

Spécial
Droit

Cours et exercices

Droit des obligations

2^e
édition

Gaylor Rabu



SPÉCIAL DROIT

Droit des obligations

SPÉCIAL DROIT

dirigé par Philippe Ségur

Droit des obligations

2^e édition

Gaylor Rabu

Maître de conférences (HDR)

Université d'Aix-Marseille



Dans la collection Spécial droit

- Thierry Garé, Anaïs Raynaud, *Introduction à l'étude du droit*
- Michel Dupuis, *Les propriétés intellectuelles*
- Stéphane Caporal-Gréco, Pierre Esplugas-Labatut, Philippe Ségur, Sylvie Torcol, *Droit constitutionnel*, 2^e édition
- Thierry Garé, Anaïs Raynaud, *Droit des personnes et de la famille*, 2^e édition
- Michel Dupuis, *Droit commercial*.
- Agrès Étiennot, Pascal Étiennot, *Droit du travail*

ISBN 9782340-053632

©Ellipses Édition Marketing S.A., 2019

32, rue Bague 75740 Paris cedex 15



Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5.2^o et 3^oa), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective », et d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

www.editions-ellipses.fr

Abréviations

avt.-prop.	Avant-propos
BEH	Bulletin épidémiologique hebdomadaire
BJS	Bulletin Joly sociétés
BOI	Bulletin officiel des impôts
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
C. act. soc. et fam.	Code de l'action sociale et des familles
C. assur.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. cons.	Code de la consommation
C. cons. hab.	Code de la construction et de l'habitation
C. env.	Code de l'environnement
C. mon. et fin.	Code monétaire et financier
C. org. jud.	Code de l'organisation judiciaire
C. pén.	Code pénal
C. proc. civ.	Code de procédure civile
C. proc. civ. ex.	Code des procédures civiles d'exécution
C. proc. pén.	Code de procédure pénale
C. rur.	Code rural et de la pêche maritime
C. santé pub.	Code de la santé publique
C. séc. soc.	Code de la sécurité sociale
C. trav.	Code du travail
C. sport	Code du sport
CA	Cour d'appel
Cah. dr. sport	Cahiers de droit du sport
Cass. Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. ch. mixte	chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. civ.	chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 1 ^{re} civ.	première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 2 ^e civ.	deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 3 ^e civ.	troisième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. req.	chambre des requêtes de la Cour de cassation
Cass. soc.	chambre sociale de la Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CGI	Code général des impôts
chron.	chronique

CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
comm.	commentaire
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Contrats, conc., cons.	Contrats, concurrence, consommation
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme
comp.	à comparer avec
D.	Dalloz
D. aff.	Affaires Dalloz Affaires
DA	Dalloz actualité
DC	décision
Décr.	Décret
Defrénois	Répertoire du notariat
DH	Dalloz hebdomadaire
dir.	direction
DP	Dalloz périodique
Dr. & Pat.	Droit et patrimoine
Dr. fam.	Droit de la famille
Dr. pén.	Droit pénal
Dr. soc.	Droit social
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GAJC	Grands arrêts Grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, 13 ^e éd., 2015
<i>infra</i>	ci-dessous
IR	Informations rapides
J.-Cl. Civil	Juris-Classeur Civil Code
J.-Cl. Resp. civ.	Juris-Classeur Responsabilité civile
JCP E	Juris-classeur périodique, édition entreprise
JCP G	Juris-classeur périodique, édition générale
JCP N	Juris-classeur périodique, édition notariale
JDI	Journal de droit international (Clunet)
JOAN	Journal officiel, Assemblée nationale
JOCE	Journal officiel des communautés européennes
JORF	Journal officiel de la République Française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
Lebon	Recueil des arrêts du Conseil d'État
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LPA	Les petites Affiches
Mél.	mélanges
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> dans l'ouvrage cité
préc.	précité
préf.	préface
proj. art.	projet d'article
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France

Resp. civ. et assur.	Responsabilité civile et assurance
RDC	Revue des contrats
RDSS	Revue de droit sanitaire et sociale
Rev. crit. leg. jur.	Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. soc.	Revue des sociétés
Rev. hist. dr. franç.	Revue historique de droit français et étranger
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RLDC	Revue Lamy droit civil
RRJ	Revue de recherche juridique – Droit prospectif
RSC	Revue de sciences criminelles
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Recueil Sirey
<i>supra</i>	ci-dessus
SSL	Semaine sociale Lamy
T. confl.	Tribunal des conflits
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
V.	Voir
V°	Verbo, mot

Avertissement

Le lecteur est invité à porter son attention sur le changement dans la numérotation des articles issus du Code civil, consécutivement à la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Il s'ensuit notamment que les dispositions mentionnées ne correspondent pas nécessairement avec celles indiquées dans le texte des arrêts référencés.

Ces arrêts sont pour la plupart publiés aux bulletins des arrêts de la Cour de cassation ou du Conseil d'État, ce qui en dénote généralement l'importance. Cette publication n'est pas systématiquement précisée sauf pour les décisions les plus anciennes. En revanche, le numéro de pourvoi ou de requête indiqué permet de les consulter utilement sur le site public www.legifrance.gouv.fr.

Les commentaires doctrinaux ont été limités, sauf exception, à certaines revues, *brevitis causa*. Le lecteur est toutefois convié à procéder à une recherche exhaustive des analyses doctrinales.

Sommaire

Introduction générale.....	11
----------------------------	----

Partie 1. Les sources des obligations

Livre I. Les actes juridiques	29
Titre I. Le contrat	29
<i>Chapitre Préliminaire</i>	
<i>Le contrat : notion et classification</i>	29
<i>Chapitre 1</i>	
<i>La conclusion du contrat</i>	73
<i>Chapitre 2</i>	
<i>Les effets du contrat</i>	159
Titre II. Les autres actes juridiques.....	267
<i>Chapitre 1</i>	
<i>L'acte juridique unilatéral et l'engagement unilatéral</i>	267
<i>Chapitre 2</i>	
<i>L'acte juridique collectif</i>	271
Livre II. Les faits juridiques	279
Titre I. Les quasi-contrats	279
<i>Chapitre 1</i>	
<i>Les quasi-contrats du Code civil</i>	281
<i>Chapitre 2</i>	
<i>Le quasi-contrat d'origine jurisprudentielle : l'enrichissement manqué</i>	299

Titre II. Les faits juridiques	307
<i>Chapitre Préliminaire</i>	
<i>Singularité de la responsabilité extracontractuelle</i>	309
<i>Chapitre 1</i>	
<i>Les conditions de la responsabilité extracontractuelle</i>	331
<i>Chapitre 2</i>	
<i>Les effets de la responsabilité civile extracontractuelle</i>	445
Partie 2. Le régime général des obligations	
<i>Chapitre 1</i>	
<i>La circulation des obligations</i>	481
<i>Chapitre 2</i>	
<i>L'extinction des obligations</i>	521
Index alphabétique	559
Table des matières	571

Introduction générale

I. La notion d'obligation

A. Définition

L'obligation renvoie intuitivement à la notion de contrainte. Elle est une contrainte de comportement. Si l'on s'attache à son étymologie latine, obligation vient du préfixe *ob* (devant, pour, à cause de, en échange de) et du verbe *ligare* (attacher, nouer, lier, relier). L'*obligatio* est l'action de répondre de quelque chose. Les Romains qualifiaient l'obligation de *vinculum juris* pour exprimer l'idée de lien de droit.

Si l'on suit le sens premier du mot donné par le dictionnaire de l'Académie française, l'obligation est le lien moral qui fait devoir de remplir certains engagements, d'accomplir certains actes, voire la nécessité à laquelle on doit se soumettre, ou contrainte que l'on s'impose à soi-même. La source créant ce lien moral et qui confère à l'obligation sa nature peut être d'ordre multiple : de l'ordre de la morale individuelle, religieuse, familiale, clanique, politique, professionnelle, sociale, etc.

En droit, l'obligation revêt une signification précise. Elle n'inclut que les devoirs nés du droit objectif et sanctionnés par lui. Les devoirs religieux ou encore moraux sont donc écartés d'une étude de droit civil ; même s'il convient de rappeler que les religions peuvent être juridiquement ordonnées (ex : droit canon, droit hébraïque, droit musulman) et que la morale n'est jamais très loin du droit positif malgré tous les efforts déployés pour la chasser (la dimension morale longtemps contenue dans la faute délictuelle, la bonne foi, etc.).

A minima, l'obligation est un lien de droit entre sujets de droit. Parce qu'elle détermine les rapports juridiques entre des sujets de droit, elle entre dans la catégorie des droits subjectifs. Ceux-ci peuvent être extrapatrimoniaux (ex : droits de la personnalité) ou patrimoniaux. Les droits subjectifs patrimoniaux comprennent les droits réels, régissant les prérogatives des sujets de droits sur une chose (ex : droit de propriété), et les droits personnels régissant les rapports entre sujets de droit. En ce sens, l'obligation relève de cette catégorie des droits personnels.

REMARQUE

On se gardera de confondre l'obligation au sens civiliste du terme et l'obligation au sens du droit des affaires. Celle-ci est un titre représentatif d'une créance et plus précisément une valeur mobilière représentative d'un emprunt. Il existe des obligations d'État (ex : bons du Trésor) et d'autres émises par les sociétés. Ainsi, l'article L.213-5 C. mon. et fin. définit ces obligations comme des titres négociables qui, dans une même émission, confèrent les mêmes droits de créance pour une même valeur nominale.

L'obligation présente donc un caractère contraignant. Elle est personnelle : elle est propre au sujet de droit. L'affirmation ne doit pas être entendue strictement. D'une part, le sujet de droit peut être multiple telle la partie plurale à un contrat. Elle signifie seulement qu'elle n'est pas partageable par principe. La co-titularité d'un droit unique est l'exception et ne résulte que de la volonté des sujets ou de la volonté du législateur (ex : les rapports entre époux, la responsabilité des parents co-titulaires de l'autorité parentale sur leur enfant). D'autre part, le caractère personnel de l'obligation n'induit pas son intransmissibilité. Au contraire, le Droit admet la transmission des obligations à titre universel (ex : succession) comme à titre particulier, la loi l'ordonnant parfois ou consacrant différentes modalités de circulation de l'obligation (*infra*). Sur ce point, le caractère personnel signifie que celui qui en est titulaire est personnellement tenu d'en répondre. Enfin, l'obligation présente un caractère patrimonial. Elle est évaluable en argent et compose le patrimoine des sujets qu'elle lie. Précisément, l'obligation a un volet actif – la créance – et un volet passif – la dette. Le créancier est celui qui a droit à quelque chose du débiteur au titre de sa créance (sujet actif de l'obligation). Le débiteur est celui qui doit quelque chose au créancier au titre de sa dette (sujet passif de l'obligation). Cette dimension patrimoniale de l'obligation est au cœur d'une évolution des conceptions doctrinales de la notion.

A maxima, l'obligation est qualifiable de bien (*ex multis*, F. Zenati-Castaing et T. Revet, Cours de droit civil. Obligations. Régime, PUF, Manuels, Droit fondamental, 2013, n° 1 et s., n° 137 et s.). Si l'obligation peut avoir pour objet une prestation portant sur un bien, peut-elle elle-même en constituer un ? Une telle nature est très nettement rejetée par certains auteurs (J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes, LGDJ, 2005, n° 3 : « L'obligation civile est un lien ; elle n'est pas un bien »).

La critique repose, en premier lieu, sur des considérations étymologiques. Cet exercice n'a qu'une portée épistémologique relative : nul mot, nulle notion et nulle norme n'a de caractère universel qui en fige le sens de façon intemporelle.

En deuxième lieu, une comparaison des droits réels et personnels met en évidence des différences apparemment insurmontables (F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, Droit civil. Les obligations, Dalloz, Précis, 12^e éd., 2018, n° 3). Si l'on met de côté le caractère absolu des droits réels – qualité qui doit être largement tempérée au regard de ses exceptions notamment en matière de propriété – il est vrai que l'on voit mal un lien de droit faire l'objet d'un droit de

suite et de préférence. L'analyse des actions reconnues aux créanciers du débiteur ou des mécanismes de circulation de l'obligation conduit néanmoins à mettre en perspective une telle assertion.

L'argument le plus convaincant tient à la définition de la notion de bien qui implique un rapport d'une personne à un objet par opposition à l'obligation qui ne lie que des sujets entre eux. M. Planiol avait défendu la thèse de la réduction au droit personnel de la relation juridique aux biens dans la mesure où droits personnel et réel seraient dotés d'une structure et des modalités d'exercice analogues (M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t.I, 4^e éd., LGDJ, 1906, n° 2153 et s.). Revenant sur les conceptions romaines et de Pothier et dans la continuité des travaux de S. Ginossar, le professeur Zenati-Castaing a démontré avec force que le rapport aux choses est en réalité un règlement des rapports potentiellement concurrents vis-à-vis de la chose (Essai sur la nature juridique de la propriété : contribution à la théorie du droit subjectif, thèse dactyl., Lyon 3, 1981. *Adde* « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », RTD civ. 1993, p. 305. – « La propriété, mécanisme fondamental du droit », RTD civ. 2006, p. 445). Ainsi, le droit de propriété serait moins un droit réel que « la liberté dans l'ordre des biens » (*thèse préc.*, p. 316).

L'obligation n'a pas nécessairement vocation à être enfermée dans une acception exclusive. Elle pourrait être alternativement appréhendée sous l'angle du lien ou celui du bien au gré des fonctions qu'on lui assigne. En tout état de cause, le lien de droit constitutif de l'obligation est un objet juridique en soi. La reconnaissance subjective de sa qualité de chose est propice à sa valorisation et donc à son accès à la qualification objective de bien.

Si l'on base la conception de l'obligation sur l'idéologie cardinale des sociétés contemporaines qu'est l'individualisme, l'obligation se présente comme un devoir de l'un envers l'autre dont l'efficacité commande qu'elle constitue également son engagement de le respecter. Cet engagement se dédouble en garantie et responsabilité (F. Zenati-Castaing et T. Revet, *op. cit.*): garantie d'exécution grâce au droit de gage reconnu au créancier par la loi sur le patrimoine de son débiteur et responsabilité suivant la mise en œuvre de ce droit. Ces divisions successives témoignent des traits divers de l'obligation qui parfois se recourent avec ceux de la propriété : tantôt relation aux choses, tant aux personnes et tantôt utilités (J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Thémis, 2^e éd., 2013, p. 269 et s.).

En définitive, appréhender l'obligation comme un bien revient à s'inscrire dans une démarche essentiellement opératoire sans qu'elle ne remette en cause le lien de droit qui unit créancier et débiteur.

B. Classification des obligations

Le Droit étant une mise en ordre, l'obligation n'échappe à l'exercice de classification. Des plus classiques aux plus novatrices, des plus conceptuelles aux plus opératoires, nulle classification ne parvient à se dérober face à la critique.

Il est tout d'abord de coutume de répartir les obligations en fonction de leur source. L'article 1100 al. 1^{er} C. civ. affirme ainsi que les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi. S'agissant des actes juridiques, on distingue entre les actes juridiques unilatéraux ou collectifs, les contrats et les quasi-contrats. De même, les obligations ne découlant pas de l'accord des parties sont des délits ou des quasi-délits.

Cette division est chahutée par l'émergence de la notion nouvelle d'engagement unilatéral (*infra*). Il est en outre contesté de mettre sur un même plan l'acte juridique, le fait juridique et la loi. Si l'on s'en tient au normativisme kelsenien, le contrat tire sa force de la loi laquelle impose la réparation des conséquences dommages des délits et quasi-délits. Cette conception normativiste omet que le contrat peut être la source d'ordres juridiques dérivés eux-mêmes générateurs d'obligations sur lesquelles la loi n'a parfois aucune emprise. Pour éviter la controverse, on préfère généralement distinguer les sources volontaires des sources involontaires d'obligation.

Plus opératoires sont les classifications fondées sur le contenu de l'obligation. Les anciens articles 1101 et 1126 C. civ. distinguaient entre les obligations de faire, de ne pas faire et de donner. Les premières portent sur l'accomplissement d'une action positive de la part du débiteur et impliquent la personne même du débiteur. Elles consistent essentiellement en la réalisation d'un service. Les secondes requièrent une abstention du débiteur (ex: non-concurrence, non-divulgateion, etc.). L'obligation de donner reviendrait à transférer la propriété d'un bien. La réforme du droit des contrats de 2016 a formellement abandonné cette distinction. Cet abandon se justifie notamment par la pertinence contestée de l'obligation de donner (M. Fabre-Magnan, «Le mythe de l'obligation de donner» RTD civ. 1996, p. 85). Il est vrai que le droit français admettant le transfert *solo consensu* de la propriété – par le seul effet de l'échange des consentements – l'obligation de donner s'en trouve vidée de sa substance. Son utilité est d'autant plus discutable que les règles propres au régime juridique du transfert de propriété peuvent très bien s'expliquer sans recourir à cette notion. Un auteur a milité pour la consécration de l'obligation de *praestare* entendue comme la mise d'un bien à la disposition d'autrui (G. Pignarre, «À la redécouverte de l'obligation de *praestare*», RTD civ. 2001, p. 41. Conception également retenue par M. Fabre-Magnan, *op. cit.*). La réforme n'aura pas donné suite à cette proposition; mais l'absence de formulation n'équivaut pas à son inexistence.

Dans la continuité, la distinction entre obligations de somme d'argent et obligations en nature s'avère particulièrement structurante de la matière. Les premières consistent à transférer une quantité monétaire au profit du créancier, conduisant à qualifier les rapports juridiques d'onéreux. Les deuxièmes portent sur l'accomplissement de toute prestation n'ayant pas pour objet une somme d'argent. Cette distinction est à la fois pertinente et opératoire au regard de leur régime respectif. Les obligations monétaires connaissent des particularités dans leur régime juridique

(art. 1343 et s. C. civ.). Elles conservent toujours leur nature même en cas d'exécution forcée. Par opposition aux obligations en nature, elles sont soumises à la dépréciation monétaire.

Une classification est parfois proposée d'après la force des obligations. Les obligations civiles sont par définition « obligatoires » par opposition aux obligations non juridiques. Mais une catégorie intermédiaire d'origine prétorienne trouve toujours grâce aux yeux de la plupart des auteurs : celle des « obligations naturelles ». Pothier a défini l'obligation naturelle comme qui « dans le for de l'honneur et de la conscience, oblige celui qui l'a contractée à l'accomplissement de ce qui y est contenu ». On peut voir un fondement textuel à cette obligation à l'article 1102 al. 2 C. civ. issu de la réforme du droit des contrats qui dispose que les obligations civiles « peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'une devoir de conscience envers autrui ». On peut craindre néanmoins de ne jamais pouvoir éclairément identifier ce « devoir de conscience » (D. Houtcieff, *op. cit.*, n° 11-12 et s., p. 36 et s.). Il trouverait sa source dans la morale publique (*ibid.*, n° 11-19) ce qui vient pourtant à l'encontre d'une tendance lourde de la chasser de notre droit positif.

Compte tenu de leur source, le domaine de ces obligations reste flou. On identifie souvent deux types d'obligation naturelle : les obligations civiles mortes et les obligations civiles en gestation. Les premières engloberaient les obligations civiles éteintes, le *debitum* ayant perdu l'*obligatio*, renvoyant pour l'essentiel à l'hypothèse de la dette prescrite. Les secondes concernent toutes les obligations susceptibles d'accéder au rang d'obligation civile mais pour lesquelles le *debitum* pourrait se voir adjoindre l'action correspondante, l'*obligatio*.

EXEMPLE Pensons aux devoirs alimentaires entre frères et sœurs, à ceux du père adultérin à l'égard de son enfant du temps où la loi régissait particulièrement la situation de l'enfant adultérin ou encore à ceux du gérant majoritaire au regard du passif social résultant de sa gestion de l'affaire (Cass. 1^{re} civ., 17 oct. 2012, n° 11-20.124, RDC/1 2013, p. 43, obs. T. Genicon).

Ces obligations ont les traits des obligations civiles à la différence près qu'elles ne peuvent donner lieu à exécution forcée. Elles sont donc valables par principe, sans pour autant être exécutoires, faute – pouvait-on dire autrefois – de cause (M. Julienne, « Obligation naturelle et obligation civile », D. 2009, p. 1709). Leur transmutation en obligation civile peut s'opérer dans deux hypothèses. Lorsqu'un débiteur exécute volontairement une obligation naturelle, il n'y a pas de répétition possible. Le Code civil le formule à propos des dettes prescrites qui sont acquittées après l'arrivée du terme de la prescription extinctive (art. 2249 C. civ. *Adde* Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 2006, n° 04-16.370, RTD civ. 2007, p. 119, obs. J. Mestre et B. Fages). En outre, la Cour de cassation a expressément reconnu que l'engagement unilatéral pris en connaissance de cause d'exécuter une obligation naturelle transforme celle-ci en obligation civile (Cass. 1^{re} civ., 4 janv. 2005, n° 02-18.904,

RTD civ. 2005, p. 397, obs. J. Mestre et B. Fages; Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 2017, n° 16-24.533, Gaz. Pal. 2018, n° 310, p. 36, obs. D. Houtcieff). Sous réserve de pouvoir démontrer un véritable engagement (Cass. 1^{re} civ., 23 mai 2006, n° 04-19.099, RTD civ. 2007, p. 120, obs. J. Mestre et B. Fages), l'obligation devient donc exécutoire devant les tribunaux.

EXEMPLES

Le père biologique qui s'engage volontairement à verser à son fils une rente jusqu'à la fin de ses études a pu, par devoir de conscience, vouloir transformer une obligation naturelle en obligation civile (Cass. 1^{re} civ., 3 oct. 2006, n° 04-14.388, RTD civ. 2007, p. 119, obs. J. Mestre et B. Fages).

La Cour de cassation a reconnu une telle éventualité à propos de l'engagement d'une personne de payer une pension alimentaire à un ex-conjoint (Cass. 2^e civ., 9 mai 1988, n° 86-18.561).

On aurait pu croire cette notion moribonde, mais la doctrine y montre son attachement voire soutient sa modernité. Sans nier la puissance de la morale et la force qu'elle est susceptible d'imprimer aux faits et actes juridiques, elle demeure éminemment individuelle et il peut paraître à certains égards anachronique que le juge s'en saisisse. La plupart des espèces soumises au juge mettent en lumière la notion émergente d'engagement unilatéral. Elle prend le pas sur cette d'obligation naturelle et tend à conquérir son autonomie notionnelle (*infra*).

Cette distinction fondée sur la force de l'obligation ne doit pas être confondue avec celle reposant sur son intensité. La jurisprudence a fait émerger une distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat (*infra*): en exécution des premières, le débiteur doit tout faire pour atteindre le résultat promis de sorte que s'il s'y astreint sa non obtention n'est pas fautive; en exécution des secondes, le résultat doit être atteint, le constat de sa non obtention suffit pour caractériser un manquement fautif.

II. Le droit des obligations

Le droit des obligations est la base des relations de droit privé dans la mesure où l'obligation y est centrale. Il gouverne la vie des affaires au point de constituer le « droit civil des affaires » (A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, Domat, 17^e éd., 2018, n° 7). Certains auteurs vont plus loin avançant que le droit des obligations domine l'ensemble du droit, privé comme public (P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, Defrénois, 10^e éd., 2018, n° 6), et même qu'il aurait des prétentions d'universalité (B. Fages, *Droit des obligations*, 8^e éd., 2018, n° 9). Il est vrai que la matière suscite l'émerveillement du chercheur face à l'objet de son étude. Assurément, le droit des obligations a vocation à former le droit commun des relations juridiques (N. Balat, *Essai sur le droit commun*, préf. M. Grimaldi, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, tome 571, 2016). L'examen de ses sources (A), l'édification d'une théorie générale des obligations (B) et les évolutions (C) que connaît cette branche du droit conduisent néanmoins à nuancer sa place centrale.

A. Sources

Le droit des obligations trouve sa source principale dans le Code civil de 1804. Des articles 1100 à 1386-1, il regroupe les principales dispositions qui régissent les obligations. Ces dispositions ont très peu évolué jusqu'à très récemment. La jurisprudence y est pour beaucoup : complétant les textes lacunaires, les adaptant aux changements, au point parfois que son action confine à leur réécriture.

Mais toute la matière n'est pas concentrée dans ces seules dispositions. D'autres normes, extérieures au Code civil, sont applicables. Certaines ne sont pas codifiées telle la loi du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation. D'autres le sont.

Le Code de la consommation créé en 1993 régit les relations entre consommateurs et professionnels. Il exerce une réelle influence sur le droit des obligations. Orienté vers la protection du consommateur appréhendé comme la partie faible au contrat, il contient nombres de dispositions ayant trouvé un écho en droit des obligations. Ainsi, le formalisme propre à la formation des contrats de consommation s'étend progressivement aux contrats de droit commun.

EXEMPLES

Le nouvel article 1119 C. civ. institue une obligation spéciale d'informer le cocontractant du contenu des conditions générales invoquées par une partie. Cette pratique est propre aux professionnels et son encadrement traduit la préoccupation du législateur pour les relations déséquilibrées qui impliquent alors souvent un profane, généralement consommateur (art. L.111-1 et s. et L.211-1 C. cons.).

L'article 1171 C. civ. sanctionne les clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties, qui dans les contrats d'adhésion génèrent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. Cette disposition emprunte directement au régime des clauses abusives, qui jusqu'à la réforme du droit des obligations en 2016, étaient circonscrites aux relations entre consommateurs et professionnels (art. L.212-1 C. cons.).

Le Code de commerce est également le siège de dispositions intéressant la matière. Ainsi, le droit de la concurrence contextualise les pratiques contractuelles. Certaines opérations valables en application du droit commun sont prohibées sur le terrain de ce droit spécial destiné à garantir la libre concurrence.

EXEMPLES

Ainsi, les contrats à l'origine d'ententes illicites (art. L.420-1 C. com.), servant à l'exploitation abusive d'une position dominante (art. L.420-2 C. com.) ou formalisant une concentration (art. L.430-1 et s. C. com.) créatrice d'effets d'éviction sont sanctionnés.

Alors que le droit commun détermine les conditions de rupture des relations contractuelles, le droit des pratiques restrictives de concurrence va sanctionner la rupture brutale de relations commerciales établies (art. L.442-6, I, 5^e C. com.).

Le droit des entreprises en difficulté (art. L.610-1 et s. C. com.) modifie également la mise en œuvre du régime d'exécution et d'extinction des obligations. La période suspecte gèle la situation juridique de l'entreprise restreignant la liberté de son dirigeant de s'engager ou de payer pour éteindre des obligations mais également celle des cocontractants qui souhaiteraient se désengager.

D'autres corpus de textes doivent être pris en compte : le Code du travail, le Code des assurances, le Code rural, le Code de la construction et de l'habitation, etc.

Le droit commun des obligations reste soumis aux normes qui lui sont supérieures. Les droits fondamentaux modifient l'approche et l'application du droit des obligations. Ils résultent de la Constitution, dont le Conseil constitutionnel est le gardien, qui se trouve de plus en plus à être invoquée grâce à l'institutionnalisation de la « question prioritaire de constitutionnalité ».

B. Une théorie générale des obligations

Malgré ces influences multiples, le droit des obligations est organisé en une théorie générale. Les normes relatives aux obligations sont agencées en système qui suit un ordre logique et cohérent. La théorie est générale car régissant toutes les obligations civiles quelle que soit leur source et établissant un régime commun. Bien que la géométrie de cette théorie puisse révéler quelques aspérités, elle demeure le corps de règles de référence applicable aux obligations. Les articles préliminaires du titre III du Livre III du Code civil traduisent la volonté du législateur d'ériger le droit des obligations en théorie générale. Ils identifient les sources d'obligation (art. 1100, 1100-1 al. 1^{er} et 1100-2 al. 1^{er} C. civ.) et proposent non des règles destinées à régir leur régime au fond, mais ayant vocation à constituer une méthode d'élection de tel ou tel régime spécifique à chaque type d'obligation (art. 1100-1 al. 2 et 1100-2 al. 2 C. civ.).

Cette théorie générale des obligations ne se confond pas avec l'éventuelle théorie générale des contrats (*infra*). Celle-ci est plus réduite et plus incertaine au point que son existence est contestée. D'autant que le droit commun des contrats endure la concurrence du droit des contrats spéciaux.

C. Évolutions

Si le droit des obligations – parce qu'il est érigé en système – constitue l'assise du droit privé, il subit l'effet tectonique d'ordres juridiques en mouvement imbriqués entre eux.

Il doit d'abord composer avec les droits européens. En premier lieu, le droit du marché intérieur de l'Union européenne se développe en s'appuyant sur ses traités fondateurs pour si ce n'est imposer des normes communes, du moins tendre à une harmonisation des législations nationales. Si par sa portée générale et son effet direct le règlement en serait l'instrument idéal, la directive s'avère être le plus souvent utilisée. En matière contractuelle, la directive 99/44/CE sur certains

aspects de la vente et des garanties des biens de consommation est à l'origine des modifications opérées dans les contrats de consommation. La directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative au commerce électronique a donné lieu à l'introduction des articles 1369-4 et s. C. civ., aujourd'hui les articles 1125 et s. et 1174 et s. C. civ. En matière délictuelle, l'élaboration du régime spécial de responsabilité extra-contractuelle du fait des produits défectueux codifié aux articles 1245 et s. C. civ. a été dictée par l'adoption de la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux.

Autre projet, autres normes, les règles issues de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ne se contentent plus d'interférer avec le droit français des obligations : elles l'inspirent. D'une part, parce que les juges français s'y réfèrent expressément. D'autre part, parce que la Cour européenne des droits de l'homme n'hésite pas à procéder à un contrôle de conformité des droits internes ou des décisions judiciaires des États, incitant souvent les législateurs nationaux à adapter leurs législations.

Cette évolution aboutira-t-elle à l'adoption d'un code européen des obligations ? La question paraît d'autant plus pressante du côté des européistes que se multiplient depuis plusieurs années des initiatives privées visant à élaborer un cadre unifié des contrats internationaux. Cette démarche mondialiste d'un droit transnational – au moins des contrats – trouve une double illustration avec les « principes UNIDROIT » et les « Principes du droit européen des contrats » issus de la commission Lando. L'Association Henri Capitant et la Société de législation comparée ont pour leur part élaboré des Principes contractuels communs (B. Fauvarque-Cosson et D. Mazeaud (dir.), Soc. lég. comp., 2008) et une Terminologie contractuelle commune (B. Fauvarque-Cosson et D. Mazeaud (dir.), Soc. lég. comp., 2008). Ces propositions doctrinales n'ont aucune valeur juridique particulière. Ce sont les fruits de travaux scientifiques, régulièrement renouvelés, cherchant à proposer des formules synthétiques, donc consensuelles, de règles destinées à répondre aux besoins des opérateurs sur les marchés internationaux.

En réaction, la Commission s'est fendue en 2004 d'une communication ouvrant la voie à l'élaboration d'un « cadre commun de référence ». L'institution s'était initialement fixée comme objectif l'élaboration d'un Code européen des obligations. Elle réduisit ses prétentions pour ne plus proposer qu'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises. Le 11 octobre 2011 elle proposait un règlement comportant un droit commun européen de la vente à caractère optionnel (COM(2011) 635 final, 11 oct. 2011). La démarche fut concrétisée par l'adoption d'une directive relative aux droits consommateurs (Dir. 2011/83/UE du 25 oct. 2011). Les institutions de l'Union européenne sont moins promptes à élaborer un texte d'harmonisation des législations relatives à la responsabilité civile extracontractuelle.

Au-delà des craintes d'être retard sur l'histoire, l'enjeu de la mondialisation et de la compétition économique entre tous les acteurs privés comme publics a parallèlement conduit le législateur et la doctrine à explorer les voies d'une modernisation du droit français des obligations. 2008 a vu le régime de la prescription être réformé. En attendant la réforme à venir de la responsabilité civile extracontractuelle, 2016 aura été marquée par la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (ci-après la réforme du droit des contrats). Les impulsions ont été doctrinales grâce à l'avant-projet de réforme du droit des obligations, dit « rapport Catala », du nom du professeur P. Catala qui dirigea le groupe de travail, ayant proposé la refonte du Livre troisième, titres III et IV du Code civil en 2005. Un autre groupe de travail se constitua autour du professeur F. Terré et sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politiques. Ses travaux sur la réforme du droit des contrats ont été remis à la Chancellerie en 2008 et ceux relatifs à la responsabilité civile extracontractuelle en 2012. Le législateur finit par lancer le processus de réforme du droit des obligations en rendant public un projet en 2008. Une dernière version du « projet Chancellerie » fut remise à la fin de l'année 2014. Alors que l'on aurait pu croire ces efforts vains, le gouvernement décida de recourir à une loi d'habilitation l'autorisant à réformer le droit des obligations par voie d'ordonnance. Le contournement du Parlement incita certains parlementaires à saisir le Conseil constitutionnel qui jugea cependant le texte conforme à la Constitution (Cons. const., 12 févr. 2015, n° 2015-710, DC). Le projet d'ordonnance fut soumis à la consultation publique. Aux termes de celle-ci, la phase de rédaction de la version définitive s'acheva par l'adoption de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (JORF, 11 févr. 2016, n° 35, texte n° 26).

En application de l'article C 38, l'ordonnance devait faire l'objet d'une ratification par voie législative afin que les nouvelles dispositions puissent acquérir valeur législative. Chose fut faite avec la loi du 20 avril 2018 (Loi n° 2018-287 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF 21 avr. 2018, n° 93, texte n° 1). Malgré les velléités exprimées d'une ratification sans retouche (N. Molfessis, « Pour une ratification sèche de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats », JCP G 2017, 1045), les débats parlementaires furent nourris. Toutes les convocations furent permises (D. Houtcieff, *Droits des contrats*, Bruylant, 2018, spéc. n° 49-1) pour tenter de sauver ce qui devait disparaître (ex : la cause), pour faire obstacle aux innovations (révision du prix pour imprévision, mais en vain), voire pour en introduire de nouvelles (caducité de l'offre en cas de décès du pollicitant, restriction de l'abus de dépendance, solennité de la cession de dette, etc.) mais surtout pour apporter des corrections à la marge (préjudice réparable du fait de la rupture des pourparlers, conséquences de l'abus dans la fixation du prix, etc.). Mais il fallut tout de même en passer par la réunion d'une commission mixte paritaire pour procéder à cette « réforme de la réforme ». Le résultat final demeure proche du texte de l'ordonnance ; les modifications les plus substantielles n'ayant pas entamé la cohérence textuelle initiale.

RÈGLES TEXTUELLES D'APPLICATION DE L'ORDONNANCE ET DE LA LOI DE RATIFICATION DANS LE TEMPS

Cette réforme s'étant opérée en deux temps, la vie juridique se trouve segmentée en trois périodes : l'ancien droit, les quelques mois séparant la publication de l'ordonnance et celle de la loi de ratification, et le droit nouveau. À ce constat s'ajoute le fait que les deux textes comportent des règles de droit transitoire et prévoyant une application différenciée dans le temps de leurs différentes dispositions. Dans ce contexte, comment déterminer le droit applicable au regard de la négociation, de la formation, de la validité, de l'exécution, de la rupture, de l'interprétation, du régime et de la preuve des obligations ?

L'ordonnance prévoyait à son article 9 que ses dispositions entraient en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Mais la loi ancienne survivait pour les contrats conclus avant cette date. À titre d'exception, les actions interrogatoires relatives à l'existence d'un pacte de préférence (art. 1123 al. 3 et 4 C. civ.), à l'étendue des pouvoirs du représentant (art. 1158 C. civ.) ou sur les suites que le cocontractant entend donner à un acte nul (art. 1183 C. civ.) pouvaient être exercées dès l'entrée en vigueur de l'ordonnance. Un cocontractant pouvait donc les déclencher alors même que le contrat reste soumis à la loi ancienne.

Enfin, la titularité d'un droit se distinguant de l'action destinée à le défendre, le législateur réglait au sein de cette disposition le sort des actions judiciaires. Seules celles introduites postérieurement à l'entrée en vigueur de la présente ordonnance lui étaient soumises. La loi ancienne continue à s'appliquer pour les autres même pour les appels et pourvoi en cassation formés après le 1^{er} octobre 2016.

S'agissant des quasi-contrats, il convenait d'appliquer les textes nouveaux aux faits générateurs postérieurs à l'entrée en vigueur des dispositions de l'ordonnance, autrement dit au 1^{er} octobre 2016. Le régime des obligations n'était pas non plus abordé par cet article 9. En tout état de cause, les modes de transmission de créances et des dettes sont de nature contractuelle et relèvent donc des règles précitées. Seuls le statut légal de la créance et le sort des obligations objet de la circulation posent éventuellement difficulté.

À la suite de la loi de ratification, les dispositions nouvelles ont vocation à s'appliquer aux actes juridiques conclus ou établis à compter de son entrée en vigueur (art. 16, I Loi avr. 2018). La complexité normative créée par la superposition potentielle des états du droit positif est tempérée par le caractère interprétatif d'une grande partie de ces textes nouveaux. Certaines dispositions issues de la loi s'appliquent depuis le 1^{er} octobre 2018, celles inchangées de l'ordonnance continuant à s'appliquer suivant les modalités que cette dernière avait établies. Les dispositions législatives interprétatives, ayant par définition comme objet d'orienter le sens des dispositions issues de l'ordonnance, ont-elles vocation à s'appliquer dès le 1^{er} octobre 2016.

Pour une présentation complète du champ *ratione temporis* de ces deux textes : O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *La réforme du droit des contrats et des obligations*, LexiNexis, 2^e éd., 2018, p. 19 et s. ; D. Houtcieff, *op. cit.*, n° 50 et s., p. 73 et s. ; et les références citées).

APPLICATIONS JURISPRUDENTIELLES DANS LE TEMPS DE LA RÉFORME

Sans attendre l'intervention de la loi de ratification, la Cour de cassation s'est prononcée sur des litiges contractuels nés de contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016 mais qu'elle a appréciés à lumière de « l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ».

Elle l'a ainsi fait à propos de la loi Hoguet afin de justifier de la nullité relative du manquement aux prescriptions formelles imposées au contrat de mandat de l'agent immobilier lorsqu'elles visent la seule protection du mandant dans ses rapports avec le mandataire (Cass. ch. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20.411, à paraître au Bull. ; D. 2017, p. 793, note B. Fauvarque-Cosson ; *ibid.*, p. 1149, obs. N. Damas ; *ibid.* 2018, p. 371, obs. M. Mekki ; RTD civ. 2017, p. 377, obs. H. Barbier ;

Contrats, conc. consom. 2017, comm. 93, note L. Leveneur; JCP G 2017, 305, avis B. Sturlèse et note G. Pignarre; JCP G 2017, 325, note Y-M. Serinet; Defrénois 2017, n° 128a8, note J.-B. Seube; RDC 2017, p. 415, obs. T. Genicon. – Cass. soc., 20 sept. 2017, n° 16-12.906, à paraître au Bull.; RTD civ. 2017, p. 837, obs. H. Barbier). De même, la chambre sociale de la Cour de cassation a employé cette formule afin de faire le départ entre l'offre et la promesse unilatérale de contrat de travail Cass. soc., 21 sept. 2017, nos 16-20.103 et 16-20.104, à paraître au Bull.; JCP G 2018, 1259, n° 2, obs. G. Loiseau; Dr. soc. 2018, p. 170, note R. Vatinet; JCP G 2017, 1238, note N. Molfessis; *ibid.*, 2018, 497, nos 21 et 24, obs. J.-P. Tricoit; JCP S 2017, 1356, note G. Loiseau; Lexbase Hebdo Soc. 2017, n° 714, note C. Radé; Gaz. Pal. 2017, n° 34, p. 13, note M. Latina; RDT 2017, n° 11, p. 715, note L. Bento de Carvalho; D. 2017, p. 2007, note D. Mazeaud; *ibid.*, p. 2289, note B. Bauduin et J. Dubarry; Contrats conc. cons. 2017, comm. 238, obs. L. Leveneur; Cah. soc. barr. Paris 2017, n° 301, p. 527, note J. Icard; Cah. dr. sport n° 48, 2017, p. 58, note G. Rabu; RJS 2018, n° 12, p. 589, note J. Mouly). Ces différentes décisions, en ce qu'elles pouvaient apparaître comme des revirements de jurisprudence, ont donné l'apparence d'une application par anticipation de la réforme, ne manquant pas de susciter l'émoi des parlementaires lors des discussions sur la loi de ratification. Sans contourner les dispositions de droit transitoire, les juges demeurent libres d'interpréter les textes. Ceci dit, on peut soupçonner les juges de prétexter de l'influence du droit nouveau pour justifier d'un retour à une application plus orthodoxe des dispositions anciennes. L'observation nous paraît particulièrement congrue concernant les arrêts du 21 septembre 2017 qui ont rétabli la véritable nature de la promesse unilatérale de contrat de travail.

Preuve que la Haute cour de l'ordre judiciaire ne se laisse pas séduire par une application trop précoce des nouvelles dispositions, elle a sanctionné le jugement d'une juridiction de proximité ayant appliqué l'article 1186 du Code civil dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 à un contrat dont il ressortait de ses propres constatations qu'il avait été conclu avant le 1^{er} octobre 2016 (Cass. 1^{re} civ., 19 sept. 2018, n° 17-24.347, à paraître au Bull.; JCP G 2018, 1259, obs. D. Houtcieff).

À l'heure de ces lignes, le chantier de la réforme de la responsabilité civile est lancé. L'avant-projet projet de loi du 29 avril 2016 a été soumis à consultation publique. À l'issue de celle-ci, un nouveau projet, quelque peu amendé, a été présenté le 13 mars 2017.

C'est donc un droit des obligations modernisé qui formera la substance de cet ouvrage. Nous étudierons dans un premier temps les sources des obligations (Partie 1) avant d'en présenter le régime, c'est-à-dire l'ensemble des règles gouvernant la vie et l'extinction de l'obligation (Partie 2).

Bibliographie générale

■ C. AUBRY et C. RAU, Cours de droit civil français, t. IV, 6^e éd., 1942, par E. BARTIN ■ L. AYNÈS, P. MALAURIE et P. STOFFEL-MUNCK, Droit des obligations, LGDJ, Droit civil, 10^e éd., 2018 ■ M. BACACHE-GIBEILI, Les obligations, Tome 5, la responsabilité civile extracontractuelle, 3^e éd., Economica, 2016 ■ A. BÉNABENT, Droit civil. Les obligations, LGDJ, Précis Domat, 17^e éd., 2018 ■ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAUTERNEYRE, Droit civil : les obligations, Sirey université, 16^e éd., 2018 ■ R. CABRILLAC, Droit des obligations, Dalloz, Cours, 13^e éd., 2018 ■ J. CARBONNIER, Droit civil. Vol. II, Les biens. Les obligations, PUF, Quadriga, Manuels, 2004 ■ H. CAPITANT, Les grands arrêts de la jurisprudence civile (GAJC), t. 2, 13^e éd., 2015, par F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ ■ P. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, Droit des obligations. Contrat et

quasi-contrat, LexisNexis, Objectif droit, 9^e éd., 2018 ■ R. DEMOGUE, Traité des obligations; Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique, LNDJ, 1911 ■ P. ESMEIN, Traité pratique de droit civil français de Planiol et Ripert, t. VI, 2^e éd., 1952 ■ M. FABRE-MAGNAN, Droit des obligations. Contrat et engagements unilatéral, vol. 1, 2016, et Le fait juridique, vol. 2, 2019, PUF, Thémis, 4^e éd. ■ B. FAGES, Droit des obligations, LGDJ, Manuel, 8^e éd., 2018 ■ D. FENOUILLET, P. MALINVAUD et M. MEKKI, Droit des obligations, Litec, Manuel, 14^e éd., 2017 ■ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, Droit civil: les obligations, L'acte juridique, 16^e éd., vol. 1, 2014; Le fait juridique, vol. 2, 14^e éd., 2011; Le rapport d'obligation, vol. 3, 9^e éd., 2015, Sirey université ■ J. Ghestin, Traité de droit civil, LGDJ, Traité, La formation du contrat, Tomes 1 et 2, 4^e éd., 2013 (avec le concours de G. LOISEAU et Y.-M. SÉRINET); Les effets du contrat, 3^e éd., 2001 (avec le concours de C. JAMIN et M. BILLIAU) et Le régime des créances et des dettes, 2005, (avec le concours de M. BILLIAU et G. LOISEAU) ■ D. HOUTCIEFF, Droit des contrats, Bruylant, Paradigme, Manuel, 4^e éd., 2018 ■ C. LARROUMET et S. BROS, Les obligations. Le contrat, *Economica*, Corpus Droit privé, Traité de droit civil, Tome 3, 7^e éd., 2014 ■ P. LE Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz Action, 11^e éd., 2017 ■ G. MARTY et P. RAYNAUD, Traité de droit civil, Les obligations, Sirey, t. I, Les sources, 2^e éd., 1988 et t. II, Le régime, 2^e éd., 1989 (par P. RAYNAUD et P. JESTAZ) ■ H. L et J. MAZEAUD, m. De Juglart et F. CHABAS, Leçons de droit civil, Obligations. Théorie générale, Montchrestien, t. II, 1^{er} vol., 9^e éd., 1998 ■ M. PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil, t. 1, 4^e éd., LGDJ, 1906 et T.II, 6^e éd., 1912 ■ S. PORCHY-SIMON, Droit civil 2^e année. Les obligations, Dalloz, Hypercours, 11^e éd., 2018 ■ M. POUMARÈDE, Droit des obligations, LGDJ, Cours, 3^e éd., 2014 ■ G. RIPERT et J. BOULANGER, Traité élémentaire de Droit civil de Planiol, t. II, 5^e éd., 1950 et t. VI, 2^e éd., 1952, par P. ESMEIN ■ J. ROCHFELD, Les grandes notions du droit privé, PUF, Thémis, 2^e éd., 2013 ■ É. SAVAUX (dir.), Répertoire de droit civil, Dalloz ■ A. SÉriaux, Manuel de droit des obligations, PUF, Droit fondamental, 3^e éd., 2018; Droit des obligations, PUF, Droit fondamental, 2^e éd., 1998 ■ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, Droit civil. Les obligations. 1. Responsabilité délictuelle, 5^e éd., 1996; 2. Contrat, 6^e éd., 1998; 3. Régime des obligations, Litec ■ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, Les obligations, Dalloz, Précis, 12^e éd., 2018 ■ F. ZENATI-Castaing et T. REVET, Cours de droit civil. Obligations. Régime, 2013 et Contrats. Théorie générale – Quasi-contrats, 2014, PUF, Manuels, Droit fondamental.

Pour aller plus loin

- **Ouvrages sur la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations** F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON et J. GEST, Aux sources de la réforme du droit des contrats, Dalloz, Essai, 2017 ■ C. BLOCH, A. CERATI-GAUTHIER et V. PERRUCHOT-TRIBOULET, L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires, Dalloz, Hors collection, 2017 ■ G. CHANTEPIE et M. LATINA, Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2^e éd., Hors collection, 2018 ■ F. CHÉNEDÉ, Le nouveau droit des contrats et des obligations, Dalloz, À savoir, 2^e éd., 2018 ■ O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, La réforme du droit des contrats et des obligations, LexisNexis, 2^e éd., 2018 ■ C. DISSAUX et C. JAMIN, Commentaire du Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations rendu public le 25 février 2015, Dalloz, 2015 ■ T. DOUVILLE (dir.), La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Gualino, 2^e éd., 2018 ■ D. MAINGUY (dir.), Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (après l'ordonnance du 10 février 2016), UMR-CNRS 5815 « Dynamique du droit », coll. « Teutates consommation et du marché », 2016 ■ B. MERCADAL, Réforme du droit des contrats, éd. Francis

Lefebvre, Ouvrages, 2016 ■ A. PIETRANCOSTA (dir.), *Le droit des contrats réformé*, préf. J.-P. Martel, Fauves éditions, 2016 ■ P. SIMLER, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, LexisNexis, Actualité, 2016 ■ F. TERRÉ, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, Hors collection, 2016.

▣ **Ouvrages sur la réforme de la responsabilité civile** B. MALLET-BRICOUT (dir.), *Vers une réforme de la responsabilité civile française. Regards croisés franco-québécois*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2018 ■ M. MEKKI (coord.), *Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile*, LGDJ, Forum, 2016 ■ L.-F. PIGNARRE (dir.), C. HUGON (avt.-prop.) et C. ALBIGÈS (préf.), *La réforme du droit de la responsabilité. Actes de colloque du 25 novembre 2016*, 2017.

▣ **Ouvrages spéciaux** N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, préf. M. Grimaldi, LGDJ, coll. *Bibl. dr. privé*, tome 571, 2016 ■ L. DUMONT, *Essai sur l'individualisme. Une perspective anthropologique de l'idéologie moderne*, Seuil, 1983 ■ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. LEDUC, Dalloz, *Nouv. bibl. thèses*, vol. 116, 2012 ■ L. MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, avt.-prop. R. Cabrillac, préf. E. Putman, LGDJ, *Bibl. dr. privé*, tome 545, 2013 ■ L.-F. PIGNARRE, *Les obligations en nature et de somme d'argent en droit privé. Essai de théorisation à partir d'une distinction*, préf. J.-P. Tosi, LGDJ, *Bibl. dr. privé*, tome 518, 2010 ■ A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit français et allemand*, préf. R. Perrot, LGDJ, *Bibl. dr. privé*, tome 19, 1961 ■ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949 ■ F. ZENATI-CASTAING, *Essai sur la nature juridique de la propriété: contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse dactyl., Lyon 3, 1981.

- **Articles sur la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations** Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018. Actes du colloque du 7 juin 2018, Paris, RDC 2018/HS ■ A. BENABENT, « Application dans le temps de la loi de ratification de la réforme des contrats (art. 16 de la loi du 20 avr. 2018) », D. 2018, p. 1024 ■ O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », JCP G 2018, 529 ■ C. FRANÇOIS, « Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats », D. 2016, p. 506 ■ S. GAUDEMET, « Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016 », JCP G 2016, 556; « Ratification de la réforme du droit des obligations: le droit transitoire », RDC 2018/HS, p. 59 ■ D. HOUTCIEFF, « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations: le droit schizophrène », *Gaz. Pal.* 2018, n° 15, p. 14 ■ L. LEVENEUR, « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats et des obligations: des ajustements certes importantes, mais pas de bouleversement », *Contrats conc. consom.* 2018, n° 8-9, étude 11 ■ D. MAINGUY, « Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats », D. 2016, p. 1762; « L'étrange rétroactivité de la survie de la loi ancienne. À propos de la loi de ratification de la réforme du droit des contrats », JCP G 2018, 964 ■ B. MALLET-BRICOUT, « Une ratification multidimensionnelle. À propos de la loi de ratification du 20 avril 2018 », *RTD civ.* 2018, p. 740 ■ M. MEKKI, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », D. 2016, p. 494 et p. 608; « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016. Une réforme de la réforme ? » ■ M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *LPA* 2016, n° 41, p. 8 (I); n° 47, p. 7 (II); n° 52, p. 7 (III); n° 58, p. 6 (IV); n° 64, p. 7 (V); n° 67, p. 5 (VI); n° 74, p. 7 (VII); n° 80, p. 4 (VIII); n° 83, p. 6 (IX); n° 90, p. 10 (X); n° 96, p. 6 (XI); n° 103, p. 5 (XII) et n° 108, p. 4 (XIII) ■ N. MOLFESSIS, « Pour une ratification sèche de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats », JCP G 2017, 1045 ■ M. STORCK (dir.), « Réforme du droit des contrats: retour sur l'ordonnance

n° 2016-131 du 10 février 2016 et la loi n° 2018 du 20 avril 2018», dossier spécial RLDA 2018, n° 140, p. 22 ■ A. TADROS, « La ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats : quelques incidences sur la pratique des affaires », D. 2018, p. 1162.

- **Articles sur la réforme de la responsabilité civile extracontractuelle** J.-S. BORGHETTI, « Vue d'ensemble de l'avant-projet de réforme », D. 2016, p. 1386 et « Commentaire des principales dispositions de l'avant-projet de réforme », D. 2016, p. 1442; « Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité incivile : présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017 », D. 2017, p. 770 ■ P. BRUN, « Premiers regards sur l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », RLDC 2016, n° 140, p. 31 ■ S. CARVAL, « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile », JCPG 2017, 401 ■ A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile : observations article par article », Gaz. Pal. 2017, n° 23, p. 16 ■ M. MEKKI, « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile : maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile », Gaz. Pal. 2016, n° 22, p. 17; « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 13 mars 2017 : des retouches sans refonte », Gaz. Pal. 2017, n° 17, p. 12 ■ P. STOFFEL-MUNCK, « Avant-projet de réforme de la responsabilité : vive le débat ! » JCP G 2016, n suppl. n° 30-35, p. 4 ■ G. VINEY, « L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile », D. 2016, p. 1378.
- **Articles** M. COUDRAIS, « L'obligation naturelle : une idée moderne ? », RTD civ. 2011, p. 453 ■ M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner » RTD civ. 1996, p. 85 ■ J. FLOUR, « La notion d'obligation naturelle et son rôle en droit civil », Trav. Assoc. H. Capitant, t.VII, 1952 ■ E. JEULAND, « L'énigme du lien de droit », RTD civ. 2003, p. 455 ■ M. JULIENNE, « Obligation naturelle et obligation civile », D. 2009, p. 1709 ■ G. PIGNARRE, « À la redécouverte de l'obligation de *praestare* », RTD civ. 2001, p. 41 ■ S. PRIGENT, « Le dualisme dans l'obligation », RTD civ. 2008, p. 401 ■ F. ZENATI-Castaing « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », RTD civ. 1993, p. 305. – « La propriété, mécanisme fondamental du droit », RTD civ. 2006, p. 445.

Partie 1

Les sources des obligations

Livre I

Les actes juridiques

Titre I. Le contrat

Chapitre Préliminaire

Le contrat : notion et classification

Souvent présenté comme une véritable théorie générale du contrat, le droit des contrats issu du Code civil constitue le droit commun des contrats entendu comme l'ensemble des règles applicables à tous les contrats. Il n'est écarté qu'en raison de l'application de règles spéciales ou lorsque les parties au contrat ont décidé de se soustraire aux dispositions législatives et réglementaires à condition, dans cette hypothèse, de ne pas contrevenir à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Le champ d'application de ce droit commun des contrats repose essentiellement sur la signification que l'on accorde à la notion de contrat (I). Une fois arrêtée, celle-ci permet de procéder à un exercice de classification éclairant la diversité de ses manifestations (II).

I. La notion de contrat

Le contrat est un accord de volontés. Il est l'acte juridique par lequel on s'engage et par lequel on est engagé. La volonté en est la matrice. Les articles 1113 et 1128 du Code civil confortent la thèse selon laquelle la volonté des parties constitue le critère de distinction du contrat parmi les autres actes juridiques.

Malgré l'apparente simplicité de la notion, ses contours méritent d'être affinés dans un travail définitionnel (A). La détermination de l'objet de l'étude permettra ensuite d'identifier les sources du droit des contrats (B), desquelles se dégagent des principes directeurs propres à la matière (C).

A. Définition

ART. 1101 C. CIV. Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.

Le contrat est défini comme un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. Il doit être distingué de la convention (1), de l'acte unilatéral (2) et des accords dépourvus d'effet obligatoire (3).

1. Le contrat, la convention et l'accord de volontés

L'article 1101 C. civ., dans sa rédaction antérieure à la réforme de 2016, disposait que «le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose». On en déduisait aisément que le contrat était une espèce dont la convention était le genre : le contrat avait vocation à créer des obligations, là où la convention pouvait les modifier, les transmettre et les éteindre ou produire tout autre effet de droit. Cette taxinomie s'impose-t-elle toujours ?

Une analyse *a rubrica* abonde dans ce sens dans la mesure où le nouvel article 1101 C. civ. ouvre le titre III de Livre III du Code civil intitulé «Des contrats ou des obligations conventionnelles en général». Le rapport de la chancellerie soutient également cette analyse expliquant que la convention serait «une notion plus large incluant tout accord de volontés destiné simplement à produire des effets de droit».

Le champ d'application du nouvel article 1101 C. civ. a toutefois été fortement élargi. Le contrat n'est plus simplement créateur d'obligations : il peut en modifier, en transmettre et en éteindre. Dans ces conditions, que reste-t-il de la convention ? Peut-on déclarer : «Fin de la "convention", désormais tout est contractuel» (D. Mainguy in *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, D. Mainguy (dir.), *op. cit.*, n° 31, p. 35) ? Le législateur reconnaît en liminaire que le contrat peut produire notamment mais pas uniquement des effets obligationnels (Justifiant l'approche nominaliste voire normativiste du contrat : F. Collart-Dutilleul, «Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ?», in *La nouvelle crise du contrat*, C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Dalloz, *Thèmes et commentaires*, 2003, n° 3, p. 230. – P. Ancel, «Sur une approche nominaliste du contrat», in *Mélanges en l'honneur de François Collart-Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 5). La modification, la transmission et l'extinction d'une obligation ne sont pas en elles-mêmes des obligations, mais bien des effets de droit. Le contrat génère ainsi des effets non-obligationnels et pour autant obligatoires en vertu de la

force obligatoire des conventions (P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999, p. 771). D'aucuns considèrent que relèvent encore de la catégorie de la convention tous les « actes » relatifs aux libertés, pouvoirs et droits réels (M. Mignot, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février portant réforme du droit des contrats, du régime général de la preuve des obligations (I), *op. cit.*). La proposition n'est admissible que pour autant que l'on postule que les effets juridiques de ces « actes » – en réalité ces accords – résultent de la force obligatoire des conventions et non d'obligations négatives. Or le nouvel article 1103 C. civ. ne consacre la force obligatoire qu'au bénéfice des contrats par opposition à l'ancien article 1134 C. civ. qui l'élargissait expressément à toutes les conventions. Est-ce à dire que ces dernières se résumeraient désormais aux accords non obligatoires ? Il n'est pas certain que les contrats soient les seuls accords dotés d'une force obligatoire. Mais pour que cette assertion soit vérifiée, il faudrait pouvoir identifier un fondement juridique à la force obligatoire des conventions. Comment justifier sinon que les accords relatifs aux libertés, pouvoirs et droits réels puissent être contraignants sans que cet effet ne découle d'obligations ? Seulement, en dehors des textes spéciaux (exemple : art. 2396 et 2413 et s. C. civ. concernant l'hypothèque conventionnelle), on peine à en identifier. Le Conseil constitutionnel n'a pas érigé l'adage *pacta sunt servanda* en principe à valeur constitutionnelle. La doctrine majoritaire critiquait l'intérêt pratique de la distinction entre contrat et convention sous l'empire de l'ancien texte (F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *op. cit.*, n° 77. – J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Sérinet, *op. cit.*, n° 40). Mais les termes de l'article 1103 C. civ. invitent à repenser cette critique.

En définitive, s'il est un mérite à la thèse du tout contractuel, c'est qu'elle assure la cohérence de la construction intellectuelle du législateur.

2. Le contrat et l'acte unilatéral

L'acte juridique est unilatéral ou conventionnel (art. 1100-1 C. civ.). En sa qualité d'accord de volontés rapprochant par un lien d'obligation au moins deux personnes, le contrat s'oppose à l'acte juridique unilatéral lequel n'est la manifestation unilatérale que d'une seule personne. Cette expression d'une volonté unique ne requiert ni offre, ni acceptation. Elle se suffit à elle-même.

L'acte juridique unilatéral n'en est pas moins producteur d'effets de droit.

EXEMPLES Le testament est un acte juridique unilatéral. Par son établissement, son auteur décide, selon les formes prévues par la loi, du sort de tout ou partie de ses biens pour le temps où il n'existera plus. Bien qu'unilatéral, il demeure l'expression de la volonté du testateur comme en témoigne sa libre révocabilité jusqu'à son décès.

Il existe bien d'autres actes juridiques unilatéraux pourvus ou non d'incidence patrimoniale : reconnaissance de paternité ou de maternité, renonciation à un droit ou à une succession, confirmation d'un acte nul, révocation d'une donation, résiliation unilatérale d'un contrat, licenciement, démission, etc.

L'acte juridique unilatéral trouve sa source dans un fait ou dans l'exercice d'une prérogative juridique. Il n'est jamais isolé mais s'inscrit toujours dans un rapport à l'autre. Ainsi, les actes unilatéraux processuels n'existent qu'en raison d'un différend avec un tiers et la reconnaissance de paternité ou de maternité n'intervient qu'à la suite d'une naissance. Dans une situation de droit, l'acte juridique unilatéral est toujours l'exercice d'une faculté ou d'une option : faculté d'exercer un droit (demander, renoncer, autoriser, confirmer, ratifier, préempter, rompre, etc.) ou de choisir entre plusieurs voies de droit possibles.

S'il se distingue du contrat, l'acte juridique unilatéral ne saurait être confondu avec l'engagement unilatéral, le contrat unilatéral ou le contrat dit avec soi-même.

En premier lieu, il ne saurait d'abord être assimilé à l'engagement unilatéral (*infra*, p. 267). Il est affecté d'un manque constitutif qui en limite l'efficacité. Il en résulte que l'acte unilatéral ne produit, comme on l'a vu, qu'un effet déclaratif (reconnaissance), translatif (testament), abdicatif (renonciation) ou encore extinctif (résiliation). Il semble au contraire que l'engagement unilatéral présente un degré d'efficacité supplémentaire en ce qu'il est de nature à créer une obligation à la charge de son auteur. La consécration d'une distinction sur cette base reste encore incertaine, mais plusieurs éléments militent en ce sens. D'une part, le législateur l'a ponctuellement admis, notamment en droit des sociétés si l'on conçoit que la création d'une société unipersonnelle (EURL, art. L.223-1 C. com; SASU, art. L.227-1 C. com.) est le fruit d'une manifestation unilatérale de volonté. D'autre part, la jurisprudence reconnaît parfois la valeur obligatoire d'un engagement unilatéral. Enfin, la doctrine y est favorable (*ex multis*: M.-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, préf. J. Mestre, PUAM, 1996).

En deuxième lieu, l'acte unilatéral se distingue du contrat unilatéral. Cette convention n'est créatrice d'obligation qu'à l'égard d'une seule personne, mais elle reste le fait de la rencontre d'une offre et d'une acceptation. Ainsi, la donation implique le dépouillement actuel et irrévocable d'un bien du donateur au profit du donataire. Bien que l'acte soit mû par l'intention libérale du premier se traduisant par sa gratuité, il n'en demeure pas moins que le second est tenu d'exprimer son acceptation pour recevoir ledit bien dans son patrimoine.

En troisième lieu, le contrat dit avec soi-même ne saurait emporter une requalification de l'accord de volontés en acte unilatéral. L'expression comporte une ellipse : en réalité, le contrat avec soi-même est un contrat conclu avec un autre. Il y a bien deux parties à l'opération, mais une seule personne réunit deux qualités distinctes. D'un côté, la personne conclut le contrat dans la poursuite de son intérêt personnel. De l'autre, elle intervient en vue de satisfaire la réalisation des intérêts d'une autre personne. En cette qualité particulière, généralement un mandat légal ou conventionnel, elle n'est pas partie à l'opération. Seule la personne qu'elle représente l'est. Elle seule exprime son consentement par l'intermédiaire de son représentant et elle seule est juridiquement engagée.

EXEMPLES

Se pose la question de savoir si un tuteur peut faire l'acquisition de biens composant le patrimoine de la personne protégée. Dans cette hypothèse, le tuteur a pour mission de protéger les intérêts de l'incapable et le législateur est particulièrement soucieux de la conservation de son patrimoine. L'article 509 du Code civil dresse une liste d'actes qu'il ne peut accomplir ; de même que l'article 1596 fait obstacle à ce qu'il se porte adjudicataire des biens de celui dont il a la tutelle. À titre exceptionnel et dans l'intérêt de la personne protégée, l'article 508 du Code civil consent à ce que le tuteur qui n'est pas mandataire judiciaire à la protection des majeurs puisse, sur autorisation du conseil de famille ou, à défaut, du juge, acheter les biens de celle-ci ou les prendre à bail ou à ferme. Le contrat de vente ou de louage dont il s'agit est un contrat avec soi-même. Le tuteur intervient en tant que représentant de la personne protégée qui vend ou loue son bien et comme acheteur ou locataire pour ses besoins propres.

Dans l'hypothèse du mandat conventionnel, le droit commun du mandat attribue au mandataire la qualité de représentant du mandant. L'article 1596 du Code civil s'oppose à ce que le mandataire se porte adjudicataire de biens qu'il est chargé de vendre. Le droit des sociétés connaît de ce type de situation lorsque les mandataires sociaux sont en situation de conclure des conventions avec la société qu'ils représentent par ailleurs.

Il arrive parfois que l'intervenant à la conclusion du contrat revête deux qualités distinctes. Dans cette hypothèse, la double expression de volonté n'est pas un bégaiement d'une volonté unique, mais bien l'expression de la volonté de deux personnes différentes.

REMARQUES

En d'autres termes, le débat primitif sur la qualification du contrat avec soi-même ressurgit aujourd'hui à travers la question des conflits d'intérêts. L'idée était déjà formulée à travers l'adage *nemo in rem suam auctor esse potest* (nul ne peut se donner d'autorisation pour sa propre affaire) et prend forme en droit constitutionnel avec le principe de séparation des pouvoirs. Il investit aujourd'hui tous les pans de la vie en société : la politique, la justice, la vie des affaires.

Le législateur règle le plus souvent le risque de conflit d'intérêts. Ainsi, s'agissant du tuteur, en dehors des hypothèses d'interdictions pures et simples, l'article 454 alinéa 5 du Code civil prévoit que si les intérêts du mineur sont en opposition avec ceux du tuteur, le subrogé tuteur doit alors représenter le mineur. De même, le Code de commerce encadre le régime des conventions réglementées et interdites aux articles L.223-19 à L. 223-2, pour les sociétés à responsabilité limitée, et L.225-38 à L.225-43, pour les sociétés anonymes.

Se refusant au renvoi aux seuls principes directeurs du droit commun des contrats, au premier rang desquels la bonne foi, ou à l'édification d'un principe général de prohibition des conflits d'intérêts, il a néanmoins adopté introduit l'article 1161 C. civ. La disposition qui vise à lutter contre les conflits d'intérêt comporte nombre de conditions et d'exceptions dont le renvoi aux droits spéciaux. Il laisse ainsi libre court à l'inflation textuelle au gré des événements d'actualité.

La jurisprudence se montre parfois accueillante quant à l'expression de volonté du représentant. Ainsi, il a été admis que « *la double qualité en laquelle intervient le signataire d'un acte juridique, d'une part à titre personnel et, d'autre part, en qualité de représentant d'un tiers, n'imposant pas la nécessité d'une double signature comme condition de validité de l'acte* » (Cass. com., 9 mai 2018, n° 16-28.157, à paraître au Bull., JCP G 2018, 782, n° 4, obs. Y.-M. Sérinet).

3. Le contrat et les accords non-obligatoires

Si tout n'est pas obligationnel dans le contrat, c'est bien le rapport d'obligation qui est constitutif du lien qui unit les parties. En cela, le contrat se démarque d'autres accords qui naissent de la volonté des parties, qui sont le fruit de la rencontre des consentements, mais qui ne sont pas générateurs d'obligations. Schématiquement, on distingue les actes de courtoisie ou de complaisance et les engagements sur l'honneur.

a. Les actes de courtoisie ou de complaisance

Les actes de courtoisie ne peuvent être qualifiés de contrat. Ils sont dépourvus d'*animus contrahendi*, autrement dit d'intention de contracter. Les personnes concernées par l'acte n'ont pas entendu placer leur relation sur le terrain du droit. Elle est en dehors du droit. Elle relève, pour reprendre la formule du doyen Jean Carbonnier du « non-droit ». L'amitié, à laquelle a été consacrée une thèse entière, n'est pas contractuelle.

EXEMPLES

L'acte de courtoisie peut être positif et consister, par exemple, en une invitation à dîner, une promesse familiale, une promesse politique. Concernant cette dernière, la Cour d'appel de Paris a expressément énoncé le principe selon lequel les promesses politiques ne constituent pas des obligations civiles (CA Paris, ch. 1, sect. A, 18 oct. 1994, RG n° 95/25163, RTD civ. 1995, p. 351, obs. J. Mestre).

L'acte peut être également négatif et prendre la forme d'une tolérance de la cueillette de fleurs ou d'une autorisation implicite d'emprunter une propriété privée sans qu'il n'en soit tiré quelconque conséquence sur la qualification de servitudes.

Il en résulte qu'aucune sanction juridique ne saurait être prononcée en cas d'inobservance de cet engagement en réalité purement moral. À tout le moins, le juge peut y déceler un fait juridique de nature à justifier la mise en œuvre du régime de la responsabilité civile extracontractuelle.

REMARQUE

Encore faut-il qu'il s'agisse d'un véritable engagement moral. Dans une affaire mettant au prise deux sociétés de prêt-à-porter ayant commis des actes de contrefaçon avec une troisième, un accord transactionnel avait été conclu pour mettre fin leur litige. Les deux premières avaient pris « *l'engagement en tant que de besoin, de ne pas copier les produits commercialisés par [sa concurrente]* ». L'accord précisait « *que l'engagement [en cause] constitue un engagement exclusivement moral dont tout éventuel manquement ne saurait être considéré comme une inexécution des termes du présent protocole* ». Malgré tout, la troisième continuait par la suite d'être victime d'actes de contrefaçon et décidait de saisir les tribunaux. Les juges du fonds accueillirent notamment un recours indemnitaire sur le fondement de l'accord. Les sociétés objectèrent que leur engagement était purement moral et donc juridiquement insusceptible de sanction. La Cour de cassation a au contraire approuvé la cour d'appel d'avoir retenu que ledit engagement exprimait en réalité une volonté non équivoque et délibérée de s'obliger envers la société concurrente (Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-13.189; RTD civ. 2007, p. 340, obs. J. Mestre et B. Fages; RDC 2007/3, p. 697, obs. Y.-M. Laithier).

La nature des actes de complaisance est en revanche moins tranchée. La jurisprudence fait état de solutions divergentes. L'acte de transport bénévole se voit systématiquement refuser la qualification de contrat. En revanche, en matière d'assistance bénévole, la jurisprudence découvre régulièrement une convention créatrice d'obligations (Cass. 1^{re} civ., 27 mai 1959, JCP 1959, II, 11187, note P. Esmein. – Cass. 1^{re} civ., 27 janv. 1993, n° 91-12.131, RTD civ. 1993, p. 584, note P. Jourdain). Cette variation prétorienne naît d'arguments de pure opportunité. Dans le premier type d'acte, les juges prennent acte du caractère désintéressé du service rendu et allègent d'autant la responsabilité du transporteur bénévole. Dans le deuxième, ils identifient un fondement juridique afin de mettre à la charge de l'assisté une obligation d'indemniser le dommage subi par l'assistant ou pour le moins de le prémunir contre toute action d'un tiers à son encontre.

JURISPRUDENCE

L'existence d'un contrat n'est pas exclusive de la reconnaissance en sus d'une convention d'assistance bénévole.

À l'occasion de l'exécution d'un contrat d'entreprise, le créancier avait été victime d'une chute en voulant aider son débiteur. L'accident se produisant en dehors du lieu d'exécution de la prestation se posait la question de savoir si le débiteur avait une quelconque responsabilité et donc si son assurance était tenue d'indemniser la victime. La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel ayant reconnu qu'une convention d'assistance, accessoire au contrat d'entreprise, était intervenue emportant nécessairement l'obligation pour l'assisté de réparer les conséquences des dommages corporels subis par celui auquel il avait fait appel (Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1997, n° 95-17.880, RTD civ. 1997, p. 944, obs. P. Jourdain).

b. Les engagements sur l'honneur

Les engagements sur l'honneur ou *gentlemen's agreements* sont des accords dont l'efficacité est conditionnée par la loyauté respective des parties qui s'engagent. En cas d'inexécution, elles s'interdisent d'exercer tout recours judiciaire. Ces engagements peuvent être perçus comme la manifestation la plus éclatante de la confiance réciproque entretenue par les parties ou, au contraire, comme une forme de prudence voire de défiance : étant autorisées à ne pas respecter leurs engagements sans avoir à craindre quelconque sanction juridique.

En dehors de relations familiales ou amicales, le droit français appréhende ce type d'accord avec suspicion. Il y est vu une manière d'écartier la compétence des juridictions étatiques ou arbitrales, ce qui est traditionnellement considéré comme privant alors les parties d'accéder à la justice. Au-delà de la question du droit au juge, la volonté des parties d'échapper à l'application du droit étatique est de nature à dissimuler des activités éventuellement illicites, d'autant plus lorsque ce type d'accord est couvert du sceau de la confidentialité.

En cas de litige, les juridictions françaises ne s'estiment cependant pas tenues par ces accords. Elles n'hésitent pas à conférer aux engagements un caractère obligatoire et exécutoire, autrement dit à la requalifier.

JURISPRUDENCE

Avant l'intervention de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, la Cour de cassation a ainsi qualifié l'engagement par une lettre d'intention de la société mère de faire le nécessaire pour que la filiale dispose d'une trésorerie suffisante lui permettant de faire face à ses engagements au titre des crédits de trésorerie et de découvert envers la banque, d'obligation de résultat (Cass. com., 26 févr. 2002, n° 99-10.729, D. 2002, p. 1273, obs. A. Lienhard ; RTD com. 2002, p. 525, obs. M. Cabrillac).

L'article 2322 du Code civil élève la lettre d'intention au rang de sûreté confirmant la nécessité d'une analyse *in concreto* des termes de ce type d'accord.

REMARQUES

Les lettres d'intention sont fréquentes en droit international public. Les États et organisations publiques internationales se ménagent souvent un degré de latitude suffisant pour se défaire sans contrainte de leurs engagements. La pratique ne tient pas seulement à la souveraineté des États. Elle résulte parfois des ordres juridiques eux-mêmes. Ainsi, la Commission européenne adopte souvent des positions de compromis à l'égard de sujets de l'ordre juridique européen. Ces positions exprimées sous forme de déclarations sont souvent de véritables *gentlemen's agreements* dont la portée contraignante est limitée par leur potentielle remise en cause par la Cour de Justice de l'Union européenne.

À titre d'illustration, plusieurs plaintes avaient été déposées à l'encontre de la FIFA concernant sa réglementation en matière de mutation internationale de footballeurs en 1997 et 1998. La Commission européenne ouvrit une procédure d'infraction. Émettant des doutes sérieux quant à la validité de certaines mesures, elle délivra à la FIFA une communication des griefs. Cette procédure stimula les discussions entre les parties prenantes jusqu'à l'annonce de la conformité au droit du marché intérieur de l'engagement de la FIFA à se conformer à certains principes sur la base desquels elle modifiera par la suite sa réglementation en la matière. Il s'agit d'un véritable *gentlemen's agreement* constitutivement fragile qui, pour ne pas être remis en cause par la Cour de justice de l'Union européenne, fait l'objet de régulières modifications.

En droit international privé, ces accords sont globalement bien accueillis, notamment sous l'influence des droits étrangers et tel le droit anglais qui admet que les engagements sur l'honneur échappent aux tribunaux.

4. Le contrat et les *smart contracts*

La *blockchain* est une base ordonnée de données partagées sur un réseau de serveurs sans serveur central fonctionnant sur la base d'algorithmes (L. Godefroy, « *Le code algorithmique au service du droit* », D. 2018, p. 734). Elle permet ainsi le stockage et la transmission d'informations grâce à des échanges cryptés de pair à pair. Elles peuvent être publiques et donc accessibles à tous sans intervention d'un régulateur ou d'un contrôleur, le contrôle étant horizontal et s'opérant intégralement par le réseau. Contrairement à sa philosophie originelle, les *blockchains* privées ou hybrides (*blockchains* de consortium), requérant une identification préalable de leurs utilisateurs, sont celles qui aujourd'hui connaissent le plus grand succès. Ainsi, cette chaîne de blocs de données contient l'historique de tous les échanges réalisés sur le réseau assurant la traçabilité et donc la vérifiabilité des opérations qu'ils traduisent (M. Mekki, « *Les mystères de la blockchain* », D. 2017, p. 2160 ;

D. Legeais, « *Blockchain* », J.-Cl. Comm., Fasc. 534, 2018 ; F. Marmoz (dir.), *Blockchain et droit*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2019). Ses caractéristiques techniques rendent cette technologie propre à remplir trois fonctions (D. Legeais, *op. cit.*, n° 21 et s.) : l'enregistrement de données et leur certification, la transaction digitale et le paiement, être le support de *smart contracts* (N. Szabo, « *The Idea of Smart Contracts* », 1997, issu de l'article « *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks* », 1997).

L'émergence de cette technologie de la *blockchain* exhume ainsi le rêve ancien du contrat mécanisé, aujourd'hui numérisé. Mais le *smart contract* est-il vraiment un contrat ? Un consensus se dégage parmi les auteurs en faveur du rejet actuel de cette qualification (D. Legeais, *op. cit.*, n° 52 ; M. Mekki, « *Le contrat, objet des smart contracts* », Dalloz IP/IT 2018, p. 409 ; C. Zolynski, « *Blockchain et smart contracts : premiers regards sur une technologie disruptive* », RDBF 2017, dossier 4). Il est un protocole informatique qui, grâce à la fonction d'horodatage de la *blockchain*, permet de rapporter la preuve de l'existence d'un contrat ; qui automatise certaines décisions et opérations réalisant les modalités d'exécution d'un contrat (*smart contract code*) ; mais l'on peut douter qu'il réunisse les conditions d'un contrat au sens de l'article 1101 C. civ. (*smart legal contract*). Existe-t-il un accord de volontés ? Il faut pour ce faire pouvoir identifier un échange de consentements. Or l'automatisation des instructions susceptibles de modifier l'ordonnancement juridique ne procède pas en soi d'un acte de volonté. L'entrée dans le réseau de la *blockchain* vaut-il alors consentement – exprès, implicite ou tacite – aux opérations informatiques susceptibles d'être engendrées par l'entrée de toute nouvelle donnée ? Autant les *blockchains* privées ou hybrides permettent d'identifier une partie et un éventuel consentement, autant elles offrent moins de garanties à ce niveau lorsqu'elles sont publiques. Le consentement existerait-il, encore faudrait-il qu'il soit éclairé, voire même libre en raison du produit de l'automatisation des instructions informatiques.

Au-delà de la qualification, les *smart contracts* suscitent de multiples interrogations quant à leur nature juridique (D. Legeais, *op. cit.*, n° 62), à son régime et notamment à son exécution (C. Zolynski, *op. cit.* ; B. Dondero, « *Les smart contracts* », in *Le Droit civil à l'ère du numérique*, LexisNexis, 2017 ; G. Guerlin, « *Considérations sur les smart contracts* », Dalloz IP/IT 2017, p. 512), le rapport aux tiers (H. de Vauplane, « *Le droit civil à l'épreuve de la blockchain* ») ou encore l'imputation du dommage résultant d'une défaillance de la technologie (C. Zolynski, *op. cit.*).

B. Sources

1. Les sources constitutionnelles

La Constitution française ne traite pas directement du droit des contrats. Tel n'est pas son objet qui consiste pour l'essentiel à déterminer les règles d'exercice du pouvoir, l'organisation des institutions et leur fonctionnement. Ceci dit, l'article C 34 dispose que la loi fixe les règles concernant «les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques». Or la liberté contractuelle est une liberté publique. Le Conseil constitutionnel a ainsi été amené à se prononcer sur la valeur de la liberté contractuelle dans un contexte normatif de plus en plus favorable à son intervention avec la constitutionnalisation du préambule de la Constitution de 1958 (Cons. const., 16 juill. 1971, n° 71-44, DC, *JORF* 18 juill. 1971, p. 7114), la réforme de 1974 élargissant les cas de saisine ou encore celle de 2008 créant la question prioritaire de constitutionnalité. Dans un premier temps, les sages de la rue de Montpensier ont estimé que «le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle» et qu'il ne résulte d'aucune disposition constitutionnelle «un principe constitutionnel dit de l'«autonomie de la volonté» [...]» (Cons. const., 20 mars 1977, n° 97-388, DC, *JORF* 26 mars 1977, RTD civ. 1978, p. 99, note N. Molfessis). La liberté contractuelle n'était alors reconnue que comme un moyen servant d'autres fins, permettant l'exercice des libertés fondamentales. Puis, dans sa décision relative à la loi sur les trente-cinq heures, il énonça que «le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaissamment la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen» (Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401, DC, *JORF* 14 juin 1998, p. 9033, RTD civ. 1998, p. 796, note N. Molfessis). Dans la continuité de cette décision, il accorda une certaine valeur au principe d'intangibilité des conventions considérant que «sauf à porter à ces conventions une atteinte contraire aux exigences constitutionnelles sus-rappelées, [le législateur] ne pouvait, dans les circonstances particulières de l'espèce remettre en cause leur contenu que pour un motif d'intérêt général suffisant» (Cons. const., 13 janv. 2000, n° 99-423, DC, *JORF* 20 janv. 2000, p. 992). Il fallut attendre une décision du 19 décembre 2000 pour que le Conseil constitutionnel affirme de manière expresse que la mesure soumise à son examen «inspirée par des motifs d'intérêts général, n'apporte pas à la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen une atteinte contraire à la Constitution» (Cons. const., 19 déc. 2000, n° 2000-437, DC, *JORF* 24 déc. 2000, p. 20576, RTD civ. 2001, p. 229, note N. Molfessis). Partant, ses décisions ultérieures ne cesseront de confirmer que la liberté contractuelle a valeur constitutionnelle.

JURISPRUDENCE

Ainsi, dans une décision récente, il fait application du principe selon lequel «il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle

qui découlent de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi» (Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-372).

Parce que la loi détermine les principes fondamentaux du régime des obligations civiles et commerciales en application de l'article C 34, le Conseil constitutionnel a rendu de nombreuses décisions en cette matière.

JURISPRUDENCE Il a ainsi constitutionnalisé le droit de résiliation unilatérale dans les contrats à durée indéterminée (Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419, DC, *JORF* 16 nov. 1999, p. 16962, RTD civ. 2000, p. 109, obs. J. Mestre et B. Fages).

La création de la question prioritaire de constitutionnalité pourrait accroître la constitutionnalisation du droit des contrats. Rappelons qu'elle autorise le demandeur à l'action à soulever en cours d'instance l'inconstitutionnalité d'une disposition législative. À l'heure actuelle, cette voie processuelle n'a pas conduit à la promotion de nombreux principes contractuels. À vrai dire, seule la protection constitutionnelle du principe de « pérennité contractuelle » a été réaffirmée à plusieurs reprises (Cons. const., 13 mai 2011, n° 2011-126, QPC, *JORF* 13 mai 2011, p. 8400. – Cons. const., 24 juin 2011, n° 2011-141, QPC, *JORF* 25 juin 2011, p. 10842. – Cons. const., 7 oct. 2011, n° 2011-177, QPC, *JORF* 8 oct. 2011, p. 17020. Jurisprudence consécutive à la décision Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 DC).

2. Les sources internationales

a. Les sources internationales non-européennes

Les traités et autres conventions internationales sont reçus dans l'ordre juridique étatique français dans les conditions visées par les articles 52 et suivants de la Constitution de 1958. Aux termes de l'article C 55, ils ont dès leur publication et sous réserve d'avoir été régulièrement ratifiés ou approuvés valeur supra-législative.

En toute hypothèse, le droit commun des contrats est affaire des États-nations. Toutefois, les accords internationaux sont susceptibles d'intervenir dès lors qu'un contrat présente un élément d'extranéité afin de régler les difficultés nées de la dimension internationale de la relation contractuelle. Si le Code civil comprend des dispositions relatives à la compétence des juridictions françaises pour connaître des litiges relatifs aux obligations contractées par un étranger en France ou par un Français à l'étranger (art. 14 et 15 C. civ.), il demeure largement incomplet notamment en matière de conflits de lois. Aussi, le droit international privé français des contrats est pour l'essentiel un droit issu des traités.

Plus précisément, en matière de conflits de lois s'applique le règlement n° 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit Rome I, adopté le 17 juin 2008. Quant aux conflits de juridictions, le règlement n° 12158/2012

Bruxelles I bis du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matières civiles et commerciales remplace le règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000 qui se substituait à la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Ces textes ont une dimension européenne, même s'ils produisent des effets au-delà. S'y ajoute notamment la convention de La Haye, adoptée le 30 juin 2005 et applicable aux accords d'élection de for, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2015.

Pour le reste, les traités internationaux concernent plus particulièrement les contrats spéciaux. Il en va ainsi de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise en date du 11 avril 1980. Conformément à son article 1^{er} 1), elle a vocation à s'appliquer «aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des États différents lorsque ces États sont des États contractants ou lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant». Si ce type de texte peut servir de références pour les acteurs du commerce international, en pratique ils les écartent lorsqu'ils ne cherchent pas plus simplement à écarter la compétence des juridictions étatiques au profit de juridictions arbitrales privilégiant, sauf stipulations contraires, les usages du commerce international.

b. Les sources internationales européennes

i. Le droit du marché intérieur de l'Union européenne

Le droit de l'Union règle avant tout comme l'a vu les conflits de lois et de juridictions. En sus de nombreux textes issus du droit dérivé intéressent le droit des contrats et principalement le droit des contrats spéciaux. On pense naturellement à la directive 99/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation intégrée au droit français. Mais certaines directives influencent directement les modifications apportées au Code civil: la directive 99/93/CE du 13 décembre 1999 sur les signatures électroniques qui a conduit à l'adoption de l'article 1316-4 C. civ. ou encore la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative au commerce électronique à l'origine de l'introduction des articles 1369-4 et suivants au sein dudit code.

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne tend ensuite à colorer les droits nationaux des préceptes issus des traités fondateurs. Elle n'hésite pas à sanctionner les législations nationales créant des dispositions qu'elle identifie comme constitutives d'entraves injustifiées et disproportionnées à la libre circulation des travailleurs, des marchandises, des services et des capitaux.

Se pose à terme la question de l'adoption d'un code européen des obligations. Des projets privés réalisés par des réseaux européens de chercheurs (Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law, etc.) ont commencé à préparer le terrain d'une telle construction. Il ne faut pas oublier non plus les Principes du droit européen du contrat ou Principes Lando du nom du président de la commission qui les a élaborés, les Principes Unidroit ou encore les travaux de l'Association Henri Capitant et de la Société de législation comparée qui proposent

de dégager des règles consensuelles en cette matière. Fin 2004, la Commission européenne a officiellement lancé un projet d'élaboration d'un « cadre commun de référence ». Les travaux relatifs au cadre commun de référence ont pris la forme de divers groupes de travail dont les résultats sont publiés au fur et à mesure de l'aboutissement des recherches. Mais il s'agit pour l'essentiel d'offrir aux États membres une boîte à outils dont ils peuvent s'inspirer pour faire évoluer de façon autonome leur législation dans le sens d'une certaine convergence.

ii. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) a été ratifiée par la France le 3 mai 1974. Depuis lors, elle ne cesse de fonder les recours dans les litiges portant sur la matière contractuelle. L'activité de la cour éponyme influence voire corrige, parfois à l'excès, les positions de l'État et donc de la Cour de cassation. Elle soutient également les demandes des justiciables lorsque, parties à un contrat, ils subissent des atteintes disproportionnées aux droits et libertés fondamentaux reconnus par la CEDH.

Pourtant seul l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 4 concerne le droit des contrats en ce qu'il prévoit que « nul ne peut être privé de sa liberté pour la seule raison qu'il n'est pas en mesure d'exécuter une obligation contractuelle ». La jurisprudence de la Cour EDH ne s'épuise pas dans cette disposition et trouve dans les autres articles de la convention le fondement nécessaire à la protection des droits et libertés fondamentaux des citoyens européens. Ainsi, les interventions du législateur dans la matière contractuelle peuvent être analysées comme une violation du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 CEDH.

3. Les sources législatives

Le droit commun des contrats se retrouve dans les dispositions du Code civil qui a valeur législative. Rappelons que l'article C 34 fixe les principes fondamentaux gouvernant les obligations civiles mais il appartient au pouvoir réglementaire d'en assurer l'effectivité.

D'autres textes législatifs confirment des tendances jurisprudentielles, mais généralement en matière de relations commerciales ou de consommation.

EXEMPLES

On citera la loi sur les nouvelles régulations économiques (NRE) du 15 mai 2001 qui a porté une attention toute particulière à l'équilibre des prestations entre partenaires économiques, sanctionnant l'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique.

La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a institué un dispositif de sanction à l'encontre des entreprises soumettant ou tentant de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

Plus récemment encore, la loi Hamon sur la consommation du 17 mars 2014 a renforcé le formalisme de la relation contractuelle entre fournisseurs et distributeurs faisant par exemple des conditions générales de vente le point de départ de la négociation contractuelle.

Au final, par des lois spéciales, rarement guidées par une exigence de cohérence, le législateur entend à la fois stimuler l'activité économique, et donc la pratique contractuelle, et réduire les déséquilibres économiques et même psychologiques des contractants. La liberté offerte par le droit commun se réduit d'autant. Ainsi se poursuit le mouvement pendulaire en faveur d'une prééminence du droit spécial sur le droit commun jusqu'à un retour de balancier prochain en faveur de celle du droit commun.

Le bicentenaire du Code civil a été en effet l'occasion de s'interroger sur la place de notre droit commun à l'heure de la mondialisation. Si les acteurs politiques et économiques sont en concurrence, les droits également. Une course à l'attractivité est lancée sur fond de liberté contractuelle, de sécurité juridique voire de justice contractuelle. De nombreux projets de réforme ont vu le jour : l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription élaboré sous la direction du Professeur Pierre Catala se cristallisant par la réforme de la prescription en matière civile en 2008 ; le projet de l'Académie des sciences morales et politiques dirigé par le Professeur François Terré ou encore celui de la Chancellerie à la concrétisation incertaine. Au-delà du rajeunissement du Code civil, il s'agit d'être à pied d'œuvre dans la lutte d'influence que mènent les ordres juridiques étatiques notamment dans le cadre de l'élaboration de projets équivalents à l'échelle européenne (*supra*, p. 40).

4. Les sources administratives

En dehors des règlements pris en application d'un texte législatif, il existe de nombreuses normes de nature administrative susceptibles d'avoir quelconque incidence sur le droit des contrats. Elles peuvent adopter un caractère contraignant (périodes des soldes, durée des ventes promotionnelles, ouverture dominicale des magasins, etc.), interprétatif (circulaires) ou simplement déclaratif.

En sus, la multiplication des autorités administratives indépendantes (ex : Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, Autorité de la concurrence, etc.) et des autorités publiques indépendantes (ex : Autorité des marchés financiers, Autorité de régulation des jeux en ligne, etc.), qui ont la particularité d'être dotées de la personnalité juridique, et plus récemment d'une autorité constitutionnelle indépendante (Défenseur des droits) nourrit d'autant la production d'avis et autres recommandations venant s'agréger aux textes existant.

5. La jurisprudence

On ne saurait éluder l'impact de la jurisprudence en cette matière. Il est acquis que le juge n'est pas que la « bouche de la loi » pour reprendre l'expression de Montesquieu. La fonction de juger ne se limite pas à dire le droit. Elle implique d'interpréter les textes et d'apprécier, le cas échéant, les faits afin de prononcer ce que Ronald Dworkin désigna comme « la bonne solution ». Or les textes ne permettent pas nécessairement une orientation des juges vers cette fin espérée.

Ainsi, si les articles 1188 à 1192 du Code civil proposent une méthode d'interprétation des conventions, ce n'est pas pour autant qu'ils permettent au juge d'y voir plus clair lorsque les stipulations imaginées par les parties ne le sont pas. Plus encore, le Code civil offre lui-même une certaine liberté aux juges par la généralité des termes employés dans certains articles. Ainsi, les articles 1103 et 1194 du Code civil ont été le siège de la découverte des obligations de sécurité et d'information (*infra*, p. 170). Par la technique du « forçage de contrat », les juges ont mis à jour des stipulations non écrites. Une question récurrente dans les litiges contractuels concerne le sort réservé au contrat : le juge doit-il respecter l'orthodoxie des termes du contrat exprimant la volonté des parties ou doit-il être guidé par la nécessité de sauvegarder la convention et donc l'opération économique qu'elle rend possible ? Plutôt que d'anéantir le contrat, il préférera inviter les parties à en modifier les termes, à rééquilibrer leur relation juridique, en s'inspirant voire en se fondant si besoin est sur le droit de la concurrence ou le droit de la consommation. Ce travail jurisprudentiel est consacré à travers les arrêts de la Cour de cassation dont l'étude ne cesse de nourrir les réflexions de la doctrine, décelant ça et là tel ou tel nouveau principe contractuel.

6. La pratique

a. La pratique coutumière

Les usages sont sources de droit. Ils sont une source pour le droit des contrats à laquelle se réfère d'autant plus facilement le juge lorsque la loi est lacunaire. Les relations commerciales sont le lieu privilégié de la reconnaissance des usages.

EXEMPLE Dans un arrêt en date du 9 janvier 2001, la chambre commerciale de la Cour de cassation a confirmé un arrêt d'appel ayant retenu que « selon un usage constant entre commerçants, les prix s'entendent hors taxes, sauf convention contraire » pour déterminer le prix de cession d'actifs d'une entreprise en redressement judiciaire (Cass. com., 9 janv. 2001, n° 97-22.212, RTD civ. 2001, p. 870, obs. J. Mestre et B. Fages).

Lorsqu'il les reconnaît, le juge va appliquer les règles particulières qu'ils édictent.

b. La pratique conventionnelle

Le contrat est une source de droit à part entière. En s'imposant réciproquement des obligations ou à l'une d'entre elles seulement, les parties règlent leur comportement respectif. Il détermine de manière précise ces obligations mais peut parfaitement constituer un cadre général de leurs relations futures. Tel est l'objet du contrat-cadre qui dans sa fonction matricielle va générer des contrats d'application au gré des besoins et capacités des parties à la relation contractuelle.

Dans un autre genre, la convention collective est un accord conclu entre des représentants d'employeurs et de salariés, ou en tout cas considérés comme leurs représentants, définissant certaines règles en matière de conditions d'emploi, de

travail et de garanties sociales. Elle présente la double particularité de s'appliquer au-delà des seuls signataires au sein d'un même secteur, d'une même branche ou d'une entreprise et de dicter le contenu minimum des contrats individuels de travail qui ne peuvent y déroger que dans un sens plus favorable aux salariés.

En somme, le contrat règle des comportements au point d'être conclu expressément à des fins normatives.

EXEMPLE Ainsi, le contrat constitutif de tout groupement prévoit la création d'organes représentatifs. Les statuts qui définissent leur composition, leur fonctionnement et leurs compétences les habilite à produire de la norme : règlement intérieur, règlement disciplinaire, etc. Ces règlements s'imposent aux membres de ces groupements tout en conservant leur nature contractuelle.

REMARQUE Il convient de souligner la tendance récente d'élaboration de codes de bonne conduite et chartes d'éthiques. Insufflant un peu de morale à un moment où la loi s'en expurge, ces règlements ont une nature juridique contractuelle, voire quasi-contractuelle. Leur portée normative reste toutefois variable, oscillant entre le déclaratif, le réitératif, l'interprétatif et le contraignant. Derrière cette « illusion d'éthique » se cachent parfois de véritables engagements qui lient les parties. Leur violation justifie des sanctions sur le fondement des quasi-contrats, du droit des contrats voire, en droit spécial, sur le terrain des pratiques commerciales trompeuses.

C. Principes directeurs

Le droit commun des contrats est l'héritage de traditions juridiques historiques. Si l'influence du droit romain est incontestable, on ne saurait réduire la philosophie des rédacteurs du Code civil à une modernisation des concepts d'alors.

La première raison tient au travail de synthèse inachevé des Romains, y compris à l'époque classique. Il est inexact d'évoquer la notion de contrat sous l'empire de l'ancien droit romain dans la mesure où la notion n'apparaît qu'à l'époque classique. Mais si les Romains sont alors parvenus à synthétiser une *théorie* du contrat, ils n'ont pas pour autant formulé une *théorie générale* du contrat. En outre, les contrats primitifs étaient caractérisés par un formalisme qui s'éloigne de la conception du code napoléonien.

La deuxième raison est que d'autres sources ont influencé les rédacteurs du Code civil. On retrouve les empreintes du droit canonique et de la morale chrétienne dans le principe de la force obligatoire qui n'est autre que la reformulation de l'adage *pacta sunt servanda*. De même, l'école du Droit de la nature a exercé une influence décisive. Suarez utilisait l'adage précité; Grotius s'appuyait sur la règle *solus consensus obligat* et dans son *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* (1801), Portalis ne cesse de faire expressément référence à la nature et au droit naturel. La nature n'est pas celle extérieure à l'homme. Elle est la nature de l'homme.

Autrement dit, le Code civil est animé par la philosophie libérale de la Révolution et fait la part belle à l'idéologie individualiste. L'autonomie de la volonté constitue ainsi la source de trois grands principes : la liberté contractuelle, l'exigence de bonne foi et la force obligatoire des contrats.

1. Une source commune aux principes : l'autonomie de la volonté

L'autonomie de la volonté est le principe de philosophie juridique aux termes duquel la volonté de l'homme se donne elle-même sa propre loi. Ce principe cardinal fonde traditionnellement la force obligatoire des conventions. La volonté est investie de toute la légitimité nécessaire pour que soit admise la contrainte exercée sur des individus. Parce que la contrainte n'est pas extérieure mais qu'elle vient de chacune des parties, elle est alors investie à son tour de cette légitimité. Ce parti pris implique la reconnaissance d'une liberté principielle : la liberté contractuelle. On perçoit déjà les limites de la théorie : impossible de reconnaître une liberté absolue aux individus car aucun modèle social ne serait viable sur cette base. Les rédacteurs du Code civil rappelaient Carbonnier ne se sont jamais fendus d'une conception absolutiste de la liberté contractuelle, y apportant *ab initio* des restrictions. Malgré la radicalité de l'expression de Fouillée « *Qui dit contractuel, dit juste* », la conception individualiste du droit des contrats a toujours été raisonnée et se manifeste dans les conséquences attachées à l'autonomie de la volonté (a), de sorte que son déclin, au moins apparent, peut surprendre (b).

a. Les conséquences de la théorie

La première conséquence juridique est que le contrat demeure la principale source d'obligations. Sa place dans le Code civil ne souffre pas de la comparaison avec celle occupée par les délits, quasi-délits et quasi-contrats.

La deuxième tient au caractère par principe supplétif des lois en cette matière. Elles n'ont vocation à s'appliquer qu'à défaut de volonté contraire des parties. Les lois définissent le régime général des contrats et le régime propre à certains contrats, mais les cocontractants sont en droit de les écarter, de déterminer eux-mêmes le contenu de leur convention, de guider le sens de l'interprétation à donner à leurs stipulations. L'autonomie de la volonté autorise même les parties à créer des contrats dits *innomés* (*infra*, p. 62), c'est-à-dire non régis par la loi. Le juge exacerbe cet effet au point parfois de travestir l'autonomie de la volonté en découvrant des obligations implicites par définition non exprimées par les parties.

La troisième concerne la fonction reconnue aux lois impératives. Doivent-elles nécessairement être perçues comme poursuivant des objectifs contradictoires avec l'autonomie de la volonté ? Elles peuvent être appréhendées comme garantissant la liberté et la sincérité des engagements volontaires des parties. En fixant les conditions de validité des contrats, elles renforcent la légitimité des engagements volontaires réguliers et donc la puissance de la volonté à lier les cocontractants.

La dernière conséquence porte sur l'expression de la volonté autonome. Dans la mesure où elle se suffit à elle-même, il n'est exigé aucune forme particulière pour conférer au contrat son efficacité. L'échange des consentements crée, modifie, éteint des obligations ou est translatif de propriété quel que soit son mode d'expression. Le consensualisme est la règle, le formalisme son exception.

b. Une théorie en déclin ?

Le poids donné à la théorie de l'autonomie de la volonté est aujourd'hui contesté. Dans sa thèse consacrée au sujet, Gounod en aurait amplifié les effets pour mieux la combattre. Autrement dit, l'autonomie de la volonté serait un prisme de lecture du droit commun des contrats et non son fondement. Au-delà de cette controverse épistémologique, de sérieux arguments conduisent à admettre le déclin de la théorie.

Son assise philosophique, politique, sociale et économique est fragile. L'autonomie théorique est combattue par l'inévitable interdépendance sociale de l'*homo juridicus*. Partant, comment pourrait-il prétendre agir volontairement en totale liberté ? En dehors de lui-même, l'individu est lié aux autres. En dedans également : la liberté est un délire du Moi écrivait Lacan. Cette double objection explique que la formule de Fouillée s'expose à la critique car le contrat peut être le siège de déséquilibres entre les contractants : déséquilibres se manifestant lors de la négociation et au moment de la conclusion pour produire tous ses effets dans l'exécution du contrat. Reprenons Lacordaire : « Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit ». Autrement dit, le contrat peut renforcer des inégalités et être source d'injustices.

La volonté qui naît du sujet de droit n'en demeure pas moins irrémédiablement soumise à la loi. Si elle est à la base de la hiérarchie des normes, c'est à la fois qu'elle la soutient et qu'elle dépend de sa relation avec les normes qui lui sont supérieures. Mais la critique doit néanmoins être mesurée : l'autonomie n'est pas l'indépendance. L'autonomie de la volonté se manifeste dans sa puissance créatrice, non dans sa toute puissance.

Les manifestations de ce déclin sont nombreuses. Sur le terrain du droit objectif, les sources d'obligations se multiplient : quasi-contrats, engagements unilatéraux, etc. On constate une intervention croissante du législateur signe d'une diminution de la place accordée à la volonté. Le droit commun est combattu par le droit spécial comme si l'innomé et le *sui generis* n'avaient pas leur place sauf à être un tant soit peu domestiqués par le législateur. On constate un accroissement significatif des lois impératives dans une double perspective. Il s'agit en premier lieu pour le législateur de s'assurer de l'efficacité de ses politiques, économiques notamment. En deuxième lieu, l'égalité devant la loi ne suffit plus. Les déséquilibres à la négociation et à la conclusion du contrat sont désormais combattus avec force. Alors que le principe de justice contractuelle a toujours été au fondement du contrat, la jurisprudence, soutenue par la doctrine, et le législateur s'échinent à consacrer de

nouveaux principes destinés à corriger ces déséquilibres : solidarité contractuelle, proportionnalité, etc. Au gré de ces évolutions, de nouveaux devoirs sont assignés aux contractants : devoir de négocier de bonne foi, justifiant la création d'obligations nouvelles, implicites (ex : obligations d'informer, de se renseigner, de conseiller) ou explicites et alors souvent impératives.

Malgré tout, l'autonomie de la volonté a encore un avenir certain. Le déclin se mesure le plus souvent à l'aune de ce qui est retiré à la volonté. Cette une approche négative masque mal le champ des possibles de la liberté contractuelle. L'autonomie de la volonté conserve toujours une place cardinale dans la vie des affaires. Ainsi, le fort encadrement législatif et réglementaire des activités financières et de financement ne parvient pourtant pas à épuiser l'imagination des juristes qui y trouvent l'opportunité de solliciter au mieux le droit commun.

2. La liberté contractuelle

Nous avons déjà évoqué la valeur de la liberté contractuelle. Nous ne nous attarderons que sur son contenu.

La liberté contractuelle se traduit traditionnellement par une quadruple faculté s'exerçant principalement au moment de la conclusion du contrat. La faculté de contracter ou de ne pas contracter ; celle de choisir son cocontractant ; celles de déterminer la forme et le contenu de ce contrat.

Cette liberté se trouve le plus souvent enserrée par la loi. Il convient alors de distinguer : soit la loi est supplétive ou interprétative, soit elle est impérative. Dans la première hypothèse, le texte s'applique à défaut de volonté contraire des parties au contrat ou donne une méthode d'interprétation de la volonté des parties. Dans la deuxième, elle s'impose aux parties qui ne peuvent y déroger. Attentatoire à cette liberté, la loi d'ordre public conserve un champ d'application restreint garanti par une interprétation stricte. Il s'agit en principe de normes protectrices de la volonté qui en renforcent le sens et la portée.

Ainsi, la liberté de contracter se trouve limitée à l'existence de contrats interdits. La liberté de ne pas contracter est contrecarrée par l'obligation légale de conclure certains contrats. On pense évidemment à l'obligation de souscrire un contrat d'assurance avant tout usage d'un véhicule (art. L.211-1 C. assur.). La liberté de choisir son cocontractant se traduit par le caractère discrétionnaire du choix. Son exercice ne doit pas pour autant révéler une forme de discrimination réprimée par les textes (art. 225-1 C. pén. et art. 14 CEDH). Au-delà de la question de la discrimination, le refus de contracter est parfois stigmatisé soit par le législateur (ex : refus de vente visé par l'article L.122-1 C. cons.), soit par la jurisprudence (Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2002, n° 01-01.093. – Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2010, n° 09-66.969 : faute de clause d'agrément, une association se trouve en situation permanente d'offre ferme et précise d'adhésion). À l'inverse, la loi impose de conclure un contrat avec tel partenaire en priorité (ex : le locataire occupant bien immobilier que le propriétaire décide de vendre, art. 15 Loi 6 juil. 1989).

Le consensualisme est peu propice au formalisme. Aussi, en droit commun des contrats, l'écrit n'est pas une condition de validité du contrat : il est exigé *ad probationem* et non *ad validitatem*. L'époque contemporaine est malgré tout marquée par un regain du formalisme. En dehors de régimes spéciaux censés protéger la partie faible (ex : salarié, consommateur, franchisé, etc.), il s'explique par deux tendances : d'une part, la découverte de nouvelles obligations mises à la charge des professionnels se traduit par l'aménagement de la preuve de leur exécution, réifiée par un écrit ; d'autre part, les contractants se soumettent eux-mêmes à standardiser leurs contrats, qu'il en soit d'usage dans tel secteur d'activité (ex : le commerce) ou par facilité de recourir aux formules prête à l'emploi. Le formalisme est ainsi parfois un produit de l'autonomie de la volonté.

Les parties définissent également elles-mêmes le contenu de leurs stipulations. Des contrats basiques aux montages contractuels (D. Poracchia, *thèse préc.*), les parties demeurent libres de traduire juridiquement le fruit de leur imagination. Bien entendu, elles ne peuvent déroger aux règles intéressant l'ordre public et les bonnes mœurs (art. 6 C. civ.), justifiant la nullité des stipulations poursuivant ayant un but illicite dans le second cas (Cass. 3^e civ., 21 juin 2018, n^o 17-10.175, RTD civ. 2018, p. 661, obs. H. Barbier). Au-delà, le contenu est parfois dicté par le législateur (ex : les conditions générales de vente dans les relations entre professionnels, les stipulations obligatoires dans les contrats de consommation, etc.). Les contrats innomés ne sont pourtant pas une espèce en voie de disparition. De surcroît, la réglementation du contenu des conventions n'annihile pas la liberté contractuelle. Elle en modifie l'orientation. Les contractants demeurent libres de compléter le contenu de ces conventions sous réserve de ne pas en bouleverser l'économie générale.

3. L'éthique de la volonté : la bonne foi

La bonne foi est une attitude ; celle du contractant dont le comportement doit manifester le partage d'une éthique commune. Elle ne relève pas de l'« être » ou de l'« agir », mais de l'être agissant.

Tout contractant a un devoir de loyauté consistant à ne pas dissimuler ce que l'on a, ce que l'on est, ce que l'on sait et ce que l'on fait. Le transfert de propriété sans titre, la profession sans la compétence, la compétence sans le savoir sont autant d'expressions de la mauvaise foi, à des degrés divers. En trompant son partenaire contractuel ou en faisant obstacle à la bonne exécution de ses obligations, le cocontractant manque à son obligation de bonne foi.

Cette qualité est éminemment attachée à la personne, à tel point qu'elle est présumée dans l'hypothèse visée à l'article 2274 du Code civil. Mais elle n'est convoquée qu'à l'égard des agissements de la personne. Reste à savoir quel est le champ d'application de la bonne foi. L'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil disposait que les conventions légalement formées « doivent être exécutées de bonne foi ». Était-ce à dire que la bonne foi ne devait se vérifier qu'au stade de

La collection **Spécial Droit** a pour ambition de satisfaire au double critère de la pédagogie et de l'excellence.

Reprenant la structure classique des plans de cours, chaque ouvrage s'attache à donner aux lecteurs des clefs de compréhension de la matière par une démarche méthodique et guidée qui n'exclut ni l'exhaustivité ni la rigueur du propos. Pour ce faire, des rubriques systématiques scandent le cours et des exercices corrigés sont proposés en fin de chapitres.

L'obligation est le lien de droit unissant un créancier et son débiteur. Le droit des obligations en est l'étude juridique.

Ce manuel traite de l'intégralité de la matière.

La première partie décrit les différentes sources d'obligations (contrat, acte juridique collectif, acte juridique unilatéral, quasi-contrat, responsabilité extracontractuelle).

La seconde partie traite du régime général des obligations (circulation et extinction des obligations).

L'ouvrage est à jour de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations issue de l'ordonnance du 10 février 2016 et de la loi de ratification du 20 avril 2018. Il entend mettre en lumière les enjeux et les débats suscités à cette occasion. Il intègre par ailleurs le projet de loi portant réforme du droit de la responsabilité civile.

Il s'adresse aux étudiants soucieux de comprendre cette branche du droit et d'en acquérir les fondamentaux mais intéressera également les praticiens désireux de s'assurer de sa maîtrise.

Gaylor Rabu est Maître de conférences HDR à l'Université d'Aix-Marseille, Membre du Centre de droit économique (EA 4224) et du Centre de droit du sport, co-Directeur du Master professionnel de Droit du sport.