la **jurisprudence écarte la qualification mixte pour conclure à l'absence de qualification nommée.**

Ca a été le cas du **contentieux relatif au contrat de coffre fort**. Ceci concernait l'incendie qui a ravagé le crédit lyonnais. Il a conduit à un arrêté de péril décidé par le préfet de police, rendant inaccessible pendant un temps tous les coffres de la banques. Or un client a déposé des bons au porteur dans un de ces coffres et est dans l'impossibilité de les présenter à leur remettteur. Il se retourne contre la banque par une action en responsabilité. Il faut qualifier le contrat de coffre-fort.

Pour la banque c'est un contrat de bail : mise à disposition d'une chose. Or l'*art 1722 CC* précise que *si la chose donnée à bail est détruite en totalité ou en partie par un cas fortuit, le loueur n'engage pas sa responsabilité. Le bail est résilié de plein droit et sans dédommagement.* Or selon une interprétation jurisprudentielle constante ceci s'applique aussi lorsque la chose donnée à bail n'a pas été détruite mais que le preneur s'est trouvé dans l'impossibilité d'en faire usage.

Le problème est de savoir si le contrat est un contrat de bail. Par un *arrêt du 11 octobre 2005*, la cour retient que **cet article ne s'applique pas au contrat par lequel une personne loue à un client un compartiment ou un coffre fort dont elle assure la surveillance et auquel le client ne peut accéder qu'avec le concours du banquier.** Le contrat de coffre fort n'est pas un contrat de bail. Il y a défaut de qualification. Le contrat ne subit pas le régime du contrat de bail.

La même solution est retenue pour les contrats de vente à temps partagé.

Chapitre 2 : les sources du droit spécial des contrats

La source principale du droit spécial des contrats est la loi. Mais petit à petit, ces textes montrent un **certain dirigisme**. La loi ne s'entend pas stricto sensu : ce ne sont pas que des textes votés pas les assemblées. La loi a une dimension de plus en plus internationale. De même certaines institutions ont un rôle de plus en plus important, comme les AAI.

Section 1 : les textes

Le droit spécial des contrats a connu une **diversification de ses sources**. Mais au-delà de cette diversification des sources, il y a une **évolution dans la conception des règles**.

I- la diversification des textes

Au XIX^e siècle, le **code civil** est l'unique source de ce droit. Aujourd'hui, le droit civil est toujours la principale source. Au XX^e siècle, de **nombreuses lois ont enrichi la matière sans être codifiées**. Elles ont visé à protéger les particuliers. Elles ont pu faire l'objet d'une codification, mais pas dans le code civil. Elle a eu lieu au bénéfice du code de la consommation de 1993.

A ces règles se sont ajoutées **des règles issues du droit communautaire**, essentiellement dérivé. C'est le cas des contrats de distribution, ou des contrats de conformité. Ceci a d'ailleurs posé quelques problèmes dans leur **articulation avec les règles de droit interne**. Les catégories de contrats envisagées au niveau communautaire ne correspondent pas toujours à des contrats nommés en droit interne.

Ex. : on veut poser des garanties pour les contrats de prestation de service, qui n'existent pas en France.

Il existe aussi des **normes issues des conventions internationales**. Ce sont des sources conventionnelles conclues entre différents Etats signataires. C'est le cas de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises. Elle fait partie du droit positif français, sans transposition. Le problème d'articulation ne se pose pas dans la mesure où les **conventions régissent les contrats présentant un élément d'extranéité**.

Il faut aussi ajouter les **textes issus des AAI**. C'est le cas de la CNIL, de l'autorité des marchés financiers, du conseil de la concurrence, du CSA. Certaines dépendent du gouvernement, d'autres sont des institutions paritaires. Selon cette composition, les décisions seront variables. C'est une nouvelle manière d'intervenir sur les contrats spéciaux. Leurs attributions et leur influence se situent dans des **domaines techniques et pointus**. Mais certaines autorités édictent des règles qui sont de vraies sources du droit des contrats spéciaux.

L'articulation avec les règles du droit civil est parfois délicate. Ainsi un contrat de vente peut être valable du point de vue du code civil, mais sans respecter le droit de la concurrence.

Les normes sont aussi fondamentales : normes CE, AOC...

La loi est la source principale mais elle ne suffit pas.

II- l'évolution de la nature des règles

Les règles du code civil sont principalement supplétives. Elles ne s'appliquent qu'en cas de stipulation contraire. Encore aujourd'hui, certaines règles ne sont pas impératives. Mais ces nouvelles règles ont une **vocation incitative**. Le législateur crée des modèles. **Certaines règles contemporaines sont véritablement impératives**, comme celles du droit de la consommation et celles protectrices de la partie faible.

Mais il est des réglementations de contrat qui connaissent des degrés divers. Parfois la **loi ne régit que quelques points** : affichage sur les prix, délai de préavis, rétractation dans les premiers jours de la conclusion du contrat. Puis on a des réglementations beaucoup plus fournies. Certains contrats sont réglementés de manière quasi-totale et impérative. C'est le cas du bail d'habitation.

Le droit des contrats spéciaux est devenu un **mélange instable de direction, de liberté et de protection**. Mais ce dirigisme n'empêche pas qu'une place importante soit laissée à la jurisprudence et à la pratique.

Section 2 : la jurisprudence et la pratique

Deux influences marquent le droit des contrats spéciaux. Pour autant leur rôle en termes de source du droit est contestée.

I- la jurisprudence

Elle n'est pas reconnue unanimement par la doctrine comme une source de droit : la séparation des pouvoirs et la prohibition des arrêts de règlement l'en empêche. Elle a pu être qualifiée **d'autorité**. Mais cette idée est remise en cause en raison de certains arrêts qui créent des solutions nouvelles par le biais des principes prétoriens.

La jurisprudence serait une **source de droit évolutive et rétroactive**. La jurisprudence joue un rôle considérable dans le droit spécial des contrats. **Le juge connaît souvent d'un contrat nouveau avant le législateur**. Il doit alors trancher le litige, édifier une règle de droit. C'est ainsi que se forme une **réglementation prétorienne** d'un contrat. Donc la jurisprudence a un rôle important car on est dans une matière vivante.

La jurisprudence en faisant remonter un panel de difficultés rencontrées, révèle l'évolution des contrats.

Ph. Rémy, la jurisprudence des contrats spéciaux. 40 ans de chroniques à la RTDciv. L'évolution contemporaine du droit des contrats, PUF, 1986, p103s.

II- la pratique

C'est dû au caractère vivant de la matière. **C'est un droit qui évolue selon les progrès économique et scientifique pour encadrer chaque nouvelle opération**. Dans le cadre du droit spécial des contrats, le rôle de la pratique est particulier et consiste dans la **rédaction de contrats-type**, pré-rédigés au terme d'un consensus dans une branche professionnelle. Ceci souligne la standardisation de certains contrats. Mais ils n'ont pas valeur obligatoire.

Pour autant **la jurisprudence tend à en faire de véritables règles juridiques** au sens strict du terme. C'est le cas lorsqu'ils acquièrent une force telle que le juge y fait référence. Ceci est précisé par un arrêt du 13oct 1993, rendu par la chambre commerciale : *l'affaire Perrier*. *Les juges du fond ont fait application d'un contrat type de cession de droits d'auteurs en matière de publicité, ce qui a été validé par la cour de cassation alors que les parties ne s'étaient pas référées délibérément à cette formule.*

Outre les juges, la **loi consacre parfois ces formules**.

La pratique a aussi un rôle plus commun, qui consiste dans **les usages**, même s'ils sont très nombreux dans le droit spécial des contrats. Ce sont des pratiques répétées qui ont souvent une portée locale, en raison d'une zone géographique ou d'un domaine professionnel spécifique.

Mais certains usages ont un champ d'application beaucoup plus large. C'est le cas de la *lex mercatoria*.

Chapitre 3 : l'évolution des contrats spéciaux

Il serait inexact de considérer qu'elle va dans une unique direction. En vérité, elle répond à un double mouvement antagoniste. D'une part le droit spécial des contrats se sous-spécialise. D'autre part, sous l'influence de la réglementation européenne notamment, des regroupements apparaissent. La doctrine envisage ce phénomène par l'idée de l'élaboration d'une théorie générale des contrats spéciaux. De plus on tend à un regroupement des contrats en fonction de la qualité des parties plus que de l'objet même du contrat.

Section 1 : la sous-spécialisation du droit des contrats spéciaux

Ceci aboutit à remettre en cause la cohérence de certaines qualifications.

I- la présentation du phénomène

Depuis la codification, la révolution industrielle, tertiaire et le développement des affaires ont transformés le droit spécial des contrats, en banalisant certains qui n'existaient pas à l'époque : le contrat d'assurance.

Certains contrats ont du **adapter les règles à de nouveaux besoins**. Pour autant les règles originaires n'ont pas été chassées. **Les contrats nommés se sont spécialisés** de manière de plus en plus importante. C'est le cas du contrat de travail, envisagé dans le code civil dans le cadre du louage. Aujourd'hui encore celui-ci tend à se développer de manière de plus en plus profonde et développée, avec les CDD, les CDI, les CNE... il se distingue selon le mode du travail, le moment, la durée du travail.

Ce développement est aussi dû à la **prise en considération d'un déséquilibre que le législateur a voulu endiguer**. Le droit des contrats spéciaux prend le pas sur la théorie générale des contrats. Il en résulte une **complexification du droit**. Ceci a pu remettre en cause la cohérence des qualifications traditionnelles.

II- la cohérence des qualifications traditionnelles

Le **contrat d'entreprise** permet d'illustrer ce genre de questions. Il est qualifié **de louage d'ouvrage dans le code**. Il a été conçu pour encadrer le contrat de construction ainsi que certains contrats de réparation. C'est une reprise d'une qualification d'un contrat qui existait en droit romain, et qui reposait sur l'application d'une prestation de travail à un bien du cocontractant.

Cependant ce contrat a connu **deux évolutions**. L'une concerne le cas où le prestataire de travail apporte en plus de son travail de la matière. Le contrat de louage d'ouvrage devient alors translatif de propriété. Mais il a aussi fallu **intégrer des prestations nées de besoins nouveaux**. C'est le cas des prestations intellectuelles. Elles étaient réglementées sous la qualification du contrat de mandat, contrat à TG. Tout repose sur l'idée qu'il y a deux types de prestations : les prestations matérielles et les prestations intellectuelles, très nobles et qui ne peuvent pas intervenir dans le cadre du même contrat. Le prix était l'*honors*, qui était un cadeau. La prestation était tellement noble qu'on ne pouvait pas la payer. **Le louage d'ouvrage ou contrat d'entreprise dont le droit commun n'a pas changé depuis 1804, recouvre à présent des contrats aussi différents que le contrat médical, de construction, d'élaboration d'un site internet, de commande avec un artiste et des prestations dématérialisées.**

Mais le droit commun s'applique à tous ces contrats, d'où la question de la cohérence de la qualification de louage d'ouvrage.

Section 2 : la généralisation du droit des contrats spéciaux

La dispersion contractuelle s'est fait parfois au bénéfice du **regroupement de certains contrats qui relèvent pourtant de catégories nommées différentes.**

Ex : le droit de la consommation tend à dépasser la distinction entre les différents contrats. Le droit communautaire a une influence prépondérante dans ce développement. Il amène le droit français à effectuer des regroupements. Le terme de prestation de service donne lieu à des regroupements.

L'idée a été soulevée par le **Doyen Carbonnier** dans les 1980s d'élaborer **une théorie générale des contrats spéciaux**. Ainsi les règles applicables aux différents contrats ne se distribuent non plus en fonction de l'objet de ces contrats, mais en fonction **d'autres critères comme la qualité des parties, la nature du bien**. Ceci s'est posé avec une acuité particulière à l'occasion du bicentenaire du code civil qui fut l'élément déclencheur d'un projet de réforme d'ensemble du code civil. La question s'est posée pour le droit des contrats spéciaux, qui pourrait s'effectuer en délaissant la question de contrat nommé. **On ne veut plus tenir compte de l'obligation caractéristique de chaque type de contrat, mais appliquer des règles par famille de contrats.**

Ex : contrats portant sur les meubles, où un consommateur est partie...

Ceci a été proposé dans le livre du bicentenaire du code civil, notamment dans un article d'*Alain Bénabent : les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux. Le code civil, 1804-2004, livre du bicentenaire, Dalloz et juriscasseur, 2004, p246s*. Il propose une recodification en retenant des règles par famille de contrat.

Mais tous les auteurs ne s'accordent pas avec cette conception. On peut considérer que la présence d'un consommateur n'efface pas pour autant les disparités profondes entre les contrats. Pour de nombreuses raisons, il est **impossible de dépasser la classification des contrats qui repose sur leur obligation caractéristique.**

La revue des contrats, avril 2006, notion sur la théorie générale des contrats spéciaux.

P. Collard Dutilleul : il constate une évolution générale du droit des contrats spéciaux sur la base des contrats d'aliments. Par une multiplication des normes, internes et communautaires, on tend à réaliser un véritable corps de règles autour d'un bien particulier. Elles dépassent la distinction entre les différents contrats nommés qui portent sur l'aliment. Il y a une uniformisation des règles autour d'un bien particulier, qui fait tomber la distinction entre les différents contrats et remet en cause leur effet relatif.

Mais ce phénomène reste marginal. Pour l'essentiel, la présentation retenue dans le code civil, qui revient à distinguer les contrats nommés selon leur prestation caractéristique, est toujours d'actualité.

PREMIERE PARTIE : LE CONTRAT DE VENTE

La vente est considérée comme le **pilier du droit spécial des contrats**. Il est longtemps resté le contrat le plus usuel, mais est rattrapé aujourd'hui par le contrat d'entreprise. Il est **déterminant du fait de son histoire et de l'importance quantitative et qualitative de son régime.**

Il apparaît dès le droit romain, basé sur la notion d'échange. Il est marqué par six caractéristiques :

- **contrat consensuel** : c'est l'un des premiers et c'est encore la règle en droit positif.
- La vente n'emportait **pas directement transfert de propriété**. Elle était conditionnée par un autre acte que le simple échange de consentement, notamment le paiement du prix. Ce n'est pas le cas en droit positif.
- Le droit romain régleme le **transfert des risques de la chose**. Selon un adage, *res perit domino*, la charge du risque pèse sur le propriétaire. Mais le transfert de propriété n'a pas lieu dès l'échange des consentements.
- Le vendeur doit une **garantie sur les caractéristiques de la chose** : elles étaient qualifiées de *garanties édiliciennes*. Elles n'assuraient pas à l'acquéreur les caractéristiques dont il pouvait se garantir lui-même. C'est la garantie des vices cachés actuelle.
- Le **prix de la vente peut être réduit ou au contraire augmenté dans le cas où la chose n'avait pas la contenance prévue**. C'est une règle qui existe mais de manière très réglementée dans la rescision pour lésion.

- Il y avait **coexistence entre règles générales de la vente applicables à toute sorte de vente, et des règles particulières**, qui se distinguaient en fonction des modalités de la vente. Ces distinctions existent encore aujourd'hui, avec la vente à terme, immédiate, avec transport ou sans...

Il y a une standardisation des règles de la vente, mais il existe un certain nombre de ventes négociées. Il y a souvent d'ailleurs des avants contrats.

Titre 1 : la formation de la vente

Elles sont édictées à l'art 1583 CC : *la vente est parfaite entre les parties, et la propriété acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès lors qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'est pas encore été livrée et payée.*

Contrairement au droit romain, la vente se conclue valablement et emporte force obligatoire sans nécessité d'une livraison de la chose ni d'un paiement du prix. Les conditions sont donc celles **d'un accord, d'une détermination de la chose, et d'une détermination d'un prix.**

Chapitre 1 : le consentement à la vente

Jeudi 1^{er} février 2007

La vente est souvent un contrat instantané qui se conclut dans un trait de temps : elle exprime pleinement son caractère consensuel. Il n'y a pas d'écrit. Mais des ventes donnent parfois lieu à des **négociations**. Elles découlent parfois de la volonté des parties, ou parfois d'une règle imposée par le législateur. La difficulté est de distinguer l'acte juridique de vente d'avant-contrats de vente, ou de ventes assorties de modalités.

Section 1 : la vente assortie de modalités

La vente comme tout contrat peut être assortie de modalités, très variées : conditions suspensives, résolutoires... mais il existe des modalités qui découlent de l'intention des parties, ou qui assortissent impérativement certaines ventes : c'est le dirigisme législatif.

I- les modalités conventionnelles

Les parties ont la liberté d'assortir la vente de certaines modalités. Celles-ci soit retardent l'exécution du contrat, soit conditionnent l'existence du contrat. Cette possibilité a été consacrée par le législateur dans l'art 1584 CC. *La vente peut être faite purement et simplement ou sous conditions.* Le terme de condition doit être entendu largement. La vente peut être assortie de conditions stricto sensu mais les parties peuvent aussi prévoir d'autres modalités, comme la faculté de restitution.

A- la stipulation de conditions

La condition est un événement **futur et incertain auquel se trouve subordonnée la validité d'un acte.** C'est une modalité de l'obligation. Il existe deux types de conditions : conditions résolutoire et condition suspensive.

Appliquée à la vente, la détermination de la nature de ces conditions est essentielle.

1- la condition résolutoire

L'acte existe dès le jour de sa naissance et produit ses effets. **Si la condition survient, il est censé ne jamais avoir existé.** Elle a un **effet rétroactif**. Si la condition ne survient pas, le contrat doit recevoir exécution jusqu'à son terme.

Pour le contrat de vente, le contrat produit ses effets dès l'échange des consentements. Sa validité n'est remise en cause qu'ensuite si la condition survient. Dès l'échange de consentement **s'opère le transfert de**

propriété et le transfert des risques de perte de la chose. En cas de destruction du bien par cas fortuit entre l'échange des consentements et le moment fixé pour la condition, la perte est pour l'acquéreur.

En matière de vente, de façon exceptionnelle, cette solution reste identique même si la condition résolutoire survient.

2- La condition suspensive

La solution est complètement différente dans ce cadre. Elle suspend **l'exécution de l'obligation jusqu'au jour de sa survenance**. Si la **condition se réalise, le contrat est censé avoir été conclu dès le jour de l'échange des consentements**. Sinon, le contrat est censé ne jamais avoir existé. Pendant le cours de la condition, la propriété et les risques sont conservés par le vendeur, propriétaire initial du bien.

Donc globalement la vente suit le droit commun des obligations. Mais ces stipulations sont très fréquentes, et les conditions retenues sont très variées. Ainsi, en matière de vente, mobilière ou immobilière, de nombreux contrats stipulent des **conditions suspensives consistant dans l'absence de l'exercice par un tiers de son droit de préemption**.

Sinon, les conditions doivent répondre au droit commun :

- **pas de condition potestative** : elle ne dépend pas de la volonté du débiteur de l'obligation
- condition **expresse**
- sa non réalisation **ne doit pas être la conséquence de la faute du débiteur**. C'est le cas pour la vente sous condition suspensive de l'obtention d'un prêt.

B- la stipulation d'une faculté de restitution

C'est une clause qui rend possible le **retour de la marchandise au vendeur**. Elles ont connu un développement important, du fait du développement de certains modes d'échanges commerciaux. Le problème est celui de la **nature juridique** de cette faculté de restitution.

Ex : **commerce de presse** : ventes sont souvent assorties d'une clause de reprise des invendus. Cela permet au commerçant de rendre à la société de presse tous les numéros qui n'ont pas été acquis par les clients.

La cour de cassation a retenu que cette faculté de restitution est une **condition résolutoire**. Cette condition est valable dans la mesure où la vente des exemplaires ne dépend pas uniquement de la volonté du commerçant.

Cette faculté est fréquemment stipulée dans les contrats par correspondance. Elle est inscrite dans les conditions générales de ces contrats. C'est l'expression de la liberté contractuelle. Mais dans ce cas elle ne peut pas être considérée comme une condition résolutoire, car elle est potestative. Donc on s'est demandé ce qu'est cette clause juridiquement parlant.

Pour certains auteurs, c'est une **clause de dédit**. Mais ceci comporte un problème : dans le régime du dédit, il est prévu que la personne qui le met en œuvre perd les arrhes. Donc les sommes versées à ce titre sont conservées par le vendeur. Ceci ne correspond pas à ce qui se passe dans le cadre de la vente par correspondance.

Pour d'autres on a pu considérer que c'était une **vente à l'agrégé**. Durant le temps de la faculté de restitution, on est présence non pas d'une vente ferme, mais d'une promesse de vente consentie gracieusement par le vendeur. Il y a une sorte d'essai qui est permis. Mais dans ce cas il n'y a pas transfert des risques ou de propriété de la chose. Dans cette hypothèse, les risques de perte de la chose et la propriété de la chose sont conservés par le vendeur en l'absence de faute du futur acheteur.

Donc il semble qu'il faille retenir une troisième qualification : **c'est une vente ferme définitivement conclue assortie d'une promesse unilatérale de rachat par le vendeur dans le cas où l'acheteur ne souhaite pas acquérir la chose**.

Ces mécanismes se développent donc sous le coup de stipulations contractuelles, mais aussi d'un dirigisme afin de protéger les parties faibles de certains contrats.

II- les modalités légales

La loi est intervenue de deux façons principalement pour protéger le futur acquéreur au moyen de modalités impératives attachées à certaines ventes:

- le premier qui concerne largement le démarchage : droit de repentir : sorte de délai de réflexion a posteriori
- le second, largement répandu en matière de vente immobilière : la condition d'obtention d'un prêt.

A- le droit de repentir

C'est un mécanisme particulièrement plébiscité par le législateur, dans un contexte de protection croissante du consommateur. C'est un **droit qui permet à l'acheteur de revenir sur son acquisition après la conclusion ferme de la vente durant un certain délai** de 7 jours.

Ce droit a été pensé comme un **délai de réflexion a posteriori**, accordé au consommateur dans le cas où les modalités de l'échange des consentements ne semblent pas assurer à ce dernier un consentement sain et éclairé.

Ce droit instauré en 1972 dans le cadre d'une loi sur le démarchage à domicile a été étendu. L'acheteur dispose d'un délai de 7 jours pour se rétracter. Cette faculté de rétractation doit vérifier des **modalités d'exercice particulières**. Pour être valablement exercé, le droit de repentir implique l'envoi d'une **lettre recommandée au vendeur**. C'est considéré aujourd'hui comme un formalisme ad validitatem, alors qu'on peut penser qu'il a été pensé comme un formalisme ad probationem.

Il a été étendu au téléachat et à certaines ventes par internet. Il côtoie d'autres délais de réflexion impératifs, mais qui sont prévu avant le consentement.

B- la condition d'obtention d'un prêt

De nombreux contrats de vente sont subordonnés du point de vue de leur validité, à l'obtention d'un prêt. Ce mécanisme imposé par la loi vérifie la qualification de condition. Ce mécanisme est imposé par la loi Scrivener de 1979 à propos des ventes conclues entre particulier et ayant pour objet un bien immobilier. **Aucun des effets de la vente n'a lieu avant la survenue de la condition.**

Ces techniques sont mécaniques. Il y a peu de place laissée au comportement des parties. A côté de ces systèmes, on trouve des avant-contrats de vente qui relèvent de la négociation.

Section 2 : la vente préparée par un avant-contrat

La vente est souvent précédée d'actes préparatoires, qui permettent de préciser les relations entre les parties, d'affiner le prix ou les caractéristiques du bien à vendre... Ils sont très variés mais on peut les réunir en trois grandes catégories :

- une propre aux contrats de vente : vente à l'agrégage : repose sur un système de promesse unilatérale, mais qui est organisé par la loi.
- Les promesses unilatérales ou synallagmatiques de vente
- Le pacte de préférence

I- la vente à l'agrégage

Elle octroie à l'acquéreur une **faculté d'accepter ou de refuser une marchandise qu'il va essayer**.

Elle se distingue de **la vente à l'échantillon**. Contrairement à la vente à l'agrégage, celle-ci est définitivement formée dès l'échange des consentements. L'échantillon n'est pas fait pour éprouver le bien. Donc tous les effets de la vente ont lieu dans la vente à l'échantillon dès l'échange des consentements. Il permet de **vérifier la conformité de la délivrance effectuée par le vendeur**.

Elle se distingue aussi d'une **vente dont la conclusion se fait par étapes**. Il en va ainsi lorsqu'un **acquéreur éventuel ne fait qu'essayer un bien sans s'engager à l'acquérir si ce dernier possède telle ou telle qualité**. C'est le cas des gens qui essaient des voitures avant de les acheter. Ceci permet de définir les sources de responsabilité, contractuelle ou délictuelle.

On oppose deux types de ventes à l'agrégage :

A- la vente à la dégustation

A l'art 1587 CC, on a : « a l'égard du vin, de l'huile ou des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant de faire l'achat, il n'y a pas de vente lorsque l'acquéreur ne les a pas goûtés et agréés. »

On fait référence aux usages, donc il faut replacer l'article dans son contexte d'usage, comme l'exprime la lettre du texte. Les denrées alimentaires sont donc moins concernées par l'article. Mais il a bien **des applications dans le contexte professionnel**.

Selon le contexte, la cour de cassation considère que la renonciation au bénéfice de cet article ne se présume pas.

La vente à la dégustation ne concerne pas uniquement les biens d'alimentation. Elle concerne de façon générale tous les **biens dont les qualités s'apprécient subjectivement**. Ceci s'applique donc en matière d'enregistrement musical.

Le consentement de l'acquéreur à la vente ne s'effectue qu'après l'agrément. Si la chose n'est pas agréée par l'acquéreur, les parties ne sont pas liées. Donc l'acquéreur ne peut pas exiger du vendeur qu'il lui délivre une autre marchandise.

B- la vente à l'essai

Elle est organisée à l'art 1588 CC. Elle porte sur des **biens dont les caractéristiques sont objectivement appréciables**. Cela a pour conséquence que si l'essai est concluant, il est conclu pour tout un chacun, et l'acquéreur est tenu d'acheter.

Si l'essai n'est pas concluant, le vendeur et l'acquéreur retrouvent leur liberté. Toutefois, selon les usages, une nuance peut être introduite.

La vente est **censée être conclue définitivement si la défectuosité est précisément déterminée et aisément réparable**.

II- les promesses de vente

Il n'y a presque pas de dispositions relatives aux promesses de vente dans le code civil, étant peu courantes en 1804. Aujourd'hui aucune vente de biens immobiliers ne s'effectue sans cette étape.

L'une des raisons essentielles de cette promesse est **qu'un élément de la vente fait défaut**. Mais deux schémas bien distincts sont envisageables.

Soit les parties ont **réussi à déterminer les éléments objectifs de la vente, mais l'une des parties réserve sa décision**. Elle bénéficie d'une option. On est dans la situation d'une promesse unilatérale.

L'autre hypothèse est celle dans laquelle les parties sont d'accord, les éléments essentiels de la vente sont fixés mais une **modalité manque**, requise de façon impérative par le législateur. Ainsi, la vente immobilière nécessite la conclusion d'un acte authentique. C'est une promesse synallagmatique de vente.

A- la promesse unilatérale de vente

Ce n'est pas une offre de vente. C'est un contrat, qui nécessite un consentement des deux parties. **Le promettant seul s'engage définitivement en principe**. Le **bénéficiaire** de la promesse, c'est-à-dire l'acquéreur, ne supporte aucune obligation. Il dispose au contraire d'une **faculté qui réside dans l'option**.

Ce schéma type peut se compliquer, il supportera alors une indemnité d'immobilisation, mais qui ne fait pas du contrat un contrat unilatéral.

Deux étapes sont à envisager quant au régime de cette promesse : avant le terme fixé pour la durée de l'option, et à partir du moment où l'option doit être levée ou abandonnée.

1- les effets de la promesse durant le contrat de promesse

a- les obligations des parties durant le contrat de promesse

Le promettant contrairement au **pollicitant** (*personne qui offre de contracter*) s'engage à la vente d'un bien déterminé et pour un prix déterminé ou déterminable. La **simple levée de l'option par le bénéficiaire ferme la vente** : le promettant n'a pas à réitérer son consentement à la vente.

La levée de l'option par le bénéficiaire après le décès du promettant est valable, celui-ci ayant déjà donné son accord à la vente : *Civ 1°, 30 mai 1985*. La **capacité du promettant, la qualité de son consentement s'apprécient exclusivement au jour de la promesse**. C'est la même chose en droit des sociétés : il faut avoir le pouvoir à ce moment là.

Une interprétation critiquable de la cour de cassation tend à remettre quelque peu cette analyse en question. Dans un arrêt de la *3° chambre civile du 15 novembre 1993*, la cour de cassation a considéré que le promettant n'est engagé que dans une obligation de faire.

Le bénéficiaire de la promesse ne s'engage qu'à lever ou non l'option. **Les modalités pour lever l'option peuvent être fixées par les parties**. Mais il faut que ce soit exprès : le silence ne vaut pas levée de l'option.

En pratique cependant, le bénéficiaire s'engage au paiement d'une indemnité d'immobilisation.

- Elle trouve sa **raison d'être** dans le fait que le promettant qui s'engage de vendre à autrui, s'interdit aussi de vendre à toute autre personne que le bénéficiaire. Il **immobilise le bien au bénéfice du bénéficiaire de la promesse**. L'indemnité d'immobilisation vient compenser cet effort réalisé par le promettant. Ce n'est donc pas en principe une contrepartie à l'engagement de la vente. Tout dépend en réalité du niveau de l'indemnité.
- Le **régime** de cette indemnité soulève deux questions :

1. **effet sur la nature du contrat de promesse** : l'indemnité est perdue par le bénéficiaire s'il décide au jour de la levée de l'option de renoncer à la vente. La cour de cassation a retenu dans certains arrêts que la stipulation d'une **indemnité d'immobilisation importante conduisait à la requalification du contrat de promesse unilatérale en promesse synallagmatique de vente**.

CA Paris, 22 octobre 1991 : un contrat de vente de fond de commerce pour lequel est stipulée une indemnité de 10% du prix du fond pour une durée de 5 semaines. Le montant de l'indemnité d'immobilisation ne permet pas au bénéficiaire de conserver une liberté.

2. **nature de l'indemnité** : la cour de cassation a répondu clairement à la question dans un arrêt de la *première chambre civile du 5 décembre 1995* : l'indemnité d'immobilisation stipulée dans une promesse unilatérale de vente constitue le **prix de l'exclusivité consentie au bénéficiaire**.

→ Cet arrêt a permis d'éclaircir le régime de cette indemnité : c'est un prix déterminé au moment de cet arrêt, mais plus juste après. Mais ceci permet **d'écarter la qualification de clause pénale**, qui définit à l'avance pour les parties à un contrat la possibilité de prévoir la somme que l'une d'elle devra en cas d'inexécution de ses obligations. Elle suit un régime très particulier organisé à l'*art 1152.2 CC* qui dispose que le juge peut d'office modérer ou augmenter la clause pénale si celle-ci est manifestement excessive ou dérisoire. On **écarte donc le pouvoir modérateur du juge** si on qualifie cette indemnité de prix.

→ l'indemnité **lie le montant de l'indemnité à la durée de l'immobilisation**. On s'est donc demandé si une réduction prorata temporis est possible. Si le bénéficiaire renonce à lever l'option avant la fin du délai, l'indemnité peut-elle être réduite d'autant ? La cour de cassation pendant un temps a cédé à cette interprétation, avant de revenir sur sa position.

b- les autres effets de la promesse : le régime du contrat de promesse

Ceci pose deux questions pratiques.

Il ouvre la porte aux **dessous de table**. Il consiste à fixer un prix fort dans la promesse unilatérale, laquelle n'est pas en principe accessible au fisc, puis à conclure par acte authentique la vente à un prix nettement moins élevé. On est donc taxé que sur ce prix. La loi de 1963 introduit donc un formalisme fiscal. Mais le fisc a ainsi soulevé un contentieux considérable.

Il introduit l'*art 1840A du CGI, réintroduit à l'art 1589-2CC*. Ce texte impose à *peine de nullité de la promesse l'enregistrement de cet acte dès lors qu'il est passé sous seing privé et qu'il a pour objet la vente d'un immeuble, celle d'un fonds de commerce ou de certains droits sociaux*.

L'enregistrement est requis dans un **délai de 10 jours suivants la conclusion de la promesse**. Mais cet article est un outil pour l'expression de la mauvaise foi des promettants et même des bénéficiaires. A défaut d'enregistrement, le promettant retrouve sa liberté : il peut vendre son bien à un prix autre avec un tiers. Pour l'acquéreur, l'enjeu est de récupérer l'indemnité. Le contentieux est donc considérable sur la question de savoir ce qu'est une promesse unilatérale de vente.

La jurisprudence a adopté une **interprétation stricte de cet article**. Elle reconnaît facilement des promesses synallagmatiques de vente, qui ne sont pas soumises à l'*art 1840A du CGI*. Plusieurs arrêts sont étonnants.

→ *Civ 3°, 5 juillet 1995, bulletin civil, III, n°175*. La cour de cassation retient ici une **promesse synallagmatique car le bénéficiaire de la promesse s'était engagé à se désister d'une action qu'il avait engagé contre les enfants du promettant**. L'engagement de se désister d'une action judiciaire constitue donc l'obligation réciproque à l'engagement de vendre dans une promesse synallagmatique de vente.

→ Cette interprétation s'exprime aussi par l'exclusion de l'*art 1840A du CGI* dès lors que la **promesse unilatérale de vente s'inscrit dans un ensemble contractuel**. Il y a donc réciprocité entre les différents contrats.

→ Dans un arrêt d'AP, la cour de cassation s'est prononcée sur une PUV **inscrite dans une transaction**. La transaction est un contrat défini à l'*art 2044 CC* par lequel des parties à un litige déjà porté devant les tribunaux ou juste né entre elles, y mettent fin à l'amiable en se faisant des **concessions réciproques**. Dans ces transactions figurent fréquemment des PUV. La question est de savoir si ces promesses sont soumises à l'*art 1840A du CGI* ?

Une commune et une société, suite à une vente immobilière litigieuse, décident de mettre fin à un litige au moyen d'une transaction. La société accepte de signer par acte authentique la constatation de la caducité de la vente immobilière. La commune s'engage au terme d'une PUV à réserver à la société plusieurs biens particuliers. Sauf que la commune fait valoir la nullité de la PUV, celle-ci n'ayant pas été enregistrée conformément à l'*art 1840A du CGI*. La société intente une action en justice afin de faire reconnaître que l'article en cause ne s'applique pas. La cour de cassation fait droit à sa demande dans un arrêt de la *troisième chambre civile du 26 mars 2003*. **L'article ne s'applique pas car la promesse est incluse dans une transaction comportant des prestations réciproques**. La cour d'appel de renvoi n'est pas de cet avis, et la société se pourvoit à nouveau devant la cour de cassation. L'AP se réunit et rend un arrêt le 24 février 2006, par lequel elle confirme sa position. Elle considère que « *la transaction est une convention ayant entre les parties autorité de la chose jugée, stipulant des engagements réciproques et interdépendants, dont la promesse de vente n'est qu'un élément de sorte que l'art 1840A du CGI est sans application.* »

L'interprétation restrictive ne peut qu'être saluée en l'espèce. L'opportunité des motifs pose cependant problème, ainsi que la justification. L'arrêt vise **les engagements réciproques** alors que l'article de code vise les **concessions**, qui se distinguent des engagements. Considérer que la promesse est un des engagements réciproques de la transaction, c'est admettre son interdépendance et considérer qu'elle perd son régime dès lors qu'elle est inscrite dans un contexte particulier. Or le mécanisme de la qualification est le garant de la garantie des droits des parties, de la sécurité juridique et de l'égalité entre justiciables.

La **possibilité de substitution** dans les contrats de promesse pose aussi problème. Le contrat de PUV confère un **avantage au bénéficiaire, qui peut acheter à un prix déjà déterminé, et souvent intéressant**. La pratique a donc compris l'intérêt d'introduire dans ces contrats une clause de substitution, qui peut être à titre onéreux. Le bénéficiaire peut la vendre.

Cette clause est valable, au titre de la liberté contractuelle.

Quant à son régime deux questions se sont posées : la substitution est-elle soumise à enregistrement par application de l'*art 1840A du CGI* ? La cour de cassation a répondu par la négative. Les agents immobiliers ont trouvé une solution pour gagner de l'argent : ils se faisaient consentir par les vendeurs une PUV, puis ils

monnayaient la substitution. Le prix était fixé, la PUV était conclue au bénéfice des agents immobiliers, qui monnayaient la substitution. **Une loi de 1993 interdit aux agents immobiliers de se faire consentir une promesse unilatérale avec clause de substitution au bénéfice d'un tiers.**

La seconde question est celle de la **soumission de cette substitution à l'art 1690 CC**, relatif à la cession de créance : il exige une formalité de signification. On se demande si la cession de PUV n'est pas une cession de créance. La substitution doit donc donner lieu à signification au promettant de la cession. La cour de cassation a considéré que la PUV avec clause de substitution **n'est pas soumise au régime de la cession de créance** : *Civ 3°, 27 novembre 1990.*

2- les effets de la levée de l'option

Elle suppose une **manifestation expresse de volonté**. Elle forme définitivement la vente, le promettant étant engagé définitivement.

Mais la cour de cassation ne retient pas cette analyse dans une hypothèse : c'est le cas dans lequel le promettant qui s'est engagé à immobiliser les biens pendant une certaine durée, se rétracte avant ce terme, alors que le bénéficiaire décide de lever l'option durant le délai qui lui était normalement imparti. Dans ce cas la cour estime que la vente n'est pas formée. Cela résulte d'un *arrêt du 15 novembre 1993, JCP 1995, II, n°22866, note Mazeaud*. On ne peut pas contraindre le promettant à la vente pour les motifs suivants : *l'obligation du promettant n'est qu'une obligation de faire, et la levée de l'option postérieure à la rétractation de la promesse exclut toute rencontre de volonté réciproque de vendre et d'acquérir*. Mais dans ce cas, on a du mal à définir l'obligation de faire du promettant. De plus c'est large de considérer qu'elle ne peut pas donner lieu à une exécution forcée. Certes elle se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur, d'après l'art 1142 CC. Mais la cour de cassation a restreint l'application de cet article, en la limitant aux cas où l'exécution engage le débiteur de manière personnelle, liée intimement à la personne. Mais cette solution reste constante pour la cour de cassation.

B- la promesse synallagmatique de vente

C'est un contrat qui comporte des engagements réciproques et interdépendants. L'acquéreur ne bénéficie pas d'une option, il est définitivement engagé dans la vente. C'est aussi le cas du vendeur.

Le code civil pose la question de la distinction entre cette promesse et la vente. « **La promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix** ». Pourtant, si la promesse synallagmatique de vente existe c'est qu'elle a un intérêt pratique et juridique. Son utilité vient de deux causes. D'une part les parties recourent à la PSV car la **vente définitive est impossible au jour de la promesse**. D'autre part, elles y recourent car elles désirent **retarder les effets de la vente, et notamment le transfert de propriété**.

1- la condition

La PSV peut constituer une vente conditionnelle. C'est le cas lorsque les consentements du vendeur et de l'acquéreur sont définitifs et que la vente ne dépend plus d'eux. La conclusion de la vente **dépend d'un tiers ou d'un événement étranger**. C'est le cas en cas d'autorisation administrative par exemple.

2- le terme

La PSV correspond parfois à une **vente assortie d'un terme**. C'est le cas lorsque le transfert de propriété est repoussé par les parties à une date ultérieure. Par suite, la PSV ne pose pas de problème spécifique : il suffit de faire une application de la théorie générale des obligations.

Mais la qualification de la PSV pose problème en cas de **PUV croisée**. Un acte contient deux PUV croisées. Une partie promet de vendre, en accordant une option à l'autre, et l'autre promet d'acheter en accordant une option à son cocontractant. Il y a deux possibilités :

- erreur dans la rédaction de l'acte.
- Souhait des parties qui leur permet de se donner un délai de réflexion, par l'intermédiaire de l'option. Le contrat de vente n'est pas conclu, mais à la première levée d'option de l'un ou de l'autre, il est formé.

Mais se pose un problème de qualification. Il a un enjeu considérable au regard du régime de la PUV. La cour de cassation a posé une solution, retenue d'abord le *16 janvier 1990 par la chambre commerciale*. Elle a retenu que ces **promesses croisées de vente et d'achat emportaient promesse synallagmatique de vente à deux conditions** : elles doivent porter sur le **même objet**, et elles doivent **stipulées dans les mêmes termes**. On doit rechercher l'intention des parties.

La solution vient d'être entérinée par une décision de la *chambre commerciale du 22 novembre 2005*. Il soulève plusieurs problèmes : la solution est donnée en terme abstraits. **Moyennant les deux conditions reprises dans l'arrêt de 1990, la double promesse constitue une PSV**. Mais la cour de cassation ne permet pas d'examiner la volonté des parties. Les juges du fond n'ont pas cette marge de manœuvre.

III- les pactes de préférence

Le pacte de préférence est un avant-contrat qui ne concerne pas que les contrats de vente mais qui y trouve une utilité importante. C'est une **convention conclue entre le propriétaire d'un bien et un bénéficiaire aux termes de laquelle le propriétaire s'engage s'il vend son bien à la proposer par priorité au bénéficiaire du pacte**. Il peut ainsi faire jouer son droit et acquérir le bien dès lors qu'il en offre le même prix que celui proposé par les tiers acquéreurs. Il n'est pas organisé par le code civil, il pose donc deux difficultés : sa nature et son régime.

A- la nature du pacte de préférence

Jeudi 8 février 2007

Le code civil n'envisage pas la notion. La question s'est posée de sa nature, sui generis ou non. L'idée a été soulevée de **rapprocher le pacte de préférence de la PUV**. On trouve plusieurs éléments : seul le propriétaire s'engage à quelque chose, c'est un contrat préparatoire à la vente.

L'enjeu de la qualification est important. Dès lors que le pacte est assimilé à une PUV, il suivra son régime. Ses conditions de validité devraient être celles de la PUV, avec le problème de l'enregistrement.

Selon certains auteurs, le pacte a bien **une nature sui generis**, distincte de la PUV.

Dans l'acte de préférence, le propriétaire ne propose pas directement son bien au propriétaire. Il s'y engage s'il décide de le vendre. Selon certains auteurs, **il n'engage pas le propriétaire dans le terme d'une vente**.

B- le régime du pacte de préférence

C'est un contrat qui a en principe **force obligatoire**. Le propriétaire est engagé, il est **tenu de proposer son bien au bénéficiaire du pacte lorsqu'il décide de vendre**. Si le bénéficiaire n'est pas intéressé le propriétaire retrouve sa liberté et la possibilité de vendre à un tiers.

Le problème du régime se rencontre si le propriétaire n'honore pas son pacte : il vend le bien à un tiers sans le proposer au bénéficiaire au préalable.

Le bénéficiaire n'ayant pas de droit réel sur le bien, il ne peut exercer une action en revendication, ce qui sera le cas en cas de PSV. Par plusieurs décisions, dont un arrêt de la *première chambre civile du 4 mars 1957*, ou de la *chambre commerciale du 7 mars 1989*, la cour de cassation a retenu que le **non respect du pacte de préférence ne pouvait être sanctionné que par l'allocation de dommages et intérêts**. Cette solution est fondée sur une analyse de **l'objet de l'obligation du propriétaire, qui ne s'engage qu'à une obligation de faire**. Elle vise l'*art 1142CC* qui retient que l'exécution forcée de l'obligation de faire ne se résout qu'en dommages et intérêts.

La seule atténuation apportée au principe réside dans l'hypothèse où serait constatée une **collusion frauduleuse entre les parties à la vente**.

Cette analyse a été critiquée : analyse trop stricte de l'*art 1142*, les obligations de faire peuvent être soumises à une exécution forcée.

La cour de cassation a opéré un revirement par un arrêt de *chambre mixte du 26 mai 2006 (on dit une chambre mixte)*. Les faits trouvent leur source dans un acte de donation partage conclu en 1957, comportant un

pacte de préférence. La propriété ainsi transmise est transmise par un nouvel acte de donation partage en 1985, acte qui réitère la référence au pacte de préférence. Le bénéficiaire de la donation partage vend le bien sans respecter le pacte de préférence. En 1992, le bénéficiaire du pacte exerce une action en justice : il prétend à sa **substitution dans les droits de l'acquéreur, et à l'allocation de dommages et intérêts**. La CA le déboute. Elle retient que le pacte de préférence porte sur une obligation de faire qui ne peut donner lieu qu'à des dommages et intérêts, puis elle refuse ces dommages et intérêts : il n'est pas démontré que le bénéficiaire du pacte avait l'intention de s'en prévaloir au moment de l'acte.

La cour de cassation rejette ce pourvoi : *si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ces droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, ce n'est qu'à la condition que ce tiers ait eu **connaissance lorsqu'il a contracté de l'existence du pacte de préférence** (1° condition) et de **l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir** (2° condition).*

Pour la première fois la cour de cassation admet la **substitution du bénéficiaire dans les droits de l'acquéreur et la possibilité pour le bénéficiaire d'obtenir la nullité de la vente**.

Elle subordonne le principe à deux conditions qui relativisent d'un point de vue pratique la portée de l'arrêt.

D'un point de vue théorique, l'admission du principe de la substitution conduit à relancer la question sur la **nature du pacte**. La cour ne vise plus l'article 1142, et si elle admet la substitution, c'est qu'elle considère que le **propriétaire s'est engagé dans la vente** à l'égard du bénéficiaire du pacte. On ne lui demande pas à nouveau son consentement. On rapproche donc le pacte de préférence et la PUV. Mais dans ce cas, la cour de cassation se contredit elle-même. En effet en cas d'inexécution d'une PUV, la cour de cassation n'oblige pas à conclure la vente. Le promettant peut donc rétracter sa promesse.

En pratique, les **conditions posées par la cour de cassation laissent à penser qu'il y aura rarement substitution**. Le bénéficiaire du pacte doit rapporter une preuve qui se situe dans les éléments de connaissance du tiers : c'est une *probatio diabolica*.

Donc le consentement à la vente peut être compliqué ou très simple.

Chapitre 2 : l'objet de la vente

La chose et le prix constituent l'objet de la vente.

Section 1 : le prix

Qualifier quelque chose de prix permet de préfigurer des caractéristiques. **Le prix est une somme d'argent dont le versement peut avoir des modalités diverses** : somme d'argent, rente viagère, prix fixe ou variable selon une clause d'indexation. Il peut être une somme symbolique. Mais il doit être sérieux. Le prix symbolique peut être sérieux dès lors que le bien acquis n'a pas grande valeur. C'est le cas en cas de cession de société percluse de dettes.

Un acte prétendument qualifié de vente qui ne comporte pas de prix reste valable en raison de la liberté contractuelle. Mais l'acte sera requalifié par le juge : l'acte devient une donation.

I- la déterminabilité du prix

Cette exigence est posée à l'*art 1591 CC*. Il dispose que *le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties*. Cette solution est donc acquise, cependant elle a posé des questions.

La première question a été celle de son domaine. Il y a eu une évolution jurisprudentielle pour les contrats de distribution.

La deuxième question est celle de la mise en œuvre de cette exigence.

A- le principe d'un prix déterminé ou déterminable

L'*art 1591 CC* vise un prix déterminé, mais la cour de cassation tend à n'exiger qu'un **prix déterminable**.

1- l'énoncé du principe

Le **caractère suffisant de la déterminabilité du prix** a été posé par un arrêt de la *chambre des requêtes de la cour de cassation du 7 janvier 1925*. Ceci signifie que le prix ne doit pas forcément être fixé définitivement au jour de la conclusion de la vente. **Son montant peut être déterminé ultérieurement, dès lors que ça n'implique pas un nouvel accord des parties.**

Ce système procède de la **stipulation d'une clause dans le contrat qui renvoie à des modalités de calcul objectives**. Si en revanche ces modalités de calcul impliquent un nouvel accord des parties, la vente n'est pas considérée comme conclue. Cette exigence a été posée pour protéger l'acquéreur.

Cependant le domaine de ce principe a posé des difficultés.

2- Le domaine d'application du principe

L'exigence de déterminabilité du prix a posé des difficultés au regard de certains accords, qui sans constituer eux-mêmes des ventes, encadrent la conclusion de ventes futures entre les parties. Ce sont des **contrats-cadres**, ou des contrats de distribution. Il s'agit de contrats dans lesquels des parties s'accordent une exclusivité (fournisseur et distributeur). Ce contrat oblige les parties à conclure des ventes futures.

Le fait qu'ils s'inscrivent dans la durée rend mal aisée la fixation d'un prix pour chacune des ventes ensuite conclues entre les parties.

La cour de cassation pendant longtemps, **assimilant les contrats cadres à des ventes, les a soumis à la détermination des prix**. Les parties, dès le contrat cadre devaient prévoir à prix fixe ou déterminable pour le prix des ventes futures. A défaut, le contrat était nul.

Or cette **condition était impossible à remplir**. Toute clause se référant au tarif du fournisseur est considérée comme nulle. Donc chaque partie pouvait sortir du contrat à sa guise en arguant la nullité du contrat cadre. Mais la nullité est rétroactive. Donc toutes les ventes conclues depuis l'origine sont remises en cause.

Ex: affaire des pompistes. Les contrats comportaient des clauses accessoires au départ

Dans les années 1970s, **la cour de cassation fonde la nullité du contrat cadre sur le fondement de la vente**. Ceci donne lieu à un déchainement doctrinal. La cour de cassation conserve sa position mais **change de fondement et donne l'art 1129CC** comme nouveau fondement, sensible au fait que le contrat cadre n'est pas un contrat de vente. Puis les conséquences pratiques posent problème, donc on assiste à une nouvelle évolution.

L'arrêt de la *chambre commerciale du 22 janvier 1991* effectue une distinction entre deux types de contrats, ceux portant sur une obligation de donner et ceux portant sur une obligation de faire. Ces derniers ne sont pas soumis à la condition de détermination du prix. Ceci se justifie encore par la possibilité d'écarter le droit de la vente. Mais dès lors qu'on se fonde sur le droit commun des contrats, la solution n'a plus de sens.

Puis 4 arrêts de l'AP du 1^{er} décembre 1995 abandonnent l'exigence de détermination du prix dans les contrats cadres. Non seulement *elle affirme que cette exigence ne s'applique plus dans les contrats cadres, mais elle retient aussi de façon plus générale que l'article 1129CC n'est plus applicable à la détermination du prix*.

Les parties sont donc **libres de ne pas se référer au prix lors de la conclusion du contrat cadre**. Elles peuvent aussi **s'y référer mais en précisant que ce prix sera fixé unilatéralement par l'une d'elle**. Mais l'assemblée plénière précise que **l'abus dans la détermination unilatéral du prix conduit à la résolution du contrat ou à l'allocation de dommages et intérêts**.

Mais il faut déterminer ce qu'est un abus. La cour de cassation l'a fait de manière casuistique. Le seul caractère excessif du prix ne constitue pas un abus.

Certains arrêts retiennent la qualification de l'abus : *Com, 15 janvier 2002 : l'abus est qualifié dans le comportement du cocontractant qui fixe le prix*. En l'espèce, il fixait des prix qui ne permettaient pas à son partenaire de faire perdurer son activité.

Cette jurisprudence relance la question de savoir quel est le domaine d'application de l'art 1591CC. **Dans la vente, le prix doit-il encore être déterminé ou déterminable ?** Cette question a une légitimité pour deux raisons : l'article 1591 CC pourrait faire partie des dispositions spéciales qui ne font que rappeler le droit commun des obligations. Le contexte international notamment dans les droits anglo-américains penche aussi en ce sens, la détermination du prix n'étant pas une condition de validité des contrats de vente.

Ceci est révélé par un travail fait pas un groupe d'auteurs européens, à l'initiative de M. Landö, qui publie un **opus sur les principes européens du droit des contrats**. La solution retenue est beaucoup plus souple que la solution française.

Ce groupe de travail a mis en évidence des notions naturelles, il a cherché à révéler les grands principes du droit des contrats. Mais ces principes ne sont pas du droit positif. Mais ils ont une valeur supérieure à l'avant-projet Catala. En effet, en matière de contrat international, les parties ont une liberté car ils peuvent le soumettre expressément à ces principes.

Mais la **jurisprudence de 1995 n'a pas eu d'incidence sur le régime du contrat de vente, l'art 1591 s'applique.**

B- la mise en œuvre du principe

Il faut se référer à des **critères objectifs**. Deux moyens sont apparus en pratique.

1- la fixation du prix par un tiers

Cette technique est organisée par le codificateur. *L'art 1592 précise que le prix peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation il n'y a point vente.*

La **désignation du tiers** peut poser problème. Il peut **être expressément identifié par les parties** mais il peut aussi être **désigné ultérieurement dès lors que le mode de sa désignation est prévu.**

Si la désignation ne fonctionne pas, le contrat est nul. L'une des parties ne peut pas demander au juge de déterminer le prix. Ceci distingue le contrat de vente du contrat d'entreprise.

Les parties peuvent désigner un tiers, souvent expert (comptable). Cette désignation a posé des problèmes dans le domaine des **contrats de cession de droits sociaux**. Ceci peut donner lieu à une cession de contrôle de la société. L'exigence de détermination du prix est délicate à mettre en œuvre. Les **droits sociaux ont une valeur évolutive par nature**. Fréquemment le contrat de vente n'opère pas transfert immédiat des droits sociaux. Donc les parties ne peuvent fixer la valeur des droits sociaux définitivement au jour de leur accord. Une clause type est celle qui fait référence à la **valeur qu'un expert attribuera à ces droits ou à l'entreprise au moment du transfert de propriété.**

Par une *décision du 10 mars 1998, la chambre commerciale de la cour de cassation a approuvé cette technique. Il y a désignation d'un tiers qui permet la détermination objective de la valeur du bien. La rédaction de la clause est importante. 14 décembre 1999, Com : les parties ne visent le mode de fixation du prix qu'en se référant à la valeur de l'entreprise. La clause est sanctionnée par la cour au motif qu'elle implique nécessairement un nouvel accord des parties sur le montant du prix.*

2- la fixation du prix par le tarif du fournisseur

La solution est moins facilement consacrée par la cour de cassation. La référence au tarif du vendeur n'est que **très strictement acceptée par la cour de cassation**. Ce n'est pas une donnée objective qui permet de déterminer le prix. Cette référence est valable si elle renvoie au **tarif du vendeur au jour de la conclusion du contrat**, mais **pas si elle renvoie au tarif du vendeur à venir.**

La question pose problème si la **référence est maquillée**. C'est le cas si les parties font référence à un cours ou au marché. En principe, cette technique est valable. Elle est **cependant sanctionnée par la cour lorsque l'une des deux parties a une influence importante sur la détermination de ce cours.**

II- le caractère juste et sérieux du prix

La solution est traditionnelle de dire que dans le contrat de vente, le prix doit être réel, sérieux et juste. Pourtant ça ne correspond pas à la réalité du droit positif. Ces exigences existent bien mais seulement dans **certains contrats de vente.**

A- un prix sérieux

La notion de caractère sérieux du prix, qui englobe celle du caractère réel, renvoie à deux considérations. Elle signifie que ce **prix ne doit pas être fictif**. Le prix présenté au tiers ne doit pas être différent du prix réellement payé. Mais ce n'est pas une condition de validité issue du droit commun de la vente.

Les seuls contrats où cette fictivité est sanctionnée sont **ceux dans lesquels le fisc taxe la plus-value** : les contrats de vente d'immeuble, ou de meubles particuliers comme les fonds de commerce ou les offices ministériels.

Le caractère sérieux du prix renvoie aussi à la notion de **prix dérisoire**. Il est souvent allégué que pour que la vente soit valable, le prix ne doit pas être dérisoire. Tout dépend de la **valeur de la chose**. Cette **exigence n'est pas prévue par la loi et est relative**. Elle se situe dans la dépendance de la valeur de la chose.

B- un prix juste

C'est aussi plus dans les esprits que dans la réalité du droit positif. Le prix de la vente doit être un juste prix. Ceci ne concerne que certains contrats de vente.

Le droit commun de la vente suit le droit commun des contrats. **La lésion n'est pas une cause de nullité du droit commun des contrats** : art 1118CC.

On trouve des **exceptions à certaines ventes**, comme la vente d'immeuble. C'est l'art 1674CC. Les conditions de la prise en compte de la lésion sont strictes. *Si le vendeur a été lésé de plus de 7/12 dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente.*

Les conditions de cette lésion sont strictes :

- seul le **vendeur** peut la réclamer
- il faut une **lésion de plus de 7/12**. Cette différence de prix ne tient pas compte du temps qui passe.
- L'action est enfermée dans un **délai de deux ans**, lequel court à compter du jour de la vente.

En cas de lésion, le vendeur peut agir. Un **choix s'offre à l'acquéreur**. Il peut demander la **rescision de la vente**. Il y a restitution du bien vendu, et donc restitution du prix. Mais l'acquéreur peut aussi **racheter la lésion**. Il doit fournir un complément de prix. Il doit verser à titre de complément la différence minorée d'un dixième.

La lésion existe aussi en matière de **biens meubles**. C'est le cas de la cession de droits d'auteurs. Dans les autres contrats de vente, le caractère juste du prix n'est pas une condition de validité du contrat.

Section 2 : la chose

La chose doit être déterminée pour que la vente soit parfaite. Mais ça n'est pas une condition suffisante. La loi a prévu d'autres caractéristiques, prévues dans le *chapitre 3 du code civil*, intitulé *des choses qui peuvent être vendues*.

Il y a quatre conditions relatives à la chose. Elle doit exister, être appropriée, être dans le commerce, et être déterminée ou déterminable.

I- l'existence de la chose

La vente peut avoir pour objet une chose présente ou future. Mais la chose ne doit pas être détruite.

A- le défaut de destruction

L'art 1601CC précise que deux cas doivent être distingués.

Si la chose est complètement détruite au jour de la conclusion du contrat, la vente est nulle. La cour de cassation fait une interprétation large de cette notion de chose détruite en totalité. Elle l'applique à la

destruction matérielle, mais aussi lorsque la chose a perdu son utilité. *Chambre des requêtes, 5 février 1906* : vente d'un lot de betteraves pourries.

Aujourd'hui, cette solution s'applique à des choses plus techniques. Mais l'utilité considérée doit être généralisée. C'est une **utilité objective, ou une utilité au moins convenue par les deux parties**. La perte d'utilité au regard de l'usage particulier que l'acquéreur voulait faire de la chose ne remet pas en cause la validité du contrat.

En cas de **perte partielle**, second cas envisagée par la loi, l'*art 1601 CC* ouvre une **option à l'acquéreur, qui peut renoncer à la vente ou la poursuivre en obtenant une réduction proportionnelle du prix**. Initialement, les juges laissaient le libre choix entre les deux propositions. Mais aujourd'hui, les juges semblent **exercer un contrôle, et imposer une réfaction du contrat** : réduction du prix mais survivance du contrat.

Le contrat de vente aléatoire n'est pas prévu par la loi, mais est possible du fait de la liberté contractuelle. Il s'engage dans une vente en acceptant le risque de destruction de la chose. Le contrat devient aléatoire, il n'est plus commutatif.

B- la vente de chose future

Elle découle de l'application du droit commun des obligations : *art 1130CC*. Elle n'est pas expressément organisée par la loi.

Il existe des dispositions sous-spéciales qui organisent la vente de choses futures, comme l'*article 1601-1CC* organise la **vente d'immeuble à construire**.

Elle pose plusieurs difficultés : la distinction entre la vente et le contrat d'entreprise. Dans la vente de chose future, le **vendeur s'engage à fabriquer la chose**. Puis se pose le problème du **caractère commutatif ou aléatoire de la vente**. Tout dépend de savoir si les parties ont conçus la chose future comme certaine (contrat commutatif), ou comme éventuelle (contrat aléatoire). En cas de disparition de la chose, le premier sera nul, mais le second restera valable.

II- Une chose objet d'un droit de propriété

Le vendeur doit avoir un droit de propriété sur la chose vendue. L'une est relative à l'existence du droit de propriété, l'autre à la titularité de ce droit.

A- l'existence d'un droit de propriété

Toutes les choses ne sont pas appropriables. Les **éléments** ne peuvent faire l'objet de ce type de droit.

Mais la **transmission d'information ou de savoir faire** a réactualisé cette notion. Sont-ce des biens appropriables ?

Ce sont des **valeurs indéniables d'un point de vue économique**. Mais ce n'est qu'une compilation d'idées. Or tout le monde peut les avoir. C'est pour cela qu'il ne peut pas y avoir de vente. On refuse donc la vente de savoir faire.

Mais de **nombreux contrats en matière commerciale sont basés sur cette transmission**. Deux solutions se présentent en droit positif pour transmettre la propriété de ces choses.

La prestation de savoir faire est une **prestation d'enseignement**, c'est donc un **contrat d'entreprise** si la prestation existe vraiment. Un contrat de transmission de savoir faire ne comporte pas toujours cette prestation.

On peut aussi dire que ces contrats sont valables en raison de la liberté contractuelle : ce sont des **contrats sui generis**.

Mais ces contrats ne sont pas des ventes.

B- la titularité d'un droit de propriété

Aux termes de l'*art 1599CC*, *la vente de la chose d'autrui est nulle*. Cette condition tombe sous le sens. Pourtant, son domaine d'application et ses sanctions sont problématiques.

1- domaine d'application

Il est difficile de distinguer ce qu'est véritablement une chose d'autrui dans certains cas. Il faut aussi distinguer cette hypothèse de celle de la propriété collective et des démembrements des droits de propriété.

La **propriété collective** renvoie à la notion de vente d'un bien indivis. Il peut être vendu par un indivisaire. Dans ce cas, soit la **totalité du bien est vendue et il faut l'accord de tous les indivisaires**, soit **l'indivisaire ne vend que sa quote-part indivise et son seul consentement suffit**. Cette faculté de vente de la quote-part nécessite de protéger les co-indivisaires restant. Ils ont un **droit de préemption** qui leur permet par priorité d'acquérir la quote-part vendue. Ils peuvent obtenir ce droit en justice, avec une **faculté de substitution**.

La vente peut porter sur un bien qui fait l'objet d'un **démembrement de propriétaire**. Le plus souvent, on a un usufruitier et un nu-propriétaire (abusus). Il peut être organisé volontairement ou suite à une succession. La question qui se pose est de savoir dans quel cadre intervient la vente. C'est un droit de disposer, qui relève en principe de l'abusus. Le **nu-propriétaire peut procéder à la vente, et ne cédera que sa nue-propriété**. Quant à l'usufruitier, sa situation n'est pas si défavorable. Il a la **possibilité de céder son usufruit**. Mais celui-ci est temporaire par principe. Donc l'usufruitier cède ses droits **autant que dure l'usufruit**.

Pour la vente totale d'un bien faisant l'objet d'un démembrement du droit de propriété, il faut un contrat qui lie l'acquéreur d'une part, et l'usufruitier et le nu-propriétaire d'autre part.

2- sanction

Lorsque le bien vendu appartient en totalité à une autre personne que le vendeur, des sanctions sont envisageables. Il convient de tenir compte des termes de la vente. Il est possible de **vendre valablement la chose d'autrui et en son nom propre dès lors que le contrat est assorti d'une condition suspensive particulière**. Cette condition doit stipuler que le contrat est **subordonné à l'acquisition par le vendeur de la chose vendue**. La cour de cassation considère que cette condition ne tombe pas sous le coup de l'*art 1174 CC*, estimant que la condition n'est pas purement potestative dans la mesure où sa réalisation dépend également de la volonté du tiers propriétaire.

Si aucune condition de la sorte n'est stipulée au contrat, la vente est nulle selon l'*art 1599CC*. Mais la cour de cassation nuance le principe par des modalités strictes. **La nullité ne peut être demandée que par l'acquéreur**. C'est une simple nullité relative, enfermée dans le délai de 5 ans.

Par un arrêt du *8 décembre 1999*, la *troisième chambre civile* de la cour de cassation a considéré que le tiers propriétaire était irrecevable à arguer de cette nullité. Cette solution a été réaffirmée par un arrêt de la cour de cassation de la *3^e chambre civile* du *9 mars 2005*.

Cette solution peut s'expliquer par l'**effet relatif des contrats**, qui n'oblige que les parties.

Le tiers propriétaire peut exercer une **action en revendication** pour lutter contre cette impossibilité. Mais elle peut butter sur une difficulté en matière de meuble : l'*art 2279CC en fait de meubles, la possession vaut titre*. L'acquéreur s'il ne dispose pas d'un droit de propriété en vertu de la vente peut revendiquer un droit sur le bien, par le biais de cette possession.

III- Une chose dans le commerce

C'est une condition prévue à l'*art 1598CC*, qui dispose que *tout ce qui est dans le commerce peut être vendu, lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation*. Cette disposition fait écho à l'*art 1128CC : il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui peuvent être l'objet de conventions*.

Les choses hors du commerce sont déterminées par deux critères : les choses illicites, les choses attachées à la personne.

A- les choses illicites

Les choses illicites sont en général des **choses dangereuses** : des choses vénéneuses, des choses qui ne répondent pas à une obligation générale de sécurité. On a des dispositions précises qui disposent que telle ou telle chose est interdite : drogues, matériaux plus courant comme l'amiante, jouets dangereux...

Ceci est une acceptation traditionnelle.

Mais il faut aussi y adjoindre une acceptation plus récente, retenue il y a peu par la cour de cassation. La *chambre commerciale*, le 24 septembre 2003 (D. 2003, JP, p2683), a précisé ceci. Une société a acquis un lot de vêtements contrefaits. Elle assigne le vendeur en nullité de la vente. Les juges d'appel la déboutent de sa demande en considérant que la preuve d'un vice de consentement n'était pas établie. La cour de cassation censure cette décision sous les vises des articles 1128 et 1598CC : *la seule considération que la chose soit contrefaite entraîne la nullité du contrat.*

La cour classe les **contrefaçons dans les choses illicites**. Ceci constitue un levier important pour la sanction de ces ventes. L'enjeu pratique de cette solution est très important.

B- les choses attachées à la personne

Le corps humain dans son intégralité n'est pas une chose. C'est une personne. Mais l'interrogation est relancée pour les **produits du corps humain** : le sang et les organes.

Les considérer comme hors du commerce conduit à interdire tout contrat sur ces produits et éléments du corps humain. Or la donation est un contrat. Donc tous les dons de sang et d'organe sont interdits.

La loi a posé une disposition spéciale : l'*art 16-5CC* précise que *ces choses sont dans le commerce mais elles ne peuvent faire l'objet que de contrats à titre gratuit*. Ils sont dans le commerce mais ils ne font pas l'objet d'une vente.

Le droit de la vente a connu plus de remous pour les **choses juridiquement attachées à la personne**. La principale difficulté a porté sur la **cession de la clientèle civile**. Elle est désignée ainsi par opposition à la clientèle commerciale. Ce sont **les patients ou les clients des membres des professions libérales**.

Pendant longtemps la cour de cassation a considéré que c'était une chose hors du commerce, par opposition à la clientèle commerciale (élément du fonds de commerce). On considère que la clientèle commerciale est attachée à des données objectives : proximité du commerce, qualité des produits. Au contraire la **clientèle civile est attachée à la personne du professionnel**. Mais elle représente une valeur d'un point de vue économique. Donc en pratique, les praticiens avaient organisés d'autres moyens pour céder la clientèle. Le plus souvent le moyen utilisé était la vente d'un **droit de présentation** à un médecin entrant. Mais tout dépend de la qualité de l'acte.

La cour de cassation, face à ces difficultés pratiques, a opéré un revirement par un arrêt de la *première chambre civile du 7 novembre 2000* (JCP 2001, II, n°10452, note Viala). La cour de cassation *reconnaît juridiquement la clientèle civile, l'intègre dans les choses qui sont dans le commerce, et reconnaît du même coup la notion de fonds libéral*.

IV- Une chose déterminée ou déterminable

Elle procède d'une interprétation large de l'*art 1583CC*. Mais elle résulte de toute façon d'une application de l'*art 1129CC* : *la chose doit être au moins déterminée quant à son espèce, sa quotité cependant peut être incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminable*.

On distingue les **corps certains et les choses de genre**. Les **corps certains** sont des choses uniques. Une simple référence à une caractéristique de ce bien suffit à le rendre déterminable. Si la chose est une **chose de genre**, la notion de détermination prend toute sa mesure.

Mais la cour de cassation applique l'*article 1129 CC* aux meubles, qui sont des choses de genre. Mais dans un arrêt, on a appliqué l'article à un immeuble.

A- le meuble de genre

Tous les meubles sont fongibles et interchangeable, la vente n'est valable que si **l'espèce de la chose est précisée, ainsi que sa quotité**. La **qualité de la chose** en revanche n'est **pas une condition de validité** de la vente. On fait alors application de l'*art 1246CC* qui précise *qu'à défaut de stipulation de la qualité d'une chose, celle délivrée ne devra être ni de la moins bonne, ni de la meilleure*.

B- L'immeuble désigné par sa superficie

Traditionnellement les immeubles sont des corps certains. Mais la cour de cassation a eu à connaître d'un cas dans lequel elle a considéré que la vente d'un immeuble correspondait à la vente d'une chose de

genre. Civ 3^e, 17 juillet 1968 : en l'espèce la vente d'un terrain avait été conclue par les parties qui n'avaient précisé que la superficie vendue, laquelle devait être prélevée dans un terrain plus grand. La cour de cassation a reconnu la validité de la vente à l'appui de l'article 1129CC. L'espèce était le terrain, la quotité est la superficie.

Cette assimilation peut être critiquée : les parcelles d'un même terrain ne sont pas fongibles, sauf si la fongibilité dépend de la volonté des parties, et n'est pas une notion objective (professeur Carbonier).

Titre 2 : les effets de la vente

Jeudi 15 février 2007

La vente emporte **deux séries d'effet**. La première résulte du fait que c'est un contrat synallagmatique. Elle crée donc des **obligations à la charge de l'acquéreur et du vendeur**. Les obligations de l'acquéreur ne posent pas de problème : c'est une obligation de payer. Mais il y a aussi des obligations secondaires : obligation de retraitement. Pour les obligations du vendeur, il y a plus de problème. On a considéré qu'il supportait une **obligation de donner**, qui a pour objet le transfert de propriété de la chose. Cependant, c'est une obligation controversée en droit français, et il apparaît que le vendeur ne supporte pas réellement l'obligation de transférer la propriété du bien.

Le transfert de propriété ne fait pas l'objet d'une obligation. Ce serait un **effet direct de la vente**. On distingue donc les effets réels du contrat, rattachés à la chose, les obligations du vendeur et de l'acquéreur.

Chapitre 1 : les effets réels du contrat de vente

Ce sont des effets directs qui se manifestent en raison de la conclusion du contrat. Ils n'impliquent **aucune obligation de la part des parties**. Il faut distinguer cette notion de la notion d'effet immédiat.

Les effets réels de la vente sont toujours directs, mais parfois ils peuvent être différés. Le caractère immédiat de la vente se rattache à l'organisation du contrat de vente. Ils résident dans le transfert de propriété et des risques de perte de la chose.

Section 1 : le transfert de propriété

C'est l'effet principal de la vente, juridiquement et pratiquement. La question se pose de la **manière dont ce transfert s'opère**. Contrairement au droit romain, il a lieu directement dès l'échange des consentements. On désigne cela par la notion de **transfert de propriété solo consensu**. Pour autant, il n'est pas forcément immédiat. Ceci a deux causes majeures :

- Il est difficile à concevoir pour les **choses de genre**. Elles existent dans un très grand nombre de réplique. Il faut donc aussi une individualisation de la chose.
- **L'organisation volontaire de ce retardement par les parties**. La clause de réserve de propriété permet au vendeur de vendre son bien tout en se réservant la propriété jusqu'au paiement du prix.

I- le transfert de propriété solo consensu

En droit romain, la vente n'est pas par elle-même translatrice de propriété. Le transfert de propriété s'opérait suite à la remise matérielle de la chose. C'est la traditio. Cette conception a été écartée par les codificateurs dans deux articles du code. Le premier relève du droit commun des contrats, et pose que *le créancier est propriétaire de la chose encore que la tradition n'est point été faite* : art 1138 CC. Cette disposition est illustrée à l'art 1583 CC en matière de vente. *La vente est parfaite et la propriété acquise de droit à l'acheteur dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoi que la chose n'est pas encore été livrée ni le prix payé*. Donc le seul échange des consentements opère le transfert de propriété.

Pourtant une partie des auteurs a tenté de remettre en cause cette conception, en faisant porter sur le vendeur une **obligation de donner**. L'idée est que la vente emporte nécessairement obligation de donner, et

que le transfert de propriété intègre l'objet d'une obligation du vendeur. Si l'on raisonne ainsi, il faut **un nouveau comportement du vendeur : l'exécution de l'obligation de transférer la propriété**. Mais cette obligation a été remise en cause par la doctrine. *Muriel Fabre-Magnant, le mythe de l'obligation de donner, RTD Civ 1996, p85*

Pour ces auteurs, deux raisons s'opposent à la caractérisation dans la vente d'une obligation de donner. La première réside dans **l'immédiateté du transfert de propriété**. C'est posé par le code. Cela rend très théorique l'exécution d'une véritable obligation de donner par le vendeur. Elle s'exécute en un trait de temps. Reste la question des ventes dans lesquelles il n'y a pas d'immédiateté du transfert de propriété. L'obligation de donner a un rôle à jouer car elle réapparaît. Mais ce raisonnement s'oppose à un second élément. **L'automatisme** avec laquelle la prétendue obligation se trouve exécutée est en effet fondamentale. En effet, même si le transfert de propriété est différé, celui-ci est automatique. Il n'implique **aucun comportement nouveau de la part du vendeur**. C'est pourquoi ce raisonnement a emporté la conviction de la plus large majorité de la doctrine.

II- le transfert de propriété différé

Le transfert de propriété immédiat et direct ne peut concerner que les corps certains. Une individualisation est nécessaire pour les choses de genre. Il faut déterminer sur quel élément l'acquéreur bénéficie de son droit de propriété. Mais la volonté des parties peut différer le transfert de propriété pour les corps certains, par une clause de réserve de propriété.

A- **l'individualisation de choses de genre**

Elles sont **interchangeables** les unes des autres. Donc le transfert de propriété ne peut intervenir tant que les parties ignorent laquelle précisément de ces choses a fait l'objet du transfert. Il faut **déterminer les modalités de cette individualisation**.

De façon **matérielle**, elle procède du comptage, du mesurage d'une chose qui permet de l'isoler.

Sur un plan **juridique**, il est admis qu'elle procède valablement d'un **acte unilatéral du vendeur**. Cela nécessite un nouveau comportement du vendeur, qui a une incidence sur la vente. Cette solution résulte du fait que l'on considère qu'en consentant à l'acquisition d'une chose de genre, l'acquéreur a préalablement accepté que le vendeur lui transmette n'importe laquelle des choses d'une même espèce. Ceci correspond à **l'intention fictive créée par la cour de cassation**. Cette solution n'est pas d'OP. Les parties peuvent organiser une **individualisation contradictoire ou organisée par un tiers**. L'individualisation donne lieu au transfert de propriété.

B- **Les clauses de réserves de propriété**

Elle est très pratiquée en droit commercial, et elle connaît une actualité sur le plan du droit commun des obligations avec la réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006 qui a consacré la validité de cette stipulation. La clause fait en sorte que le **vendeur, tout en livrant la marchandise, en conserve la propriété jusqu'au complet paiement du prix par l'acquéreur**.

1- la consécration par la réforme du droit des sûretés

Dans le nouveau titre du code consacré au droit des sûretés, au terme du nouvel *article 2367 CC*, il est prévu que *la propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété, qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie*. La question s'est posée de savoir jusqu'où on allait. Il existe dans les droits anglo-saxons, la fiducie, qui donne lieu à la cession de la propriété à titre de garantie.

La propriété ainsi réservée doit être convenue par **écrit**.

Il faut noter que le droit commercial et le droit des procédures collectives a pris acte de l'existence en pratique de ces clauses, qui ont été consacrées par la jurisprudence, au titre de la liberté contractuelle. Dans le code de commerce, il était aussi prévu que la clause devait être convenue par écrit.

On s'est demandé si cette clause devait être expresse, éventuellement manuscrite ou électronique, et stipulée dans l'instrumentum. La difficulté réside dans les clauses de réserves de propriété stipulées dans les **conditions générales de vente**. La loi précise en droit commercial que ces **clauses inscrites dans les conditions générales de vente sont opposables à l'acheteur, à moins que les parties ne les aient écartées par écrit**.

Le problème de l'opposabilité au tiers se pose aussi.

2- l'efficacité de la clause de réserve de propriété

Pendant longtemps, bien que consacrée entre les parties, la clause de réserve de propriété voyait en matière commerciale son efficacité réduite à néant. La cour considérait que ces clauses étaient inopposables aux tiers. Notamment, en cas de faillite de l'acheteur, la clause n'était pas opposable aux créanciers.

La loi est intervenue pour rendre cette clause **opposable au tiers**, et notamment aux **créanciers du débiteur**. Donc le vendeur impayé et bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété trouve un **moyen efficace de se garantir**. Il peut faire jouer son droit de propriété en revendiquant le bien objet de la vente.

Certaines conditions subsistent toutefois. Elles sont énoncées à l'*art 2370 CC*. Pour être exercée, le bien objet de la clause doit **exister encore en nature au jour de l'action**. Cela signifie que le vendeur rencontrera des difficultés en cas de **vente du bien à un sous-acquéreur**. Il pourra se protéger au moyen de l'*article 2279 CC*. Reste que cette hypothèse a été aménagée par le législateur. Il est prévu à l'*article 2372 CC* que le droit de propriété se reporte sur la **créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur**, ou bien sur l'**indemnité d'assurance subrogée au bien**. Si l'acquéreur a conservé la chose dans son patrimoine, l'action n'est possible que si le bien vendu n'a pas été incorporé à un autre bien : *art 2370 CC*. Cette incorporation empêche que les deux biens soient séparés sans subir de dommages.

Mais cette clause pose une autre question, qui se joint au second effet réel de la vente, qui consiste à savoir dans quelle mesure s'opère le transfert des risques.

Section 2 : le transfert des risques de la chose

En droit français interne, le transfert des risques suit par principe le transfert de propriété. Cela résulte de l'*art 1138.1 CC*. Il en découle que la **perte de la chose par cas fortuit pèse sur le propriétaire** : avant l'échange du consentement, sur le vendeur, après l'échange du consentement, sur l'acquéreur.

On suit en l'espèce le droit romain. C'est l'adage *res perit domino*. Il existe des limites qui consacrent une dissociation entre les risques et la propriété.

I- l'adage res perit domino

Dès lors que les risques pèsent sur le propriétaire, on distingue deux choses. Lorsque le **contrat est immédiatement translatif de propriété**, les risques passent à l'acheteur par le **seul échange des consentements, peu importe l'absence de paiement ou de livraison**. Si la chose périt, l'acheteur doit en payer le prix.

Lorsque la vente **n'est pas immédiatement translatif de propriété**, la solution de principe reste la même. Les risques demeurent ainsi sur le vendeur, en cas de vente de choses de genre, jusqu'au **moment de l'individualisation**. De même en cas de clauses de réserves de propriété, le vendeur conserve ces risques, en dépit de la possession de la chose par l'acquéreur.

Cette solution a été critiquée. Elle apparaît pourtant logique dans la mesure où la chose est perdue par cas fortuit. Il n'y a **pas de faute dans la conservation de la chose**. L'acquéreur, non encore propriétaire, a une obligation de conservation. Si la chose périt du fait de la violation de cette obligation, on ne parle plus de risque mais de responsabilité.

II- la dissociation des risques et de la propriété

Une première limite à l'application de cet adage a été organisée par la loi. Elle joue sur la vigilance de l'acquéreur, et vise à protéger l'acquéreur dans l'hypothèse où le vendeur tarde à livrer la chose. L'acquéreur peut **mettre en demeure le vendeur d'effectuer la livraison, et cette mise en demeure transfère à nouveau les risques de perte de la chose sur le vendeur**. Ceci est précisé à l'*art 1138.2 CC*

L'autre limite découle de la liberté contractuelle. Les parties peuvent décider d'un **commun accord de dissocier les risques de la propriété**. C'est souvent le cas en matière commerciale s'il y a un transport.

Mais cette dissociation est retenue à titre de principe en matière de vente internationale de marchandises.

L'article 1603 CC précise que le vendeur a deux obligations principales : **il délivre et il garantit la chose vendue**. On introduit ainsi l'obligation principale du vendeur : celle de délivrance définie à l'art 1604 comme *le transport de la chose vendue en la puissance et la possession de l'acheteur*. L'obligation de garantie comprend une garantie contre l'éviction de l'acheteur, et contre les vices cachés de la chose.

Parallèlement à ces obligations principales, il y a des **obligations secondaires** :

➤ *art 1602* : obligation d'information du vendeur

➤ *art 1614* : obligation de conservation

La jurisprudence a multiplié les obligations des vendeurs professionnels. On assiste à une **interprétation extensive des obligations prévues par le législateur**. Il y a donc une multitude de **chevauchement** : l'acheteur peut agir au titre de nombreuses obligations du vendeur.

Celles-ci sont marquées par l'influence de la réglementation européenne. C'est le cas notamment de la loi sur les produits défectueux. Plus récemment, s'est fait jour une garantie dite de conformité qui résulte de la transposition en 2005 d'une directive de 1999.

On n'envisage que les garanties qui ont reçues une consécration légale.

Section 1 : l'obligation de délivrance

Expressément prévue par le code, l'obligation de délivrance soulève la question de la détermination précise de son contenu qui a évolué. Elle interroge aussi quant à sa sanction.

I- l'objet de l'obligation de délivrance

Elle s'exécute par la remise de la chose à l'acquéreur. Elle porte sur la chose elle-même et sur les accessoires de la chose.

A- la chose convenue

Les *articles 1603 et 1604 CC* relèvent d'une règle de bon sens. Elle retient que le vendeur doit livrer la chose convenue au contrat.

La conformité se comprend tout d'abord sur un **plan matériel**. La chose est celle qui est décrite au contrat.

Mais la conformité peut aussi s'entendre sur un **plan fonctionnel**. Elle vise alors une chose susceptible de **remplir la fonction prévue par le contrat**, ou au moins une **fonction normale**. La jurisprudence a évolué de l'une à l'autre de ces interprétations, créant alors une confusion regrettable entre les différentes actions ouvertes aux acheteurs contre les vendeurs.

1- la conformité matérielle

Elle revient à exiger du vendeur qu'il livre une chose conforme à toutes les spécifications quantitatives ou qualitatives de la chose prévue au contrat.

a- la quantité de bien vendu

La bonne exécution de l'obligation de délivrance implique que le vendeur livre une chose qui a la **contenance prévue au contrat**. Ceci ne pose pas beaucoup de problème en matière mobilière. En **matière immobilière** en revanche, les sources de difficultés sont plus nombreuses. Les codificateurs ont prévus des **mécanismes destinés à sanctionner la délivrance d'une chose dont la contenance n'est pas exactement celle prévue au contrat**.

Tout dépend de savoir si la vente est conclue pour un prix global ou pour un prix proportionnel :

➤ **vente conclue pour un prix global** : *art 1619 CC* considère que le prix est immuable. Une nuance est posée en cas de différence de plus de 1/20°. Lorsqu'elle est en défaveur de l'acheteur, il a droit à une diminution de prix. Si elle est à son bénéfice, il peut soit offrir un supplément de prix, soit consentir à la résolution du contrat.

➤ **Vente conclue pour un prix proportionnel**. Dans ce cas, toute différence de contenance entraîne une différence de prix. Une précision a été apportée dans le cadre de certaines ventes,

comme la **vente de lots de copropriété**. Elle découle de la loi Carrez du 18 décembre 1996. Aux termes de ce texte, l'acte de vente doit mentionner à peine de nullité la superficie réelle du lot vendu. En cas de différence entre la superficie mentionnée et la superficie réelle, des sanctions spécifiques ont été prévues. Si la superficie livrée est supérieure à celle exprimée à l'acte, l'excédant ne donne lieu à aucun supplément de prix. Si elle est inférieure à celle mentionnée à l'acte, l'acquéreur a droit à une diminution du prix proportionnelle si cette différence dépasse les 1/20°.

b- *la qualité du bien vendu*

Le bien doit être de **qualité conforme aux exigences contractuelles**. Dès lors que cette qualité est prévue dans l'acte de vente, le vendeur commet une inexécution de son obligation de délivrance s'il livre une chose d'une qualité différente.

La notion de qualité s'entend de façon large. Ainsi, la **conformité à des normes techniques intègre la notion de qualité**. Cette notion est importante dans le cadre de la vente sur échantillon. A défaut de précision de qualité, en principe le vendeur est tenu de livrer une **chose de qualité moyenne**. Reste que cette exigence reçoit une exception en cas de vente de bien d'occasion. Cela résulte de l'*art 1614 CC*, qui pose que *la chose doit être livrée dans l'état où elle se trouve au moment de la vente* (à savoir le jour de la conclusion du contrat). Par conséquent, un arrêt de la *première chambre civile de la cour de cassation, du 7 mars 2000*, a posé que *pour les objets d'occasion, le vendeur n'est nullement tenu de remettre la chose en état pour la délivrance*.

Mais si la notion de conformité pose difficulté, c'est en raison de la prise en compte d'une conformité fonctionnelle de la chose.

2- la conformité fonctionnelle

La prise en compte de la conformité fonctionnelle de la chose a amorcé une confusion importante entre la **notion de délivrance conforme** qui renvoie à l'inexécution de l'obligation contractuelle, et une autre notion qui est la **garantie des vices cachés** d'autre part.

La **conformité** exprime traditionnellement une **relation d'identité entre la chose délivrée et celle promise dans le contrat**. Cependant, des auteurs ont développé une conception plus large de la conformité qui prend en compte l'**aptitude de la chose à remplir l'usage attendu**. La délivrance conforme s'entend alors d'une chose qui peut remplir l'usage auquel elle est destinée. Or précisément, ce défaut dans l'usage de la chose, se trouve sanctionné par le code au moyen d'une autre notion : celle des **vices cachés, qui rend la chose impropre à l'usage auquel on la destine**.

Un chevauchement apparaît alors entre deux actions ; inexécution d'une obligation de délivrance et garantie des vices cachés, qui ne répondent pas eu même régime.

La jurisprudence a alors connu une évolution importante.

Dans un premier temps, l'acception large de la notion de conformité a reçu un écho favorable en jurisprudence. Cela s'est traduit par un arrêt *Civ 1°, 20 mars 1989*, dans lequel la cour retient que *l'obligation de délivrance ne consiste pas seulement à livrer ce qui a été convenu, mais à mettre à la disposition de l'acquéreur une chose qui correspond en tout point au but recherché*. La cour retient alors un **défaut de conformité** pour un appareil qui répondait en tout point à la commande passée par l'acquéreur, mais qui est **inadapté pour l'usage auquel l'acquéreur le destinait**. Cette solution permet à l'acquéreur de se retourner contre le vendeur alors que l'action en garantie des vices cachés est irrecevable. L'une des grandes différences entre l'action pour défaut de délivrance conforme et la garantie des vices cachés est le **délai de prescription**. La première est une action contractuelle, la seconde est délictuelle. Cette dernière est enfermée dans un bref délai, remplacée par un délai de 2 ans avec la réforme du droit interne. Plus on entend largement la non-conformité, plus on protège l'acquéreur.

Cette jurisprudence a été suivie par la chambre commerciale de la cour mais elle était critiquée, créant un chevauchement. La troisième chambre civile s'est donc montrée réticente à une expansion de l'obligation de délivrance. Elle refuse de faire l'amalgame entre obligation de délivrance conforme et garantie des vices cachés.

L'éclaircie est venue d'un revirement opéré par la première chambre civile de la cour de cassation, au terme de plusieurs arrêts retenus dans le courant de l'année 1993. A plusieurs reprises, elle **relève que le**

défaut de conformité de la chose vendue à sa destination normale constitue le vice prévu par les articles 1641s CC.

La chambre commerciale s'est également rangée à la nouvelle position de la première chambre civile, par un arrêt du 26 avril 1994 : *JCP 1994, II, n°22356, note Laurent Leveneur*

La distinction entre non-conformité et vice caché est bien tranchée à l'heure actuelle. La **non-conformité à l'usage** caractérise non pas l'inexécution d'une obligation de délivrance, mais **un vice**. Elle relève de la garantie des vices cachés. La **non-conformité au contrat** relève quant à elle de **l'obligation de délivrance**. Il faut alors se référer aux spécifications convenues par les parties.

Mais il reste une zone litigieuse. Toute difficulté n'est pas écartée lorsque le **défaut caché résulte du non respect des spécifications contractuelles**. Il y a non-conformité car la chose livrée ne vérifie pas les spécifications prévues au contrat. A ce titre, est ouverte l'action pour inexécution de l'obligation de délivrance. Mais il y a aussi une non-conformité à l'usage normal de la chose, qui ouvre droit à l'action en garantie des vices cachés.

Ex : absence de compteur électrique dans un immeuble objet d'une vente. L'immeuble dépourvu de compteur ne correspond pas aux spécifications du contrat. Cependant, il est aussi évident que le défaut de compteur rend l'immeuble impropre à son usage normal, ce qui permet de recourir à l'action en garantie des vices cachés.

Cette zone s'étend avec la considération que l'exigence d'une chose conforme porte sur la chose elle-même et les accessoires de la chose. C'est le cas des papiers administratifs fournis avec la voiture.

B- les accessoires

L'article 1615 CC précise que l'obligation de délivrer la chose comprend tous ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel. Aujourd'hui, la notion d'accessoire est largement entendue. Elle vise les accessoires matériels et juridiques.

1- les accessoires matériels

Ce sont les accessoires :

- par **production** (fruits de la chose) On délivre la chose et les fruits fournis depuis l'échange des consentements.
- par **affectation** (éléments affectés au service de la chose vendue). On délivre aussi les immeubles par destination, et les accessoires nécessaires à l'usage de la chose comme la roue de secours.

2- les accessoires juridiques

Ils peuvent être innombrables. Ils exposent aujourd'hui à un nouveau risque de chevauchement avec la garantie des vices cachés. Une doctrine majoritaire s'entend pour considérer qu'il y a trois séries d'éléments dans ces accessoires :

- **documents administratifs nécessaires à l'utilisation de la chose**, comme la carte grise d'une voiture
- **droits réels attachés à la chose**, droits réels accessoires, comme les servitudes.
- **Droits et obligations attachés à la chose vendue**. Pour ce type d'événements, il y a deux difficultés. La question se pose des contrats transmis avec la chose (effet relatif), et des droits et actions transmis avec la chose.

a- les contrats transmis avec la chose

Ceci concerne le fonds de commerce, les contrats de bail en cas de cession de l'immeuble loué. Ces contrats conclus par le vendeur avec des tiers sont-ils transmis à l'acquéreur ? En principe, **l'effet relatif des conventions s'oppose à cette transmission**. La solution s'applique entre autre en cas de vente du fonds : les contrats conclus entre l'ancien propriétaire du fond et les fournisseurs ne sont pas transmis au fournisseur.

Ces **cessions peuvent être aménagées de façon conventionnelle**, avec le consentement du cédé.

Mais la loi a parfois organisé expressément la cession de certains contrats pour protéger les tiers cocontractants. C'est le cas lors de la vente d'un immeuble pour lequel a été conclu un contrat de bail. Celui-ci est transmis de droit. C'est le cas aussi en cas de cession d'entreprise, où les contrats de travail sont transmis.

On qualifie ces cessions de contrats de **cessions propter rem**. Ces transmissions sont courantes s'agissant non plus des contrats mais de certains droits et actions attachés à la chose.

b- les droits et actions transmis avec la chose

Aubry et Rau ont mis en évidence l'existence de **droits attachés à la chose**, car ils sont destinés à **garantir l'usage d'un bien et sa jouissance paisible**. On parle alors de droits et d'action *intuitu rei*. Sur la base de cette notion, la jurisprudence constate la transmission de deux grands ensembles de droits et d'actions.

Le premier consiste dans les **créances de non concurrence**. Lors de l'acquisition d'un fonds de commerce ou d'un fonds libéral, se trouve souvent stipulée une clause de non-concurrence. L'ancien propriétaire s'engage à ne pas faire concurrence au nouveau en s'interdisant toute réinstallation dans une même activité dans un périmètre précis.

Civ 1°, 3 décembre 1996 : la cour a retenu que la créance de non-concurrence constitue une créance intuitu rei.

Elle se transmet donc propter rem au sous-acquéreur du fonds. Cela signifie que le **nouveau propriétaire du fonds peut se prévaloir de l'engagement pris par le propriétaire initial envers le vendeur intermédiaire**.

Mais celui qui en a bénéficié doit-il lui aussi s'engager avec une clause de non-concurrence dans les mêmes termes. Y a-t-il cession de dette *intuitu rei* parallèlement à la cession de créance. Le vendeur intermédiaire s'engage envers le sous-acquéreur dans les mêmes termes que le vendeur initial. La cour de cassation n'a pas retenu cette hypothèse. *Com, 1° avril 1997.*

Le deuxième ensemble est formé par toutes les **créances de délivrance et de garantie**. Ce sont les actions que l'acquéreur peut engager à l'encontre du vendeur : action pour inexécution de l'obligation de délivrance conforme, action en garantie des vices cachés. **Elles se transmettent du vendeur intermédiaire au sous-acquéreur.** *AP, 6 février 1986.*

La question qui se pose est celle du régime de ces actions. Bien sûr elle est **contractuelle**. Mais la difficulté résulte dans la **stipulation de certaines clauses limitatives de garanties ou de responsabilité**. On a deux contrats de vente, dans le contrat conclu en dernier on a une clause limitative de responsabilité et dans le contrat initial une clause limitative de garantie.

La jurisprudence trace les lignes de la solution. Le sous-acquéreur exerce une action, non pas comme un droit propre mais uniquement au nom du vendeur qui lui a transmise. *Civ 1°, 27 janvier 1993* : la solution a deux conséquences.

→ Le **vendeur initial peut opposer au sous-acquéreur tous les moyens de défense qu'il pouvait opposer à son propre contractant**. On préserve ainsi la prévisibilité du contrat. Les clauses limitatives de responsabilités ou de garantie stipulée au bénéfice du vendeur initial s'applique. *Civ 1°, 7 juin 1995.*

De même le vendeur peut se prévaloir de **modalités particulières d'exercice de l'action, stipulées dans le contrat initial**. C'est le cas des clauses attributives de compétences en cas de litige.

La cour de cassation a posé une nuance pour les **clauses d'arbitrage international** : le sous-acquéreur est tenu par la clause sauf preuve de l'ignorance raisonnable de celui-ci quant à l'existence de cette clause. Il n'y a plus d'obligation propter rem, mais un accord du cocontractant : *civ 1° : 6 février 2001*

→ Une seconde précision vient d'être apportée par la cour de cassation : *16 mars 2005*, le vendeur initial ne peut pas opposer au sous acquéreur la clause limitative de responsabilité introduite dans le contrat intermédiaire. **Le sous acquéreur peut avoir plus de droits contre le vendeur initial que contre son propre acquéreur.**

II- la sanction de l'obligation de délivrance

A- les sanctions légales

La loi prévoit un cortège de sanctions pour condamner l'inexécution de l'obligation de délivrance. Mais outre celle spécifique organisée en cas de différence de contenance d'un immeuble, elles suivent globalement le droit commun.

On trouve ainsi l'exécution forcée et la résolution du contrat.

1- l'exécution forcée

En cas de délivrance non-conforme, l'exécution forcée est envisageable, mais l'acquéreur a au préalable d'autres moyens.

Le premier réside dans **l'exception d'inexécution**, qui permet à une partie de **suspendre l'exécution de sa propre obligation en cas d'inexécution de l'obligation réciproque** : l'acquéreur refuse de payer l'intégralité ou le solde du prix tant que le vendeur persiste à ne pas délivrer une chose conforme. Mais en droit commun, elle ne peut être exercée qu'en cas de **violation grave de l'obligation du vendeur**. Il faut aussi respecter une règle de **proportionnalité**.

La pratique du **laisser pour compte** est beaucoup utilisée en matière commerciale, et consiste pour **l'acquéreur dans un refus de prendre livraison de la marchandise non-conforme**. Il n'y a pas de résolution du contrat, mais il y a un moyen de pression.

L'obligation qui pèse sur le vendeur est certes une obligation de faire, qui donne par suite lieu à l'application de *l'art 1142 CC*. Mais cet argument n'a jamais pesé pour la cour.

On trouve une exception dans le cas où la vente porte sur un **corps certain qui ne possède pas les caractéristiques spécifiées au contrat**. L'acquéreur se tourne alors vers une autre issue : la résolution du contrat.

2- la résolution du contrat

Conformément au droit commun, *l'art 1610 CC* autorise l'acquéreur à demander en justice la résolution du contrat. Le juge apprécie le **degré de gravité de l'inexécution et prononce ou non la résolution du contrat**. En matière commerciale, la **réfaction du contrat** se développe. Les juges au lieu de prononcer la résolution, réorganisent le contrat en accordant une diminution de prix.

C. Albiges, le développement discret de la réfaction du contrat, mélange Cabrillac, 1999, p3.

B- l'aménagement conventionnel du défaut de délivrance conforme

Il y a deux techniques pour cela.

1- la stipulation d'une clause résolutoire

Ceci permet aux parties en cas d'inexécution de **résoudre unilatéralement le contrat sans recourir au juge**. On évite les frais de justice ou l'appréciation du juge. Ces clauses sont valables mais envisagées d'un œil critique par la cour de cassation, qui exige un **accord exprès** pour leur validité, et qui subordonne leur efficacité à une **application de bonne foi**.

2- Les clauses limitatives ou élusives de responsabilité

Les parties sont libres d'aménager conventionnellement des clauses jouant sur **l'étendue de la responsabilité du vendeur**. Dans certains cas, ces clauses sont **extensives de responsabilité** : on retient un défaut de délivrance conforme même en cas de force majeure.

Les clauses élusives ou limitatives de responsabilités sont plus courantes. Les **clauses élusives de responsabilité ne sont pas valables** du fait de l'application de la jurisprudence *Chronopost I, du 22 octobre 1996* : le contrat est vidé d'une obligation essentielle. Les **clauses limitatives de responsabilité ne sont valables qu'entre professionnels**. On veut protéger les particuliers. Peu importe en revanche qu'ils appartiennent à la même spécialité ou non. Après tout est **question de mesure**.

Section 2 : l'obligation de garantie

Vendredi 16 février 2007

Elle diffère de celle des autres obligations. Son intensité fait que le débiteur d'une garantie ne peut pas s'exonérer en raison de la force majeure.

Art 1625 CC : la garantie que le vendeur doit à l'acquéreur à deux objets : la possession paisible de la chose vendue, et les défauts cachés de cette chose que l'on appelle aussi les vices rédhibitoires.

On distingue donc deux obligations : la garantie d'éviction et la garantie des vices cachés.

I- la garantie d'éviction

Elle est organisée aux *articles 1626s CC* et elle assure à l'acquéreur la **jouissance paisible de la chose vendue après délivrance de celle-ci**.

On doit distinguer l'éviction totale et l'éviction partielle. Il y a **éviction totale** lorsqu'un acquéreur est totalement privé de l'usage de la chose. C'est le cas si un tiers revendique la propriété, ou si le vendeur rase la maison qu'il vient de vendre. Il y a **éviction partielle** lorsque l'acquéreur subit certains désagréments ou perd certaines prérogatives sur la chose (servitude sur la chose).

On distingue **l'éviction de droit**, qui réside dans l'exercice d'un droit (revendication de propriété). **L'éviction de fait** résulte d'un acte matériel.

On distingue enfin **l'éviction du fait personnel de l'éviction du fait d'autrui**. La première émane du vendeur lui-même, par exemple s'il revendique une servitude sur son bien. La seconde découle du **comportement d'une personne autre que le vendeur**. Mais la **garantie est toujours due par le vendeur**.

A- la garantie du fait personnel

Elle est offerte par le vendeur. Il ne peut pas reprendre d'une main ce qu'il a donné d'une autre. Elle est très large. C'est le cas s'agissant des différents troubles garantis.

1- les troubles garantis

Ceux-ci sont très nombreux. Le vendeur garantit les **troubles de fait et les troubles de droit**. Le vendeur doit garantir s'il commet des **atteintes matérielles** qui nuisent à la possession paisible de la chose. La jurisprudence entend de façon extensive cette notion d'atteinte matérielle.

Tous les **agissements délictuels sont garantis**, mais la jurisprudence considère que le vendeur plus que d'autres doit respecter la jouissance paisible de la chose par l'acquéreur. Ainsi, le vendeur doit garantir s'il est resté propriétaire d'une parcelle de terrain à côté de celle vendue et qu'il y construit un immeuble privant l'acquéreur d'une vue sur mer ou du soleil, ce qui est pourtant légal.

Le vendeur garantit aussi contre **les troubles de droit** : il ne doit pas exercer d'action juridique qui contreviendrait à la jouissance paisible de la chose par l'acquéreur. Après la vente, il est trop tard, et le vendeur doit garantir si postérieurement à la délivrance, il revendique une servitude sur le bien vendu.

2- le régime de la garantie

Le régime de la garantie du fait personnel est particulièrement sévère pour deux raisons : elle est **imprescriptible**. L'exception de garantie est perpétuelle. L'acheteur peut donc la mettre en œuvre après un délai de 30 ans.

Cette garantie est **transmissible passivement**. Au décès du vendeur, la garantie d'éviction du fait personnel est due par les héritiers. On a donc deux particularités qui sont spéciales par rapport à la garantie d'éviction du fait d'autrui, et du droit civil en général.

B- la garantie du fait d'un tiers

Le vendeur est aussi tenu de garantir l'acheteur contre les troubles émanant de tiers. Mais il y a une grande différence dans les troubles garantis et dans le régime de la garantie.

1- les troubles garantis

La garantie d'éviction du fait d'un tiers implique la **réunion cumulative de trois conditions**.

Le trouble doit consister **exclusivement dans un trouble de droit**. C'est une solution de bon sens. On ne garantit pas les troubles de fait. Le vendeur est garant du caractère complet du droit de propriété qu'il a transmis. L'idée de faute est derrière cela.

Ce trouble s'entend exclusivement comme un trouble d'éviction, qui peut cependant être total ou partiel.

Elle est **totale si le tiers revendique la propriété du bien vendu**. Une option est alors ouverte à l'acheteur. La garantie d'éviction vient en concurrence avec l'action en nullité du fait de la vente du bien d'autrui.

Mais l'éviction peut aussi être **partielle**. La jurisprudence a évolué sur ce point. Pendant longtemps, elle était réticente à admettre cette éviction partielle qui résultait du fait d'un tiers. Elle considère que c'est à l'acheteur d'être curieux, et qu'il **aurait du se rendre compte de l'existence d'un droit sur le bien qu'il souhaitait acquérir**. Cette jurisprudence se base sur des ventes immobilières. Or elles font l'objet d'une publicité. On avait plus d'arrêts sur les immeubles. Mais la jurisprudence a évolué dans un second temps, et elle considère à présent que **l'acheteur ne peut pas agir en garantie si la cause de l'éviction était très apparente au moment de la vente**.

La cause de l'éviction doit être **antérieure à la vente**. Cela pose problème lorsque le tiers acquiert un droit de propriété sur le bien au moyen de la **prescription acquisitive** > le droit de propriété du tiers issu de la prescription peut naître après la vente, même s'il a pris racine nettement avant la vente. La cour de cassation considère que c'est un **trouble postérieur à la vente**. On considère que la prescription aurait pu être interrompue dès le moment de la vente par l'acheteur.

2- le régime de la garantie

L'action peut être intentée de deux façons. Deux voies sont ouvertes à l'acquéreur s'il subit une éviction.

L'appel en garantie incidente est une voie procédurale qui permet à l'acheteur de se retourner contre le vendeur au moment où il est lui-même assigné en justice par le tiers. L'acheteur contraint ainsi le vendeur à assurer sa défense. Cet appel en garantie incidente est facultatif pour l'acheteur.

Il peut choisir une autre voie, moins conseillée. Il peut faire **appel à la garantie principale**. Ceci revient pour l'acheteur à intenter une action à titre principal contre le vendeur une fois que l'éviction est avérée. Mais cette action présente quelques défauts, qui résultent du fait que le **vendeur peut opposer une exception à la mise en cause de sa responsabilité**. L'Art 1640 CC prévoit que *le vendeur se dégage de sa responsabilité s'il arrive à démontrer qu'il existait des **moyens suffisants pour faire rejeter la demande du tiers***. Il se soustrait à la garantie en reprochant à l'acquéreur de ne pas avoir tout mis en œuvre pour combattre l'action du tiers.

Les effets de la garantie, qui sont identiques à ceux de la garantie du fait personnel, varient selon que la garantie soit totale ou partielle.

Si l'éviction est totale, la vente est anéantie. Le vendeur est alors tenu à plusieurs obligations cumulatives :

- il restitue le **prix de la vente**. On ne tient pas compte de la moins-value du bien, mais on tient compte de la plus-value du bien. Si le bien a vu sa valeur largement augmenté, il y a restitution du prix auquel l'immeuble serait aujourd'hui évalué.
- Le vendeur restitue à l'acheteur les **fruits que ce dernier a dû rendre au tiers**
- Il rembourse les **frais exposés** en raison de l'éviction
- **Dommages et intérêts** à hauteur du préjudice subi, patrimonial et extrapatrimonial.

En cas **d'éviction partielle**, on a deux cas. Soit elle est d'une importance telle qu'il apparaît que **l'acheteur n'aurait pas acquis la chose dans cet état** (droit de passage pour un camping). Ce dernier peut alors demander la **résolution de la vente**, et on suit le régime de la résolution. Mais l'éviction peut **ne pas permettre de considérer que l'acquéreur aurait renoncé à la vente**. Le vendeur n'est tenu qu'à une **indemnité correspondant à la valeur de la partie du bien dont l'acquéreur a été évincé**.

Mais l'essentiel de la jurisprudence ne se focalise pas sur cette garantie, mais sur la garantie des vices cachés.

II- la garantie des vices cachés

Elle est définie à l'article 1641 CC qui dispose que *le vendeur est tenu à garantie à raison des défauts cachés de la chose, qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou en aurait donné un moindre prix.*

Cette garantie n'existait pas en droit romain. Elle est née de l'œuvre des édiles curules. Ils sont chargés de faire la police des marchés pour toutes les ventes d'esclaves et d'animaux. En raison de la mauvaise réputation des vendeurs, ils ont fini par faire peser sur eux une présomption de connaissance des vices cachés de la chose qu'ils vendaient. Cette garantie dite édilicienne a été généralisée à l'époque justinienne à toutes les ventes.

En cas de survenance d'un vice, la garantie offrait à l'acheteur un choix. Il s'opérait entre l'action redhibitoria (résolution du contrat) et l'action aestimatoria (action estimatoire qui consiste dans une réduction proportionnelle du prix).

Donc le code a repris la garantie des vices cachés, mais celle-ci s'est beaucoup développée depuis 1804. C'est aujourd'hui un **instrument majeur de protection des acquéreurs**. C'est une garantie qui s'applique extrêmement bien à tous les biens techniques, qui sont sources de nombreux vices cachés. Une interprétation prétorienne très favorable a aussi accentué son développement sur deux points. On **présume que tous les vendeurs professionnels ont une connaissance des défauts cachés de la chose**. On n'a pas de preuve à rapporter. De plus, la **notion de vices cachés a été entendue de façon de plus en plus large** et elle a permis pendant un temps de garantir les défauts de sécurité de la chose.

La loi a aussi été à l'origine du développement de ces vices, et donc du contentieux, car il a fait dans certaines ventes, de cette garantie **une disposition impérative**. C'est le cas pour toutes les ventes entre un professionnel et un consommateur. On ne peut pas créer de clause limitative de garantie.

A- **les conditions de l'action en garantie des vices cachés**

Cette garantie ne s'applique pas à toutes les ventes. La loi pose deux exceptions. Certaines ventes ne donnent pas du tout lieu à une garantie des vices cachés : les ventes faites par autorité de justice (ventes aux enchères suite à une saisie) : *art 1649 CC*. Certaines ventes peuvent être **conclues comme des contrats aléatoires du point de vue des vices de la chose** : biens d'occasion. Mais elles ne sont valables que pour les contrats entre particuliers. On a une clause évasive de responsabilité.

Mais il existe aussi des **garanties spécifiques dans certaines ventes**. La vente d'immeuble à construire est réglementée par une garantie spécifique : la **garantie décennale** du constructeur peut être invoquée, ce qui est beaucoup plus lourd pour le vendeur.

La **vente d'animaux est aussi garantie** : le code donne une liste de vices rédhibitoires. Ceci évite à l'acquéreur de prouver que le défaut entraîne un usage anormal de la chose. Mais en retour, le législateur a encadré cette garantie des vices cachés spécifiques aux animaux dans des délais très courts.

Pour le reste, elle s'applique tout le temps et elle suppose trois conditions : un vice, caché et antérieur à la vente.

1- un vice

Il est défini à l'art 1641 CC : *c'est le défaut qui rend la chose impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminue de façon importante cet usage.*

a- *un défaut*

La chose doit être **défectueuse** en elle-même. Elle doit lui **être inhérente**. Cette considération a donné lieu à une jurisprudence importante sur la compatibilité des médicaments. Elle a en effet été considérée par un arrêt : *Civ 1°, 8 avril 1986 : le fait que deux médicaments ne soient pas compatibles ne constituait pas un vice caché*. Il n'y avait pas de défaut inhérent à chacun des médicaments.

b- *La mise en cause de l'usage de la chose*

Selon l'art 1641, le vice doit rendre la chose impropre à son usage ou compromettre de façon importante cet usage. Le **vice qualifié de rédhibitoire est celui qui rend la chose complètement impropre à son usage**. Pourtant, l'action rédhibitoire peut être menée alors que le vice n'est pas rédhibitoire.

L'usage visé par le code est l'**usage normal de la chose**, en rapport avec la nature du bien vendu. Mais l'acquéreur peut aussi agir au titre d'un **usage particulier, dès lors que le vendeur avait connaissance de l'usage auquel l'acquéreur destinait la chose**. Tout dépend de savoir si l'usage est rentré dans le champ contractuel.

2- un vice caché

L'article 1642 CC retient que le vendeur n'est pas tenu des vices apparents dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même. On distingue donc deux choses.

a- *un vice non apparent*

Le vendeur n'est pas tenu des vices apparents car l'acheteur est censé les avoir acceptés. Sinon, l'acheteur peut faire des réserves au moment de la livraison : il n'y a pas de délivrance conforme.

La question se pose de déterminer ce qui est apparent ou non. La jurisprudence a apporté des solutions différentes selon les types d'acquéreurs.

L'acquéreur profane ne doit réaliser qu'un **examen élémentaire de la chose** : vérification superficielle de son état, mise en fonctionnement, déballage de la marchandise. Mais l'acheteur n'est jamais tenu de faire appel à un tiers pour effectuer ces opérations, peu importe la valeur de bien.

L'acheteur professionnel en revanche doit s'informer. La jurisprudence retient une **présomption simple de connaissance du vice**. Il y a donc renversement de la charge de la preuve.

b- *un vice inconnu de l'acheteur*

Certains **vices ont été signalés ou supposés lors de la vente**. Il se peut que les vices soient cachés mais que le vendeur en ait révélé l'existence à l'acheteur. Dès lors le vice est non apparent mais connu. L'action en garantie des vices cachés n'est plus possible.

Le problème est de savoir selon quelle modalité doit-on retenir que le vice a été révélé à l'acheteur ? La cour de cassation est assez sévère avec l'acheteur : il doit être curieux. Un prix particulièrement bas a conduit la cour à considérer que l'acquéreur avait nécessairement connaissance du vice.

Une jurisprudence abondante perdure sur la question de l'**existence de termites**. La cour de cassation a considéré que la stipulation dans l'acte de vente de l'existence d'un **traitement antiparasitaire antérieur à la vente devait attirer l'attention de l'acheteur sur le risque de vice de la chose**. Il aurait donc du s'informer lui-même. *Civ 3°, 22 novembre 1995*, l'arrêt ferme ainsi sur ce fondement l'action en garantie des vices cachés à un acquéreur. La même chambre a reconnu la même solution s'agissant d'une vente lors de laquelle l'acheteur a refusé l'intervention d'un spécialiste. *Civ 3°, 22 février 2003*.

Pourtant dans un arrêt récent, la cour semble être revenue à plus de clémence pour l'acheteur : *AP, 27 octobre 2006, JCP 2007, I, n°104, A. Constantin*. La cour ne requiert dans cet arrêt qu'une **faible obligation d'information de la part de l'acheteur**.

3- un vice antérieur à la vente

Il s'agit ici d'une règle de constance. Le vendeur ne garantit que les vices qui **existaient au moment de la vente. Peu importe le moment de la révélation du vice**. Ce qui est pris en compte, c'est qu'il existait en germe au moment de la vente.

La preuve de cette antériorité pèse sur l'acquéreur.

Lorsque ces trois conditions sont réunies, la garantie des vices cachés peut être mise en œuvre.

B- **le régime de l'action en garantie des vices cachés**

Il présente des particularités à deux égards : la mise en œuvre de l'action, et les effets de l'action.

1- la mise en œuvre de l'action

Jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 17 février 2005, l'action se trouvait enfermée selon les termes de l'*art 1648 CC* dans un *bref délai*. Cette notion a été remplacée par un délai préfix, car elle a suscité un contentieux abondant sur sa qualification et en créant un concours d'action.

a- *le bref délai*

Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance, l'action devait être intentée dans des brefs délais. On ne **précisait pas la durée exacte de ce dernier**. La loi indiquait simplement que ce délai devait être déterminé en fonction de la **nature des vices en cause, et de l'usage du lieu où la vente a été faite**.

Le bref délai était donc abandonné au **pouvoir souverain des juges du fond** avec un **contrôle à la marge de la cour de cassation en cas de délai excessif**. Il en résultait une certaine souplesse, mais également une certaine insécurité.

La cour de cassation a eu à connaître d'un pourvoi qui arguait que le bref délai contrevenait à l'*art 6§1 CEDH*. Il retient en effet un droit de tous à l'accès au juge.

Par une décision de la première chambre civile du 21 mars 2000, la haute juridiction a toutefois conclu à la **compatibilité de l'article 1648 avec l'art 6§1 CEDH**.

La réforme du 17 février 2005 a remplacé ce délai par un délai préfix. Le nouvel article dispose que *l'action en garantie des vices cachés est ouverte durant un **délai de deux ans à compter de la découverte du vice***. C'est plutôt favorable, car c'est un peu plus long à ce qui était retenu par les juges.

b- *le concours d'action*

La garantie de vices cachés est en concurrence avec d'autres mécanismes du droit civil : l'action fondée sur l'obligation de délivrance conforme, les actions fondées sur les vices du consentement.

A ce titre, la jurisprudence adopte une solution opposée selon le vice considéré.

Erreur et vice caché : l'erreur est souvent alléguée en concurrence avec la garantie des vices cachés : le défaut ignoré au moment de la vente, qui diminue l'usage de la chose, est **certainement de nature à l'avoir conduit en erreur, sur la substance de la chose**. La jurisprudence a évolué sur le concours entre ces actions.

Dans les 1980s, et surtout par une décision du *28 juin 1988, Civ 1^o*, la cour a admis le **cumul des actions** en considérant que l'action en nullité restait ouverte même si l'erreur était en réalité la conséquence d'un vice caché.

Mais la cour a opéré un revirement, par un arrêt de la *première chambre civile du 14 mai 1996*. Elle retient que **l'action en garantie des vices cachés constitue l'unique fondement possible en cas de défaut de la chose la rendant impropre à sa destination normale**. Le cumul est impossible. La troisième chambre civile a suivi.

La solution s'explique par la règle selon laquelle le **droit spécial déroge au droit général**. Dès lors qu'une action de droit spécial existe, action en garantie des vices cachés ici, l'action fondée sur le terrain du droit commun est écartée.

Dol et vice caché : la cour a affirmé dans des arrêts assez récents que le cumul est possible entre une action fondée sur le dol, et celle fondée sur la garantie des vices cachés. Cette solution a été retenue par *la troisième chambre civile le 29 novembre 2000*, qui retient que **l'action pour réticence dolosive n'est pas soumise au bref délai de l'art 1648 CC**.

La première chambre civile le 6 novembre 2002 autorise aussi le cumul.

L'explication réside dans la nature particulière du dol. C'est une **faute intentionnelle**, ce qui permet d'agir : on a un délit civil.

2- les effets de l'action

Jeudi 1^{er} mars 2007

Ils sont assez divers. La raison tient en l'existence d'un choix offert à l'acquéreur entre la réduction du prix ou la restitution du prix. Mais elle tient aussi à la possibilité qui est ouverte d'obtenir en plus des dommages et intérêts. Elle tient dans ce que les parties peuvent aménager les effets de la garantie des vices cachés.

a- les actions estimatoires et rédhibitoires

Elles constituent les deux branches de l'alternative offerte à l'acquéreur. C'est précisé par l'art 1644 CC. Selon cet article, l'acquéreur dispose du choix de **rendre la chose et se faire restituer le prix ou de garder la chose et se faire rendre une partie du prix** telle qu'elle sera arbitrée par les experts.

Sur l'option, la jurisprudence est ferme. **L'acquéreur doit être entièrement libre**. Ainsi, si le vendeur propose de réparer la chose car le coût des réparations serait modique, l'acheteur est en droit de le refuser. Le coût de la réparation importe peu.

La liberté de choix cesse cependant dans deux cas.

La première est celle dans laquelle **l'acheteur n'est pas en mesure de restituer la chose** : elle est perdue ou consommée. Dans ce cas, seule l'action estimatoire reste ouverte.

La seconde hypothèse relève d'un mouvement prétorien. Il semble que le juge tienne compte de la **gravité du vice**. Cela résulte d'une décision de la *chambre commerciale du 6 mars 1990*. Dans cet arrêt, la cour approuve les juges du fond d'avoir refusé une action rédhibitoire au motif que le **vice de la chose ne présente pas une gravité suffisante**. La frontière est assez délicate à tracer entre ces deux notions. La cour ne tient pas compte du prix de la réparation, mais elle prend en compte la gravité du vice. Mais en plus, dans l'arrêt, on insère des degrés dans les vices cachés. Ce qui complique les choses. La distinction est déjà complexe entre le vice et le défaut de conformité, mais là on ajoute un degré pour les vices cachés. On considère que la chose est plus ou moins impropre à son usage.

L'action rédhibitoire consiste dans la **résolution du contrat de vente**. Le vendeur doit restituer le prix de la vente. Il doit cette restitution mais il **n'ajoute pas les intérêts** qui ont couru sur ce prix. On ne tient pas compte non plus de la dépréciation monétaire en vertu du principe du **nominalisme monétaire**. Le vendeur doit cependant aussi restitution des frais d'actes occasionnés par la vente.

L'acheteur est tenu de **restituer la chose**, il doit la restituer dans l'état dans lequel elle se trouve. Mais en cas de dégradation dues à la faute de l'acheteur, ceci ne s'applique pas. Mais on s'est demandé si l'acheteur est tenu de verser une indemnité pour l'utilisation de la chose, mais aussi pour l'usure de la chose due à cette utilisation.

Une décision de la cour de cassation du 21 mars 2006 refuse l'une et l'autre de ces indemnités sur le fondement de l'art 1644 CC. Le vendeur n'est **pas fondé à obtenir une indemnité liée à l'utilisation de la chose vendue ou à l'usure résultant de cette utilisation**.

Mais cet arrêt pose problème au regard d'une autre décision rendue le même jour, s'agissant d'une **action en délivrance non-conforme**. La cour retient que le vendeur peut alors **réclamer à l'acquéreur l'indemnité correspondant à la dépréciation subie par la chose en raison de l'utilisation que ce dernier en a faite**.

A priori il y a accord sur un point : il n'y a pas lieu à indemnité pour utilisation de la chose. Mais en revanche, la différence s'affirme sur l'indemnité consécutive à l'usure normale de la chose. La solution est identique à ce qu'on retient en matière de nullité pour l'action en non-conformité. L'action en garantie des vices cachés se démarque du point de vue de ces effets. Mais on peut considérer que cette différence se justifie par la notion même de vices cachés. En effet, si la chose n'est pas conforme aux spécifications contractuelles, elle peut quand même fonctionner. L'acquéreur peut donc tirer bénéfice de cette usure de la chose par l'utilisation qu'il en a faite. En revanche **si la chose est entachée d'un vice caché, ce vice la rend impropre à son usage**. Par conséquent, l'usure qui a été faite de la chose n'a sans doute pas profité à l'acquéreur. Cette explication peut paraître pragmatique mais correspond assez bien avec les deux solutions.

L'action estimatoire est la seconde possible. Elle est à qualifier d'action quantis minoris. Cette action laissée à l'acquéreur lui permet **d'obtenir la réduction du prix de la vente sans remettre celle-ci en cause**. La réduction est appréciée souverainement par les juges du fond qui se réfèrent à la perte de valeur de la chose. La cour de cassation opère un contrôle sur un point : la **réfaction judiciaire ne doit pas aboutir à la suppression complète du prix**.

Cependant cette solution peut être remise en cause par le second effet de la garantie des vices cachés avec l'allocation de dommages et intérêts.

b- l'allocation de dommages et intérêts

Elle est séparée des deux actions précédentes. La **mauvaise foi du vendeur** intervient alors. C'est un effet cumulatif. C'est prévu à l'*art 1645 CC*. Il dispose que *si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu de tout dommage-intérêt envers l'acheteur*. L'obtention de ces dommages-intérêts est cumulative avec une éventuelle restitution du prix. Peu importe que la somme totale finalement versée à l'acquéreur soit supérieure au prix initialement remis. On est sur deux fondements différents.

Mais ces dommages et intérêts sont soumis à la mauvaise foi du vendeur. En principe, la **preuve de la mauvaise foi doit être rapportée par l'acheteur**. Mais les choses sont simplifiées si le vendeur est un professionnel : la jurisprudence pose une **présomption de mauvaise foi de ce dernier**. Cette présomption est irréfragable.

c- les clauses élusives ou limitatives de garantie des vices cachés

A l'origine, cette garantie est conçue comme supplétive. Il était donc susceptible d'aménagement contractuel. Mais la jurisprudence et un mouvement légal favorable au consommateur a conduit à **limiter fortement la validité de ces clauses**. Tout dépend de la qualité du vendeur.

Si le **vendeur n'est pas un professionnel**, les clauses limitatives ou élusives de garantie sont **valables**. La seule limite réside dans la **preuve de la mauvaise foi du vendeur**.

Si le **vendeur est un professionnel**, il faut distinguer selon la qualité de l'acquéreur. Pour les **acquéreurs non professionnels**, la loi est intervenue et précise à l'*art R132-1 CConso* que ces **clauses limitatives ou élusives de garantie sont réputées non écrites**. La loi vise non pas le consommateur, mais le non professionnel. La cour de cassation, dans un arrêt de la *première chambre civile du 15 mars 2005*, a considéré qu'une *personne morale pouvait se trouver protégée au titre de la notion de non professionnel*.

En revanche si l'**acquéreur est un professionnel**, la non validité de la clause ne provient pas de la loi mais de la **présomption prétorienne**, selon laquelle le vendeur **professionnel est présumé de mauvaise foi**. La jurisprudence pose une limite à cette solution : c'est le cas dans lequel le **vendeur professionnel traite avec un acquéreur professionnel de la même spécialité**. Dans ce cas, les clauses limitatives ou élusives de garantie sont valables.

Section 3 : l'obligation de sécurité

Depuis les années 1980, la jurisprudence a réaffirmé en plus des obligations traditionnelles du vendeur une obligation de sécurité, envisagée comme une obligation autonome. Plus avant, **cette obligation était sanctionnée par l'intermédiaire de la garantie des vices cachés**. La chose était défectueuse et donc entachée d'un vice improprie à son usage.

L'obligation de sécurité procède maintenant d'un texte spécifique. Elle est sanctionnée par le truchement de la responsabilité du fait des produits défectueux, et donc du droit commun de la responsabilité.

Le problème est l'articulation entre **obligation de sécurité et responsabilité du fait des produits défectueux**. Ceci s'est compliqué depuis une condamnation par la France par la CJCE.

I- l'obligation contractuelle de sécurité

La sécurité du produit a été assurée par la garantie des vices cachés en France. Mais au niveau international, le conseil des communautés européennes a saisi très tôt l'importance d'une harmonisation de la sécurité des produits sur le marché intérieur. La directive CEE du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux a été prise. Mais la France a mis très longtemps à transposer cette directive. Ce retard de la France est préjudiciable au consommateur français.

Aussi la cour de cassation a-t-elle **interprété les contrats français à la lumière de cette directive**. Cela a résulté d'un premier arrêt de la *1^o chambre civile du 9 juillet 1996*. La première chambre civile fait une **application du droit français à la lumière du texte communautaire non transposé**. Elle retient l'existence d'une obligation de sécurité à la charge du vendeur. Cette **obligation est autonome** par rapport aux autres actions

ouvertes à l'acquéreur. L'action fondée sur l'obligation de sécurité ne se trouve pas soumise au bref délai fixé par l'art 1648 CC. La question se pose toutefois de l'articulation de cette obligation avec les dispositions de la loi de transposition de la directive de 1985.

II- la responsabilité du fait des produits défectueux

La loi du 19 mai 1998 met en place cette directive. La responsabilité du fait des produits défectueux ne concerne pas uniquement ni expressément le vendeur. Elle s'applique à raison d'une autre notion : **celle de producteur ou de fournisseur**. Cependant, dans bien des cas, le vendeur peut être considéré comme un fournisseur ou comme un producteur. Il est donc concerné.

A- l'articulation difficile avec l'obligation de sécurité

On aurait pu penser que ces deux notions se cumulent : on a un texte dans la loi qui autorise ce cumul. Le nouveau régime de responsabilité du fait des produits défectueux n'interdisait pas le maintien des actions ouvertes en droit interne au profit des acquéreurs. C'est la **position de la directive**, et ça résulte du texte de l'article 1386-18 CC. Aux termes de ce texte, la **responsabilité nouvellement créée ne porte pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle**, ou au titre d'un régime spécial de responsabilité. On a donc un principe d'adjonction.

Cependant, le maintien par la cour de cassation de l'obligation de sécurité du vendeur a fait l'objet d'une condamnation de la France par la CJCE. Par une décision du 25 avril 2002 (*JCP 2002, I, n°17*) la **cour a exclu qu'une victime puisse exercer une action ayant le même fondement que celui de la directive**. En France on ne pouvait plus retenir la responsabilité du vendeur au titre d'une obligation de sécurité découverte à la lumière de la directive.

La responsabilité du vendeur existe-t-elle encore en dehors de la loi ? Elle perdure dans les interstices laissés libres dans le champ d'application de la loi de 1998.

B- le régime de la responsabilité du fait des produits défectueux.

Il doit être envisagé sur deux points : le domaine de cette responsabilité et l'application de cette responsabilité.

1- le domaine de la responsabilité

Il se trouve encadré par trois séries de critères : les personnes responsables, les produits concernés et le dommage réparable.

a- *les personnes responsables*

La responsabilité ne vise pas le vendeur, mais elle pèse sur le producteur et à titre subsidiaire sur le fournisseur.

Le **producteur** est défini à l'art 1386-6 CC : *celui qui agissant à titre professionnel fabrique un produit fini, une matière première ou un composant*. Le vendeur à titre particulier n'est pas soumis à cette responsabilité du fait des produits défectueux. L'alinéa 2 de l'art 1386-6 **assimile quelques personnes à des producteurs**. Tel est le cas de tout individu qui appose sa marque, son nom ou tout autre signe distinctif sur le produit. Sont aussi assimilés au producteur les importateurs du produit sur le territoire de l'UE.

Certains professionnels sont exclus de cette responsabilité. C'est prévu à l'art 1386-6.3 : cela vise tout constructeur ou vendeur d'immeuble à construire. Ces personnes sont soumises à la responsabilité décennale du constructeur.

A coté des producteurs, se trouvent les **fournisseurs à titre subsidiaires** : ce sont les vendeurs qui n'ont pas réalisé le produit, mais qui en ont assuré la circulation. En 1998, la France **met sur un pied d'égalité le producteur et le fournisseur**. Elle considère que la victime peut se retourner à son choix contre le producteur ou contre le fournisseur.

Cependant, ceci a valu plusieurs condamnations à la France, le 25 avril 2002 par la CJCE. Elle est condamnée pour mauvaise transposition de la directive qui prévoyait une hiérarchie entre le producteur et le fournisseur, qui n'est responsable que subsidiairement.

La France prend acte de cette condamnation et réforme l'art 1386-7 CC par une loi du 9 décembre 2004. L'article précise maintenant que le **fournisseur n'est responsable que si le producteur demeure inconnu**. Le 14 mars 2006, la CJCE condamne à nouveau la France en raison de cette transposition. Dans cet arrêt, la CJCE rappelle que la directive est d'harmonisation maximale. Cela signifie que les Etats ne peuvent instaurer des règles plus favorables au consommateur. Or la directive précise que le consommateur ne pouvait se retourner contre le fournisseur qu'à la condition que celui-ci n'ait pas indiqué dans un délai raisonnable le nom de son propre fournisseur ou même du producteur de la chose. Or nous n'avions pas transposé cette chaîne de relation. La loi a été modifiée le 6 avril 2006.

A présent, cet article ne retient la responsabilité du fournisseur que si **celui-ci n'a pas révélé dans un délai de trois mois à la victime le nom de son propre fournisseur**.

b- les produits concernés

Le producteur est responsable du défaut de son produit. Ce sont les produits et non les biens qui sont concernés. La notion de **produit** correspond à une notion nouvelle. Il n'y a pas de **distinction entre fruits et produits** : c'est un meuble ou un meuble incorporé dans un immeuble, y compris les produits du sol, de l'élevage ou de la pêche ainsi que l'électricité. Peuvent ainsi être visés les **vendeurs de biens meubles entendus au sens large**.

La notion de **défectuosité** ne renvoie pas à celle de vice. Elle est nouvelle en droit français. L'art 1386-4 retient qu'un produit est défectueux lorsqu'il **n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre**. Ce sont les conséquences défectueuses du produit qui sont visées. Le vendeur n'est responsable que si le produit est mis en circulation. Cette **mise en circulation** s'entend largement. Il est mis en circulation dès lors que le **producteur s'en est dessaisi volontairement**. On met de côté le cas du vol.

Une dernière décision de la CJCE du 9 février 2006 entend encore plus largement la notion de mise en circulation. Elle est **effectuée dès lors qu'un fabricant cède son produit à une société que pourtant il détient à 100%**.

c- le dommage réparable

Aux termes de l'art 1386-2 CC, la responsabilité s'applique à la réparation du dommage qui résulte d'une **atteinte à la personne, et à la réparation du dommage supérieur à un montant fixé par décret qui résulte d'une atteinte à un bien autre que le produit lui-même**. Sont ainsi couverts les dommages aux personnes et aux biens. Se trouvent exclus tous les dommages causés au bien lui-même.

2- l'application de la responsabilité

Il y a deux caractéristiques.

a- une responsabilité de plein droit

Producteurs et fournisseurs sont responsables de plein droit des dommages causés par un produit défectueux. Il n'y a **pas de faute à prouver**, mais il faut prouver le dommage et le lien de causalité.

b- une conception stricte des clauses d'exonération

Elles sont entendues strictement. Il **ne peut s'abriter derrière la faute d'un tiers**. Mais des actions récursoires sont possibles pour la contribution à la charge définitive de la réparation.

Le vendeur peut en revanche **prouver qu'il n'a pas mis le produit en circulation, ou que le défaut du produit n'existait pas au moment où il a été mis en circulation** : soit il est ajouté après, soit c'est un **risque de développement**. Il concerne principalement les médicaments. Le vendeur souligne que l'état des connaissances techniques et scientifiques au moment où il a mis le produit en circulation n'a pas permis de déceler l'existence

du défaut. C'est le seul point sur lequel la doctrine laisse le choix aux Etats. La France après de longs débats a fini par retenir l'exonération du fait des risques de développement.

Pour le reste la loi est stricte. Il est prévu à l'*art 1386-15* que les clauses qui visent à **écarter ou limiter la responsabilité du fait des produits défectueux sont interdites et réputées non écrites**.

La loi du 6 avril 2006 a également ratifié une ordonnance du 17 février 2005 qui institue une autre garantie à la charge des vendeurs. C'est la garantie de conformité.

Section 4 : la garantie de conformité

Elle est issue de la transposition d'une directive européenne. C'est celle du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente. Elle vise à harmoniser les différents droits des pays de l'UE pour retenir une conception moniste des garanties du vendeur. La convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises a inspiré cette directive. Elle a **aboli la distinction entre non-conformité et garantie des vices cachés**. Contrairement à la directive de 1985, elle n'est pas d'harmonisation maximale. Les pays peuvent retenir des dispositions dans leur droit qui dérogent à la directive.

Deux groupes d'auteurs se sont affrontés pour savoir ce qu'on allait faire de cette directive. La première dirigée par **G. Viney** prône une **transposition large de la réforme**. On prend prétexte de cette directive pour réformer le code sur le droit de la vente. Face à cette école, d'autres auteurs plus équilibrés, et dirigés par **Olivier Tournafond** se prononçaient en faveur d'une **transposition a minima**. On limite la réforme du droit français car la directive semble trop protectrice pour être appliquée à des acquéreurs professionnels. Or les vendeurs professionnels trouvent dangereux et nuisible pour la sécurité juridique de voir ainsi leurs obligations réformées même dans le cas de vente entre professionnels. Le problème se pose entre autre des **charges d'assurance des vendeurs professionnels**.

Entre ces deux courants, quelques auteurs entrevoient une position intermédiaire comme **Patrice Jourdain**, qui consiste à ne réformer que le code de la consommation pour l'essentiel, avec simplement un correctif introduit à l'*art 1648 CC*. A la place du bref délai, on précise que c'est un délai de 2 ans. C'est cette **position intermédiaire qui a été retenue**. On a révisé le code de la consommation et le code civil dans un article uniquement.

La transposition a été transposée par le biais d'une ordonnance autorisée par le parlement. L'ordonnance du 17 février 2005 transpose donc la directive et introduit une nouvelle garantie de conformité. L'ordonnance a été ratifiée par une loi le 6 avril 2006.

I- le domaine de la garantie

Cette délimitation d'effectue selon trois séries de critères.

A- les contrats concernés

L'*art L211-1 CConso* vise expressément la **vente**. Mais sont aussi visés certains **contrats d'entreprise**. Ce sont tous les contrats de vente ou d'entreprise tendant à la **transmission, à la fabrication ou à la production d'un bien meuble**. Ne sont pas concernées les ventes faites par autorité de justice, ni celles effectuées aux enchères publiques de façon volontaire.

La garantie concerne **tous les biens, neufs ou d'occasion**, même si toutes les sanctions de la garantie sont difficilement applicables aux biens d'occasion. Elle prône en effet au premier titre le remplacement du bien.

B- les parties aux contrats

La garantie a été intégrée dans le code de la consommation car le choix a été fait de ne pas viser tous les vendeurs et tous les acquéreurs. **Seuls les vendeurs professionnels** sont concernés aux termes de l'*art L211-3 CConso*, le vendeur doit avoir agi dans le cadre de son activité professionnelle et commerciale. **L'acquéreur**

doit être un consommateur. C'est cette notion qui a été retenue et non celle de non professionnel. Par conséquent, seules les **personnes physiques** sont visées par cette garantie.

C- l'existence d'un défaut de conformité

La notion de défaut de conformité est directement inspirée de la convention de Vienne. La *directive de 1999* envisageait une longue liste de présomptions s'agissant des défauts de conformité des différents produits. L'ordonnance de 2005 aborde la question différemment en précisant la notion mais en distinguant entre les contrats d'adhésion et les contrats négociés.

1- le défaut de conformité dans les contrats d'adhésion

Ce sont forcément des **contrats de vente**. La non-conformité s'entend d'une **non-conformité à l'usage habituellement entendu pour le type de bien objet de la vente**. Cette définition rejoint alors la notion de vice dans la garantie des vices cachés. Mais outre l'usage, la conformité s'entend aussi de la **description faite du bien dans le contrat**. A cet égard, les différences par rapport à un échantillon ou une publicité sont retenues. On se rapproche du défaut de délivrance conforme.

2- le défaut de conformité dans les contrats négociés

Ces contrats sont tous ceux pour lesquels les parties ont eu une démarche autre qu'une simple rencontre de volonté, intervenue sur un produit présenté à grande échelle. Cela correspond à **certains contrats de vente et à tous les contrats d'entreprise** visés par les textes.

La conformité s'entend du **respect par le bien des stipulations contractuelles**. Elle porte sur les caractéristiques particulières du bien, mais aussi sur **l'usage spécial du bien qui est entré dans le champ contractuel**. Le défaut de conformité s'arrête là. Si la chose a été prévue pour un usage spécial et qu'elle n'est pas apte à un usage normal, la garantie n'est pas due.

le régime de la garantie

Il est particulier au regard de ses sanctions et de son délai.

le délai d'action

Le gouvernement a retenu un **délai de deux ans, à compter de la délivrance du bien**. Il y a donc une différence notable avec le délai d'action en matière de garantie des vices cachés. *L'article 1648* vise en effet un délai de 2 ans à compter de la découverte du vice. C'est l'une des raisons pour lesquelles il reste avantageux pour le consommateur de se retourner vers la garantie des vices cachés.

les sanctions

L'ordonnance a prévu plusieurs remèdes selon un système hiérarchisé qui se déroule en deux temps. Dans un premier temps, priorité est donnée à la réparation du bien ou à son remplacement. Ce n'est que dans un second temps que le défaut de conformité peut conduire soit à la résolution de la vente soit à la réduction du prix.

la réparation ou le remplacement du bien

Dans un souci très contemporain, on a commencé par proposer un remède : **l'exécution normale du contrat**. L'acquéreur se voit ainsi ouvrir une option : aux termes de *l'art L211-9 CConso*, il peut **demande la réparation du bien ou son remplacement**. Ce choix est libre et le vendeur ne peut pas interférer. L'acquéreur ne doit supporter aucun frais pour les réparations et les transports.

Le risque était grand de voir le **consommateur préféré systématiquement le remplacement**. Ceci d'autant plus lorsque l'échéance du délai de deux ans approchait. Une limite a donc été posée, qui précise que le vendeur peut ne pas suivre le choix de l'acquéreur lorsque ce choix entraîne un coût manifestement disproportionné au regard de l'autre modalité compte tenu de la valeur du bien ou de l'importance du défaut.

D'autres remèdes sont prévus si ceci ne suffit pas.

1- la résolution du contrat ou la réduction du prix

Dans un second temps, le consommateur se voit ouvrir un autre choix, qui existe dans trois hypothèses :

- **réparation ou remplacement impossible** : occasion, contrat d'entreprise
- **remplacement ou réparation sont possibles** mais dans un **délaï dépassant un mois après la réclamation de l'acheteur**. Si la réparation demande plus d'un mois, il y a fort à parier que ça engendre un coût pour l'acheteur.
- Le **remplacement ou la réparation ne peuvent être retenus sans inconvénients majeurs** pour le consommateur compte tenu de la nature du bien ou de l'usage qu'il en recherche.

Dans ces trois hypothèses, le consommateur peut **choisir entre deux branches d'une alternative**. Il peut demander la **résolution du contrat** et tout se passe conformément au droit commun. Il peut aussi demander la **réduction du prix**, et tout se passe conformément au régime de la garantie des vices cachés.

Il semble que le consommateur puisse aussi obtenir des dommages et intérêts.

2- l'aménagement de la garantie

Le texte retenu le 17 février conduit à une interprétation a contrario intéressante. *L'art L211-7 CConso* précise que *sont réputés non écrites les conventions qui limitent directement ou indirectement le droit résultant de la garantie de conformité avant que le consommateur n'ait formulé de réclamation*. Une interprétation a contrario laisse penser qu'il est possible de **déroger au régime de la garantie de non-conformité après la réclamation du consommateur**. Les modes de sanctions sont donc supplétifs. Un accord des parties semble possible pour convenir d'un autre mode de dédommagement. Dans ce cas, le consommateur peut-il renoncer valablement à toute réparation ?

En réalité l'application de cette ordonnance laisse à penser que seront soulevées des difficultés par le juge.

A coté de cette multiplication de sanctions ouvertes à l'acquéreur, ce dernier supporte aussi quelques obligations.

Chapitre 3 : les obligations de l'acquéreur

On retient traditionnellement que l'acheteur supporte 2 obligations : la première consiste dans l'obligation de prendre livraison de la chose que l'on qualifie plus juridiquement d'obligation de retraitement. La seconde obligation consiste dans l'obligation pécuniaire.

Section 1 : L'obligation de livraison :

L'acheteur est tenu de prendre lui-même livraison de la chose détenu par le vendeur cette obligation e trouve de limite que lorsque la chose s'avère non-conformité aux stipulations contractuelles ou entachée d'un vice apparent, la prise de livraison marque en effet le moment auquel l'acheteur est tenu d'effectuer les vérifications élémentaires sur la chose. En cas de non-conformité criante ou de vice apparent l'acheteur peut refuser de retirer la chose ce qui correspond en pratique à la technique du laissé pour compte. Sinon l'acheteur est véritablement tenu juridiquement de retirer la chose.

§1 : L'objet de l'obligation de retraitement :

Elle a pour objet le transfert de la détention de la chose. Les questions se posent sur le lieu de la prise de livraison ainsi que sur ses modalités.

A. Le lieu du retraitement :

En droit on distingue entre les choses quérables et les choses portables. En matière de vente le principe est que la chose est quérable, il appartient donc à l'acheteur d'aller la chercher à l'endroit où elle se trouve. Cet élément est précisé dans le droit de la vente mais correspond au droit commun dans lequel en principe les dettes sont quérables.

Cela n'a pas grande incidence sauf à propos des frais de transports puisque dès lors que la chose est quérable les frais de transport doivent être supportés par l'acheteur. Cette disposition est supplétive de volonté, les parties peuvent engager un transport au nom du vendeur.

B. les modalités du retraitement :

Le CC est silencieux sur la date de prise de livraison dans la vente. Cependant, par application de l'article 1610 CC la jurisprudence retient que l'acheteur est tenu de retirer la chose au moment où le vendeur la met à disposition.

L'acheteur est ensuite tenu d'une obligation d'information envers le vendeur relativement aux modalités d'enlèvement de la marchandise.

L'obligation de retraitement focalise la question plus sur ses sanctions.

§2. Les sanctions de l'obligation de retraitement :

Cette obligation est passible de toutes les sanctions découlant de l'inexécution contractuelle à défaut de retraitement l'acheteur peut se voir soumis à l'exécution forcée de son obligation mais aussi à la résolution du contrat.

A. La condamnation à l'exécution forcée :

Obligation de retraitement = obligation de faire => l'application de l'article 1142 CC devrait écarter toute condamnation à l'exécution forcée. Cependant, la JP procède à la condamnation à l'exécution forcée de cette obligation au moyen de la technique de l'astreinte.

B. La résolution du contrat :

Est expressément organisée dans le droit car entraîne parfois d'importants désagréments pour le vendeur, elle implique un stockage de la chose qui engendre un coût indéniable en plus que des difficultés matérielles.

Vente immobilières : désagréments mais reste raisonnable => la résolution du contrat suit le droit commun et se trouve conditionnée par l'intervention du juge.

Ventes mobilières : problèmes de stockage parfois très importants => disposition spéciale art 1657 CC, cette disposition retient que la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation au profit du vendeur après l'expiration du terme convenu pour le retraitement

Il s'agit exceptionnellement d'une résolution extra judiciaire + absence de nécessité de mise en demeure préalable par le vendeur. Conséquence : à l'arrivée du terme convenu pour le retraitement le vendeur se trouve à nouveau en droit de vendre à nouveau la chose à un tiers. S'exerce à ses risques dans la mesure où il engage sa responsabilité s'il revend la chose alors que le terme n'était pas échu mais aussi dès lors que le terme est échu quand lui-même n'a pas exécuté la totalité de ses obligations.

JP mai 1992 : précise que l'art 1657 CC ne s'applique pas en cas de refus par l'acheteur de prendre livraison en raison d'un vice de la chose.

Section 2 : l'obligation pécuniaire :

§1 : Les modalités d'exécution de l'obligation pécuniaire :

En principe précisé par les parties.

Le montant de l'obligation a été déjà abordé dans le cadre de la détermination du prix. Reste trois questions ayant trait respectivement à la date du paiement au lieu du paiement et à la détermination de la personne dans les mains de laquelle le paiement doit être effectué.

A. La date du paiement :

Principe : liberté des parties. Le paiement peut être échelonné. Quelque soit la date prévue une fois celle-ci valablement consentie entre les parties elle s'impose à l'acquéreur.

Disposition particulière : notamment en droit de la consommation, prohibe tout versement effectué par le consommateur avant l'accomplissement soit de certaines formalités soit du respect d'un certain délai.

A défaut de dispositions spéciales le paiement doit intervenir selon les termes de l'article 1651 CC au moment de l'exécution par le vendeur de son obligation de délivrance. Obligation pécuniaire = son obligation principale => peut lui servir à mettre en œuvre l'exception.

B. Le lieu du paiement :

Grande place laissée à la liberté contractuelle, art 1651 CC disposition supplétive de volonté qui déroge au droit commun puisqu'il est précisé que l'acheteur doit payer au lieu de délivrance de la chose.

Le lieu du paiement détermine la monnaie du paiement. En cas de vente internationale 2 types des dispositions vont s'appliquer : application de la convention de Vienne de 1980 qui reprend la disposition de l'article 1651. Quand la convention de Vienne ne s'applique pas. Quand le droit français interne s'applique l'article 1651 peut trouver à s'appliquer donc ce sera le lieu du paiement qui déterminera la monnaie de celui-ci.

C. La personne à qui le paiement doit être effectué :

Principe : l'acheteur doit payer au vendeur. Le vendeur peut désigner un représentant qui recevra le paiement au nom du vendeur. Le vendeur peut aussi utiliser la technique de la clause d'indication de paiement qui permet de faire exécuter l'obligation pécuniaire à l'acheteur au profit d'un tiers.

Certains textes dérogent à ce principe ils touchent principalement la matière immobilière, il s'agit de dispositions protectrices de l'acheteur qui impose que le paiement soit fait non dans les mains du vendeur mais dans celles du notaire.

§2 : la sanction de l'inexécution de l'obligation pécuniaire :

Si l'acheteur a l'obligation de payer le prix c'est aussi lui qui supporte la charge de la preuve de son paiement. Cette règle découle d'une simple application du droit commun. L'acheteur va donc reconstituer la preuve de son paiement. A défaut de preuve il sera considéré que l'acheteur n'a pas exécuté l'une de ses obligations contractuelles.

Au premier chef le vendeur peut suspendre l'exécution de ses propres obligations. Si le vendeur a exécuté quant à lui toutes ses obligations la résolution du contrat est envisageable.

L'article 1787 CC précise littéralement que si l'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira uniquement son travail ou industrie ou aussi la matière. Initialement les faits ne pouvaient porter. Le travail matériel se trouve réglementé dans le cadre du contrat de louage et le travail intellectuel dans le cadre du contrat de mandat. A la base contrat de mandat : à titre gratuit, les tâches intellectuelles ne donnant pas lieu à rémunération, le client versant un cadeau, un honneur au prestataire. Au tournant des 19^{ème} et 20^{ème} siècles ces distinctions devenaient insoutenables => dans un premier temps on a considéré que le contrat pouvait être à titre onéreux ; cependant, distinction difficile avec le contrat d'entreprise c'est pourquoi on doit à Aubry et Rau la consécration d'un nouveau critère de distinction. Le contrat de mandat devient celui qui repose sur une représentation tandis que le contrat d'entreprise accepte à côté des prestations matérielles certaines prestations intellectuelles. Ce phénomène de dilution est accompagné d'un second phénomène d'hyper spécialisation. On se trouve donc en présence d'un contrat nommé sans régime précis. La notion revêt encore un intérêt celui-ci réside plus dans les règles applicables au maître de l'ouvrage et moins dans celle s'appliquant à l'entrepreneur.

DEUXIEME PARTIE : LE CONTRAT D'ENTREPRISE

Notion doctrinale ce serait la « bonne à tout faire des contrats spéciaux » Malory. Révèle le caractère très vaste de la notion.

Le contrat de louage d'ouvrage était connu et organisée dans le CC aux articles 1779 et S. Tout comme le louage d'industrie qui correspond au contrat de travail le louage d'ouvrage a bien évolué. A l'époque il s'agissait d'encadrer des contrats qui comme le contrat de construction faisait intervenir un entrepreneur afin qu'il travaille sur une chose remise par son cocontractant le maître de l'ouvrage.

TITRE 1 : La notion et la formation du contrat d'entreprise

Chapitre 1 : la qualification du contrat d'entreprise

Cette question nourrit un contentieux abondant dans la mesure où cette notion n'a pas de définition légale. C'est au fur et à mesure des décisions qu'il y a eu des critères. Jusqu'à faire ressortir une définition par la négative du contrat d'entreprise : le contrat d'entreprise est celui par lequel une personne, l'entrepreneur, s'engage moyennant rémunération à accomplir un travail pour une autre, le maître de l'ouvrage, de manière indépendante et sans la représenter.

La référence à la prestation de travail permet de distinguer le contrat d'entreprise du contrat de vente. Dans le contrat d'entreprise on exige un travail spécifique, sur-mesure.

La réf à un travail exécuté de manière indépendante permet de distinguer d'avec le contrat de travail.

La référence à la non représentation permet de distinguer d'avec le contrat de mandat.

Section 1 : La distinction du contrat d'entreprise et du contrat de mandat :

Ce sont deux contrats historiquement très proches dans la mesure où leurs frontières ont évolué. Certains contrats qui relevaient du mandat relèvent aujourd'hui du contrat d'entreprise.

§1- Les critères de la distinction :

Le critère est celui de la représentation. Le mandataire représente le mandant alors que l'entrepreneur ne représente pas le maître de l'ouvrage.

Ceci a des incidences quant à l'objet de l'obligation. Le mandat porte sur des actes juridiques alors que le contrat d'entreprise porte sur des faits. Certaines professions peuvent donner lieu à la conclusion des deux

formes de contrat : cas des avocats > lorsqu'il plaide il représente son client et se trouve engagé dans les termes d'un contrat de mandat. Quand il donne une consultation juridique il ne se trouve engagé que dans les termes d'un contrat d'entreprise.

Certains contrats complexes mêlent entreprise et mandat. Ex : le contrat de promotion immobilière. C'était un contrat innommé sui generis. C'est à présent un contrat autonome réglementé par le législateur.

On peut aussi trouver des contrats de mandat dans lesquels le mandataire va accomplir certains actes matériels. On applique alors le critère de l'accessoire. Si ces actes matériels ne sont que l'accessoire de la représentation, le contrat reste un mandat. En revanche l'inverse n'est pas vrai. Lorsqu'une personne est tenue dans les termes d'un contrat d'entreprise elle ne peut pas exécuter des prestations qui relèveraient du mandat. Il faut pour engager son co-contractant, un mandat particulier. On aura deux contrats.

§2- Les enjeux de la distinction

Ils sont multiples. Le principal c'est que dans un cas le mandataire engage le mandant vis-à-vis des tiers et dans l'autre, le contrat d'entreprise l'entrepreneur agit en son nom propre.

Il existe d'autres distinctions. L'une d'entre elles c'est le régime de l'extinction de ces contrats. Ex : Cass com 8 janvier 2002 : la Sté les Galeries Lafayette avait concédé un rayon à une personne dans son magasin. Le contrat est rompu et le cocontractant réclame une indemnité de rupture. Pour cela elle se prévaut du droit du mandat qui précise que en cas de mandat d'intérêt commun, toute rupture donne lieu à indemnité. La cour refuse au motif que la personne n'effectuait que des actes matériels et non juridiques. Le contrat est donc un contrat d'entreprise. Or la résiliation du contrat d'entreprise même d'intérêt commun ne donne pas lieu à indemnité en cas de résiliation.

Section 2 : La distinction du contrat d'entreprise et du contrat de travail :

Originellement ils constituaient les deux branches d'un même contrat : le louage. L'enjeu de la distinction est énorme.

§1- Les critères de distinction :

Il y a eu une évolution : la distinction a tout d'abord été opérée sur le critère du mode de rémunération. Tout provenait de l'examen de l'objet de ces deux contrats. Le contrat de travail porte sur une mise à disposition de la force de travail. Il porte sur une suite indéterminée de prestations sans qu'un but précis soit fixé. Le contrat d'entreprise au contraire porte plus sur le résultat du travail, l'ouvrage, que sur les efforts déployés.

Par suite Planiol a proposé un critère longtemps utilisé qui consistait à qualifier un contrat de travail lorsque la rémunération était fixée au temps passé. Le contrat d'entreprise était celui dans lequel la rémunération était désolidarisée du temps passé au travail et donc généralement fixée à forfait. Mais avec l'évolution du monde du travail ces critères sont devenus désuets. Des entrepreneurs peuvent être rémunérés sur tarifs horaires et les salariés sur forfait.

Donc nouveau critère prétorien : le lien de subordination : le contrat est un contrat de travail lorsque le prestataire de service se trouve dans un rapport de subordination vis à vis de son co-contractant. Il s'exprime au regard de la fixation des horaires du travail, du lieu, des conditions du travail et par un pouvoir de direction de contrôle et de surveillance du contenu du travail.

Le contrat d'entreprise se définit par la négative.

Ce critère paraît approprié par rapport à la distinction des deux régimes. En situation de subordination le salarié est fragile et donc peut légitimement, plus que l'entrepreneur se trouver protégé par la législation du travail. En revanche l'indépendance de l'entrepreneur lui permet de multiplier les clients et donc lui évite une situation de dépendance éco complète > moins besoin d'être protégé.

Toutefois ce critère paraît petit à petit dépassé au regard de l'évolution des conditions de travail. Que dire de la subordination dans le cadre du télétravail. Du coup la différence s'estompe et qui conduit certains auteurs à proposer de remettre en cause cette distinction.

§2- Les enjeux de la distinction :

La responsabilité du commettant vis à vis du préposé n'est pas applicable dans le cadre d'un contrat d'entreprise.

Le mode de détermination du prix de plus est plus encadrée pour le contrat de travail.

Certaines interdictions concernent uniquement les salariés > un salarié ne peut pas être commerçant ou artisan.

Enfin les risques du contrat pèsent sur l'entrepreneur alors que dans le contrat de travail les risques pèsent sur l'employeur.

Chapitre 2 : la formation du contrat d'entreprise

Il constitue un contrat consensuel. Cependant en raison des conditions de fond particulières de ce contrat apparaissent de nombreuses questions quant à sa preuve ; Ainsi s'il n'y a pas de formalisme ad validitatem la question se pose d'un formalisme ab probationem.

Section1- Les conditions de fond :

Ces conditions sont beaucoup plus souples que celles requises pour le contrat de vente. Pour ainsi dire, le simple accord sur le travail à effectuer par l'entrepreneur suffit.

Selon une jurisprudence classique le prix ne constitue pas un élément essentiel du contrat d'entreprise.

§1- L'accord sur une prestation de travail déterminable :

La nature du travail susceptible de faire l'objet du contrat d'entreprise est variée. Bien souvent l'obligation de l'entrepreneur ne peut être déterminée ab initio. Il suffit alors que celle-ci soit déterminable.

De nombreux auteurs effectuent une distinction entre les prestations matérielles et intellectuelles. S'agissant des premières l'obligation de l'entrepreneur devrait être déterminée ab initio. S'agissant des prestations intellectuelles celles-ci étant par nature évanescences, l'obligation de l'entrepreneur ne devrait être que déterminable. Pour la prof cette distinction est nulle. Cette distinction semble remise en cause s'agissant de l'analyse des contrats d'entreprise portant sur la réalisation d'un meuble. Ces contrats ne constituent en effet des entreprises que s'ils portent sur un travail sur-mesure. Sinon c'est une vente. Cette distinction révèle bien que le contrat d'entreprise même lorsqu'il comporte des prestations matérielles peut ne pas toujours être prédéterminé au moment de la conclusion du contrat. La distinction ne serait donc pas irréductible. Cette indétermination relative de la prestation de l'entrepreneur conduit alors souvent les parties pour réduire les incertitudes à recourir à la technique d'étude préalable ou celle du devis. La nature juridique de ces doc pose cependant de nombreuses questions auxquelles la jurisprudence répond toujours en référence à l'intention des parties. Ainsi le devis peut-il revêtir une nature juridique triple : parfois ça ne constitue que la • formalisation de pourparlers > les parties ne sont pas engagées et la rupture ne donne pas lieu à indemnité sauf abus dans la rupture. Parfois il s'analyse en une • promesse unilatérale du contrat d'entreprise > l'entrepreneur est engagé et l'acte réserve une option au maître de l'ouvrage laquelle si elle est levée conduit à la formation du contrat. Enfin il peut constituer une • promesse synallagmatique > les deux parties sont engagées et l'exécution est alors souvent conditionnée par la réalisation de tel ou tel évènement.

Cette question du devis soulève de nombreux litiges relatifs à l'existence ou non du contrat d'entreprise. Cette question se trouve compliquée avec la problématique du prix.

§2- La question du prix :

2 axes de cette problématique :

- question se savoir si le prix doit exister et être déterminé au moment de la conclusion du contrat.
- question de la remise en cause d'un prix déjà fixé > on n'étudiera pas ça.

A – La controverse entourant la nécessité d'un prix :

Ce contrat est classiquement présenté comme un contrat onéreux. Fondement textuel dans l'article 1710 CC : l'entrepreneur s'engage moyennant un prix. Pourtant un courant doctrinal retient que le contrat reste un contrat d'entreprise même lorsqu'il est conclu à titre gratuit.

2 arguments :

Argument d'opportunité : si on ne retient pas les contrats d'entreprise à titre gratuit le contrat par lequel une personne s'engage à effectuer un travail pour une autre sans représentation et sans subordination est un contrat innommé. Ca évite de faire tomber un certain nombre de contrats d'assistance dans le domaine de l'innommé.

Argument historique : initialement, les contrats à titre gratuit portant sur des services pouvaient être réglementés dans la cadre du mandat. C'est donc en raison d'une évolution des frontières entre les deux contrats qu'un vide juridique est apparu. La Cour semble retenir la possibilité de qualifier un contrat d'entreprise à titre gratuit > Cass 3^{ème} civ 17 déc 97 : le contrat d'entreprise est présumé conclu à titre onéreux. C'est au maître de l'ouvrage qui devra rapporter la preuve de l'existence d'un contrat à titre gratuit. Mais la Cour semble bien admettre l'hypothèse d'un contrat d'entreprise conclu à titre gratuit.

Mais un autre courant prétorien retient que l'absence de détermination du prix ab initio ne remet pas en cause la nature onéreuse du contrat.

B – L'indifférence entourant la détermination du prix

Une jurisprudence classique retient la validité du contrat d'entreprise même conclu à titre onéreux indépendamment de la détermination ab initio du prix. Cette solution de principe interroge cependant quand au régime de la fixation différé de ce prix.

1- Solution de principe

Depuis les 70' la jurisprudence retient que le prix ne constitue pas la composante essentielle du contrat d'entreprise. C'est une règle prétorienne très fréquemment réitérée.

Ex : Civ 1^{ère}, 24 nov 1993 : contrat conclu entre un artiste peintre et le réalisateur d'un ouvrage qui avait réalisé la maquette de l'œuvre et se posait la question de sa rémunération. La cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir retenu l'onérosité du contrat en rappelant qu'un accord préalable sur le montant exacte de la rémunération n'est pas un élément essentiel du contrat de louage d'ouvrage « il appartient au juges du fonds de fixer la rémunération compte tenu des éléments de la cause ». Cette solution paraissait singulière avant le revirement de l'assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995.

En effet en l'absence de dispositions spéciales relatives aux contrats d'entreprise, le droit commun des contrats devait s'appliquer, donc jusqu'en 1995 on pouvait s'attendre à une exigence de déterminabilité du prix sur l'article 1129 c civ. Or la cour n'avance aucun fondement textuel. Donc c'est une jurisprudence soit contra legem, soit contradictoire en tous les cas.

Cette solution prétorienne pouvait reposer sur quelques considérations historiques, on trouve dans l'œuvre de Potier cette même solution. Potier retenait « qu'il n'est pas nécessaire que la somme d'argent dans laquelle doit consister le prix soit déterminé dès le temps du contrat, il suffit qu'elle doive le devenir par estimation qui en sera faite ».

Le revirement révisé par l'ass plénière de 1995, a relancé la question de la spécificité du prix dans le contrat d'entreprise. La décision de la première chambre civile du 20 fév 1996 tendait à effectuer un amalgame. Cette décision retient sur le contrat d'entreprise un attendu selon lequel l'art 1129CC n'est pas applicable à la détermination du prix.

2 – Le régime de la détermination différée du prix

L'indétermination ab initio du contrat d'entreprise ne s'est pas fondue dans le droit commun. Il reste spécifique, et cette spécificité se traduit dans le régime de la détermination a posteriori du prix. Elle s'exprime alors à deux niveaux : au plan de la détermination amiable et au plan de la détermination judiciaire du prix.

– S'agissant de la détermination amiable, la lecture majoritaire des arrêts de 95 conduit à considérer qu'en droit commun existe un droit de fixation unilatérale du prix.

Cette solution est critiquée mais c'est la seule compatible avec la limite posée par l'abus.

– A l'inverse quand aucun prix n'est déterminé dans le contrat d'entreprise, la jurisprudence continue à exiger un accord des parties. L'indétermination ab initio du prix ne fait que reporter l'accord des parties à plus tard mais cet accord est requis. Cette nécessité d'un accord rejaillit au plan du rôle du juge. A défaut d'accord entre les parties, aucun prix n'est fixé ; il y a un litige que le juge est tenu de régler.

En droit commun des contrats le rôle du juge se limite à un contrôle. Celui-ci intervient a posteriori après la fixation licite d'un prix de manière unilatérale par le cocontractant. Le juge ne peut donc être saisi qu'en cas d'abus et son contrôle se limite à cela. Les sanctions qu'il est susceptible de prononcer sont aussi restreintes. En cas d'abus le juge prononcera la résiliation du contrat assortie éventuellement de D&I. Au contraire dans le contrat d'entreprise il n'y a pas ce seuil de l'abus. Les juges interviennent à la moindre absence d'accord entre les parties. Le prix n'étant pas fixé on ne peut donc pas parler de contrôle. Le rôle du juge est donc de trancher un litige : le juge va fixer un prix judiciaire le contrat étant généralement en partie exécuté. La question est cependant délicate de savoir comment le juge va pouvoir fixer ce prix.

Section 2- Les conditions de forme du contrat d'entreprise :

C'est en principe un contrat consensuel. Le formalisme se trouve relégué à des problèmes de preuve. Ce principe est cependant entravé à l'heure actuelle par une multiplication de dispositions spéciales.

§1- La multiplicité des dispositions spéciales

La diversité des contrats d'entreprise conduit à une grande variété des formalités requises pour tel ou tel type particulier de contrat.

2 grands types de formalismes :

- l'application de procédures particulières : visent tous les contrats d'entreprise soumis à des appels d'offre obligatoires. On en trouve classiquement s'agissant des contrats portant sur des biens meubles > c'est alors souvent un formalisme informatif : assimilation au régime des contrats de vente.

- l'autre concerne les contrats d'entreprise de consommation :

Ca a trait aux contrats de construction. Certains dès lors qu'ils sont conclus avec un particulier pour la réalisation d'un immeuble à usage d'habitation > art L231-2 du code de la construction et de l'habitation.

§2- Le maintien du principe de consensualisme

Dans les interstices laissés libres par les dispositions spéciales aucune formalité n'est requise pour la formalité du contrat d'entreprise. Se pose uniquement un problème de preuve. C'est le droit commun qui s'applique dans ce domaine aussi. Les solutions particulières relatives au prix du contrat d'entreprise engendrent une application particulière de ces règles de preuve.

2 questions :

- La première question a trait à l'existence d'un écrit : l'exigence d'un écrit n'existe que quand l'acte est supérieur à 1500 euro. C'est la même chose. Sauf que la question se pose lorsqu'aucun prix n'a été stipulé par les parties de savoir si cette disposition s'applique ou non. Il apparaît alors que la mise en œuvre de cette règle de preuve sui un régime tout à fait original. C'est au juge qu'il revient de déterminer un prix approximatif du contrat afin d'identifier ensuite les règles de preuves admissibles. Cette intervention semble pragmatique. Cependant elle s'avère tout à fait étonnante : le juge doit se prononcer sur l'existence du contrat alors il va présumer que le contrat existe, évaluer le montant du prix afin de déterminer le mode de preuve applicable

pour finalement bien souvent décider que la preuve littérale est exigée et se trouver alors dans l'obligation de juger à défaut de présentation d'un écrit que le contrat n'existe pas.

- La deuxième question touche à la preuve du contenu du contrat. Là encore c'est la question du prix qui concentre le contentieux. Le contrat peut avoir été conclu par écrit sans que le prix ne soit déterminé. La question se pose de savoir qui doit rapporter la preuve de l'accord sur le prix. La Cour a donné une solution en 197 > Cass 1^{ère} civ 18 nov 1997 : il incombe au prestataire qui exige le paiement d'établir le montant de sa créance et à cet effet de fournir les éléments permettant de fixer ce montant. Il appartient au juge d'apprécier ce montant en fonction notamment de la qualité du travail fourni.

Cette solution a été critiquée : même si la preuve est rapportée il semble que le juge conserve un contrôle. De plus, critiques sur la base de la charge de la preuve. Quelques auteurs dont Gaultier considèrent que l'arrêt opère un renversement de la charge de la preuve > pèse en principe sur la maître de l'ouvrage qui conteste la facture émise par l'entrepreneur. Il est permis pour autant de ne pas suivre cette interprétation puisqu'elle revient à considérer que l'entrepreneur a pu fixer le prix de façon unilatérale. Si l'on considère qu'à défaut de détermination ab initio la fixation du prix nécessite un nouvel accord des parties alors la facture de l'entrepreneur ne constitue qu'une proposition de prix et c'est sur lui que doit peser la charge de la preuve. On comprend alors que la Cour ait pu se référer à une appréciation effectuée par le juge.

TITRE 2 : Le régime du contrat d'entreprise

Le contrat d'entreprise crée des obligations à la charge des deux parties. Ses effets ne s'arrêtent cependant pas là puisqu'il entraîne aussi des effets translatifs.

Chapitre 1 : les effets obligationnels du contrat d'entreprise

Section 1 : les obligations du maître de l'ouvrage

Le maître de l'ouvrage ne constitue dans le contrat d'entreprise qu'un simple créancier contractuel. Pourtant en raison de l'objet particulier du contrat d'entreprise ce contractant supporte des obligations originales.

Il doit coopérer avec l'entrepreneur, cela tient au fait que le travail doit être adapté au maître de l'ouvrage.

Il doit procéder à la réception de l'ouvrage qui peut faire l'objet d'une exécution forcée.

Il est tenu d'une obligation pécuniaire. Sa quotité n'a pas forcément à être fixée ab initio. Si le prix est déterminé le régime de l'obligation du maître est particulier.

§1 : La diversité des modes de détermination du prix

La pratique a vu apparaître 3 techniques spécifiques de détermination du prix.

1°. La technique du forfait :

Fréquemment utilisée dans les contrats de la construction mais aussi pour certaines prestations intellectuelles. Le prix forfaitaire est fixé à l'avance de façon globale et intangible. Avantage : permet de faire passer les risques d'imprévu sur l'entrepreneur. Si au cours du contrat une difficulté imprévue apparaît l'entrepreneur ne peut réclamer le paiement de suppléments.

Par exception l'article 1793 CC prévoit en matière de construction immobilière la possibilité pour l'entrepreneur de réclamer parfois un supplément de prix. Cependant les conditions posées par ce texte sont très strictes car protectrices du maître de l'ouvrage puisque l'entrepreneur ne peut demander un supplément de prix que si ceux-ci ont été consentis par le maître de l'ouvrage aux termes d'un accord conclu par écrit.

La JP nuance le caractère intangible du forfait. Certains arrêts font ainsi référence à la notion de bouleversement économique du contrat, le procédé permet à l'entrepreneur de demander un prix supplémentaire chaque fois qu'il apparaît que l'ouvrage réalisé est sans commune mesure avec celui initialement prévu. Aucun arrêt ne retient cette notion si des travaux supplémentaires sont dus à un imprévu à chaque fois venu pallier l'absence de preuves d'une commande nouvelle par le maître de l'ouvrage.

2°. Le marché sur série de prix :

Contrat dans lequel le prix est convenu sur la base d'une liste de prix unitaires par produits le prix global étant déterminé à la fin par l'addition. Dès lors qu'il y a un imprévu, il est supporté par le maître de l'ouvrage > insécurité pour le maître de l'ouvrage mais paie un prix qui correspond vraiment à ce qui est réalisé.

3°. Détermination du prix au tarif horaire

Concerne plus les prestations d'ordre intellectuel. Cependant pas le plus utilisé pour les contrats d'entreprise intellectuels. En effet, les membres de profession libérale semblent préférer la technique du forfait. JP originale permet au juge venir réviser a posteriori un prix.

§2 : L'éventualité d'une révision judiciaire de certains prix :

JP classique qui déroge à la force obligatoire des contrats admet la révision judiciaire des honoraires. Il ne s'agit pas de compléter le contrat en fixant un prix en l'absence d'accord des parties. JP classique mais très critiquée par les professionnels concernés car absence de base légale.

A. La distinction avec la réfaction du contrat :

Peut s'apparenter au mécanisme de la réfaction qui existe en droit de la vente notamment quand la contenance du bien ne correspond pas à celle initialement prévue. La réfaction du contrat repose sur une inexécution partielle de celui-ci par une des parties.

Or dans les différentes espèces dans lesquelles la cour de cass. révisé les honoraires cette condition n'est pas toujours réalisée. Parfois correspond à une réfaction ex : c com. 2 mars 1993 ; 14 mars 1991. Parfois les faits ne vérifient pas les conditions de la réfaction (1^{er} c civ. 7 Juillet 1998) la cour de cass. Approuve la réduction effectuée au motif que les juges d'appel avaient relevé que les honoraires étaient trop élevés.

B. Les explications avancées :

1. Evolution des frontières entre le mandat et le contrat d'entreprise. Les contrats d'entreprise visés sont les anciens mandats. Le pouvoir du juge proviendrait alors de ce que historiquement les mandats constituaient un contrat à titre gratuit => le juge pouvait modifier les honoraires sans toucher au contrat car cadeau fait à côté. A l'heure actuelle cette explication est inappropriée dans la mesure où l'horaire est véritablement la contrepartie du travail de l'entrepreneur.

2. Les juges auraient une certaine méfiance par rapport aux membres des professions libérales. Cependant, les juges s'autolimitent donc ...

3. L'attention portée à l'objet même du contrat d'entreprise : il porte sur un travail spécifique qui relève donc du sur-mesure et le prix ne peut donc pas être formellement prédéterminé au moment de la conclusion du contrat. Par conséquent, il peut apparaître une différence importante entre le travail envisagé et le travail réalisé. Or le contrat d'entreprise n'a pas été conçu comme un contrat aléatoire mais bien comme un contrat commutatif. Ce serait pour ces raisons que le juge s'autoriserait à restituer une fois le contrat exécuté la proportion initialement envisagée.

Cet argument correspond également à la limite que le juge se donne lorsqu'il refuse de réviser un prix excessif mais accepté par le maître de l'ouvrage une fois le contrat exécuté. Cela permet aussi d'articuler la force obligatoire du contrat avec le rôle du juge.

§1 : L'obligation principale de l'entrepreneur

A- Le contenu de l'obligation

L'entrepreneur est tenu de fournir un travail respectant scrupuleusement la stipulation contractuelle. Souvent distinction entre obligation de moyens et de résultat. Sans être fautive cette distinction ne peut être

systématisée dans le contrat d'entreprise. Tout dépend de ce qu'a véritablement commandé le maître de l'ouvrage. La raison est que le contrat d'entreprise porte sur un travail spécifique et donc il laisse une grande place aux interactions entre le comportement, la commande du maître et d'autre part les contours de l'obligation de l'entrepreneur.

Une fois l'ouvrage achevé, l'entrepreneur doit le livrer à son client. La question se pose alors de savoir si l'entrepreneur supporte une obligation de garantie des vices cachés. Rien n'est prévu dans le code civil. Cependant certains auteurs et arrêts appliquent au contrat d'entreprise l'article 1648 CC au terme d'un raisonnement par analogie. Cette question n'a pas été véritablement réglée par la Cour et des contradictions se font jour entre les juridictions du fond. L'application de la garantie des vices cachés paraît délicate au regard de la notion même. En effet le vice renvoie à un défaut de la chose. Par suite même si la garantie devait s'appliquer dans le contrat d'entreprise il faudrait l'écarter des 2 cas :

- Quand la chose défectueuse a été remise par le maître ???
- Le défaut ne provient pas de la chose mais de la prestation de travail de l'entrepreneur ??? La distinction est parfois très délicate. Là on met en œuvre la responsabilité contractuelle et pas la garantie des vices cachés.

En revanche ce qui est sûr, c'est que la garantie de conformité prévue par l'ordonnance du 17 février 2005 s'applique au contrat d'entreprise. Le gouvernement a prévu que cette garantie concerne les contrats d'entreprise tendant à la fabrication ou à la production d'un bien meuble. Il est toutefois prévu à l'article L221-8 code consommation que l'entrepreneur n'est pas tenu de garantir les défauts trouvant leur origine dans des matériaux fournis par le maître.

C'est à l'entrepreneur de rapporter que le défaut provient d'un matériau fourni par le maître de l'ouvrage. C'est une preuve pas facile à rapporter. Parfois ça revient à retenir la responsabilité de l'entrepreneur dès qu'il ne rapporte pas la preuve.

B- L'inexécution de l'obligation :

Conduit à l'engagement de sa responsabilité contractuelle.

Une difficulté se pose s'agissant de la démonstration de cette inexécution contractuelle. En effet la détermination des contours de l'obligation de l'entrepreneur s'avère alors déterminante. L'entrepreneur peut être tenu d'une obligation de résultat tout comme il peut être tenu d'une obligation de moyens. Une systématisation ne peut être faite en fonction de la nature de la prestation. Tout dépend de ce que le client a véritablement commandé. Le contrat d'entreprise est particulièrement propice à l'application de la théorie de l'acceptation des risques. Le client peut avoir accepté le risque d'une prestation médiocre. Ainsi la commande d'une réparation mettant en œuvre un procédé économique ne peut conduire à l'engagement de la responsabilité de l'entrepreneur si la réparation est de qualité médiocre. Ce qu'il faut c que l'entrepreneur ait effectué la prestation qu'on lui a demandé. Ex : **Cass. civ. 1^{ère} 30 novembre 2004** : il était reproché à un garagiste de ne pas avoir réparé correctement un véhicule. La cour approuve pourtant la CA d'avoir écarté la responsabilité au motif que le proprio du véhicule, le maître, avait limité la mission du garagiste à une remise en état à un moindre coût et à l'aide de pièces détachée qu'il lui avait lui-même fournies.

§ 2- Les obligations secondaires de l'entrepreneur :

A- L'obligation de conseil de l'entrepreneur :

Dans certains contrats d'entreprise c'est l'obligation principale du contrat. Ces contrats sont de plus en plus répandus. En dehors de ces contrats l'entrepreneur semble également toujours tenu à un conseil. C'est une obligation contractuelle dégagée par la jurisprudence et qui trouve son terrain d'élection dans le contrat d'entreprise parce que ce contrat repose sur un travail spécifique. C'est pourquoi les médecins, les architectes ont une obligation de conseil parfois très lourde.

Par ailleurs par souci de protection du créancier la jurisprudence a renversé la charge de la preuve de l'exécution de cette obligation. Ce n'est pas au maître de l'ouvrage qui prétend ne pas avoir été informé d'en rapporter la preuve. C'est à l'entrepreneur de se préconstituer la preuve de l'exécution de son obligation d'information : **Cass. civ. 1^{ère} 25 mars 1997**.

Reste ensuite à identifier le contenu de cette obligation d'information. Tout dépend de l'obligation principale. La jurisprudence se montre cependant très stricte envers les professionnels > illustration importante dans le contrat médical : le médecin est tenu d'informer son patient des risques même exceptionnels engendrés par l'exécution de sa prestation. Autre exemple : l'obligation d'information des professionnels du droit. **Cass. civ. 1^{ère} 1 mars 2006** : la Cour de Cassation retient la responsabilité d'un notaire et d'un agent immobilier pour ne pas avoir averti leurs clients sur les possibilités d'évolution d'une solution jurisprudentielle.

B- L'obligation de sécurité :

L'entrepreneur plus encore que le vendeur se trouve soumis à la responsabilité du fait des produits défectueux. Bien souvent c'est vers lui que devra être dirigée cette action en responsabilité dans la mesure où contrairement au vendeur l'entrepreneur n'est pas un simple fournisseur.

A côté de cela il supporte cependant une véritable obligation de sécurité. Il est en effet tenu d'assurer la sécurité des clients qu'il reçoit dans ses locaux ou qu'il transporte ainsi que celle des clients qui participent à sa prestation. C'est à l'occasion qu'un contrat de transport qu'on a découvert ça. Cela constitue parfois une obligation de moyen parfois de résultat. La jurisprudence est très trouble. Il apparaît notamment des contradictions lors de prestations à caractère sportif : **arrêts sur le parapente biplace ou monoplace**. Là encore il semble impossible de systématiser. Tout dépend de l'intervention du maître de l'ouvrage. Si ce dernier ne joue qu'un rôle passif (parapente biplace) l'obligation de sécurité de l'entrepreneur est généralement de résultat. Si rôle actif (parapente monoplace) > obligation de moyen. On peut même se demander si ce n'est pas une application de l'acceptation des risques.

Chapitre 2 : Les effets translatifs du contrat d'entreprise

Le contrat d'entreprise paraît susceptible d'emporter un double effet translatif. L'un est certain et très réglementé > le transfert des risques. L'autre est très controversé > question du transfert de propriété.

Section 1 : La question du transfert de propriété :

C'est une question très discutée. Les enjeux sont très importants parce qu'ils touchent par exemple la nature de la responsabilité des contractants en cas de chaîne de contrats et l'éventualité d'une action en revendication de l'entrepreneur qui aurait pu organiser un transfert différé de propriété.

On peut distinguer entre deux types de contrats : l'entreprise mobilière et l'entreprise immobilière.

§1- Le transfert de propriété dans le contrat d'entreprise mobilier :

Durant longtemps on a considéré que le contrat d'entreprise portant sur la réalisation d'un bien meuble n'opérait pas à proprement parler de transfert de propriété. La raison était que l'entrepreneur travaillait en principe sur une chose remise par le maître qui était donc déjà la propriété de celui-ci. Lorsque l'entrepreneur fournissait la matière celle-ci venait s'incorporer au bien meuble du maître. Donc il n'y avait pas transfert de propriété mais acquisition par le maître par incorporation. En s'incorporant dans le bien meuble la matière était transformée. Donc l'incorporation faisait obstacle au transfert de tous les accessoires de cette matière première.

Cette analyse ne pouvait être maintenue en raison de l'évolution du contrat d'entreprise. Elle ne parvient pas à expliquer les contrats dans lesquels l'entrepreneur réalise avec sa propre matière un bien meuble qui ne s'incorpore nullement à un autre bien du maître.

Pour tous ces contrats une doctrine contemporaine est encline à reconnaître un effet translatif de propriété au contrat d'entreprise.

Conséquences importantes en matière d'action en revendication et de sous-traitance. La jurisprudence, depuis peu, corrobore cette approche. Ainsi, en matière de procédure collective la chambre commerciale de la cour a

reconnu dans un **arrêt du 7 mars 1998** l'efficacité d'une action en revendication exercée par un entrepreneur bénéficiant d'une clause de réserve de propriété. La cour reconnaît que l'on peut interférer sur un transfert de propriété et que donc il y a bien transfert de propriété. Limites de cette jurisprudence > **Cass. 1999** : l'action en revendication est permise si le bien peut être retrouvé en nature en tant que tel.

§2- Le contrat d'entreprise immobilier :

En matière de contrat d'entreprise portant sur un immeuble la jurisprudence retient de façon traditionnelle que le maître acquière la propriété des matériaux au fur et à mesure de l'exécution du contrat par l'effet de l'accession. Cette solution a été clairement posée par un **arrêt Cass. civ. 3^{ème} 23 avril 1974** : le créancier d'un entrepreneur cherchait à faire reconnaître que la construction dont ce dernier était chargé était restée sa propriété et non devenue celle du maître de l'ouvrage. La Cour rejette fermement son pourvoi en retenant que l'immeuble en construction sur le terrain d'autrui auquel il s'incorpore et qui est édifié dans l'exécution d'un contrat de louage d'ouvrage n'est pas la propriété de l'entrepreneur même avant la réception des travaux. L'acquisition se fait petit à petit.

Cette solution au niveau technique conduit à une dissociation des risques et de la propriété. L'article 1788cc prévoit que c'est l'entrepreneur qui supporte le risque de perte de la chose jusqu'à la réception de l'ouvrage. Si la chose périt c'est lui qui en supporte les risques ; si il est en liquidation il n'est plus propriétaire de la chose. Il supporte donc les risques sans être propriétaire > situation défavorable.

Ensuite tant que la construction n'est pas finie l'entrepreneur n'est pas payé. Donc économiquement la solution pose l'entrepreneur dans une situation très délicate. C'est pourquoi les praticiens ont tenté d'utiliser ici le droit de propriété à titre de garantie. Ainsi se trouve souvent stipulée une clause de renonciation à l'accession. Solution très dangereuse pour les tiers parce que toutes les apparences montrent que le maître de l'ouvrage est propriétaire > risque d'insécurité juridique pour les tiers et de fraude. Or cette clause ne fait pas partie des éléments qui doivent être publiés à la publication foncière. Donc la question se posait de la validité de cette clause. **Cass. 3^{ème} civ. 29 mars 2006** : un contrat de construction n'est pas payé. Le maître de l'ouvrage est mis en liquidation judiciaire et le liquidateur veut faire vendre l'immeuble. L'entrepreneur se prévaut d'une clause de renonciation à l'accession. La CA donne droit au liquidateur en considérant que la clause ne lui était pas opposable. La cour casse. Soit, *a maxima*, elle a reconnu l'opposabilité à tous les tiers de la clause ; soit *a minima* elle a considéré que le liquidateur n'était pas un tiers au sens de la publicité foncière et que donc la clause lui était opposable. On ne sait pas trop qu'elle interprétation donner mais pour la prof c'est plutôt la deuxième.

Section 2 : La spécificité du transfert de risques :

§1- Les risques de la chose :

La charge de la perte de la chose est réglée différemment selon que la matière a été fournie par l'entrepreneur ou par le maître.

L'article 1788 civ. d'une part vise le contrat d'entreprise pour lequel la matière a été fournie par l'entrepreneur. Il dispose que : « dans le cas où l'ouvrier fournit la matière si la chose vient à périr de quelque manière que ce soit avant d'être livrée la perte en est pour l'ouvrier ». La jurisprudence retient que l'entrepreneur supporte le risque de perte de la chose jusqu'à la réception de l'ouvrage par le maître. La chose est la propriété du maître dès avant la réception. Les risques sont supportés par l'entrepreneur. En cas de perte de la chose il permet au maître de l'ouvrage d'exiger que l'entrepreneur la refasse à l'identique et sans supplément de prix. Le maître peut aussi choisir la résiliation du contrat. Le code civil ne prévoit qu'une seule nuance. Il retient que les risques passent au maître lorsque celui avait été mis en demeure de recevoir la chose.

L'article 1789 du code d'autre part vise le cas où la matière est fournie par le maître. Il dispose que : « Dans où l'ouvrier fourni uniquement son travail si la chose vient à périr l'ouvrier n'est tenu que de sa faute. » Le texte n'évoque pas les risques de perte de la chose mais uniquement la responsabilité. Pourtant la jurisprudence l'interprète différemment. Elle retient que jusqu'à la réception de la chose l'entrepreneur est présumé fautif de sa disparition. Ainsi sauf à prouver son absence de faute l'entrepreneur supporte encore les risques de perte

jusqu'à sa réception. Cette solution oblige simplement l'entrepreneur à dédommager le maître pour la matière ainsi perdue.

§2- Les risques du contrat :

L'article 1790 civ. précise le régime de la rémunération de l'entrepreneur en cas de perte de la chose. Si la chose vient à périr quoique sans aucune faute de la perte de l'ouvrier, avant que l'ouvrage ait été reçu, l'ouvrier n'a point de salaire à réclamer. C'est la rançon de l'indépendance de l'entrepreneur. Ça s'explique aussi par le fait que dans le louage d'ouvrage ce qui est rémunéré c'est le résultat du travail. La jurisprudence précise de plus que l'état d'avancement de l'ouvrage est indifférent.

Chapitre 3- L'exécution en sous-traitance du contrat d'entreprise :

Sauf à être marqué d'un très fort intuitu personae, le contrat d'entreprise peut être exécuté par un tiers. Cela passe par la conclusion d'un sous contrat d'entreprise qui crée alors une chaîne de contrat appelée sous-traitance. Elle se qualifie exclusivement par une chaîne de contrat d'entreprise juridiquement parlant. En pratique les professionnels recourent parfois à une sous-traitance industrielle et cette qualification correspond alors aune chaîne de contrat d'entreprise et de contrat de vente. Stricto sensu la sous-traitance est réglementée par la loi du 31 décembre 75 qui précise dans son article 1 que la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité et sous sa responsabilité à une autre personne appelée sous-traitant toute ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise conclu avec le maître de l'ouvrage.

Section 1 : Le régime de la sous-traitance :

La loi de 75 a été promulguée dans un contexte particulièrement difficile pour les professionnels de la construction. Cette loi tend précisément à limiter les faillites en chaîne. Lorsque l'entrepreneur principal tombe en faillite, il faut mettre en œuvre des mesures pour que le sous-traitant ne fasse pas de même. C'est pourquoi les mesures principales de la loi portent sur les garanties de paiement offertes au sous-traitant. Ces garanties sont soumises à des procédures qui les rendent quasi inefficaces.

§1- Les garanties de paiement du sous-traitant :

2 types de garantie :

- certaines octroyée par l'entrepreneur au contractant du sous-traitant
- d'autres sont prévues par la loi et permettent au sous-traitant de se retourner directement contre le maître.

A- Les garanties dues par l'entrepreneur :

La protection du sous-traitant a été organisée par 2 types de mesures :

- Au terme de l'article 14 de la loi de 75, l'entrepreneur principal est tenu de garantir le paiement des sommes qu'il doit au sous-traitant par un cautionnement solidaire accordé par un établissement de crédit. L'entrepreneur doit accorder une caution.
- La loi prévoit cependant que l'entrepreneur peut substituer à cette garantie une délégation du maître de l'ouvrage. Concrètement par la technique de la délégation, l'entrepreneur demande au maître de payer le sous-traitant.

Ces deux garanties sont adaptées mais leurs sanctions les rendent inefficaces. En effet l'obligation de garantie due par l'entrepreneur n'est sanctionnée que par la nullité relative du sous-traité. Cela signifie qu'en défaut de garantie seul le sous-traitant peut demander le prononcé de la nullité de son contrat sous 5 ans. Dans la mesure où le sous-traitant travaille grâce à ce contrat cette sanction n'est jamais utilisée.

B- Les garanties de paiement dues par le maître :

Le maître n'est pas le co-contractant du sous-traitant. Mais pour prévenir le risque d'insolvabilité de l'entrepreneur la loi de 1975 a exceptionnellement prévu un lien direct entre les 2.

Quand la maître est une personne publique le sous-traitant bénéficie d'une procédure de paiement direct > il peut exiger au fur et à mesure de la réalisation du marché d'être payé directement par le maître de l'ouvrage.

Quand c'est une personne privée c'est différent. Le sous-traitant bénéficie d'une action directe en paiement contre le maître. Plusieurs conditions : Le sous-traitant doit mettre en demeure l'entrepreneur de payer. Ce n'est que passé un mois après cette mise en demeure qu'il peut se retourner contre le maître. Le maître n'est cependant alors tenu de payer le sous-traitant que dans la limite des sommes qu'il doit encore à l'entrepreneur. Donc ici tout repose sur la vigilance du sous-traitant et sur l'ordonnement des paiements prévus par les parties.

De plus la jurisprudence a subordonné la mise en œuvre à une 3^{ème} condition qui consiste dans l'agrément par le maître du sous-traitant.

§2- L'agrément du sous-traitant :

Prévu par la loi de 75 (art 3) : l'entrepreneur doit soumettre le sous traitant et ses conditions de paiement respectivement à l'agrément et à l'acceptation du maître. L'idée en fait c'était de limiter la sous-traitance occulte en informant le maître. C'est plus une mesure d'information que d'acceptation.

Le problème réside dans la sanction. La jurisprudence en a rajouté une autre. La loi prévoit que le défaut de présentation à l'agrément constitue un manquement contractuel de l'entrepreneur. Le maître peut ainsi se retourner en responsabilité contre l'entrepreneur qui aurait recours à un sous-traitant sans le lui avoir préalablement présenté. De même le sous-traitant peut-il invoquer la responsabilité contractuelle de l'entrepreneur qui ne l'aurait pas présenté à l'agrément. Mais il va rarement le faire.

La jurisprudence a ajouté à ces sanctions la déchéance du droit pour le sous-traitant de mettre en œuvre l'action directe. Ainsi le défaut d'agrément prive le sous-traitant de toute action directe contre le maître. L'argument mis en avant c'est qu'on ne peut pas imposer au maître de l'ouvrage de payer quelqu'un qu'il ne connaissait pas. Mais c'est léger par rapport aux inconvénients que ça engendre.

Cette solution étant très sévère, le législateur est intervenu en 1986 pour apporter une nuance : article 14-1 de la loi de 1975. Le maître de l'ouvrage est déchu du droit d'opposer au sous-traitant son défaut d'agrément lorsqu'il apparaît qu'il avait connaissance de la présence du sous-traitant sur le chantier et qu'il s'est abstenu de mettre en demeure l'entrepreneur principal de le lui présenter. C'est pour éviter la mauvaise foi du maître de l'ouvrage.

Le problème c'est que ce texte est difficile d'application dans la mesure où le législateur l'a restreint aux seuls contrats portant sur la réalisation de bâtiments > qu'est ce qu'un bâtiment ? : Question qui pose problème. De plus c'est encore au sous-traitant de rapporter la preuve de la connaissance par le maître de sa présence sur le chantier.

Section 2 : La responsabilité du sous-traitant :

La question s'est posée de savoir quelle était la nature de la responsabilité du sous-traitant à l'égard du maître. Soit le maître peut se retourner en engageant la responsabilité contractuelle du sous-traitant. Dans ce cas il n'a pas à prouver la faute le simple manquement à l'obligation contractuelle suffit. En revanche le maître est tenu par les clauses limitatives de garantie et de responsabilité qui auraient été stipulées par le sous-traitant.

Soit le maître peut engager la responsabilité délictuelle. Dans ce cas tout dépend de la clause de responsabilité engagée. Si le maître met en œuvre la responsabilité des produits défectueux ou des choses, il se trouve dans une situation plutôt favorable. S'il ne peut mettre en œuvre que la responsabilité du fait personnel il faudra qu'il prouve la faute du sous-traitant. L'Assemblée Plénière a rendu **l'arrêt Besse du 12 juillet 1991** : responsabilité que délictuelle.

Solution constante depuis. Elle est parfois délicate à articuler avec celle opposée retenue dans les chaînes de contrats de vente mais aussi dans les chaînes hétérogènes de contrats liant un contrat d'entreprise et une vente. **Cf. : Cass. 28 novembre 2001 et 12 décembre 2001** : solutions opposées.

Dans les deux cas il s'agissait de savoir qu'elle était la nature de la responsabilité du fournisseur du sous-traitant à l'égard du maître de l'ouvrage. **L'arrêt du 28 novembre 2001** retient la responsabilité délictuelle du fournisseur du sous-traitant. **L'arrêt du 12 décembre 2001** retient la solution inverse.

Chapitre 4- L'extinction du contrat d'entreprise :

Le contrat d'entreprise répond de façon générale au droit commun. Il connaît deux causes d'extinctions particulières organisées par la loi :

- le décès de l'entrepreneur
- droit offert à certains maîtres de résilier unilatéralement et à tout moment le contrat d'entreprise.

Section 1 : Le décès :

C'est prévu par l'article 1795 civ. qui dispose que le contrat de louage d'ouvrage est dissout par la mort de l'ouvrier.

Le contrat reposant sur les compétences de l'entrepreneur s'il disparaît le contrat est résilié.

Les suites de ce décès sont prévues par l'art 1796 qui précise que la maître est alors tenu de payer aux héritiers de l'entrepreneur la valeur des ouvrages faits et celle des matériaux préparés lorsque ces travaux peuvent lui être utiles.

Section 2- La résiliation unilatérale du contrat d'entreprise :

Les codificateurs ont prévu à l'art 1794 un droit exceptionnel pour certains maîtres. Le maître peut résilier par sa simple volonté le marché à forfait quoique l'ouvrage soit déjà commencé en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans l'entreprise. Ce texte permet à certains maîtres de se libérer de la force obligatoire du contrat.

Ce texte est réservé uniquement aux contrats conclus à forfait. La jurisprudence fait une interprétation stricte de ce domaine. Cependant celui-ci est critiqué par une partie de la doctrine. En effet l'article semble s'expliquer par l'objet particulier du contrat d'entreprise. L'idée était déjà avancée par Potier. Elle procède de ce que il convient de laisser la possibilité au maître de sortir du contrat lorsque l'ouvrage commandé ne lui est plus utile. Cette justification ne permet dès lors pas de comprendre pourquoi ce droit est restreint aux contrats conclus à forfait. Au contraire, ainsi que l'avance Huet il semble que le maître a encore plus besoin de cette protection quand le contrat est conclu sur série de prix.

Conformément à ce qui est prévu à l'article 1794, l'entrepreneur ne doit subir aucun préjudice consécutif à cette résiliation. Il doit être dédommagé de ses dépenses, payé pour ses travaux et doit obtenir paiement de tout ce qu'il aurait gagné ???

TROISIEME PARTIE : LE CONTRAT DE MANDAT

Articles 1984 à 2010 CC.

Convention par laquelle une personne, le *mandant* donne pouvoir à une autre, le *mandataire* de conclure en son nom et pour son compte un ou plusieurs actes juridiques.

Principale particularité : ne met pas en relation a strictement parler que les deux parties au contrat, entre en considération un tiers celui qui est le destinataire de l'acte qui sera passé par le mandataire. C'est donc un tiers particulier, il est parfois qualifié de *tiers contractant* (pas exact juridiquement mais permet de distinguer avec autres tiers.

Cela marque le régime du contrat de mandat tel qu'il est conçu à l'heure actuelle. Cependant, cette conception contemporaine du mandat n'est pas celle qu'avait retenu les codificateurs, en 1804, le mandat ne reposait pas sur cette idée de représentation il était destiné à encadrer des contrats à titre gratuit de services => il y a eut une évolution des frontières du mandat.

Titre 1 : la notion et la formation du mandat

Chapitre1 : La qualification du mandat

Tel que défini à l'article 1984 CC, le contrat de mandat répond à une qualification très imprécise. « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom »

La JP est venu préciser cette qualification.

Le mandat à l'heure actuelle se caractérise au travers de 2 séries d'éléments.

Il porte sur un pouvoir donné au mandataire volontairement et sans subordination et ensuite sur un pouvoir d'accomplir un acte juridique pour le compte du mandant.

Section 1 : Un pouvoir donné volontairement et sans subordination :

Permet de le distinguer de 2 autres opérations juridiques :

Volonté du mandant exprimée par son consentement permet de distinguer le mandat de la gestion d'affaire (quasi-contrat). Le mandat à la différence de la gestion d'affaire constitue véritablement un contrat. Cependant, assez proches dans la mesure où le mandataire vient également gérer les affaires du mandant. Cependant, le contrat permet au mandant de préciser exactement le contour de pouvoirs donnés au mandataire.

Le pouvoir donné par le mandant au mandataire se caractérise par une absence de subordination de ce dernier, et cela se distingue du contrat de travail. Par contre distinction avec contrat d'entreprise plus délicate. Enjeu de la différence avec le contrat de travail : le mandataire ne bénéficie pas de la réglementation protectrice des salariés.

Section 2 : un pouvoir d'accomplir un acte juridique pour le compte du mandant :

Article 1984 CC ne vise que le pouvoir de faire quelque chose (formule issue du droit romain).

La JP exige à présent pour que le contrat soit qualifié de mandat que celui-ci porte sur l'accomplissement d'un acte juridique. Cet accomplissement d'un acte juridique => une représentation qui est susceptible de degré.

§1 : L'accomplissement d'un acte juridique :

Le mandataire et c'est ce qui le distingue de l'entrepreneur a pour mission d'accomplir un acte juridique et non pas matériel. Ces actes juridiques peuvent cependant être très variés : contrat, paiement, action en justice,...

Le mandat ne porte pas forcément sur un seul acte juridique : 1° ch civ, 19 février 1968 dans lequel la cour de cassation retient que le contrat dans lequel une personne avait donné pouvoir à une autre de confier la construction de sa maison à l'entrepreneur de son choix constituait un contrat portant non pas sur des actes matériels mais bien sur des actes juridiques. A l'inverse de ce qui se passe dans le contrat d'entreprise, la présence de certains actes matériels entourant l'acte juridique prévu ne conduit pas nécessairement à la requalification du contrat dès lors toutefois que ces actes sont nécessaires à l'accomplissement par le mandataire de sa mission juridique. La conclusion d'un acte juridique engendrant nécessairement certains actes matériels.

C Cass 13 mai 2003 : Contrat de courtage, certaines distinctions sont délicates. En principe le travail du courtier consiste à mettre en relation 2 personnes ne vue de les amener à contracter => le courtier n'a pas le pouvoir de conclure des actes juridiques au nom des personnes = contrat d'entreprise. Cette solution traditionnelle est écartée dans cet arrêt s'agissant en l'espèce d'un contrat de courtage en vin, la cour de cassation se fonde sur les usages locaux pour considérer que le courtier avait agi en qualité de l'une et l'autre des parties qu'il devait mettre en relation.

Le courtier est un double mandataire à la fois de l'acheteur en vin et du producteur récoltant => il peut conclure seul le contrat de vente, sa simple signature entraîne engagement des deux contractants.

§2 : La notion de représentation :

A. Représentation parfaite et imparfaite :

Le mandat emporte par principe représentation parfaite, cette solution est retenue par la jurisprudence qui se fonde pour cela sur les termes de l'article 1984 CC qui édicte que le mandataire est tenu d'accomplir un acte pour le mandant et en son nom.

=> le mandataire devient transparent, à travers lui c'est le mandant qui s'exprime. Cette représentation parfaite n'existe que si l'identité du mandant représenté est connu du tiers contractant à défaut on doit considérer que la représentation est imparfaite.

La représentation imparfaite vise les cas où le représentant agit pour le compte du représenté mais en son nom. Le mandataire est un mandataire occulte qui ne révèle pas sa qualité au tiers contractant (illustration : convention de prête-nom). Le mandataire agit comme s'il agissait en son nom. = par rapport au tiers seul le prête-nom est engagé.

Hypothèse inversée dans la théorie de l'apparence.

B. le mandat apparent :

Application dans d'autre domaine mais importante dans le cadre du mandat.

Issue d'une décision de l'ass plénière, 13 décembre 1062 : le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier l'étendue exacte de ce pouvoir. Il s'agissait du président d'une banque qui avait cautionné une dette au nom de la banque alors qu'il n'en avait pas le pouvoir, cependant la cour retient que la banque est engagée.

La cour de cass pose clairement 2 conditions :

La personne que l'on va reconnaître comme mandataire doit s'être comportée comme si elle avait cette qualité devant le tiers concerner.

Le tiers doit être de bonne foi : il faut que le tiers ait eu croyance légitime quant aux pouvoirs du mandataire ce qui implique des circonstances l'autorisant à ne pas vérifier la limite exacte du pouvoir de la personne.

Chapitre 2 : La formation du mandat :

Scetion 1 : Les conditions de fond :

Application art 1108 CC.

Cependant, particularité dans 2 des 4 conditions.

§1 : La capacité des parties :

Elle est particulière s'agissant aussi bien des capacités du mandant que du mandataire. La capacité du mandant doit s'apprécier non seulement à l'aune du contrat de mandat mais également par rapport à l'acte pour la conclusion duquel le mandat est donné. Il faut avoir la capacité pour conclure le mandat mais également avoir la capacité pour être partie à l'acte qui sera conclu avec le tiers. Tout dépend alors de la gravité de l'acte envisagé. Le mandant sera ensuite engagé à l'égard du tiers.

La capacité du mandataire est également particulière, elle est extrêmement large. Article 1990 CC : le mandataire peut être un incapable et en particulier un mineur non émancipé. Du au fait que le mandataire est en principe transparent.

§2 : L'objet du contrat :

Le mandat porte sur un acte à accomplir. Parfois il donne lieu à un prix.

A. L'acte à accomplir :

Il doit être licite, la particularité étant que dans le mandat la licéité s'examine également au regard du caractère légal ou non de l'acte envisagé avec le tiers. Le mandataire à l'interdiction de se porter contre-partie à l'acte qu'il a été chargé d'accomplir > il ne peut pas revêtir la double qualité de mandataire et de tiers contractant.

Article 1988 CC : distinction entre 2 types de mandat en fonction de leur objet. Mandat expresse et mandat en termes généraux. Le mandat conçu en termes généraux porte sur une série d'actes, le mandat expresse porte au contraire sur un acte en particulier. L'article 1988 CC impose que pour certains actes graves tels l'aliénation d'un bien ou l'hypothèque un mandat expresse.

B. Le prix :

Historiquement contrat à titre gratuit, peut aujourd'hui être conclu à titre onéreux mais perdure la règle ancienne selon laquelle la détermination du prix ne constitue pas une condition de validité de l'acte. Il peut donc y avoir détermination du prix différée et si les parties ne se mettent pas d'accord => détermination judiciaire.

Section 2 : Les conditions de forme :

En principe répond à la règle du consensualisme.

§1 : L'application du principe du consensualisme :

Article 1985 CC prévoit toutes les hypothèses : le mandat peut être donné par acte authentique, par acte sous seing privé mais aussi verbalement.

L'alinéa 2 envisage même l'hypothèse du mandat tacite.

§2 : Les exceptions au principe du consensualisme :

Une volonté de protection de certaines parties faibles : certains mandats spéciaux requièrent la rédaction d'un écrit, c'est le cas par exemple du mandat délivré à un agent immobilier.

Le principe du parallélisme des formes : conduit à considérer que lorsque l'acte par la conclusion duquel le pouvoir est donné requiert le respect de certaines formalités, le mandat d'accomplir cet acte doit suivre la même formalité. Ex si un mandant donne mandat de conclure un acte authentique le mandat doit lui-même être un acte authentique, ce parallélisme n'est requis que quand l'acte envisagé est soumis à un formalisme de validité pas si probatoire ou d'opposabilité aux tiers.

Titre 2 : Le régime du contrat de mandat :

Tout est marqué par le fait que le contrat est dirigé vers la conclusion d'un autre acte.

Chapitre 1 : Les rapports entre les parties :

Section 1 : Les obligation du mandataire :

§1 – L'exécution de sa mission

A. Les modalités de l'exécution de l'obligation

Question principale : le mandataire doit-il l'exécuter personnellement ? La relation de confiance à la base du mandat conduirait à retenir une réponse positive, et pourtant, le CC a envisagé largement le sous-mandat. Sauf intuitu personae avéré dans le contrat, il est possible pour le mandataire de se faire remplacer par un mandataire substitué. Le régime de cette substitution de mandat est organisé à l'article 1994 CC. Cet article pose que le mandataire initial répond des fautes de celui qu'il s'est substitué sans en avoir été autorisé par le mandant.

Deux situations semblent devoir être distinguées :

* D'une part, le mandant n'a pas autorisé de substitution, le sous-mandat est alors possible (sauf intuitus personae) et le mandataire initial répond des fautes du sous-mandataire

* Le mandant a autorisé la substitution, et la situation du mandataire ne répond plus des fautes du sous-mandataire (il doit néanmoins répondre des fautes dans le choix du mandataire). La situation du mandataire est alors beaucoup plus favorable que celle d'un entrepreneur principal en cas de sous-traitance (même si le sous-traitant a été agréé, l'entrepreneur principal est encore responsable).

Parfois, jurisprudence tempère, en considérant que le mandataire a une obligation de surveillance. L'autorisation conduit également à une relation particulière en termes de responsabilité entre le sous-mandataire et le mandant : ainsi, l'art 1994 al 2 CC pose que le sous-mandataire est responsable envers le mandant ; cette responsabilité va assez loin : 1994CC pose une action directe au bénéfice du mandant contre le sous-mandataire (existe pas entre maître de l'ouvrage et le sous-traitant). Cette action directe a été bilatéralisée par la jurisprudence. Autrement dit, le sous-mandataire dispose également d'une action direct en responsabilité contre le mandant.

B. Le contenu de l'obligation

Le mandataire doit exécuter sa mission en respectant scrupuleusement les directives posées par le mandant. A défaut, il engage sa responsabilité contractuelle à l'égard du mandant. La responsabilité du mandataire repose sur la combinaison des art 1991 (« le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé et il répond des dommages et intérêts qui pourraient résulter de son inexécution » (obligation de résultat) et 1992CC (« le mandataire répond non seulement du dol mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. Néanmoins, la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit (obligation de moyen), qu'à celui qui reçoit un salaire »).

Une grande distinction : l'obligation n'a pas été exécutée ou a été mal exécutée. Dans le premier cas, sauf cas de force majeure, le mandataire est responsable. Dans le second cas, le mandataire n'engage sa responsabilité qu'à raison de sa faute.

Seconde distinction : mandat à titre gratuit et mandat à titre onéreux. Dans le premier cas, si l'obligation a été mal exécuté, la faute doit s'apprécier moins sévèrement. Qu'est-ce à dire ? Le mandataire n'est pas tenu de la bonne exécution par le tiers contractant de l'acte conclu. Il agit uniquement en amont. Sa responsabilité peut être engagé s'il a été négligent dans le choix de ce tiers cocontractant. Il faut choisir un tiers qui correspond aux directives posées par le mandant, et au minimum un tiers solvable. Tempérament au travers de la clause de du croire : clause par laquelle le mandataire accepte, en contrepartie d'une rémunération plus élevée, de garantir la correcte exécution du contrat pour la conclusion duquel il a servi d'intermédiaire. Cette

clause est assez répandu en pratique et parfois rendue impérative par le législateur : ex : contrat de promotion immobilière.

Le mandataire doit également rendre des comptes.

§2-L'obligation de rendre des comptes

Cette obligation est prévue à l'article 1993 CC, qui dispose que « le mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand bien même ce qu'il aurait reçu n'eu point été dû au mandant ». On peut distinguer ici deux grandes obligations : obligation pendant la mission (le mandataire doit informer le mandant du déroulement du projet et des différentes démarches entreprises ; à l'extinction du mandat, le mandataire est tenu de fournir au mandant un compte de gestion dans lequel il fait apparaître tout ce qu'il a reçu au titre du mandat (ainsi que tout ce qu'il a pu déboursé). Il est tenu ensuite d'une obligation de restituer tout ce qu'il a perçu. Le compte sera ensuite approuvé par le mandant, ce qui provoquera l'extinction du contrat.

Section 2 : Les obligations du mandant

Elles s'articulent autour de trois pôles.

§1-L'obligation pécuniaire

Elle n'existe, bien sûr, que dans le mandat à titre onéreux. La jurisprudence présume le caractère onéreux des mandats conclu avec des mandataires professionnels. Pour les autres, il faut une stipulation dans le contrat. Pour ce qui est de la quotité de cette obligation pécuniaire, le régime est très proche de celui du contrat d'entreprise (il peut y avoir une détermination différée, et même lorsque la détermination est faite ab initio, la jurisprudence s'est octroyée le pouvoir de réviser le prix).

§2- Le remboursement des frais et acomptes

Au terme de l'art 1999 CC, le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a fait pour l'exécution du mandat. Cette obligation se situe au moment de l'extinction du contrat. Elle a pour objet tout les frais engendrés par l'exécution de sa mission par le mandataire, ainsi que les intérêts légaux de ces frais. Cette règle est cependant supplétive de volonté : dans la majorité des mandats, à l'heure actuelle, les frais sont intégrés dans la rémunération globale due au mandataire.

§3-L'indemnisation des pertes

Prévu à l'art 2000 CC, qui retient que le mandant doit indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyé à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable ». Cette obligation a pour objet toutes les pertes financières et commerciales subies par le mandataire qui ne sont pas dues à sa faute. Cette solution est supplétive de volonté. Peut prévoir que pertes à la charge du mandataire. La Cour de cassation vérifie toutefois si ces clauses de transfert des risques des pertes ont véritablement pour objet pour objet les risques engendrés par l'exécution de la mission du mandataire. Arrêt 26/10/99 com : cet arrêt retient que les pertes qui auraient pour origine un élément de l'exploitation de l'entreprise dont la maîtrise a été conservé en fait par le mandant, ne peuvent être conventionnellement mis à la charge du mandataire. Le mandat crée aussi des relations à l'égard des tiers.

Chapitre 2 : Les rapports envers les tiers

On prend en considération le tiers destinataire de l'acte objet de la mission du mandataire. Le mandat va créer des relations avec ce tiers. C'est une relation triangulaire qui va prendre place. Entre le mandataire et le tiers et, d'autre part, entre le mandant et le tiers.

Section I : Les rapports entre le mandataire et le tiers

En principe, le mandataire est transparent. Il est extérieur à l'acte conclu avec le tiers. Deux tempéraments :

- cas où la représentation n'est pas parfaite. Dans cette hypothèse, bien que lié par un contrat de mandat avec le mandant, le mandataire agit en son propre nom à l'égard du tiers. Il est personnellement tenu envers le tiers.
- cas dans lequel le mandataire a commis une faute personnelle à l'égard du tiers : responsabilité délictuelle.

Un courant prétorien semble également reconnaître au mandataire professionnel un devoir général de conseil à l'égard du tiers (1^{ère} ch civ 18/4/89). Dudu a une toute petite bite !

Section II : Les relations entre le mandant et le tiers

Art 1998 CC : « le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractuels passés par le mandataire conformément au pouvoir qui lui a été donné. Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà qu'autant qu'il a l'a ratifié expressément ou tacitement ». Il faut distinguer les actes accomplis conformément au pouvoir et les actes de dépassement de pouvoir.

§1-Les actes accomplis conformément au pouvoir

Le mandant est directement et personnellement engagé envers le tiers contractant. Le mandataire devient transparent, tout se passe comme si le mandant avait agi lui-même (notamment, il peut se prévaloir du vice du consentement du mandataire). Une seule exception qui permettra au mandant de se dégager de sa relation avec le tiers : la collusion frauduleuse entre le mandataire et le tiers (fraus omnia corrumpit).

§2-Les actes de dépassement de pouvoirs

Le mandant n'est pas engagé envers les tiers, dès lors que l'acte conclu avec ce dernier ne faisait pas partie des éléments pour lesquels le pouvoir avait été donné au mandataire. Cette solution connaît deux tempéraments : application de la théorie de l'apparence (cf supra) et l'hypothèse d'une ratification de l'acte par le mandant (expresse ou tacite).

Chapitre 3 : L'extinction du contrat

Elle connaît deux particularités : se trouve consacré un droit de rupture unilatérale au profit de l'une et de l'autre des parties. En outre, parfois, le mandat va s'éteindre involontairement : décès.

Section 1 : La rupture unilatérale du mandat

Le mandat est basé sur une relation de confiance. Il est donc fait exception à la force obligatoire des contrats. Si c'est le mandant qui rompt, on parle de révocation du mandataire ; si c'est le mandataire qui rompt, on parle de renonciation.

§1 – La révocation du mandataire par le mandant

Que le contrat soit à durée déterminée ou indéterminée, à tout moment, le mandant peut révoquer le mandataire (art 2004 CC). C'est une faculté qui est d'ordre public. Par conséquent, si le mandat est stipulé irrévocable, le mandant peut encore révoquer le mandataire (le mandataire va néanmoins avoir droit à des indemnités). Le mandant n'a pas à présenter de motifs. Cette disposition n'est pas impérative. Mais, il n'y aura pas de contrôle des motifs par le juge. Révocation ad nutum.

La révocation ne donne pas, en principe, lieu à indemnisation. Mais trois exceptions :

- abus de droit (révocation injurieuse ou brutale)
- lorsque le mandat est stipulé irrévocable
- cas du mandat d'intérêt commun : ici, le mandataire a un intérêt particulier à préserver le contrat, et on ne peut donc lui imposer sa rupture sans le dédommager. L'intérêt commun implique un contrat de mandat

à titre onéreux. En outre, la Cour subordonne la qualification à l'existence d'une collaboration du mandataire au développement de l'entreprise du mandant.

§2 – La renonciation à sa mission par le mandataire

Elle est prévue par l'art 2007 CC. Son exercice est systématiquement accompagné d'une indemnisation du mandant.

Section 2 : L'extinction involontaire du mandat

En principe, le mandat s'éteint par le décès du mandataire, tout comme par le décès du mandant. L'art 2010 envisage le décès du mandataire et prévoit alors que les héritiers du mandataire ne peuvent être tenus d'accomplir la mission à leur auteur. En revanche, il leur incombe de rendre les comptes du mandat. Lorsque c'est le mandant qui décède, certains aménagements sont prévus. Tout d'abord, le mandataire est tenu d'achever sa mission, dès lors qu'il y a, selon l'art 1991, « péril en la demeure » ??? L'art 2008 précise ensuite que tous les actes passés par le mandataire alors qu'il ignorait le décès du mandant restent valables. Finalement, la jurisprudence pose que l'extinction du mandat est une règle supplétive de volonté.

PARTIE 4 : LE CONTRAT DE PRET

Ce contrat est d'une nature toute autre. Il repose sur une mise à disposition et se définit comme la convention par laquelle une personne, le *prêteur*, remet une chose à une autre, l'*emprunteur*, afin que ce dernier s'en serve et la lui restitue en nature (in specie) ou par équivalent (in genere).

Ce contrat avait toujours été considéré comme un contrat réel. Il ne se forme pas par l'échange des consentements mais par la remise de la chose du prêteur à l'emprunteur. Mais cette nature est controversée depuis peu par un arrêt de la 1^{ère} civ du 28 mars 2000 – la cour a retenu que le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel. La banque est engagée par le seul échange de consentements alors que quand le contrat est réel c'est quand la chose est remise. Toute la question est de savoir si cette solution va s'étendre aux autres variantes du contrat de prêt. Le contrat de prêt est loin d'être uniforme. Il en existe deux types : l'article 1874 CC distingue selon que l'utilisation de la chose par l'emprunteur en consomme ou non la substance. Si la chose est consommée par le prêt on parle de *prêt à la consommation*. Sinon c'est un *prêt à usage*.

Chapitre 1- Le prêt à usage ou commodat :

C'est le contrat par lequel une personne, le prêteur remet à titre gratuit à une autre, l'emprunteur une chose non consommable à charge pour ce dernier de la lui restituer en nature après s'en être servi.

Section 1 : La nature du prêt à usage :

Il repose sur une chose non consommable. Il peut reposer en revanche sur n'importe quelle chose : les biens meubles corporels et incorporels, les immeubles.

Il faut par contre que ce soit une chose. Le contrat de prêt de main-d'œuvre porte sur des personnes et n'est donc pas un contrat de prêt.

La chose est nécessairement remise pour que l'emprunteur s'en serve. C'est ce qui permet de distinguer le prêt à usage du dépôt.

Le prêt à usage est ensuite un contrat non translatif de propriété ce qui le distingue de la vente et empêche l'emprunteur de disposer de la chose.

C'est forcément un contrat à titre gratuit car sinon ça devient un bail. Cela ne veut pas forcément dire qu'il n'est pas intéressé : il peut y avoir un intérêt. C'est le cas par exemple le cas de l'essai commercial.

Il reste un contrat réel pour l'instant ce qui a des conséquences sur la promesse de prêt à usage. La promesse de prêt à usage ne peut pas donner lieu à exécution forcée.

Section 2- Le régime du prêt à usage (= PU)

Le PU se lit surtout au regard des droits et des obligations de l'emprunteur.

§1- Les droits de l'emprunteur :

Durant le cours du prêt l'emprunteur au terme de l'article 1880 du code dispose nécessairement du droit de se servir de la chose. Ce droit se trouve cependant borné par la nature de la chose ou par la convention.

L'emprunteur a le droit d'utiliser la chose mais ne peut le faire que conformément à sa destination normale.

La deuxième limite c'est que le prêteur peut limiter dans la convention les droits de l'emprunteur relatifs à l'usage de la chose.

L'emprunteur peut ensuite demander au prêteur le remboursement de certaines dépenses nécessaires à la conservation de la chose. C'est prévu par l'article 1890 du code qui cantonne cependant ce droit au remboursement à 3 conditions :

- la dépense doit avoir été nécessaire à la conservation de la chose > distinction avec les dépenses utiles
- une dépense extraordinaire
- une dépense urgente

A contrario tous les frais d'entretien et d'utilisation normale de la chose pèsent sur l'emprunteur sauf stipulation contraire.

§2- Les obligations de l'emprunteur :

L'emprunteur supporte tout d'abord pendant le cours du prêt une obligation de conserver la chose. Selon l'article 1880 il est tenu de veiller en bon père de famille à la garde et à la conservation de la chose prêtée. La cour voit dans ce texte une présomption de faute de l'emprunteur en cas de perte de la chose. L'emprunteur doit prouver que ce n'est pas sa faute.

C'est donc sur le prêteur que repose la charge de la perte de la chose par cas fortuit.

L'emprunteur supporte en fin de contrat une obligation de restituer la chose en nature. La chose n'a à être restituée que dans l'état où elle se trouve au terme du contrat.

Le contrat s'éteint conformément au droit commun. Il est prévu à l'article 1889 que le prêteur peut exiger avant terme la restitution de la chose à la condition qu'il survient pour lui un besoin pressant et imprévu de la chose. Il en supporte la charge de la preuve.

Chapitre 2- Le prêt à la consommation :

Article 1892 du code : le prêt à la conso (= PC) est le contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage à charge pour cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et de qualité.

Section 1- La nature du PC :

Il repose sur une consomptible et fongible c'est-à-dire que la chose se consomme et elle existe dans un certain nombre d'exemplaires (c'est une chose de genre).

Par ce que la chose se consomme le PC est translatif de propriété. Si l'emprunteur consomme la chose il faut qu'il ait l'abusus.

Ce prêt n'est pas forcément conclu à titre gratuit : l'article 1895 du code autorise la rémunération.

La nature du PC est sujette à discussion dans la mesure où c'est s'agissant de ce type de prêt que la cour a retenu le 28 mars 2000 l'application du consensualisme. L'arrêt est relatif à un PC accordé à un professionnel du

crédit. Pour les autres types de prêt à la conso la doctrine majoritaire considère que ce type de prêt a toujours une nature réelle. L'enjeu c'est la force de la promesse de prêt.

Section 2- Le régime du PC :

Son régime se rapproche de celui du PU.

Particularités :

L'emprunteur est tenu à restitution mais ne doit restituer alors qu'en équivalent. Il doit restituer non pas une chose dans laquelle elle se trouverait au moment de l'extinction du prêt, il doit restituer une chose équivalente à celle qui lui a été remise.

Cette restitution ne peut s'effectuer avant terme. Le prêteur ne dispose pas du droit de demander une restitution avant terme.

Quand le prêt a été conclu à titre onéreux l'emprunteur doit en plus de la restitution par équivalent la rémunération.