

LE CONTRAT COMMERCIAL

SOMMAIRE

PARTIE I : INTRODUCTION	3
PARTIE II : LE REGIME GENERAL DU CONTRAT COMMERCIAL	5
<i>A. Source des règles applicables aux contrats</i>	5
<i>B. Les règles relatives à la formation des contrats</i>	6
<i>C. Les règles relatives à l'exécution des contrats</i>	8
PARTIE III : ILLUSTRATION AU MOYEN DE DEUX CONTRATS : LE CONTRAT DE VENTE ET LE CONTRAT DE DISTRIBUTION	9
SOUS-PARTIE 1 : LA VENTE COMMERCIALE	9
<i>A. Formation du contrat de vente</i>	9
<i>B. Transfert de la propriété</i>	10
<i>C. Les obligations du vendeur</i>	10
<i>D. Obligations de l'acheteur</i>	13
SOUS-PARTIE 2 : LA DISTRIBUTION	14
<i>A. Les professionnels de la distribution</i>	14
<i>B. Constitution de réseau de distribution</i>	16
PARTIE IV : LES EXIGENCES DU DROIT DE LA CONSOMMATION	23
SOUS-PARTIE 1 : LES CONTRATS ENTRE PROFESSIONNELS ET CONSOMMATEURS	23
<i>A. Les mécanismes de protection des consommateurs</i>	23
<i>B. Les conventions réglementées</i>	25
<i>C. Les pratiques interdites</i>	27
SOUS-PARTIE 2 : LA PUBLICITE	28
SOUS-PARTIE 3 : LA QUALITE ET LA SECURITE DES PRODUITS ET SERVICES	29
<i>A. Le contrôle des produits et services</i>	29
<i>B. Le droit à la sécurité du consommateur</i>	29
SOUS-PARTIE 4 : LES MOYENS D' ACTIONS DES CONSOMMATEURS	30
PARTIE V : CONCLUSION	31

INTRODUCTION

La notion de **contrat commercial** est, de prime abord, peu éclairante, puisque le contrat apparaît avant tout comme ayant un caractère civil. Afin de comprendre ce qu'il faut entendre par contrat commercial, nous allons le définir. D'abord, ce dernier s'entend, en son **sens le plus étroit** comme un contrat constituant un **acte de commerce** au sens des articles L110-1 et suivants du Code de commerce. Le contrat commercial est donc ici réduit au sens des actes commerciaux. Dans une **acception plus large**, le contrat commercial est l'**engagement contractuel qui pour l'une des parties au moins, constitue un acte de commerce**, que ce soit par nature ou par accessoire. Ici, les actes de commerce et les actes mixtes sont coulés dans la forme juridique d'un contrat. C'est cette dernière acception que nous retiendrons.

Au regard de ce qui vient d'être précisé, l'on s'aperçoit que **tout contrat peut avoir un caractère commercial**. Il n'existe donc pas de différence entre les contrats civils et commerciaux puisque leur caractère dépendra seulement de l'**activité** dans le cadre duquel ils interviendront. Toutefois, les **contrats commerciaux feront l'objet de multiples dérogations**, principalement en raison de l'activité dans laquelle ils interviennent. En effet les relations commerciales, pour être vivables et existantes, doivent être simplifiées et facilitées (les marchés ne pourraient être aussi rapides si un contrat écrit avec négociations antérieures était à chaque fois obligatoire, le monde actuel requiert de la réactivité et donc de la rapidité).

Les **sources** du régime juridique du contrat commercial sont **multiples**. Il y a d'abord le **Code civil** avec toute la réglementation afférente au contrat (Formation, nullité, exécution, résiliation, responsabilité, etc). Ensuite, des dispositions propres sont dispersées entre le **Code de commerce** (ex : le gage), les lois bancaires (ex : Loi du 24 janvier 1984) ou encore les **contrats types** élaborés par les professionnels.

Certains contrats ont **toujours** un caractère commercial (ex : courtage, contrat de commission), **cependant** la majorité des contrats peuvent avoir un caractère civil ou commercial, selon que l'un des contractants a la qualité de commerçant ou non (ex : la vente ou le gage). **Parfois**, la convention a un caractère commercial alors qu'aucune des parties n'a la qualité de commerçant, c'est le cas du cautionnement commercial (l'aval) en tant qu'acte de commerce par nature).

L'existence des contrats commerciaux a eu plusieurs apports, en voici quelques-uns :

- **Juridicisation de la phase pré contractuelle**, avec l'obligation de renseignement mise à la charge des professionnels ;
- Sollicitation de l'**article 1131** du Code civil pour faire tomber les obligations particulières des contrats sans contrepartie directe.
Ex : abandon de la pratique des dates de valeur dans le domaine bancaire (Les banques antidentent les retraits de son client et / ou postdatent ces dépôts) ;
- L'exigence des collaborateurs dépasse celle de la **bonne foi** de l'article 1134 du Code civil, dans l'exécution des contrats, s'épanouit dans le contrat de concession et de franchise, et surtout le contrat informatique ;
- La notion juridique du contrat a été éclairée par le crédit bail.

A ôté de ces précisions, il convient désormais de relever **quelques facteurs d'évolution** importants :

- Le **particularisme des contrats commerciaux tend à disparaître**. La qualité de commerçant contractant est de moins en moins prise au compte, et l'est d'autant moins que certains d'entre eux ont besoin d'une protection particulière, tels les franchisés. Aussi, ceux-ci se voient appliquer les principes ordinairement appliqués à des contractants en situation de faiblesse ;
- Le **commerçant** est également un **professionnel**. Or cette qualification entraîne l'application d'un certain nombre de **règles particulières**. Des principes s'appliquent en effet aux conventions conclues entre commerçants exerçant dans le cadre de leur activité. Cela démontre l'intérêt de l'unification des contrats civils et commerciaux, pour laisser place à la distinction professionnel-consommateur.
- Les contrats conclus par les commerçants doivent être confrontés au **droit de la concurrence et au droit de la consommation**. Le droit de la concurrence limite la liberté contractuelle et sanctionne bon nombre de clauses figurant dans les contrats de distribution. Le droit de la consommation limite quant à lui la liberté du commerçant dès lors qu'il se trouve en rapport avec un consommateur.

Il convient ainsi de préciser le régime général du contrat commercial (partie 1) avant de l'illustrer concrètement au travers du contrat de vente et du contrat de distribution (partie 2). Enfin il faudra préciser, les contraintes imposées par le droit de la consommation (partie 3).

Le régime général du contrat commercial

Le particularisme des contrats conclu par les commerçants est lié aux **exigences de rapidité et de sécurité de la vie des affaires**. Les parties ont toujours le **droit d'assouplir les règles juridiques** (ex : choix de la juridiction compétente). L'adaptation du droit aux exigences de la pratique a conduit à la création de nouveaux contrats comme la franchise. La **liberté** traditionnelle en la matière connaît un certain nombre de **limites** en raison d'un **ordre public** important et de **lois** de plus en plus **impératives** (ex : la loi DOUBIN qui impose une information des franchisés). Les parties doivent en outre tenir compte du **droit français et communautaire de la concurrence**, les clauses du contrat doivent être conformes à ces exigences. Enfin, le respect de **conventions internationales** est un facteur d'uniformisation (Importance de la Convention de Vienne ici).

Même affaibli, le particularisme du contrat commercial demeure, ainsi que vont nous le montrer les études relatives aux sources (A), aux conditions de formation (B) et aux conditions d'exécution (C).

1.1.1 Source des règles applicables aux contrats

Les contrats commerciaux sont d'abord et avant tout soumis au **droit commun des contrats** (articles 1101 et suivants du Code civil). Des **règles spéciales** et parfois **dérogatoires**, sont toutefois contenues dans le Code de commerce ou dans des lois spéciales.

Ces dérogations sont justifiées, d'abord par le souci de **faciliter et de simplifier la conclusion des contrats commerciaux**, ensuite dans le but d'en assurer une exécution plus rigoureuse. L'idée dominante est que le crédit et la confiance sont les bases des relations commerciales.

En matière contractuelle, les **usages commerciaux jouent un rôle très important**, puisque la plupart des **règles du droit civil ont un caractère supplétif**, et peuvent être écartées aussi bien par une clause du contrat que par un usage. Dans certains cas, les usages dérogent même à des règles impératives du droit civil, et ils concernent presque tous les contrats commerciaux.

Le droit des contrats est de **moins en moins un droit des libertés**. Aujourd'hui, **la plupart des contrats même issus de la pratique, font l'objet de dispositions légales** qu'elles soient d'origine nationale ou communautaire (Ex : les baux commerciaux). Certaines conventions limitent la liberté des parties (Ex : la convention de Vienne sur la vente des marchandises). Ces interventions législatives ont pour but de réduire le particularisme des contrats commerciaux, toutefois la pratique crée chaque jour de nouvelles conventions. La conséquence en est la **complexité des contrats**.

Ce droit est aussi de **moins en moins prévisible**, en raison du **pouvoir** que se reconnaît le **juge** sous couvert d'interprétation ou par référence à la bonne foi.

Les contrats entre professionnels ne bénéficient **pas de la protection contre les clauses abusives**. Les clauses limitatives de responsabilité et de non-responsabilité sont admises entre professionnels de même spécialité en l'absence de faute lourde, alors qu'elles ne le sont pas dans les autres contrats. **Pour pouvoir être protégé**, le professionnel devra alors faire appel à la notion de **loyauté contractuelle**, à celle de l'**abus**, d'**obligations essentielles** ou de **cause**. Le recours à la notion de cause est l'instrument privilégié de la protection des professionnels.

Ainsi la jurisprudence considère que l'anéantissement d'un contrat provoque celui du contrat avec lequel il est uni par un lien d'indivisibilité (Ex : dans la convention de crédit-bail). Le recours à la notion d'**économie du contrat** permet enfin de **restaurer l'équilibre du contrat**. Par économie du contrat il faut entendre la cohérence interne du contrat, mais encore la finalité d'une opération contractuelle. La jurisprudence se réfère à cette notion pour **maintenir certains contrats en vie**, ou des clauses apparemment disproportionnées, parce qu'au regard de l'économie du contrat il se révèle finalement proportionné.

L'application du **droit de la concurrence** permet de même d'assurer une certaine **protection du professionnel contractant**, il a permis de condamner certaines clauses de prix imposés ou des clauses d'approvisionnement minimum.

1.1.2 Les règles relatives à la formation des contrats

Conditions de fond

En principe les conditions de fond requises sont **celles du droit civil** : réunion des consentements non viciés par une erreur, un dol ou une violence, capacité des parties, objet possible et licite, cause réelle et licite. Le commerçant étant en même temps un professionnel, le contrat qu'il conclut avec un autre commerçant ou professionnels dans l'exercice de son activité est soumis aux **principes gouvernant les contrats entre professionnels**.

Le processus de formation des contrats n'est pas toujours aisé. Il est rare que les contrats commerciaux soient directement conclus, au contraire ils sont le plus souvent précédés de **pourparlers** voire de la signature d'accords de principe, sources de difficultés. Il ne faut pas confondre ici accord de principe et avant-contrat.

L'**accord de principe** est l'engagement contractuel de faire une offre ou de poursuivre une négociation en cours afin d'aboutir à la conclusion d'un contrat, dont le contenu n'est encore déterminé que de façon partielle et en tout cas insuffisante pour que le contrat soit formé. Les parties ne s'engagent cependant pas à conclure le contrat envisagé.

L'**avant-contrat** est un contrat parfait. Tous les éléments du contrat principal sont arrêtés avec précision. C'est une pièce du contrat définitif.

L'exigence de confidentialité doit être respectée. Des clauses sont souvent prévues à cette fin.

La **rupture des pourparlers** peut causer un **préjudice** à celui qui négocie. Aussi, la jurisprudence sanctionne la rupture brutale des pourparlers, notamment lorsque les négociations ont duré un certain temps, et que l'une des parties était en droit de penser que le contrat serait conclu. La théorie de l'apparence fonde la solution.

Contrairement au droit civil, les **usages imposent ici à l'offrant de maintenir son offre un certain temps**, pour que le destinataire de l'offre ait le temps de l'étudier et d'y répondre, à défaut de quoi il commet une faute et doit réparer les dommages subis par le destinataire, notamment les frais d'études engagés par celui-ci.

En droit civil, l'offre de contracter suppose que son auteur ait eu la volonté de se considérer engagé du seul fait de l'acceptation du destinataire, sinon il n'y a que de simples propositions engageant des pourparlers. Dans les usages commerciaux, l'**offre véritable résulte de la mise en vitrine de marchandises**, de l'envoi de prospectus par exemple. **La seule acceptation du client oblige le commerçant à exécuter le contrat dans la mesure de ses possibilités.**

Enfin, le principe de droit civil selon lequel **qui ne dit mot ne consent pas connaît ici quelques dérogations**. Par exemple, lorsque les parties se seront mises d'accord sur le principe du contrat, les conditions ou les modalités ensuite proposées dans une lettre de confirmation seront considérées comme acceptées en cas de silence gardé par l'autre partie.

Conditions de forme et de preuve

- a) C'est le **principe de la liberté de preuve** qui s'applique ici pour des raisons de simplicité et de rapidité. L'intervention d'un officier ministériel ou d'un notaire n'est en principe jamais requise. Les contrats commerciaux doivent pouvoir se conclure par oral ou par téléphone. Pour cette raison les **règles du droit civil relatives à la preuve ne s'appliquent pas aux contrats commerciaux**, ceux-ci pouvant être prouvés par tous moyens :
- **Même si l'objet du contrat dépasse la valeur de 800€**. La preuve se fera au moyen des livres de commerce de l'une des parties, par exemple. Si le contrat est mixte, ces modes de preuve sont opposables à la partie qui est commerçante mais ils ne le sont pas au non-commerçant.
 - Si le contrat commercial a été constaté par un **acte sous seing privé**, il n'a **pas besoin d'être rédigé en autant d'exemplaire que de parties** et la date n'a pas besoin d'être rendue certaine, notamment au moyen d'un enregistrement.
 - Si le contrat commercial est prouvé par écrit, tous moyens de preuves peuvent être utilisés pour prouver « outre ou contre » le contenu du contrat, alors qu'en droit civil il faut une preuve par écrit.
 - Une photocopie faisant une reproduction fidèle et durable d'un acte fait pleinement preuve de l'existence du contrat. La télécopie est aussi admise. La loi du 13 mars 2000 ouvre d'autres possibilités
- b) Ce principe connaît des **limites** de plus en plus nombreuses.
Par exemple un **écrit est exigé pour les actes sur le fonds de commerce** ou pour les sociétés commerciales
Parfois même, l'écrit est exigé à peine de nullité et doit contenir **certaines mentions**(Ex : la vente de fonds de commerce).
D'autre part la législation sur les prix et la législation fiscale exigent la rédaction de factures, de bons de commande ou de bons de remise pour les transports.

On assiste à la **renaissance du formalisme commercial dans l'intérêt de la sécurité**, sans compter les formalités de publicité très souvent exigées. Cependant c'est un formalisme simple qui ne gêne pas les transactions.

1.1.3 Les règles relatives à l'exécution des contrats

Ces règles, dérogoires du droit commun, ont pour but d'**assurer une exécution rigoureuse des obligations commerciales** afin de **protéger le crédit fait par un créancier à son débiteur** : c'est la contrepartie de la simplicité de la conclusion des contrats. Les principales règles sont les suivantes :

- La **mise en demeure du débiteur par son créancier**, qui fait courir les intérêts à taux légal, interrompt la prescription et transfère les risques de perte de la chose, même en cas de force majeure, peut être faite par acte d'huissier (sommation) comme en droit civil, mais aussi par lettre, télégramme et même verbalement
- Un usage commercial veut que la **solidarité passive se présume** : chacun des débiteurs devra donc la totalité de la dette envers le créancier (Ex : les associés d'une société en nom collectif).
- La règle selon laquelle si une personne qui a plusieurs dettes à l'égard d'une autre fait un paiement partiel à celle-ci, on décide qu'à défaut d'intention contraire du débiteur, ce paiement s'impute sur la dette que celle-ci avait le plus d'avantages à éteindre (ex : Les taux d'intérêt) ne joue pas ici. Le juge va rechercher librement quelle a pu être l'intention des parties.
- En droit civil, si l'un des contractants exécute mal son obligation, l'autre partie va pouvoir demander l'exécution correcte ou la résolution du contrat, sous réserve des dommages-intérêts dans l'un et l'autre cas. En droit commercial, les usages permettent, en outre, à l'autre partie, de se borner à demander la **réfaction du prix**, c'est à dire une réduction du prix convenu. Ils permettent également de « **se remplacer** », c'est-à-dire de se procurer ailleurs les marchandises non livrées en faisant payer au vendeur la différence de prix
- En droit commercial les obligations se prescrivent par 10 ans, contre **30** en droit civil.
- Les litiges concernant les contrats commerciaux sont soumis au **tribunal de commerce**, sauf clause compromissoire contenue dans le contrat. La clause d'élection de domicile qui déroge aux règles de compétence territoriale, ne peut être stipulée que dans les contrats entre commerçants (art 48 NCPC).

Illustration au moyen de deux contrats : le contrat de vente et le contrat de distribution

1.1 La vente commerciale

Le régime de la vente commerciale est celui **du droit commun énoncé dans le Code civil (art 1582s)**, à l'exception de quelques tempéraments introduits par la jurisprudence et les usages.

Plus généralement il existe un **droit de la vente entre professionnels** qui s'oppose au **droit de la vente entre professionnels et consommateurs**. Nous ne verrons que le droit commun de la vente. Exemple de régime spécial : la vente internationale ;

1.1.4 Formation du contrat de vente

S'appliquent les règles de **droit commun** de formation des contrats. Mais ici, la lésion, en tant que disproportion entre le prix et la valeur de la chose, n'est pas une cause de nullité.

Par ailleurs, s'applique la règle du **consensualisme** puisque **la vente est conclue dès qu'il y a accord entre les parties sur le prix et sur la chose (art 1583 Cciv)**. Les deux parties étant d'accord sur les principaux éléments du contrat, la promesse vaut alors vente.

Le caractère de la vente peut lui conférer des **particularités** :

- Dans les ventes commerciales, les conditions générales de vente et d'achat ont une importance particulière puisqu'il s'agit de **clauses ou de formulaires types** imposés par la partie au contrat en position de force.
- Le **silence du destinataire de l'offre vaut souvent acceptation** de cette dernière.
- Certaines **formes de vente sont plus fréquentes en matière commerciale** qu'en matière civile : vente à l'essai (essai avant achat), ventes en disponible (produit pas présenté le jour de l'achat, l'acheteur peut donc agréer ou refuser la marchandise).

Dès la conclusion du contrat, le prix doit être déterminé ou déterminable ou en mesure de l'être. Cette exigence a généré un contentieux important jusqu'à ce que la Cour de cassation décide que l'article 1129 Cciv n'avait pas à s'appliquer dans les contrats cadres de fournitures. Le prix peut être déterminé **par une clause ou par indexation**.

L'**objet** doit répondre aux critères de droit commun :

- Il doit être possible ;
- Il doit être licite, c'est-à-dire sur des choses étant dans le commerce.
- Il doit être déterminé ou du moins déterminable à l'époque fixée pour la livraison. La vente peut porter sur des corps certains (ex : une machine) ou sur des choses de genre (ex : du riz). La vente peut porter sur des choses déjà existantes entre les mains du vendeur ou sur des choses que le vendeur ne

possède pas encore mais qu'il s'engage à se procurer ou à fabriquer.

S'agissant des choses de genre, l'individualisation de la chose s'opère lors de l'exécution du contrat. C'est l'individualisation qui marque la date du transfert de propriété des risques.

Enfin, la **vente commerciale** n'est soumise **en principe à aucune condition de forme** et peut être **prouvée par tous moyens**, y compris par témoignage et présomption.

1.1.5 Transfert de la propriété

Il présente plusieurs **intérêts** :

- C'est à partir de cette date que **la chose passe aux risques de l'acheteur** : si la chose vient à périr sans faute du vendeur, l'acheteur devra quand même en payer le prix au vendeur, il ne pourra plus demander la résolution du contrat, ni de dommages-intérêts.
- Une clause du contrat peut prévoir que le prix sera fixé d'après le cours du jour de la date du transfert de propriété.
- Une fois la propriété transférée, si le vendeur subit une procédure collective, l'acheteur pourra quand même exiger la remise du bien resté entre les mains du vendeur. Si c'est l'acheteur qui subit la procédure, et alors qu'il n'a pas payé le prix, le vendeur perd le droit de réclamer la chose déjà livrée, alors même qu'il en aurait conservé la propriété .

La date de transfert de la propriété connaît des exceptions légales. Le transfert est retardé pour les ventes de **choses de genre** jusqu'à leur individualisation, il en est de même pour les choses futures.

Le transfert est le plus souvent retardé jusqu'au complet paiement du prix (**clause de réserve de propriété**). Ceci présente un grand intérêt pour le vendeur en cas de procédure collective engagée à l'encontre de l'acheteur, puisqu'il va pouvoir réclamer son bien.

La clause n'est valable que si elle a été convenue entre les parties dans un écrit établi au plus tard au moment de la livraison. Par principe , la chose ne peut être revendiquée que si elle existe en nature au moment de l'ouverture de la procédure collective.

1.1.6 Les obligations du vendeur

Obligation d'information et de conseil

Cette obligation a été mise **à la charge des professionnels** par la jurisprudence. Le vendeur doit indiquer les **modalités et les risques d'utilisation de la chose**. Il doit fournir des **conseils d'achat et d'utilisation**. La jurisprudence a précisé les contours de cette obligation qui concerne tant la formation que l'exécution du contrat.

L'**intensité** de l'obligation varie selon les besoins du consommateur profane.

L'obligation existe principalement pour les **choses dangereuses ou complexes**.

L'acheteur doit collaborer afin que le vendeur lui apporte les informations dont il a réellement besoin.

Il s'agit d'une **obligation de moyens**, l'acheteur devra donc prouver la faute du vendeur. Toutefois ,l'existence d'un dommage fait présumer cette faute.

Le non-respect de cette obligation est une **cause de nullité de la vente**, il peut aussi donner lieu au versement de dommages-intérêts.

Obligation de délivrance

Le vendeur est obligé de **délivrer la chose à l'acheteur**, c'est-à-dire procéder matériellement à la remise de la chose aux lieu, date et conditions prévus par le contrat ou les usages. La délivrance peut être la remise d'un titre valant délivrance de la chose. Elle peut être aussi symbolique : marquage de bois vendus.

La livraison **permet d'opposer le transfert de propriété aux tiers**, elle fait perdre au vendeur son droit de résolution et de revendication en cas de faillite de l'acheteur.

Les marchandises livrées doivent être conformes en qualité et en quantité aux stipulations du contrat. Si les parties, n'ont pas précisé la qualité, celle-ci doit être « loyale et marchande » et moyenne : le vendeur n'est pas tenu de livrer la meilleure mais ne peut obliger l'acheteur à recevoir le pire.

La livraison doit porter sur la quantité prévue au contrat.

Le contrat ou les usages réservent un **bref délai à l'acheteur pour vérifier la qualité et la quantité de la marchandise lors de la livraison.**

Lieu de la livraison : à défaut de précision dans le contrat ou d'usage, il s'agit du magasin du vendeur. Le plus souvent il est déterminé par une clause du contrat. La livraison peut se faire chez un mandataire du vendeur ou de l'acheteur.

La date de la délivrance est le plus souvent **fixée par les parties, à défaut**, les usages prévoient :

- qu'elle est **immédiate** dans les ventes en disponible
- Qu'elle correspond à la **date d'acquisition** de la chose par le vendeur pour les ventes à livrer ;

Les sanctions en cas de défaut de livraison, de livraison partielle, de livraison de marchandises non conformes ou de retard de livraison, sont celles du droit commun :

- L'acheteur peut **refuser de payer** le prix tant que la livraison n'est pas conforme ;
- L'acheteur peut demander au juge de **contraindre le vendeur à livrer**, au besoin sous astreinte ;
- En cas d'inexécution grave, l'acheteur peut demander au juge de prononcer la **résolution du contrat de vente** ;
- L'acheteur peut en plus des sanctions précédentes, demander au juge de prononcer de **dommages-intérêts en cas de faute du vendeur**. Si la faute est un retard, il faut que l'acheteur ait mis au préalable, le vendeur en demeure de livrer, sauf clause de délai de rigueur

Les **usages commerciaux** fixent deux **autres sanctions** :

- **demande de réfaction** en cas de quantité ou de qualité non conforme au contrat lors de la livraison ;
- faculté de **se remplacer** si la chose n'est pas livrée à la date fixée.

Obligation de garantie

Il s'agit ici de voir quelles sont les **actions dont dispose l'acheteur déçu**. Ce dernier dispose de plusieurs actions contre le vendeur. La jurisprudence lui laisse le choix de l'action. Les chevauchements peuvent donc être nombreux.

Lors de la **formation du contrat**, l'acheteur peut agir en **nullité pour erreur ou pour dol**.

Si la chose livrée ne correspond pas à celle de la commande, il y a **non-conformité**.

Si la chose est conforme, mais est entachée d'un défaut qui la rend inapte à l'usage envisagé, il y a **vice caché**.

Après avoir longtemps assimilé ces deux actions, la jurisprudence les distingue aujourd'hui clairement.

L'acheteur va aussi pouvoir se prévaloir de la **garantie d'éviction et la garantie contre les vices cachés du vendeur** (la jurisprudence renforce cette obligation en exigeant du vendeur la délivrance d'une chose conforme à l'usage auquel elle était destinée. C'est alors le manquement à l'obligation de délivrance conforme qui est sanctionné).

Enfin , la jurisprudence met de plus en plus à la charge du vendeur une **obligation de sécurité**.

Ces solutions pourraient être remises en cause suite à une prochaine transposition de la **directive européenne du 25 mai 1999**, visant à substituer une **action unique en garantie de conformité** aux actions en garantie des vices cachés et en responsabilité pour délivrance d'une chose conforme.

La garantie d'éviction consiste dans l'obligation pour le vendeur, de ne pas troubler lui-même l'acheteur dans la possession des choses vendues, et de le défendre contre les tiers qui se prétendraient propriétaires de la chose. Cette garantie est rarement mise en œuvre dans le cadre des ventes commerciales, car elles portent le plus souvent sur des meubles, et dans ce cas s'applique alors la règle de l'art 2279 du Cciv « en fait de meuble, possession vaut titre ».

La garantie des vices cachés est énoncée à l' **art 1641 du Cciv**. Toutefois , la **jurisprudence** a joué un rôle important dans la **précision de ce texte**, et de la garantie elle-même.

La garantie ne peut être mise en œuvre que si l'acheteur rapporte la **preuve d'un vice de la chose**, c'est-à-dire d'un défaut rendant la chose impropre à sa destination normale.

Le vice doit exister **lors du transfert des risques à l'acheteur**, c'est-à-dire pour les ventes commerciales au moment de la livraison de la chose.

Le vice doit être **caché et non apparent**. L'appréciation est faite en tenant compte des connaissances de l'acheteur. En effet, les juges seront plus exigeants à l'égard de l'acheteur professionnel qu'à l'égard de l'acheteur consommateur.

L'acheteur doit exercer l'**action dans un bref délai**. Cette condition explique pourquoi beaucoup d'acheteurs invoquent la nullité pour erreur, dont le délai pour

agir est de cinq ans, ou la non-conformité dont le délai d'action est de trente ans. Mais **aujourd'hui, le choix de l'action par l'acheteur n'est plus libre.**

S'il le peut, l'acheteur a intérêt à exercer l'action en garantie des vices cachés, car dans ce cas, il dispose d'une option.

Il peut conserver la chose en se faisant restituer une partie du prix payé, c'est l'**action estimatoire.**

Il peut aussi choisir de rendre la chose, c'est l'**action rédhibitoire**, forme d'action en résolution de la vente.

L'acheteur peut également obtenir des **dommages-intérêts** lorsque le vendeur est de mauvaise foi, sachant que pour la jurisprudence, **le vendeur professionnel est toujours considéré comme étant de mauvaise foi.**

Les clauses extensives de propriété sont toujours valables.

L'obligation de sécurité a été posée pour la première fois par la jurisprudence. Depuis l'**arrêt de la Cour de cassation du 17 janvier 1995, le vendeur professionnel est tenu de livrer des produits exempts de tout vice ou de défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes et les biens.**

L'obligation peut être invoquée par un utilisateur non contractant. Celui qui agit n'a pas l'obligation d'agir dans un bref délai ; il n'a droit qu'à des dommages-intérêts.

Le contenu de cette obligation tend à être défini par la loi. L'**article L.212-1 du Code de la consommation** énonce ainsi « que dès la première mise sur le marché les produits doivent répondre aux prescriptions en vigueur relatives à la santé et à la sécurité des personnes, à la loyauté des transactions et à la protection des consommateurs ».

La **loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux** précise le régime de cette obligation de sécurité.

1.1.7 Obligations de l'acheteur

Paiement du prix

C'est la **principale obligation de l'acheteur**. Il doit verser au vendeur, non seulement le prix principal, mais aussi les frais accessoires selon les dispositions prévues au contrat (ex : les frais de transport).

Dans les ventes au comptant, le paiement doit être fait au moment de la livraison. Le contrat peut prévoir un escompte, c'est-à-dire une réduction du prix au profit de l'acheteur qui paie comptant.

Dès avant la livraison, l'acheteur peut avoir versé des **arrhes** qui constituent un acompte sur le prix. Ces arrhes sont versées **à titre de dédit** au profit du vendeur en cas de désistement de l'acheteur, sauf clause contraire dans le contrat, auquel cas le vendeur doit restituer les arrhes mais peut obtenir des dommages-intérêts ;

Le droit civil confère ici, des **garanties au vendeur** :

- Il peut **refuser de livrer la chose et exercer sur elle un droit de rétention** tant qu'il n'est pas payé, à moins qu'il ait consenti des délais de paiement.
- Si la chose est déjà livrée, il peut dans un bref délai, exercer un **droit de revendication** sur la chose pour en reprendre possession et exercer son droit de rétention. Il peut aussi demander la **résolution** de la vente, invoquer la clause résolutoire prévue, ou encore faire prévaloir son **privilège sur le prix de la chose**.

En droit commercial, si l'acheteur tombe en faillite après qu'il ait reçu livraison de la chose, le vendeur perd toutes ses garanties et ne peut plus que produire dans la faillite, pour le prix qui lui reste dû, comme un créancier ordinaire, à moins qu'il n'ait introduit l'action en résolution avant le jugement ouvrant la procédure .

Obligation de retirement

Lorsque la marchandise est livrable à un endroit autre qu'au domicile de l'acheteur, celui-ci doit la **retirer dans les délais fixés par le contrat ou à défaut, par les usages**. Ces délais sont, en principe, de rigueur et entraîne de plein droit la résolution de la vente (art 1657 Cciv).

1.2 La distribution

La distribution est l'étape **économique située entre la production et la consommation**. **C'est l'ensemble des opérations par lesquelles un bien, après le stade de sa production, ou une prestation de service après le stade de sa conception, est vendu ou fourni à l'acquéreur ou à l'utilisateur final.**

Le droit a dû tenir compte de la profonde **évolution des modes de distribution** liée à l'apparition des grandes surfaces et à celle des réseaux de distribution ; un corps de règles a ainsi progressivement acquis son autonomie : **le droit de la distribution**. Ce droit est consacré à l'étude d'une variété de contrats de situation, ceux qui permettent d'assurer la distribution des produits. Ces **contrats** sont **souvent déséquilibrés** , ce qui justifie leur qualification de **contrat de dépendance**. En recourant au devoir de **bonne foi** et de **loyauté** et de **loyauté contractuelle**, en sanctionnant certains **abus**, la jurisprudence tend cependant à rétablir l'équilibre entre les parties. La mise en œuvre de clause de résiliation de plein droit reste une source de difficultés considérables.

Les circuits de distribution sont variés. Dans certains cas il est fait appel à des professionnels de la distribution (A), dans d'autres cas, c'est un véritable réseau de distribution qui est mis en place (B).

1.1.8 Les professionnels de la distribution.

Ils vendent des produits au nom et pour le compte des fabricants, et ont pour mission d'obtenir pour le compte d'un opérateur du circuit , des décisions d'achat émanant du réseau de distribution.

Ces intermédiaires peuvent être commerçants, mais ne le sont pas dans la majorité des cas.

les intermédiaires non commerçants.

- **Les gérants succursalistes** : apparu au début du XX siècle, il s'agit pour **une même entreprise** de posséder **plusieurs magasins** commercialisant des produits sous une **enseigne unique**. Les magasins sont tenus par des **gérants** qui peuvent avoir, à l'égard de leur entreprise le statut de **salarié** ou de **mandataire**.
- **Les VRP** : **intermédiaires permanents salariés des entreprises qui font appel à eux, ils sont chargés de prospecter la clientèle pour passer des commandes**. Ils peuvent agir pour le compte d'un ou plusieurs employeurs, mais en aucun cas pour leur propre compte . Ils bénéficient d'un statut protecteur de leurs intérêts.
- **L'agent commercial** : **mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, est chargé, de façon permanente, de négocier et éventuellement de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux (L.134-1 Code de commerce)**.
L'agent commercial doit être immatriculé sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce.
Il agit de manière indépendante mais doit rendre compte régulièrement de son activité à son mandant. L'agent et son mandant sont tenus à des obligations réciproques d'information et de loyauté.

les intermédiaires commerçants

- **Le courtier** : le courtage est le fait de **mettre en rapport, dans un but lucratif, deux ou plusieurs personnes pour leur permettre de réaliser l'opération qu'elles ont en vue**. Les courtiers rapprochent donc vendeurs et acheteurs sans s'engager eux-mêmes. Ils ne sont **ni mandataires, ni parties au contrat**. Le contrat de courtage ne fait l'objet d'aucune disposition légale particulière. Ils sont tenus du devoir d'information à l'égard de leurs clients.
- **Le commissionnaire** : (art L.132-1 Code de commerce) commerçant qui agit en tant que **mandataire** c'est-à-dire, en son propre nom pour le compte d'un commerçant. Il ne met pas deux personnes en relation, **il agit lui-même**, par exemple, en achetant au vendeur pour le compte du commettant. L'intérêt est de **permettre au commettant de rester anonyme**, ce qui peut faciliter les transactions.
- **Les centrales et groupement d'achats** : sont chargés de **procéder à des achats pour le compte de leurs adhérents qui sont généralement des grandes surfaces**. L'importance et le volume des commandes passées permettent d'obtenir de meilleures conditions de la part des fournisseurs. Ils agissent comme courtier, commissionnaire ou mandataire.
Le **groupement d'achats** est généralement constitué par les distributeurs eux-mêmes (Structure : coopérative Loi du 2 août 1949). Dans la **centrale**, les distributeurs ne sont pas associés, ils sont seulement affiliés.

Les **centrales d'achats** ont un tel **poids économique** que le **législateur a dû intervenir** pour sanctionner les atteintes excessives à la concurrence qui peut en résulter.

1.1.9 Constitution de réseau de distribution.

Les réseaux de distribution regroupent des distributeurs intégrés qui achètent pour revendre des marchandises livrées par un fournisseur. Les distributeurs ont pour mission de vendre, généralement au détail, dans une zone définie, les produits qui leur sont fournis par un opérateur du circuit.

Principes communs à l'ensemble des réseaux.

Caractéristiques communes des contrats de distribution.

Ces contrats sont des **créations de la pratique contractuelle**. Ils sont soumis aux **règles de droit commun**, à l'exception de quelques dispositions particulières. La principale **limite** à la liberté est constituée par le **droit de la concurrence**. Les contrats de distribution sont en effet des contrats de réseau. Or tout réseau constitue une entente verticale susceptible de porter atteinte au droit de la concurrence.

Ces contrats mettent le **distributeur sous la dépendance économique du titulaire du réseau**, il reste cependant indépendant juridiquement. Cette dépendance est source de difficultés, que le juge tente de limiter en appliquant les **règles protectrices de la partie faible au contrat** (l'information précontractuelle, la sanction de l'abus, la bonne foi, la loyauté contractuelle, le devoir de coopération entre les parties).

Les contrats de distribution sont fortement marqués d'**intuitu personae**, même si la jurisprudence récente tend à en limiter la portée pour faciliter leur transmission.

Les contrats de distribution sont le plus souvent des **contrats-cadres**, en tant qu'instrument de simplification des rapports entre les parties.

Conditions de validité du réseau.

La validité des réseaux est reconnue en raison de leur **utilité économique**. Cependant un réseau constitue une restriction verticale de la concurrence. Il ne peut donc être valable que s'il respecte les **exigences du droit français et du droit communautaire de la concurrence** (Ordonnance du 1^o décembre 1986 et art 81 et 82 du traité CE). C'est donc principalement à partir des contrats de distribution qu'il est permis de mesurer l'influence du droit de la concurrence sur le droit des contrats.

Le **règlement communautaire du 22 décembre 2000** relatif aux restrictions verticales de la concurrence, simplifie la situation, puisque désormais tous les contrats de distribution, y compris le contrat de distribution sélective, sont soumis à lui. Ce règlement est destiné à aider les entreprises concernées à effectuer leur propre évaluation au regard des règles de concurrence communautaire.

Les clauses de prix d'achat des marchandises. Elles sont en principe usuelles dans les contrats cadres. Il est fait référence au tarif du fournisseur. Le risque est de voir le fournisseur fixer seul les tarifs. La jurisprudence s'est alors fondée sur l'article 1129 Cciv pour interdire

ces contrats comportant ces clauses au motif que le prix n'étaient pas déterminable. Après un vif débat, elle affirme dans ses **arrêts du 1^o décembre 1995** que cet article n'a pas à s'appliquer à ces contrats. Désormais le juge ne peut plus donc intervenir qu'à posteriori pour contrôler l'exécution des contrats et sanctionner les abus. L'abus se révèle par comparaison, notamment par rapport aux prix pratiqués sur le marché.

Les clauses de prix de revente des marchandises : le distributeur doit être **libre** de fixer le prix de revente des marchandises. Le droit français (art L.420-1 et L.442-5 du Code de commerce) et le droit communautaire (art 81 §1 du traité CE), sanctionnent ainsi, les clauses tendant à imposer un prix de revente au distributeur.

La *pratique des prix conseillés* reste valable, mais la jurisprudence veille à ce qu'elle ne cache pas des prix imposés.

La clause d'approvisionnement exclusif : elle est apparue dans les contrats de bière conclus entre un brasseur et un débitant, ce dernier obtenant des avantages s'il s'engage à ne s'approvisionner qu'auprès de ce brasseur.

Cette clause constituant une **atteinte certaine à l'indépendance du distributeur** qui perd sa liberté de faire jouer la concurrence, ne peut avoir qu'une **durée maximum de 10 ans** (art L.330-1 de Code de commerce).

La clause d'exclusivité territoriale : est le **partage des zones de responsabilité** dans lesquelles chaque revendeur ne doit pas être troublé par un concessionnaire voisin, à peine de se rendre coupable de concurrence déloyale à l'égard de celui qui bénéficie de ce monopole de revente.

L'**octroi d'un territoire exclut toute possibilité d'accès au tiers**, ce qui est contraire aux exigences du droit de la concurrence. Deux règles doivent donc être respectées : 1/ l'**exclusivité territoriale** doit être **indispensable** au fonctionnement du système ;2/ la **concurrence doit subsister**.

NB : la présence des clauses doit être considérée avec le développement d'internet.

Rapports entre les parties.

Information du distributeur : bien des distributeurs intègrent un réseau sans être véritablement informés, **attirés par la promesse de gain** qui leur est faite par les titulaires de marques. La théorie des vices du consentement ne suffit pas toujours à les protéger. Aussi, le législateur est intervenu par une **loi du 31 décembre 1989 devenu l'article L.330-3 du Code de commerce** pour **imposer au fournisseur de délivrer une information préalable au contrat**.

L'obligation d'information existe lorsqu'une personne met à la disposition d'une autre, une marque, une enseigne ou un nom commercial, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité.

Plusieurs informations doivent être délivrées : identification du fournisseur, expérience de l'entreprise du fournisseur, présentation du réseau, description du contenu du contrat, présentation de l'état général et local du marché des produits ou services devant faire l'objet du contrat et des perspectives de développement de ce marché.

Le **non-respect** de cette obligation est **sanctionné pénalement**. Même si la loi ne l'énonce pas expressément, le contrat conclu n'ait frappé de nullité que s'il a vicié le consentement du distributeur.

La rupture du contrat : le distributeur doit pouvoir compter sur une certaine durée de ses relations avec le fournisseur. Elle lui est nécessaire pour développer sa clientèle. Cependant le fournisseur entend conserver sa liberté.

La conséquence en est des conflits réguliers entre les parties à l'occasion du **renouvellement d'un contrat à durée déterminée** et en cas de **résiliation d'un contrat à durée indéterminée**.

Le principe reste celui de la liberté du fournisseur. Cependant les **juges** interviennent pour limiter les effets néfastes de ce droit discrétionnaire, et **protéger le distributeur évincé**. La jurisprudence sanctionne les **abus** ou la **mauvaise foi** par exemple.

Quant à la reprise des stocks, le titulaire n'est pas tenu de les reprendre au terme du contrat, sauf en tant que sanction d'une faute du concédant.

Procédure collective du distributeur : deux difficultés,

1/Le contrat de distribution peut être continué nonobstant la présence d'une clause de résiliation de plein droit. Le caractère d'intuitu personae du contrat peut être un obstacle à sa cession sur le fondement de l'article L.621-88 du Code du commerce.

2/ Est-ce que le titulaire du réseau peut subir les conséquence de l'ouverture de la procédure collective ? En principe , il n'est pas tenu des dettes du distributeur, à moins qu'il puisse être considéré comme dirigeant de fait. La jurisprudence ne l'admet toutefois pas facilement.

Protection du réseau.

Le titulaire du réseau est tenu d'obligations envers ses membres. D'abord il doit leur permettre de pratiquer des **prix compétitifs**. Ensuite, il doit assurer l'**étanchéité du réseau** (par définition, un réseau réserve la distribution des produits d'un fournisseur à ses membres. Mais les tiers tentent de commercialiser les produits, développant ainsi souvent des réseaux de distribution parallèle).

Dans l'appréciation de ces réseaux, **deux principes sont en conflit**. D'une part, le **droit communautaire a pour ambition de lutter contre les cloisonnements nationaux**. D'autre part, **comme tout contrat un réseau est opposable aux tiers**. La théorie des obligations doit donc permettre ici la protection d'un réseau licite.

Des compromis ont été trouvés.

Principaux contrats de distribution.

Le contrat d'approvisionnement exclusif.

Il s'agit du contrat par lequel **un distributeur s'engage à ne se fournir qu'auprès d'un fournisseur déterminé**. Cette exclusivité peut n'avoir aucune contrepartie de la part du fournisseur, le plus souvent cependant il s'engage à assister le distributeur. Il s'agit alors de contrats de fourniture, fréquent entre brasseurs et brasserie (fournitures d'éléments de l'exploitation commerciale à des conditions financières avantageuses. Le distributeur doit utiliser ces éléments et respecter son engagement d'achat exclusif. Lorsque le contrat prend fin, les éléments prêtés doivent être restitués.).

Ces contrats sont à l'origine de **plusieurs difficultés** : la détermination du prix des marchandises, atteinte au libre jeu de la concurrence (il faut respecter le droit français et le droit communautaire), équilibre entre fournisseur et distributeur délicat à réaliser.

Le contrat de concession.

Il s'agit d'une convention issue de la pratique contractuelle, par laquelle **un commerçant appelé concessionnaire met son entreprise de distribution au service d'un commerçant ou industriel appelé concédant pour assurer exclusivement, sur un territoire déterminé, pendant une période déterminée et sous surveillance du concédant, la distribution de produits dont le monopole de revente lui est concédé**.

L'**exclusivité territoriale** consentie au concessionnaire est donc l'élément essentiel du contrat.

Le contrat est soumis au **régime du droit commun** des contrats et au **droit de la concurrence**.

Le régime du contrat : pour sa formation et son exécution, le droit commun s'applique. **Le concédant est tenu à une obligation légale d'information** si les conditions d'application de la loi du 31 décembre 1989 sont réunies. **Cette soumission au droit commun n'est pas toujours satisfaisante car le contrat est profondément déséquilibré**. Le concessionnaire est dans un état de dépendance à l'égard du concédant. La protection du concessionnaire s'avère alors délicate à réaliser.

Le contrat peut être à durée déterminée ou indéterminée. Aujourd'hui le choix du concessionnaire doit reposer sur des critères qualitatifs et quantitatifs de sélection définis et objectifs.

Le concédant est tenu à plusieurs obligations : respect de son obligation de fournitures, de l'exclusivité reconnue au concessionnaire, du devoir d'assistance technique et commerciale du concessionnaire. Il ne peut pas abuser de son droit de fixer unilatéralement les conditions de vente.

Le concessionnaire, quant à lui s'oblige à acheter les produits qu'il doit distribuer (respect des clauses de quota et de rendement), à payer les marchandises acquises.

Le concessionnaire n'a **aucun droit au renouvellement du contrat** lorsque celui-ci est à durée déterminée, mais la jurisprudence sanctionne l'abus du droit du concédant.

Si le contrat est à durée déterminée, les deux parties disposent d'un **droit de rupture unilatérale**. Le concédant peut ainsi résilier sans donner de motifs, mais pour protéger le concessionnaire, la jurisprudence confère à ce dernier un droit à un **préavis**, fixé dans le contrat. Si tel n'est pas le cas, il doit être raisonnable. La jurisprudence sanctionne aussi **l'abus du droit de ne pas renouveler le contrat**(ex : il y a abus du concédant qui met fin au contrat après avoir incité le concessionnaire à faire d'importants investissements et sans avoir informé ce dernier de ses intentions) . Les décisions récentes avaient admis le principe selon lequel le concédant ne doit pas diminuer les chances du concessionnaire dont il entend se séparer. La Cour de cassation a mis un terme à cette évolution, le concédant est seulement tenu de respecter le délai de préavis contractuellement prévu, il n'est pas tenu d'une obligation d'assistance du concessionnaire en vue de sa reconversion.

Au terme du contrat, le concédant ne doit reprendre les stocks que si une clause est prévue à cet effet.

Il n'a droit à aucune indemnité de clientèle à l'expiration de son contrat.

En cas de cession, le **nouveau concessionnaire** doit le plus souvent être **agréé par le concédant**.

NB : cas particulier de la concession automobile.

Le contrat de franchise.

La franchise est le **contrat par lequel deux personnes juridiquement indépendantes, s'engagent à collaborer, l'une (franchiseur) mettant à disposition de l'autre (franchisé) ses signes distinctifs et un savoir-faire original, éprouvé et constamment perfectionné, moyennant une rémunération et l'engagement du franchisé de les utiliser selon une technique commerciale uniforme avec l'assistance du franchiseur et sous son contrôle.**

Éléments essentiels du contrat de franchise : la mise à disposition des signes de ralliement à la clientèle, la transmission du savoir-faire et l'assistance technique permanente du franchiseur.

Création de la pratique contractuelle , la franchise est la **réitération d'une réussite commerciale** préalablement expérimentée par le franchiseur.

Les principales clauses du contrat doivent être conformes au droit français (art 7 de l'ordonnance du 10 décembre 1986) **et au droit communautaire**(règlement du 22 décembre 1999).

Régime : Lors de la formation du contrat, le franchiseur doit communiquer au franchisé toutes les informations imposées par la loi Doubin. Le non-respect n'est pas sanctionné par la nullité. Toutefois, le franchisé peut invoquer la théorie des vices du consentement ou un

manquement du franchiseur à son obligation de conseil. Si le savoir-faire fait défaut, les juridictions peuvent annuler le contrat pour défaut de cause de l'engagement du franchisé.

Pour éviter les risques d'annulation, le franchiseur a intérêt à créer une franchise pilote servant de **modèle** pour les futurs franchisés.

Les obligations du franchiseur : mettre à la disposition du franchisé des **signes de ralliements de la clientèle**, dont la marque . Ensuite, il doit transmettre au franchisé son **savoir-faire** (ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par lui). Enfin, il est tenu à l'égard du franchisé d'un **devoir d'assistance technique et de collaboration**, il doit l'aider au moment du lancement de son activité et tout au long du contrat. Il peut conférer au franchisé une exclusivité territoriale.

Les obligations du franchisé : **se fournir auprès du ou des franchiseur(s) référencés** par celui-ci dans les conditions prévues au contrat. La jurisprudence autorise l'insertion dans le contrat de clause de prix catalogue, ainsi seul l'abus dans la fixation du prix est sanctionné. Il doit revendre les produits dans les conditions fixées par le franchiseur, et respecter les normes imposées par le franchiseur.

Le franchisé est un **commerçant indépendant**. Il assume seul les risques de son entreprise . Il a en principe une clientèle propre et bénéficie de la propriété commerciale.

Il doit **rémunérer le franchiseur** (redevance calculée sur le chiffre d'affaire réalisé).

Les règles applicables à la rupture du contrat sont similaires à celles analysées pour la concession.

Le contrat de distribution sélective (Règlement du 22 décembre 1999).

Il s'agit d'un **système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à vendre les biens ou les services contractuels , directement ou indirectement, uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non- agréés.**

Cela concerne généralement les produits de luxe ou de haute technicité.

Ce contrat pose des difficultés essentiellement au regard du droit de la concurrence(refus de vent aux distributeurs non- agréés).

Le droit français de la concurrence reconnaît la validité de ces contrats au regard de l'art L.420-1 du Code de commerce, dès lors que la sélection s'opère selon des **critères objectifs**, afin de préserver la concurrence. La Cour de cassation est sévère dans son appréciation, car elle veut éviter que soient maintenus des monopoles injustifiés (ex : monopole des pharmacies sur les produits cosmétiques).

Pour être valable, le réseau doit répondre aux **conditions** suivantes :

- Préserver l'**existence d'une concurrence effective** sur le marché ;
- Reposer sur des **critères de sélection objectifs** ;
- **Ne doit pas** avoir pour effet ou pour objet d'**éliminer certaines formes de distribution**.

Les autorités communautaires ont déclaré ce contrat conforme à l'article 81 §1 du traité CE.

La protection du réseau de distribution sélective : un réseau n'a d'intérêt que si son titulaire est en mesure d'interdire aux non-membres du réseau la distribution de ses produits. La protection des intérêts du titulaire n'est cependant **pas absolue**. En effet, pour la Cour de cassation, le fait de vendre des produits sélectifs n'est pas en soi constitutif d'une faute.

Une action en concurrence déloyale peut être envisagée, si le titulaire du réseau est en mesure de rapporter la preuve de sa licéité (le distributeur non-agréé peut être condamné s'il ne distribue pas les produits dans des conditions normales).

Le revendeur peut engager sa responsabilité pour **publicité trompeuse**, s'il commercialise des produits portant la mention qu'ils ne pouvaient être vendus que par des distributeurs agréés, sans signaler qu'il n'a pas cette qualité.

Le développement d'**Internet** est une **nouvelle source d'atteinte au réseau**. Le risque est en effet de voir un distributeur agréé vendre sur son site des produits alors qu'il n'y est pas autorisé. Le risque le plus grand tient à l'ouverture de site par des distributeurs non agréés. Quelques décisions les ont condamnés, en les contraignant même à publier la décision sur la première page du site web.

Les exigences du droit de la consommation.

Une **majeure partie de l'activité commerciale** est orientée vers la **distribution** des produits et services aux acheteurs finaux qui sont des consommateurs. Dès lors que le consommateur est concerné, le droit commercial, s'efface au profit d'un corps de règles particulier : **le droit de la consommation**.

Ce droit s'est développé pour **protéger le consommateur** car il est apparu que la seule application du droit commun était insuffisante. Le code de la consommation regroupe ainsi les dispositions qui ont pour but de **réglementer les conventions conclues avec des consommateurs** (Sous-partie 1), **de contrôler la publicité** (Sous-partie 2), **d'assurer la qualité et la sécurité des produits et services offerts aux consommateurs** (Sous-partie 3). Des **organes de représentation et de procédure** ont été mis en place pour renforcer l'efficacité du dispositif législatif et réglementaire (Sous-partie 4).

1.3 Les contrats entre professionnels et consommateurs.

1.1.10 Les mécanismes de protection des consommateurs.

Dans la majorité des cas , l'application de la théorie générale des obligations suffit à assurer la protection des consommateurs (Ex : théorie des vices du consentement, réduction des clauses pénales par le juge). **Toutefois , ces dispositions sont complétées par des règles spécifiques figurant au Code de la consommation.**

Les plus importantes prohibent les clauses abusives(1) et ont pour objet de renforcer l'information des consommateurs(2).

La prohibition des clauses abusives

Notre droit prohibe les clauses abusives depuis la **loi du 10 janvier 1978**. C'est le **code de la consommation dans son article L.132-1, modifié par la loi du 1^{er} février 1995** qui prévoit que « dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels et ou consommateurs sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un **déséquilibre significatif** entre les droits et obligations des parties au contrat ».

Le **champ d'application de cette disposition est difficile à déterminer**. La jurisprudence a dû déterminer trois notions :

- **Le professionnel** : celui qui contracte dans le cadre d'une activité industrielle, artisanale, libérale ou agricole.
- **Le consommateur** : celui qui contracte pour des besoins personnels ou familiaux.
- **Le non professionnel** : cette notion a suscité quelques débats. Dans un **premier temps**, on a considéré qu'il s'agissait d'un **consommateur** qui se procure ou utilise des biens ou des services pour un usage non professionnel. Dans un **second temps**, il a été admis que le professionnel pouvait être un

consommateur dès lors que la convention conclue sont sans **rapport direct avec son activité professionnelle** . C'est le critère qui est retenu depuis.
Ex : il y a rapport direct lorsqu'une entreprise, fabricant de bracelets, conclut un contrat de location téléphonique.

La protection contre les clauses abusives n'existe pas entre professionnels.

Il semble admis par la jurisprudence, qu'une personne morale puisse avoir la qualité de consommateur (Civ 1 10 juin 1997).

Il y a abus lorsqu'on constate un déséquilibre significatif au détriment du consommateur. Cet abus s'apprécie au regard de toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat, ainsi qu'au regard de toutes les autres clauses.

Les clauses abusives sont réputées non écrites : elles sont annulées et retirées du contrat, ce dernier continuant d'exister.

Elimination des clauses abusives : il existe diverses procédures. Au départ c'est la **commission des clauses abusives** qui avait le rôle essentiel, aujourd'hui c'est le **juge**.
Tout d'abord, l'**administration** peut **prendre des décrets** prohibant certaines clauses après avis de la commission (un décret du 24 mars 1978 prohibe ainsi les clauses d'exonération ou de limitations de responsabilité dans les contrats de vente).
Ensuite, la **commission** a la possibilité d'émettre des **recommandations** visant à inciter les professionnels à faire disparaître certaines clauses. Même si elles ne sont pas obligatoires ces recommandations ont une **influence** certaine.
Enfin, le **juge** s'est reconnu la faculté de reconnaître abusive des clauses et de les priver de toute efficacité. Il a le pouvoir de soulever d'office le caractère abusif et la Cour de cassation se réserve le contrôle de la qualification. Le juge peut saisir la commission pour avis .
L'article L.421-6 du Code de la consommation permet aux **associations de consommateurs agréées** de demander au juge la suppression, le cas échéant sous astreinte, dans les modèles de convention habituellement proposés par les professionnels aux consommateurs.

Renforcement de l'information du consommateur.

Le consommateur a d'abord droit à la **même information dont bénéficie tout contractant**. Cependant, cette **protection est renforcée par des dispositions spécifiques contenues dans le Code de la consommation**. Il existe plusieurs techniques pour que le consommateur soit mieux informé.

Un devoir d'information et de conseil est imposé par la jurisprudence au professionnel contractant avec un consommateur. Le vendeur doit même se renseigner pour renseigner. Le Code de la consommation précise cette obligation : le droit commun peut s'appliquer ici, le consommateur peut obtenir des dommages-intérêts ou l'annulation du contrat .

Tout professionnel vendeur doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service(art L.111-1 ; ce texte ne prévoit pas de sanction). Ensuite, les **clauses** du contrat doivent être présentées de façon **claire, lisible, et compréhensible**(art L.133-2) . Enfin, les

clauses s'interprètent ,en cas de doute, dans le sens le plus favorable au consommateur (art .L133-2).

Ces principes généraux sont **complétés par des règles spéciales** :

- L'**information** relative au prix des biens et services doit être **parfaite** au regard du consommateur. Toutes les informations doivent être diffusées en **langue française**, d'après les dispositions de la loi du 31 décembre 1975.
- La **valorisation des produits et services** est d'abord réalisée grâce aux **appellations d'origine contrôlée** (dénomination d'un pays, d'une région ou d'une localité servant à désigner un produit qui est originaire et dont les qualités ou les caractères sont dus au milieu géographique comprenant des facteurs naturels et des facteurs humains), ensuite grâce aux **labels** (marques collectives attestant qu'une denrée alimentaire ou qu'un produit agricole non alimentaire et non transformé possède un ensemble distinct de qualités et caractéristiques spécifiques préalablement fixées et établissant un niveau de qualité) et aux **certifications**(attestant qu'une denrée alimentaire ou qu'un produit agricole non alimentaire et non transformé est conforme à des caractéristiques ou à des règles préalablement fixées portant selon le cas, sur la fabrication, la transformation ou le conditionnement) des produits **alimentaires et agricoles**.

1.1.11 Les conventions réglementées.

Les ventes soumises à des règles particulières.

Règles communes : Ces règles ont toujours pour but de **protéger le consommateur dans ces relations avec le professionnel**. Ainsi , dès que la formation du contrat dure dans le temps, le consommateur se voit reconnaître un droit de repentir rendu effectif par la qualification d'arrhes de toute somme versée d'avance par un consommateur.

Les ventes par démarchage à domicile (loi du 22 décembre 1972 = art L.121-21s). Ici ,le consentement du consommateur est souvent forcé, pour cette raison, plusieurs dérogations au droit commun de la vente ont été apportées.

La protection du consommateur résulte principalement du **délai de réflexion** qui lui est reconnu. Le contrat signé par le client doit comporter plusieurs **mentions obligatoires** à peine de nullité. L'indication de la faculté de renoncer doit figurer au contrat. Dans les Sept jours qui suivent celui de la signature, la loi permet au client de **renoncer** à sa commande. A cette fin , le contrat comporte un formulaire détachable. La loi interdit au démarcheur de recevoir un paiement ou d'obtenir une contrepartie quelconque avant l'expiration de ce délai. L'inobservation de ces règles est sanctionnée par la nullité du contrat. La loi prévoit également une sanction pénale.

NB : des régimes spéciaux existent pour l'enseignement et les valeurs mobilières notamment.

Les ventes à distance : ce sont les **ventes qui se forment et s'exécutent sans contact physique entre le vendeur et l'acheteur**. Il s'agit des ventes par correspondance, par télématique ou télé-achat. La protection du consommateur résulte ici de la **faculté de retour pour échange ou remboursement** qui lui est reconnue dans les sept jours de la livraison (art

L.121- 6 Code de la consommation). Le droit pour le consommateur de demander le remboursement de sa commande est parfaitement discrétionnaire.

Le droit français est conforme à la directive communautaire du 20 mai 1997 sur la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

Les ventes promotionnelles : (loi du 5 juillet 1996 et circulaire du 16 janvier 1997) elles sont réglementées car elles faussent le marché et peuvent inciter à des achats inutiles :

- **Les ventes en liquidation** : c'est l'écoulement de la totalité ou d'une partie des marchandises d'un établissement commercial accompagné ou précédé de publicité, dès lors qu'il est justifié par une décision de cessation, de suppression saisonnière ou de changement d'activité, ou de modifications substantielles des conditions d'exploitation. Ces ventes sont soumises à autorisation préfectorale.
- **Les ventes au déballage** : ce sont les ventes de marchandises effectuées dans des locaux ou sur des emplacements non destinés à la vente au public de ces marchandises, ainsi qu'à partir des véhicules spécialement affectés à cet effet. Ces ventes sont selon leur importance soumises à autorisation préfectorale ou municipale.
- **Les ventes en soldes** : c'est l'écoulement accéléré de marchandises en stock (stock prédéterminé et non renouvelable), accompagné ou précédé de publicité. Elles ne peuvent concerner que des marchandises en stock depuis au moins un mois précédant la période des soldes. La période des soldes est fixée par décret.

Il existe enfin un contrôle des ventes réalisées par les « magasins ou dépôt d'usine ».

Les opérations de crédit à la consommation.

Le crédit accompagne aujourd'hui un grand nombre de ventes de produits de consommation.

La loi du 10 janvier 1978 (art 311-1 Code de la consommation), vient compléter la protection du consommateur, qui était jusque là assurée par la seule interdiction de l'usure.

La loi impose des mentions concernant la publicité du crédit. Elle impose aux établissements de crédit de faire une **offre préalable au consommateur** à laquelle ce dernier peut renoncer après l'avoir acceptée. Le délai de rétractation de sept jours peut être réduit à trois si l'emprunteur demande à être livré plus rapidement du bien acquis.

Des dispositions assurent l'interdépendance du contrat de crédit et le contrat de base.

La protection du consommateur existe aussi dans la **phase d'exécution du contrat**.

L'emprunteur qui ne peut faire face à ses échéances, peut demander au juge d'instance des **délais de grâce** pouvant aller jusqu'à deux ans. Ce dernier peut aussi accorder une **suspension des intérêts** et une **prolongation du prêt**. La loi limite également le droit du prêteur à recevoir des pénalités.

Les contrats conclus électroniquement.

Le développement d'**Internet** a permis le développement du commerce électronique. **Le législateur a dû intervenir afin d'assurer la protection du consommateur**, même si le droit de la consommation demeure applicable.

Le législateur est d'abord intervenu au moyen de la **loi du 13 mars 2000** relative à la **preuve**, consacrant ainsi l'écrit et la signature électronique.

Ensuite, il a décidé de **mettre à la charge des professionnels qui émettent des offres sur Internet, des obligations**. Ainsi un **contrat-type** de commerce électronique commerçants-consommateur a été approuvé par la chambre de commerce et de l'industrie et l'Association française pour le commerce et les échanges électroniques.

Une directive européenne du 8 juin 2000 fixe les principes de base permettant le développement du commerce électronique (information, publicité, ventes en ligne notamment).

1.1.12 Les pratiques interdites.

Les abus sanctionnés.

Des pratiques de l'abus de droit sont sanctionnées ici :

- Le **délit d'abus de faiblesse d'un consommateur** : (art L.122-8 Code de la consommation) Sont sanctionnables ceux qui, à l'occasion d'un démarchage à domicile, d'une transaction intervenue dans un contexte d'urgence ou dans diverses circonstances similaires, font souscrire des engagements à des personnes qui ne sont pas en mesure d'apprécier la portée des engagements, ou de déceler les ruses et artifices déployés, ou ont été soumises à une contrainte.
- La **pratique des prix abusivement bas** : art L.420-5 du Code de la consommation aux termes duquel « sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de ventes aux consommateurs, abusivement bas par rapport au prix de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché et d'empêcher d'accéder à un marché, une entreprise ou l'un de ses produits ».
Cette pratique est une **nouvelle pratique anticoncurrentielle**, sanctionnée comme ententes et abus de domination. Aucune justification ou cause d'exemption n'est prévue.

Les formes de vente interdites.

Dans ses rapports avec les consommateurs, le professionnel doit tenir compte de nombreuses prohibitions.

La **prohibition du refus de vente** est maintenue dans les rapports du professionnel avec le consommateur (art L.122-1 du Code de la consommation).

Ensuite, **notre législation sanctionne de nombreuses formes de vente** :

- La **vente dite « à la boule de neige »** consiste à offrir des marchandises au public en lui faisant espérer leur obtention à titre gratuit ou contre remise d'une somme inférieure à leur valeur réelle et en subordonnant les ventes au placement de bons ou ticket à des tiers ou à la collecte d'adhésions ou

d'inscriptions. La technique est interdite car l'avantage proposé est illusoire. Cette pratique constitue un délit.

- C'est le même caractère illusoire de l'avantage qui justifie la réglementation des **ventes multiniveaux ou pyramidales**. (Une société propose à des personnes d'intégrer un réseau de ventes de produits à domicile. Chaque membre doit lui-même recruter de nouveaux adhérents. Il est alors rémunéré par une commission assise sur ces propres ventes et sur celles des vendeurs qu'il a recrutés).
- Les **ventes par envoi forcé ou sans demande préalable** sont condamnées par l'art. R.635-2 du Code pénal. Il s'agit ici de sanctionner le fait d'adresser à une personne, sans demande préalable de celle-ci, un objet quelconque accompagné d'une correspondance indiquant que cet objet peut être accepté contre versement d'un prix fixé ou renvoyé à son expéditeur, même si cet envoi peut être fait sans frais pour le destinataire.
- Les **ventes avec primes** consistent à offrir des produits gratuits à tout acheteur de produits ou de services. L'interdiction, même non absolue provient du fait que le choix du consommateur ne s'exerce pas en totale liberté.
- Les **loteries** sont prohibées dès lors qu'elles sont organisées par des personnes privées et que les participants doivent acheter leur billet. Il existe un régime dérogatoire pour les loteries de bienfaisance, et une réglementation spécifique pour les tirages au sort publicitaire (art.L.121-6 du Code de la consommation).
- La **pratique des prix d'appel**, consistant à faire une offre considérable sur un petit nombre de produits dont le vendeur a un faible stock, ne peut être sanctionnée que par le biais de la publicité mensongère, de la revente à perte, ou de la concurrence déloyale.

1.4 La publicité

La publicité est réglementée car elle constitue une **technique permettant de tromper les consommateurs et de fausser le jeu de la concurrence**.

Plusieurs textes limitent ou interdisent certaines formes de publicité, dont :

- **La loi du 31 décembre 1975 qui pour protéger la langue française**, celle-ci doit être employée pour présenter les biens et les services, à tous les stades de la distribution.
- **La loi du 31 décembre 1989 interdit** les publicités qui ont pour but de **promouvoir des actions commerciales illicites ou non autorisées**.

Certaines publicités sans être interdites sont réglementées, ex : l'alcool ou les médicaments.

La publicité comparative : consiste pour une entreprise à vanter les mérites de ses produits en les comparant à ceux de ses concurrents. En tant que moyen de dénigrer ses concurrents, elle nécessite d'être strictement réglementée.

L'**ordonnance du 23 août 2001** met notre droit en conformité avec la **directive communautaire du 6 octobre 1997**.

Désormais, alors c'est le code de la consommation qui pose les grands principes (art.L.121-8). La publicité n'est **licite qu'à trois conditions** :

- Elle **ne doit pas être trompeuse ou de nature à induire en erreur** ;
- Elle doit **porter sur des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif** ;
- Elle **doit comparer objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services, dont le prix peut faire partie.**

Avant toute diffusion, **l'annonceur doit communiquer l'annonce comparative aux professionnels visés** pour leur permettre de réagir. Le non-respect de cette obligation constitue une infraction pénale.

La publicité mensongère (Loi du 27 décembre 1973 dite loi ROYER ; art.L.121-1 Code de la consommation) constitue un délit. Elle est réalisée **lorsqu'une publicité comporte, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsqu'elles portent sur un ou plusieurs des éléments relatifs à la composition du produit, à ses modalités de vente.**

Pour faire cesser cette pratique, les **associations de consommateurs et autres syndicats** sont autorisés à intervenir.

1.5 La qualité et la sécurité des produits et services.

Le professionnel doit fournir aux consommateurs des produits de qualité et il doit prévenir tout risque d'accident lié à la vente de produits dangereux. Pour atteindre cet objectif, notre droit ajoute régulièrement des **contraintes et obligations à la charge des professionnels.**

1.1.13 Le contrôle des produits et services.

Ce contrôle est de plus en plus répandu. Aujourd'hui la **protection du consommateur** est principalement **assurée par** :

- **La normalisation** : elle a pour objet de fournir des documents de référence comportant des solutions à des problèmes techniques et commerciaux concernant les produits, biens et services qui se posent de façon répétée dans les relations entre partenaires économiques, scientifiques, techniques et sociaux (art.1° décret 26 janvier 1994). L'élaboration des normes françaises et leur homologation est confiée à l'association française de normalisation (AFNOR). Il existe aussi des normes internationales telles que la norme ISO de la CEL. Même si certaines normes sont obligatoires et leur non-respect sanctionné, la majorité sont facultatives.
- **La sanction des fraudes et des falsifications** (Loi du 1° août 1905) .
Fraudes : toutes les tromperies ou tentatives de tromperie sur un bien ou une prestation de service. La loi vise à la fois les qualités, la composition, et la qualité. **Falsifications** : c'est-à-dire les altérations de certaines denrées et substances.

1.1.14 Le droit à la sécurité du consommateur

La sécurité du consommateur est aujourd'hui **une priorité**, aussi l'**article L.221-1 du Code de la consommation** prévoit que « **les produits et services doivent dans les conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter à la sécurité des personnes** ».

Le cadre général de la protection est fixé par la loi du 21 juillet 1983. Il existe une **commission de la sécurité des consommateurs** joue un grand rôle à cet égard (art.L.221-1s du Code de la consommation). Elle assure la centralisation des informations sur les accidents dont les consommateurs sont victimes.

L'obligation générale de sécurité imposée au professionnel : d'abord d'origine jurisprudentielle (**civ. 1 17 janvier 1995**), cette obligation est devenue légale depuis la **loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux**, transposant ainsi la directive européenne du 25 juillet 1985.

1.6 Les moyens d'actions des consommateurs

Le législateur a donné aux consommateurs les moyens de faire respecter les mesures de protections dont ils bénéficient.

Tout d'abord, des organismes publics, **le conseil national de la consommation et l'Institut national de la consommation** ont pour mission la protection des intérêts des consommateurs.

Ensuite, ayant le droit d'agir en justice , les **associations agréées** disposent à cet effet de quatre actions :

- **L'action en représentation conjointe** qui leur permet d'agir en tant que mandataire des consommateurs. Toutefois l'action est limitée à la réparation du préjudice individuel subi par les consommateurs.
- **L'action civile d'intérêt collectif** leur permet d'exercer l'action civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs.
- **L'action en intervention** leur permet d'intervenir dans une instance engagée par un consommateur devant une juridiction civile pour des faits non constitutive d'une infraction pénale.
- Elles disposent enfin de **l'action principale en suppression des clauses abusives dans les conventions proposées par les professionnels aux consommateurs.**

Enfin, différentes règles procédurales facilitent les règlements des litiges de consommation.

La procédure de **l'injonction de faire** concerne des obligations de faire dont l'exécution en nature peut être ordonnée par le juge d'instance dès lors que la valeur de la prestation en cause ne dépasse pas son taux de compétence.

Des **procédures de conciliation spécifiques** existent également. Il existe ainsi des commissions de règlement des litiges de consommation.

CONCLUSION

La législation relative au contrat commercial est moins complexe qu'éparpillée puisqu'elle fait appel à **plusieurs disciplines du droit** (droit civil, droit commercial, droit de la consommation, droit de la concurrence notamment, plus des droits propres à certains contrats comme la distribution). Mais , aujourd'hui s'il y a une chose retenir, c'est l'**exigence de la conformité de notre activité commerciale avec la législation européenne**, conformément à la volonté de créer une communauté économique européenne.

Il faut donc être vigilant à l'égard de la production normative communautaire, en particulier parce que cette dernière prime notre droit national.

Le contrat administratif

SOMMAIRE

Introduction

Les principaux contrats administratifs

Section 1 : Caractères généraux des contrats administratifs

I. Critères du contrat administratif

A/ Les parties au contrat

B/ La relation du contrat avec le service public

C/ Les clauses du contrat : la clause exorbitante

II. Le régime du contrat administratif

A/ Traits généraux

B/ Le contentieux des contrats administratifs

Section 2 : La formation du contrat administratif

I. Les limites apportées à la liberté contractuelle

A/ La capacité de contracter

B/ Le choix du cocontractant

C/ Le référé précontractuel

II. Les atteintes à l'égalité des contractants

Section 3 : L'exécution des contrats

I. Les prérogatives de l'administration

A/ L'exécution normale

B/ Les sanctions en cas de faute dans l'exécution

II. Le principe de l'équilibre financier

A/ Les droits du cocontractant

B/ Le principe de l'équilibre financier du contrat

Conclusion : La fin des contrats

INTRODUCTION

L'administration, concurremment avec le procédé de l'acte unilatéral, utilise largement le procédé contractuel, dans lequel une situation juridique nouvelle est créée par l'accord des volontés des intéressés. Mais elle l'utilise sous deux formes bien distinctes :

- D'une part, elle passe des contrats identiques à ceux des particuliers tels qu'ils sont définis et réglementés par le *Code civil* :
 - ✓ achats (ex : acquisition d'un terrain à l'amiable)
 - ✓ ventes (ex : ventes de produits du domaine privé)
 - ✓ bail (ex : location amiable d'un local pour y loger une administration)
 - ✓ louage de services (pour certains collaborateurs de l'administration, qui ont la qualité de salariés de droit privé)
 - ✓ assurance (ex : si l'Etat est, en principe, son propre assureur, toutes les personnes décentralisées s'assurent comme les particuliers) etc.

Ce recours de l'administration au contrat privé est très fréquent ; il est la règle pour tous les services industriels et commerciaux. Il est caractéristique du procédé de la gestion privées des services publics.

Dans ces cas, hormis certaines règles de compétence et de procédure qui régissent l'émission du consentement de la personne publique, c'est le droit privé qui s'applique au contrat, ce qui entraîne pour son contentieux, la compétence judiciaire.

- Mais l'administration peut aussi passer des actes qui, bien que de nature contractuelle, puisqu'ils reposent sur l'accord de deux volontés, n'en sont pas moins soumis à des règles différentes de celles qui régissent les contrats ordinaires et relèvent, pour leur contentieux, de la juridiction administrative. Ils forment, dans la masse des contrats de l'administration, la catégorie particulière des contrats administratifs.

De ces contrats, les plus anciens et les plus importants, sont prévus et réglementés, au moins en partie, par des textes. Ceux qui concernent les marchés, par exemple, ont été regroupés dans le *Code des marchés publics*. Les règles ainsi posées ont été complétées par la jurisprudence ; elle a dégagé pour ce faire un corps de principes communs, qui constituent la *théorie générale des contrats administratifs*.

A la différence de la théorie civiliste, cette théorie n'est pas organisée autour d'une idée centrale. Il existe aussi des règles applicables aux « contrats spéciaux », c'est à dire à chaque catégorie particulière des contrats administratifs.

La doctrine a tendance à présenter le régime juridique des contrats administratifs comme « autonome » et « original » au regard de la théorie civiliste du contrat. Mais un examen attentif montre qu'il est assez fréquent que l'on applique aux contrats administratifs les règles régissant le contrat en droit privé.

A première vue, il n'est donc pas évident de distinguer un contrat administratif d'un contrat de droit privé. C'est pour quoi nous allons étudier ici les particularités des contrats administratifs.

Nous commencerons tout d'abord par parler des caractères généraux des contrats administratifs par le biais des critères de ce type de contrat et de son régime. Puis nous nous intéresserons à la formation du contrat administratif et pour finir nous nous intéresserons à la fin des contrats administratifs.

Concernant les contrats administratifs, deux problèmes se posent :

- A quels signes reconnaît-on qu'un contrat est administratif ?
- Dès lors qu'un contrat est administratif, par quels traits fondamentaux son régime se distingue-t-il du contrat privé ?

I. Critères du contrat administratif

Il n'existe pas de critère formel permettant de reconnaître de prime abord le contrat administratif. En présence d'un contrat passé par l'administration, on peut donc hésiter, à première vue sur le caractère civil ou administratif du contrat.

Dans certains cas, les textes tranchent expressément la question : ils attribuent à la compétence administrative une certaine catégorie de contrats. Ce sont les contrats administratifs par détermination de la loi :

- Marchés des travaux publics (loi du 28 pluviôse an VIII)
- Ventes d'immeubles de l'Etat (loi du 28 pluviôse an VIII)
- Contrats comportant occupation du domaine public (décret-loi du 17 juin 1938)
- Conventions conclues entre certains organismes de sécurité sociale et les syndicats de médecins (loi du 20/07/1975, art. 4 et 7)

Mais en dehors des contrats administratifs par détermination de la loi, c'est à la jurisprudence qu'il revient de s'efforcer de résoudre le problème du critère de la distinction entre contrats administratifs et contrats de droit privé de l'administration. Il faut bien reconnaître que l'évolution n'a guère été dans le sens d'une simplification. Certaines décisions récentes ne semblent pas s'inspirer du plus parfait cartésianisme.

C'est ainsi que l'on aurait compris que la jurisprudence considère que tout contrat faisant référence à un cahier des charges soit, de ce seul fait, un contrat administratif. Or il n'en est rien. La référence à un cahier des charges n'est pas un critère du contrat administratif (Tribunal des Conflits (TC), 05/07/1999, UGAP / Sté SNC Activ CSA). De même le Tribunal des Conflits jugeait que la soumission d'un contrat au *Code des Marchés Publics* est sans incidence sur sa nature (TC, 05/07/99, Commune de Sauve / Sté Gestetner) ; mais l'article 4 de la loi du 11/12/2000 a expressément prévu que les

« marchés passés en application du Code des Marchés Publics ont le caractère de contrats administratifs ».

On peut interpréter cette jurisprudence comme voulant privilégier la liberté contractuelle, principe du droit administratif, qui implique le pouvoir pour les parties de placer les contrats qu'elles concluent sous le régime juridique de leur choix.

Le critère jurisprudentiel du contrat administratif s'attache à trois éléments que nous allons maintenant étudier :

- **Les parties du contrat** : un contrat n'est administratif que si l'une des personnes au moins est une personne morale de droit public, sauf exception)
- **L'objet du contrat** : est administratif tout contrat dont l'objet se rattache à l'exécution même du service public. Mais ce critère, longtemps déterminant, est aujourd'hui remis en cause.
- **Les clauses du contrat** : lorsqu'un contrat n'a pas pour objet l'exécution du service, il n'est administratif que s'il contient une clause exorbitant du droit commun

Un contrat conclu par une personne publique est administratif lorsqu'il répond soit à la deuxième, soit à la troisième conditions. Cette solution, parfois contestée, qui affirmait que la clause exorbitante n'était qu'un critère subsidiaire, a été confirmée par le TC (07/07/80, Sté d'exploitation touristique de la Haute-Maurienne).

L'application de ces critères n'a jamais été facile. Mais, dans ces dernières années, la jurisprudence y a apporté des exceptions et des nuances.

A/ Les parties au contrat

- Si un contrat est conclu entre deux particuliers, il est certain (hormis quelques rares exceptions) qu'il ne s'agit pas d'un contrat administratif.

Le Conseil d'Etat (CE) avait affirmé le principe à propos des conventions conclues entre les syndicats médicaux et les caisses de sécurité sociale, qui sont des personnes morales de droit privé (13/12/63, Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord).

L'exception la plus importante concerne les marchés passés avec des entrepreneurs par des sociétés privées chargées de la construction de certains ouvrages publics, qui sont désormais considérés comme des marchés de travaux publics (TC, 08/12/63, Entreprise Peyrot ; et CE, 24/04/68, pour le tunnel routier du Mont-Blanc)

La jurisprudence avait, dans un premier temps, interprété cette exception dans un sens restrictif (CE, 21/07/72, Entreprise Ossude) en la limitant aux seuls travaux de voirie. Mais par la suite la solution a été étendue à des contrats portant sur des travaux différents (urbanisme, aménagement du territoire etc.) sur la base de la théorie du mandat tacite : lorsque la société privée chargée de la réalisation de l'ouvrage qui contracte avec une autre entreprise privée, peut être considérée comme mandataire

d'une personne publique et comme agissant pour le compte de celle-ci, le contrat prend le caractère administratif (CE, 30/05/75, Sté d'équipement de la région montpelliéraine ; TC, 07/07/75 Commune d'Agde etc.)

- Si le contrat est conclu entre deux personnes publiques, il est en principe administratif, sauf s'il n'a pas fait naître entre elles que des rapports de droit privé (TC, 21/03/83, U.A.P) : c'est le cas des contrats relatifs au domaine privé, sous réserve de la présence d'une clause exorbitante.
- Si l'une des parties est une personne publique, l'autre étant une personne privée, le contrat peut être administratif, à condition qu'il présente en outre l'un des deux caractères analysés ci-après. La condition relative aux parties est donc nécessaire, mais non suffisante.

B/ La relation du contrat avec le service public

La jurisprudence, soucieuse d'étendre le rôle de la notion de service public en tant que critère de la compétence administrative, mais aussi de laisser aux personnes publiques la possibilité de recourir au contrat de droit privé lorsqu'elles l'estiment mieux adapté à la situation a, durant de longues années, concilié ces deux préoccupations en utilisant, pour les contrats de louage de service par lesquels les administrations recrutent des collaborateurs, la notion de participation directe à l'exécution même du service public. Selon que le collaborateur recruté participe ou non à l'exécution du service, le contrat est administratif ou reste un contrat de droit privé relevant de la compétence judiciaire.

Le problème est de savoir où commence et où s'arrête la participation à l'exécution même du service public ?

Une jurisprudence surabondante n'a pas réussi à donner une réponse claire à cette question.

Le TC a pris conscience de ces difficultés. Il y a mis fin par un arrêt Préfet de la Région Rhône-Alpes (25/03/96). Désormais le critère de la compétence, pour les contrats de louage de service, réside, non dans l'activité de l'exercice, mais dans la nature du service public : selon que l'agent relève d'un service administratif ou d'un service industriel et commercial, le contrat litigieux est administratif ou de droit privé, quelle que soit la fonction exercée.

En dehors du contrat de louage de service, le contrat est administratif s'il constitue l'exécution même du service public par l'administration (contrats conclus par le service chargé des forêts avec des particuliers pour le reboisement de leurs terrains, CE, 20/04/56, Consorts Grimouard) ou lorsqu'il a pour objet de confier à un particulier l'exécution même du service (CE, 20/04/56, Epoux Bertin → pose le principe → le contrat chargeait le particulier d'assurer la nourriture de ressortissants soviétiques regroupés dans un centre de rapatriement organisé à la suite de la guerre : il y avait bien exécution de service.

C/ Les clauses du contrat : la clause exorbitante

En dehors de ce qui précède, un contrat même s'il concerne un service public, n'est administratif que si les parties ont manifesté leur volonté de se soustraire au droit civil, en adoptant des clauses qui y dérogent. C'est la clause exorbitante de droit commun, qui dans ces

cas, constitue le critère décisif du contrat administratif (CE, 10/05/63, Sté La Prospérité Fermière).

Mais quand une clause est-elle dérogatoire ?

Il est difficile d'y répondre avec certitude, étant donné que le droit civil consacre le principe de la liberté contractuelle, autorisant les parties à adopter les clauses les plus variées. Mais on peut certainement qualifier de dérogatoire toute clause excédant cette liberté et dès lors insusceptibles de figurer dans un contrat entre particuliers, comme contraire à l'ordre public.

Sont parfois aussi jugées comme telles celles qui, en pratique, ne sont guère usitées dans les relations privées, parce qu'elles répondent à des préoccupations d'intérêt général étrangères aux particuliers.

Exemple de clauses exorbitantes :

- CE, 23/05/1924, Sté des Affréteurs réunis
- TC, 26/02/67, Préfet de la Seine

La référence à un cahier des clauses et conditions générales était considérée comme constituant par elle-même une clause exorbitante (CE, 17/11/67, Roudier de la Brille).

Depuis l'arrêt UGAP (précité), il n'en va ainsi que si le cahier des charges auquel il est fait référence, comprend une clause exorbitante du droit commun.

Mais la solution est inverse lorsque le contrat se réfère, en ce qui concerne le statut d'un agent ne participant pas à la gestion du service public, aux « prescriptions générales », applicables à tous les agents de l'administration (CE, 26/09/86, Epoux Heberlin).

Par la suite la notion a été élargie par le juge : il a considéré qu'à défaut d'une clause exorbitante individualisée, le fait pour un contrat d'être, dans son ensemble, soumis à un régime exorbitant du droit commun lui conférerait le caractère administratif (CE, 19/01/73, Sté d'exploitation de la rivière du Sant ; CE, 01/03/2000, Commune de Morestel).

En sens inverse, ont cessé d'être considérées comme exorbitantes, les clauses de contrats de prêts conclus avec des particuliers par des communes qui s'engageaient, si elles ne disposaient pas d'autres ressources pour rembourser les prêteurs, à recourir à l'impôt direct (CE, 06/12/89, Soc. C.A.L.I.F. Comm. De Torcy ; et Cour de cassation, 18/02/92, Cie la Mondiale contre Ville de Roubaix)

Les principes que l'on vient de rappeler comportent cependant une exception : les contrats passés par les services publics industriels et commerciaux avec leurs usagers, même s'ils contiennent des clauses exorbitantes, sont considérés comme des contrats de droit privé, et relèvent de la compétence judiciaire (TC, 17/12/62, Dame Bertrand) ; la solution ne s'explique que pour des raisons pratiques.

II. Le régime du contrat administratif

A/ Traits généraux

Le régime des contrats administratifs, tel qu'il découle, soit des clauses exorbitantes, soit des règles établies par les textes ou la jurisprudence, emprunte certains traits au droit privé, par

exemple en ce qui concerne les conditions de validité du contrat. Mais il s'en distingue dans deux directions essentielles.

- Le contrat privé résulte de la rencontre de deux volontés juridiquement égales, même si en pratique, l'une d'entre elles est vis-à-vis de l'autre, en situation de supériorité, ce qui est fréquent ; et cette égalité théorique se retrouve dans la formation et l'exécution du contrat.
Dans le contrat administratif, au contraire, la personne publique met en œuvre un certain nombre de prérogatives liées à la primauté de l'intérêt général dont elle a la garde, et qui la placent juridiquement, par rapport à son cocontractant, en position de supériorité.
La puissance publique, qui s'affirme dans la décision exécutoire, reparait au sein du procédé contractuel ; il y a bien accord de volontés, mais sur une base d'inégalité juridique.
- Le contrat privé met en contact deux volontés autonomes, libres dans le cadre de la loi, de choisir les buts et les modalités de leur accord.
Or la volonté de l'administration n'est jamais entièrement libre ; l'intérêt général lui interdit, par exemple, de recourir au procédé contractuel pour l'exercice de la police à une entreprise privée.
De façon générale, l'activité contractuelle de l'administration se heurte à des limites auxquelles la volonté privée n'est pas astreinte.

Le régime des contrats administratifs déroge donc au droit commun des contrats, à la fois par les prérogatives qu'il consacre au profit de l'administration, mais aussi par les sujétions qu'il lui impose, les unes et les autres trouvant leur principe dans l'intérêt général.

B/ Le contentieux des contrats administratifs

Il relève de la compétence du juge administratif (normalement, des Tribunaux administratifs) en ce qui concerne la validité, l'interprétation et l'exécution du contrat.

La compétence du juge s'impose aux parties. L'administration ne peut insérer dans ses contrats une clause compromissoire confiant à un arbitre le jugement des litiges, en raison de l'interdiction générale de compromettre, c'est à dire de recourir à l'arbitrage, qui atteint les personnes publiques (CE, 13/12/57, Sté nationale des surplus).

Selon la loi du 09/07/75, art.5, insérée dans le Code civil, art. 2060, il existe cependant une exception à ce principe qui concerne certaines catégories d'EPIC, dont la liste devait être fixée par décret. Le décret n'a jamais été pris, mais plusieurs lois ont depuis autorisé l'arbitrage pour certaines entreprises publiques (Réseau ferré de France, la Poste).

Section 2 : La formation du contrat administratif

La liberté et l'égalité des contractants s'y trouvent l'une et l'autre largement mises en échec.

I. Les limitations apportées à la liberté contractuelle

Pour l'administration, l'opération contractuelle est la mise ne œuvre d'une compétence et cette compétence n'est pas entièrement discrétionnaire. Ceci se vérifie tant dans la capacité de contracter que dans le choix du cocontractant.

A/ La capacité de contracter

- Elle est liée à la personnalité morale : ce sont les personnes morales publiques et elles seules qui ont le droit de contracter.

- Pour chaque personne publique, les textes déterminent les autorités compétentes pour l'engager, le rôle de chacune de ces autorités dans la procédure contractuelle, les règles de forme selon lesquelles le consentement doit être donné, les contrôles exercés sur l'autorité contractante du point de vue technique et financier (décret du 16/08/57, modifié par le décret du 07/01/59).
- L'autorité compétente n'est pas toujours libre de choisir entre le contrat privé et le contrat administratif : les textes imposent souvent le recours au contrat administratif pour certaines catégories d'opérations, par ex. en matière de travaux publics.

B/ Le choix du cocontractant

Le plus souvent les personnes publiques ne peuvent pas choisir librement leur cocontractant. En effet elles doivent respecter la nécessité d'une publicité destinée à susciter la concurrence entre les personnes intéressées par la passation du contrat. Le choix n'est libre que dans les contrats où *l'intuitus personae* joue un rôle essentiel, comme la concession de service public, mais avec cependant un double tempérament :

- La limitation de la durée maximum pour laquelle peut être accordée la concession
- La mise en concurrence (loi du 29/01/93 sur la lutte contre la corruption) pour certaines concessions (distribution d'eau, transports scolaires etc.)

Pour les différents marchés, le principe est celui de la mise en concurrence. Au-delà d'un certain montant la mise en concurrence s'étend à toutes les entreprises de l'Union Européenne. Certaines entreprises ayant encouru des condamnations pénales ou fiscales sont exclues de tous les marchés publics (décret du 23/11/79).

La passation des marchés publics est régie par le nouveau Code des Marchés Publics (annexé au décret du 07/03/2001) et par les directives de l'Union Européenne qui se sont multipliées. Elles sont codifiées par les directives du 14/06/93.

En dépit de ces textes, on a malheureusement vu se multiplier les affaires à propos desquelles, on peut s'interroger sur les conditions réelles dans lesquelles le marché a été passé. La loi du 03/01/91, pour lutter contre ces pratiques, a notamment créé une « Mission d'enquête sur les Marchés ».

C/ Le référé précontractuel

Les articles L.551-1 et L.551-2 du Code de Justice Administrative (dans la rédaction de la loi du 30/06/2000) organisent une procédure originale destinée à assurer le respect effectif de l'obligation de publicité et de mise en concurrence.

En effet, si une personne ayant un intérêt à conclure le contrat, ou le représentant de l'Etat dans le département, estiment qu'il y a manquement à ces obligations, ils peuvent saisir le Président du Tribunal administratif ou son délégué, afin de qu'il ordonne à l'auteur du manquement de se conformer à celles-ci (obligations).

Exemple de cette procédure : CE, 10/06/94, Commune de Cabourg ; CE, 22/03/2000, Epoux Lasaulce...

Confiée à un juge unique, la décision n'est pas susceptible d'appel.

1) Les divers modes de passation des marchés

- **L'adjudication publique** : fait normalement appel à la concurrence entre les entreprises privées. Mais un établissement public peut aussi être candidat à un marché public ou à une délégation du service public (CE, 16/10/2000, Cie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau).

→ procédure :

- ✓ Chacun de ceux qui souhaitent emporter le marché fait connaître son prix sous enveloppe cachetée ;
- ✓ Au jour de l'adjudication, le bureau de l'adjudication prend connaissance des soumissions en séance publique ;
- ✓ L'administration, de son côté, s'est fixé un prix maximum (qu'elle n'a bien sûr pas dévoilé) qu'elle n'entend pas dépasser. Si toutes les propositions dépassent ce prix, aucun des concurrents n'est proclamé « adjudicataire » ; mais dans le cas contraire, est obligatoirement proclamé « adjudicataire », celui qui a proposé le prix le plus bas.
- ✓ Si l'administration n'approuve pas ce choix, elle renonce alors à traiter ; mais si elle persiste, elle ne peut traiter qu'avec l'adjudicataire.

Le choix du cocontractant résulte donc automatiquement de l'adjudication et la compétence de l'administration est liée.

Il existe l'adjudication ouverte : quand tous les membres de la profession, intéressés par l'objet du contrat, et respectant les conditions requises (Etat membre de l'UE, capacité juridique, honorabilité) ont le droit de soumissionner.

On dit que l'adjudication est restreinte, quand l'administration n'appelle à soumissionner qu'un certain nombre d'entreprises nommément désignées.

- **L'appel d'offre** : fait appel à la concurrence, soit ouverte, soit restreinte. Mais cette fois l'administration choisit librement l'offre qu'elle juge la

plus intéressante, en tenant compte non seulement du prix, mais encore de toutes les données techniques et économiques.

- **Les marchés de gré à gré ou marchés négociés** : ici l'administration retrouve sa pleine liberté, elle doit cependant provoquer, dans toute la mesure du possible, la concurrence.

2) Règles d'emploi de ces divers procédés

L'adjudication publique ouverte est longtemps restée la règle pour la conclusion des marchés.

Mais on s'est aperçu de deux choses qui ont conduit au déclin de ce procédé :

- La concurrence était souvent faussée par l'entente entre professionnels.
- L'offre la plus basse n'était pas toujours, dans l'absolu, la plus avantageuse.

Le nouveau Code des Marchés Publics du 07/03/2001 règle désormais la question. Le principe nouveau figure à l'article 26 : « les marchés sont passés sur appel d'offre ». Toutefois, cet article prévoit la possibilité de recourir à 3 formules moins lourdes :

- **La procédure de mise en concurrence simplifiée** : choix du titulaire du marché après avoir négocié avec plusieurs candidats et après publicité et mise en concurrence préalable.
Elle s'applique en dessous d'un seuil de 130000 € HT pour les marchés de l'Etat, et 200000 € HT pour les collectivités territoriales.
- **La procédure négociée** : la personne publique choisit le titulaire du marché après consultation de candidats et négociation des conditions du marché. Ils sont passés avec ou sans publicité.
- **La procédure du concours** : sélection et classement des candidats assurés par un jury indépendant

Enfin, lorsque le montant du marché est inférieur à 90000 € HT, il peut être passé sans formalités préalables (art.28). On parle alors de « marchés sur mémoire » ou « sur facture ».

II. Les atteintes à l'égalité des contractants

Ces atteintes peuvent se retrouver dans l'élaboration des clauses du contrat :

- Dans le schéma classique du contrat privé, les parties élaborent en commun les conditions de leur accord, au cours d'une discussion libre. En pratique celle-ci disparaît souvent.
- Dans les contrats administratifs, la fixation unilatérale des clauses de l'acte est la règle : c'est l'administration qui détermine l'ensemble des règles contractuelles. Le particulier ne peut manifester son initiative que dans l'élaboration de son prix lorsque le contrat en comporte un. Pour le surplus, aucune discussion n'intervient entre l'administration et lui. Sa liberté ne repose que sur le refus ou l'acceptation en bloc des conditions proposées.

Le document qui définit ces conditions est le **cahier des charges**, annexe du contrat.

Dans les marchés, il comprend essentiellement deux séries de document :

- **Les documents généraux :**
 - ✓ Le cahier des clauses administratives générales qui fixe les dispositions applicables à tous les marchés de même nature passés par un service.
 - ✓ Le cahier des clauses techniques générales qui fixe les dispositions techniques applicables à tous les marchés d'une administration portant sur des travaux ou des fournitures de même nature.
- **Les documents particuliers** fixent, pour chaque marché, les clauses administratives et techniques qui lui sont propres.

Section 3 : L'exécution des contrats administratifs

L'administration dispose à l'égard de son cocontractant de prérogatives sans équivalent dans les contrats privés. Elles découlent, soit des clauses du contrat, soit des règles générales applicables à tout contrat administratif en tant que tel et inhérentes à sa nature. Elles se manifestent tant à l'occasion de l'exécution normale que dans les sanctions de l'inexécution ou de la mauvaise exécution.

Cette inégalité fondamentale a une limite du côté financier : le cocontractant bénéficie de garanties que le droit privé ignore et qui tendent à lui assurer en tout état de cause et quel que soit l'usage fait par l'administration de ses prérogatives, une rémunération conforme aux prévisions initiales.

I. Les prérogatives de l'administration

A/ La capacité à contracter

Comme tout contractant, l'administration tire du contrat le droit d'exiger de l'autre partie l'exécution de ses obligations telles qu'elles ont été prévues au contrat. L'obligation d'exécuter est personnelle : la sous-traitance, par laquelle le cocontractant de l'administration confie à d'autres entreprises privées certaines parties de l'exécution

du contrat, doit être autorisée ; sinon un contrat passé entre personnes privées, sauf exception, est un contrat de droit privé.

Seule la force majeure permet au cocontractant de se dégager ; si elle fait disparaître l'objet même du contrat, il est résilié de plein droit. Dans les autres cas, le cocontractant peut s'en prévaloir pour demander au juge de prononcer la résiliation.

Mais le contrat, en général, réserve à l'administration le droit soit de diriger, soit de contrôler les opérations d'exécution. En matière de travaux publics, par exemple, les ingénieurs de l'administration des ponts et chaussées accèdent librement aux chantiers et adressent à l'entrepreneur des ordres de service. De même, l'exécution des fournitures est contrôlée.

De plus l'administration peut modifier unilatéralement les obligations de son cocontractant, en plus ou en moins. Ce pouvoir est si contraire au principe, fondamental en droit privé, de l'immutabilité des contrats, qu'une partie de la doctrine en contestait l'existence. La jurisprudence a mis à cette controverse en réaffirmant le principe de façon explicite (CE, 02/02/83, Union des Transports publics urbains).

L'administration peut donc accroître, modifier, réduire les obligations du cocontractant. Par exemple, les concessionnaires d'éclairage au gaz ont été contraints, après la découverte de l'électricité, de s'adapter à la technique nouvelle (CE, 10/01/1902, Gaz de Deville-lès-Rouen). De la même façon, une ville en expansion peut imposer au concessionnaire de son réseau de tramway, la création de lignes nouvelles (CE, 21/03/1910, Cie Générale Française des Tramways).

Cette règle a cependant des limites très strictes : elle ne peut être justifiée que par la nécessité d'adapter le service à une situation nouvelle.

De plus au delà d'un certain volume de modification, le cocontractant peut demander au juge de prononcer la résiliation du contrat.

En outre la modification unilatérale ne peut jamais consister dans une réduction des avantages financiers accordés au cocontractant.

Enfin la modification unilatérale donne à celui-ci le droit d'obtenir une contrepartie financière à ses obligations nouvelles.

B/ Les sanctions en cas de faute

Sur ce point les prérogatives de l'administration se vérifient dans deux directions :

- **Si c'est elle qui est en faute**, le particulier reste tenu d'exécuter ses obligations, quelle que soit la faute de l'administration ; il ne peut donc se retrancher derrière l'exception d'inexécution. Il peut seulement saisir le juge d'une action en dommages et intérêts, ou d'une demande de résiliation en cas de faute très grave.

- **Si c'est la particulier qui est en faute** pour négligence, malfaçons, fraudes, retards, l'administration dispose d'une large gamme de sanctions qui présente, comparé au droit privé, des traits originaux :
 - ✓ Sanctions pécuniaires : elles peuvent être, soit stipulées au contrat lui-même et dans ce cas jouent de façon automatique lorsque se produit le manquement prévu, soit calculées après coup en fonction du dommage subi (dommages-intérêts)
 - ✓ Sanctions destinées à assurer l'exécution malgré la défaillance du cocontractant. Ici l'administration prend provisoirement en main l'exécution du contrat, mais fait supporter au particulier les frais de son intervention : mise en régie (travaux publics), exécution par défaut (fournitures), mise sous séquestre (concessions)
 - ✓ Sanctions mettant fin au contrat, sans aucune indemnisation : résiliation aux torts (marchés), déchéance (concession)

Ces sanctions ont la particularité d'être orientées non seulement vers la réparation du dommage, mais aussi vers l'exécution effective (exigence de l'intérêt public).

De plus elles existent de plein droit, en dehors même des prévisions du contrat : l'administration est toujours maîtresse, même dans le silence du contrat, de prononcer la sanction adaptée au manquement constaté.

Surtout elles sont décidées unilatéralement par l'administration, sans constatation préalable de la faute par le juge, après mise en demeure.

L'exercice de ces prérogatives constitue, pour l'administration, une véritable obligation. Le juge, sauf quelques rares hypothèses, lui refuse le droit d'y renoncer et de le saisir pour faire condamner la cocontractant défaillant.

La règle n'admet qu'une exception : la déchéance du concessionnaire de service public ne peut être prononcée que par le juge étant donné sa gravité.

Le cocontractant peut toutefois saisir le juge qui, au cas où la sanction serait injustifiée, accorde une indemnité compensatrice.

II. Le principe de l'équilibre financier du contrat

A/ Les droits du cocontractant

En application du droit contractuel commun, le cocontractant de l'administration a droit aux avantages que le contrat lui confère. Ceux-ci sont de deux sortes :

- Il est fréquent que l'administration mette à disposition de son cocontractant certaines prérogatives de puissance publique, afin de faciliter l'exécution de ses obligations :
 - ✓ Le concessionnaire de service public est autorisé à percevoir sur les usagers des taxes qui constituent la contrepartie du service rendu. Il peut aussi bénéficier d'un monopole de droit.
 - ✓ L'entrepreneur de travaux publics peut occuper temporairement les terrains privés nécessaires à l'implantation d'un chantier.

- D'autre part, le contrat fixe les bases de la rémunération qui constitue la contrepartie des obligations du cocontractant. Elle peut être fixée de façon définitive (prix fermes), modifiable en fonction d'une référence déterminée (prix ajustables), ou affectée de clauses de variation (prix révisables) pour les contrats de longue durée.

Le prix n'est dû, en principe, qu'une fois les obligations du cocontractant entièrement remplies (paiement après service fait).

La règle présente l'inconvénient d'obliger les cocontractants à faire toutes les avances.

Afin de lutter contre les retards mis par l'administration à régler le montant des marchés, l'article 54 de la loi du 15/05/2001, relative aux nouvelles régulations économiques, prévoit un délai maximal de paiement qui a été fixé à 45 jours par le décret 2002-231 du 21/02/2002.

Il faut aussi savoir que les dispositions relatives à la rémunération échappent au pouvoir de modification unilatérale de l'administration.

B/ Le principe de l'équilibre financier

L'idée que la rémunération du cocontractant, au lieu d'être fixée ne varietur par le contrat, doit se modeler sur les charges qui lui incombent réellement, de telle sorte que l'aléa inhérent à toute entreprise se trouve sérieusement limité, est à la base de la théorie des sujétions imprévues : le cocontractant, s'il rencontre des difficultés matérielles d'exécution extérieures à la volonté des parties, et imprévisibles, doit en être indemnisé intégralement. Mais surtout le principe se dégage de deux théories jurisprudentielles :

1) La théorie du fait du prince

L'aléa envisagé ici est d'ordre administratif. C'est à dire qu'il résulte de l'exercice par l'autorité publique, à l'égard du cocontractant, de ses prérogatives. Lorsque la puissance publique (le prince) aggrave par son fait les conditions d'exécution du contrat et prend une mesure qui aboutit à renchérir le coût d'exécution des prestations contractuelles.

L'administration peut être tenue d'indemniser le cocontractant. Celle-ci est alors intégrale, c'est à dire égale au préjudice subi.

Mais les solutions jurisprudentielles sont complexes et nuancées. On peut les schématiser ainsi :

- La théorie du fait du prince joue toujours lorsque la personne publique contractante use de son pouvoir de modification unilatérale des obligations du cocontractant. Il en est de même si la personne publique prend à l'égard de son cocontractant une mesure individuelle, aggravant les charges, non pas sur la base du contrat, mais à un autre titre, par exemple en vertu de son pouvoir de police.
- La théorie ne joue jamais quand la mesure qui alourdit les charges du cocontractant émane non de la personne publique contractante, mais d'une autre personne publique (ex : quand un décret, une loi etc. aggrave la situation des cocontractants de l'administration). Dans ce cas il y a assimilation de l'aléa administratif à l'aléa économique et donc, application éventuelle de la théorie de l'imprévision.
- La théorie peut jouer lorsque la personne publique contractante prend une mesure générale qui aggrave les charges du cocontractant ; mais il n'en est ainsi que lorsque la mesure a, sur l'un des éléments essentiels du contrat, une répercussion directe (ex : création d'une taxe frappant des matières premières nécessaires à l'exécution du contrat).

2) La théorie de l'imprévision

C'est ici l'aléa économique qui est pris en considération. Il peut arriver qu'au cours de l'exécution, lorsque le contrat se poursuit sur une certaine durée, des bouleversements économiques, étrangers à la volonté des parties, viennent imposer au cocontractant une surcharge ruineuse. L'exécution reste matériellement possible : sinon, il y aurait force majeure, et le cocontractant serait délié de son obligation ; mais elle devient économiquement désastreuse.

Le juge a estimé que la faillite du cocontractant était de nature à compromettre la nécessaire continuité de la satisfaction des besoins publics.

La théorie de l'imprévision a pour but d'assurer cette continuité ; elle partage l'aléa entre les deux contractants, la personne publique versant au concessionnaire, une indemnité lui permettant de poursuivre l'exécution.

- **Les conditions de l'imprévision** : pour que la théorie joue 3 conditions sont requises :
 - ✓ Les contractants n'ont pu raisonnablement prévoir les faits qui bouleversent la situation, étant donné le caractère exceptionnel (guerre, crise économique grave)
 - ✓ Ces faits doivent être indépendants de leur volonté
 - ✓ Ils doivent provoquer un bouleversement dans les conditions d'exécution du contrat. La disparition du bénéfice du cocontractant, l'existence d'un déficit, ne sont pas suffisantes : il faut que la gravité et la persistance du

déficit excèdent ce que le cocontractant a raisonnablement pu et dû envisager. Le juge fixe lui-même »les prix limites » (marges de hausse raisonnablement prévisibles) dont le dépassement ouvre la situation d'imprévision.

La jurisprudence, concernant ces conditions, est très large. Il peut s'agir d'un événement politique (guerre) ou économique (crise), d'un fait naturel (cataclysme), ou d'une intervention de l'autorité publique non contractante statuant par voie générale (dévaluation monétaire, blocage des prix etc.)

- **Les effets de la situation d'imprévision** : l'essentiel du contrat (le lien entre les parties) subsiste ; le cocontractant reste tenu d'exécuter ; à l'égard de l'administration, la théorie de l'imprévision ne fait que mettre en œuvre son obligation d'assurer l'équilibre financier du contrat.
Cette obligation se concrétise dans l'indemnité d'imprévision, versée par la personne publique à son cocontractant.
Contrairement à la théorie du fait du prince, cette indemnité n'est jamais égale à la totalité des pertes subies ou charges extra-contractuelles. C'est le juge qui détermine la part que doit supporter chacun des contractants. Dans ce calcul, la notion d'équilibre financier global du contrat conduit à prendre en considération, notamment, les bénéfices qu'a pu réaliser antérieurement le cocontractant. L'indemnité d'imprévision représente la part de la charge extra-contractuelle supportée par la personne publique.
- **Fin de situation d'imprévision** : la jurisprudence l'a conçue comme essentiellement temporaire. Si les conditions économiques qui l'ont provoquée se consolident, de telle sorte que le déficit prenne un caractère définitif, les parties peuvent, soit conclure un nouveau contrat sur ces bases nouvelles, soit, s'il est impossible de redresser la situation, demander au juge de prononcer la résiliation du contrat (CE, 09/12/1932, Cie des tramways de Cherbourg)

CONCLUSION : La fin du contrat administratif

Le contrat prend fin, normalement, par l'exécution des obligations des parties (construction de l'ouvrage, livraison de la marchandise), ou par l'expiration de la période pour laquelle il a été conclu. Il peut encore, selon le droit commun, prendre fin par la volonté commune des contractants ou par l'effet de la force majeure.

Mais il existe aussi des procédés propres aux seuls contrats administratifs :

- **Résiliation par l'administration** : l'administration peut prononcer unilatéralement la résiliation dans deux séries d'hypothèses :
 - ✓ A titre de sanction, en cas de faute grave du cocontractant.
 - ✓ Sans faute du cocontractant : lorsque l'intérêt général l'exige, l'administration peut toujours mettre fin aux contrats qu'elle a conclu, soit par décision particulière, soit par un acte réglementaire applicable à tous les contrats de même nature.
Cette prérogative est le prolongement logique de son pouvoir de modification unilatérale et se justifie par la même nécessité d'adaptation de l'action administrative à des circonstances susceptibles de se modifier. Elle a comme contrepartie l'obligation d'indemniser intégralement le cocontractant par l'application de la théorie du fait du prince.

- **Résiliation par le juge** : elle peut intervenir :
 - ✓ A la demande du particulier, soit en cas de faute grave de l'administration, la résiliation entraînant alors pour elle l'obligation d'indemniser son cocontractant, soit lorsque les changements qu'elle prétend utiliser unilatéralement excèdent certaines limites, soit dans certaines hypothèses de force majeure.
 - ✓ A la demande de l'administration, lorsque celle-ci refuse volontairement d'user de son pouvoir de résiliation
 - ✓ A la demande de l'une ou l'autre partie indifféremment, lorsque l'équilibre économique du contrat apparaît comme définitivement bouleversé du fait des circonstances (cf. fin de la situation d'imprévision).

DROIT DES AFFAIRES

LE CONTRAT INTERNATIONAL

Professeur: Monsieur Patrick Dalion

INTRODUCTION

Il est bien évident que la création de l'Europe et l'intensification des relations de commerce international multiplient les occasions d'avoir recours à ce type de contrats, qui doivent clairement encadrés.

Avant de présenter la formation des contrats internationaux et leurs aspects juridiques, on peut décrire les 3 principales formes de contrats :

- Contrat de vente : expression primaire des rapports de cession de biens entre un producteur et des tiers
- Contrat avec des intermédiaires commerciaux : traduit en général les 1ers pas d'un producteur sur la scène internationale, se sentant à l'étroit dans ses frontières nationales, il confie à des tiers le soin de le représenter sur des marchés étrangers ou de revendre ses produits sur ces marchés.
- Contrat de transfert de technologie : avec ses innombrables variantes, il représente une étape encore plus internationale de la démarche économique ; au lieu de vendre directement ou indirectement sur des marchés lointains, on préfère communiquer ses techniques à des producteurs locaux qui, contre paiement de redevances, vont assurer la production et la commercialisation de biens adaptés aux besoins de leur marché.

La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer (art 1582 Code Civil). Deux clauses : acquérir la propriété (acheteur) et recevoir le prix convenu (vendeur).

Pour le contrat de vente international, tous les éléments ne relèvent pas du même ordre juridique national. Pour le nouveau Code de Procédure Civile, « est international, le contrat qui met en cause des intérêts du commerce international (art 1492) ».

En matière de vente, plusieurs traités ont pour l'instant été proposés :

- dans le domaine de l'uniformisation des règles matérielles de la vente (Convention de La Haye du 1/7/1964 et Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale, signée à Vienne le 11/4/1980, essaie d'uniformiser le droit de vente.
- dans celui des conflits de lois (Conventions de La Haye du 15/6/1955 et du 22/12/1986) : aborde la question de la loi applicable au Contrat de Vente International.
- dans la rédaction d'une loi uniforme : la convention de Rome du 19/6/1980

Par définition du sujet, le contrat international a vocation à être appliqué universellement.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	2
FORMATION DU CONTRAT INTERNATIONAL	58
LES GARANTIES	58
<i>Les garanties à la prospection.....</i>	<i>58</i>
<i>L'assurance-crédit</i>	<i>58</i>
LES DIFFERENTES PHASES DES NEGOCIATIONS	58
<i>Les obligations découlant des pourparlers.....</i>	<i>58</i>
<i>L'offre.....</i>	<i>59</i>
<i>L'acceptation.....</i>	<i>60</i>
LES CONDITIONS DE VALIDITE DU CONTRAT INTERNATIONAL.....	61
LA PROTECTION DU CONSENTEMENT	61
<i>L'erreur</i>	<i>61</i>
<i>Le dol</i>	<i>61</i>
<i>La contrainte.....</i>	<i>61</i>
<i>L'avantage excessif.....</i>	<i>62</i>
LE CONTENU DES OBLIGATIONS	62
ENCADREMENT JURIDIQUE DES CONTRATS INTERNATIONAUX	63
DROIT INTERNATIONAL PRIVE (D.I.P.).....	63
CHOIX DES USAGES COMMERCIAUX : LA LEX MERCATORIA.....	64
CONVENTIONS INTERNATIONALES ET LOIS APPLICABLES	64
<i>Convention de Vienne</i>	<i>64</i>

Convention de Rome 64

FORMATION DU CONTRAT **INTERNATIONAL**

1.7 *Les garanties*

Une entreprise travaillant sur les marchés étrangers court essentiellement deux risques : celui d'un échec de la prospection du marché et celui de ne pas être payé après la vente et la livraison de la marchandise ou la prestation de services.

1.1.15 Les garanties à la prospection

Afin de ne pas décourager les tentatives de démarchage hors frontières, les Etats mettent en place des organismes qui offrent de garantir cette phase de prospection contre les éventuels échecs.

En France cette mission est assurée par la Compagnie Française d'Assurance pour le Commerce Extérieur (COFACE).

La COFACE propose donc des procédures "d'assurance-prospection" se matérialisant par un contrat de garantie contre le risque de non rentabilité de l'action engagée sur un marché étranger, à l'exception des pays de la Communauté Européenne.

1.1.16 L'assurance-crédit

Face aux risques plus graves encore de non paiement que l'on peut rencontrer dans ce genre d'aventure, la COFACE met à la disposition des entreprises une assurance-crédit qui couvre les risques à court ou à long terme. Ces risques peuvent aller de l'insolvabilité des clients étrangers aux risques politiques ou catastrophiques, aux risques de non-transfert ou de change.

1.8

Les différentes phases des négociations

Pour un certain nombre de contrats, les plus courants, le problème de leur négociation ne se pose pas. Soit qu'il s'agisse de contrats d'adhésion pour lesquels la partie n'a d'autre choix que d'adhérer ou non, soit que le faible enjeu économique décourage les parties de prendre le temps de négocier.

D'autres contrats font au contraire, par principe, l'objet de négociations. Aucun régime juridique existant ne leur convenant parfaitement, il faut en négocier la création.

Pour ces contrats, de la simple prise de contact entre les parties à la conclusion du contrat, divers stades sont franchis qui ne sont pas libres de toute obligation.

1.1.17 Les obligations découlant des pourparlers

Les "protocoles d'accords, engagements d'honneur ou lettre d'intention" sont souvent utilisés dans le monde des affaires mais leur dénomination ne correspond pas à un régime juridique spécifique.

Or, de la qualification donnée à l'écrit dépendra le régime juridique qui régira les rapports des parties :

Exemple : engagement contractuel ou non, obligation de moyens ou de résultat, et notamment la loi applicable : loi contractuelle ou non.

On trouve encore une illustration des difficultés qui peuvent émaner de cette période pré-contractuelle dans le fameux problème des lettres d'intention. Aucun régime juridique ne s'attache a priori à ces documents.

Exemple : Les systèmes anglais ainsi qu'allemand et canadien sont globalement défavorables à tout effet contraignant des lettres d'intention. Inversement, les systèmes français et italiens penchent nettement pour l'analyse contractuelle de l'engagement qui en résulte, à l'image de la pratique dominante.

1.1.18 L'offre

L'offre est une étape très importante car elle se situe à la fin des négociations et avant la conclusion du contrat.

Ici encore c'est l'étude du contenu des propositions qui sera déterminant pour la qualification d'offre et non l'intitulé des documents échangés.

Exemple : Une exposition en vitrine, un catalogue, l'envoi d'un prospectus ou même une simple attitude constituent ou non une offre pour leur auteur selon le juge saisi. Certains (juges anglais et allemands et pas les juges français) considèrent en effet que ce ne sont que des invitations à entrer en pourparlers et qu'une simple acceptation ne suffirait pas à conclure le contrat.

Exemple : En droit français, on considère encore que l'offre faite au public lie le sollicitant vis à vis du premier acceptant. Les anglais et la Convention de Vienne n'y voient qu'une invitation à entrer en pourparlers.

Les parties doivent donc envisager à l'avance le ou les systèmes juridiques susceptibles d'être consultés afin de ne pas avoir de surprise désagréable.

Néanmoins, dans tous les systèmes juridiques :

"Une proposition de conclure un contrat est une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation".

(article 2.2 des Principes UNIDROIT, principes relatifs aux contrats du commerce international publiés par l'Institut International pour l'Unification du Droit Privé).

Mais cette analyse n'est pas partagée par tous les pays et il faudra donc aux parties la plus grande vigilance dans la rédaction de leur offre selon qu'elles désirent ou non être liées par

elle et, selon le cas, si elles désirent faire de la condition stipulée un élément affectant son consentement ou simplement une modalité du contrat à venir.

L'offre doit encore être suffisamment précise. Mais les parties sont parfois dispensées de cette obligation de précision, notamment lorsque leurs relations d'affaires se maintiennent depuis longtemps via un flux d'affaires toujours identiques. Elles peuvent aussi faire appel aux usages du commerce international (Lex Mercatoria) pour suppléer les termes du contrat, et ainsi le simplifier, mais elles doivent alors s'y référer expressément.

Exemple : Le prix des marchandises vendues qui a longtemps été considéré comme un élément essentiel du contrat de vente et qui, à ce titre, devait être déterminé ou déterminable lors de la conclusion du contrat, n'a plus, au regard de la jurisprudence, à figurer dans le contrat.

1.1.19 L'acceptation

L'acceptation doit être éclairée, pure et simple, et exprimée extérieurement.

L'acceptation éclairée est faite par une partie qui a pu prendre connaissance de toutes les clauses du contrat et donc de tous les termes de l'offre.

Exemple : En France, le problème en matière de contrats d'adhésion a nécessité l'intervention des législateurs pour que cette condition soit bien respectée et que la partie la plus faible au contrat, souvent le consommateur, soit mieux protégée. Cependant, certains pays se réfèrent plus volontiers à la bonne foi des contractants et à la possibilité objective qu'ils ont de prendre connaissance des conditions générales du contrat.

L'acceptation doit être pure et simple pour ne pas constituer seulement une contre-proposition.

Pour être valable, on exige souvent que **l'acceptation soit extériorisée**. A moins que l'usage d'un milieu professionnel ne prévoit le contraire, le silence gardé ne vaut, en principe, pas acceptation, contrairement à l'adage " qui ne dit mot consent ".

LES CONDITIONS DE VALIDITE DU CONTRAT INTERNATIONAL

Pour être valables, les contrats internationaux doivent avant tout être dépourvus de vices.

En droit français, les contrats doivent être conclus par des parties ayant la capacité juridique, dont le consentement est exempt de vice et doivent posséder un objet et une cause licites.

Les conditions de validité des contrats internationaux sont beaucoup plus souples que celles des contrats français. Les principes d'Unidroit sont très évocateurs à cet égard, car ils consacrent la presque totalité de leurs développements à la question de la protection du consentement.

Selon ces principes, les causes d'invalidité des contrats se réduisent ainsi aux vices du consentement et à l'existence d'un avantage excessif accordé à l'une des parties.

1.9 La protection du consentement

Comme en droit français, le droit international connaît trois catégories de vices du consentement : L'erreur, le dol et la contrainte.

1.1.20 L'erreur

Chaque système juridique connaît cette notion et lui donne un cadre qui lui est propre.

Les principes d'Unidroit définissent l'erreur comme étant " une fausse croyance relative aux faits ou au droit ". En effet, en raison de la complexité et de la diversité des systèmes juridiques, l'erreur sur le droit est très fréquente dans les relations internationales.

1.1.21 Le dol

Ce vice sanctionne le comportement frauduleux d'une partie à l'égard de l'autre.

Les principes d'Unidroit énoncent l'exigence d'un comportement de bonne foi impliquant, notamment en matière commerciale, une obligation d'information pré-contractuelle.

1.1.22 La contrainte

Constituent une contrainte, toutes les menaces injustifiées de nature à forcer le consentement. Appelé violence en droit français (article 1111 du Code Civil), ce vice est également connu en droit allemand, italien et anglais.

Il faut que la menace soit en outre imminente et grave afin qu'elle ne laisse à la partie aucune autre issue raisonnable que de conclure le contrat aux conditions imposées ici.

Les principes d'Unidroit ajoutent, à ces trois principaux vices du consentement, l'avantage excessif qui occupe une place à part.

1.1.23 L'avantage excessif

Selon l'art 3.10 1-a des Principes d'Unidroit, il y a avantage excessif lorsqu'une partie " a profité d'une manière déloyale de l'état de dépendance, de la détresse économique, de l'urgence des besoins, de l'imprévoyance, de l'ignorance, de l'inexpérience ou de l'incapacité à la négociation de la première ". Dans la version anglaise on parle d'injustice grossière.

Le caractère excessif de l'avantage implique une forte inégalité entre les obligations des parties qui doit être si grand qu'il choque la conscience d'une personne raisonnable. Il n'est toutefois pas quantifié contrairement à la lésion en droit français.

Il est possible d'obtenir la nullité du contrat conformément aux dispositions générales des articles 3.14 à 3.18 des Principes. On peut également demander au juge saisi d'assainir le contrat en l'adaptant " afin de le rendre conforme aux exigences de bonne foi en matière commerciale ".

1.10 Le contenu des obligations

Chaque catégorie de contrat a sa propre prestation caractéristique et il est impossible de les envisager toutes.

Plus que le contenu donc, il est préférable d'envisager le " contenant " des obligations, c'est-à-dire le cadre dans lequel les parties peuvent se mouvoir à la recherche des prestations correspondant à leur attente.

La liberté contractuelle connaît en effet des limites qu'il faut avoir en mémoire lorsque l'on envisage de traiter à l'international. L'ordre public et les bonnes mœurs sont les premiers exemples qui viennent à l'esprit comme obstacles à cette liberté contractuelle.

Il convient pour les parties de déterminer les lois impératives qui ont objectivement un titre à s'appliquer à leur contrat et qu'ils devront aussi respecter.

Exemple : En droit de la consommation, la convention de Rome du 15 juin 1980 (art 5.2) précise que " le choix pour les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle ".

Ainsi la négociation internationale est semée d'écueils qu'il faut savoir identifier et contre lesquels il convient de se prémunir en étant le plus prévoyant possible. La principale recommandation réside naturellement dans l'exercice du choix de la loi applicable au contrat et de la juridiction compétente pour connaître de son application.

ENCADREMENT JURIDIQUE DES CONTRATS INTERNATIONAUX

Ensemble des dispositions juridiques constituant l'encadrement général du Contrat International et destinées à conférer à celui-ci le maximum de sécurité juridique au bénéfice de chacune des parties.

Tout contrat doit être rattaché à un ordre juridique national ou le Contrat International se définit comme étant un contrat qui présente un élément d'extranéité.

Élément d'extranéité : élément par lequel le contrat est en contact, ne serait-ce que partiellement, avec un ordre juridique étranger.

Par exemple, ce peut être le domicile à l'étranger d'un sujet de droit, sa nationalité, la situation géographique d'un bien ou encore le lieu de conclusion du contrat, etc...

La loi choisie par les parties n'est pas nécessairement étatique mais peut être le droit coutumier international des marchands. Il doit, pour bien faire, se porter sur une législation qui a un certain rapport avec le contenu contractuel, pour éviter d'être ultérieurement récusé par les juges de certains états.

1.11 Droit international privé (D.I.P.)

Si les parties n'ont rien fait pour désigner la loi applicable à leurs accords, c'est le Droit International Privé (D.I.P.) qui apporte les solutions aux problèmes inhérents au caractère international de ces relations juridiques privées.

Le D.I.P. est le "droit spécial applicable aux personnes privées impliquées dans des relations juridiques internationales". Il met en évidence le conflit de lois : ce problème de détermination de la loi applicable est la première question que doit se poser un juge étatique auquel est soumis l'interprétation d'un contrat international.

Le D.I.P. ne traite que des conséquences du caractère international de la relation juridique litigieuse et renvoie au droit commun de l'un des Etats avec lequel la relation juridique est en contact. Il joue en quelque sorte un rôle d'arbitre.

Par exemple, lorsqu'un contrat présente un ou plusieurs éléments d'extranéité, des doutes sont permis quant à la loi qui lui est applicable. Sera-t-elle déterminée par le lieu de conclusion du contrat, son lieu d'exécution, la nationalité des parties, ou encore une clause du contrat la désignant ?

Au-delà des normes étatiques (nationales ou étrangères) on a recours également à des normes internationales ou plus largement a-nationales (n'émanant pas d'un Etat).

Il existe donc deux types de sources du D.I.P. :

- Les normes étatiques
- Les normes que l'on dit "non-étatiques" en raison du fait qu'elles ne sont pas purement étatiques mais pluri-étatiques pour les unes : ce sont les conventions internationales

(Vienne, Rome, La Haye, etc...), ou bien en raison du fait qu'elles sont franchement nationales pour les autres : ce sont celles qui sont élaborées par les acteurs privés des relations internationales et que l'on connaît sous les termes d'usages, de coutumes, ou encore lorsqu'elles ont trait au droit commercial international, de **Lex Mercatoria**.

1.12 Choix des usages commerciaux : la Lex Mercatoria

Les usages commerciaux constituent une norme de comportement « sacrée » pour les opérateurs du commerce international, véritable droit coutumier international, même si ce droit n'a pas la capacité d'offrir un système exhaustif de solutions pour toutes les questions que peut poser un contrat incomplet.

Pour qu'elle soit applicable, il faut que les parties en aient convenu expressément ou tacitement.

1.13 Conventions internationales et lois applicables

En matière de vente, plusieurs traités ont pour l'instant été proposés :

- dans le domaine de l'uniformisation des règles matérielles de la vente (Convention de La Haye du 1/7/1964 et Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale, signée à Vienne le 11/4/1980, essaie d'uniformiser le droit de vente.
- dans celui des conflits de lois (Conventions de La Haye du 15/6/1955 et du 22/12/1986) : aborde la question de la loi applicable au Contrat de Vente International
- dans la rédaction d'une loi uniforme, remplaçant les DIPs : la convention de Rome du 19/6/1980

1.1.24 La convention de Vienne

Convention de Vienne : signée le 11/4/1980, entrée en vigueur le 1/1/1988. Actuellement, une quarantaine de pays sont adhérents, dont les USA, la Chine, la France, L'Allemagne, etc... Le contenu du Traité est intégré ipso facto dans le droit national d'un pays ayant ratifié le traité.

Elle s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des états différents.

Limites du traité : internationalisation du droit de vente est loin d'atteindre son stade final :

- L'objet du traité est limité aux ventes mobilières de marchandises conclues entre professionnels et exclut une série de biens : les valeurs mobilières, les effets de commerce, ...
- Son application n'est que supplétive : n'est appliquée que si les parties ne l'ont pas écartée explicitement ou implicitement.
- Contrat de Vente International peut être soumis à la fois à la Convention (pour les matières entrant dans son champs d'application spécifique) et à une loi nationale (pour ce qui est des aspects de la vente non couverts par le Traité)

1.1.25 Convention de Rome

Art 1 : Loi applicable aux obligations contractuelles en général. Elle couvre en principe tous les contrats qu'ils soient de nature civile ou commerciale, sauf :

- Obligations relatives à l'état des personnes. Par exemple : régimes matrimoniaux, testaments, etc...
- Obligations relatives à des instruments financiers. Ex : lettres de change
- Obligations relatives au droit des sociétés et associations (constitution, capacité juridique)

Etant donné que la Convention de la Haye de 1955 (ventes mobilières uniquement) est dépassée et que la Convention de la Haye du 22/12/1986 est d'application incertaine, la Convention de Rome, qui étend son champ d'application à la forme du contrat, à sa validité et à d'autres applications ignorées par les conventions précédemment citées, se justifie dans son application.

La convention a pour objectif d'arrêter une loi uniforme, remplaçant les règles de droit international privé propres aux états signataires. Elle reconnaît la primauté de la loi d'autonomie de la volonté en stipulant que le contrat est régi par la loi choisie par les parties (art 3, alinéa 1). Rien n'empêche les contractants de désigner plusieurs lois applicables, selon la nature diverse de leurs engagements.

Si les parties au contrat se sont abstenues de désigner la loi applicable, la convention décide que le contrat sera gouverné par le droit international privé (comme décrit précédemment) du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits.

Il n'empêche que la coexistence de différentes conventions touchant finalement à un même objet n'est pas sans poser de problèmes d'interprétation, quant à savoir laquelle d'entre elles régira un cas particulier. D'autant que ces conventions procèdent d'un compromis entre diverses conceptions nationales et que les solutions écartées conservent longtemps des partisans...

Bibliographie :

DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL, droit international de l'entreprise, deuxième édition, Auteurs : Jean Marc MOUSSERON, Jacques RAYNARD, Régis FABRE et Jean-luc PIERRE.

LES CONTRATS DE COMMERCE INTERNATIONAUX, 3è édition, Auteur : Jean DELACOLLETTE.

CHAPITRE II

LA CHOSE VENDUE

Dans le contrat de vente (contrat nommé), la livraison de la chose représente l'objet de l'obligation contractuelle du vendeur et la considération de cette obligation est la cause de l'engagement de l'acheteur. C'est à dire que la « chose » constitue un élément essentiel de la vente ce que rappellent justement le Molles 1582, 1583 et 1589 du Code Civil à propos de la formation du contrat de vente.

Une chose étant nécessaire à la validité de la vente, il convient de préciser les qualités que doit présenter cette chose pour répondre aux dispositions des articles 1589 du Code Civil et suivants :

I. DES CHOSES QUI PEUVENT ETRE VENDUES

§ 1 - PRINCIPE : LA LIBERTÉ D'ALIÉNER

Au regard de l'article 1128 du Code Civil : « il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ».

De même, l'article 1598 du Code Civil : « tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque les lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation ».

Le mot commerce est pris ici dans un sens large - « il désigne la possibilité pour une chose de servir d'objet à un acte juridique sous seing privé ou authentique » Planiol et Ripert n° 257.

→ une vente de chose hors commerce est nulle de plein droit même si l'acheteur en connaissait le vice. Civ. 28 janvier 1931 D. 31.162.

La vente peut porter :

* sur un immeuble : en ce cas, elle porte à la fois, sur la propriété du sol, du sous-sol, des constructions et des plantations, sauf stipulations contraires, dispositions législatives ou acquisition par prescription d'un droit concurrent.

* sur un droit réel comme celui résultant du bail à construction, ou Je l'emphytéose cet pas seulement sur le droit de propriété, usufruit ou propriété, droit d'usage, droit d'habitation.

* sur une chose indivise soit avec l'accord de tous les co indivisaires *soit* par la volonté d'un ou de plusieurs co indivisaires (article 815 du Code Civil). Lorsque la chose indivise est acquise par l'un des co indivisaires, l'effet déclaratif du -partage fera rétroagir son droit sur l'ensemble à la naissance de l'indivision.

* sur une part indivise d'un co indivisaire sur une chose (aléa, dépend du partage). Mais les co indivisaires ont parfois la possibilité de prendre la place de l'acquéreur de la part indivise en exerçant un droit de préemption (se substituer) sur l'acquéreur (articles 815-14 à 16 et 18, article 1873-12 à 14 du Code Civil) ou un droit d'acquisition de la part de l'indivisaire défunt ou un droit d'attribution de cette part de l'indivisaire. (c'est ce que l'on appelait le retrait successoral au profit des cohéritiers ou de la femme dans l'Ancien régime de la communauté légale).

* sur une universalité : c'est à dire un patrimoine composé en tout ou partie d'immeubles, mais seulement après la disparition de son titulaire - articles 1600, 1696 et 1698 du Code Civil. La disparition du titulaire sera la dissolution de la personne morale, le décès de la personne physique (vente d'hérédité), sinon il y aurait pacte sur succession future prohibé par l'article 1130 alinéa 2 du Code Civil.

§ 2 - LES EXCEPTIONS ET LA LIBERTÉ D'ALIÉNER

D'un point de vue général, parfois le législateur déclare que certains éléments ne sont pas dans le commerce juridique, il en est ainsi :

- Les droits extrapatrimoniaux ;
- Le corps humain (sauf lait maternel) ;
- Les choses communes (air, eau de mer et des rivières) ;
- Les biens domaniaux ;
- Les clientèles civiles ;
- Les pactes sur successions futures ;
- Les contrats perpétuels ;
- Poudres, explosifs, armes de guerre ;
- Tout ce qui est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs (arts 6 et 1134 du C. Civil).

Dans certains cas, la loi interdit l'aliénation de certains droits réels immobiliers :

- la succession d'une personne vivante même de son consentement - article 1600 du Code Civil.
- les biens du domaine public des collectivités publiques ((Etat, régions, départements, communes T.O.M.) ; en revanche les biens du domaine privé peuvent être aliénés sous réserve d'une autorisation administrative).
- les biens dotaux de la femme mariée sous le régime dotal
- les droits d'usage et d'habitation - article 634 du Code Civil.

– les biens donnés ou légués frappés d'une clause d'inaliénabilité (900 - 1 C. Civ.) si l'inaliénabilité est temporaire ou justifiée par un intérêt sérieux et légitime, sauf autorisation judiciaire (disparition de l'intérêt - intérêt plus important l'exige).

Dans d'autres cas, la loi prohibe à peine de nullité certaines modalités d'aliénation : ainsi, l'article 1er de la loi du 4 avril 1953 modifié par l'article 90 de la loi du 31 décembre 1975 (sous l'article 1598 du Code Civil), interdit toute division par appartements d'immeubles frappés d'une interdiction d'habiter ou d'un arrêté de péril ou déclarés insalubres ou comportant pour le quart au moins de leur superficie totale des logements de la classe IV de la loi de 1948 ainsi que toute division par appartement de toute vente ou apport de tels immeubles à des sociétés d'attribution de logements à leurs membres.

La jurisprudence interdit quant à elle les ventes de sépultures Cass. 11 avril 1938 D. 38 p. 321 ; les ventes de bâtiments en vue d'une utilisation immorale ou illicite (articles 6 et 1134 du Code Civil).

§ 3 - LES LIMITATIONS À LA LIBERTÉ D'ALIÉNER

→ modes d'aliénation réglementés: ex.: saisie immobilière; article 673 de l'A.C.P.C. / immeubles insalubres, en péril, dangereux.

→ la loi soumet à certaines conditions l'aliénation des immeubles

* notification a posteriori : lorsqu'un immeuble est classé monument historique, l'existence du classement doit être portée à la connaissance de l'acquéreur et l'aliénation doit être notifiée dans les 15 jours au ministère de la culture par celui qui l'a consentie article 8 de la loi du 31 décembre 1913 - sous 2279 du Code Civil

* une autorisation : dans un périmètre de rénovation urbaine, toute vente de bâtiment par appartements est subordonnée à une autorisation préalable du Préfet (article 1er de la loi du 10 juillet 1970 modifiant l'article 4 bis du décret du 31 décembre 1958). → la mise en copropriété pas la vente elle même. Lorsque l'immeuble est à démolir, il y a refus. Dans tous les autres cas, le Préfet accorde cette autorisation. Disposition abrogée, non reprise par l'art. 16 Loi du 18 juillet 1985.

(Les lois sur les contrôles des structures agricoles qui interdisent le démembrement d'exploitations agricoles ; contrôle des lotissements (article L. 315-1) contrôle des divisions du sol en matière d'urbanisme (article L. 111-5-1 du Code de l'urbanisme) - contrôle des divisions en matière de remembrement ...)

* une offre en vue de l'exercice d'un droit de préemption (substitution) : aux organismes d'H.L.M. (loi du 10 juillet 1965 modifiée par la loi du 2 novembre 1983) en cas de revente dans les quinze ans par les ex-locataires, à la SAFER, au preneur en place d'un bail rural, aux collectivités publiques titulaires du droit de préemption

urbain, dans les ZAD, périmètres sensibles, aux locataires ou occupants d'un appartement à usage d'habitation pour la première vente après division de l'immeuble par lots (article 10 de la loi du 31 décembre 1975). au locataire - Loi (Guilliot le prévoyait : article 11 de la loi du 22 juin 1982 - la loi Méhaignerie de 1986 y faisait référence repris par la loi du 6 juillet 1989 article 15.11.

* une réglementation des conditions d'aliénation et d'utilisation : cahier des charges dans le lotissement ; réglementation du logement des époux dans les régimes matrimoniaux ; cahier des charges en cas de rétrocession de terrains expropriés pour opération d'urbanisme.

* une sanction : l'administration fiscale exerce le droit de préemption de l'article 668 du Code Général des Impôts.

→ Parfois, ce sont les parties elles-mêmes qui limitent leurs possibilités d'aliénation par un pacte de préférence ou convention de préemption (qu'elles peuvent faire publier à titre d'information aux hypothèques), entre un propriétaire et un locataire par exemple, ou entre un vendeur d'immeuble et son premier acquéreur ou par une promesse unilatérale de vente (s'engager à vendre à une personne en lui laissant un délai pour se déclarer acquéreur → pour lever l'option ce qui emporte l'interdiction pendant ce délai de vendre à un tiers - violation de l'engagement se résout en principe en dommages-intérêts.

II. L'EXISTENCE DE LA CHOSE VENDUE

Pour que le contrat soit valable, la vente suppose l'existence d'une chose qui existe et qui est dans le commerce juridique. Si la chose vendue n'existe pas, la vente est nulle ; l'obligation du vendeur est sans objet l'obligation de l'acheteur est sans cause.

Il y a nullité absolue lorsque la chose n'a jamais existé et n'existera jamais. Quand la chose vendue doit elle exister ? Son existence doit-elle être présente, passée, ou future ? La vente peut-elle porter sur une chose qui a péri ? Peut-elle porter sur une chose future

§ 1. VENTE D'UNE CHOSE QUI A PÉRI

Hypothèse d'une chose qui a existé mais qui a péri à l'insu des parties au moment de la formation du contrat (et non après).

L'article 1601 du Code Civil distingue entre la perte totale et la perte partielle de la chose (juridique ou matérielle).

a) *perte totale* : elle entraîne la nullité absolue de la convention (parce que : l'obligation du vendeur est sans objet, l'obligation de l'acheteur est sans cause).

Article 1601 du Code Civil : « si au moment de la vente la chose vendue était périe en totalité, la vente serait nulle ». La jurisprudence assimile la « détérioration essentielle », celle qui rend la chose impropre à son usage habituel.

b) perte Partielle : Article 1601 alinéa 2 du Code Civil : « si une partie seulement de la chose est périe, il est au choix de l'acquéreur d'abandonner la vente ou de demander à bénéficier de la partie conservée en faisant déterminer le prix par ventilation ».

Option pour l'acheteur entre la résolution du contrat (et non pas sa nullité) et la réfaction (maintien du contrat avec diminution du prix) car le contrat est partiellement sans cause.

Toutefois, l'option n'est pas ouverte lorsque la perte partielle est de minime importance par rapport à la valeur totale de la chose vendue. Les tribunaux admettent le maintien de la vente avec une diminution proportionnelle du prix.

Enfin, lorsque la vente porte sur plusieurs choses matérielles séparées et que certaines ont péri et que d'autres subsistent, on considère que le contrat se subdivise en autant de ventes qu'il y a de choses distinctes à moins qu'il y ait indivisibilité dans la commune intention des parties. Les ventes seront : les unes nulles pour perte d'objet les autres valables sans possibilité d'option entre la résolution et la réfaction.

§ 2 - VENTE DE CHOSES FUTURES

Article 1130 alinéa 1 du Code Civil : « les choses futures peuvent faire l'objet d'une obligation ». Il n'est pas nécessaire que la chose existe dans le présent au moment de la vente. Il suffit qu'elle existe dans l'avenir c'est à dire au moment de la livraison (sauf pacte sur succession future qui ne sont pas dans le commerce juridique).

On peut se trouver confronté à quelques difficultés lorsqu'il y a fabrication ou transformation de la chose future pour déterminer la nature du contrat.

* Y a-t-il qualification de vente ou louage d'ouvrage? Ce n'est pas neutre quant au régime de la responsabilité et de la garantie et quant à la garde (risques).

- le contrat dans lequel l'ouvrier fournit à la fois son travail et la matière constitue une vente. (Civ. 20 mars 1872 O. 1872 1. 140), critère traditionnel, mais le critère moderne est que le fabricant conçoit seul l'ouvrage.

En revanche, il y a louage d'ouvrage (et non pas vente) dans le contrat par lequel « un entrepreneur se charge d'élever même avec ses propres matériaux une construction sur un terrain appartenant au propriétaire pour le compte duquel il construit ». Civ. 18 octobre 1911 D. 1912 1. 113 Note Planiol. Il travaille alors sur les directives du propriétaire du terrain (contrat d'entreprise). Doctrine moderne : Mrs Hémar, Malinvaud.

• Lorsqu'il procure directement ou indirectement le terrain sur lequel il construit, il y a vente à construire. Article 6 de la loi du 3 janvier 1967. Cette construction donne un caractère civil à la vente (article 632 du Code de Commerce).

* Y a-t-il vente de meuble ou d'immeuble ?

Vente de matériaux à extraire d'une carrière considérés par anticipation dans leur état futur de meubles. Civ. 30 mai 1969 D. 1969 p. 561 Terreau à extraire d'un terrain.

Fresques de Casenoves - Ass. Plénière 15 avril 1988 Ville de Genève J.C.P.N. 30 juin 1989 p. 206 - immeubles par nature elles sont devenues des meubles du fait de leur arrachement des murs d'une église.

* Quid si la chose ne vient jamais à l'existence ? Y a-t-il nullité absolue ? Non.

La vente ne porte pas sur une chose présente mais sur une chose future. Ce qui compte c'est qu'elle existe lors de la livraison sinon le vendeur n'exécute pas son obligation de délivrance, il doit à l'acheteur des dommages-intérêts sauf force majeure, et l'acheteur n'a pas à payer le prix (exception non adimpleti contractu) (mais on ne peut vendre la succession d'une personne vivante) article 1600 du Code Civil).

III. LA DETERMINATION DE LA CHOSE

Pour que la vente se forme, il ne suffit pas que la chose existe, il faut encore l'identifier.

Ainsi, l'article 1129 du Code Civil dispose : « il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. »

« La quotité de la chose peut être incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminée. »

La chose doit donc être déterminée dans son individualité, ou tout au moins dans son espèce si sa quotité est déterminable. Mais, l'individualisation peut ne pas figurer au contrat des lors que ses clauses en permettent l'individualisation.

Ex. : les immeubles seront désignés par leur référence cadastrale (commune, lieu-dit de parcelle, contenance cadastrale) en outre, ils font généralement l'objet d'une description (nature, situation, contenance).

Ex. : La vente d'immeubles peut aussi porter sur un bâtiment, sans son terrain d'assiette et inversement sur le terrain sans les bâtiments ou ouvrages (bail à construction - concession immobilière).

Ex. : vente d'un lot dépendant d'un immeuble soumis au régime de la copropriété (loi du 10 Juillet 1965), il convient de les désigner par la quote-part correspondante de partie commune et le nombre de m². Il est utile de décrire les parties privatives art. 20 L 10 Juillet 1965. Avis de mutation. Notifications de transfert.

Une description plus ample peut être utile (c f. Vigneron J.C.P.N. Avril 1976, les formalités à accomplir pour la vente d'un lot en copropriété).

Les tribunaux considèrent comme suffisamment déterminée la vente d'un terrain ayant une superficie donnée à prendre par l'acheteur dans un domaine dont le vendeur est propriétaire à tel endroit. 3ème Civ. 17 juillet 1968 - G.P. 1968 2.29.1. Idem pour un entrepôt ou un magasin... La contenance est alors un élément essentiel dans la vente à tant la mesure.

Si l'immeuble est loué, ou occupé, il convient de préciser le titre d'occupation et d'identifier l'occupant.

Pour un lot de lotissement, il y a lieu de rappeler les décisions administratives, le cahier des charges et la constitution de l'association syndicale (adhésion unanime et par écrit - surtout indiquer les références à la publicité foncière.

Responsabilité notariale - mais l'imprécision de l'avant-contrat est une source de difficulté.

Impossible d'inclure dans la vente un élément non prévu à l'avant-contrat, sauf nouvel accord de volonté (sauf dispositions supplétives du code civil). D'où interprétation souveraine par les juges du fond selon la commune intention des parties au moment de la formation du contrat .

IV. VENTE DE LA CHOSE D'AUTRUI

Le principe général au regard de l'adage est que nul ne peut transmettre plus de droits ni de biens qu'il n'en possède.

- principe de nullité
- conditions de nullité
- effets de nullité

§1 - PRINCIPE DE NULLITÉ

Que décider en présence de la vente de la chose d'autrui ? ;:peut-il permettre à l'acquéreur de se dégager du contrat ou faut-il attendre qu'il soit troublé par le véritable propriétaire ?

Au regard de l'article 1599 du Code Civil, celui-ci dispose que : « la vente de la chose d'autrui nulle : elle peut donner lieu à des dommages intérêts lorsque l'acquéreur a ignoré que la chose fût à autrui. »

Solution de bon sens sur le fondement de laquelle la doctrine hésite à se prononcer.

a) impossibilité du transfert : en raison de son caractère consensuel la vente transfère immédiatement la propriété de la chose, doit donc être nul, le contrat qui ne peut produire cet effet. Le transfert peut cependant être différé par la volonté expresse des parties et le vendeur peut-être devenu propriétaire au moment du transfert (de la livraison).

b) inexistence de la vente : absence à la fois de cause et d'objet, en ce cas, il manque un élément essentiel de la vente qui n'a pu se former. Cependant, s'il n'y a pas transfert immédiat, l'objet du contrat peut s'acquérir, s'il n'est pas impossible, le contrat peut s'exécuter alors (ex : la vente en l'état futur d'achèvement).

c) résolution de la vente : le vendeur ne pouvant exécuter son obligation contractuelle, l'acheteur pourra invoquer l'inexécution du contrat et en faire prononcer la résolution, c'est à dire l'anéantissement rétroactif du contrat. Mais, l'article 1599 du Code Civil prévoit la nullité et non la résolution.

d) erreur : sur la qualité essentielle de la chose et du cocontractant: article 1599 du Code Civil ne prévoit la nullité que si l'acheteur ignore le vice.

§ 2 - CONDITIONS DE LA NULLITE

La nullité a pour objet de sanctionner un défaut dans la formation du contrat. Ce sera le cas si :

- la vente porte sur la chose d'autrui (cas de l'immeuble déjà vendu) Cass. 12 novembre 1975, J.C.P. 1976 II. 18359 DAGOT

- ou si la vente a pour objet un transfert immédiat de propriété ce qui suppose la vente d'un corps certain (un immeuble). Si le transfert est stipulé à terme et si à l'arrivée du terme le vendeur est devenu propriétaire de la chose, on admet que la vente est valable.

- il en sera de même si l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui ; peu importe qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi. En revanche, si l'acheteur savait que la chose appartenait à autrui, il ne pourra pas invoquer la nullité, le contrat est valable. Il s'agit d'une vente aléatoire dont l'acheteur supporte les risques.

Il faut bien distinguer la vente de la chose d'autrui du contrat par lequel le vendeur s'oblige à acheter une chose pour en transférer la propriété à l'acheteur = il s'agit alors d'un contrat innomé emportant une obligation de faire pour le vendeur ce qui est parfaitement valable.

Contrats à bien distinguer :

1. Vente de chose d'autrui sans que l'acquéreur le sache
2. Vente de chose d'autrui alors que l'acquéreur le sait : contrat aléatoire (l'acquéreur a l'espoir que son vendeur deviendra propriétaire)
3. Vente de chose future
4. Contrat innomé = le vendeur s'engage à acheter une chose et à en transférer la propriété.

§ 3 - EFFETS DE LA NULLITE

a) nullité est relative → seul l'acheteur peut la demander (action) ou invoquer (exception) cette nullité dans les 5 ans (1304 du Code Civil) de la connaissance du vice, à l'exclusion du vendeur (qui doit garantir, ne peut évincer) et du propriétaire véritable (action en revendication) chère 3e Civ. 28 mars 1990 0 90 IR.p.96.

La jurisprudence admet la confirmation de la vente de la chose d'autrui : par la ratification par le véritable propriétaire, ou par l'acquisition de la propriété de la chose par le vendeur.

b) dommages intérêts en cas de nullité si l'acheteur a ignoré le vice au moment de la vente. Le contrat étant nul, il s'agit d'une responsabilité délictuelle (faute à prouver, dommage, lien de causalité) ou quasi délictuelle (imprudence, négligence du vendeur).

c) usucapion décennale ou vicennale par l'acquéreur de bonne foi qui a juste titre: il prescrit contre le véritable propriétaire (en matière immobilière) articles 2265 et 2266 du Code Civil Cère P. Collomb JCP 1990 1 n°3455. Application au bénéficiaire de la promesse de porte fort d'une veuve pour ses enfants mineurs ; acquéreur d'un terrain contesté plus de 30 ans plus tard par un des enfants devenu majeur 1ère Civ. 6 juin 1990 Bull. n°142.

d) obligation de garantie à la charge du vendeur: tant que la prescription acquisitive n'a pas joué, le véritable propriétaire peut agir en revendication (et non en nullité de la vente). Si l'acheteur est évincé net que l'action en nullité de vente est prescrite, le vendeur lui doit garantie.

CHAPITRE III LE PRIX DE VENTE

Objet de l'obligation de l'acquéreur, cause de l'obligation du vendeur, le prix est un des éléments essentiels de la vente.

En l'absence de prix, il n'y a pas de vente. Si la chose est remise gratuitement, il s'agit d'une donation, si la chose est remise moyennant une contre prestation non évaluée en argent, il s'agit d'un échange, d'un apport en société.

(Dation en paiement = vente, avec substitution au paiement du prix d'un paiement en nature (construction))

Définition : MAZEAUD n°860 : « le prix consiste nécessairement et uniquement dans une somme d'argent que l'acheteur s'oblige à livrer au vendeur ». C'est le rapport de valeur entre un bien et une quantité de monnaie, ce qui n'empêche pas le prix d'être acquitté autrement qu'en monnaie (dation en paiement).

Quelles conditions le prix doit-il remplir pour exister ?

- Il doit être déterminé ou déterminable
- Il doit être réel (et non simulé, dissimulé ou dérisoire)
- Il doit être juste (problème de la lésion)

1. LA DÉTERMINATION DU PRIX

art. 1591 et 1592 du Code Civil, «le prix de la vente doit être déterminée et désigné par les parties ». «Il peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers. Si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation il n'y a point de vente ».

--> existence du prix suppose qu'il est déterminé, ou tout au moins déterminable en vertu des clauses mêmes du contrat sans une nouvelle intervention de la volonté des parties ; il peut être fixé par l'estimation qu'en ferait un tiers désigné conformément au contrat.

La détermination du prix ne porte que sur son montant et non sur les modes de paiement (espèce, chèques, effets de commerce ...) non plus que sur la date du paiement (présumée celle de la livraison article 1651 du Code Civil).

§ 1 - PRIX DÉTERMINÉ : article 1591 du Code Civil

La vente n'existe pas tant que la fixation du prix n'est pas faite. Elle ne peut résulter d'un accord ultérieur. Le contenu de l'obligation de l'acheteur doit être fixé au moment de la naissance de son obligation (contrat commutatif) et ne doit plus dépendre de la volonté de l'une ou l'autre partie.

Le prix ne serait pas déterminé si le même acte comportait l'indication de prix différents pour la même chose (Civ. 28 mai 1952 Bull n° 183) ou si la chose était

vendue pour « ce qu'elle vaut » ou « pour son juste prix » ou « pour le prix que le vendeur pourra trouver ».

Com. 10 mars 1987 Bull 1987 n-71 p. 53 ne peuvent être déterminés au sens de l'article 1591 du Code civil les prix de livraison d'une marchandise dans une espèce où la convention des parties énonce que « les conditions de cession seront mises au point d'un commun accord » sans prévoir aucune méthode de calcul des prix.

1^{ère} Civ. 28 juin 1988 (rejet) Dalloz 16 mars 1989 p. 121 le prix de vente, fixé pour la perception des droits d'enregistrement, déterminé par une redevance minimale pour le paiement comptant et pour le surplus égal à un pourcentage du chiffre d'affaires mensuel, ne dépend que de l'aléa du cabinet d'expertise prévu et accepté par les parties dans l'intérêt de l'acheteur s'il ne paie pas comptant – c'est conforme à l'article 1591 du Code Civil.

Dans les ventes d'immeubles situés en France, le contrat est soumis à la seule loi interne, et le prix doit s'exprimer en monnaie nationale française (loi du 1^{er} octobre 1936) ayant cours (ordonnance 58-1341 du 27 décembre 1958 instituant le nouveau franc).

La fixation du prix est le résultat d'une libre discussion entre les parties :

- dans les ventes aux enchères, cependant, le vendeur accepte par avance le prix qui sera fixé par le seul acheteur à moins qu'il n'ait fixé une mise à prix ou un prix de réserve.
- en matière immobilière, les prix ne font l'objet d'aucune tarification toutefois la marge du vendeur ne peut dépasser un plafond réglementaire en cas de construction avec prêts spéciaux (Crédit Foncier - Comptoir des Entrepreneurs). De même, lorsque la loi permet au préempteur de faire fixer le prix par la juridiction de l'expropriation, celle-ci est liée par des règles d'évaluation (ordonnance du 23 octobre 1958). C'est le cas du droit de préemption urbain et des SAFER, et du preneur à bail rural.

Le prix est évalué au capital, mais, dans les contrats aléatoires, le prix est constitué par les arrérages d'une rente viagère. Il peut alors être fixé un capital avec conversion une rente viagère ou directement fixé en rente, mais il faut évaluer le capital représentatif de la rente à des fins fiscales.

§ 2 - PRIX DETERMINABLE

C. Cass. 3^{ème} Civ. 6 juin 1969 D. 69 P. 513. dit : " l'article 1591 du Code Civil n'exige pas que le prix soit fixé dans le principe d'une manière absolue ; il suffit pour la formation de la vente qu'il puisse être déterminé en vertu des clauses mêmes du contrat par voie de relation avec des éléments qui ne dépendent plus de la volonté des parties ». C'est le prix déterminable.

En effet, le prix n'aurait pas d'existence et la vente ne serait pas conclue si les parties pouvaient encore exercer une influence sur la fixation du prix postérieurement à l'échange des consentements (cf. Com. 10 mars 1987 ci-dessus).

Si le prix dépendait de la volonté d'une seule des parties, la stipulation serait purement potestative (Ghestin l'indétermination du prix de vente et la condition potestative D. 1973 1293 et dans les études dédiées à Alex Weill Litec 1983 p. 243) et l'obligation serait nulle en vertu de l'article 1174 du Code Civil. Ex. : vente au « prix catalogue en vigueur au jour de la livraison »! La vente ne sera conclue qu'au jour de la livraison si l'acheteur accepte le tarif alors en vigueur (Com. 18 janv. 1988 Bull. n°31 p. 21).

Il faut que toute influence de la volonté des parties soit exclue pour que le prix soit déterminable (3ème Civ. 4 oct. 1989 Defrenois 1990 p.820 : le juge ne peut se substituer aux parties pour choisir les modalités d'actualisation du prix). Dès lors, la fixation peut prendre en considération des éléments de référence précis et objectifs (Com. 22 juillet 1986 Bull. n°190 p. 162). :

- soit se rattachant à la chose vendue :

* prix au m², le prix total variant suivant la quantité, par une simple opération arithmétique (requêtes 4 juillet 1848 D. 1848 1364).

* prix consistant dans un passif arrêté au jour de la convention mais non lorsque « sera établi le bilan de la société dont les parts sont cédées » (Civ. 17 juin 1929 S. 1929.1-89).

- soit de caractère fixe ou variable dès lors que les éléments échappent à la volonté des parties.

* prix catalogue au jour de l'accord des volontés (le prix est alors ferme et définitif).

* prix fixé au jour de l'achèvement de la construction selon les principes de la législation sur les logeco (Lyon - 25 juin 1958)

* prix consistant dans une somme fixe mais indexée, à la condition que le prix de base et les dates de référence ainsi que l'indice soient déterminés. L'article 79 de l'ordonnance n° 58-374 du 30 décembre 1958 prohibe « toute indexation sur le S.M.I.G. le niveau général des prix, salaires, biens ou produits, n'ayant pas une relation directe avec l'objet de la convention ou avec l'activité d'une des parties ».

L'indice I.N.S.E.E. du coût de la construction (I.N.C.C.) est réputé en relation directe avec l'objet d'une convention relative à un immeuble bâti.
--> pas applicable pour une propriété rurale.

« Est prohibée dans une convention portant bail d'habitation l'indexation sur l'indice loyers et charges ou sur le taux des majorations fixées en application de la loi du 1er septembre 1948 ».

L'activité des parties s'apprécie au jour de la conclusion du contrat et n'a pas besoin d'être principale.

cf. Note TENDLER Dalloz 1977 chronique p. 245 Indexation et ordre public l'ordonnance du 30 décembre 1958 majorité ou sénilité. Cf. CHABAS R.T.D.C. 1982 p. 142

§ 3 - DÉTERMINATION DU PRIX PAR UN TIERS : article 1592 du Code Civil

En droit, le tiers n'est pas un arbitre (absence de différend) ni un expert (celui-ci n'émettrait qu'un avis) mais un mandataire commun qui ne peut être révoqué que du consentement commun des parties.

Le contrat désigne cet évaluateur ou tout au moins fixe le mode de sa désignation (par le Président du tribunal par exemple) et prévoit les modalités de son remplacement. Il n'y a pas vente si les parties ne se mettent pas d'accord sur la désignation ou le mode de désignation du tiers et si ce dernier ne peut ou ne veut faire l'estimation. Le tribunal ne pourrait substituer sa propre décision. La mission du juge n'est pas de faire des contrats.

Le prix fixé par le tiers est définitif, il ne peut être remis en cause sauf erreur sur la substance, dol ou violence. Le tribunal ne peut modifier le prix ainsi fixé. (Com. 12 nov. 1962 D 1963. S. 63) ni imposer aux parties une convention différente de celle qu'elles avaient entendu établir (Com. 4 nov. 1987. Bull. n°226 P. 168).

II. LA RÉALITÉ DU PRIX

§ 1 - LE PRIX SIMULE

Les parties concluent une vente et fixent un prix, mais par une contre lettre, elles conviennent que le prix ne sera pas payé en tout ou partie. En réalité, la vente n'est qu'apparente, le prix n'existe pas, il est simulé. C'est une donation déguisée.

La contre lettre n'est pas nulle, la donation est valable même si elle ne respecte pas les conditions de forme des dons et legs. Elle obéit cependant aux règles de fond des donations (respect de la quotité disponible --> réduction - rapport à succession) (interdiction des donations entre époux article 1099 et 1099-1 du Code Civil mais possibilités de ventes entre époux depuis la loi du 23 décembre 1985). Les juges du fond apprécient souverainement l'intention libérale du « vendeur ».

Les tiers suivant leur intérêt peuvent invoquer l'acte ostensible ou l'acte secret.

La simulation peut ne porter que sur une partie du prix : il y a donation pour cette partie et vente pour le surplus.

§ 2 - PRIX DISSIMULE

Les parties inversement peuvent dissimuler une partie du prix. L'acte ostensible porte un prix apparent qui est inférieur à celui qui figure dans la contre lettre. Ici, il y a paiement de cette partie dissimulée du prix.

La dissimulation a généralement un but fiscal (éviter les droits de mutation) sanctions prévues par les lois fiscales lorsque le prix apparent est inférieur au prix réel.

Article 1840 du Code Général des Impôts : « est nulle toute contre lettre ayant pour but de dissimuler partie du prix de vente d'immeubles, de fonds de commerce, de clientèle, de droit au bail..... ».

Chambre mixte 12 juin 1981 D. 81 413 Conclusions Cabannes RTDC 1982 p.140 Note Chabas . « la nullité édictée par l'article 1840 du Code Général des Impôts à l'égard de toutes conventions ayant pour but de dissimuler une partie du prix de vente d'un immeuble ne s'applique qu'à la convention secrète et ne porte pas atteinte à la validité de l'acte ostensible sans qu'il y ait lieu de rechercher s'il y a ou non indivisibilité entre les deux conventions », se rallie à la position de la Chambre commerciale du 19 février 1979 qui cassait l'arrêt de la Cour d'Appel d'AMIENS - Civ. 3è 25 juin 1985. Bull. n°103 p. 78 : la lettre de change acceptée, représentant la partie dissimulée du prix de vente, est frappée d'une nullité d'ordre public et ne peut produire effet.

Article L18 du livre des procédures fiscales : mention attestant la sincérité du prix dans les ventes à peine de sanctions pénales en cas de fausse déclaration.

Amendes fiscales - Nullité absolue de la contre-lettre. Pas de ratification possible. Prescription trentenaire.

Article L18 du livre des procédures fiscales : l'Etat dispose d'un droit de préemption qu'il exerce au prix déclaré majoré de 10% (délai 3 à 6 mois de la déclaration ou de l'enregistrement).

§ 3 PRIX DÉRISOIRE OU PRIX VIL

En l'absence de prix, il n'y a pas vente.

ex. : vente d'un immeuble contre rente viagère dont l'arrérage annuel est inférieur ou égal au revenu net de la chose vendue ou bien est inférieur à l'intérêt du capital correspondant à la valeur de l'immeuble lors de la vente ou encore lorsqu'il n'existe pas d'aléa, la personne étant très âgée et gravement malade (Rq. 9 juillet 1934 DH. 1932 442). Question de pur fait souverainement appréciée par les juges du fond (Civ. 14 juillet 1995. Bull. n°304 P. 212). Il y a lieu, lorsque la partie du prix est versée comptant et partie en rente viagère, de rechercher si le prix résultant de

l'ensemble des conditions de la vente était vil et si la conversion d'une partie du prix en rente viagère était conforme aux règles usuelles en la matière (Civ. 3 13 nov. 1986. Bull. n° 160 P. 125).

Différence entre l'absence de prix et la vileté ou le caractère dérisoire du prix.

La jurisprudence assimile la vileté du prix et l'absence de prix = la vente est nulle lorsque le prix n'a pas d'existence réelle tellement il est modique.

S'il était seulement insuffisant, il y aurait lésion (de la vente immobilière seulement et à des conditions de délai).

En cas de vileté du prix ou d'absence de prix, la vente est nulle, nullité absolue, elle n'est pas susceptible ni de confirmation ni de ratification.

En outre, elle ne peut valoir comme donation déguisée car elle ne respecte pas les conditions de fond de la vente (à la différence de la vente avec prix simulé).

Civ. lère 26 avril 1988 Bull 121-83 le bail à nourriture est en principe aléatoire, il échappe donc à l'action en nullité pour vileté du prix dès lors que l'existence d'un tel aléa n'est pas exclue.

III. LA RESCISION POUR LÉSION

Élément essentiel du contrat le prix librement fixé doit être un juste prix.

Dans les ventes d'immeubles, le prix lésionnaire, inférieur de plus des 7/12^e de la valeur de la chose vendue entraîne soit la rescision c'est à dire la nullité du contrat soit une modification du prix.

Quel est le fondement de la nullité ?

* Vice du consentement - la rescision tend à remédier à un vice du consentement tel la violence morale, l'état de nécessité, dol de la part des acquéreurs, erreur du vendeur,

* Déséquilibre économique des obligations : la doctrine moderne considère qu'il s'agit plutôt d'assurer un équilibre du contrat, point n'est besoin de prouver le vice, il y a présomption irréfragable dès lors qu'est établie la seule disproportion entre la valeur et le prix (Req. 28 décembre 1932 D. 33.1.87 rapport Dumas)

BIEN DISTINGUER: :

le prix lésionnaire --> nullité relative

le prix dérisoire --> nullité, absolue.

§ 1 - LES CONDITIONS DE LA LÉSION

- a) *les personnes* : seul le vendeur peut se prévaloir de la lésion sans pouvoir renoncer par avance à cette faculté, même s'il avait déclaré donner la plus value – article 1674 du Code Civil : nullité relative.

S'il y a plusieurs vendeurs, tous doivent la demander. Il en est de même des héritiers du vendeur : la rescision est indivisible (article 1685 du Code Civil). En cas de désaccord entre les vendeurs ou les héritiers du vendeur, l'un d'eux est irrecevable à agir seul en rescision (Req. 20 juin 1924 DP 1925 II 22) même pour sa part héréditaire mais un seul en agissant sauvegarde le droit des autres.

Article 1683 du Code Civil : « la rescision pour lésion ne peut avoir lieu en faveur de l'acheteur ».

- b) *les ventes* : toutes les ventes ne sont pas rescindables pour lésion. Il faut exempter :

les ventes judiciaires : « celles qui d'après la loi ne peuvent être faites que d'autorité de justice » article 1684 du Code Civil. saisie immobilière - vente de biens de mineurs, partage judiciaire.

Il est discuté de savoir si la conversion en vente volontaire confie à la vente un caractère amiable la rendant susceptible de rescision (dans le sens de la négative Cass. 17 avril 1964 D. 64 - 413).

On y assimile toutes les fixations judiciaires du prix (sur préemption par exemple) ou les décisions du juge de l'expropriation.

Les ventes amiables restent rescindables.

La préemption fiscale est rescindable.

- les ventes aléatoires : adage « L'aléa chasse la lésion » ce qui est le cas des ventes avec réserve d'usufruit et des ventes contre rentes viagères à moins que le prix n'en soit exprimé en capital dans l'acte de vente ou que suivant la jurisprudence moderne les données de l'espèce permettent de déterminer la valeur notamment en se fondant sur des barèmes officiels ou lorsque les circonstances de l'espèce permettent au juge de déterminer la valeur des obligations soumises à l'aléa.

Cependant, le caractère aléatoire ne disparaît pas par cela seul que le bien peut être évalué exactement au moyen d'un calcul de probabilités fondé sur les données statistiques relatives à la durée moyenne de la vie humaine, ces statistiques, valables lorsqu'il s'agit de la durée de la vie d'un grand nombre de personnes n'écartant pas

l'aléa inhérent à la survie toujours incertaine d'un individu déterminé (Cass. 27 décembre 1938 - D. 39-1-81 Savatier)

c) différence - évaluation de la lésion

→ différence de plus des 7/12 (article 1674 du Code Civil)

→ il faut estimer l'immeuble suivant son état et sa valeur au moment de la vente

1675 du Code Civil : c'est à dire selon sa situation juridique, son état, sa valeur au jour de la formation du contrat (de l'accord des volontés . échange des consentements en cas de promesse synallagmatique, levée d'option en cas de promesse unilatérale, rétroaction en cas de condition suspensive).

Il convient de tenir compte de l'existence d'un bail au moment de la vente même si le preneur à bail est l'acquéreur mais non des améliorations qui ne seraient pas acquises au vendeur. On tient compte aussi de la dévalorisation que fait subir à l'immeuble le risque né de l'incertitude sur les possibilités d'obtenir les autorisations administratives nécessaires risque couru par l'acquéreur).

Lorsqu'un immeuble acquis en bloc est revendu par parcelles, l'estimation est faite sur la totalité sans s'arrêter à la valeur de chaque parcelle (Cass. 7 novembre 1962 D. 1963-563) cfère déclaration de command – Mazeaud p. 94 sous tribunal de Valence 1957..

Il n'y a pas lieu de retenir les contre lettres qui ont pu réaliser une majoration frauduleuse du prix.

d) La procédure pour constater l'existence de la lésion.

L'action doit être intentée dans les deux années de la vente (article 1676 du Code Civil) c'est à dire de l'accord des volontés - compromis ou promesse synallagmatique, même sous seings privés, du versement du premier acompte s'il s'agit d'une promesse de vente de terrain dans un lotissement (article 1589 du Code Civil), de l'acceptation ou levée d'option en cas de promesse unilatérale, de la réalisation de la condition en cas de condition suspensive, de l'échange des consentements en cas de condition résolutoire, à moins que la réitération par acte authentique ne constitue une condition suspensive de la vente.

C'est un délai préfix qui ne peut être suspendu ou interrompu - article 1676 du Code Civil.

Il s'agit d'une action mixte (elle peut être portée au choix du vendeur devant le tribunal du lieu de situation de l'immeuble ou devant le tribunal du domicile du défendeur).

Elle doit être publiée au fichier immobilier pour être recevable (il n'est pas nécessaire que cette publication ait lieu dans un délai de deux ans imparti pour l'exercice de l'action, il suffit qu'elle ait lieu avant la clôture des débats).

L'acte introductif doit articuler des faits « assez vraisemblables et assez graves pour faire présumer la lésion » (article 1677 du Code Civil).

Enfin, la preuve de la lésion ne peut être admise que par jugement sur rapport établi par trois experts désignés conjointement soit par accord des parties soit d'office par le tribunal (article 1680 du Code Civil). Les experts ne doivent donner qu'un seul avis à la pluralité des voix (article 1678) mais les juges ne sont jamais liés par l'expertise.

§ 2 LES EFFETS DE LA LÉSION

Lorsque l'action en rescision pour lésion est admise, l'article 1631 du Code Civil ouvre une option à l'acquéreur :

- soit rendre la chose contre restitution du Prix payé,
- soit payer le supplément du juste prix.

a) Nullité relative :

La lésion comporte l'anéantissement rétroactif de la vente ainsi que de tous les droits réels consentis ultérieurement sur l'immeuble (notamment inscription 'hypothécaire, vente successive ... sous réserve des recours).

L'acquéreur rend les fruits à compter du jour de la demande en rescision article 1682 alinéa 2 du Code Civil).

L'acquéreur a droit aux intérêts du prix à compter de cette même date (1682) (demande, et non publication de la demande), ou s'il n'a touché aucun fruits à compter du paiement qu'il avait fait (article 1682 alinéa 3). Il a droit au paiement des impenses nécessaires et utiles.

Toutefois, la vente rescindable peut faire l'objet d'une confirmation par le vendeur après le paiement du prix.

Le jugement prononçant la rescision est soumis à publicité foncière par le décret du 4 janvier 1955 il est opposable aux tiers.

b) Paiement du supplément de prix

La rescision n'a pas lieu si l'acquéreur paie le supplément du juste prix c'est à dire la différence entre le prix stipulé et la valeur réelle de l'immeuble sous réserve de la déduction d'une somme égale au dixième du prix total. Cette déduction (article 1681

du Code Civil) s'explique par l'impossibilité d'une évaluation exacte. Elle est donc relative au dixième près.

Appliquent le principe de vaorisme monétaire (méthode de la soustraction méthode des fraction ou des proportions), la jurisprudence décide que l'évaluation de l'immeuble (en vue de la détermination du supplément de prix dont le paiement se substitue à la restitution) doit avoir lieu à la date où cette restitution aurait normalement dû intervenir ; le juste prix est égal à la quotité impayée de l'immeuble exprimée en fonction de sa valeur actuelle moins un dixième de cette valeur (Cass. 22 janv. 1970 D 1970. 753 - Pollin - REDI. 1982. n°95 p. 61).

Quant aux intérêts du juste prix que l'acquéreur doit payer à, compter de la demande (article 1682 du Code Civil) ils doivent être calculés en considération d'un capital dont le montant évolue par le jeu du coefficient monétaire (capital variable) (Cass. 3 mai 1972 D. 1972. 598).

L'option n'est enfermée dans aucun délai légal mais le juge peut impartir un délai pour prendre parti.

Le tiers acquéreur dispose du même droit d'option que l'acquéreur (article 1681 du Code Civil) sauf recours contre son propre vendeur (c'est donc le premier acquéreur qui en définitive supportera le paiement du supplément de prix).

TITRE II.

LES OBLIGATIONS DES PARTIES

Le contrat une fois formé va entraîner pour chacune des parties diverses obligations les unes principales, les autres accessoires.

Aux termes de l'article 1603 du Code Civil, le vendeur a deux obligations principales « celle de délivrer et celle de garantir la chose », la garantir contre l'éviction et la garantir contre les vices cachés.

A ces deux obligations principales, il faut ajouter deux obligations accessoires à la charge du vendeur : l'obligation de conservation de la chose et, l'obligation de renseignements.

De son côté, l'acheteur reçoit de l'article 1650 du Code Civil, l'obligation principale de payer le prix, à laquelle il convient d'ajouter l'obligation de prendre livraison et celle de payer les frais de vente.

Nous examinerons dans quatre chapitres successifs :

Tout d'abord, séparément les trois obligations à la charge du vendeur de délivrance , - l'obligation de garantir l'éviction , - l'obligation de garantir les vices cachés puis, les obligations de l'acquéreur et plus spécialement celle de payer le prix.

Il n'y a pas de hiérarchie entre obligations principales et obligations accessoires les secondes n'étant pas subordonnées aux premières.

CHAPITRE I

L'OBLIGATION DE DELIVRANCE

Article 1604 du Code Civil: « La délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur ».

Si les mots délivrance ou livraison sont très exacts, la définition de l'article 1604 est critiquable (puissance, possession). Par l'effet de la vente cet sauf convention particulière le transfert de la propriété et de la possession s'opère lors de la formation du contrat. Le vendeur qui a perdu l'animus domini devient un détenteur pour le -compte de l'acheteur. Il a en conséquence une obligation accessoire de conservation.

MAZEAUD parie de constituer possessoire =: le vendeur se constitue détenteur de la chose pour le compte de l'acheteur jusqu'à la livraison.

De son côté, l'acquéreur reçoit dès ce moment la propriété et, la possession qu'il exerce par l'intermédiaire du vendeur d'où son obligation de prendre livraison.

« La délivrance ne transfère donc ni la propriété ni la possession, mais seulement la détention de la chose vendue » MAZEAUD n° 930 -III.

Dès lors, la délivrance peut se définir comme la mise de la chose à la disposition de l'acheteur qui a la charge de l'obligation corrélative et accessoire de prendre livraison.

Si le prix est payé comptant à la vente et si la délivrance est différée, la perte de jouissance constitue une charge augmentative du prix, avec répercution fiscale.

Section I : Réalisation de la délivrance

- mode
- date
- lieu
- frais.

Section II : Contenu de l'obligation : onformité, - contenance, - accessoires

Section III : Sanctions de l'obligation de délivrance

Section IV : Obligations accessoires du vendeur

I. LA RÉALISATION DE LA DÉLIVRANCE

A. *Les modes*

La délivrance est d'une part une question de fait et d'autre part dépend de la convention des parties. Les dispositions des articles 1605 à 1607 du Code Civil ne sont que supplétives.

L'article 1605 du Code Civil prévoit que « l'obligation de délivrer des immeubles est remplie de la part, du vendeur lorsqu'il a remis les clefs s'il s'agit d'un bâtiment ou lorsqu'il a remis les titres de propriété ». Ce symbolisme rappelle la dessaisine -saisine de l'ancien droit.

La délivrance peut encore résulter de la perception des loyers par l'acheteur (C'est à dire des fruits au sens large).

Le vendeur d'un immeuble doit aussi libérer l'immeuble sur le plan matériel et sur le plan juridique : (le vider et l'évacuer s'il l'occupe lui-même ou le faire vider et évacuer par toutes les personnes qui n'ont pas un droit opposable à l'acquéreur (bail authentique ou ayant date certaine avant la vente, baux de plus de 12 ans publiés, baux commerciaux, bail rural, maintien dans les lieux.... sauf dénonciation dans la vente).

Le vendeur a sauf convention contraire l'obligation lors de la délivrance d'effectuer la radiation des inscriptions des privilèges ou hypothèques antérieures à la vente C. Cass. 1ère civile 23 octobre 1963 – D. 1964 – 33 note VOIRIN.

L'obligation de délivrance ne consiste donc pas en une attitude purement passive de la part du vendeur : laisser la chose à la disposition de l'acheteur mais elle peut également nécessiter l'accomplissement d'actes tendant à permettre ou à faciliter la prise de livraison.

ex.:

- publication de l'état descriptif de division
- remise du règlement s'il existe
- bornage des lots contigus pour le lotissement 3ème Civ. 8 février 1983 D. 83 IR 220
- remise des titres propriété

B. *La date*

Article 1609 du Code Civil : « La délivrance doit se faire au lieu où était, au temps de la vente la chose qui en fait l'objet, s'il n'en a été autrement convenu ».

Article 1614 du Code Civil : « La chose doit être livrée en l'état où elle se trouve au moment de la vente ».

Ces deux articles traduisent qu'en principe la délivrance est immédiate : le moment de la délivrance coïncide avec celui de la formation du contrat.

Exceptions : les parties peuvent convenir autrement et, affecter contractuellement la délivrance d'un terme suspensif. C'est la vente à livrer (vente à construire).

Il faut donc bien distinguer la clause retardant le transfert de propriété et la charge des risques (vente à terme), de la clause retardant la livraison (obligation de conserver la chose : obligation de moyens).

On peut être propriétaire et ne pas être détenteur.

Le constitut possessoire : le vendeur se constitue détenteur de la chose pour le compte de l'acheteur jusqu'à la livraison.

C. Le lieu

Pas de difficulté pour les immeubles : la chose future est livrée à l'endroit de sa situation ou de son achèvement. C'est le lieu de situation de l'immeuble.

D. Les frais

Article 1608 du Code Civil : « les frais de délivrance sont à la charge du vendeur et ceux de l'enlèvement à la charge de l'acheteur s'il n'y a au stipulation contraire ».

II. LE CONTENU DE L'OBLIGATION DE DÉLIVRANCE

La délivrance ne concerne pas seulement la matérialité de la chose mais aussi ses qualités. Ce qui est mis à la disposition de l'acquéreur ce n'est pas n'importe quelle chose, c'est la chose vendue, la chose correspondant aux stipulations et aux prévisions du contrat. Il résulte des articles 1614 du Code Civil que le vendeur doit délivrer la chose convenue avec ses fruits et ses accessoires.

Trois problèmes : la conformité de la chose vendue et de la chose livrée, la contenance de l'immeuble livré, les accessoires de la chose vendue.

§ 1 - LA CONFORMITE DE L'IMMEUBLE LIVRE PAR RAPPORT A L'IMMEUBLE VENDU

Article 1614 du Code Civil : « la chose doit être délivrée en l'état où elle se trouve au moment de la vente ».

Le vendeur d'immeuble est tenu de livrer l'immeuble visé par l'accord des parties, dans l'état où il se trouve au moment de l'échange des consentements puisque c'est à ce moment que se produit en principe le transfert de propriété.

La question de la conformité de la chose vendue et de la chose livrée se pose au moment de la délivrance. En droit français, le défaut de conformité constitue un

manquement à l'obligation de délivrance (Cfère 3e Civ 3 janvier 1979 Bull. 111 n°3 vente d'un appartement, l'absence des placards ne constitue pas un vice apparent de la construction mais un défaut de livraison de la chose vendue). Ce n'est pas un vice qui relève de l'obligation de garantie contre les vices cachés - cf. vente à construire - sauf désordres.

La distinction du vice caché (intrinsèque) et du défaut de conformité (par référence aux prévisions contractuelles) est fondamentale parce que ces deux obligations que sont l'obligation de délivrance et l'obligation de garantie ne répondent pas au même régime.

ex. : cloison --> épaisseur = défaut de conformité aux prévisions contractuelles
--> fissure = vice caché.

Il incombe à l'acquéreur de vérifier la conformité lors de la livraison et le cas échéant de contester en établissant les conditions du contrat. S'il ne le fait pas, il est présumé accepter et renoncer à toute action Cfère 3ème Civ 3 janvier 1979 précité. L'obligation de délivrance conforme D 91 1 p.1 note M. Atias fondée sur la force obligatoire des conventions) Distinguer la non conformité, la non-façon, la malfaçon.

§ 2 - LA CONTENANCE DE L'IMMEUBLE LIVRE

La vente porte sur un terrain déterminé avec indication de sa contenance à l'acte. (Que décider si le terrain est livré plus ou moins grand par rapport à cette indication ? Les articles 1616 a 1623 du Code Civil apportent la solution (ne s'appliquent à la dation en paiement Civ. 3è 19 juillet 1983 Bull. 168).

a) Principe : article 1616 du Code Civil :

« Le vendeur est tenu de délivrer la contenance telle qu'elle est portée au contrat sous les modifications ci- après exprimées » qui sont spéciales aux immeubles.

b) Si la vente a été conclue moyennant un prix global :

articles 1619 et 1620 du Code Civil soit que la vente soit faite d'un corps certain et limité, soit qu'elle ait pour objet des fonds distincts et séparés soit qu'elle commence par la mesure ou par la désignation de l'objet vendu suivie de la mesure. Les parties sont considérées comme s'étant attachées à l'immeuble, (terrains, appartement..) et non à sa contenance. L'obligation de délivrance est satisfaite par la livraison de l'immeuble désigné à l'acte. La différence de contenance n'est pas retenue si elle n'est d'un vingtième (5%) en plus ou en moins eu égard à la valeur totale de l'immeuble vendu. Dans ce cas, l'une ou l'autre des parties peut demander une réfaction du prix (article 1619 du Code Civil). Ex : 3^{ème} Civ. 24 janvier 1990 Bull. III n° 32 JCPN du 20 juillet 1990 p. 184 casse.

S'il y a lieu à augmentation de prix (article 1620 du Code Civil) l'acheteur a une option entre se désister de la vente (résolution) ou payer le supplément de prix avec les intérêts.

c) *Si la vente a été conclue* moyennant un prix « raison de tant la mesure » articles 1617 et 1618 du Code Civil, la mesure est un élément déterminant du contrat. En cas de différence entre la superficie stipulée et la superficie livrée, l'obligation de délivrance n'est pas exécutée. Toute différence est donc prise en considération.

* Si la contenance est moindre : l'acheteur peut exiger la livraison de la superficie complémentaire. S'il n'y a pas demande de l'acheteur (hypothèse d'école !) ou s'il y a impossibilité pour le vendeur, le prix est réduit à la contenance réelle (article 1617 du Code Civil). Si cette contenance inférieure ne permet pas l'utilisation du terrain comme elle était envisagée par l'acheteur, celui-ci peut demander la résolution de la vente. Donc :

- 1) livrer le supplément
- 2) modification du prix de vente (réduction)
- 3) résolution si inutilisable

* Si la contenance est supérieure : l'acheteur doit payer le supplément de prix. Il peut aussi demander la résolution de la vente si la différence porte sur au moins 1/20ème de la superficie. Donc :

- 1) payer le supplément
- 2) ou demander la résolution si différence $\geq 1/20$

d) *compensation à due concurrence: article 1623 du Code Civil*

« S'il a été vendu deux fonds par le même contrat, et pour un seul et même prix avec désignation de la mesure de chacun et qu'il se trouve moins de contenance en l'un et plus en l'autre, on fait compensation à due concurrence ... ».

e) *délai d'action : article 1622 du Code Civil – 1 an*

« Les actions (en supplément de prix de la part du vendeur et en diminution de prix ou en résolution du contrat de la part de l'acquéreur) doivent être intentées dans l'année à compter du jour du contrat à peine de déchéance ».

f) *dispositions supplétives : (1619 C. Civ)*

Ces actions sont rares car les dispositions du Code Civil n'étant pas d'ordre public, les parties conviennent le plus souvent de ne pas invoquer une différence sur la contenance de quelque importance qu'elle soit --> clause de non garantie de contenance Cfère Mme Salvat JCP 87 1 p.143 une question irritante : la portée des clauses de non garantie de contenance dans les ventes d'immeubles ROI janv. 88 Ph. Dubois: la recommandation de la commission des clauses abusives relatives aux clauses d'exonération de garantie dans les actes de vente de biens immobiliers).

Sauf fraude, ces clauses sont valables. Toutefois, elles semblent prohibées si le vendeur est un professionnel car elles constituent alors des clauses abusives (BERGEL n°480). cf. l'article 2 du décret n° 78-464 du 24 mars 1978 si la loi n° 78-23 du 4 janvier 1978 sur les clauses abusives s'applique aux ventes immobilières).

Toutefois, il ne suffit pas de mentionner une superficie de x m² « environ » cette mention indiquant seulement une incertitude quant à la contenance ; la clause de non garantie sera inefficace si le plan annexé est très précis sur la contenance !.

§ 3 – ACCESSOIRES ET FRUITS

Application à la vente de la maxime « l'accessoire suit le principal ».

Article 1615 du Code Civil : « l'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel » qu'il s'agisse d'accessoires nécessaires ou conventionnels.

--> délivrance de tous les éléments matériels ou juridiques, de tous les objets inséparables ou indispensables à l'usage de la chose - sauf convention contraire des parties qui peuvent déroger à cette règle, et exclusion de la vente certains accessoires de l'immeuble.

Plusieurs catégories d'accessoires :

a) *les immeubles par destination*

Objets placés pour le service et l'exploitation du fonds article 524 du Code Civil cheptel mort ou vif-mobilier d'un hôtel poissons de l'étang – objets attachés à perpétuelle demeure - article 525 du Code Civil : boiseries, glaces, trumeaux, tableaux, tapisseries, statues placées dans une niche et tout ce qui est scellé à plâtre ou à chaux ; installations électriques, d'eau, de gaz, de chauffage, de ventilation, mais pas les fresques.

b) *les accessoires juridiques*

Article 526 du Code Civil : servitudes (actives et passives), actions en revendication, mitoyenneté, droits d'eau... Titre de propriété, certificat d'urbanisme, contrat d'assurance.

Il en est ainsi des droits et actions afférents à la chose et qui n'offrent d'intérêt que pour l'acheteur: adhésion à une association syndicale, action en garantie décennale contre les architectes et les entrepreneurs à moins que le vendeur ait conservé un intérêt personnel (réclamation ou poursuite de la société de vente de la part des acquéreurs). Mais, les droits personnels au vendeur ne sont pas des accessoires de la chose (indemnité pour expropriation antérieure, droit au contingent en cas de vente d'un moulin, actions en réparations locatives : le nouveau propriétaire qui a acquis

l'immeuble dans son état et sans pouvoir faire aucune réclamation du fait de la vétusté ou du défaut d'entretien est irrecevable à demander au locataire une indemnisation pour les modifications, aménagements et défaut d'entretien antérieurs à son acquisition Civ. 3è 25 janvier 1985 Bull. n° 26).

c) Les fruits

Article 1614 alinéa 2 du Code Civil, depuis le jour de la vente ils appartiennent à l'acquéreur. En cas de livraison différée, le vendeur en est comptable envers l'acheteur sans aucune indemnité. Le prix de vente doit tenir compte de cette situation. Dérogeant au Code Civil et précisant la situation, les actes de vente portent parfois la mention 'récolte enlevée, bois coupés...".

III. SANCTION DE L'OBLIGATION DE DÉLIVRANCE

§ 1 - LES PRINCIPES

Article 1610 du Code Civil : « Si le vendeur manque à faire la délivrance dans le temps convenu entre les parties, l'acquéreur a une option entre la résolution ou la mise en possession.

Article 1611 du Code Civil « Dans tous les cas, le vendeur doit être condamné aux dommages-intérêts s'il résulte un préjudice pour l'acquéreur du défaut de délivrance au terme convenu ».

Ces deux articles sont inspirés du droit des obligations. Lorsque par son fait, le vendeur manque à son obligation de délivrance, l'acquéreur dispose d'une option :

- demander la résolution de la vente
- demander la mise en possession.

Dans les deux hypothèses, s'il a un préjudice, il pourra obtenir des dommages-intérêts.

Sauf en cas de force majeure (imprévisible, insurmontable, non imputable), le vendeur est exonéré de son obligation de livraison. La délivrance est impossible. Ex. : faits de guerre - cataclysme naturel - perte fortuite de la chose. Cette impossibilité est insurmontable, elle était imprévisible lors de la conclusion du contrat de vente, elle ne lui est pas imputable. Preuve à la charge du vendeur.

Si la chose vient à périr après le transfert de propriété, mais avant la livraison, l'acheteur assume les risques de perte ou de détérioration de la chose vendue (« res perit domino »). Le vendeur n'a qu'une obligation de moyen de conserver la chose. Aussi, les parties conviennent-elles souvent de retarder le transfert des risques jusqu'à la livraison.

La responsabilité du vendeur peut être engagée en cas de faute de sa part. (manquement à l'obligation de moyens de bien conserver la chose = sommé de livrer).

A cet égard, il faut distinguer les deux obligations comprises dans l'obligation de délivrance et qui sont :

- * l'obligation de livrer la chose à la date fixée dans l'état où elle est à cette date (obligation de résultat) : exonération du vendeur seulement s'il y a force majeure, la sommation de livrer fait courir les dommages-intérêts et supporter les risques.
- * l'obligation de livrer la chose dans l'état où elle se trouvait lors de la vente (obligation de moyens). Ici l'acquéreur doit prouver la faute, son préjudice et le lien entre les deux.

En cas de manquement à la première obligation (retard ou refus de livrer) le vendeur ne peut s'exonérer que par la force majeure.

Dans le premier cas (retard à livrer) le vendeur est en faute lorsqu'il a été mis en demeure de livrer par l'acquéreur ce qui fera courir les intérêts moratoires et lui fera supporter les risques de la chose.

En cas de manquement à la seconde, perte ou détérioration de la chose, l'acheteur doit prouver la faute du vendeur (son préjudice et le lien de causalité).

Sauf en cas de faillite, depuis la vente **de l'acheteur** (article 1613 du Code Civil danger imminent de perdre le prix sauf caution donnée par l'acheteur de payer). Faillite et déconfiture entraînent déchéance du terme. La jurisprudence est extensive : le vendeur peut refuser la délivrance si, à défaut de jugement déclaratif de faillite, il est établi que les circonstances caractéristiques de la cessation de paiement de l'acheteur sont réunies.

§ 2 – LES SANCTIONS

Quelles sont les conséquences d'une inexécution totale ou partielle de l'obligation de délivrance par le fait du vendeur et non par suite de force majeure ou de perte de la chose ou de faillite de l'acquéreur ?

a) *Exception d'inexécution exception non adimpleti contractus.*

L'acheteur qui est en droit d'exiger la livraison peut s'il n'a pas payé le prix refuser le paiement (hypothèse inverse de celle de l'article 1612 du Code Civil) tant que son =Contractant n'exécute pas son obligation.

b) *Exécution en nature = action en délivrance de la chose*

C'est l'accomplissement même de l'obligation-article 1610 du Code Civil.

Lorsque l'exécution en nature est matériellement possible, l'acheteur peut demander au tribunal d'ordonner la livraison au besoin sous astreinte.

c) Exécution en équivalence

Si l'exécution en nature est impossible ou si l'acheteur le préfère, il peut demander l'exécution en équivalent. En matière de meubles, ce peut être la faculté de remplacement mais en matière d'immeuble, l'équivalent consiste en dommages intérêts sauf si une chose semblable est disponible (par exemple un appartement).

d) Résolution judiciaire

Au lieu de demander l'exécution en nature ou en équivalence, l'acheteur peut demander la résolution judiciaire de la vente et la condamnation du vendeur à des dommages intérêts en réparation du préjudice causé.

Si la vente est résolue, il y a lieu à restitution du prix perçu par le vendeur et restitution des livraisons partielles reçues par l'acheteur.

Le juge n'est pas obligé de prononcer la résolution de la vente. Il dispose d'un pouvoir souverain pour apprécier si l'inexécution est assez grave pour entraîner la résolution du contrat ou si l'inexécution de son obligation par le vendeur est suffisamment réparée par l'allocation de dommages intérêts.

D'où le pouvoir de réfaction : diminution du prix ou allocation partielle de dommages-intérêts en cas d'exécution partielle ou défectueuse.

La demande en résolution judiciaire d'une vente d'immeuble doit être publiée aux hypothèques (art 28 4^c du D du 4 Janv.1955) à peine d'irrecevabilité.

e) Pacte comissoire

Le juge perd tout pouvoir d'appréciation en présence d'une clause résolutoire = pacte comissoire. L'inexécution même partielle entraîne la résolution de plein droit de la vente. Toutefois, il faut savoir que les clauses résolutoires contractuelles ne peuvent s'appliquer qu'en cas d'inexécution des obligations expressément visées (à défaut, c'est l'action en résolution qui doit être exercée qui elle n'a aucun caractère automatique, les juges du fond ayant le pouvoir d'apprécier souverainement la gravité de l'infraction).

3^{ème} Civ. 19 avril 1989 - revue des Loyers juin 1989 p. 251.

Toutefois, un vendeur ne pourra obtenir une résolution partielle en application d'une clause résolutoire d'une vente consentie par un même acte pour un prix global portant sur des biens distincts 3^{ème} Civ. 16 avril 1986 Bull. 45-35 car l'obligation doit être exécutée comme si elle était indivisible.

IV. LES OBLIGATIONS ACCESSOIRES DU VENDEUR

§ 1 - L'OBLIGATION DE CONSERVATION

Article 1614 alinéa 1 du Code Civil - la chose doit être délivrée en l'état où elle se trouvait au moment de la vente = obligation de moyens.

Le vendeur est tenu, comme tout dépositaire, de l'obligation de veiller en bon père de famille (obligation de moyens) à la conservation de la chose - article 1136 et 1137 du Code Civil.

Les frais de conservation sont à la charge de l'acquéreur. En cas de perte ou de détérioration, l'acheteur doit prouver la faute du vendeur (qui résulte de la mise en demeure).

§ 2 - L'OBLIGATION DE RENSEIGNEMENTS

Le vendeur doit mettre l'acquéreur à même d'utiliser la chose conformément à sa destination et par conséquent lui donner tous renseignements utiles pour l'utilisation de la chose vendue (éléments d'équipement en matière d'immeuble, servitudes non apparentes article 1638 du Code Civil, servitudes conventionnelles).

C'est une obligation de moyens. L'acheteur doit établir la faute (omission ou négligence) du vendeur.

Indiquer les modalités d'utilisation et donner les mises en garde nécessaires, notamment cas de dangerosité d'un équipement : chauffe-eau, chauffage central, groupe électrogène.

Devoir de conseil pour l'utilisation et l'entretien d'un matériel complexe (VMC)

L'étendue de l'obligation varie selon que le vendeur ou l'acquéreur est un professionnel ou un profane.

Lassaubatieu André - Defrenois 1983.801 L'information de l'acquéreur d'immeubles après la loi du 22 juin 1982.

Ghestin : Obligations de renseignement du vendeur Tr. Dr. Civ. Le Contrat 1980 n°4715

Boyer. : l'obligation de renseignement dans la formation du contrat, thèse Aix 1977, p. 84 n°55.

CHAPITRE II.

L'OBLIGATION DE GARANTIR L'ÉVICTION DE L'ACQUÉREUR

C'est le premier objet de la garantie que le vendeur doit à l'acquéreur en vertu de l'article 1625 du Code Civil « la possession paisible de la chose vendue ».

Le Code Civil a précisé l'obligation de garantie en cas d'éviction dans les articles 1626 à 1640 du Code Civil.

Article 1626 du Code Civil : « Quoique lors de la vente il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet et non déclarées lors de la vente ».

a) garantie de droit et garantie de fait:

La garantie de droit résulte des dispositions légales et s'impose à défaut de stipulations contraires. La garantie de fait est celle qui résulte des stipulations contractuelles qui ajoutent ou restreignent par rapport aux dispositions légales supplétives.

La convention se substitue aux dispositions légales supplétives. L'article 1627 du Code Civil en affirme la possibilité : « Les parties peuvent par des conventions particulières ajouter à cette obligation de droit ou en diminuer l'effet elles peuvent même convenir que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie ».

b) trouble de fait et trouble de droit

Le trouble de fait (voie de fait - emprise irrégulière) résulte d'une éviction totale ou partielle - en propriété ou en jouissance - purement matérielle, sans invoquer le moindre droit- Le trouble de droit suppose l'invocation d'un droit ou au moins, d'un droit prétendu qui constituerait la justification du trouble.

b) garantie du fait personnel et garantie du fait des tiers.

La garantie du fait personnel interdit au vendeur lui-même de porter en droit ou en fait atteinte à la propriété, à la possession et à la détention de l'acquéreur.

La garantie du fait des tiers oblige le vendeur à empêcher quiconque invoquant un droit sur la chose à porter de telles atteintes.

c) *garantie due à l'acheteur et aux sous acquéreurs par le vendeur, son auteur et ses ayants cause universels ou à titre universel.*

Le vendeur doit la garantie en cas d'éviction non seulement à son acquéreur mais à tous ceux qui tiennent leurs droits de l'acquéreur. Cette garantie est un accessoire de la chose, incorporée, transmise avec la chose.

I. GARANTIE DU FAIT PERSONNEL

§1. LA NATURE DU TROUBLE

« Qui doit garantie ne peut évincer ». C'est une obligation négative consistant dans l'interdiction de porter même de bonne foi tant en droit qu'en fait une atteinte quelconque à la jouissance paisible de l'acquéreur. Elle est perpétuelle. Elle est d'ordre public. Aucun débiteur ne peut s'affranchir du devoir d'exécuter un contrat de bonne foi.

Le trouble de fait est une atteinte que son auteur porte sans invoquer un droit. C'est la voie de fait, l'emprise irrégulière. Ex. : vendeur resté propriétaire d'un terrain contigu empiète sur le fonds vendu ; Ex. : le vendeur se maintient ou se réinstalle sans droit ni titre dans les lieux vendus, Ex: le vendeur détourne une source alimentant le terrain vendu.

Le trouble de droit est une atteinte portée en invoquant l'existence d'un droit. Ex. : le vendeur se maintient dans les lieux en invoquant la prescription acquise contre, son acheteur (Civ. 31 20 oct. 1981, Bull n° 168 ou un bail. T.G.I. DIEPPE 9 juillet 1975 : l'acquéreur protégé par la loi du 21 juillet 1949 est celui dont l'occupation puise son origine dans un titre locatif, tel n'est pas le cas du propriétaire qui a cessé de l'être par l'aliénation volontaire ou forcée de l'immeuble où il se maintient. Dès lors, l'astreinte provisoire prononcée lors du jugement d'adjudication dudit immeuble peut être liquidée.

§ 2 - SANCTION DU TROUBLE:

L'acquéreur possède une exception civile de garantie qui lui permet d'obtenir la cessation du trouble et la réparation du dommage à l'encontre du vendeur, de l'auteur du vendeur et des ayants-cause universels ou à titre universel du vendeur..

L'obligation de garantie du fait personnel est par essence indivisible. Elle s'impose au vendeur mais aussi à tous ses ayants cause à titre universel et à la femme acceptant la communauté (mais pas à ses ayant cause à titre particulier) ainsi qu'à son auteur 3ème Civ. 28 mars 1990 Bull. 111 n° 93) . Elle est transmissible et elle est d'ordre public (1628 C. Civ.).

§ 3 - CONVENTIONS RELATIVES A LA GARANTIE DU FAIT PERSONNEL

L'article 1627 C. Civ. permet d'ajouter à la garantie de droit (prise en charge du cas fortuit).

L'article 1628 du Code Civil dispose que : « Quoiqu'il soit dit que le vendeur ne sera soumis -à aucune garantie, il demeure cependant tenu de celle qui résulte du fait qui lui est personnel : toute convention contraire est nulle ». C'est l'application du principe général qu'on ne peut s'exonérer de son fait personnel. Toute clause évasive de la garantie du fait personnel est donc nulle, qu'elle soit générale ou spéciale. Mais il est toujours possible d'insérer certaines réserves dans le contrat de vente (ex. : réserves sur les incidences d'une construction à édifier par le vendeur sur un fonds voisin).

II. GARANTIE DU FAIT DES TIERS

§ 1 - LA NATURE DU TROUBLE

Le vendeur n'est **pas** tenu a garantie pour les troubles de fait causes par un tiers. Il appartient à l'acquéreur de se défendre, if est désormais le propriétaire et il a à sa disposition les actions possessoires et pétitoire. C'est l'acquéreur qui agira contre le voisin qui empiète sur le terrain, contre le fiers qui s'installe indûment sur le fonds, etc... (action en complainte, en dénonciation de nouvelle oeuvre, en réintégration) articles 1264 et suivants du Nouveau Code de Procédure Civile.

En revanche, le vendeur **doit**, sous certaines conditions, **garantir des troubles de droit causés par un tiers** à l'acquéreur.

Obligation positive de prendre la défense de l'acheteur et de faire rejeter la prétention des tiers.

Elle est encore, par nature, indivisible et pèse sur tous les héritiers ou ayants cause à titre universel (légataire universel ou à titre universel) pendant 30 ans mais est susceptible d'être modifiée par convention.

La garantie joue aussi minime que soit l'atteinte dès lors que le droit invoqué (droit personnel ou réel, total ou partiel) a été constitué antérieurement à la vente et n'était pas seulement virtuel (conception large de l'éviction).

Éviction totale : le véritable propriétaire revendique la chose ou un créancier hypothécaire inscrit saisit l'immeuble.

Éviction partielle : la revendication ou la saisie ne porte que sur une partie de l'immeuble, l'acheteur paie la dette pour éviter la saisie ou encore découverte d'une charge qui porte atteinte aux conditions de jouissance : Ex. existence d'un bail

opposable, d'une servitude passive, d'un droit réel (usufruit, usage, habitation, emphytéose), d'une limitation administrative au droit de propriété.

§ 2 - LES CONDITIONS DE LA GARANTIE

Trois conditions pour que le vendeur soit tenu à garantir l'acquéreur contre les troubles de droit causés par le fait d'un tiers.

a) Existence de la réclamation d'un tiers 1653 C. Civ.

En principe, il ne s'agit pas d'une réclamation quelconque. Il faut qu'une action en justice ait été intentée soit par le tiers, soit par l'acheteur.

Bien qu'il n'y ait pas éviction, la contestation judiciaire constitue une menace suffisamment grave pour que la garantie soit mise en place. C. Cass. 4 juillet 1968 découverte d'un droit existant lors de la vente, non déclaré et ignoré de l'acheteur, constitue un trouble actuel et oblige le vendeur à garantie.

b) Imputabilité du trouble au vendeur

La garantie n'est due que si le trouble subi par l'acheteur est imputable au vendeur. Il en irait autrement en cas de trouble dû à une cause étrangère non imputable (cas fortuit ou force majeure, D.U.P. et expropriation postérieure à la vente) ou encore dû à une faute de l'acheteur (qui par exemple n'interrompt pas la prescription qui a commencé à courir avant la vente).

En principe, le droit invoqué par le tiers aura été consenti ou constitué avant la vente. Le vendeur n'est pas tenu à garantie si le droit est né après la vente (postériorité d'une constitution de servitude administrative ou d'une servitude légale de passage en cas d'enclave). Toutefois, il en irait autrement si la cause d'éviction postérieure à la vente était imputable au vendeur (par exemple le vendeur consent une seconde vente qui est publiée avant la première, Civ. 3^e 29 avril 1981. Bull. n° 88) ou encore si l'éviction, bien que postérieure à la vente trouve son origine dans une cause antérieure (ex. commune s'empare d'un terrain après démolition de la construction en vertu d'une servitude d'alignement antérieure à la vente) 3^eème Civ. 22 mai 1990 Bull. III n° 128 p. 71 Epx Piat/Noël casse. pour que la seconde vente publiée la 1^{ère} soit inopposable au 1^{er} acquéreur encore faut-il vérifier que le 1^{er} acte réalise une vente parfaite et qu'à cette date cette vente était connue du second acquéreur ayant publié le 1^{er}...

c) Ignorance légitime de la cause du trouble (1638 0. Civ)

- L'acheteur doit être de bonne foi c'est-à-dire ignorer au moment de la vente le fait générateur du trouble. S'il l'a connu, il a accepté le risque et n'a pas à être garanti (article 1629 du Code Civil). Mais il faut une ignorance légitime de l'acquéreur.

- Il faut, en outre, que la charge présente, une gravité suffisante pour que l'on puisse présumer que l'acheteur n'aurait pas contracté dans les mêmes conditions s'il en avait été instruit au moment de la vente (1638 du C. Civ.).

Ainsi, le vendeur ne doit pas garantir des servitudes apparentes (l'acquéreur ne pouvait les ignorer lorsqu'il a contracté) ni des servitudes déclarées (dans l'acte de vente, moyen le meilleur pour le vendeur de se libérer de la garantie est d'énoncer avec précision l'existence de la charge dans l'acte de vente mais il ne suffit pas d'une clause générale ou de la transcription de l'acte constitutif de servitude antérieurement à la vente). Le vendeur doit garantir des servitudes occultes, non déclarées à l'acte, même si elles ont été publiées au fichier immobilier (Req. 30 décembre 1940 D. 1941 - 107 note CARBONNIER sous 1638).

Longtemps, la jurisprudence a assimilé aux servitudes apparentes les servitudes légales même occultes en considérant qu'elles découlaient d'un texte général s'imposant aux parties et ne pouvant être ignoré d'elles. Mais, la multiplication des servitudes d'urbanisme a conduit la Cour de Cassation à distinguer, entre les servitudes légales, celles qui "dérivent du régime ordinaire de la propriété" et qui ne peuvent être ignorées (ex. servitude de vue, de passage, d'égout des toits et "celles qui ne constituent pas une conséquence normale de la propriété" pour lesquelles le vendeur doit garantir lorsqu'il ne les révèle pas (ex. : interdiction de construire dans un lotissement..). Cette distinction faite par la jurisprudence s'explique par le fait que si la création de ces charges est certes autorisée par un texte législatif, elles sont imposées par la collectivité publique d'une manière directe et spéciale de telle sorte qu'elles n'apparaissent pas et qu'elles ne découlent pas du régime général de la propriété ni de la nature et de la situation de l'immeuble (Civ. lè 21 fév. 1956 JCP 1956 2. 9200 note Blin).

§ 3 - LES EFFETS DE LA GARANTIE

a) mise en oeuvre

La garantie contre l'éviction peut être mise en oeuvre de deux manières soit incidemment soit à titre principal.

Garantie incidente : l'acheteur est poursuivi en justice, il soulève un moyen dilatoire de garantie pour appeler son vendeur en garantie (article 109 du N.C.P.C. pouvoir discrétionnaire du juge). Le vendeur devient défendeur dans cette instance (il doit défendre l'acheteur et faire cesser le trouble). S'il n'y parvient pas, le jugement condamne le vendeur à indemniser l'acheteur. Cette garantie permet donc à l'acheteur d'éviter les frais et la responsabilité d'un procès.

Garantie principale : l'acheteur se défend seul contre les tiers ou encore poursuit les tiers. S'il succombe il se retourne contre son vendeur mais aux termes de l'article 1640 du Code Civil "la garantie cesse si le vendeur prouve qu'il existait des moyens suffisants pour faire rejeter la demande" (possession équivoque des tiers, mais l'acquéreur ne l'a pas aperçue Civ. 1^{ère} 5 nov. 1991. Bull. n° 300).

b) *Conséquences:*

Les dommages intérêts se calculent à compter de la décision constatant l'éviction. 3e Civ. 16 janv. 91 Bull. 111 n° 26 p. 16. La mauvaise foi de l'acheteur ne le priverait que des dommages-intérêts (sauf clause de non garantie ou acceptations des risques et, périls - cf. Malaurie).

Si la garantie joue, en quoi consiste-t-elle ? il faut distinguer:

***éviction totale :**

en cas de bonne foi de l'acheteur, le vendeur qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi est tenu dans les termes des articles 1630 à 1639 du Code Civil qui instituent un régime très favorable à l'acquéreur évincé :

- restitution du prix (article 1630-1°) sans que l'acheteur puisse recevoir plus qu'il n'a payé ni le vendeur ' rembourser plus qu'il n'a reçu. Le vendeur est tenu des moins values même si elles sont dues à la négligence de l'acheteur o u à la force majeure (article 1631 du Code Civil) mais il ne peut recevoir plus que la chose vaut au jour de l'éviction (Civ. 31 16 janv. 1991 D. 1992-109) ;
- le remboursement des frais et loyaux coûts du contrat (honoraires de notaire, purge des hypothèques, frais de publicité foncière, droits fiscaux ...) ;
- le remboursement des frais de justice afférents aux différentes instances engagées ;
- le paiement des fruits restitués au tiers à compter du jour où l'acquéreur a connu le risque d'éviction indemnité d'occupation au véritable propriétaire (Civ. 3è 8 oct. 1974 JCP 1975. II. 17930) ;
- le paiement de la plus-value acquise par le bien au jour de l'éviction (article 1633 du Code Civil) ;
- le remboursement des impenses réalisées par l'acquéreur évincé, nécessaires ou, utiles en cas do. bonne foi du vendeur (article 1634 du Code Civil) et même les impenses voluptuaires en -as de mauvaise foi du. vendeur (article 1635 du Code Civil) mais pas -celui des impôts foncier (indemnisation de dr. commun mais non comme impenses. Civ. 3è 16 janv. 1991 précité).

***éviction partielle :**

- article 1636 du Code Civil : “si l’acquéreur n’est évincé que d’une partie de la chose et qu’elle soit de telle conséquence relativement au tout que l’acquéreur n’eût point acheté sans la partie dont il a été évincé, il peut faire résilier la vente”. C’est ce que dit aussi l’article 1638 du Code civil a propos des servitudes. L’acheteur peut demander la résolution, le juge dispose d’un pouvoir d’appréciation. S’il prononce la résolution, il applique les mêmes règles qu’en cas d’éviction totale. Souci du Code Civil de sauver un contrat dont les effets sont consommés et de préserver la stabilité contractuelle.
- Article 1637 du Code Civil : pas de résolution. L’acheteur ne demande pas ou n’obtient pas la résolution. Il conserve la partie pour laquelle il n’est pas évincé. Les règles de l’éviction totale s’appliquent en ce qui concerne la partie dont il est évincé, mais il supporte les moins values car l’évaluation se fait à l’époque de l’éviction et non par rapport, au prix de vente.

“Si, dans le cas de l’éviction d’une partie du fonds vendu, la vente n’est pas résiliée, la valeur de la partie dont l’acquéreur se trouve évincé lui est remboursée suivant l’estimation à l’époque de l’éviction et non proportionnellement au prix total de la vente, soit, que la chose ait augmenté ou diminué de valeur” (1637 C. Civ).

§ 4 - MODIFICATIONS CONVENTIONNELLES DE LA GARANTIE DU FAIT DES TIERS

Les dispositions qui régissent la garantie de droit due par le vendeur en cas d’éviction sont pour la plupart supplétives. Les parties peuvent donc y déroger par leur convention en aménageant comme elles l’entendent l’obligation de garantie du vendeur qu’elles peuvent préciser, limiter, supprimer ou augmenter.

L’article 1627 du Code Civil le permet expressément mais l’article 1628 y fait exception en interdisant les clauses diminuant ou supprimant la garantie du fait personnel du vendeur. L’article 1629 du Code Civil prévoit le cas de la stipulation de non garantie.

a) clauses augmentant la garantie de droit du fait des tiers : clauses extensives de garantie

Validité - article 1627 du Code Civil - On peut toujours conclure sous des conditions plus sévères que celles prévues par la loi ‘ mais ces clauses sont très rares ... ! ex. : extension aux troubles de fait de la garantie du fait des tiers ; ex. : le vendeur prend à sa charge les cas fortuits ou le fait du prince, ou il est tenu de la servitude apparente.

La clause “vente faite avec garantie de tous troubles et évictions quelconques” ne garantit que contre les servitudes apparentes ; elle ne garantit pas contre les troubles de fait.

b) clauses de limitation ou d'exclusion de la garantie du fait des tiers = clauses restrictives ou élusives de la garantie.

La garantie de fait est alors moindre que la garantie de droit. Ces clauses sont fréquentes et valables. Ex. : non garantie pour éviction à raison d'une hypothèque consentie par le vendeur avant la vente ; à raison de la non libération par le locataire de l'immeuble vendu.

Toutefois, ces clauses de non garantie **ne peuvent couvrir un fait dolosif**, une réticence dolosive du vendeur (qui a omis de déclarer lors de la vente, les servitudes passives dont il connaissait l'importance Civ. 16 mai 1961 D. 1961 J. 5,43).

Ces clauses **sont d'interprétation stricte** - ainsi une clause de non garantie de désignation et de contenance ne dispense pas de la garantie d'éviction Civ. 27 juin 1934 D. 1934 427 Civ. 5 janvier 1967 D. 1967 430) ou encore la clause, classique dans les ventes immobilières, de non garantie pour le cas de révélation ultérieure de servitudes occultes, avec énumération des servitudes connues du vendeur, ne dispense pas totalement le vendeur - Paris, 17 juillet 1947 D. 1947 481). Inefficacité de la clause de style, habituellement stipulée, sans intention particulière, mais la clause peut être implicite si la volonté commune de déroger est certaine..

Elles **n'exonèrent pas le vendeur de la restitution du prix** (elles le dispensent de la garantie incidente et l'exonèrent des dommages intérêts). Article 1629 du Code Civil.

Une clause de non garantie n'est pas nécessaire quand l'acquéreur a connu lors de la vente la cause d'éviction ou lorsqu'il a acheté à ses risques et périls ; il s'agit alors d'une vente aléatoire et il n'y a pas lieu à restitution de prix qui correspond à la chance et non à la chose (Civ. 10 17 juillet 1962 D. 1962.534).

c) Clauses restrictives et élusives de garantie stipulées par un vendeur professionnel

L'admission des clauses restrictives et élusives de garantie d'éviction par les rédacteurs du Code Civil est inspirée du dogme de l'autonomie de la volonté, de l'équilibre des rapports entre les parties qui peuvent donc aménager leurs rapports. Évolution moderne est celle du déséquilibre des parties entre l'acquéreur inexpérimenté et le vendeur professionnel d'immeubles (celui qui en fait son activité habituelle voire principale pour en retirer profit).

Ex. : le promoteur - la S.C.I. - le lotisseur immobilier. La loi a désormais consacré la prohibition de telles clauses ainsi l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978

organise la protection des consommateurs contre les clauses abusives : “dans les contrats conclus entre professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées par des décrets en Conseil d’État, les clauses relatives à l’étendue des responsabilités et garanties lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non professionnels... par un abus de la puissance économique de l’autre partie et confèrent à cette dernière un avantage exclusif L’article 2 du décret n° 78-464 du 24 mars 1978 interdit comme abusive la clause ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou de réduire le droit à réparation du consommateur non professionnel en cas de manquement par le professionnel à l’une quelconque de ses obligations.

Plusieurs auteurs (GHESTIN, MEYSSON, DECORPS, BERGEL), pensent que ces textes s’appliquent aux ventes immobilières --> clauses restrictives ou élusives de garantie d’éviction conclues entre un vendeur professionnel et un non professionnel seraient désormais prohibées et l’acquéreur conserve en dépit de telles clauses le droit de mettre en oeuvre la garantie d’éviction de son vendeur.

LE CONTRAT DE GAGE

Le contrat de gage suppose une créance. Il établit donc un lien entre un créancier, que l'on appelle « **créancier gagiste** » et un débiteur. Le gage est donc un droit qui garantira le créancier du paiement de sa créance.

Le contrat de gage de droit commun, a eu un très grand succès dans les affaires. Raison pour laquelle il existe de nombreuses dispositions dérivées du contrat de gage qui sont devenues des instruments de crédit ou des moyens de financement comme :

- **le gage automobile** (il est accordé automatiquement par la loi au vendeur à crédit d'un véhicule automobile à condition que le gage soit inscrit sur un registre spécial tenu à la préfecture qui a délivré la carte grise) ;
- **le nantissement de parts sociales,**
- **le nantissement d'un fonds de commerce,** du matériel et de l'outillage;
- **le nantissement de valeurs mobilières** (actions et obligations)
- **le nantissement d'immeuble ou l'antichrèse,**
- **les prêts sur gage.**

Tous ces gages font l'objet d'une réglementation particulière instituée par le code de commerce.

On peut parler, à propos du contrat de gage, d'un droit qui s'oppose par priorité aux autres créanciers éventuels du débiteur. C'est d'ailleurs cette spécificité qui rassure les établissements prêteurs de deniers.

Ainsi par exemple, dans les procédures collectives, le débiteur mis en redressement judiciaire a habituellement comme créanciers privilégiés : les salariés de l'entreprise, les impôts, l'URSSAF et les créanciers nantis. Or le contrat de gage, à travers ce droit exorbitant qu'est le droit de rétention, reconnu au créancier gagiste pourra faire échec à toute la masse des créanciers habituels, y compris les privilégiés.

Il est bien évident que le contrat de gage tire son intérêt du privilège qu'il confère à son titulaire qui peut ainsi opposer sa créance aux créanciers chirographaires et imposer son droit par priorité aux autres créanciers nantis.

Le contrat de gage est un contrat qui confère un droit « **réel** » car il porte sur un bien meuble ou immeuble. Cependant, ce droit est « **accessoire** » car il est attaché à un droit de créance et vient seulement le renforcer.

Le créancier titulaire de cette garantie, « surclasse » en quelque sorte tous les créanciers du débiteur.

Le créancier jouit donc d'un droit réel accessoire sur un ou plusieurs biens de son débiteur. Si le débiteur ne paie pas à l'échéance, le créancier pourra se faire attribuer le ou les biens du débiteur, les faire vendre et se faire payer par préférence à tout autre créancier.

§§§§§§§§§§§§§§

LE CONTRAT DE GAGE DE DROIT COMMUN

A Le régime du contrat de gage

Le contrat de gage suppose un lien particulier entre le créancier qui va recevoir dans son patrimoine, sous la forme d'un droit réel, une fraction du patrimoine de son débiteur. C'est donc un lien, entre deux parties, qui s'apparente à un transfert de propriété.

Le contrat de gage est en principe constaté par acte authentique ce qui lui confère deux particularités : la date certaine et l'opposabilité aux tiers. Il peut tout aussi valablement être établi par acte sous seing privé dûment enregistré pour être opposable aux tiers.

En l'absence d'écrit le contrat n'en demeure pas moins valable entre les parties mais il sera inopposable aux tiers.

L'article **2071** du Code civil, parle de nantissement, le terme est ici à prendre au sens classique du mot, au sens de possession (ceux qui sont nantis) qui évoque précisément ce transfert d'un droit d'un patrimoine à un autre.

« le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette ».

Cependant, ce droit doit respecter une dépossession préalable, cette dernière constitue en quelque sorte le droit de gage.

1.14 1 La dépossession du débiteur

L'article **2072** du code civil énonce que : *« le nantissement d'une chose mobilière s'appelle gage ».*

L'article **2071** du même code dispose que : *« le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose pour sûreté de la dette ».*

Enfin, selon l'article **2076** du code civil : *« Dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties ».*

Ainsi, selon les termes de la loi, le contrat de gage implique que le débiteur se dépossède du bien qui constituera l'assiette du gage et l'objet du contrat.

La Cour de cassation a rappelé récemment (6 janvier 1994 Cass. Civ. 1^{ère} chambre) sa jurisprudence traditionnelle selon laquelle le gage est un contrat réel se formant par la remise de la chose. En absence de dépossession, le contrat ne pouvait être qu'une promesse de gage. Si la dépossession apparaît comme une condition préalable, elle revêt également des fonctions particulières.

a) les fonctions de la dépossession

La dépossession prémunit le créancier gagiste contre un risque de détournement de son gage par le débiteur ou un tiers. Elle assure au créancier la possibilité de faire valoir ses droits sur le bien au moment qu'il choisira. Sans dépossession, le créancier courrait le danger de voir la chose disparaître, soit par une dissimulation, une transformation ou encore, qu'elle se trouve dans les mains d'un tiers protégé par l'article **2279** du code civil.

La seconde fonction du dessaisissement assure une publicité du gage aux yeux des tiers. En effet, les choses mobilières ne font pas habituellement l'objet d'une publicité organisée. La détention du gage est donc la seule manifestation extérieure du droit dont dispose le créancier sur celui-ci. C'est grâce à ce dessaisissement que le droit du créancier n'est pas occulté et peut être opposé aux tiers.

La troisième fonction de la dépossession apparaît lorsque les biens donnés en gage sont des choses fongibles (interchangeables) La dépossession du débiteur et donc la remise au gagiste permet leur individualisation, qui seule permet de déterminer l'objet exact du droit réel et accessoire dont jouit le créancier. Dans cette hypothèse, la dépossession aurait dans ce cas une fonction équivalente à celle de la livraison dans le cadre du contrat de vente.

b) La nature de la dépossession

La dépossession, est du point de vu du débiteur, est la mise en possession de la chose pour le créancier gagiste. L'article 2228 du Code civil définit la possession comme « [...] la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-même, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom. »

De façon plus précise, la possession est un rapport de fait entre une chose (le bien gagé) et une personne (le créancier gagiste), par lequel cette personne a la possibilité d'accomplir, sur cette chose, des actes qui correspondent à l'exercice d'un droit (réel).

Ainsi, la possession implique une situation dans laquelle une personne exerce une maîtrise physique sur un bien. Cette maîtrise correspondant dans l'intention du possesseur à l'exercice d'un droit réel.

c) Le mécanisme juridique spécifique de la possession dans le droit de gage

Cependant, la définition de la possession dans le contrat de gage ne répond pas parfaitement à la définition classique de la possession en droit des biens comme par exemple le droit de propriété.

Le *corpus* de la possession, est la maîtrise physique exercée sur le bien. Elle réside dans la possibilité d'accomplir des actes qui correspondent juridiquement à l'*usus* au *fructus* et à l'*abusus*.

Cependant, le créancier gagiste est titulaire d'un droit réel accessoire, c'est-à-dire d'un droit sur la valeur du bien remis en garantie : qui consiste en un droit de faire vendre le bien pour se faire payer par préférence sur le prix ou d'en demander l'attribution judiciaire.

Ce droit ne confère pour autant pas la possibilité au gagiste d'user du bien, d'en percevoir les fruits et encore moins d'en disposer.

Ainsi, la possession du créancier gagiste n'est pas de même nature que la possession du propriétaire d'un bien mobilier. Par conséquent, la possession que confère le contrat de gage se réduit à son aspect matériel et objectif.

Vu du côté du débiteur, la dépossession l'empêche d'accomplir certains actes sur son bien gagé. Elle apparaît être une sorte de pré-saisie conservatoire.

d) Possession/dépossession et choses incorporelles

On vient de le voir le régime de la possession/dépossession dans le contrat de gage n'est pas le même que celui du propriétaire. Dès lors il faut se poser la question de savoir s'il existe un obstacle de principe à ce que des choses incorporelles puissent faire l'objet d'une dépossession et d'une possession ?

Les choses incorporelles sont des biens qui n'ont pas d'existence dans le monde sensible. Elles ne peuvent être perçues par nos sens et sont de pures conceptions intellectuelles. Ainsi, si l'on envisage la dépossession et la possession, au sens strict, comme une maîtrise physique exercée sur la chose, alors, le bien incorporel n'étant pas susceptible d'une telle appréhension matérielle, ne peut faire l'objet d'une dépossession et d'une possession et tout gage portant sur ces biens incorporels serait un gage sans dépossession et donc nul.

Si, en revanche, on envisage de façon large la possession comme l'exercice d'un pouvoir de fait sur la chose, admettre que la dépossession puisse porter sur des choses incorporelles ne fait plus aucune difficulté.

La doctrine admet aujourd'hui cette extension de la notion dans le cadre du gage. Certains émettent cependant une réserve estimant qu'il s'agit d'un abus de langage visant en réalité un substitut de la dépossession. L'importance considérable prise par les biens incorporels nous semble commander une évolution de la notion lui permettant d'épouser les réalités de la vie juridique.

2 Le droit de rétention du créancier

C'est le droit essentiel du créancier gagiste en même temps qu'il révèle la spécificité du contrat gage par rapport aux autres droits patrimoniaux des autres créanciers.

a) Les principes gouvernant la rétention

Dans le gage de droit commun, l'article 2082 alinéa 1 du code civil confère expressément au gagiste un droit de rétention sur la chose en énonçant que
« le débiteur ne peut [...], en réclamer la restitution qu'après avoir entièrement

payé, tant en principal qu'intérêts et frais, la dette pour sûreté de laquelle le gage a été donné. »

La jurisprudence a dégagé des « principes applicables au droit de rétention », reconnaissant au créancier un droit de rétention sur la chose appartenant au débiteur, lorsque certaines conditions sont réunies. Cette distinction a son importance quant aux conditions de naissance du droit de rétention.

En premier lieu, selon l'adage « pour retenir il faut d'abord tenir », la naissance du droit de rétention suppose la détention de la chose par le créancier.

En second lieu l'existence du droit de rétention dépend de l'objet détenu et de la créance.

Enfin, un lien de connexité doit exister entre la détention de la chose et la créance. Ce lien de connexité ayant son fondement dans des considérations d'équité. En effet, le droit de rétention ne peut être invoqué à tous propos par le créancier gagiste.

b) La nature du droit de rétention

La nature juridique du droit de rétention fait débat en doctrine. Certains auteurs considèrent qu'il s'agit d'un droit réel, dans la mesure où il porte sur une chose et est opposable à tous.

Le professeur Nicole Catala-Franjou soutient en revanche, que le droit de rétention constitue la modalité d'un droit personnel : « la faculté pour le créancier, débiteur d'une obligation de restitution, d'assigner unilatéralement un terme à son obligation de délivrance ».

La jurisprudence a pris parti pour la qualification de droit réel (Cass. Civ. 1^{er} janvier 1992, 1^{ère} civile).

Quoi qu'il en soit, la totalité de la doctrine s'accorde pour considérer que le droit de rétention trouve son origine dans une situation de fait : la détention du bien par le créancier. Le droit de rétention est une institution « dont le trait fondamentale est de reposer sur la mainmise physique qu'exerce le créancier sur l'objet retenu. [...] Aussi, en l'absence d'appréhension corporelle, le droit de rétention ne saurait exister » (Professeur Fernand Derrida)

C'est la dépossession du débiteur qui donne naissance au droit de rétention.

3 Les obligations du créancier gagiste

Le créancier gagiste doit conserver la chose, en vue de sa restitution. Il est responsable de la perte ou de la détérioration de la chose due à sa négligence et

s'expose à des sanctions pénales, s'il détourne ou détruit le gage. Le régime de cette obligation est en tout point comparable aux obligations de conservation qui pèsent sur le dépositaire dans le contrat de dépôt.

Le créancier gagiste ne peut ni user, ni disposer de la chose donnée en gage. Cette interdiction s'explique par le fait que dans le contrat de gage la possession n'est pas équipollente à la possession du propriétaire d'un bien.

Le bien objet du gage ne constitue entre les mains du gagiste qu'une modalité particulière certes d'un dépôt.

B Exercice des droits du créancier gagiste

1 Modalités d'exercice des droits du gagiste

En cas de non paiement de la dette, le créancier gagiste a le choix entre l'exercice de plusieurs droits :

a) L'attribution judiciaire

Il consiste à se faire attribuer en paiement l'objet du gage par un tribunal. Cette possibilité est en réalité un transfert de propriété forcé qui procède par autorité de justice. Une fois réalisé, le transfert confèrera au gagiste les mêmes droits sur le bien que celui de son ex propriétaire.

Cette possibilité évitera pour le gagiste le concours d'autres créanciers privilégiés (comme le Trésor, les salariés ou encore l'URSSAF) ;

b) La vente aux enchères

Le gagiste peut encore demander au tribunal et se faire payer par préférence sur le prix. Dans cette hypothèse deux cas sont possibles :

- Le créancier gagiste demande la vente aux enchères. Il est dans ce cas censé renoncer à son droit de rétention et risque de se voir primer par les créanciers privilégiés titulaires de privilèges généraux (Trésor, Sécurité sociale) ou spéciaux mobiliers (bailleur d'immeubles). Cette solution, pour conserver son efficacité, doit donc s'opérer à l'encontre d'un débiteur qui est en dehors de toute procédure collective.

- soit la vente est demandée par un autre créancier du débiteur que le gagiste, par exemple dans l'hypothèse d'une procédure collective (administrateur du redressement judiciaire, liquidateur de la liquidation judiciaire).

Le gagiste sera alors payé par préférence à tout autre créancier jusqu'à due concurrence sur le montant de la vente des objets gagés.

c) Le droit de rétention

Le droit de rétention ne peut s'exercer que par voie d'exception, au sens procédural du terme. Il est une exception d'inexécution : le débiteur ne paie pas, ce qui implique que le créancier peut refuser la restitution du bien au débiteur et de le garder en sa possession jusqu'à ce qu'il obtienne le paiement de sa créance.

Pourtant cette prérogative de rétention est limitée car le créancier n'a en principe aucun droit d'user de la chose, ni aucun droit sur la valeur. Il peut en revanche paralyser l'utilité de la chose pour le débiteur, en la conservant par-devers lui.

d) La force du droit de rétention

- l'indivisibilité

Cependant cette prérogative est extrêmement puissante et son efficacité tient à son indivisibilité. En effet, chaque fraction de la créance est garantie par la chose tout entière et le créancier rétenteur peut refuser la restitution jusqu'au complet paiement de sa créance.

Cette indivisibilité est encore renforcée par l'article 2082 alinéa 2 du Code civil conférant au gagiste la possibilité de refuser la restitution pour obtenir le paiement d'une dette née postérieurement à la constitution du gage et devenue exigible avant le paiement de la créance garantie.

- l'opposabilité

La Cour de cassation estime en effet que le créancier peut se prévaloir de son droit sur la chose non seulement à l'encontre du débiteur mais également à l'encontre des tiers, même non tenus de la dette (Cass. Civ. 1^{ère}, 7 janvier 1992).

Ainsi, le droit de rétention du créancier gagiste est opposable aux héritiers du débiteur, à ses successeurs universels ou à titre universel. Il est opposable aux créanciers du débiteur, qu'ils soient chirographaires ou privilégiés, et quel que soit le rang de leur privilège.

Le juge considère qu'il est même opposable au propriétaire du bien qui ne serait pas le débiteur (cass. Civ. 1^{ère}, 22 mai 1962).

Enfin, la jurisprudence estime que lorsque la vente en justice du bien est poursuivie par les créanciers du débiteur, le droit de rétention du gagiste est reporté sur le prix dégagé de la vente. Concrètement, une fraction du prix correspondant au montant de la créance du rétenteur sera prélevée pour payer ce dernier.

Le rétenteur échappe donc à tout concours avec les autres créanciers quel que soit leur rang *« cette règle [...] dissimule, en réalité, la substitution d'un véritable privilège de premier rang au droit de rétention »*¹.

2 Les incidences lors de l'ouverture d'une procédure collective

Le créancier rétenteur dispose d'avantages substantiels en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constituant.

Pendant la période d'observation, l'article L. 621-24 alinéa 3 du Code de commerce énonce que : *« le juge-commissaire peut [autoriser l'administrateur ou le chef d'entreprise] à payer des créances antérieures au jugement, pour retirer le gage ou une chose légitimement retenue, lorsque ce retrait est justifié par la poursuite de l'activité ».*

Cette disposition permet le paiement au rétenteur d'une créance née avant le jugement d'ouverture nonobstant le principe de l'interdiction du paiement des créances antérieures posé par l'alinéa 1^{er} de l'article L621-24 du Code de commerce.

En permettant au créancier de retenir le bien jusqu'au complet paiement de sa créance, le législateur a nécessairement fait passer celui-ci avant tous les autres créanciers de la procédure et ce, quel que soit leur privilège.

De plus, la jurisprudence et la doctrine considèrent que la substitution de garantie prévue à l'article L. 621-25 alinéa 3 du code de commerce ne peut être imposée au rétenteur. Cette solution est justifiée par le fait que nulle autre sûreté n'est susceptible de conférer au rétenteur des garanties équivalentes.

Cette primauté absolue du droit de rétention est respectée quelle que soit l'issue de la procédure, y compris en cas de liquidation judiciaire ou de plan de cession.

Lorsque la procédure débouche sur une liquidation, l'article L. 622-21 alinéa 4 dispose qu' « en cas de vente par le liquidateur, le droit de rétention est reporté de plein droit sur le prix ».

Le rétenteur échappe ainsi à tout concours et prime tous les autres créanciers.

Dans l'hypothèse d'un plan de cession, la jurisprudence a décidé que le créancier rétenteur ne peut être contraint de se dessaisir du bien que par le paiement du montant de sa créance qu'il a déclarée et non par celui d'une quote-part du prix de cession qui serait affectée à ce bien pour l'exercice du droit de préférence (Cass. Com 20 mai 1997 Bull. civ., IV, n°151).

Article 2073

Le gage confère au créancier le droit de se faire payer sur v. REALISATION
la chose qui en est l'objet, par privilège et préférence aux DU GAGE
autres créanciers.

Article 2074

*(Loi n° 48-300 du 21 février 1948 Journal Officiel du 22 février 1948) (Loi n°
80-525 du 12 juillet 1980 Journal Officiel du 13 juillet 1980)*

Ce privilège n'a lieu à l'égard des tiers qu'autant qu'il y a un acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des biens donnés en gage, ou un état annexé de leurs qualité, poids et mesures.

Article 2075

(Loi du 17 mars 1909 Journal Officiel du 19 mars 1909) (Loi n° 80-525 du 12 juillet 1980 Journal Officiel du 13 juillet 1980)

Lorsque le gage s'établit sur des meubles incorporels, tels que les créances mobilières, l'acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré, est signifié au débiteur de la créance donnée en gage, ou accepté par lui dans un acte authentique.

Article 2075-1

(inséré par Loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 Journal Officiel du 9 juillet 1972 en vigueur le 16 septembre 1972)

Le dépôt ou la consignation de sommes, effets ou valeurs, ordonné judiciairement à titre de garantie ou à titre conservatoire, emporte affectation spéciale et privilège de l'article 2073.

Article 2076

Dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties.

Article 2077

Le gage peut être donné par un tiers pour le débiteur.

Article 2078

Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage : sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères. v. [REALISATION DU GAGE](#)

Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle.

Article 2079

Jusqu'à l'expropriation du débiteur, s'il y a lieu, il reste propriétaire du gage, qui n'est, dans la main du créancier, qu'un dépôt assurant le privilège de celui-ci.

Article 2080

Le créancier répond, selon les règles établies au titre Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, de la perte ou détérioration du gage qui serait survenue par sa négligence.

De son côté, le débiteur doit tenir compte au créancier des dépenses utiles et nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation du gage.

Article 2081

S'il s'agit d'une créance donnée en gage, et que cette créance porte intérêts, le créancier impute ces intérêts sur ceux qui peuvent lui être dus.

Si la dette pour sûreté de laquelle la créance a été donnée en gage ne porte point elle-même intérêts, l'imputation se fait sur le capital de la dette.

Article 2082

Le débiteur ne peut, à moins que le détenteur du gage n'en abuse, en réclamer la restitution qu'après avoir entièrement payé, tant en principal qu'intérêts et frais, la dette pour sûreté de laquelle le gage a été donné.

S'il existait de la part du même débiteur, envers le même créancier, une autre dette contractée postérieurement à la mise en gage, et devenue exigible avant le paiement de la première dette, le créancier ne pourra être tenu de se dessaisir du gage avant d'être entièrement payé de l'une et de l'autre dette, lors même qu'il n'y aurait eu aucune stipulation pour affecter le gage au paiement de la seconde.

Article 2083

Le gage est indivisible nonobstant la divisibilité de la dette envers les héritiers du débiteur ou ceux du créancier.

L'héritier du débiteur, qui a payé sa portion de la dette, ne peut demander la restitution de sa portion dans le gage, tant que la dette n'est pas entièrement acquittée.

Réciproquement, l'héritier du créancier, qui a reçu sa portion de la dette, ne

peut remettre le gage au préjudice de ceux de ses cohéritiers qui ne sont pas payés.

Article 2084

Les dispositions ci-dessus ne sont applicables ni aux matières de commerce, ni aux maisons de prêt sur gage autorisées, et à l'égard desquelles on suit les lois et règlements qui les concernent.

Cour de Cassation

Chambre civile 3

Audience publique du 18 décembre 2002

Cassation.

N° de pourvoi : 01-12143

Publié au bulletin

Président : M. Weber .

Rapporteur : Mme Gabet.

Avocat général : M. Guérin.

Avocats : la SCP Thomas-Raquin et Benabent, la SCP Boullez, la SCP

Defrenois et Levis, la SCP Waquet, Farge et Hazan.

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Sur le moyen unique :

Vu l'article 2228 du Code civil, ensemble les articles 2085, 2086, 2231 et 2240 du Code civil ;

Attendu que la possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit tenu ou exercé par son titulaire ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en son nom ;

Attendu selon l'arrêt attaqué (Papeete, 11 avril 2001) que par contrat en date du 16 mars 1990, la Société de banque occidentale (SDBO), aux droits de laquelle se trouve la société CDR créances, a consenti un prêt à la Société hôtelière internationale de Polynésie (SHIP), destiné à financer l'acquisition de trois ensembles hôteliers ; qu'en garantie, la société SHIP a consenti sur les biens

acquis, avec la société Tapati, propriétaire du terrain sur lequel a été construit un des trois hôtels, une antichrèse inscrite le 22 août 1990 ; qu'il a été convenu que la société SHIP conserverait la jouissance des biens donnés en garantie, moyennant le versement, pendant douze années, d'une indemnité d'occupation ; que la société SHIP a cessé ses règlements en 1994 et que la société CDR créances a déclaré sa créance au passif des sociétés SHIP et Tapati, mises en redressement judiciaire le 6 juillet 1998 ;

Attendu que pour déclarer les antichrèses éteintes, la cour d'appel a relevé que la société SHIP avait cessé tout règlement de l'indemnité d'occupation à compter de novembre 1994 et retenu que la société CDR créances, jusqu'au dépôt de sa déclaration de créance, le 16 octobre 1998, n'avait pris aucune initiative concrète soit pour rompre la convention d'occupation et confier l'exploitation à un tiers afin de maintenir sa possession juridique, soit pour prendre possession matériellement des immeubles afin d'exercer son droit de rétention et que le fait pour l'antichrésiste de n'entreprendre aucun acte positif destiné à marquer sa volonté de garder la possession matérielle ou juridique des biens nantis avait eu pour conséquence de faire disparaître la condition essentielle de la validité de l'antichrèse, à savoir la dépossession du constituant ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la société SHIP, qui avait cessé de régler les indemnités d'occupation, continuait cependant à posséder pour le compte de l'antichrésiste et que l'absence d'action de ce dernier contre elle n'avait pas mis fin à cette possession, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 11 avril 2001, entre les parties, par la cour d'appel de Papeete ;

remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris ;

Condamne, ensemble, MM. X... et Y..., ès qualités, la société Tahiti Resort Hôtels Polynésie, la société Tahitienne de restauration et d'hôtellerie, la société Hôtelière internationale de Polynésie, la société d'exploitation touristique et d'activités nautiques et la société Tapati aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, rejette la demande de MM. X... et Y..., ès qualités, la société Tahiti Resort Hôtels Polynésie, la société Tahitienne de restauration et d'hôtellerie, la société Hôtelière internationale de Polynésie et de la société Tapati ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de Cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Troisième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du dix-huit décembre deux mille deux.

Publication : Bulletin 2002 III N° 261 p. 226

Décision attaquée : Cour d'appel de Papeete, 2001-04-11

LE CONTRAT DE DEPOT

Le contrat de dépôt est dans les faits un contrat relativement simple qui lie un déposant à un dépositaire et qui porte sur une chose. Cependant, cette simplicité apparente ne doit pas tromper, ce contrat est en pratique beaucoup plus subtile qu'il n'y paraît. La preuve en est que de nos jours, tous les professeurs de droit ne sont pas tous d'accord sur sa définition. Même les juridictions souffrent d'écart de jurisprudence sur les choses qui peuvent être l'objet d'un contrat de dépôt, et enfin le code civil qui est aussi hésitant et qui distingue sans s'expliquer outre mesure entre : le dépôt volontaire, le dépôt irrégulier et le dépôt nécessaire de l'article **1949** du code civil...

Le code n'est pas non plus intangible lorsqu'il évoque le consentement du déposant puisqu'il évoque un consentement réciproque entre le déposant et le dépositaire (Art. **1920** C. Civ.) et un consentement exprès ou tacite (Art. **1921** C. Civ.)

Toutes ces incohérences illustrent un contrat qui en pratique se fonde quotidiennement dans des pratiques complexes (dépôt-vente, contrat de garage, contrat de séquestre, dépôt à titre de financement comme chez ma Tante...) or, la forme sous laquelle il apparaît dans le code, est relativement rare, pour ne pas dire exceptionnelle, ce qui expliquerait les distorsions entre le code et la jurisprudence.

1° Les caractéristiques du contrat de dépôt

Comme pour le commodat (qui est un contrat de prêt à usage, régi par les articles **1875** à **1891** du Code Civil), le contrat de dépôt est un des rares contrats réels du droit français (il y en a **3** : Commodat, le Dépôt et le Séquestre). Ce contrat réel porte sur une chose que le déposant va remettre au dépositaire.

Traditionnellement, ce contrat est considéré comme un contrat d'ami. En effet, il suppose une grande confiance car le déposant, remet à une personne une chose, à charge pour elle de la garder et de la restituer en fin de contrat.

Ce contrat n'opérant pas de transfert de propriété, suppose donc une grande confiance du déposant dans l'honnêteté du dépositaire.

C'est un contrat très ancien dont on usait à Rome et qui s'est perpétué au moyen âge sous deux formes voisines et historiquement marquantes qui ont permis le développement de la féodalité :

- la tenure ou le fief,
- la lettre de change

a) Les particularités du contrat de dépôt

Il est régi par l'article **1915** du code civil qui le définit comme suit :

« Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature. »

Le fait que le code insiste dans sa définition sur la restitution « en nature » de la chose, démontre bien le caractère réel de ce contrat. Il est en effet facile d'imaginer ce contrat par la remise gestuelle de la chose. Il n'est pas un contrat abstrait comme le prêt d'argent peut l'être par échange de monnaie scripturale.

En outre, l'article **1918** du code civil accentue l'aspect réel du contrat en précisant : *« Il ne peut avoir pour objet que des choses mobilières »*

Il s'agit donc de choses concrètes qui peuvent être appréhendées.

La question s'est posée en jurisprudence à savoir quelle pouvait être la nature de cette chose. Pouvait-elle porter sur des choses d'origine humaine ?

Sur des matières organiques d'origine humaine la jurisprudence a eu des hésitations ainsi par exemple à propos de dépôt de sperme :

- TGI Créteil 1^{er} août 1984

« 844979 - Les règles du contrat de dépôt telles qu'elles sont définies par les art. 1915 et suiv. C. civ., ne peuvent s'appliquer au cas de remise d'un prélèvement de sperme au Centre d'étude et de conservation du sperme (CECOS), qui concerne non pas une chose tombant dans le «commerce», mais une sécrétion contenant le germe de la vie et destinée à la procréation d'un être humain. De même, l'accord passé entre le remettant et le CECOS ne saurait entrer dans le cadre du don d'organes prévu par la loi du 22 décembre 1976, en raison de la différence de nature entre le germe et les organes du corps humain. Il apparaît que la convention incriminée constituait un contrat spécifique comportant pour le CECOS obligation de conservation et de restitution au donneur, ou de remise à celle à qui le sperme était destiné. Ni les conditions de conservation ou de remise du sperme d'un mari décédé, ni l'insémination de sa veuve ne sont interdites ou même organisées par un texte législatif ou réglementaire. D'autre part, elles ne heurtent pas le droit naturel, l'une des fins du mariage étant la procréation. Il y a lieu en conséquence de dire qu'à compter du jour où le présent jugement sera définitif, le CECOS sera tenu de remettre au médecin choisi par la bénéficiaire, à la première demande et à la date fixée par ce dernier, à l'intérieur d'un délai d'un mois, l'intégralité du prélèvement du sperme du remettant. A défaut d'une demande exprimée

dans ces mêmes conditions dans un délai de six mois à dater du même jour, le CECOS sera tenu de détruire le sperme qu'il conserve »

● Le même tribunal jugeait cependant le 4 avril 1995 :

« 986723 - La convention conclue entre un Centre d'Etudes et de Conservation des Oeufs et du Sperme (CECOS) et un particulier en vue d'assurer la conservation de son sperme est un contrat de dépôt. En l'espèce, les paillettes doivent être détruites, puisque selon la convention elles ne peuvent être restituées qu'au déposant, et que ce dernier est décédé. »

Le contrat de dépôt peut-il porter sur un immeuble ?

Il semble que le code civil ait un parti pris sur cette question car aux termes de l'article 1961 du code civil :

« La justice peut ordonner le séquestre :

- des immeubles saisis sur un débiteur,*
- d'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes ;*
- des choses qu'un débiteur offre pour sa libération. »*

Pourtant, officiellement la jurisprudence refuse de qualifier contrat de dépôt un contrat qui porterait sur un immeuble et préfère le requalifier en contrat d'entreprise ou contrat de gardiennage.

Cependant, lorsque le contrat porte sur un immeuble, qu'il est fait à titre gratuit, la jurisprudence lui applique tout de même les règles du dépôt...

Ce qui est, il faut bien l'admettre, une certaine hypocrisie car en matière de corps humain, la cour de cassation admettait le **17 juillet 1991** la qualification de contrat de dépôt pour un corps d'un défunt, déposé dans un hôpital...

Le contrat de dépôt d'objet mobilier est susceptible de revêtir d'autres qualifications selon que les choses sont des choses consommables, le contrat de dépôt sera alors dit « **irrégulier** »

Cette différence entre le dépôt régulier et irrégulier vient du fait que la chose ne pourra pas être restituée en elle-même. L'original aura nécessairement disparu et sera remplacé par une chose identique, de même valeur, de même contenance et de même aspect.

En réalité, dans le dépôt irrégulier, la chose originelle tendra à disparaître et donc il suppose le transfert de propriété. C'est notamment le cas du **Mutuum** ou prêt de consommation régi par les articles **1892** et suivants du code civil.

Ainsi, le dépôt d'argent dans une banque sera un dépôt irrégulier car les billets déposés ne peuvent être restitués à l'identique.

Enfin, certains contrats, qui par nature sont des contrats de dépôt car ils portent sur des meubles, changent de qualification simplement parce qu'ils sont à titre onéreux.

Tel sera le cas des contrats des :

- Contrat de vestiaire,
- Contrat de garde-meuble,
- Contrat d'entrepôt,
- Contrat de consignation,
- Contrat de dépôt de fond,

b) Distinction avec d'autres contrats

Le contrat de dépôt est en pratique si courant dans la vie quotidienne qu'il peut être difficile à distinguer avec les autres contrats. En pratique on retiendra que le dépôt suppose trois obligations stricto sensu : garde, conservation, restitution.

Si d'autres obligations viennent s'ajouter à ces trois autres, alors il y a de fortes chances que la qualification de contrat de dépôt ne soit pas retenue.

- Il se distingue du prêt à usage dans la mesure où dans le contrat de dépôt, le dépositaire ne peut utiliser la chose, le contrat étant au bénéfice du déposant. Même si la chose doit être conservée et restituée le contrat de prêt à usage est en revanche fait au bénéfice de l'emprunteur.

- Il se distingue encore du mandat en ce sens que le mandat porte habituellement sur des actes dont le domaine dépasse la garde et la restitution de la chose.

Ainsi, dans le cas d'un contrat de dépôt-vente, on parlera d'un contrat de mandat salarié car le mandataire, qui se confond ici avec le dépositaire, a non seulement l'obligation de conserver la chose et de la restituer, en cas de mévente, il doit en outre vendre la chose et reverser une partie du fruit de cette

vente au mandant. On voit donc bien que les obligations du mandataire sont beaucoup plus complexes que celles du gardien.

Pour en souligner les différences, on les comparera, par exemple, au contrat de garde-meubles qui consiste essentiellement en des obligations passives qui portent uniquement sur la garde et à la restitution de la chose en fin de contrat.

- Très souvent le dépôt est combiné avec un autre contrat. C'est le cas des contrats d'entreprise ou un particulier remet son véhicule à un garagiste pour réparations.

Le garagiste est débiteur d'une obligation de conservation, de garde et de restitution de la chose, en outre, il devra la réparer.

- Dans le cas du contrat de coffre-fort, la distinction est relativement subtile. Dans ce contrat, la banque met à la disposition du client un coffre-fort afin que ce dernier y dépose des fonds ou des effets de valeur. Le banquier assume envers le déposant une obligation de garde et de surveillance.

Cependant, ce n'est pas un contrat de dépôt car, d'une part, le banquier ne connaît pas les choses déposées dans les coffres.

Il faut cependant souligner ici que cette justification est peu convaincante car à la lecture de l'article **1931** du code civil, l'argument tombe :

« Il ne doit point chercher à connaître quelles sont les choses qui lui ont été déposées, si elles lui ont été confiées dans un coffre fermé ou sous une enveloppe cachetée »

D'autre part, la chose n'est matériellement pas remise au banquier. Or, nous le savons, la remise est l'élément matériel qui fait le contrat réel. C'est d'ailleurs le seul argument qui diffère réellement le dépôt du contrat de coffre-fort.

- Dans le contrat de garage, qui est un contrat de bail, où le bailleur met à la disposition un emplacement de parking, n'assume aucune obligation de garde et de surveillance, il ne peut être tenu pour responsable des vols et des dégradations du véhicule.

La même solution prévaudra pour le contrat de camping qui est également un contrat de bail.

2° La formation du contrat

a) Capacité et pouvoir

Le contrat de dépôt est un acte d'administration. Il n'est donc pas besoin d'être le propriétaire de la chose car, en principe, ce contrat n'est pas translatif de propriété.

L'article **1926** du code civil, dispose même que le dépositaire incapable n'aura à restituer que ce qui reste en ses mains :

« Si le dépôt a été fait par une personne capable à une personne qui ne l'est pas, la personne qui a fait le dépôt n'a que l'action en revendication de la chose déposée, tant qu'elle existe dans la main du dépositaire, ou une action en restitution jusqu'à concurrence de ce qui a tourné au profit de ce dernier. »

Pourtant, la jurisprudence tempère les exigences de l'article **1922** du code civil en affirmant que dès lors que l'on a un droit quelconque sur la chose on est habilité à contracter un contrat de dépôt :

« Le dépôt volontaire ne peut régulièrement être fait que par le propriétaire de la chose déposée, ou de son consentement expresse ou tacite. »

b) Le consentement

En principe le consentement et la remise de la chose se confondent dans le même temps. Or, par définition, le consentement d'une personne ou d'une entité juridique est exprimé dans un temps relativement bref. En effet, le dépositaire lorsqu'il reçoit des mains du déposant est parfaitement libre d'accepter la chose ou de la refuser, peu importera ses motifs.

Dans cette hypothèse le contrat ne se formera pas.

Cependant, certaines hypothèses ne reflètent pas nécessairement cette concomitance entre la remise et l'expression du consentement, ainsi est le cas de l'entreprise qui met à disposition de ses employés des vestiaires.

Ici, la mise à disposition intervient de manière passive sans qu'un quelconque consentement ne soit exprimé par l'employeur. Elle laisse donc présumer un dépôt régulier qui fait peser sur l'employeur une obligation de restitution des vêtements.

Ainsi, serait responsable vis-à-vis de l'un des déposants, l'employeur qui serait incapable de restituer un vêtement perdu. C'est pourquoi, lorsque l'employeur

limite son consentement en faisant afficher un écriteau en déclinant toute responsabilité et la jurisprudence refuse d'y voir un contrat de dépôt.

Par ailleurs, la jurisprudence ne se contente plus pour qualifier un contrat de dépôt d'une seule remise, il faut un minimum de consentement. Ainsi la personne qui laisse déposer quelque chose chez elle n'en est pas pour autant un dépositaire, de même que le barman qui reçoit d'un client quelque chose...

c) La forme

Le contrat de dépôt n'est, d'après l'article **1919** du code civil, parfait que par la tradition réelle ou feinte de la chose déposée. « *La tradition feinte suffit* » dit l'article **1919** dans la mesure où le dépositaire a déjà reçu la chose.

C'est donc un contrat réel dont la promesse ne pourrait pas s'exécuter par la force ou toute autre mesure d'exécution forcée.

Cependant, le dépôt volontaire se formerait, quant à lui, par le seul consentement réciproque des parties, telle sont les dispositions de l'article **1921** du code civil : « *Le dépôt volontaire ne peut être régulièrement fait que par le propriétaire de la chose déposée, ou de son consentement exprès ou tacite.* »

d) la preuve du dépôt

Pour le dépôt nécessaire l'exigence d'un écrit paraît être la règle au-dessus de **800 €**. Dans le cadre du dépôt salarié ou gratuit la preuve probatoire est admise c'est à dire que le déposant est cru sur parole... Solution de l'article **1924** du code civil qui apparaît totalement inique et qui ne devrait se concevoir qu'en cas de dépôt gratuit !

En effet l'article **1924** du code civil dispose expressément :

« Lorsque le dépôt est au-dessus du chiffre prévu à l'article 1341 n'est point prouvé par écrit, celui qui est attaqué comme dépositaire en est cru sur sa déclaration, soit pour le fait même du dépôt, soit pour la chose qui en faisait l'objet, soit pour le fait de sa restitution. »

3° Les obligations des parties

a) Obligations du dépositaire

● la conservation de la chose

L'article **1930** du code civil est strict. Le dépositaire ne peut user de « *la chose sans permission expresse ou présumée du déposant.* »

C'est une obligation essentielle qui distingue le dépôt du contrat prêt. Dans l'ignorance de cette règle, le dépositaire commettrait un abus de confiance (Art. **314-1** du code pénal) et engagerait sa responsabilité au civil (Art. **1382** C. Civ.)

En outre le dépositaire ne peut pas même consommer les fruits de la chose, il doit les conserver au même titre que la chose principale déposée (Art. **1936** C. Civ.)

L'article **1931** du code civil impose au dépositaire de ne pas révéler au tiers la teneur du dépôt, qui lui aurait été remis dans un coffre fermé ou sous un pli cacheté. Ces deux règles ne sont pas impératives, elles peuvent être transgressées par les parties.

L'obligation de conservation est en revanche une obligation essentielle du contrat. Elle doit conduire le dépositaire à l'entretenir, à préserver la chose contre tout risque éventuel. Cette obligation n'emporte cependant pas une obligation d'information du déposant en cas de péril imminent.

La chose peut paraître insensible en matière de dépôt portant sur des meubles mais elle est plus délicate sur des dépôts de titres dont les cours s'effondrent...

La Cour de Cassation refuse pourtant d'imposer cette obligation au dépositaire, ce qui apparaît contradictoire avec le principe qui veut que le contrat de dépôt

soit fait dans l'intérêt du déposant ! Par ailleurs, stricto sensu, depuis la dématérialisation des titres, le contrat de dépôt de titres n'est plus possible...

- **La responsabilité du dépositaire**

Evidemment l'irrespect de la conservation de la chose entraîne la responsabilité du dépositaire. Ce dernier assume à la place du propriétaire l'obligation « *res perit debitori* »

Dans un autre contrat, comme par exemple dans une vente, la charge de la perte serait inversée et affecterait le propriétaire « *res perit domino* »

En fait l'obligation est pratiquement une obligation de résultat, en effet l'article 1927 du code civil dispose :

« Le dépositaire doit apporter, dans la cadre de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent. »

Le déposant n'a pas, en cas de perte de la chose, besoin de démontrer la faute du dépositaire. L'article 1929 n'exonère le dépositaire qu'en cas de force Majeure :

« Le dépositaire n'est tenu en aucun cas de accidents de force majeure, à moins qu'il n'ait été mis en demeure de restituer la chose déposée. »

C'est une obligation de résultat à peine atténuée. Elle est légèrement différente selon que le dépôt est gratuit ou salarié.

Dans le 1^{er} cas, l'obligation sera appréciée *in concreto*.

Dans le second cas elle sera appréciée plus durement *in abstracto*. Le dépositaire devra alors démontrer son absence de faute.

• La restitution

A moins qu'il ne s'agisse de choses consommables, le dépositaire devra restituer la chose elle-même (**Art. 1932 al.1^{er} du code civil**) Sinon la restitution s'opèrera par équivalent ou encore accompagné des fruits dans le cas d'un dépôt irrégulier.

Si la chose est détériorée, le dépositaire n'assume pas l'obligation de réparation, si sa garde a été sans faute. En revanche, dans le cas d'un dépôt irrégulier, si la chose vient à disparaître par cause de force majeure, alors par les jeux de la subrogation le dépositaire recevra l'indemnité de la valeur de remplacement.

Art. 1934 du code civil :

« Le dépositaire auquel la chose a été enlevée par une force majeure, et qui a reçu un prix ou quelque chose à la place, doit restituer ce qu'il a reçu en échange. »

Les obligations de restitution de l'objet du contrat de dépôt pèsent sur la tête des héritiers, si le dépositaire vient à passer. Habituellement, la restitution se fait au déposant sans pouvoir exiger de lui qu'il soit le légitime propriétaire.

Le lieu de la restitution est en principe le lieu du dépôt. Quant au terme de la restitution, il peut être ou non fixé entre les parties. L'usage veut que la chose soit quérable et non portable.

● **L'inexécution de la restitution**

La responsabilité de cette inexécution aura un régime différent selon que le dépositaire aura ou non mis en demeure le déposant d'avoir à retirer sa chose.

Si le dépositaire a mis le déposant en demeure d'avoir à retirer la chose et que cette dernière vient à périr on appliquera le principe *res perit domino*, dans le cas d'une absence de mise en demeure, le débiteur de la restitution de la chose sera pleinement responsable, sauf s'il arrive à prouver un cas de force majeure.

b) Obligations du déposant

● **vis-à-vis du dépositaire**

Il est tenu de payer le prix du dépôt salarié ou, encore en cas de dépôt à titre gratuit, de le rembourser des frais contenus dans l'article **1947** du code civil :

- remboursement des dépenses de conservation de la chose,
- indemnisation des dommages causés par la chose.

A titre de garantie de paiement, le dépositaire a un droit de rétention sur la chose : « *Le dépositaire peut retenir le dépôt jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû à raison du dépôt.* » article **1948** de code civil.

L'Art. **2103** du code civil dispose en outre de privilèges particuliers comme le privilège mobilier, le privilège du prêteur de deniers et le droit de rétention.

4° La fin du contrat

a) le non réclamation

Dans cette hypothèse, les obligations portant sur la chose du dépositaire se perpétuent-elles ? La question est discutée car le débat n'est pas tranché. On admet généralement que le dépositaire peut sommer par lettre recommandée d'avoir à reprendre la chose ou encore avoir recours au juge. Si le refus de reprise de la chose se perpétue la chose deviendra si elle est mobilière la propriété du dépositaire. On appliquera alors l'Art. **2279** du code civil : « *En fait de meuble la possession vaut titre* »

b) la réclamation

Elle met nécessairement un terme au contrat puisque le déposant vient reprendre sa chose. Les obligations du dépositaire prennent alors fin au moment de la remise de la chose.

Cependant cette réclamation directe n'est pas la seule modalité d'extinction du contrat.

Ainsi l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du dépositaire met fin au contrat puisqu'elle va contraindre le déposant à entamer une action en revendication afin de ne pas perdre ses biens qui sinon iraient constituer le gage des créanciers.

Le déposant ne vient pas réclamer sa chose passé un certain délai, alors le dépositaire peut d'autorité mettre fin au contrat de dépôt en vendant la chose c'est l'application des dispositions de la loi de **1903** : **1 an** pour les garde-meubles et **6 mois** pour les garagistes.

5° Règles spécifiques à certains dépôts

a) Le dépôt nécessaire

C'est l'hypothèse de l'article **1949** du code civil :

« Le dépôt nécessaire est celui qui a été forcé par quelque accident, tel qu'un incendie, une ruine, un pillage, un naufrage ou un autre évènement imprévu »

Le dépôt nécessaire est celui qui est provoqué par la contrainte. Le déposant n'a pas d'autre choix pour conserver sa chose. Le consentement n'émane que du dépositaire lorsqu'il reçoit la chose. Le régime de la preuve est particulier en ce sens que l'article **1950** du code civil dispose que le témoignage est parfaitement recevable même si la valeur du bien est supérieure à **800 euros**.

C'est en fait une application dérivée de l'impossibilité d'apporter une preuve aménagée par l'article **1348** du code civil.

b) Le dépôt hôtelier

La nature de ce dépôt est juridiquement une conséquence de l'histoire où l'on en faisait un dépôt nécessaire. En fait, il est un dépôt accessoire au contrat hôtelier, qui pourtant est traité comme un dépôt nécessaire.

Le principe de la responsabilité de l'hôtelier est commandé par les articles **1952** et **1954** du code civil. L'hôtelier est responsable de la perte et du vol de la chose déposée sauf le cas de force majeure ou encore la destruction de la chose causée par un vice qui l'affectait.

A ces principes quelques aménagements sont apportés par le code :

s'agissant de « **dépôt entre leurs mains** » l'hôtelier ne pourra pas s'exonérer de sa responsabilité, (**1953 al 2 du code civil**)

s'agissant de choses déposées dans l'hôtel, le montant de la réparation sera limité à **100 fois** le prix de la chambre (**1953 al 3 du code civil**)

pour les vols affectant les voitures stationnées dans le parking de l'hôtel, le montant maximum de la réparation sera **50 fois** le prix de la chambre (**1954 al 2 du code civil**),

si c'est le véhicule qui est volé sur le parking de l'hôtel, la jurisprudence de la cour de Cassation édicte que la responsabilité est fondée sur l'article **1953** du code civil (remise entre leurs mains) et donc l'hôtelier ne peut aucunement ni atténuer ni s'exonérer de sa responsabilité.

c) Le dépôt hospitalier

Avant la loi du **6 juillet 1992**, la jurisprudence refusait d'appliquer les mêmes règles aussi dures que le dépôt hôtelier. Depuis cette loi, les règles sont sensiblement les mêmes que le dépôt hôtelier, avec cette disposition particulière que les vols n'entraînent pas nécessairement la responsabilité de l'établissement encore faut-il que celui-ci porte sur une chose que le malade devait légitimement avoir avec lui.

Quant aux choses remises à un préposé, le montant de la réparation est limité à deux fois le plafond de la sécurité sociale... sauf faute démontrée de l'établissement de santé. Enfin, pour les objets non déposés, il ne peut y avoir de responsabilité que si l'on démontre la faute de l'établissement ou de ses préposés.

d) Le séquestre

- définition

C'est d'après l'article **1956** du code civil le dépôt d'une chose contentieuse entre les mains d'un tiers, qui s'oblige à la restituer lorsque la contestation prendra fin. En réalité, il y a deux formes de séquestres : le séquestre conventionnel et le séquestre judiciaire

Le premier est librement consenti entre les parties, le second est ordonné par une autorité de justice.

- **les obligations du séquestre**

Qu'il soit judiciaire ou conventionnel, le séquestre doit conserver et restituer la chose comme le ferait le dépositaire habituellement. Il peut en user, dans le cas d'un séquestre judiciaire, que dans les limites de l'ordonnance du juge.

- **les paiements**

S'agissant d'un contrat onéreux, le séquestre sera payé par les deux parties dans le cas d'un séquestre conventionnel et par celui qui le demande dans le cas du séquestre judiciaire.

- **la fin du contrat de séquestre**

Le séquestre ne peut mettre fin librement à sa mission. Il doit être autorisé à le faire ou il devra invoquer une raison sérieuse et légitime qui en réalité traduit l'impossibilité de continuer sa mission.

Dans le cadre d'un séquestre conventionnel, il faudra impérativement l'accord de toutes les parties afin que le contrat prenne fin, pour le séquestre judiciaire c'est le juge qui y met fin par une décision qui s'impose directement au séquestre.

- **responsabilité du séquestre**

Elle est très lourde car la jurisprudence, d'une grande sévérité, tient compte du fait que l'objet déposé est litigieux entre les parties, de même que le séquestre est un professionnel averti à la fois sur l'étendue de sa mission et de ses responsabilités.

Sa responsabilité pourra par exemple être engagée, au cas où le séquestre se serait dessaisi de la chose en estimant qu'il avait le droit de le faire. En fait, la jurisprudence ne lui reconnaît aucun droit d'apprécier lui-même la contestation portant sur le bien ou les droits invoqués.
