

Droit des obligations et des sûretés

INTRODUCTION

I - DROIT DES OBLIGATIONS

A - Définition de la notion d'obligation

On peut définir l'obligation comme étant *un lien de droit qui permet à une personne, appelée **créancier**, d'exiger d'une autre personne, appelée **débiteur**, une **prestation***. Exemples : versement d'une somme d'argent, livraison d'une marchandise.

Ainsi, l'obligation met en scène deux personnes au moins et crée entre elles un lien personnel : le **créancier**, sujet actif du droit et le **débiteur**, sujet passif. Le droit appelé *droit de créance*, par rapport au sujet actif, se nomme *obligation* ou dette, si on l'envisage du côté du sujet passif.

B - Importance du droit des obligations

L'importance *pratique* de la matière est évidente. La théorie des obligations est *la mise en œuvre juridique des rapports économiques entre les hommes* : des échanges de richesses et de services qui sont nécessaires à leur existence. C'est pourquoi, quantitativement, les règles des obligations sont celles dont l'application est la plus fréquente. Quotidiennement, nous sommes confrontés au droit des obligations. La vie de tous les jours est tissée de contrats, source principale d'obligations : prendre un taxi, acheter un journal, louer un appartement... tout cela, c'est conclure un contrat, c'est contracter.

Sur le plan *théorique*, *le droit des obligations domine tout le droit*. C'est à propos des obligations que sont édictés la plupart des *principes fondamentaux du droit* : ceux qui ont une portée générale et qu'il est nécessaire de connaître pour comprendre les autres matières. Ces principes ne dominent pas seulement tout le droit civil, mais aussi l'ensemble du *droit privé* et, particulièrement, le droit commercial. Exemples : La S.A. est un contrat entre sept personnes au minimum, le chèque est un contrat entre deux personnes. Il en est de même pour le droit des assurances à travers le contrat d'assurance, le droit du travail à travers les relations contractuelles du travail : contrat du travail et conventions collectives du travail.

En *droit public*, pendant longtemps, le droit administratif des obligations s'est directement inspiré du droit civil, particulièrement dans le régime des contrats administratifs et celui de la responsabilité de la Puissance publique.

C - Classifications des obligations

Les obligations peuvent être classées soit d'après leur objet, soit d'après leur source.

1) Classifications fondées sur l'objet de l'obligation

Envisagée sous l'angle de son objet, on peut classer l'obligation de deux manières :

- **Obligations de donner, de faire ou de ne pas faire**

L'objet de l'obligation désigne *ce à quoi le débiteur est tenu envers le créancier*. Cet objet peut consister à donner, à faire ou à ne pas faire.

- **Obligation de donner**

L'obligation de donner est celle de *transférer la propriété*. Peu importe que ce soit à titre gratuit (contrat de donation) ou à titre onéreux (contrat de vente).

- **Obligation de faire ou obligation de ne pas faire**

L'obligation de faire est celle qui astreint le débiteur à un *fait positif* ou prestation, autre qu'une dation (obligation de donner) : exécuter un travail, vendre un service. Exemples : l'obligation d'effectuer un transport, de construire ou réparer un immeuble.

L'obligation de ne pas faire est celle en vertu de laquelle le débiteur est tenu de *s'abstenir* de certains actes. Ainsi, dans une vente de fonds de commerce, le vendeur s'engage toujours à ne pas réinstaller un commerce similaire dans un rayon déterminé : c'est une « *obligation de non-concurrence* » envers l'acheteur.

- **Obligation de résultat ou obligation de moyens**

Dans l'*obligation de résultat*, le débiteur est tenu d'atteindre *un résultat précis*. Ainsi, le transporteur, en tant que débiteur de l'obligation de transport, s'engage à ramener à destination le voyageur sain et sauf.

Dans l'*obligation de moyens*, le débiteur n'est tenu que d'employer les meilleurs *moyens* possibles avec le maximum de *prudence* et de *diligence* en vue d'obtenir tel résultat,

mais *sans* pouvoir *le garantir*. Ainsi, le médecin ne s'engage pas à guérir son malade, mais à « *faire son possible* » pour y réussir, il est simplement tenu de mettre toute la prudence et la diligence possibles pour atteindre ce résultat.

L'*intérêt* essentiel de la distinction se manifeste à propos des conditions de la responsabilité éventuelle du débiteur.

Lorsque celui-ci est tenu d'une **obligation de résultat**, il est *a priori* responsable dès que ce résultat n'est pas atteint, car ce seul fait établit l'inexécution de son obligation. Il ne peut échapper à cette responsabilité qu'en *prouvant* que l'inexécution ne lui est pas imputable, mais provient d'un cas de force majeure. Telle sera la situation du transporteur qui n'a pas livré l'objet à lui confié ou l'a livré avec retard à cause d'une catastrophe naturelle par exemple.

Le débiteur d'une **obligation de moyens** n'est, au contraire, *responsable qu'autant qu'il n'a pas agi avec toute la diligence requise*, ce que le créancier -le malade- devra *prouver*. Le malade non guéri n'obtiendra pas de dommages et intérêts de ce seul fait, mais à la condition seulement de prouver la mauvaise qualité des soins reçus.

Ainsi, la *faute* du débiteur est *présumée* dans le premier cas, alors qu'elle doit être *prouvée* dans le second.

2) Classifications fondées sur la source de l'obligation

Une **doctrine classique** distingue cinq sources d'obligations : le contrat, le quasi-contrat, le délit, le quasi-délit et la loi.

Il faut connaître cette classification puisque le C.O.C. s'en est inspiré. Ainsi, l'article 1 du C.O.C. dispose que « *Les obligations dérivent des conventions et autres déclarations de volontés, des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits* ».

* **Le contrat et autres déclarations de volontés**

L'**acte juridique** est défini comme étant une manifestation de volonté destinée à produire des effets juridiques, à créer des droits et obligations à caractère économique.

Cette manifestation de volonté peut être, parfois, **unilatérale** ; l'acte juridique unilatéral étant l'œuvre délibérée provenant de la volonté d'une personne isolée et pouvant créer des droits au profit d'autres personnes (exemples : promesse de récompense (articles 19 à 21 du C.O.C.), offre de contrat assortie d'un délai pour l'acceptation (article 33 du C.O.C.), testament (C.S.P.)). Mais le plus souvent, l'acte juridique, source de droits et d'obligations,

est le fruit de la rencontre de deux volontés. Il est, dans ce cas, un acte juridique *bilatéral* constituant une convention, un contrat.

Le **contrat** est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes en vue de créer, transformer ou céder une obligation.

On utilise aussi le terme de **convention** qui est plus large puisqu'il désigne tout accord de volontés même s'il éteint une obligation. Exemple : la remise de dette, qui tend à éteindre une obligation préexistante, est une convention non un contrat.

* *Le quasi-contrat*

C'est un fait *volontaire* et *licite*, source de droits et obligations. Par définition, le fait n'a pas été accompli en vue de produire l'obligation, la loi y attache cette conséquence. Exemple : celui qui constate que la maison de son voisin, absent, a été cambriolée et appelle un menuisier ou un serrurier pour refermer la maison afin d'éviter d'autres vols, aura droit d'exiger par la suite, de son voisin, le remboursement des frais avancés. Il s'agit ici d'une *gestion d'affaires*, source d'obligations.

* *Le délit*

C'est un fait *illicite* mais *volontaire* qui a causé un dommage à autrui. Exemple : les coups et blessures volontaires faits dans une rixe. En plus de l'infraction que ces faits constituent selon le Code pénal, l'article 82 C.O.C. oblige l'auteur de la faute volontaire de réparer le dommage de la victime.

* *Le quasi-délit*

C'est un fait *illicite* qui cause de façon *involontaire* un dommage à autrui. Exemple : la faute d'imprudence ou de négligence de l'automobiliste qui, en roulant trop vite, tue un piéton. Ce résultat n'a pas été voulu par l'automobiliste, mais il reste la conséquence de sa faute. Pour cela, l'article 83 du C.O.C. oblige l'auteur de la faute involontaire à réparer le dommage de la victime.

* *La loi*

La doctrine ajoute, comme dernière source d'obligations, la loi; car il est des cas où la loi prévoit la naissance d'une obligation qui n'a à son origine aucun des quatre cas prévus ci-dessus. C'est, par exemple, le cas de l'obligation qui pèse sur le tuteur de rendre compte de la gestion des biens de son pupille.

Cette classification classique des sources des obligations que notre législateur a reprise à son compte est aujourd'hui vivement critiquée par la doctrine. En fait, elle n'est pas tout à fait rationnelle ni utile. Par exemple, la distinction des délits et des quasi-délits n'est pas d'une grande utilité. Dans les deux cas, il s'agit de fautes ayant causé un dommage à autrui et dont la conséquence est l'obligation qui pèse sur l'auteur de réparer le dommage de la victime. L'élément volontaire, critère de la distinction, est important en matière pénale mais joue un rôle moins important en matière civile.

Pour cela, *la doctrine moderne* préfère une classification plus rationnelle, articulée sur deux notions plus larges : celles de l'acte juridique et du fait juridique.

L'**acte juridique** est toute manifestation de volonté destinée à produire des effets juridiques. Ce peut-être soit la manifestation d'une seule volonté auquel cas il s'agit d'un acte juridique unilatéral, dont l'exemple type est le testament, soit la rencontre de deux ou plusieurs volontés auquel cas il s'agit d'un acte juridique bilatéral ou plurilatéral, dont le contrat et la convention sont les aspects les plus courants.

À l'opposé de l'acte juridique, on distingue le **fait juridique** qui est soit un événement naturel soit un fait de l'homme volontaire ou non qui produisent des effets juridiques non recherchés en eux-mêmes.

Exemple de fait juridique de la première catégorie : le décès d'une personne qui ouvre la succession, de la seconde catégorie : le changement de domicile qui va substituer un tribunal à un autre comme territorialement compétent.

II - DROIT DES SÛRETÉS

De tout temps, pour assurer l'exécution des obligations, on a senti le besoin de recourir à des garanties. C'est cette idée qui incite le créancier à faire crédit. Or, les affaires ne peuvent s'épanouir qu'en encourageant le crédit, et pour les garantir, le créancier a besoin de garanties, d'où les sûretés.

On définit la sûreté comme étant une *garantie que la loi ou la convention accorde au créancier contre le risque d'insolvabilité du débiteur*. Elle résulte de l'affectation d'un bien (sûreté réelle : par exemples l'hypothèque, le gage) ou de l'engagement d'une personne (sûreté personnelle : par exemple le cautionnement) accordé pour le recouvrement de la créance.

Le premier objectif de la notion de sûretés consiste à tempérer la *fragilité du droit de créance* car le droit de créance sans garanties devient très fragile dans la mesure où il existe des risques d'insolvabilités du débiteur.

Le deuxième objectif du droit des sûretés consiste à rendre efficace le droit de créance car le droit de créance assortie de sûretés incite les contractants à croire à sa réalisation. De cette manière, le droit des sûretés tend à rendre plus réalisable les contrats et obligations. Cette concrétisation du droit de créance permet aussi de modifier dans une large mesure l'aspect abstrait de la notion d'obligation car renforcé par des modalités de paiement et de protection du crédit, le droit de créance devient un droit concret, efficace, permettant l'épanouissement des affaires en général.

Ainsi, notre étude s'articulera autour de deux titres :

Titre premier : Le contrat

Titre deuxième : Les sûretés

TITRE I

LE CONTRAT

Le contrat est l'instrument quasi-exclusif de la circulation des richesses et un des mécanismes essentiels de l'activité économique. La connaissance du droit des obligations passe surtout par celle des contrats.

Dans deux chapitres successifs, il nous faudra étudier d'abord la formation du contrat (Chapitre 1) et ensuite les effets du contrat (Chapitre 2). Mais avant de les aborder, est-il nécessaire de donner dans un chapitre préliminaire des généralités sur le contrat (chapitre préliminaire).

CHAPITRE PRELIMINAIRE

GENERALITES SUR LE CONTRAT

On examinera, dans une première section, le principe de l'autonomie de la volonté et, dans une deuxième section, la classification des contrats qui va nous permettre de percevoir la diversité de la notion de contrat.

Section 1 : Le principe de l'autonomie de la volonté

Le principe de l'autonomie de la volonté part du postulat selon lequel l'obligation contractuelle repose exclusivement sur *la volonté des parties* : la volonté tire d'elle-même sa force créatrice d'obligations. Celle-ci ne se rattache à aucune autorité extérieure quelconque.

Ce principe trouve sa source dans le libéralisme économique des penseurs du 18^{ème} siècle: l'Etat doit « *laisser faire et laisser passer* » .

Ce principe, ainsi défini, entraîne sur le plan technique trois principaux corollaires : la liberté contractuelle, le principe du consensualisme et le respect de la volonté contractuelle.

§.1 La liberté contractuelle

A - Explication de la liberté contractuelle

Partant de l'idée que les règles les meilleures sont celles qui résultent des volontés individuelles car elles sont librement négociées par des hommes libres et égaux, il en résulte que le législateur devra laisser à la volonté une grande liberté d'expression. Cette liberté se manifeste à trois points de vue :

- les parties sont libres de **contracter** ou de **ne pas contracter** ;
- ayant décidé de contracter, chaque partie est libre de **choisir** son **cocontractant** ;
- elles fixent à leur gré le **contenu du contrat**, c'est-à-dire elles déterminent elles-mêmes et librement leurs droits et leurs obligations.

Par conséquent, la plupart des lois en matière contractuelle sont des lois supplétives de la volonté des parties.

B - Les restrictions apportées à la liberté contractuelle

La liberté contractuelle n'a plus de nos jours la force qu'elle avait auparavant. Le **contrat** est devenu de plus en plus **réglementé** ; ceci soit dans un but de *protection des intérêts privés* (protection du non professionnel, du locataire par le maintien dans les lieux, du travailleur par la fixation du salaire minimum et des heures de travail...) soit afin d'assurer la *conformité* de ces intérêts privés *avec l'action de l'Etat* dans le domaine économique et social (règles sur le crédit, sur les prix, sur les investissements étrangers sur le sol national).

La décadence de la liberté contractuelle se manifeste de différentes façons :

Il arrive, d'abord, que, par souci de l'intérêt général, la loi supprime la liberté de contracter ou de ne pas contracter. Exemple : l'assurance obligatoire que la loi impose aux automobilistes (le refus de contracter une assurance constitue une infraction).

Ensuite, dans certains contrats, le choix du cocontractant fait défaut. Exemple : le droit de préemption exercée par le coindivisaire.

Enfin, la loi supprime souvent la liberté des parties quant à la détermination du contenu du contrat :

- d'un côté, les « *contrats d'adhésion* » se sont multipliés. La vie sociale est faite de rapports de force inégale où le plus faible économiquement subit la loi du plus fort lors de la confection du contrat. Exemples : le contrat de travail, le contrat d'assurance, le contrat de transport...

- d'un autre côté, on assiste aujourd'hui à une législation envahissante de la matière des contrats, caractérisée par des *dispositions impératives* ou *d'ordre public*. Par exemple, le

législateur interdit les contrats ou les clauses contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (exemple : article 62 C.O.C.). Il fixe le taux des loyers, il détermine les obligations de l'assureur, il limite la durée du travail...

§.2 Le principe du consensualisme

A - Explication du principe du consensualisme

Le contrat est formé par le seul *accord des parties*. Aucune *forme* n'est exigée pour la validité du contrat. Le seul consentement des parties suffit à former le contrat : on dit que les *contrats* sont *consensuels*.

Ce principe se vérifie dans bons nombres de contrats comme le contrat de prêt (article 1058 C.O.C.) ou le contrat de dépôt (article 1001 C.O.C.).

B - Les restrictions apportées au principe du consensualisme : le formalisme

On relève, aujourd'hui, dans la législation contemporaine, le développement d'un certain *formalisme* en raison des inconvénients du consensualisme (le consensualisme est source d'incertitude sur le contenu du contrat). Il est, dans ces conditions, utile de savoir ce qu'ont voulu exactement les parties et de conserver la *preuve* des termes du contrat. Ceci nécessite évidemment un *écrit*.

Mieux encore, il arrive que législateur se montre plus exigeant en ce sens qu'il impose l'acte écrit, pour certains contrats, comme *condition de validité du contrat* (vente immobilière, vente de fonds de commerce, vente de navire, contrat de société, contrat de donation...).

D'autres contrats sont soumis à *publicité foncière*, comme condition de leur *opposabilité aux tiers* notamment les contrats translatifs de propriété immobilière.

Ces exigences légales sont de nature à faire reculer le principe du consensualisme, l'une des conséquences de la théorie de l'autonomie de la volonté.

§.3 Le respect de la volonté contractuelle

A - Explication

L'autonomie de la volonté commande, en premier lieu, **le principe de la force obligatoire du contrat**.

Ce principe signifie, d'abord, que le contrat doit être *respecté* par les **parties** puisqu'elles l'ont voulu et il doit être *exécuté* tel quel puisqu'elles l'ont librement débattu. L'article 242 al. 1 du C.O.C. pose le principe dans la formule suivante: « *Les obligations contractuelles valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

Dès lors, **c'est la volonté commune** des contractants qui peut **rompre** le contrat ou le **modifier** (elles seules peuvent défaire ce qu'elles ont voulu). **Le débiteur ne peut de par sa volonté unilatérale révoquer le contrat ou le modifier**. C'est la conséquence que dégage le même article dans son al. 2 : « *Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou dans les cas prévus par la loi* ».

Le principe de la force obligatoire du contrat signifie, ensuite, que le **juge** ne peut **modifier** le contrat ; le **législateur** ne peut l'*altérer* : ils doivent respecter les contrats issus de la volonté des parties.

L'autonomie de la volonté commande, en second lieu, **le principe de l'effet relatif du contrat**. Le contrat, ne liant que les **parties**, ne produit pas d'effets à l'égard des **tiers**. Ainsi, en principe, il ne *profite* ni ne *nuit* aux tiers, c'est-à-dire que le contrat ne peut les rendre créanciers ou débiteurs (article 240 du C.O.C.).

S'il est vrai que la volonté est « *le principe moteur* » de l'obligation, elle ne peut l'être que pour ceux-là mêmes qui l'ont manifestée. Ceux qui ont été étrangers à la conclusion du contrat le sont pareillement à ses effets.

B - Les restrictions

1 - Les atteintes à la force obligatoire du contrat

Par application de l'article 242 al. 2 du C.O.C., des raisons d'*intérêt général, économique ou social*, conduisent fréquemment le législateur :

soit à *réviser* directement et d'autorité les *contrats en cours*. Exemples : la loi de 1976 et la loi du 25 mai 1977 régissant les baux commerciaux : révision du taux des loyers (article 815 du C.O.C.) ;

- soit à reconnaître à l'une des parties la *faculté de mettre fin* au contrat de façon *unilatérale* et ce avant le terme prévu par les parties (l'article 242 *in fine* du C.O.C.). Tel est le cas de certains *contrats successifs à durée déterminée* lorsque la confiance qu'ils impliquent a disparu. Exemples : le prêt (article 1067 du C.O.C.) ; le mandat (article 1157 du C.O.C.).

soit à reconnaître à l'une des parties la faculté d'imposer à l'autre le *maintien* de la situation contractuelle *au-delà du terme fixé* (exemple : le droit des locataires au « *maintien dans les lieux* » pour les baux d'immeubles à usage d'habitation).

Ces exceptions portent atteinte au *principe de la force obligatoire du contrat*.

2 - Les atteintes de l'effet relatif du contrat

Le principe de l'autonomie de la volonté limite aux *parties*, qui ont conclu le contrat par elles-mêmes, les effets obligatoires du contrat. Chaque individu, en effet, ne peut obliger que lui-même.

Cependant, le développement de la *stipulation pour autrui* a réduit de façon sensible la portée du principe de l'effet relatif du contrat. L'exemple type de la stipulation pour autrui est l'assurance sur la vie au profit d'un tiers : une personne contracte avec une compagnie d'assurances, à qui elle paiera des primes, moyennant quoi il est convenu que, lors du décès de la première, la seconde versera une certaine somme à un tiers. Par exemple, un mari s'assure ainsi au profit de sa femme.

La conclusion de *contrats collectifs*, surtout dans les relations de travail, leur application à d'autres que les membres des groupements signataires et leur extension à tout ou partie de la profession concernée ont, également, battu en brèche cet effet relatif.

Ainsi, doit-on constater que les développements contemporains ont étendu les conséquences proprement juridiques des contrats à l'égard des *tiers*.

Les atteintes qui ont été portées à l'autonomie de la volonté, et dont les principales ont été ci-dessus relevées, demeurent limitées. La liberté contractuelle a été certes restreinte, la force obligatoire du contrat a été certes altérée. Mais l'une et l'autre ne l'ont été que par voie d'*exceptions* à des principes généraux qui, eux, ont été maintenus et qui, comme tels, restent applicables partout où il n'y a pas été dérogé. L'autonomie de la volonté n'est plus absolue, elle demeure, pourtant, la règle.

SECTION 2 : LES CLASSIFICATIONS DES CONTRATS

Sous une notion unique, il existe une infinie variété de contrats, ce qui amène à faire des classifications.

§.1 Classification selon le type de contrat

A - Contrat nommé et contrat innomé

Le *contrat nommé* est celui qui est prévu et réglementé par la loi, laquelle en détermine les conditions et les effets. Exemples : le contrat de vente (C.O.C.), le contrat de société (Code de commerce), le contrat de leasing (loi du 26 juillet 1994)...

Le *contrat innomé* est celui qui ne fait l'objet d'aucune réglementation légale particulière, bien qu'il existe dans la pratique. Il est qualifié innomé parce que la loi ne l'a pas prévu, même si la pratique lui a donné un nom. Exemples : le contrat de déménagement, le contrat d'hôtellerie, le contrat de leasing avant 1994...

N'étant pas soumis à une réglementation particulière (spéciale) prévue par le législateur, le contrat innomé demeure régi par les règles générales des obligations (le contrat innomé est un contrat). Et c'est la volonté des parties qui doit en aménager entièrement les conditions et les effets.

B - Contrat principal et contrat accessoire

Le *contrat principal* est celui qui, par lui-même et indépendamment de tout autre contrat, permet d'atteindre le résultat escompté par les parties. Exemples : contrat de vente, contrat de location, contrat de prêt...

Le *contrat accessoire* suppose l'existence d'un autre contrat qu'il complète. Ainsi en est-il du contrat conférant une sûreté au créancier : le contrat d'hypothèque, par exemple, garanti un contrat de prêt, contrat principal. Le contrat d'hypothèque est l'accessoire de l'obligation garantie : le contrat de prêt.

La disparition (nullité, résolution) du contrat principal entraîne celle du contrat accessoire. L'accessoire suit le principal.

§.2 Classification selon l'objet (contenu) du contrat

A - Contrat synallagmatique et contrat unilatéral

Le *contrat synallagmatique* est celui qui fait naître, à la charge des parties, des *obligations réciproques*. Chaque partie est à la fois créancière et débitrice de l'autre, il y a un enchevêtrement des rapports obligatoires.

La plupart des contrats sont synallagmatiques : dans la vente, le vendeur est obligé de livrer la chose vendue, l'acheteur est tenu de payer le prix ; dans la location, le bailleur est obligé de procurer au preneur la jouissance de la chose louée, le preneur est tenu de payer le loyer.

Le *contrat unilatéral* est celui qui ne fait naître d'obligations qu'à la charge de l'une des parties. L'exemple type est la donation, acte à titre gratuit par lequel les parties conviennent que l'une, le donataire, recevra de l'autre, le donateur, un avantage sans contrepartie.

On peut également citer l'exemple des contrats, dits de restitution, comme le prêt ou le dépôt, où l'emprunteur ou le dépositaire assument seuls une obligation : restituer, au terme fixé, ce qu'ils ont reçu.

Il ne faut pas confondre contrat unilatéral et *acte unilatéral*. Le premier reste un accord de volontés, bien qu'une seule des parties soit obligée. L'acte unilatéral, en revanche, n'émane que d'une volonté unique. Exemple : le testament où la volonté du bénéficiaire n'a pas à intervenir.

L'intérêt de la distinction entre le contrat synallagmatique et le contrat unilatéral est de souligner que les obligations réciproques, nées du contrat synallagmatique, ne sont pas seulement juxtaposées, mais aussi interdépendantes, en ce sens que, pour chacune des parties, la créance dont elle bénéficie et la dette dont elle est tenue sont indissociables. A cette interdépendance, se rattachent trois règles :

- *L'exception d'inexécution* : l'une des parties peut refuser d'exécuter son obligation tant que son cocontractant n'offre pas d'exécuter la sienne.
- *La résolution du contrat* : la partie qui, n'ayant pas reçu la prestation à laquelle elle avait droit, a fourni celle qu'elle devrait, peut en obtenir restitution : le vendeur non payé peut reprendre la chose qu'il avait livrée (c'est l'anéantissement rétroactif du contrat).

- *La théorie des risques* : un événement de force majeure, libérant l'un des contractants de sa dette, fait tomber du même coup sa créance. Exemple : le bailleur d'un immeuble qui a brûlé en cours de bail ne peut plus en réclamer le loyer.

Cependant, l'opposition entre les deux types de contrat n'est pas aussi absolue qu'on a tendance à le croire. En effet, par une clause particulière, les parties peuvent rendre synallagmatique un contrat qui est normalement unilatéral. Exemple : si un salaire est convenu au profit d'un dépositaire, le dépôt devient synallagmatique, puisqu'une obligation pèse alors sur le déposant.

B - Contrat à titre gratuit et contrat à titre onéreux

Le ***contrat à titre gratuit*** est celui où l'un des contractants entend procurer à l'autre un avantage *sans contrepartie*. L'exemple le plus typique en est donné par la donation où le donateur s'appauvrit volontairement pour que le donataire s'enrichisse (article 200 al.1 CSP).

Le ***contrat à titre onéreux*** est celui où chacune des parties *reçoit quelque chose de l'autre*, n'entendant fournir une prestation qu'en échange d'un avantage qu'elle considère comme équivalent. Exemples : la vente, l'échange, le louage..

Le contrat synallagmatique, par la réciprocité des obligations qu'il engendre, est normalement à titre onéreux. L'inverse est inexact : un contrat unilatéral peut être à titre onéreux. Exemple : le prêt à intérêts où l'emprunteur assume seul des obligations -payer les intérêts et rembourser le capital- mais d'où le prêteur tire néanmoins un avantage.

Deux intérêts, au moins s'attachent à la distinction :

- en matière de *responsabilité*, celle du contractant qui s'est obligé à titre gratuit est beaucoup moins lourde que celle du contractant qui s'est engagé à titre onéreux. Ainsi, le donateur n'est pas tenu, comme le vendeur, à la garantie des vices cachés ;
- *l'erreur sur la personne* de l'article 46 C.O.C. est généralement privée d'effets dans les contrats à titre onéreux. Peu importe avec qui on fait une affaire, pourvu qu'elle soit avantageuse. Au contraire, on ne fait pas de libéralités à n'importe qui et l'on a le droit d'en choisir le bénéficiaire.

C - Contrat commutatif et contrat aléatoire

C'est une subdivision des seuls contrats à titre onéreux.

Le *contrat* est *commutatif* lorsque les prestations mises à la charge des parties sont définitivement déterminées, dès le moment où il est conclu, aussi bien dans leur existence que dans leur étendue. Exemple : une vente moyennant un prix fixé.

Le *contrat* est *aléatoire* lorsque la prestation de l'une des parties dépend, dans son existence ou dans son étendue, d'un *événement incertain* : chacun des contractants court une chance de gain et un risque de perte :

- sur *l'existence*, par exemple, lorsqu'il s'agit d'une assurance contre l'incendie : l'assureur ne doit rien si les biens assurés ne brûlent pas ;
- sur *l'étendue*, par exemple, dans le cas de vente d'un immeuble moyennant une rente viagère où l'acheteur paiera suivant le temps que vivra le vendeur.

L'intérêt de la distinction se limite au fait que les contrats qui sont normalement annulables pour lésion ne le sont pas lorsqu'ils sont aléatoires. Ce caractère empêche d'apprécier si les prestations sont équivalentes ou non : l'aléa, dit-on, exclut la lésion.

§.3 Classification selon le mode de formation du contrat

A - Contrat consensuel, contrat solennel, contrat réel

Le *contrat consensuel* est celui qui se conclut par la simple manifestation d'un accord de volontés, sans qu'aucune condition de forme soit imposée. Telles est la règle qui découle du principe de l'autonomie de la volonté (principe du consensualisme). Exemple : la vente (article 580 C.O.C.).

Les *contrats non consensuels* - ou *formalistes* - sont ceux dont, par exception, la formation requiert, outre l'expression du consentement, l'accomplissement d'une formalité déterminée.

Certains d'entre eux sont dits *solennels* : la formalité généralement exigée est la rédaction d'un écrit qui peut-être un acte authentique (exemples : le contrat de mariage, la donation) ou sous signatures privées (exemples : le contrat d'assurance, le bail rural). Ces formes solennelles ne sont exigées que pour des actes importants afin de protéger les parties ou les tiers.

D'autres sont dits *réels*, parce qu'ils ne sont formés que par la remise de la chose qui en est l'objet. C'est de là que naît l'obligation de l'autre partie, qui est normalement une obligation de restitution. Exemples : le prêt, le dépôt, le gage, le transport de marchandises.

B - Contrat intuitu personae, contrat d'adhésion, contrat négocié

Un ***contrat*** est marqué d'***intuitu personae*** lorsque la personnalité du cocontractant revêt une importance particulière, en considération soit des rapports de confiance que le contrat suppose entre les parties, soit des qualités personnelles de l'une d'elles. Exemples : la donation, le mariage. Ainsi, dans ce genre de contrats, l'erreur sur la personne est une cause de nullité.

Le ***contrat négocié*** est celui qui fait l'objet d'une négociation entre les parties, tandis que le ***contrat d'adhésion*** est proposé par l'un des contractants à l'autre, qui ne peut en discuter le contenu et dont le rôle se borne à adhérer, ou non, au projet qui lui est présenté. Exemples : contrat d'assurance, de transport par chemin de fer, de gaz, d'eau, d'électricité...

Dans ce contrat, le poids des contractants ne s'équilibre pas, ce qui justifie l'intervention du législateur, voir même du juge, pour protéger le plus faible des deux.

§.4 Classification selon le mode d'exécution du contrat : le contrat à exécution instantanée et le contrat à exécution successive

Cette distinction tend à rendre compte du facteur temps dans l'*exécution* du contrat.

Le ***contrat*** est à ***exécution instantanée*** lorsque les prestations incombant aux parties sont susceptibles d'être accomplies en un trait de temps. Par abréviation, on dit souvent : *contrat instantané*. Exemple : une vente au comptant.

Le ***contrat*** est à ***exécution successive*** lorsque l'accomplissement des prestations des parties s'échelonne dans le temps. Par abréviation, on dit souvent : *contrat successif*. Ont ce caractère le contrat de location, le contrat de travail, le contrat d'assurance...

L'intérêt majeur de cette distinction est que la disparition de ces deux sortes de contrats ne produit pas les mêmes effets. Pour le contrat instantané, elle est rétroactive, c'est-à-dire que le contrat disparaît pour le passé et dans l'avenir : on procède à la restitution des prestations fournies. On parle alors de *résolution* du contrat.

Cette rétroactivité ne peut pas jouer pour le contrat successif : on ne peut pas rendre son loyer à un locataire qui a occupé l'immeuble, reprendre son salaire à un salarié qui a travaillé. En fait, la disparition d'un tel contrat n'y met fin que pour l'avenir, elle n'a pas d'effet rétroactif. On parle, dans ce cas, de *résiliation* du contrat.

CHAPITRE PREMIER

LA FORMATION DU CONTRAT

Pour qu'un contrat soit valable, il faut qu'il remplisse un certain nombre de conditions qui seront les conditions de formation du contrat (section 1).

Constitue une *condition de formation du contrat* celle dont *l'absence et l'irrégularité sont sanctionnées par la nullité*. On verra donc, dans une section deuxième, les sanctions des conditions de formation du contrat (section 2).

SECTION 1 : LES CONDITIONS DE FORMATION DU CONTRAT

L'article 2 du C.O.C. prévoit *quatre conditions* essentielles pour la *validité* d'un contrat : la *capacité* de s'obliger ; le *consentement* de la partie qui s'oblige ; un *objet* certain qui forme la matière de l'obligation ; une *cause* licite de s'obliger.

§.1 La capacité

Bien que l'article 2 du C.O.C. indique positivement la capacité comme nécessaire à la formation du contrat, il s'agit, en réalité, d'une condition négative : *l'absence d'incapacité*. La capacité est, en effet, la règle ; l'incapacité est l'exception. Il faut donc un texte particulier (dérogatoire) pour déclarer une personne incapable. C'est ce qu'indique l'article 3 du même code aux termes duquel « *Toute personne est capable d'obliger et de s'obliger si elle n'en est déclarée incapable par la loi* ».

La capacité est *l'aptitude d'une personne à être sujets de droits ou d'obligations et à les exercer*. On distingue l'incapacité de jouissance et l'incapacité d'exercice.

Il y a *incapacité de jouissance* lorsqu'une personne est privée du droit *d'accomplir un acte juridique*. L'incapable ne peut pas le faire lui-même, et non plus par le biais de la représentation ou de l'assistance. Exemple: l'article 566 du C.O.C. interdit au juge et à l'avocat de se rendre acquéreur des biens litigieux.

Dans *l'incapacité d'exercice*, beaucoup plus fréquente, celui qui en est frappé a les mêmes droits que tout autre individu ; mais il *ne peut pas les exercer lui-même*,

il devra être soit *représenté*, soit *assisté* par autrui (ce qui est interdit, ce n'est pas de contracter une obligation mais de la contracter sans être représenté ou assisté par un tiers).

L'*incapacité d'exercice* frappe, à raison de leur âge, les **mineurs non émancipés**, et, à raison de l'altération de leurs facultés mentales, les majeures protégés ou **incapables majeurs**. Ainsi, les incapacités d'exercice sont des *mesures de protection* édictées en faveur de l'incapable. Celui-ci n'a pas l'expérience ou les qualités voulues pour défendre ses intérêts ou pour les défendre seul.

A ce titre, l'*incapacité de jouissance* est toujours *spéciale* dans la mesure où elle ne concerne que *certaines droits* (exemples : droit au vote ou droit d'exercer certaines professions telles que celles d'avocat, de médecin, de directeur ou d'employé dans un établissement d'éducation pour les personnes ayant commis certaines infractions comme le faux ou la corruption : article 5 du C.P.) ou *obligations bien déterminées* (exemple de l'article 566 du C.O.C.). Au contraire, l'*incapacité d'exercice* est le plus souvent *générale* (exemple : la majeure partie des actes du mineur).

Ce qui nous intéresse, dans ce cadre, c'est l'*incapacité d'exercice* prévue, par le législateur, dans les articles 3 à 17 du C.O.C. D'après ces articles, la protection du mineur non émancipé ou de l'incapable majeur se situe à deux stades : au moment de la conclusion de l'acte juridique et après que l'acte se trouve passé.

A - La protection des incapables lors de l'exercice des actes juridiques

Les articles 5 et 6 du C.O.C. distinguent les personnes atteintes d'une *incapacité absolue* et les personnes atteintes d'une *incapacité limitée*.

1) Les personnes atteintes d'une incapacité absolue

D'après l'article 5, ce sont :

- les **mineurs jusqu'à l'âge de 13 ans révolus** : pour notre législateur, l'enfant qui n'a pas atteint l'âge de 13 ans accomplis est dépourvu de discernement, au-delà, il est pourvu de discernement : article 156 du C.S.P. ;
- les **majeurs atteints d'aliénation mentale** qui les prive complètement de leurs facultés. On les appelle aussi les *déments* : ceux qui ont perdu la raison, en sachant que la démence peut-être continue ou coupée d'intervalles de lucidité : article 160

du C.S.P. Leur interdiction est subordonnée à un *jugement* après avis des experts en la matière ;

- les **personnes morales** que la loi assimile aux mineurs.

Ces personnes sont *absolument incapables de contracter par elles-mêmes*. Elles doivent être **représentées**. Un *représentant* leur est désigné pour contracter en *leur nom* et pour *leur compte*.

La **représentation** est *l'opération par laquelle une personne dénommée représentant accomplit des actes juridiques au nom et pour le compte d'une autre personne appelée représentée*. Juridiquement, c'est le représenté qui est partie au contrat (les effets du contrat se produisent dans sa personne), bien qu'il n'ait pas participé matériellement à sa confection. Le représentant, ne jouant que le rôle d'intermédiaire, n'est pas personnellement partie à l'acte, il n'en subit pas les effets.

La représentation peut être, soit d'origine *contractuelle* (exemple : le contrat de mandat), soit d'origine *judiciaire* (exemple : en cas de désaccord entre associés, le juge peut nommer un administrateur provisoire qui se charge de représenter la société auprès des tiers), soit enfin d'origine *légale* autrement dit, elle trouve son origine dans la loi (l'article 5 précité). Ainsi, il découle, par exemple, des articles 154 et 155 du C.S.P. que le père est le *tuteur légal* de ses enfants mineurs, et qu'en cas de décès ou d'incapacité de ce dernier, c'est la mère qui devient tutrice légale.

Plus généralement, tous les actes passés par le représentant de l'incapable sont considérés comme des actes émanant d'une personne capable. À ce niveau, il est utile d'apporter quelques précisions :

- pour les **actes d'administration**, la *représentation* du mineur est *nécessaire* mais *sans* besoin d'*autorisation spéciale du juge compétent*.

Les actes d'administration sont des *actes qui n'engagent pas le patrimoine d'une personne*, mais qui sont une *opération de gestion* de ce patrimoine. Exemples : contrat d'assurance, contrat d'entretien ou de réparation d'un bien, etc...

- pour les **actes de disposition**, il faut non seulement une *représentation* du mineur mais en plus une *autorisation spéciale du juge compétent*.

D'après l'article 15 du C.O.C., les actes de disposition sont des *actes graves qui engagent le patrimoine d'une personne en l'augmentant ou en le diminuant*. Exemples : la vente, l'échange, la location supérieure à 3 ans, la constitution de nantissement (gage ou hypothèque), etc...

- pour les *actes qui enrichissent le patrimoine du mineur* (exemple : une donation faite pour le mineur), la *représentation* du mineur est *nécessaire* mais *sans* besoin d'*autorisation spéciale du juge compétent*.

- pour les *actes de pure libéralité*, le *représentant ne peut les contracter* même avec l'autorisation du juge, à peine de *nullité absolue* (article 16 C.O.C.).

Les actes de pure libéralité sont *ceux qui ne comportent aucune contrepartie pour le patrimoine de l'incapable*, ils sont donc très graves parce qu'ils appauvrissent son patrimoine. Exemple : une donation faite par le mineur.

2) *Les personnes atteintes d'une incapacité limitée*

D'après l'article 6, ce sont :

- les *mineures âgés de plus de 13 ans révolus jusqu'à l'âge de 20 ans révolus* (âge de la majorité civile) ou les *mineurs non émancipés* ;
- les *faibles d'esprit* : ce sont ceux qui ne jouissent pas de la plénitude de leur conscience, qui conduisent mal leurs affaires, ne connaissent pas les transactions courantes et sont lésés dans leurs actes d'achat et de vente : article 160 al.2 du C.S.P. ;
- les *prodigues* : ce sont ceux qui ne gèrent pas convenablement leurs biens, s'y livrent à des prodigalités : article 164 du CSP.

L'interdiction du prodigue et du faible d'esprit est subordonnée à un *jugement* après avis des experts en la matière.

Toutes ces personnes peuvent contracter par elles mêmes, mais elles doivent auparavant avoir l'*autorisation du tuteur ou du conseil judiciaire* et, des fois, l'*autorisation du juge compétent*. On dit qu'elles doivent être *assistées*.

La notion d'assistance marque le critère de différence entre l'incapacité limitée et l'incapacité absolue. Les incapables atteints d'une incapacité absolue sont *représentés* alors que les incapables atteints d'une incapacité limitée sont *assistés*.

Quels sont les actes que l'incapable est autorisé à accomplir seul ou avec assistance (autorisation) ?

Pour répondre à cette question, il y a des distinctions à faire (article 156 du CSP) :

- pour les *actes d'administration*, l'incapable peut les accomplir seul, mais il lui faut l'*assistance du tuteur ou du conseil judiciaire* ;

- pour les *actes de disposition*, l'incapable peut les accomplir seul, mais il lui faut non seulement l'*assistance de son tuteur ou de son conseil judiciaire* mais aussi l'*autorisation du juge* (article 15 du C.O.C.) ;
- pour les *actes qui enrichissent l'incapable*, ce dernier peut les accomplir seul, *sans* besoin d'*autorisation de son tuteur ou de son conseil judiciaire* (article 9 du C.O.C.) ;
- pour les *actes du pure libéralité*, ils sont *totalelement interdits*, à peine de *nullité absolue*, même avec l'autorisation du tuteur ou du conseil judiciaire.

Cependant, toutes les règles qu'on vient d'analyser ne s'appliquent pas au **mineur émancipé**.

L'**émancipation** est *l'acte juridique par lequel un mineur acquiert la pleine capacité d'exercice* et se trouve de ce fait *assimilé à un majeur*.

L'émancipation est *légale* lorsqu'elle est accordée directement par la *loi* (par exemple, le mariage émancipe de plein droit) ; elle est *volontaire* lorsqu'elle résulte d'une *manifestation de volonté* des détenteurs de l'autorité parentale et de l'intéressé ; elle est *judiciaire* lorsqu'elle résulte d'une décision du *juge des mineurs*.

L'émancipation est réglementée dans les articles 153,158 et 159 du CSP. En effet, l'article 158 du CSP dispose que « *Le juge pourra accorder à l'enfant une émancipation restreinte ou absolue, comme il pourra la lui retirer en cas de besoin. Les actes accomplis par l'enfant dans les limites fixées par l'acte d'émancipation seront valables* ». Cependant, ajoute l'article 159 du CSP, « *l'enfant ne pourra être émancipé avant l'âge de 15 ans révolus* ».

Quant à l'article 153 du CSP, il distingue entre le mineur marié et le mineur non marié.

En ce qui concerne le *mineur marié*, l'article 153 al. 2 affirme que « *Le mineur devient majeur par le mariage s'il dépasse l'âge de 17 ans et ce, quant à son statut personnel et à la gestion de ses affaires civiles et commerciales* ». Ainsi, le mineur devient émancipé par l'effet du mariage (émancipation légale).

En ce qui concerne le *mineur non marié*, il faut revenir à l'article 6 du Code de commerce qui dispose « *Tout mineur, de l'un et de l'autre sexe, âgé de 18 ans accomplis, ne pourra exercer le commerce ou être réputé majeur quant aux engagements par lui consentis pour faits de commerce, s'il n'a pas obtenu l'émancipation absolue* ». Selon cet article, pour que le mineur puisse jouir de la *capacité commerciale*, il faut qu'il soit âgé de 18 ans révolus, d'une part, et que,

d'autre part, il ait fait l'objet d'une *émancipation absolue* par application de l'article 158 du CSP.

Il faut remarquer, toutefois, qu'il n'y a pas de contradiction entre les articles 153, 158 et 159 du CSP et l'article 6 du Code de commerce dans la mesure où les articles 153, 158 et 159 sont relatifs à l'émancipation du mineur d'une manière générale alors que l'article 6 du Code de commerce est relatif à l'émancipation du mineur autorisé à exercer le commerce.

B - La protection des incapables pour les actes juridiques passés

Les actes passés par un mineur ou un incapable majeur peuvent être remis en question suivant deux techniques : la *rescision* pour *lésion* et la *nullité*.

1) La rescision pour lésion

La *rescision* est une *annulation du contrat pour cause de lésion*. La *lésion* est un *déséquilibre de nature pécuniaire entre les prestations des parties au contrat*¹. L'une des parties ne retire pas des avantages équivalents à la prestation qu'elle fournit, elle a reçu moins qu'elle n'a donné, il y a donc appauvrissement de son patrimoine. Le mineur ou l'incapable, victime d'une lésion, peut demander la rescision, alors même qu'*il aurait contracté avec l'assistance de son tuteur ou conseil judiciaire*, à condition que la *différence entre les deux prestations, c'est-à-dire entre le prix porté au contrat et la valeur effective de la chose, dépasse le tiers* (article 61 du C.O.C.). Exemple : la valeur de la chose est de 15 millions, mais le contrat a été conclu à 9 millions, la lésion est alors au delà du tiers qui est de 5 millions.

2) La nullité pour incapacité

La protection du mineur ou de l'incapable se fait, en *principe*, par la nullité de protection, c'est-à-dire la *nullité relative*. Mais, dans certains *cas particuliers*, elle peut se faire par la *nullité absolue*.

a - L'hypothèse générale : la nullité relative

D'après l'article 8 du C.O.C., les **actes d'administration** passés par le *mineur au-dessus de 13 ans* et les *incapables majeures* (prodigues et faibles d'esprit) *sans*

¹ Sur la lésion, v. infra, p. 49.

l'autorisation de leur père, tuteur ou conseil judiciaire sont sanctionnés par la nullité relative. En effet :

- concernant le *mineur au-dessus de 13 ans et non émancipé*, les actes d'administration accomplis sans autorisation *pendant la minorité* sont nuls d'une nullité relative. Ceux accomplis *après la majorité* ou *après le jugement d'émancipation* sont valables ;

- concernant les *prodigues* et les *faibles d'esprit*, leur incapacité intervient à une date précise : le *jugement d'interdiction*. En effet, pour le *faible d'esprit*, d'après l'article 163 du CSP, les actes accomplis *avant le jugement d'interdiction* sont valables, mais sujets à *annulation si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits*. Par conséquent, les actes passés *après le jugement d'interdiction sans autorisation* du conseil judiciaire sont *annulables* par application de l'article 8 du C.O.C..

Quant au *prodigue*, d'après l'article 165 du CSP, les actes accomplis *avant le jugement d'interdiction* sont valables et non sujets à annulation. Mais, comme pour le faible d'esprit, la validité des actes accomplis *après le jugement* sera subordonnée à *l'autorisation du tuteur*. À défaut de cette autorisation, ils seront *annulables* par application de l'article 8 du C.O.C..

Pour les **actes de disposition** passés par le *mineur au-dessus de 13 ans et non émancipé* et les *incapables majeurs avec autorisation du père, tuteur ou conseil judiciaire*, mais *sans l'autorisation du juge* sont aussi sanctionnés par la nullité relative par application de l'article 15 du C.O.C..

Quelles sont les personnes recevables à demander l'annulation ? Concernant le *mineur au-dessus de 13 ans*, il s'agit du *tuteur* pendant la *durée de la minorité* ou du *mineur* lui-même dans un *délai d'un an du jour de sa majorité* (article 10 du C.O.C.).

Concernant l'*incapable majeur*, c'est soit ce dernier *après le recouvrement de sa capacité*, soit par l'intermédiaire de son *conseil pendant la durée de son incapacité*.

Dans les deux cas, le *cocontractant* ne peut demander l'annulation. S'agissant, en effet, d'une nullité relative, de protection, seule la personne que la loi a voulu protéger peut l'invoquer.

Cependant, comme dans toute nullité relative, les actes menacés d'annulation sont susceptibles de **confirmation**, c'est-à-dire de validation². C'est ce qu'exprime l'al. 2 de l'article 8 du C.O.C. : « *Ces obligations peuvent être validées par l'approbation donnée par le père, tuteur ou conseil judiciaire, à l'acte accompli par le mineur au-dessus de 13 ans ou l'incapable* ».

b - Les cas particuliers : la nullité absolue

C'est dans deux cas que la nullité peut-être absolue :

- d'après l'article 16 C.O.C., les **actes de pure libéralité** accomplis par un *mineur au-dessus de 13 ans* et non émancipé ou par un *prodigue* ou par un *faible d'esprit* sont nuls d'une nullité absolue, même s'ils sont autorisés par le juge ;
- sont aussi nuls d'une nullité absolue tous les actes (**d'administration, de disposition, de pure libéralité et qui enrichissent l'incapable**) accomplis par le *mineur au-dessous de 13 ans* (article 156 al.1 CSP) ou par le *dément* (article 163 CSP) que ce soit *avant ou après le jugement*.

Et comme la nullité est absolue, la *confirmation* n'est pas possible.

§.2 Le consentement

Le contrat est un accord de volontés en vue de faire naître une obligation (ou, plus généralement, et si l'on identifie contrat et convention : en vue de produire un effet de droit).

La loi exige non seulement que le consentement ait été *échangé* mais qu'il l'ait été *librement et en connaissance de cause*, faute de quoi il serait *vicié* et le contrat serait *annulable*. Une condition d'*intégrité du consentement* (B) vient ainsi s'ajouter à celle de son *existence* (A).

A - L'existence du consentement

On analyse, de façon classique, le **consentement** comme une *offre acceptée par son destinataire*. L'offre (1) et son acceptation (2) forment, ainsi, le contrat.

1) L'offre

² Sur la confirmation, v. infra, p. 67.

Au sens technique, l'offre ne s'entend pas de n'importe quelle manifestation de volonté. Elle est *la manifestation unilatérale de volonté libre, certaine, sérieuse et consciente, par laquelle une personne propose de contracter selon des conditions préalablement fixées*. Ainsi, pour être valable, l'offre de contrat doit remplir des conditions légalement déterminées (a) afin de produire des effets juridiques (b).

a) Conditions de l'offre

L'offre ne peut contribuer à la formation du contrat et engager éventuellement, en tant que telle, la responsabilité de son auteur, qu'à la condition d'être *précise, ferme, adressée à son destinataire et dépourvue d'équivoque* afin d'exprimer un véritable engagement.

(1) L'offre doit être précise

Pour être précise, l'offre doit *fixer les éléments essentiels* du contrat proposé : c'est-à-dire ceux à défaut desquels il resterait impossible de savoir quelle sorte de contrat est envisagée. Il ne s'agit pas seulement de la détermination du *type* de contrat - vente, louage, donation, mandat...- mais aussi des *conditions économiques* auxquelles l'offrant souhaite le conclure. Exemples : dans l'offre d'une vente, il faut désigner la chose vendue et son prix ; dans l'offre d'un louage de chose, il faut désigner le bien que l'on envisage de louer et faire connaître le montant du loyer auquel on est disposé à conclure le bail.

À défaut de cette précision des éléments essentiels du contrat, la proposition de contracter ne vaut que comme invitation à entrer en pourparlers (en négociations) ou comme appel d'offres³ ; son acceptation n'emporte donc pas formation du contrat.

(2) L'offre doit être ferme

³ À la différence de l'offre de contracter, l'*invitation à entrer en pourparlers* ne comporte ni fermeté, ni précision. En effet, l'invitation à entrer en pourparlers est une simple proposition qui vise seulement à instaurer une négociation d'où naîtra peut-être un contrat, mais dont les contours sont encore très imparfaitement dessinés. Il n'y a pas, à ce stade, de préfiguration de la situation contractuelle. Il n'y a qu'une volonté, sujette à revirements, de rechercher quels pourraient être les éléments d'un éventuel contrat dont la perspective apparaît assez lointaine. Les diverses prestations qui formeraient l'objet du contrat ne sont pas encore précisées ; le choix des partenaires eux-mêmes n'est pas encore fait. Il en va de même, mais à un moindre degré, des *appels d'offres*. Ce sont des propositions qui, à la différence des précédentes, n'invitent pas à une simple discussion, mais portent suggestion d'un contrat futur seulement par son genre et dont l'auteur de l'appel laisse à ses correspondants le soin de préciser davantage les contours et l'économie. En soi, l'appel d'offres reste encore une proposition assez imprécise. Il ne contient souvent d'indications que sur une partie des éléments principaux du contrat : ainsi, pour une vente, la spécification de l'objet, mais non la mention du prix. À cette double sorte de propositions dépourvues d'effets juridiques, l'offre proprement dite s'oppose par sa précision et par sa fermeté.

En principe, pour que l'offre soit ferme, elle ne doit pas être accompagnée de *réserves*. La *réserve* peut-être définie comme une *restriction apportée par le proposant à sa volonté de contracter* : restriction qui vise, suivant les cas, soit la décision même de conclure le contrat (comme le fait de proposer un contrat déterminé, tout en se réservant la possibilité d'écarter tout cocontractant qui ne conviendrait pas), soit la décision de le conclure aux conditions initialement indiquées (comme le fait d'offrir la vente de marchandises déterminées pour un certain prix, tout en se réservant la faculté de modifier ultérieurement celui-ci).

Ainsi, dès qu'une proposition comporterait des réserves, elle perdrait le caractère d'offre proprement dite, pour n'être qu'une invitation à entrer en pourparlers ou un appel d'offres.

Cependant, on ne saurait admettre cette solution de façon uniforme. En effet, lorsque la réserve est *précise*, elle n'enlève alors rien à la valeur juridique de l'offre qui est pleinement efficace dans les limites tracées par son auteur. Un commerçant, par exemple, indiquera que son offre est limitée à une quantité définie de marchandises.

Alors que si la réserve est *générale*, l'offrant se réserve la possibilité de modifier ses propositions ou de refuser de conclure le contrat sans en indiquer les motifs. Dans cette deuxième hypothèse, il ne s'agit que de simples invitations à entrer en pourparlers.

(3) L'offre doit être adressée à son destinataire

Suivant sa volonté et ses besoins, l'auteur de l'offre peut adresser celle-ci soit à une ou plusieurs *personnes déterminées*, soit au *public*, c'est-à-dire à des destinataires qu'il n'a pas individuellement désignés : des personnes indéterminées ou tout le monde en publiant, par exemple, une petite annonce dans un journal (c'est la promesse de récompense réglementée dans les articles 19 à 21 du C.O.C.). C'est alors le futur cocontractant qui se distinguera de la masse des destinataires, en exprimant son acceptation.

(4) L'offre ne doit pas être équivoque

Recherchant la formation d'un contrat, l'auteur de l'offre doit *clairement* déclarer son intention, il ne doit pas laisser planer de *doutes*. Ainsi, lorsqu'une compagnie d'assurance propose à titre de transaction, simultanément, une indemnité de 5.000 dinars par sa direction générale, et une autre de 1.000 dinars par son agent local, le destinataire ne peut choisir

d'accepter l'offre la plus avantageuse sans demander au préalable à son cocontractant de préciser sa volonté réelle.

b) Effets juridiques de l'offre

Lorsque l'offre est acceptée, le *contrat est conclu*. Mais la question se pose de savoir *si avant l'acceptation, l'offrant est libre de révoquer l'offre*.

La loi décide, en principe, que l'offre (qui n'est en soi qu'un acte juridique unilatéral) n'a pas force obligatoire par elle-même : ***l'offrant peut la rétracter*** :

- ***tant qu'elle n'a pas été acceptée*** : l'article 30 du C.O.C. dispose « *La proposition est révocable tant que le contrat n'est point parfait par l'acceptation ou le commencement d'exécution entrepris par l'autre partie* ».

- ou ***tant que l'offrant n'a pas stipulé de délai pour l'acceptation*** : l'article 27 du C.O.C. dispose « *L'offre faite à une personne présente, sans fixation de délai, est non avenue, si elle n'est pas acceptée sur le champ par l'autre partie* ».

Cette règle s'applique aux offres faites au moyen du téléphone par une personne à une autre ».

A contrario, lorsque l'offrant a stipulé un délai pour l'acceptation, il est obligé de *maintenir son offre* pendant tout le délai accordé pour l'acceptation : l'article 33 du C.O.C. dispose « *Celui qui a fait une offre en fixant un délai pour l'acceptation est engagé envers l'autre partie jusqu'à l'expiration du délai. Il est dégagé si une réponse d'acceptation ne lui parvient pas dans le délai fixé* ».

Dans tous les cas, si la rétractation de l'offre intervenait dans des conditions vexatoires (révocation de l'offre après son acceptation, révocation de l'offre avant l'expiration du délai), l'offrant engagerait sa responsabilité civile et devra, ainsi, payer des dommages-intérêts.

2) L'acceptation

C'est la seconde manifestation de volonté qui, pour qu'il y ait consentement, doit se joindre à celle, préexistante, de l'offrant.

L'acceptation se définit comme la ***réponse positive donnée par le destinataire de l'offre au pollicitant***.

Quand le destinataire de l'offre doit-il manifester son acceptation ? Comment doit se manifester son acceptation et en quelle forme pour entraîner la formation du contrat ?

a) Moment et conditions de l'acceptation

(1) Moment de l'acceptation

L'acceptation forme le contrat lorsqu'elle est exprimée à un moment où l'offre subsiste ; elle est impuissante à produire ce résultat lorsqu'elle est exprimée après révocation de l'offre ou après expiration du délai fixé pour l'acceptation.

(2) Conditions de l'acceptation

- *L'acceptation doit être pure et simple*

Il faut que le contenu de l'acceptation soit identique à celui de l'offre. De ce fait, elle peut être formulée de façon très sommaire : consister en un simple « oui ».

Si l'acceptation a été assortie de *réerves* ou si une *modification des conditions offertes* a été sollicitée par le destinataire de l'offre (un rabais par exemple), le contrat ne se forme pas : le destinataire de l'offre émet non une acceptation, mais une contre-proposition, c'est-à-dire une offre nouvelle, pour devenir à son tour pollicitant et doit, par conséquent, attendre l'acceptation de l'autre partie (l'article 31 du C.O.C. dispose « *Une réponse conditionnelle ou restrictive équivaut au refus de la proposition, accompagné d'une proposition nouvelle* »). Celle-ci se trouve alors placée, à son tour, dans la situation d'un acceptant potentiel ; mais elle peut, bien entendu, répondre elle-même par une autre contre-proposition. Ainsi se déroulent les pourparlers (négociations) qui préparent le contrat, mais ne sont pas encore le contrat.

Ce mécanisme d'offres successives, émises en forme de contre propositions, correspond à la description juridique du marchandage. Cela est assez fréquent : il est habituel que le destinataire de l'offre demande une modification des conditions -ne serait-ce que des conditions de prix- qui lui ont été proposées.

- *L'acceptation doit être libre*

L'acceptation est, en principe, *libre*. Par conséquent, la règle est qu'en général, il n'y a pas de *contrat forcé* ; nul n'est contraint d'accepter. Il s'ensuit que nul ne commet de faute à refuser d'accepter.

b) Formes de l'acceptation

L'acceptation suppose une manifestation extérieure de volonté adressée à l'offrant. Ainsi, elle peut-être *expresse* ou *tacite*.

L'acceptation *expresse* n'est pas seulement celle qui est exprimée *verbalement* ou par *écrit*. C'est, plus généralement, celle qui résulte de tout *acte* ou de tout *geste* qui, d'après les usages, ne peuvent avoir été accomplis qu'en vue de faire connaître la volonté de leur auteur. Exemples : lever la main au cours d'une vente aux enchères, ouvrir la portière d'un taxi veut dire accepter l'offre de contrat de transport résultant elle-même du stationnement de ce véhicule.

L'acceptation *tacite* suppose un *acte d'où l'on peut raisonnablement induire la volonté de contracter*. Le plus caractéristique de ces actes est le *commencement d'exécution* du contrat proposé : article 30 du C.O.C.. Exemple : un commerçant qui expédie les marchandises qu'on lui a commandées accepte, par-là même, l'offre d'achat qu'il avait reçue.

B - L'intégrité du consentement

Pour être juridiquement efficace, le consentement doit être donné par une volonté *libre et éclairée*. Si l'une des parties n'a pas décidé en connaissance de cause, ou a subi une pression, son consentement, sans être inexistant, est *vicié*, et le contrat est *annulable*.

D'après l'article 43 du C.O.C., il n'existe que trois *vices du consentement* : *erreur*, *dol* et *violen*ce.

À ces cas, le C.O.C. a prévu d'autres hypothèses d'annulation du contrat pour vice de consentement. Il s'agit du consentement *en état d'ivresse*, du consentement *en état de maladie* et de la *lésion*.

- **Le consentement en état d'ivresse** : cette hypothèse est prévue dans l'article 58 du C.O.C. qui dispose « *Il y a lieu à rescision (nullité relative) lorsque la partie qui a contracté se trouvait dans un état d'ivresse qui a troublé ses facultés ».*

D'après cet article, l'ivresse n'est retenue comme un cas de vice de consentement que lorsqu'elle a eu pour effet de *troubler les facultés mentales* de

l'ivrogne. Il faut donc prouver que l'ivrogne, au *moment où il exprimait son consentement*, n'était pas pourvu de ses facultés de discernement.

- **Le consentement en état de maladie** : l'article 59 du C.O.C. dispose « *Les motifs de rescision, fondés sur l'état de maladie et autres cas analogues, sont abandonnés à l'appréciation des juges* ».

Cet article accorde au **juge** un *libre pouvoir* pour *apprécier* la maladie génératrice d'annulation. On comprend, dès lors, que la jurisprudence a joué un grand rôle dans la délimitation de la notion de maladie : on ne retient pas n'importe quelle maladie, mais une maladie *grave* afin de favoriser le *maintien du rapport contractuel*.

- **La lésion** (la défaveur)

C'est un *déséquilibre pécuniaire entre les prestations des parties au contrat*. Un *contrat lésionnaire* est un contrat où un *préjudice pécuniaire* résulte, pour l'une des parties, d'une *inégalité de valeur entre les prestations*. L'une des parties ne retire pas des avantages équivalents à la prestation qu'elle fournit. Exemples : l'acheteur a acheté trop cher ; le vendeur a vendu trop bon marché ; l'employé reçoit un salaire trop bas.

Du moment que les articles 60 et 61 du C.O.C. sont prévus dans le paragraphe relatif aux vices du consentement, il est naturel de supposer que la lésion, dans l'esprit du législateur, est un *vice du consentement*, soit qu'elle constitue un *vice distinct*, soit qu'elle *fasse seulement présumer l'existence d'un autre vice* comme le *dol*.

a) Le principe

Le principe est *négatif* : *la lésion n'est pas une cause de nullité du contrat*. Ce principe découle de l'article 60 du C.O.C. : « *La lésion ne donne pas lieu à la rescision...* ».

Ce principe négatif trouve sa justification (fondement) dans le *principe de l'autonomie de la volonté*. En effet, d'après la *doctrine libérale*, ce qui a été consenti est nécessairement *juste* : les contractants sont les meilleurs juges de leurs intérêts, les engagements qu'ils ont pris doivent être, en tout état de cause, respectés. Dans cette optique libérale, la lésion serait donc inconcevable.

b) Les exceptions au principe

Le législateur prévoit deux exceptions. Ces exceptions se justifient par la *faiblesse* de l'individu qui appelle protection.

- ***Contrats passés par les mineurs ou par les majeurs incapables***

L'article 61 du C.O.C. dispose « *La lésion donne ouverture à la rescision lorsque la partie lésée est un mineur ou un incapable, alors même qu'il aurait contracté avec l'assistance de son tuteur ou conseil judiciaire dans les formes déterminées par la loi et bien qu'il n'y ait pas dol de l'autre partie. Est réputée lésion, toute différence au-delà du tiers entre le prix porté au contrat et la valeur effective de la chose* ». Ainsi, par exemple, la valeur de la chose est de 15 millions, mais le contrat a été conclu à 9 millions, la lésion est alors au delà du tiers qui est de 5 millions.

À travers cet article, le législateur envisage la lésion à l'égard des mineurs et majeurs incapables comme une *simple inéquivalence entre les prestations* : une partie a reçu moins que ce qu'elle a donné (lésion au delà du 1/3). Pour annuler une opération lésionnaire contractée par un mineur et majeur incapable, on n'a pas besoin de démontrer qu'il y a un vice du consentement ; le critère de l'annulation est purement *objectif*, à caractère économique (au-delà du 1/3). Ceci démontre que la lésion, pour les mineurs et majeurs incapables, est sanctionnée en tant que telle, et non pas en tant que vice du consentement. Et c'est pour cette raison qu'il faut s'étonner en trouvant l'article 61 figurer dans la rubrique des vices du consentement.

- ***Contrats passés par les majeurs capables***

L'article 60 du C.O.C. dispose « *La lésion ne donne pas lieu à la rescision, à moins qu'elle ne soit causée par le dol de l'autre partie, ou de celui qui la représente ou qui a traité pour elle...* ». Autrement dit la lésion, pour les personnes capables et majeures, n'est retenue que si elle est provoquée par le **dol**, c'est-à-dire dans la mesure où elle est la manifestation matérielle, la conséquence économique de l'existence du *vice du consentement* qu'est le dol : dès lors que l'une des parties a fait une affaire aussi mauvaise, c'est qu'elle a été trompée ; car, si sa volonté avait été parfaitement libre et éclairée, elle n'aurait pas contracté.

Ainsi, contrairement au cas de l'article 61, la lésion de l'article 60 n'est pas sanctionnée en tant que telle (en tant que lésion) mais comme *résultat du dol*. Pour obtenir l'annulation, il faut démontrer le *dol*, et c'est le **dol lésionnaire** qui sera sanctionné en tant que vice du consentement.

Voilà pourquoi le législateur a traité la lésion, à travers l'article 60, au titre des vices du consentement.

À côté de ces trois cas spécifiques, trois vices peuvent altérer le consentement : erreur, dol et violence.

1) L'erreur

L'erreur consiste à *se tromper*, à croire *vrai ce qui est faux* ou inversement. En utilisant un langage juridique, on peut dire que l'erreur est ***le fait de se représenter inexactement l'objet ou le sujet d'une obligation***. C'est donc une discordance entre la volonté interne et la volonté déclarée.

Le problème qui se pose est de savoir pour quelles erreurs un contrat peut-être annulé afin d'examiner, ensuite, le régime juridique de l'erreur.

a - Les différentes catégories d'erreurs

L'erreur n'est un vice du consentement que si elle présente une certaine gravité. Cette gravité va déterminer la nature et le degré de la sanction à prononcer. Ainsi, la prise en considération de la gravité de l'erreur oblige à faire le tri entre les erreurs qui entraînent (1) et celles qui n'entraînent pas (2) la nullité du contrat.

1) L'erreur en tant que vice du consentement

C'est celle qui est sanctionnée par une *nullité relative*, invocable par le contractant seul qui l'a commise. Il s'agit soit d'une erreur de droit, soit d'une erreur de fait.

a - L'erreur de droit

D'après l'article 44 du C.O.C., l'erreur de droit peut entraîner la nullité du contrat. Cette disposition ne contredit pas l'adage célèbre selon lequel « *nul n'est censé ignorer la loi* ». Il signifie seulement qu'une personne ne peut prétendre échapper à l'application de la loi sous le prétexte qu'elle l'ignore : elle y sera soumise de toute façon. Le problème de l'influence d'une erreur de droit sur la validité du contrat est tout différent : il s'agit de savoir si le consentement a été vicié ou non. Or, il peut l'être par une *opinion juridique inexacte*.

Pour que la nullité soit prononcée, il faut que l'erreur de droit soit la cause *principale et déterminante* (on doit établir que, sans elle, l'intéressé n'aurait pas contracté) et qu'elle soit *excusable*, en d'autres termes, elle ne doit pas provenir d'une véritable faute du contractant qui s'en prétend victime. L'erreur inexcusable ne vicie pas le consentement car il n'est pas permis d'être négligent dans ses propres affaires.

Ainsi, retrouve-t-on ici comme exemple caractéristique la cession de droits successifs ou la renonciation à une succession déterminée par une opinion juridique inexacte des règles successorales.

b - L'erreur de fait

Il ne s'agit pas d'une erreur sur un élément de droit mais d'une erreur sur un élément de fait. L'erreur de fait peut porter soit sur *l'objet* de l'obligation (article 45 C.O.C.) soit sur le *sujet* de l'obligation (article 46 C.O.C.).

(1) L'erreur sur l'identité, l'espèce ou la qualité substantielle de l'objet

L'article 45 C.O.C. dispose « *L'erreur de fait peut donner ouverture à la rescision lorsqu'elle tombe sur l'identité ou sur l'espèce, ou bien sur la qualité de l'objet qui a été la cause déterminante du consentement* ».

- ***L'erreur sur l'identité de l'objet***

C'est une erreur qui porte sur la *détermination exacte et précise* de l'objet du contrat. Exemple : l'un a voulu vendre tel immeuble, son cocontractant en acheter un autre.

- ***L'erreur sur l'espèce de l'objet***

Il s'agit d'une erreur sur la *matière* dont la chose est faite. Exemple : le contrat est nul si l'on achète une statuette que l'on croit être en argent, et qui est en bronze ou en cuivre.

- ***L'erreur sur la qualité de l'objet***

Il s'agit de la *qualité substantielle*, c'est-à-dire la *qualité essentielle* qui a déterminé le consentement de l'une des parties, de telle sorte que celle-ci ne se serait pas engagée si elle avait su que cette qualité n'existait pas. Exemple : le contrat est nul si l'on achète un objet d'art que l'on croit authentique, et qui est en réalité une imitation.

(2) L'erreur sur la personne ou sur la qualité substantielle de la personne

L'erreur sur la personne doit être entendue dans un sens large. Il arrive qu'elle porte sur *l'identité physique* ou *civile* de la personne (croyant traiter avec un individu, on s'est engagé envers un autre, en raison, par exemple, d'une homonymie inaperçue). Plus souvent, elle porte sur *les qualités essentielles* susceptibles d'avoir déterminé le consentement. Exemple : erreur sur la situation familiale dans un contrat de mariage (célibataire, divorcé, veuf...).

D'après l'article 46 C.O.C., l'erreur portant sur la personne de l'une des parties ou sur sa qualité essentielle ne donne pas ouverture à rescision, sauf le cas où la personne ou sa qualité ont été l'une des causes déterminantes du consentement donné par l'autre partie. Ce principe négatif démontre que l'erreur sur la personne ou sur la qualité de la personne n'est pas une cause de nullité. C'est à titre exceptionnel qu'elle est admise lorsqu'il s'agit d'un contrat conclu *intuitu personnae*.

L'intuitu personnae existe toujours dans les contrats à titre gratuit (ce n'est pas à n'importe qui que l'on fait une donation). Il existe parfois dans les contrats à titre onéreux, notamment dans ceux qui comportent des prestations dont les qualités personnelles du débiteur garantissent, seules, la bonne exécution. Exemple : crédit accordé à un acheteur *solvable*.

2) L'erreur sans incidences sur le consentement

C'est une catégorie qui comprend les *erreurs sans incidences sur la validité du contrat*. Il s'agit des erreurs qui n'ont pas été précédemment examinées.

- ***L'erreur sur la personne***, dans les contrats qui ne comportent pas d'*intuitu personnae*, ou ***l'erreur sur les qualités non essentielles de l'objet ou de la personne***. Exemple : le tableau représentait des fleurs, alors que j'avais cru y voir un jeu de cubes.

- ***L'erreur sur les motifs*** est sans incidences sur la validité du contrat car les motifs sont purement personnels, subjectifs, par conséquent ignorés normalement du cocontractant. Exemple : un fonctionnaire qui escompte être nommé prochainement dans telle ville, y achète une maison pour l'habiter. Si la nomination n'intervient pas, il y a erreur sur le motif. Le contrat demeure valable car le motif demeure *extérieur* aux éléments constitutifs du contrat.

Cependant, l'erreur cesserait d'être indifférente *si les motifs avaient été expressément incorporés au contrat* par un accord des parties et seraient donc la cause déterminante de l'accord.

- ***L'erreur sur la valeur*** n'est pas considérée comme une cause de nullité du contrat. On estime, en effet, que les erreurs de calcul économique doivent être supportées par celui qui les a commises comme un risque des affaires et du crédit (système de l'économie libérale : liberté dans la fixation des prix).

Cependant, l'erreur sur la valeur peut être une cause de nullité *si elle s'accompagne d'un autre vice du consentement* : *dol* pour les majeurs capables ou *lésion* pour les mineurs et majeurs incapables. Mais alors la nullité, dans ces cas, sera prononcée au regard du vice considéré. Exemple : une personne achète un objet d'art pour 2.000 dinars alors qu'il vaut en réalité 1000 dinars parce que le vendeur l'a trompé sur sa valeur. Il y a ici nullité pour *dol*.

- ***L'erreur de calcul*** ne constitue pas non plus une cause de nullité du contrat. D'après l'article 47 du C.O.C., elle doit simplement être rectifiée.

b - Le régime juridique de l'erreur

L'annulation pour erreur obéit à un certain nombre de conditions. Il faut aussi établir la preuve de cette erreur pour faire prononcer cette annulation.

(1) Conditions de la nullité pour erreur

a - L'erreur doit avoir un caractère déterminant

Cela signifie que *sans l'influence de cette erreur sur le consentement, la personne qui s'est trompée n'aurait pas contracté.*

L'appréciation du caractère déterminant de l'erreur est laissée à l'*appréciation souveraine du juge*. Il en résulte que, *selon les circonstances*, une même erreur peut vicier ou ne pas vicier le consentement de celui qui l'a commise suivant l'importance qu'il attache à l'élément sur lequel il s'est trompé. C'est ainsi que celui qui a embauché pour son entreprise un chef de service qu'il croyait titulaire d'un diplôme d'ingénieur pourra obtenir l'annulation du contrat d'embauche si ce diplôme était l'élément déterminant de son choix. Mais il ne l'obtiendra pas s'il n'avait en vue que l'expérience professionnelle de la personne embauchée.

b - L'erreur doit avoir un caractère excusable

Lorsqu'elle est inexcusable, l'erreur cesse d'être une cause de nullité car, estime t-on, il n'est pas permis d'être trop négligent dans ses propres affaires.

Pour apprécier ce caractère, le législateur invite le juge, dans l'article 48 du C.O.C., à tenir compte de l'âge, du sexe, de la condition des personnes et des circonstances de la cause.

Là aussi, il s'agit d'une *approche subjective* : ce qui est considéré comme une erreur excusable pour une personne peut ne pas l'être pour une autre. Une erreur commise par un professionnel, par exemple, dans un domaine concernant sa profession sera inexcusable. Ainsi n'est pas protégé l'architecte qui achète un terrain sans s'informer de sa constructibilité.

(2) La preuve de l'erreur

Conformément aux règles de droit commun (article 420 du C.O.C.), la preuve de l'erreur doit être faite par *celui qui s'en prévaut*, en d'autres termes par le *demandeur* qui est souvent l'acheteur. Il devra non seulement prouver qu'il s'est *trompé* (l'erreur), mais qu'il s'est trompé sur un élément qui faisait partie du champ contractuel, c'est-à-dire sur un *élément déterminant du consentement*. De plus, il doit prouver que cette erreur a un *caractère excusable*.

S'agissant de la preuve d'un *phénomène psychologique*, donc *interne*, la preuve de l'erreur ne sera pas aisée. Dans ce cas, l'*appréciation du juge* est *souveraine*. Il pourra tenir

compte des circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu et de l'âge, du sexe et de la condition des personnes.

Etant un *fait juridique*, l'erreur peut se prouver par *tous moyens* (car il ne s'agit pas de prouver contre le contenu de l'acte, mais de prouver l'altération de la volonté du contractant, demandeur en annulation).

2) Le dol

Non défini par la loi, le dol s'entend de *ma nœu v res* *frauduleuses, tromperies, mensonges, réticences, dont une personne use pour en tromper une autre à l'occasion d'un contrat*. Ainsi, le dol est une *erreur provoquée* alors que l'erreur a un caractère spontané. C'est pour cette raison que la loi se montre plus protectrice pour la victime d'un dol que pour celui qui a commis une erreur. Celui-ci s'est trompé spontanément et n'a qu'à s'en prendre à lui-même. La victime du dol a été trompée, ce qui suppose un trompeur. Il y a dans le dol une sorte de *délit civil* : quand les éléments constitutifs en sont réunis, une sanction est alors applicable.

a - Les éléments constitutifs du dol

D'après l'article 56 du C.O.C., le dol comporte un *élément matériel* et un *élément intentionnel* (psychologique).

(1) L'élément matériel

Le dol est matériellement constitué soit par des *manœuvres* soit par des *réticences*.

(a) Les manœuvres

Le mot manœuvre, qui figure à l'article 56, implique une idée de *ruse*, de *machination* et d'*artifice* accomplis en vue de la *tromperie*.

Si les *manœuvres dolosives* s'accompagnent de *manœuvres frauduleuses*, il n'y a aucune difficulté de retenir le dol en plus de l'*escroquerie* ou du *faux* (articles 291 et 175 du Code pénal).

Exemple : dans une vente, lorsque le vendeur falsifie le compteur kilométrique d'une voiture, fait intervenir un complice qui attestera le bien-fondé de ses dires, produit de faux documents...il y a faux et escroquerie. De plus, la victime pourra demander l'*annulation du contrat* sur la base d'un dol en plus des dommages-intérêts (droit civil). Ainsi, dans ce cas, le dol s'accompagne d'une *infraction* (droit pénal).

La difficulté se présente réellement lorsqu'on est en présence d'un *simple mensonge*. En effet, un simple mensonge, non appuyé sur des actes extérieurs, peut constituer un dol, alors qu'il serait insuffisant pour constituer une escroquerie.

Cependant, le simple mensonge ne constitue pas nécessairement un dol. Par exemple, dans le domaine du *commerce*, on tolère les exagérations habituelles des commerçants qui vantent leurs marchandises. Il est de principe que l'on ne tient pas compte des allégations mensongères qui sont tolérées par la morale des affaires. Il appartient aux consommateurs de faire preuve de vigilance dans la défense de leurs intérêts. Par conséquent, pour que le *mensonge* constitue un dol, il faut qu'il soit d'une certaine *gravité*.

Ainsi, notre droit a conservé la tradition romaine qui ne sanctionnait pas le *dolus bonus* (le bon dol (toléré), le dol simple), opposé au *dolus malus* (le mauvais dol, le dol grave). Seul le *dolus malus* est un vice du consentement et entraîne la nullité du contrat. Et c'est au *juge* d'apprécier souverainement s'il s'agit d'un bon dol ou d'un mauvais dol et ce en fonction du genre de la profession, des usages, de l'âge, du degré d'instruction et de la condition des parties (*appréciation subjective*).

Parfois, c'est la *loi* qui vient le dire. Dans le droit de la consommation, par exemple, on distingue entre la publicité admissible (mensonge admissible) et la publicité qualifiée de mensongère (la fausse publicité est un mensonge déloyal, *dolus malus*).

(b) Les réticences

Le fait de *ne rien dire*, de *ne pas renseigner*, de *ne pas informer* son cocontractant sur certains éléments du contrat envisagé, peut-il constituer un dol ? Le *silence* prend ici le nom de *réticence*.

À cette question, le législateur répond par la positive dans l'article 56 du C.O.C.. En effet, *la réticence peut constituer un dol* lorsqu'un contractant n'a *pas révélé* à l'autre un *élément d'information important* que ce dernier aurait eu intérêt à connaître car il est *décisif* pour la conclusion du contrat (c'est le *dol négatif*).

Exemple : le contrat d'assurance est nul si l'assuré n'a pas déclaré toute circonstance de nature à augmenter le risque de sinistre ; dans le cas d'assurance contre l'incendie, par exemple, la présence d'un dépôt d'essence à proximité de l'immeuble. C'est qu'il s'agit de faits qui sont connus de l'assuré, alors que l'assureur pourrait difficilement les découvrir.

Ainsi, la *législation moderne* consacre de plus en plus une ***obligation d'information et de renseignement*** qui pèse surtout sur les *professionnels* afin de *protéger le consommateur*. On suppose que le professionnel, par son *silence*, veut *tromper* le consommateur. Il y a donc un ***silence dolosif***. Mais il s'agit d'une présomption simple qui peut-être renversée par la preuve contraire.

(2) L'élément intentionnel

L'auteur du dol doit avoir *l'intention* ou la *volonté* de tromper son cocontractant, de l'induire en erreur. Il n'y a pas de dol qu'*intentionnel*.

Traditionnellement, le dol est considéré comme un *délit civil*, une *faute volontaire*, qui engage la *responsabilité civile* de son auteur : article 82 du C.O.C. (il peut, en plus, engager sa *responsabilité pénale* si le dol s'accompagne d'une escroquerie ou d'un faux en écriture).

C'est pourquoi la loi se montre plus protectrice pour la victime d'un dol (erreur provoquée) que pour celui qui a commis une erreur spontanée : le dol qu'il soit positif (manœuvres) ou négatif (réticences) entraîne la nullité du contrat, alors que l'erreur, dans certains cas, paraît insuffisante pour justifier une telle sanction (erreur sur la valeur ou erreur sur les motifs qui ne sont pas entrées dans le champ contractuel des parties).

b - Les conditions de l'annulation pour dol

Même assez graves pour mériter la qualification de dol, les *manœuvres* ou la *réticence* ne permettent d'obtenir l'annulation du contrat qu'à des conditions.

(1) L'auteur du dol

L'article 56 C.O.C. dispose « *Le dol donne ouverture à la rescision lorsque les manœuvres ou les réticences de l'une des parties, de celui qui la représente ou qui est de complicité avec elle, sont de telle nature que, sans ces manœuvres ou ces*

réticences, l'autre partie n'aurait pas contracté. Le dol pratiqué par un tiers a le même effet, lorsque la partie qui en profite en avait connaissance ».

Ainsi, le dol n'est une cause de nullité du contrat que s'il émane du cocontractant ou de son représentant parce qu'il repose sur l'idée d'une faute de celui-ci. S'il émane d'un tiers, il est sans effet, sauf s'il y a complicité entre celui-ci et le cocontractant. Dans ce cas, le dol émanant d'un tiers exerce, sur la volonté de la victime, la même influence déterminante que celui du cocontractant qui a profité du dol. Il faut, au moins, que ce dernier ait eu connaissance de la manœuvre ou de la réticence pratiquée par le tiers.

Il est à remarquer que la conception de notre législateur est plus restrictive en matière de violence. Les victimes du dol ont paru mériter moins de protection (il y a une certaine faute à se laisser duper).

(2) Le caractère déterminant du dol

D'après l'article 56 du C.O.C., il faut que les manœuvres ou la réticence aient été *déterminantes*, ce qui suppose que, *sans elles, le contrat n'aurait pas été conclu*. A ce **dol**, dénommé **principal**, il est traditionnel d'opposer le **dol incident**. Celui-ci ne porte que sur des *éléments secondaires* du contrat ; s'il n'avait pas eu lieu, le contrat aurait quand même été conclu, mais à des conditions différentes, notamment à des conditions pécuniaires plus avantageuses.

Seul le *dol principal* justifie l'*annulation du contrat* en plus des *dommages-intérêts*. Le *dol incident* ne permet pas d'annuler le contrat, d'après l'article 57 du C.O.C., mais seulement l'allocation de *dommages-intérêts* si un préjudice a été causé. Cet article dispose, en effet, que « *Le dol qui porte sur les accessoires de l'obligation et qui ne l'a pas déterminée ne peut donner lieu qu'à des dommages-intérêts* ». C'est le cas, par exemple, du cessionnaire d'un fonds de commerce auquel le cédant n'a pas mentionné certains éléments secondaires (accessoires) du fonds de commerce.

c - Les conséquences juridiques du dol

(1) En tant que le dol *vicie le consentement* de la victime, la sanction normale est la *nullité* du contrat. La nullité dont il est question est une *nullité relative*, à la demande du contractant dupé.

(2) Mais le dol est aussi une *faute volontaire* qui peut être sanctionnée par des *dommages-intérêts*. En effet, le droit de demander la nullité du contrat pour dol (dol principal) n'exclut pas l'exercice d'une action en *responsabilité civile délictuelle* par la victime des manœuvres dolosives ou récurrences pour obtenir de leur auteur la réparation du préjudice subi (article 82 du C.O.C.).

3) La violence

Ce vice est d'une tout autre nature que les précédents. Erreur et dol atteignent le *consentement* dans son *élément intellectuel* : spontanément ou par la faute de son cocontractant, l'une des parties s'est inexactement représentée les avantages et les inconvénients du contrat, sa délibération a été faussée. La violence atteint le *consentement* dans son *élément de liberté* : intellectuellement la victime perçoit très bien qu'elle conclut un « *mauvais contrat* », elle s'y résout, cependant, afin d'échapper à un mal plus grave dont elle est menacée pour le cas où elle refuserait de s'engager. Le véritable vice n'est donc pas la violence en soi, mais la *Crainte* que celle-ci inspire.

Pour avoir une meilleure idée de la violence, nous étudierons ses éléments constitutifs et les conditions d'annulation.

a - Les éléments constitutifs de la violence

D'après l'article 50 du C.O.C., la violence comporte un *élément matériel* et un *élément intentionnel*.

(1) L'élément matériel

La violence est matériellement constituée par une *contrainte* provenant du *contractant* ou d'un *tiers* contre le *cocontractant* ou *un de ses proches*.

a - Une contrainte

L'article 50 du C.O.C. dispose que « *La violence est la **contrainte** exercée sans l'autorité de la loi, et moyennant laquelle on amène une personne à accomplir un acte qu'elle n'a pas consenti* ». Ainsi, la violence évoque l'idée de contrainte exercée sur la volonté d'une personne pour la forcer à contracter en la *menaçant* d'un mal important.

La contrainte peut être une **violence physique** : celle-ci consiste à *annihiler* la volonté d'une personne, par exemple en lui administrant une drogue ou en guidant de force sa main pour lui faire signer un acte contre son gré. Cette forme de violence est qualifiée par la doctrine non de vice de consentement mais plutôt d'un cas *d'absence de consentement* (article 2 du C.O.C.) ; ce qui amène à la *nullité absolue*.

Cependant, la violence physique peut faire pression sur la volonté d'une personne mais sans l'abolir, par exemple par la torture ou par la séquestration. Cette forme de violence physique sera plutôt un cas de *vice de consentement* ; ce qui amène à la *nullité relative* par application des articles 50 et 51 du C.O.C.

La contrainte peut aussi être une **violence morale**, c'est-à-dire celle qui s'exerce par des *menaces* dirigées contre une personne pour la contraindre à s'obliger. Le contractant consent sous l'emprise de la *peur* ou de la *souffrance*, pour ne pas exposer sa personne, son honneur ou ses biens à un préjudice notable, mais il consent. À dire vrai, ce n'est pas la violence elle-même qui est un vice du consentement, c'est bien plutôt la **Crainte** qu'elle détermine. Ainsi, la violence morale fait pression sur la volonté, mais ne l'abolit pas.

Peu importe la forme de la menace. Peu importe aussi son objet, pourvu qu'elle soit de nature à produire un effet psychologique prononcé. D'après l'article 51 du C.O.C., le mal dont le contractant est menacé peut l'atteindre dans sa *personne*, dans son *honneur* ou dans sa *fortune*. Il peut-être :

- d'ordre *physique* : *menace* de mort, de coups, de séquestration...
- d'ordre *moral* : *menace* contre l'honneur, menace de diffamation...
- d'ordre *pécuniaire* : *menace* de faire perdre à un individu sa situation professionnelle...

Ainsi, la définition de l'article 50 doit être complétée par celle de l'article 51 du C.O.C. qui précise que la violence est constituée de « *faits de nature à produire chez celui qui en est l'objet, soit une souffrance physique, soit un trouble moral profond, soit la crainte d'exposer sa personne, son honneur ou ses biens à un préjudice notable* ».

La gravité de la crainte sera *appréciée* assez *concrètement*, par rapport à la force de résistance que l'on peut s'attendre à rencontrer dans chaque type d'individu. Ainsi, d'après l'article 51 du C.O.C., le juge prendra en considération l'âge, le sexe, la condition des personnes et leur degré d'impressionnabilité pour savoir si la violence a

été assez grave pour déterminer le consentement. Il s'agit, ainsi, d'une *appréciation subjective*.

b - Provenant du contractant ou d'un tiers

L'article 53 du C.O.C. pose une règle contraire à celle qu'édicte, pour le dol, l'article 56 du C.O.C.. En effet, la violence est sanctionnée non seulement lorsqu'elle émane du contractant, mais aussi lorsqu'elle émane d'un tiers étranger aux rapports contractuels.

Il est à présumer que ce tiers est le complice du contractant bénéficiaire de l'opération. Mais, la formule utilisée par l'article 53 est si large qu'elle laisse supposer qu'il n'est pas nécessaire qu'il ait eu complicité entre le contractant au profit duquel l'obligation a été faite et le tiers, auteur de la violence.

Cette disposition est justifiée si l'on envisage la situation du point de vue de la victime : quel que soit l'auteur de la menace, la pression exercée est la même ; égale est, par conséquent, l'atteinte portée à la liberté du consentement.

Cette protection excessive de la victime de la violence paraît juridiquement fondée. Les rapports contractuels doivent être marqués de confiance et de sincérité.

c - Contre le cocontractant ou un des ses proches

La violence vicie le consentement, non seulement lorsque les menaces sont dirigées contre le cocontractant, mais aussi lorsqu'elles ont été exercées sur une personne avec laquelle la partie contractante est étroitement liée par le sang (article 54 du C.O.C.) : le conjoint, les ascendants ou les descendants.

En dehors des cas prévus par l'article 54, il sera toujours possible d'annuler le contrat si, dirigée contre toute autre personne, la violence a été déterminante : violence, par exemple, contre un ami très cher, contre un fiancé ou une fiancée... (la version arabe de l'article 54 est plus large). Qu'importe la personne menacée si la menace a pu faire effet sur le cocontractant.

(2) L'élément intentionnel

Suivant une opinion classique, il n'y a de violence qu'employée *intentionnellement*, impliquant le *dessein* de faire signer le contrat.

b - Les conditions de l'annulation pour violence

La violence ne permet d'obtenir l'annulation du contrat qu'à des conditions. Elle doit être *déterminante* et *illégitime*.

(1) La violence doit être déterminante

Comme pour le dol, la violence doit présenter une certaine *gravité* pour *déterminer* le consentement. Elle doit inspirer une *crainte sérieuse*.

L'appréciation du caractère déterminant doit se faire « *in concreto* », d'une manière *subjective*, eu égard à l'âge, au sexe, à la condition des personnes et à leur degré d'impressionnabilité (par rapport à la personne du contractant dont le consentement se trouve vicié et non par rapport à un contractant moyennement impressionnable, « *in abstracto* »).

(2) la violence doit être illégitime

La violence est toujours *illégitime* lorsque l'auteur de cette violence a recours à des *voies de fait* : **violence physique** (coups et blessures qui constituent une infraction pénale).

Lorsque la **violence** est **morale**, elle peut-être *légitime* et, dans ce cas, elle *n'entraîne pas la nullité du contrat*. C'est le cas de la *crainte révérencielle* (la crainte, chez les enfants majeurs de déplaire à leurs parents, et qui peut conduire les premiers à conclure un contrat souhaité par les seconds, eu égard à l'autorité morale, jugée légitime: article 55 du C.O.C.). Mais si la crainte révérencielle est accompagnée de *menaces* ou de *voies de fait*, elle entraînera la *nullité du contrat*.

C'est aussi le cas, d'après l'article 52 du C.O.C., de la *menace d'exercer des poursuites judiciaires* ou *des voies de droit* comme une saisie, car ce n'est que l'exercice d'un droit. Exemple : un créancier est dans son droit lorsqu'il menace son débiteur d'une saisie si celui-ci ne lui accorde pas une garantie (par exemple une hypothèque). Le contrat conclu (hypothèque) ne sera pas annulable pour violence.

Cependant, la *menace* d'user de son droit n'est *légitime* que si les *moyens employés* et les *buts recherchés* sont eux-mêmes *légitimes* :

- les *moyens* sont *légitimes*, mais non *pas* le *but*, quand un créancier emploie la *menace d'exercer des poursuites judiciaires* pour se faire consentir plus qu'il ne lui est dû ;
- le *but* est *légitime*, mais non *pas* les *moyens*, quand, pour rentrer dans ses droits, le créancier *menace* le débiteur *de voies de fait*.

c - Les conséquences juridiques de la violence

(1) En tant que la violence *vicie le consentement* de la victime, la sanction normale est la *nullité* du contrat. La nullité dont il est question est une *nullité relative* (violence physique, vice de consentement et violence morale), à la demande du *contractant, victime* de la violence.

(2) Mais la violence est aussi une *faute volontaire* qui peut être sanctionnée par des *dommages-intérêts* : il y a *faute* à « arracher » à un homme sa décision. En effet, le droit de demander la nullité du contrat pour violences n'exclut pas l'exercice d'une action en *responsabilité civile délictuelle* par la victime de la violence pour obtenir de son auteur la réparation du préjudice subi (article 82 du C.O.C.).

§.3 L'objet

Pour étudier l'objet, il faut, d'abord, le définir (A), ensuite, déterminer ses conditions (B).

A - Définition de l'objet

Le C.O.C. traite de l'objet des obligations contractuelles dans les articles 62 à 66.

L'objet de l'obligation est la *prestation promise par le débiteur au créancier, ce à quoi le débiteur est tenu envers le créancier* : donner, faire ou ne pas faire quelque chose. L'objet de l'obligation, ainsi défini, ne doit pas être confondu avec l'objet du contrat ou avec l'objet de la prestation.

Par *objet du contrat*, il faut comprendre *l'opération juridique envisagée par les parties*. Exemples : constitution d'une société, vente, prêt, donation...

Quant à *l'objet de la prestation*, il consiste dans *la chose ou le service promis*. Exemples : vente d'un immeuble, réparation d'une voiture...

Ce qui nous intéresse ici c'est *l'objet de l'obligation*, c'est-à-dire l'objet qui répond à la question suivante : *qu'est ce qui est dû* : donner quelque chose, faire ou s'abstenir de faire quelque chose ?

B - Conditions de l'objet

Pour que le contrat soit valable, une double exigence se dégage des articles 62 à 66 du C.O.C. : il faut que l'objet *existe*, et que certains *caractères* se retrouvent en lui.

1) L'objet doit exister

Normalement, l'obligation porte sur un objet *présent, actuel*, et, en somme, matériellement *existant* et saisissable. Le contrat n'a de prise que sur ce qui est matériellement tangible, et actuellement existant.

L'objet d'une obligation, qui se situe normalement dans le présent, peut-il, également, se situer dans l'avenir ?

En vertu de l'article 66 al. 1 du C.O.C., le législateur pose le *principe* de la validité de l'obligation ayant pour objet une chose *future et incertaine* : « *l'obligation peut avoir pour objet une chose future et incertaine (...)* ». Une telle prescription laisse entendre que la chose future, même s'il n'est pas certain qu'elle existe un jour, peut-être l'objet d'une obligation pourvu qu'elle existe un jour. Exemple : le contrat de louage d'ouvrage (contrat d'entreprise) ayant pour objet des choses à fabriquer.

Nous pouvons légitimer la notion de l'obligation sur une chose future et incertaine par une idée fondamentale : la *puissance de la volonté* est telle qu'elle peut, ordinairement et en principe, prendre pour objet un bien qui n'existe pas encore, mais qui est attendu ; l'incertitude du lendemain étant un stimulant de l'activité. Une société moderne, en transformation continue, repose tout entière sur des relations vivantes, c'est-à-dire sur des obligations qui engagent l'avenir et portent sur des choses futures. En outre, la *réalité sociale*, de même que le besoin de faire circuler les biens et les richesses ont amené la loi à autoriser l'obligation portant sur une chose future et incertaine.

Par voie de conséquence, l'obligation sera subordonnée à la survenance future de la chose, elle n'est valable qu'à son existence. Le contrat ne se forme pas si l'objet n'existe pas, ou n'existe plus au moment de la conclusion du contrat. Ainsi, si la chose escomptée n'arrive pas à l'existence, le contrat sera réputé ne s'être pas formé, *faute d'objet*, car un contrat portant sur une chose future dépend conditionnellement de la future existence de cette chose. Par exemple, lorsqu'un contrat d'entreprise a pour objet des choses à fabriquer, le débiteur ne paiera le prix que si la chose espérée se réalise, faute de quoi le contrat est nul.

Cependant, l'admission des contrats sur choses futures comporte quelques *exceptions* : les contrats sur choses futures sont frappés, parfois, de *prohibitions exceptionnelles* :

- dans le domaine *agricole*, la vente portant sur une chose inexistante ou dont l'existence future est incertaine est interdite : l'article 574 al. 1 du C.O.C. dispose qu'« *est nulle la vente d'une chose inexistante, telle que des fruits en germe ou dont l'existence est aléatoire, par exemple le produit à naître d'un animal, une récolte non encore sortie de terre* ».
- en matière de *promotion immobilière*, le législateur interdit la vente d'un *immeuble à construire*. En effet, en vertu de l'article 9 de la loi du 26 février 1990, portant refonte de la législation relative à la promotion immobilière, le législateur a instauré un cadre contractuel biphasé qui se traduit par deux contrats se succédant dans le temps : dans un premier temps, parce que l'immeuble n'existe pas, un contrat de promesse de vente qui dure jusqu'à l'achèvement de l'ouvrage ; dans un deuxième temps, un contrat de vente définitif qui permet à l'acquéreur d'accéder à la propriété de l'immeuble construit : le transfert de propriété a lieu à la date du parfait paiement du prix définitif de l'immeuble dont la construction a été achevée.
- dans le domaine des *successions*, l'article 66 al. 2 du C.O.C interdit les *pactes sur succession future* : « *On ne peut, à peine de nullité absolue, renoncer à une succession non encore ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, ou sur l'un des objets qui y sont compris, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit* ». Ainsi, sont interdits les pactes faits par un individu sur sa propre succession. La sagesse veut que l'homme ne dispose pas, sa vie durant, par un contrat de sa succession, mais garde entière, jusqu'au jour de sa mort, sa liberté de disposer.

2) L'objet doit être possible

Le contrat est *nul* lorsque son *objet* est *impossible* au moment de l'échange des consentements. Nul ne s'engage à faire ce qui est objectivement impossible : « *à toucher le ciel du doigt* », disaient les *Romains*.

Il ne faut pas songer à une vente de terrains dans la lune, mais à des hypothèses plus pratiques d'*impossibilité*, soit *matérielle* (exemple : livraison d'une

marchandise qui ne se fabrique plus), soit **juridique** (exemple : livraison d'une denrée étrangère que son pays d'origine frappe d'une prohibition d'exportation (si c'était une prohibition d'importation en Tunisie, il y aurait, en même temps, *illicéité* de l'objet).

Mais que l'impossibilité soit matérielle ou juridique, seule fait obstacle à la validité du contrat *l'impossibilité absolue*. *L'impossibilité relative* n'entraîne pas nullité du contrat, mais seulement *responsabilité* du *débiteur* pour *inexécution* ou *mauvaise exécution*.

L'impossibilité absolue est celle à laquelle se heurterait n'importe quel débiteur. C'est le cas, par exemple, d'un entrepreneur qui s'engage à construire une maison sur un terrain qu'on lui désigne, et il s'avère que la structure du sous-sol ne permet pas des fondations suffisamment solides. Le contrat, dans ce cas, est nul *faute d'objet* (art 64 C.O.C.).

L'impossibilité relative est celle qui ne concerne que tel débiteur. *L'impossibilité* n'est pas réelle, elle est plutôt *personnelle*. C'est l'exemple du petit entrepreneur qui s'est engagé à construire un grand immeuble en six mois, mais qui à l'échéance n'arrive pas à tenir ses engagements. Il est *valablement lié* mais devra des *dommages-intérêts, faute d'exécution* (la *responsabilité* est *contractuelle* et non *délictuelle*, car le contrat a valablement existé, mais n'a pût être *exécuté* du côté de l'entrepreneur). La prestation promise est impossible, mais impossible pour cet entrepreneur seulement.

3) L'objet doit être déterminé ou déterminable

Cela signifie que l'objet du contrat doit être **précisé**. Les parties doivent préciser *en quoi consiste la prestation promise* : il ne peut pas y avoir contrat si l'on ne sait pas à quoi le débiteur s'est engagé.

Lorsque le contrat crée une **obligation de faire ou de ne pas faire quelque chose**, il n'y a pas de degré dans la détermination : il faut avoir précisé le *service* ou *l'abstention* promise.

Lorsque le contrat crée une **obligation de donner** (il est, dans ce cas, relatif à un bien matériel), deux degrés sont possibles dans cette détermination :

* L'objet peut-être un **corps certain**, c'est-à-dire une *chose individuellement désignée*, dans ce cas, il n'y a pas de difficultés parce que l'objet est suffisamment individualisé. Exemples : vente de telle parcelle de terrain dans le cadre d'un lotissement, location d'un étage de villa, crédit-bail d'une machine médicale...

* L'objet peut-être une *chose de genre*, c'est-à-dire une *chose déterminée dans son espèce* (blé, coton, sucre, pétrole... donc des *choses interchangeables*), dans ce cas, il est nécessaire que le contrat en indique la quantité : tant de litres de lait, tant de tonnes de charbon...

Cependant, il n'est pas nécessaire de chiffrer cette quantité dès la conclusion du contrat ; il suffit qu'elle soit *déterminable*, c'est-à-dire *susceptible d'être déterminée lors de l'exécution* du contrat. C'est ce qu'il faut comprendre de l'al. 2 de l'article 63 lorsqu'il dit « *la quantité de la chose peut être incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminée par la suite* ». Exemples : en matière commerciale, des marchandises peuvent être vendues au prix qui sera pratiqué sur le marché, au jour de la livraison ; dans les contrats de fournitures d'eau, de gaz, d'électricité, pour le transport en taxi, l'importance de la prestation fournie est déterminée par les indications du compteur (après la conclusion du contrat).

Quant à la qualité, c'est un élément de détermination qui ne concerne que certaines choses de genre : farine (qualité supérieure), coton (1^{er} choix)... Ici encore, il n'est pas nécessaire de déterminer la qualité dès la conclusion du contrat, il suffit qu'elle soit *déterminable* au moment de l'*exécution* ; dans le doute, on présumera que l'objet a été envisagé dans sa *qualité moyenne*.

4) L'objet doit être licite

On considère qu'un objet est *licite* lorsqu'il est relatif à une *chose* ou un *droit* qui est *dans le commerce*. Est dans le commerce *la chose au sujet de laquelle la loi ne défend pas expressément de contracter*.

Il découle de l'article 62 du C.O.C. est qu'en *principe*, toutes les choses, tous les droits, sont dans le commerce, mais qu'*exceptionnellement*, la loi doit intervenir pour déclarer qu'un objet ou un droit est hors du commerce.

Pourquoi la loi interviendrait-elle pour interdire de contracter au sujet de certaines choses ? Cet interdit tient, généralement, à la *nature même de la chose* qui fait l'objet du contrat :

* soit que cette chose ait un certain caractère *sacré* ou *religieux*. Exemple : la loi du 26 mars 1991 interdit le contrat qui a pour objet la vente d'un organe humain ;

* soit que, jugée *impure* et *maléfique*, elle doive être retirée de la circulation juridique. Exemple : les animaux atteints de maladies contagieuses, les stupéfiants ;

* soit que, *faisant partie des attributs de la personnalité*, elle ne puisse être matière d'un trafic entre les individus. Exemple : le droit de vote.

Ainsi, l'objet de l'obligation permet un *contrôle* par le *législateur* de la matière contractuelle, ce qui illustre une *atteinte au principe de l'autonomie de la volonté*, en l'occurrence au *principe de la liberté contractuelle*.

§.4 La cause

Il découle de l'article 67 du C.O.C. que l'obligation sans cause ou fondée sur une cause illicite est non avenue (nulle).

Le Code des Obligations et des Contrats n'a pas défini la cause, et des controverses se sont élevées en doctrine à ce sujet.

A - La cause en doctrine

De manière générale, le mot évoque *la raison* que l'on a eue de contracter, *le but* que l'on a poursuivi en le faisant. Analyser l'objet était répondre à la question : qu'ont voulu les parties ? Analyser la cause est répondre à la question : *pourquoi* l'ont-elles voulu ?

Mais la conclusion d'un contrat ne saurait jamais être déterminée par une seule raison, commandée par la poursuite d'un seul but. En schématisant, on peut dire qu'il y a toujours une raison proche et des raisons plus lointaines.

Donnons un exemple : pourquoi une personne vend-elle un immeuble ? C'est, à l'évidence, pour en percevoir le prix. C'est là le but immédiat qui est celui de tout vendeur et qui présente ainsi un caractère *objectif*. Mais l'analyse peut-être poussée plus loin. Pourquoi cette personne a-t-elle voulu se procurer de l'argent ? Est-ce pour payer une dette, pour acheter un fonds de commerce, pour faire un voyage... ? Ces raisons éloignées diffèrent d'un vendeur à un autre ; elles sont *individuelles, subjectives*.

À la *théorie classique* correspond le *but immédiat* et à la *théorie moderne* correspondent les *raisons éloignées*. Ce sont là les deux acceptions de la notion de cause. Observons, toutefois, que la seconde théorie n'a fait que compléter la première ; elle n'est pas venue pour la remplacer. Chacune a, aujourd'hui, son domaine d'application. Ceci ressortira des différentes applications de ces deux conceptions en droit positif.

1) La théorie classique de la cause : la cause objective

La *cause objective* consiste dans le *but en vue duquel les parties ont contracté*. Ce but est spécifique en ce sens qu'il est toujours le même pour un type donné de contrat. Dans un contrat de vente (contrat synallagmatique), par exemple, le vendeur s'engage à transférer la propriété, parce que l'acheteur lui promet le prix ; l'acheteur s'engage à payer le prix parce que le vendeur lui promet la propriété. Mais *peu important les motifs*, les raisons personnelles que l'un a eues de vendre, l'autre d'acheter. Dans un contrat de dépôt (contrat unilatéral), le dépositaire s'engage à restituer la chose déposée, parce que celle-ci lui a été confiée. Peu important, ici encore, les motifs pour lesquels le dépositaire a voulu déposer cette chose.

Ainsi, la cause, d'après cette théorie, est une *donnée abstraite, objective*. C'est la nature du contrat conclu (synallagmatique, unilatéral...) qui suffit, sans autre examen, à révéler cette idée de cause.

2) La théorie moderne de la cause : la cause subjective

Pour cette théorie, il s'agit de « *subjectiver* » la cause en intégrant à ce concept les *raisons personnelles* qui sont à l'origine de l'acte de volonté : les *motifs* ou *mobiles* qui ont déterminé les parties à contracter. La cause ne s'entend plus seulement du but immédiat, il faut, en plus, y inclure les *raisons lointaines* (d'où complémentarité des deux théories). Ces raisons lointaines sont *individuelles*, différentes d'un contractant à un autre.

Pourquoi cette orientation nouvelle ? Parce que la *défense de la société* commande d'annuler certains contrats qui sont réguliers si on les envisage objectivement (d'après la première théorie) mais qui ont été subjectivement déterminés par la recherche d'une fin illicite ou immorale. Par exemple, en matière de donations, la cause classique, c'est-à-dire la volonté de faire un sacrifice sans contre partie, n'est jamais illicite dans ce genre de contrat. Mais les motifs qui poussent à faire une donation peuvent l'être. Pour ramener à lui une maîtresse qui vient de « *rompre* », son amant la gratifie somptueusement. Dans ce cas, la donation est nulle pour *cause immorale*.

Ainsi entendue, la cause apparaît comme un *moyen de contrôle* du contrat. Elle a un rôle de *protection sociale* ; alors que la cause, au sens classique, a un rôle de *protection individuelle*.

B - La cause en droit positif

D'après l'article 67 al. 1 du C.O.C., l'obligation *sans cause* ou fondée sur une *cause illicite* est non avenue (nulle). Autrement dit l'article 67 al. 1 annule le contrat en cas d'absence de cause ou de cause illicite.

Le problème est alors de savoir si la définition de la cause, selon ses deux acceptions, peut s'appliquer à l'art 67 al. 1.

Du fait que la théorie moderne se n'est pas substituée mais ajoutée à la théorie classique, le droit positif consacre une *conception dualiste de la cause*. Ainsi, dans la double exigence de l'article 67 al. 1, l'*existence de la cause* concerne la *cause objective* et la *licéité de la cause* concerne la *cause subjective*. Il s'ensuit que la notion de cause se dédouble en droit positif.

1) L'existence de la cause

D'après la *théorie classique*, le juge ne peut, pour apprécier s'il y a *absence de cause*, qu'examiner le *but immédiat*, c'est-à-dire les circonstances immédiates et proches qui expliquent la naissance du contrat. Par absence de cause, on entend ce terme au sens de contrepartie : c'est celle-ci qui fait défaut, le contractant s'est engagé sans rien recevoir en échange. Par exemple, est nulle, pour absence de cause, la promesse de payer une dette déjà payée.

Pour *prouver* l'existence de la cause, ce n'est jamais au créancier de prouver que la cause existe pour exercer son droit ; c'est au *débiteur* de prouver qu'elle n'existe pas pour échapper à l'exécution de son obligation ; preuve qu'il ne peut rapporter que par *écrit* lorsque l'acte est causé, qu'il peut rapporter pour *tout moyen* lorsque l'acte n'est pas causé.

2) La licéité de la cause

D'après la *théorie moderne*, le juge ne peut, pour apprécier s'il y a *illicéité de la cause*, qu'examiner *les motifs* qui ont déterminé le consentement.

La cause est *illicite*, dispose l'art 67 al. 2, lorsqu'elle est *contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou à la loi*. Ainsi, pour contrôler la licéité de la cause, le juge doit vérifier si les *mobiles personnels* heurtent les bonnes mœurs, l'ordre public ou la loi. Par exemple, il peut annuler un emprunt que l'emprunteur a contracté en vue de se

procurer les fonds liquides qui lui permettent d'installer une maison de débauche. La cause, dans ces conditions, devient *l'instrument de moralisation du contrat*.

Quant à la *preuve* de la licéité de la cause, on peut dire que du moment que le principe étant la conformité du contrat à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, c'est à celui qui prétend qu'une cause est illicite de le démontrer. Par conséquent, c'est toujours sur le *débiteur* que pèse la charge de la preuve, car c'est lui qui a intérêt à faire annuler le contrat. Il peut, ainsi, le faire par *tous les moyens de preuve* car il s'agit de combattre une violation du droit.

SECTION 2 : LES SANCTIONS DES CONDITIONS DE FORMATION DU CONTRAT

Le contrat qui ne réunit par les conditions de validité requises par la loi est frappé de *nullité*. Cette sanction intervient après coup, il s'agit donc d'un mécanisme *a posteriori*, qui n'est pas le seul procédé utilisé par la loi. Il y a des systèmes de *prévention* et d'autres sanctions *a posteriori*, la *répression* et la *réparation*.

D'une part, il existe des *moyens de prévention* de l'illicite, qui s'exercent *avant la conclusion du contrat*. Ainsi, la soumission du contrat à l'intervention préalable de l'administration par le système de *l'autorisation administrative* : par exemple, la conclusion du contrat de mutation immobilière impliquant un non-tunisien est soumise à une autorisation administrative préalable (autorisation du gouverneur). Ou bien encore en obligeant à faire dresser le contrat par un officier public, tel qu'un notaire ; celui-ci doit refuser de le recevoir s'il est irrégulier, sinon, il engage sa responsabilité.

La prévention semble constituer un moyen préférable à la nullité (mieux vaut prévenir que mourir). Elle n'est, cependant, pas souvent utilisée car c'est une atteinte aux principes du consensualisme et de la liberté contractuelle.

D'autre part, l'irrégularité dans la formation d'un contrat peut constituer une *infraction pénale* : par exemple, le dol peut constituer, en plus, une escroquerie. Elle peut aussi donner lieu à des *dommages-intérêts* quand il y a un préjudice. **Répression** et **réparation**, tantôt s'ajoutent, tantôt se substituent à la nullité. Cette sanction demeure, cependant, la sanction principale des règles relatives à la formation du contrat.

La *nullité* d'un contrat est sa *mise à néant*. Le contrat nul est donc *inefficace* : aucun des effets juridiques que les parties avaient l'intention de provoquer, en formant leur contrat, ne se produit ; cette inefficacité tient à l'*irrégularité* ou à l'*absence* de ses

conditions de formation ou de *l'une des conditions* qui lui sont *essentiels*, ou si telle de ces conditions se trouve *viciée*.

Dans un système consensualiste où, en principe, la seule volonté suffit à obliger, cette nullité ne peut résulter que de la *loi* qui l'établit comme sanction de violation d'une règle de formation du contrat (défaut de capacité, de consentement, d'objet ou de cause (art 2 du C.O.C.) pour tous les contrats, défaut d'écrit pour les contrats solennels)⁴.

Cette définition simple de la nullité va nous permettre de la distinguer des autres causes d'inefficacité atteignant un contrat (§1), pour distinguer par la suite entre la nullité absolue et la nullité relative (§2). Elle implique aussi d'étudier les moyens tendant à atténuer la nullité (§3). Elle permet, enfin, d'analyser les effets de la nullité (§4).

§.1 Distinction entre la nullité et d'autres causes d'inefficacité du contrat

Il existe plusieurs situations dans lesquelles le contrat est inefficace. La nullité peut ainsi être comparée à la résolution ou à la résiliation et à l'inopposabilité.

1) La résolution et la résiliation

La **nullité** suppose un *vice originaire* : dès sa *formation*, l'acte manquait d'un élément de validité. Au contraire, **la résolution** intéresse un acte *valable* ; elle est la conséquence d'un fait postérieur à la conclusion du contrat valablement formé : *l'inexécution* de ses *obligations* par une partie lorsque le contrat est synallagmatique. Exemple : il y a résolution du contrat de vente lorsque l'acheteur a payé le prix, alors que le vendeur, fautif, n'a pas livré la chose payée⁵.

La nullité et la résolution ont un *point commun*, c'est **l'anéantissement rétroactif** du contrat : tout doit se passer comme s'il n'avait jamais existé ; les contractants se retrouvent dans la situation dans laquelle ils étaient avant la conclusion du contrat. Mais, dans leurs conséquences juridiques, elles sont *différentes*. En cas de nullité, la responsabilité engendrée est une **responsabilité délictuelle** car elle ne découle pas d'un contrat, ce dernier n'est pas valablement formé. En revanche, en cas

⁴ Il n'en demeure pas moins qu'en principe, *la volonté contractuelle* est, elle aussi, propre à ériger en conditions de validité du contrat des éléments fort divers (article 23 du C.O.C.).

⁵ La résolution est, de beaucoup, la plus importante en pratique, car il est plus difficile d'exécuter que de conclure : par exemple, il y a plus de divorces (sorte de résolution) que de nullités lorsqu'il s'agit d'un contrat de mariage.

de résolution, la responsabilité qui découle d'un contrat est une **responsabilité contractuelle** puisque le contrat est valablement formé, mais il n'a pas été exécuté par l'une des parties.

La nullité se distingue aussi de **la résiliation**. Il s'agit d'une résolution, mais le terme est utilisé pour désigner la résolution *non rétroactive*, lorsqu'il s'agit d'un **contrat à exécution successive**.

2) **L'inopposabilité**

L'**inopposabilité** aux **tiers** suppose un contrat *valable*, qui produit ses *effets entre les parties*, mais qui, pour certaines raisons indépendantes de sa validité, dans le temps de la formation et de l'acquisition initiale de sa pleine efficacité, ne peut produire ses *effets à l'égard de certains tiers* auxquels il serait normalement opposable (par exemple pour défaut de publicité foncière). Il cesse, pour ces raisons, d'être *opposable* aux tiers.

Exemple : A vend un immeuble immatriculé à B ; ce dernier ne publie pas son titre d'acquisition à la conservation foncière. Puis A vend le même immeuble à C qui, de bonne foi, ignore la vente antérieure et publie son titre d'acquisition à la conservation foncière. La vente entre A et B est *valable* (car la publicité à la conservation foncière n'est pas, en Tunisie, une condition de validité de la vente) et produit ses *effets entre les parties*. Mais cette vente est **inopposable** à C dont le titre peut donc être opposé à B et bien sûr à A. Dans ce conflit entre deux acquéreurs successifs d'un même bien, conflit qui oppose B et C, c'est C qui l'emporte, car le titre de B lui est *inopposable*.

Ainsi, la *nullité* se distingue de l'*inopposabilité* par ses causes et surtout par ses effets.

Par ses *causes* : la *nullité* sanctionne l'irrespect des conditions légales auxquelles est soumise la *formation* d'un acte juridique (vice du consentement, cause illicite...); l'*inopposabilité* affecte un acte *régulier*, mais qui porte un *préjudice illégitime à un tiers* (en l'occurrence C, acquéreur de bonne foi, d'où l'*inopposabilité* à son égard).

Par ses *effets* : l'imperfection de l'acte *inopposable* n'affecte pas les relations entre les *parties* (A et B) ; seuls les *tiers* (C) peuvent l'ignorer. L'*inopposabilité* aboutit, en fait, à la *destruction* des principaux *effets* du contrat conclu entre A et B (parties) à l'égard de C (tiers).

§.2 Distinction entre la nullité absolue et la nullité relative

La distinction entre les nullités relative et absolue est classique dans son critère (A) et dans ses applications (B). Les titulaires de l'action en nullité diffèrent aussi selon qu'il s'agit d'une nullité absolue ou d'une nullité relative (C).

A - Critère de la distinction

La doctrine moderne propose un critère fondé sur l'*intérêt* en jeu. C'est ainsi que la **nullité relative** sanctionne la violation des règles de droit protectrices *d'intérêts privés*. Alors que la **nullité absolue** sanctionne la violation des règles de protection de *l'intérêt général*.

B - Applications de la distinction

1) Les cas de nullité absolue

L'article 325 du C.O.C. dispose « *L'obligation est nulle de plein droit :*

- 1) *Lorsqu'elle manque d'une des conditions substantielles de sa formation ;*
- 2) *Lorsque la loi en édicte la nullité dans un cas déterminé ».*

Ainsi, il y a **nullité absolue** lorsque le contrat *manque* d'un de ses *éléments d'existence* ou par *décision* de la loi.

a - Consentement

Lorsque le *consentement* fait totalement *défaut*, il y a **nullité absolue**. Il s'agit de certains cas de violence physique.

b - Incapacités d'exercice

Lorsque des considérations d'ordre social sont essentiellement à la base d'une incapacité d'exercice, il y a **nullité absolue**. Ainsi *tous les actes* accomplis par les personnes atteintes d'une *incapacité absolue* et les *actes de pure libéralité* accomplis par les personnes atteintes d'une *incapacité limitée*.

c - Objet

Le *défaut* d'objet, l'*indétermination* de l'objet et son *impossibilité* (impossibilité absolue, qu'elle soit matérielle ou juridique) entraînent la **nullité**

absolue, car il manque alors un élément essentiel du contrat. L'*illicéité* de l'objet entraîne, également, la **nullité absolue** pour des motifs d'ordre public et de bonnes mœurs.

d - Cause

La **nullité** est **absolue** si la cause est *immorale* ou *illicite*. L'obligation *sans cause* est aussi un cas de **nullité absolue**, car il manque un élément essentiel du contrat.

e - Formes

L'*inobservation des formes* dans les **contrats solennels** est, également, sanctionnée par la **nullité absolue**. On considère que, dans ces contrats, la *forme* est une *condition substantielle de la validité du contrat*, et lorsque la formalité consiste dans la rédaction d'un *acte notarié*, on voit dans l'intervention du notaire une mesure de *protection* des *contractants* autant que des *tiers*. Il en est ainsi de l'exigence d'un *acte authentique* pour la *validité* d'une donation, d'une vente immobilière (l'article 581 du C.O.C.), d'un contrat d'hypothèque, d'un contrat de mariage.

2) Les cas de nullité relative

L'article 330 du C.O.C. dispose « *L'action en rescision a lieu dans les cas prévus au présent code, articles 8, 43, 58, 60, 61 et dans les autres cas déterminés par la loi* ». Ainsi, la **nullité** est **relative** lorsqu'il y a seulement *vice* d'un des **éléments de validité du contrat**.

a - Consentement

Les vices du consentement (lésion, erreur, dol, certains cas de violence physique, violence morale) sont sanctionnés en vue de la protection des contractants ; la **nullité** est alors **relative**.

Si l'altération du consentement résulte de l'état intellectuel du contractant- ce serait le cas d'un contrat conclu en état d'ivresse ou de maladie-, la sanction est aussi la **nullité relative**.

b - Incapacités d'exercice

Les *incapacités d'exercice* sont, en principe, sanctionnées par la **nullité relative**. La règle d'après laquelle un incapable atteint d'une *incapacité limitée*, pour pouvoir contracter, doit être *assisté* ou avoir une *autorisation* a pour but d'assurer sa protection. Ainsi, les *actes de disposition ou d'administration* accomplis par cet incapable *sans assistance* ou *sans autorisation* donnent lieu à la **nullité relative**.

C - Titulaires de l'action en nullité

Que la **nullité** soit **absolue** ou **relative**, une *action en justice* est toujours nécessaire pour faire valoir la sanction. Le *juge* ne peut se saisir lui-même, il est normalement saisi par les *parties*. Cela suppose que l'une des parties intente un procès pour demander la nullité. Elle le fait souvent *après l'exécution* du contrat irrégulièrement formé : la conséquence de la nullité sera alors de permettre au demandeur d'obtenir la restitution de ce qu'il avait fourni, et ce en vertu de l'effet rétroactif de la nullité.

Qui est *titulaire* en justice de l'*action en nullité* ? La **nullité relative** ne peut-être invoquée que par *la personne dont la loi a voulu assurer la protection* ; la **nullité absolue** peut-être invoquée par *tout intéressé*. Pour être claire qu'elle paraissait, l'application de cette distinction appelle des précisions.

1) Personnes pouvant invoquer une nullité relative

L'exercice de l'action est réservé au seul *contractant que la loi a voulu protéger* en établissant la nullité. Les deux exemples classiques en sont la nullité pour *incapacité*, qui protège l'incapable, et la nullité pour *vice du consentement*, qui protège la victime de l'erreur, du dol, de la lésion ou de la violence.

Cette action est refusée au *cocontractant* capable ou dont le consentement n'a pas été vicié. Par exemple, si l'acheteur a commis une erreur, le vendeur ne peut demander la nullité.

L'action en nullité appartient, également, à d'autres personnes, qui l'ont du chef de l'intéressé principal tel que le *représentant légal* (en cas d'incapacité par exemple) ou les *ayants causes universels* après la mort de la personne protégée (article 333 du C.O.C.).

2) Personnes pouvant invoquer une nullité absolue

S'agissant d'une nullité qui a pour but *la protection d'un intérêt général*, il est logique qu'elle puisse être prononcée à l'initiative non seulement d'un *particulier*, mais de certains agents de l'autorité publique, en l'occurrence le *pouvoir judiciaire*.

a) Le rôle des particuliers

La **nullité absolue** peut-être invoquée par *tout intéressé*. Cela ne signifie pas que n'importe qui puisse agir, mais seulement *toute personne qui y a un intérêt*, car selon un principe général de procédure « *pas d'intérêt, pas d'action* ». Qui donc a cet intérêt ?

1) La **nullité absolue** peut-être invoquée, au premier chef, par *les contractants*. Chacun d'eux, même s'il a voulu son contrat, a le droit de s'en dégager, en se prévalant de l'intérêt général qui justifie la **nullité absolue**. Exemple : le vendeur dans la vente à prix illicite.

2) *Les ayants cause à titre universel* ont cet intérêt. Si l'une des parties décède, son droit d'agir est transmis, conformément au droit commun, à ses *héritiers*.

3) *Les ayants cause à titre particulier* des parties peuvent, également, être intéressés. Exemple : l'acquéreur d'un immeuble loué, qui est en principe obligé de respecter le bail antérieurement conclu par le vendeur, peut en demander la **nullité absolue**, s'il est immoral ou illicite.

4) *Les créanciers chirographaires* des parties ne sont, également, intéressés qu'autant que le contrat nul leur est préjudiciable, en l'occurrence un appauvrissement en est résulté pour leur débiteur. Ainsi, ils agissent en **nullité absolue** par la voie de l'*action oblique* (article 306 C.O.C.).

5) En ce qui concerne *les tiers*, ils peuvent avoir un *intérêt* à invoquer la **nullité absolue**, à condition qu'ils puissent arguer d'un *intérêt protégé par le droit*, c'est-à-dire d'un intérêt qui doit avoir un *rapport étroit avec la nullité*. Exemple : le contrat de vente d'un local destiné à l'exploitation de la débauche peut être attaqué par un voisin, dont les *intérêts* tant *matériels* que *moraux* sont lésés par ce contrat entaché d'immoralité.

b) Le rôle du pouvoir judiciaire

1) En principe, *le ministère public*, chargé de défendre auprès des tribunaux les intérêts de la société, a le droit de demander la **nullité absolue** d'un contrat

contraire à l'ordre public en se fondant, spécialement, sur l'illicéité ou l'immoralité de l'objet ou de la cause.

2) Il a toujours été admis que, sous la même condition que la nullité touche à l'ordre public, *le juge* a le devoir de la soulever d'office, à tout moment de la procédure, dans un procès où l'un et l'autre des plaideurs ont négligé de l'invoquer.

Toutes ces solutions sont logiques : s'agissant de la violation d'une règle assurant la protection d'un *intérêt général*, il est logique de multiplier « *les chances de dénonciation de l'illicite* ».

§. 3 Les atténuations de la nullité

La nullité est un état grave, elle perturbe l'ordre matériel. Ainsi, sa disparition doit être favorisée et la loi essaye effectivement de l'éviter. Il existe deux moyens pour y parvenir. Soit un acte volontaire, *la confirmation* (A), soit l'écoulement du temps, *la prescription* (B). Ces *consolidations* de l'acte nul opèrent de manières différentes selon qu'il s'agit de nullité relative ou absolue.

A - La confirmation des actes nuls

La confirmation est *l'acte juridique par lequel la personne qui peut se prévaloir de la nullité d'un autre acte renonce à l'invoquer*. Etant une renonciation, la confirmation est un *acte juridique unilatéral*.

Quelles sont les *conditions* et les *effets* de la confirmation ?

1) Conditions de la confirmation

Ce sont des conditions de fond et de forme.

a) Conditions de fond

Elles sont au nombre de quatre :

(1) L'acte ne doit être atteint que de *nullité relative* (article 337 du C.O.C.). S'agissant d'intérêts privés, il est logique que la personne en faveur de qui la nullité est édictée puisse renoncer à la protection qui lui en est ainsi accordée. Par conséquent, lorsque l'acte est nul d'une nullité absolue, la confirmation est exclue (article 329 C.O.C.).

(2) Elle doit émaner du *titulaire de l'action en nullité* ; l'accord de l'autre partie n'est pas nécessaire pour sa validité.

(3) Il faut que le *vice* dont l'acte était atteint *ait pris fin* au moment où intervient la confirmation. En effet, celle-ci n'est ouverte qu'après cessation du vice ou de l'incapacité qui déterminait la nullité (le mineur doit être devenu majeur pour pouvoir confirmer l'acte qu'il aurait fait en état de minorité : article 10 du C.O.C.).

(4) Il faut, enfin, que *l'auteur de la confirmation ait agit en pleine connaissance de cause*, c'est-à-dire en ayant connaissance précise du vice et avec la volonté de le réparer (article 337 du C.O.C.). Ainsi en est-il de l'acheteur qui avait commis une erreur et veut maintenir son contrat lorsqu'il a compris l'erreur qu'il avait faite.

b) Conditions de forme

Il y a deux sortes de confirmation : la confirmation *expresse* et la confirmation *tacite*.

La *confirmation expresse* est celle qui résulte d'une volonté manifestée *verbalement* ou par *écrit*, exprimant d'une manière *claire* l'intention de confirmer (article 337 du C.O.C.).

La *confirmation tacite* résulte de tout *comportement* qui révèle l'intention de renoncer à invoquer la nullité, spécialement de *l'exécution volontaire* du contrat, en tout ou en partie, par celui qui en connaît les vices (article 338 du C.O.C.). Exemple : le paiement partiel d'une dette que l'on sait annulable pour incapacité limitée ; la nullité ne pourrait être opposée pour le surplus.

2) Effets de la confirmation

Elle *éteint l'action en nullité* et rend *valable l'acte irrégulier* en « *réparant le vice* » dont il est atteint. Ce n'est pas un nouveau contrat, c'est l'ancien qui subsiste.

B - La prescription de l'action en nullité

La règle générale d'après laquelle les actions s'éteignent par *prescription* s'applique aux actions en nullité, qu'il s'agisse d'une action en nullité absolue ou d'une action en nullité relative. C'est ce qu'on appelle « *la prescription extinctive* ».

Quel est *le fondement* de la prescription extinctive ? Les nécessités sociales de la paix publique et du bon fonctionnement de la justice qui postulent au bout d'un certain temps la stabilisation des situations de fait et la sécurité juridique des rapports contractuels. Il est dangereux de laisser planer trop longtemps l'incertitude sur le sort

du contrat. Cette stabilisation se faisant au détriment d'intérêts privés, on comprend que le délai en soit plus court que lorsqu'elle opère à l'encontre des intérêts collectifs.

La prescription de l'action en nullité est d'un aspect assez technique. Nous traiterons, d'abord, du *délai* de la prescription puis des *effets* de la prescription.

1) Dualité des délais de prescription

Pour déterminer le *délai* au terme duquel est éteinte l'action en nullité, la distinction entre les nullités relative et absolue demeure essentielle.

a) Prescription de l'action en nullité relative

L'action en nullité relative s'éteint si elle n'a pas été exercée pendant **une année** (article 330 du C.O.C.).

Quel est le *point de départ du délai* ? Ce n'est pas le jour où le contrat a été conclu, mais celui où le **vice a pris fin** en matière de vices du consentement : le jour de la cessation de la violence ; le jour de la découverte de l'erreur ou du dol. Pour les contrats conclus par un incapable, le délai ne court qu'à compter de la **cessation de l'incapacité** : jour de la majorité ou de l'émancipation ; pour les contrats conclus par un majeur protégé (prodigue ou faible d'esprit), du *jour où l'interdiction a été levée* (article 331 du C.O.C.).

b) Prescription de l'action en nullité absolue

L'action en nullité absolue s'éteint par la prescription de droit commun, c'est-à-dire l'écoulement de **quinze ans** (article 402 du C.O.C.). La prescription a pour *point de départ* le **jour où le contrat a été conclu**.

Ce délai assez long ne présente pas d'inconvénients majeurs car la nullité absolue place tous les intéressés dans une situation égale : pouvant l'invoquer à tout instant, chacun d'eux est en mesure de mettre fin à l'incertitude qu'elle fait planer sur le sort du contrat.

2) Effets de la prescription

La prescription **éteint l'action en nullité**. Le contractant au profit duquel cette action existait ne pourra donc plus l'intenter. Après l'expiration du délai, soit de 15 ans, soit d'un an, suivant les cas, l'action en nullité ne peut plus être exercée.

D'où, il résulte que nul ne peut plus prendre l'initiative d'un procès tendant à

faire annuler le contrat irrégulier. Exemple : A, mineur, a vendu un immeuble à B et lui en a fait délivrance ; devenu majeur, A revend le même immeuble à C ; 1 an s'écoule depuis la majorité de A sans qu'il agisse en nullité : la première vente est inattaquable en vertu de l'article 330 du C.O.C., même par C.

§.4 Les effets de la nullité

Une fois prononcées, nullité relative et nullité absolue produisent les mêmes effets. Le propre de toute annulation est de provoquer la destruction rétroactive du contrat (A). En outre, la nullité fait parfois naître une responsabilité à la charge de l'une des parties (B).

A - La destruction rétroactive du contrat

1) *Le principe de rétroactivité*

La nullité a pour effet de *priver le contrat de toute efficacité juridique*. Et il en est ainsi, non seulement pour *l'avenir*, mais pour *le passé*.

L'avenir seul est en cause (sans le passé) lorsque la nullité est prononcée *avant* toute *exécution*. Celle-ci ne pourra pas être ultérieurement demandée ; la nullité se traduit alors par *le maintien des choses en l'état*.

Le passé est en cause (en plus de l'avenir) lorsque la nullité est prononcée *après exécution*. C'est alors que la **rétroactivité** prend son sens ; d'après l'article 336 du C.O.C., l'annulation se traduit par *l'effacement de ce qui avait été fait avant le jugement* : par *le rétablissement de l'état de choses antérieur à la conclusion du contrat*. Tout doit se passer comme si le *contrat n'avait jamais existé*. Les parties doivent donc être replacées dans la situation où elles étaient avant d'avoir contracté. Chacune a droit à la **restitution** de ce qu'elle avait fourni. Soit une vente annulée, le vendeur reprend la chose qu'il avait livrée, l'acheteur le prix qu'il avait payé.

Des limites importantes doivent, cependant, être apportées à l'application du principe de rétroactivité.

2) *Les limites au principe*

La rétroactivité de l'annulation, posée comme principe, comporte, cependant, des limites. En effet, les *restitutions réciproques* peuvent-êre *exclues* eu égard à la

nature du contrat. Il s'agit du **contrat successif**. Dans ce genre de contrat, l'une des prestations est insusceptible de restitution, de par son objet même ; la restitution de l'autre doit donc être pareillement exclue. Un locataire ne peut pas « *restituer la jouissance* » qu'il a eue du bien loué ; un salarié ne peut pas obtenir « *restitution du travail* » qu'il a fourni. Il serait, dès lors, inadmissible que le premier fût admis à se faire restituer le loyer qu'il a payé, que le second fût tenu de restituer le salaire qu'il a perçu. La nullité opérera comme une *résiliation*, et elle n'aura d'effet que pour l'*avenir*.

B - La responsabilité pour annulation du contrat

La responsabilité qui découle de l'annulation du contrat est une **responsabilité** de nature **délictuelle** car le contrat n'est pas valablement formé. Cette responsabilité engendre le paiement de *dommages-intérêts* qui sont liés à l'existence d'une *faute volontaire* ayant engendré un *préjudice* (article 82 du C.O.C.).

Il y a *faute volontaire* (délictuelle) dans certaines hypothèses comme le dol, le dol lésionnaire, la violence. À part ces cas, le contrat peut être annulé sans que le cocontractant ne soit tenu de payer des dommages-intérêts. Exemples : nullité pour incapacité, nullité pour erreur.

CHAPITRE II : LES EFFETS DU CONTRAT

On peut dire que les effets du contrat sont *les obligations mêmes qu'il a pour but de créer*. D'après l'article 240 du C.O.C., ces obligations n'engagent que les *parties* au contrat, elles ne *nuisent* point aux *tiers* et elles ne leur *profitent* pas. C'est le *principe de l'effet relatif du contrat* (Section 1). Il faut dire, aussi, dans un second temps, que les parties sont tenues de *respecter* le contrat ; c'est le *principe de la force obligatoire du contrat* (Section 2). Enfin, comme le contrat produit des effets, il importe de déterminer les moyens dont dispose le créancier pour en obtenir l'exécution, ainsi que les droits qui lui sont reconnus dans le cas, au contraire, de défaillance de son débiteur ; en d'autres termes, c'est *l'exécution du contrat* (Section 3).

SECTION 1 : LE PRINCIPE DE L'EFFET RELATIF DU CONTRAT

La règle édictée par l'art 240 du C.O.C. est que le contrat ne produit effet que dans les rapports entre les **parties**, qu'il n'en a aucun à l'égard des **tiers**. C'est le *principe de l'effet relatif du contrat*. Déjà difficile à analyser en soi (§ 1), ce principe comporte, en outre, des dérogations (§ 2).

§.1 Exposé du principe de l'effet relatif du contrat

Ce principe est une conséquence du *principe de l'autonomie de la volonté* : les **parties** sont *souveraines de devenir débitrices ou créancières*, mais ne le sont que sur elles-mêmes. Les personnes qui n'ont pas participé au contrat sont étrangères à ce contrat. D'après l'article 240 du C.O.C., le contrat ne peut pas, en *principe*, faire naître d'*obligations* à la charge de ces personnes non liées par le contrat ; il ne peut pas, non plus, leur *profiter*. De manière plus concrète, le principe de l'effet relatif est commandé par le *souci de respecter l'indépendance des individus* : le bon sens veut que chacun s'occupe de ses affaires, non de celles d'autrui.

La réalité est, cependant, trop complexe pour que cette seule opposition entre les *parties* et les *tiers* suffise à en rendre compte. Il est, d'abord, nécessaire de déterminer quelles personnes ont la qualité de **parties** ou sont, du moins, *assimilées aux parties* (A).

Quant aux **tiers**, il faut, ensuite, montrer que, si l'exécution même d'obligations auxquelles ils sont étrangers ne peut jamais leur être réclamée ou être réclamée par eux, ils ont, néanmoins, le droit et le devoir de tenir compte de l'existence du contrat, en tant que celui-ci a créé une certaine *situation de fait* (B).

Enfin, il existe, entre les parties et les tiers, des personnes dont la situation, de caractère *intermédiaire*, doit être précisée. Ce sont les **ayants cause à titre particulier** et les **créanciers chirographaires** des parties (C).

A - Les parties

Conformément au postulat de l'autonomie de la volonté, les **parties** sont *les personnes qui ont conclu le contrat*, c'est-à-dire *celles qui ont émis les déclarations de volonté*, dont l'accord a fait le contrat : la volonté de s'obliger et d'obliger.

Cependant, si, en thèse générale, pour avoir la qualité de partie, il faut être l'auteur de l'une des déclarations de volonté qui concourent à former le contrat, cette règle peut se trouver modifiée par l'institution de la **représentation**. D'un autre côté, il faut *assimiler* aux parties leurs **ayants cause à titre universel**.

La **représentation** est un mécanisme par lequel *un individu, dénommé représentant, passe un contrat pour le compte d'un autre individu, appelé représenté, en la personne de qui naissent les droits et les obligations. Juridiquement, c'est le représenté qui est partie au contrat (il devient débiteur ou créancier du tiers qui avait contracté matériellement avec le représentant), bien qu'il n'ait pas participé matériellement à sa confection, parce qu'il n'était pas présent lors de sa conclusion*⁶. Que X désire acheter un immeuble, mais ne puisse ou ne veuille aller discuter avec le vendeur, il lui est possible de désigner Y pour signer l'acte à sa place. Bien entendu, la propriété ne sera pas acquise par ce représentant (Y), mais bien par celui qu'il représente (X) ; et corrélativement, ce dernier sera seul tenu de la dette du prix.

⁶ Le phénomène juridique de la *représentation* est d'une *utilité pratique* certaine :

- il permet de conclure les contrats que nécessite la gestion du patrimoine d'un *incapable*, tel qu'un mineur ou un majeur incapable atteints d'une incapacité absolue, puisque l'incapable ne peut les conclure personnellement (art. 5 du C.O.C.) ;
- il est utile à ceux qui ne *peuvent* ou ne *veulent se déplacer* pour signer des actes ou en discuter les clauses ;
- il est, également, utile pour le fonctionnement de la *personne morale*, puisque cette dernière ne peut accomplir des actes juridiques que par le biais d'une personne physique, représentant de cette personne morale : agents commerciaux, mandataires, courtiers, représentants de commerce... (art. 5 du C.O.C.).

L'**ayant cause**⁷ à **titre universel** est *celui qui recueille, soit la totalité, soit une quote-part du patrimoine de son auteur* (la moitié, le tiers ou le quart, par exemple). Cette qualité appartient aux **héritiers**. En effet, l'art 241 du C.O.C. dispose que « *les obligations ont effet non seulement entre les parties elles-mêmes, mais aussi entre leurs héritiers...* ». Par conséquent, par l'effet du contrat, ils deviennent *créanciers* ou *débiteurs* là où leur auteur était lui-même créancier ou débiteur.

Cette règle est imposée par la notion même de patrimoine, considéré comme une universalité. Recueillir le patrimoine, c'est recueillir tous les droits et toutes les charges qui le composaient.

Mais à ce principe, l'article 241 al. 2 du C.O.C. prévoit une exception : un *héritier* peut toujours *renoncer à la succession* à laquelle il est appelé : « *Nul n'est héritier qui ne veut* ». Ce faisant, l'héritier perd la qualité d'ayant cause à titre universel : il devient, par rapport à son auteur, « *le décujus* », un *tiers*. Par voie de conséquence, les obligations contractées par son auteur n'ont aucun effet à son égard.

B - Les tiers

On désigne par-là *ceux qui sont entièrement étrangers et au contrat, et aux contractants* : c'est-à-dire ceux qui, ne s'étant engagés ni *par eux-mêmes*, ni *par représentant*, ne sont, en outre, ni *ayants cause*, ni *créanciers* de l'une ou l'autre des parties. Ce sont les **tiers absolus**.

C'est à ces tiers que s'applique, fondamentalement, le *principe de l'effet relatif* ; c'est à eux que, selon la formule de l'article 240, le contrat ne *nuit*, ni ne *profite* : ils ne peuvent devenir *créanciers* ou *débiteurs* en vertu d'un contrat auquel ils n'ont pas été partis.

Cependant, cette règle ne signifie pas que ce contrat ne puisse produire, à leur égard, des *effets indirects*. Le contrat a créé, en effet, une situation juridique entre les parties, et les *tiers*, s'ils ne sont pas personnellement liés par cette situation, ne peuvent en méconnaître l'existence entre les parties. À l'égard des *tiers*, le contrat a créé une *situation de fait* dont nul ne peut méconnaître l'existence. Ainsi, est-il

⁷ La notion d'**ayant cause** suppose une *transmission de droit* : l'acquéreur d'un droit est l'*ayant cause* de celui qui le lui a transmis ; celui qui a transmis le droit est l'*auteur* de celui qui l'a acquis. On distingue *deux catégories* d'ayants cause selon que la transmission porte sur un *droit* considéré à *titre particulier* auquel cas il s'agit de l'**ayant cause à titre particulier**, ou, au contraire, sur une *universalité* auquel cas il s'agit de l'**ayant cause à titre universel**.

classiquement enseigné que le contrat est **opposable aux tiers**, et que ceux-ci doivent *respecter* les droits qu'il a fait acquérir aux parties.

C - Les personnes intermédiaires entre les parties et les tiers

Il est des personnes qui ne sont point *parties*, mais qui ne sont pas non plus *tiers* véritables, parce qu'elles ont avec l'une des parties une relation particulière à laquelle le contrat peut porter préjudice. Ce sont, d'une part, les **ayants cause à titre particulier**, d'autre part, les **créanciers chirographaires** de l'une ou l'autre des parties.

1) Les ayants causes à titre particulier

Alors que l'*ayant cause à titre universel* est celui qui a recueilli l'intégralité ou une quote-part du patrimoine de son auteur, l'**ayant cause à titre particulier** est *celui à qui son auteur n'a transmis qu'un bien ou un droit déterminé*. L'acheteur d'un bien déterminé est ayant cause à titre particulier du vendeur ; le *donataire* bénéficiaire d'un bien déterminé est ayant cause à titre particulier du donateur.

En *principe*, l'*ayant cause particulier* est un *tiers* par rapport aux actes juridiques passés par son auteur. Exemple : H, en tant qu'ayant cause de A, est étranger au contrat conclu entre A et B et portant sur le bien qui vient d'être transmis par A à H. Le *principe* veut que l'ayant cause H ne doit ni *profiter* ni *souffrir* du contrat conclu par A, son auteur, avec B.

Cependant, si le contrat passé entre A et B a créé une *créance en rapport direct avec le bien ou le droit transmis* à H par A, son auteur (vendeur, donateur), l'ayant cause, H (acheteur, donataire), peut *profiter* des droits concernant le bien transmis. Exemple : l'acquéreur d'un fonds de commerce (H) peut tirer *profit* de la *clause de non concurrence* stipulée au profit du propriétaire du fonds de commerce, son vendeur (A).

2) Les créanciers chirographaires

Le **créancier chirographaire** est *celui qui a pour garantie non pas tel bien particulier, mais le patrimoine de son débiteur*. Ce créancier simple ne se trouve pas engagé par les contrats conclus par son débiteur. *Passivement*, le créancier ne peut être contraint d'exécuter les contrats de son débiteur, pas plus qu'il ne peut, *activement*, en réclamer l'exécution.

Toutefois, *indirectement*, ces contrats ont des répercussions à son égard. Le créancier a, en effet, un *droit de gage général* sur le patrimoine de son débiteur, et ce droit est affecté par lesdits contrats : ce qui enrichit ou ce qui appauvrit le débiteur, suivant qu'il a conclu une convention avantageuse ou désavantageuse, augmente ou diminue les chances qu'a le créancier d'être payé. Il subit, dit-on, les « *fluctuations* » du patrimoine de son auteur.

D'autre part, au point de vue passif, les contrats du débiteur peuvent être *opposés* à ses créanciers.

En raison de cet effet *indirect* mais important, et en vue de la protection de leur *droit de gage général*, l'article 306 du C.O.C. accorde aux créanciers deux *actions spéciales* :

- l'*action oblique*, qui leur permet de *profiter* des contrats passés par leur débiteur, notamment si ces contrats ont été fait en fraude de leur droit. En effet, cette action permet aux créanciers de *se substituer* à un débiteur négligent pour exercer les droits que celui-ci omet de faire valoir, par exemple, pour poursuivre en paiement les propres débiteurs de ce débiteur. Mais le demandeur à cette action n'agit pas pour son compte personnel ; il agit *au nom* et du chef *du débiteur*, qu'il ne fait que représenter (article 306 al. 2 du C.O.C.).
- l'*action paulienne*, qui leur permet d'attaquer, *en leur nom personnel*, les actes passés par leur débiteur en fraude de leurs droits (article 306 al. 1 du C.O.C.).

§.2 Une dérogation au principe de l'effet relatif du contrat : la stipulation pour autrui

Il n'y a de dérogation à ce principe qu'autant qu'un **tiers**, étranger, aura été rendu *créancier* par un accord de volontés auquel il n'a pas participé ; ce qui suppose que ce *tiers* soit en droit de réclamer l'exécution même de ce contrat. Ainsi, il ne s'agit pas ici d'un problème d'opposabilité. Il s'agit plutôt de savoir si l'on peut *stipuler pour autrui*, c'est-à-dire faire naître une *créance* au profit d'un *tiers*. À cette question, la réponse est affirmative ; la *stipulation pour autrui* est licite et de pratique courante⁸.

⁸ En revanche, on ne peut *promettre pour autrui*, c'est-à-dire faire naître une *dette* à la charge d'un tiers. La *promesse pour autrui* est illicite. En effet, l'article 37 du C.O.C. dispose que « *Nul ne peut engager autrui s'il n'a pouvoir de le représenter en vertu d'un mandat ou de la loi* ». Par exemple, X convient avec Y que Z vendra sa maison au second (Y). X n'est ni le mandataire ni le gérant d'affaires de Z. Ce dernier n'est pas tenu de vendre. Etant tiers au contrat, il ne peut devenir débiteur en raison de cette convention entre X et Y. C'est l'application logique du principe de l'effet relatif du contrat.

La **stipulation pour autrui** est une opération juridique intéressant trois personnes. Deux d'entre elles -le *stipulant* et le *promettant*- concluent un contrat qui fait naître un droit au profit de la troisième : le *tiers bénéficiaire*. De façon plus précise, on dira que c'est une ***opération par laquelle une personne, le stipulant, obtient d'une seconde, le promettant, un engagement envers une troisième : le tiers bénéficiaire***. Ainsi, il y a bien *dérogation* au **principe de l'effet relatif**. Le *tiers bénéficiaire* devient *créancier*, en vertu d'un contrat auquel il n'a pas participé.

Comme illustration pratique, on cite souvent l'exemple de l'*assurance vie* : un individu contracte avec une compagnie d'assurances, moyennant le paiement d'une prime annuelle, qu'elle remettra, lors de son décès, un capital soit à sa veuve, soit à ses enfants ; ce faisant, l'assuré stipule, en son nom personnel, pour autrui. Il est donc le stipulant ; la compagnie est le promettant ; la femme ou les enfants sont les tiers bénéficiaires.

Etant une *exception* au *principe de l'effet relatif du contrat*, la stipulation pour autrui n'est admise que limitativement et à des conditions précises pour pouvoir produire des effets en droit.

1) Les conditions de la stipulation pour autrui

Elles se répartissent en deux groupes : celles qui tiennent au contrat conclu entre le *stipulant* et le *promettant* ; celles qui sont requises en la personne du *tiers bénéficiaire*.

a) Les conditions tenant au contrat conclu entre le stipulant et le promettant

Il faut que le contrat de base qui lie le stipulant au contractant remplisse les *conditions de validité* propres à tout contrat : capacité, consentement, objet et cause. Ainsi, si l'une de ces conditions de formation fait défaut, le contrat est *nul* et le promettant (la compagnie d'assurance, par exemple) pourra opposer cette nullité au tiers bénéficiaire. Exemple : une assurance sur la vie faite au profit de la concubine de l'assuré sera *nulle* pour *cause immorale*.

b) Les conditions requises en la personne du tiers bénéficiaire

(1) Stipulation au profit de personnes indéterminées ou futures

** Le bénéficiaire doit-il être déterminé au moment de la conclusion du contrat ?*

L'article 38 du C.O.C. dispose que l'« *on peut stipuler au profit d'un tiers, même indéterminé* ». Ainsi, il n'est pas nécessaire que le bénéficiaire soit nommément désigné dès l'instant de la stipulation. Il suffit qu'il puisse l'être au *moment où la stipulation doit produire ses effets*, c'est-à-dire le jour où il aura à faire valoir sa créance, ce qui suppose que le stipulant ait donné un moyen de *l'individualiser*. La détermination nécessaire n'est, en réalité, qu'une **défectabilité**. C'est l'hypothèse de l'assurance « *pour le compte de qui il appartiendra* ».

** Le bénéficiaire doit-il exister au moment de la conclusion du contrat ?*

Peut-on stipuler au profit de *personnes futures* ? La réponse est affirmative. En effet, le bénéficiaire peut ne pas être conçu au moment de la formation du contrat pourvu qu'il le soit au *moment de la réalisation de la stipulation*. Cette hypothèse est d'un usage fréquent : une personne prend une assurance sur la vie payable à ses enfants nés et *à naître*, c'est-à-dire au profit de ceux qui non seulement n'étaient pas nés, mais n'étaient pas conçus lors de la désignation.

(2) Le consentement du bénéficiaire est-il une condition de validité de la stipulation ?

La réponse est *négative*. Le consentement du bénéficiaire n'est pas une *condition de validité* de la stipulation (le contrat conclu entre le stipulant et le promettant). Cependant, le consentement du bénéficiaire est une **condition d'efficacité** de la stipulation pour autrui. En effet, le promettant n'est tenu d'exécuter que si le bénéficiaire l'exige ; ce qui implique qu'il a *accepté*. L'article 38 al.3 du C.O.C. précise, en effet, que « *La stipulation est réputée non avenue lorsque le tiers en faveur duquel elle est faite refuse de l'accepter en notifiant son refus au promettant* ». Par conséquent, l'acceptation du bénéficiaire est un événement capital,

car à partir de ce moment, le stipulant *ne peut plus révoquer la stipulation*. Tant qu'il n'y a pas eu acceptation, la stipulation reste donc *révocable*.

2) Les effets de la stipulation pour autrui

L'opération étant triangulaire, trois séries de rapports sont à envisager.

a) Rapports entre le stipulant et le promettant

Le stipulant et le promettant sont liés par un contrat sur lequel se greffe la *stipulation pour autrui*. Les effets de ce contrat seront donc les effets normaux d'un contrat : le *stipulant* est *débiteur* de tout ce à quoi il s'est engagé envers le *promettant* ; il est *créancier* de tout ce à quoi le promettant s'est engagé envers lui.

b) Rapports entre le tiers bénéficiaire et le promettant

Le *tiers bénéficiaire* acquiert un *droit direct de créance* contre le promettant. La reconnaissance de ce droit direct conduit à donner au tiers bénéficiaire une *action en exécution* pour exiger l'accomplissement de la prestation stipulée à son profit. En revanche, le tiers bénéficiaire, n'ayant pas été partie au contrat principal conclu entre le stipulant et le promettant, ne peut pas agir en *résolution* de ce contrat pour inexécution de la stipulation faite à son profit.

c) Rapports entre le stipulant et le tiers bénéficiaire

Ainsi qu'il a été précédemment indiqué, le stipulant dispose d'une *faculté de révocation* tant que le tiers bénéficiaire n'a pas accepté la stipulation.

SECTION 2 : LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT

La *force obligatoire du contrat* est affirmée en termes énergiques et célèbres par l'article 242 al. 1 du C.O.C. : « *Les obligations contractuelles valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Cette formule signifie que chaque contractant est lié par le contrat comme il le serait si son obligation lui était imposée

par la loi : les parties doivent se conformer à la « *loi du contrat* », tout comme elles sont tenues de respecter la loi proprement dite.

Quel est *le fondement* de ce principe ? D'après la doctrine classique, à base individualiste, ce principe a pour fondement la valeur même de la *volonté individuelle* comme source de droit. La liberté de l'homme peut être enchaînée et ne peut être enchaînée que par la volonté de celui-ci. On en a déduit trois conséquences :

le contrat a force obligatoire pour les *parties* qui l'ont conclu ;

le contrat a force obligatoire pour le *juge*, chargé de le faire appliquer ;

le contrat a même une force s'imposant à la *loi*.

Ainsi, on étudiera les conséquences du principe de la force obligatoire du contrat, tant à l'égard des parties qu'à l'égard du juge et de la loi.

§.1 Force obligatoire du contrat entre les parties

A - *Le principe*

D'après l'article 242 du C.O.C., le *contrat est la loi des parties* autrement dit, il a la force de la loi à l'égard des contractants. Ces derniers sont *liés* par les obligations qu'ils ont voulues.

B - *Les conséquences du principe*

Le lien de droit qui unit les contractants entraîne les conséquences suivantes : il est *irrévocable* et doit être *exécuté de bonne foi*.

1) *L'irrévocabilité du contrat*

La force obligatoire du contrat signifie que c'est la *volonté commune* des contractants qui peut *rompre* le contrat ou le *modifier*. Le *débiteur* ne peut de par sa *volonté unilatérale révoquer* le contrat ou le *modifier*.

Cette conséquence se trouve exprimée dans l'art 242 al. 2 du C.O.C. : « *Les obligations contractuelles.....ne peuvent être révoquées que de leur (les contractants) consentement mutuel ou dans les cas prévus par la loi* ».

La possibilité de *révoquer* un contrat d'un *commun accord* est une application pure et simple du principe consacré à l'art 242 al. 1 du C.O.C. : il s'agit en réalité d'une *convention nouvelle* par laquelle les parties défont ce qu'elles avaient fait.

L'irrévocabilité du contrat connaît deux *tempéraments* :

1) **La révocation unilatérale autorisée par la loi** : L'article 242 *in fine* du C.O.C. laisse place à la possibilité de la **révocation unilatérale** « *dans les cas prévus par la loi* ». En effet, dans certains contrats, c'est la *loi* qui autorise l'une des parties à *mettre fin* au contrat de façon *unilatérale*. Tel est le cas dans les **contrats successifs à durée indéterminée** et ce dans le but d'éviter qu'une personne soit liée par un *engagement perpétuel*, lequel engagement est prohibé en droit positif (v., par exemple, l'article 833 du C.O.C.) : le salarié ou l'employeur peut *rompre unilatéralement* le contrat de travail. La loi permet, également, la **révocation unilatérale** de certains **contrats successifs à durée déterminée** lorsque la confiance qu'ils impliquent a disparu. Exemples : le prêt (article 1067 du C.O.C.) ; le mandat (article 1157 du C.O.C.).

2) **La révocation unilatérale prévue par les contractants** :

Ce sont les contractants eux-mêmes qui prévoient la possibilité de **résiliation unilatérale** du contrat. En effet, lorsque le contrat prend fin par la *volonté unilatérale* d'une seule partie, cette faculté de *rupture unilatérale* a été prévue d'avance, d'un commun accord, par les deux parties ; celui qui subira, plus tard, la résiliation y a donné, à l'avance, son adhésion. Cette faculté est prévue par l'article 121 du C.O.C. : « *Chacune des parties, ou l'une d'elles peut se réserver la faculté de déclarer, dans un délai déterminé, si elle entend tenir le contrat ou le résilier* ». Cette faculté peut être exprimée dans le contrat, dès sa conclusion, par une clause qui y sera insérée. Elle peut, également, être exprimée après la conclusion du contrat.

2) **L'exécution de bonne foi**

La force obligatoire du contrat signifie, également, que les contractants sont tenus d'*exécuter de bonne foi* leurs **obligations contractuelles**. Il s'agit d'un principe général de droit. Ce principe implique que les deux parties doivent exécuter **loyalement** le contrat, voire **coopérer** à son exécution.

§.2 Force obligatoire du contrat à l'égard du juge

Si les parties n'exécutent pas volontairement le contrat, c'est au **juge** que le créancier s'adresse pour obtenir l'ordre d'exécution forcée. Or, sur la base du respect de la volonté contractuelle, le *juge est lié par le contrat*, comme il le serait par une loi. Il ne peut ni le *modifier* ni le *révoquer* puisque le contrat ne peut-être modifié ou révoqué que dans les conditions de l'article 242 al. 2 du C.O.C..

Cependant, si les *circonstances économiques et sociales* changent entre le moment où le contrat se forme et celui où il s'exécute, l'un des contractants lésé peut-il demander au juge d'obtenir une **révision du contrat** ?

Il faut supposer un contrat dont l'exécution s'étale dans le temps, spécialement un **contrat à exécution successive** (exemple : un contrat de bail, un contrat de travail, marché de fournitures) conclu pour une longue durée. Les obligations des parties - notamment, celle qui s'exprime en argent, sous la forme d'un prix- ont dû être fixées en considération des circonstances économiques (du niveau de prix) qui existaient au moment où le contrat a été conclu. L'hypothèse est que, pendant l'exécution du contrat, les *circonstances changent* substantiellement, par suite d'*événements imprévus* (guerre, crise, inflation) : les marchandises se raréfient, les prix augmentent, l'exécution devient beaucoup plus onéreuse pour l'un des contractants en raison de la survenance de ces *événements imprévus* ; par exemple augmentation importante et imprévisible du prix des matières premières (pétrole, briques, ciments...) ou du prix du transport.

Dans de telles situations, se pose la question de savoir si le *contractant désavantagé peut obtenir la révision du contrat afin qu'en soit rétabli l'équilibre contractuel*. C'est le problème dit de « **l'imprévision** ».

La réponse de principe est négative. Le principe de la force obligatoire du contrat, posé dans l'article 242 C.O.C., est toujours fermement affirmé par la jurisprudence. C'est en son nom qu'elle a refusé toute révision du contrat par le juge fondée sur l'imprévision, c'est-à-dire sur l'impossibilité dans laquelle s'étaient trouvées les parties de prévoir l'intervention d'événements imprévus déséquilibrant considérablement le contrat aux dépens de l'une des parties. Mais cette position de principe comporte des *exceptions conventionnelles*.

A - Principe : l'exclusion de la révision du contrat par le juge

Le juge doit-il intervenir pour *résilier* ou *réviser* le contrat successif dont l'exécution est devenue onéreuse, voire ruineuse pour l'un des contractants, en sachant que les *contractants* n'avaient pas prévu la révision du contrat et que la *loi* ne lui a pas confié le pouvoir de réviser ? C'est la question de ***l'adaptation du contrat aux nouvelles circonstances***.

La réponse de principe est négative. Le juge ne peut *résilier* ou *réviser* le contrat pour cause d'imprévision. La **force obligatoire du contrat**, formulée par l'article 242 du C.O.C., s'impose non seulement aux parties, mais aussi au *juge*. *Le contrat fait la loi des parties*. Il ne peut être *modifié* ou *résilié* que dans les conditions de l'article 242 al. 2 du C.O.C..

B - Exceptions conventionnelles au refus de révision

Le contrat peut-être *révisé* en cours d'exécution à la suite du changement des circonstances imprévues, parce que les *parties* avaient prévu dans leur contrat cette révision.

Dans cette exception, la révision du contrat prend sa source dans la *volonté commune des parties*, autrement dit, *la révision est stipulée d'avance par les parties*. En effet, par application de l'article 242 du C.O.C., les parties peuvent licitement prévoir, en contractant, que leurs stipulations- notamment celles relatives au prix- seront *modifiées* si un changement de circonstances économiques survient en cours d'exécution. Il appartient à la convention de préciser le moment (soit à tout moment, soit à la fin de périodes fixées), les critères de révision et les organes qui en seront chargés (un expert, par exemple). La *modification du contrat*, lorsqu'elle est prévue dans celui-ci, reste conforme au **principe de l'autonomie de la volonté**.

Deux sortes de combinaisons sont devenues courantes :

1) La clause de variation automatique : l'objet de l'obligation -spécialement, le montant de l'obligation de somme d'argent- variera de *plein droit* en fonction d'une *variation des indices*, sans qu'il soit besoin pour cela d'une intervention du juge. Le type de ces combinaisons est la **clause d'échelle mobile** ou la **clause d'indexation** : le prix varie selon les fluctuations d'un indice convenu, par exemple le prix du blé ou celui du pétrole ; cette clause est une garantie contre la *dépréciation monétaire*.

2) La clause de révision : la *révision* du contrat pourra être *demandée par l'un ou l'autre des contractants*, soit à *tout moment*, soit à la *fin de périodes fixées*, dès lors qu'un changement aura été constaté dans les circonstances économiques.

§.3 Force obligatoire du contrat à l'égard du législateur

En *principe*, le *législateur* doit respecter les contrats issus de la volonté des parties.

Cependant, par application de l'article 242 al. 2 du C.O.C., des raisons d'*intérêt général, économique ou social*, conduisent fréquemment le législateur :

soit à *réviser* directement et d'autorité les *contrats en cours*. Exemples : la loi de 1976 et la loi du 25 mai 1977 régissant les baux commerciaux : révision du taux des loyers (article 815 du C.O.C.) ;

soit à reconnaître à l'une des parties la *faculté de résilier le contrat avant le terme fixé*. Exemples : le prêt (article 1067 du C.O.C.) ; le mandat (article 1157 du C.O.C.).

Section 3 : L'inexécution du contrat : La responsabilité contractuelle

La **responsabilité civile** est *l'obligation, mise par la loi à la charge d'une personne, de réparer un dommage subi par une autre*. Ainsi définie, la *responsabilité* peut résulter de *l'inexécution*, du *retard dans l'exécution* ou de la *mauvaise exécution* d'un contrat, par exemple, de la perte ou de la détérioration des marchandises confiées à un transporteur. C'est la **responsabilité contractuelle**, en vertu de laquelle le débiteur qui n'a pas exécuté son obligation contractuelle ou qui l'a mal exécutée doit des dommages et intérêts à son créancier. Il y a, au contraire, *responsabilité délictuelle* ou *quasi-délictuelle* lorsque le dommage est indépendant de toute obligation contractuelle liant l'auteur à la victime. Tel est, notamment, le cas dans l'exemple de l'accident d'automobile.

On examinera successivement les *conditions* de la responsabilité contractuelle (§ 1) et les *conséquences* de la responsabilité contractuelle (§ 2).

§. 1 Les conditions de la responsabilité contractuelle

Le créancier peut engager la *responsabilité contractuelle* de son débiteur si trois conditions sont réunies : une *faute contractuelle* (A), un *dommage* (B) et un *lien de causalité entre la faute et le dommage* (C).

A - La faute contractuelle

Il s'agit de la *faute contractuelle du débiteur*, notion qu'il faut définir (1). À cet égard, rien d'étonnant à ce que celui-ci cherche à *se libérer* de sa responsabilité par l'une des *causes exonératoires de responsabilité* telle la force majeure (2).

1) La notion de faute contractuelle

L'article 273 du C.O.C. parle de l'*inexécution*, mais non pas de la *faute* : c'est, sans doute, que la faute peut-être regardée comme impliquée dans l'*inexécution*. De fait, il est courant de définir la **faute contractuelle** comme *le manquement à une obligation contractuelle*. Rien d'étonnant que, dans l'article 273 du C.O.C., le manquement à une obligation puisse être analysée comme une faute.

(a) Nature et preuve de la faute contractuelle

La preuve dépend de la nature de la faute. À cet égard, une distinction a été proposée suivant l'**objet de l'obligation**.

Lorsque l'obligation inexécutée est une **obligation de résultat**, la *faute* du débiteur est **présumée** ; elle est impliquée dans le seul fait de l'*inexécution*. Par conséquent, le *créancier n'a pas à prouver* cette *faute*, il lui suffit d'établir que le contrat comporte, à son profit, une obligation de résultat et que l'obligation n'a pas été exécutée.

Cependant, la **présomption de faute** pesant sur le débiteur est **simple**, elle admet donc la **preuve contraire**. Il peut, en général, se libérer en établissant que l'*inexécution* est due à une cause étrangère qui ne lui est pas imputable, une force majeure, par exemple.

Lorsque l'obligation inexécutée est une **obligation de moyens**, il n'y a plus présomption de faute : elle ne se laisse plus déduire de la seule absence de résultat ; il devient nécessaire de porter un jugement sur la conduite du débiteur et de comparer ce qu'il a fait à ce qu'il aurait dû faire. Dans ce cas, le *créancier doit prouver la faute du débiteur* et doit établir qu'il n'a pas déployé la diligence qui constituait la matière de son obligation. Ainsi, la *faute* du débiteur doit être **prouvée** dans l'obligation de moyens. Pour se dégager, le débiteur doit simplement prouver qu'il n'a pas commis de faute.

(b) Les différentes catégories de fautes contractuelles

La loi fait dépendre de la catégorie de la *faute* l'étendue du droit à des dommages-intérêts. Autrement dit, plus la faute du débiteur est grave, plus le créancier peut aggraver sa responsabilité : article 278 al.1 *in fine* du C.O.C..

(1) Faute intentionnelle et faute non intentionnelle

Fondée sur une différence d'ordre psychologique, cette distinction n'est autre que celle du *délit* et du *quasi-délit*.

La *faute intentionnelle* ou *faute dolosive* est tout *acte volontaire par lequel le débiteur refuse d'exécuter son obligation*. C'est une malhonnêteté de sa part en essayant, de *mauvaise foi*, de se soustraire à ses engagements. C'est la volonté non seulement de se comporter de telle manière, mais de causer le dommage.

À l'opposé, on conçoit, en matière contractuelle, des *fautes non intentionnelles* appelées aussi *fautes simples*. Commet une faute non intentionnelle *celui dont la volonté ne s'est pas appliquée au dommage* : il a généralement voulu son acte ; il n'en a pas voulu les conséquences. La faute consiste alors soit à ne pas avoir prévu l'éventualité du dommage, soit, si on l'a prévue, à ne pas avoir pris les précautions nécessaires pour en éviter la réalisation. D'où les expressions de *négligence* ou d'*imprudence*.

Que la faute soit *intentionnelle* ou *non intentionnelle*, le *débiteur* de l'obligation inexécutée doit *réparer le dommage*. Mais les juges sont enclins à *augmenter* le montant des *dommages-intérêts* lorsque la *faute* est *intentionnelle* : article 278 al. 1 *in fine* du C.O.C..

(2) Faute légère et faute lourde

La *faute légère* est *celle que ne doit pas commettre l'homme soigneux et diligent* appelé couramment le *bon père de famille*.

Alors que la *faute lourde* est une *erreur*, une *négligence énorme et impardonnable*. Mais *l'auteur* d'une faute lourde *n'est pas de mauvaise foi*. Il a simplement commis une faute *énorme* et *grossière*. Bonne foi ou mauvaise foi distingue la faute lourde de la faute intentionnelle.

2) Les causes exonératoires de responsabilité

Le débiteur échappe à la responsabilité et le créancier ne peut obtenir des dommages-intérêts lorsque l'*inexécution* du contrat ou son *exécution tardive* est imputable à une *cause étrangère*. En effet, l'*inexécution* de l'obligation ou son *exécution tardive* peut provenir d'un *événement autre que la faute du débiteur*. L'article 282 du C.O.C. dispose : « *Il n'y a lieu à aucun dommages-intérêts, lorsque le débiteur justifie que l'inexécution ou le retard proviennent d'une cause qui ne peut*

lui être imputée, telle que la *force majeure*, le *cas fortuit* ou la *demeure du créancier* ».

(a) Force majeure ou cas fortuit

(1) Définition de la force majeure ou du cas fortuit

La *force majeure* ou le *cas fortuit* sont deux expressions pratiquement synonymes.

La définition de la **force majeure** se trouve dans l'article 283 du C.O.C. : « *La force majeure est tout fait que l'homme ne peut prévenir* ».

Différents *événements* peuvent constituer des *cas fortuits* ou de *force majeure* et être à l'origine d'un *obstacle à l'exécution*. On peut principalement les ranger en deux catégories :

- **Événements naturels** : selon l'article 283 du C.O.C. : « (...) *inondations, sécheresse, orages, sauterelles* (...) ».
- **Événements humains et sociaux** : agissements d'un tiers ou d'un groupe de personnes : grève de la société débitrice, faute d'un tiers, incendies, déraillement, émeutes, pillages...

(2) Caractères de la force majeure ou du cas fortuit

Pour permettre au débiteur de se décharger de sa responsabilité et de se délier des dommages-intérêts, la *force majeure* ou le *cas fortuit* doivent présenter un certain nombre de *caractères* et de façon *cumulative*. En effet, la *force majeure* ou le *cas fortuit* doivent être :

1) **irrésistible**, c'est-à-dire *impossible à surmonter*, car à l'impossible nul n'est tenu. Il ne faut pas confondre impossibilité et *simple difficulté* : si le débiteur pouvait surmonter l'obstacle, il n'y a pas *force majeure*. Exemple : le constructeur qui se heurte à un sous-sol exigeant des fondations plus importantes que prévu, reste tenu par son contrat ;

2) **imprévisible**, c'est-à-dire la *force majeure* ou le *cas fortuit*, en tant qu'*obstacle à l'exécution, échappait*, lors de la conclusion du contrat, à *toutes les prévisions humaines*. Si l'évènement avait pu être prévu par le débiteur, celui-ci eût été en faute de n'avoir pas pris les mesures nécessaires ;

3) **extérieur**, c'est-à-dire l'évènement n'est libératoire qu'à la condition de *se produire en dehors de la sphère dont le débiteur doit répondre*. Le débiteur ne répond

pas seulement de sa propre personne, mais aussi de tous ceux ou de tout ce qu'il emploie pour exécuter le contrat. Par exemple, un entrepreneur ne peut invoquer la défaillance de son personnel ou de son matériel pour s'exonérer de sa responsabilité, bien qu'il s'agisse d'événements *irrésistibles* et *imprévisibles*.

(b) Demeure du créancier (articles 284 à 288 du C.O.C.)

Le **créancier** est **en demeure** si c'est par son *propre fait* et *sans juste cause* que le contrat n'a pas été exécuté. La *demeure du créancier* revêt le plus souvent les caractères d'une *faute*, alors que l'attitude du débiteur dénote la bonne foi. Par exemple, si un voyageur tombe du train par son *imprudence*, la responsabilité contractuelle de la S.N.C.F.T. n'est pas engagée.

B - Le dommage

Pour obtenir réparation, le créancier doit justifier d'un *dommage* ou, dit-on, d'un *préjudice*. Idée simple qui nous amène à déterminer les sources (1) et les différents éléments (2) du dommage.

1) Les sources du dommage

C'est l'**inexécution** par le débiteur de la prestation promise qui peut entraîner un *préjudice* pour le créancier. L'*inexécution*, dont il est question, est entendue dans un sens large, qui englobe aussi bien *le défaut d'exécution* proprement dit que *le retard dans l'exécution*. C'est ce que dispose explicitement l'article 277 du C.O.C. « *Les dommages et intérêts sont dus, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution* ».

(a) L'inexécution du contrat ou son exécution défectueuse

L'**inexécution du contrat** donne lieu à des *dommages et intérêts* dit *compensatoires*, qui réparent le *préjudice* causé par la *carence définitive* du débiteur.

L'inexécution peut être soit *totale* soit *partielle*. Lorsque l'inexécution n'est que partielle, les dommages et intérêts seront évidemment moindres.

L'**exécution défectueuse** de l'obligation doit être assimilée à une *inexécution* ; par exemple, la marchandise commandée est livrée mais elle est de *mauvaise qualité* ou en *mauvais état*.

(b) L'exécution tardive du contrat

On suppose que, si l'obligation a été finalement exécutée, elle ne l'a été qu'*après le terme fixé* dans le contrat. L'exécution tardive donne lieu à des **dommages et intérêts** dit **moratoires**, qui réparent le préjudice causé par le *simple retard*.

Il convient de préciser qu'en principe, le *seul fait qu'il y ait retard dans l'exécution n'établit pas de plein droit l'existence d'un préjudice*. C'est pourquoi, le créancier doit rapporter la **preuve du préjudice** résultant de l'*exécution tardive*. Ainsi, peut-il faire valoir le trouble apporté au fonctionnement de son entreprise par le retard du débiteur dans la fourniture des prestations promises.

Toutefois, la *preuve du dommage* causé par le retard n'est pas nécessaire lorsque l'**obligation** a pour objet **une somme d'argent**. L'article 278 du C.O.C. dispose dans son alinéa 3 que pour les *créances portant sur une somme d'argent*, les « *dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte* ». La loi considère que le *préjudice existe toujours* en pareil cas, puisque, si le créancier avait été payé à l'échéance, il aurait pu replacer à intérêts les fonds liquides qui lui étaient dus. Il y a donc une **présomption irréfragable** que le *créancier*, dans une obligation ayant pour objet une somme d'argent, *subit un préjudice* du seul fait du *retard dans l'exécution*. Ce préjudice n'a pas à être prouvé.

2) Les éléments du dommage

Le **dommage** dont le créancier peut faire état est presque toujours **matériel**⁹. Est *matériel* le *dommage qui est directement susceptible d'évaluation pécuniaire* car il porte atteinte au patrimoine. Il en est ainsi, par exemple, lorsque le créancier peut invoquer le préjudice que lui a causé l'absence d'une prestation sur laquelle il comptait.

Conformément à l'article 278 al. 1 du C.O.C.¹⁰, la *réparation* doit avoir pour objet la **totalité du dommage matériel** (*principe de la réparation intégrale du préjudice*), ce qui comprend deux éléments :

⁹ Malgré le silence de la loi, on admet, aujourd'hui, que des dommages-intérêts peuvent aussi être dus pour le **dommage moral** subi par le créancier du fait de l'inexécution du contrat ou de son exécution tardive.

La définition qu'on peut donner au *dommage moral* est négative : c'est *celui qui ne porte pas atteinte au patrimoine*. Positivement, il s'agit d'une *souffrance éprouvée par la victime*. Par exemple, une souffrance due à la dissolution du mariage (divorce), une souffrance due à la destruction d'un objet dont il n'existe pas de semblable sur le marché.

¹⁰ L'article 278 al. 1 du C.O.C. dispose : « *Les dommages sont la perte effective que le créancier a éprouvée et le gain dont il a été privé (...)* ».

- la *perte effective* (*subie*) que le créancier a éprouvée, ce qui suppose que le fait dommageable a entraîné l'*appauvrissement* de la victime ;
- et le *gain manqué*, ce qui suppose que ce même fait a *privé la victime d'un enrichissement* sur lequel elle pouvait légitimement compter. Exemple : dans un transport maritime de marchandises destinées à la vente, si des manquants sont constatés à l'arrivée, les dommages-intérêts alloués au destinataire doivent tenir compte, non pas seulement du prix qu'il avait payé les objets perdus, mais du prix qu'il aurait pu les vendre, c'est-à-dire du bénéfice manqué.

C - Le lien de causalité entre la faute et le dommage

D'après l'article 278 al. 1 du C.O.C., il doit y avoir une *relation de cause à effet entre le dommage*, dont on réclame réparation, *et la faute du débiteur*, c'est-à-dire l'inexécution par lui de son obligation. Mais tout événement comporte une *multiplicité de causes*. La question est alors de savoir si on va considérer toutes les causes comme équivalentes en ce qui concerne la production de l'effet, ou considérer seulement les *causes prépondérantes*, sans lesquelles l'effet ne se serait pas produit et ne pas tenir compte des *causes secondaires*, sans lesquelles il est possible que l'effet se soit produit.

La réponse à cette question se trouve dans l'article 278 al. 1 du C.O.C. : « *Les dommages sont (...) la conséquence directe de l'inexécution de l'obligation* ». Cet article ne prend donc en considération que le *dommage qui est la conséquence directe de l'inexécution de l'obligation*. Par conséquent, le débiteur ne doit réparer que le dommage qui, sans sa faute, ne se serait pas *directement et immédiatement* réalisé. En revanche, il ne doit pas réparation de toutes les *conséquences indirectes*, qui normalement auraient pu se produire sans sa faute. Ainsi, disait *Pothier*, dans un exemple devenu classique, si un marchand a vendu une bête malade d'une maladie contagieuse (dol), il devra non seulement en rembourser le prix, mais aussi celui des bestiaux qui ont péri par contamination. Mais l'acheteur ne peut réclamer des dommages-intérêts en soutenant que, par suite de la mort de ses bêtes, il n'a pas pu cultiver ses terres, en tirer un revenu, ce qui a entraîné la saisie de ses biens car il n'a pu payer ses dettes. Ainsi, la contagion est une *suite immédiate et directe* de l'inexécution du contrat ; au contraire, le fait de ne pas cultiver les terres est une *suite éloignée et indirecte* pour être mise à la charge du marchand.

Reste à savoir où finit le direct, où commence l'indirect. La réponse dépend de l'opinion du juge laquelle relève de son *appréciation souveraine*.

§. 2 Les conséquences de la responsabilité contractuelle

Pour la **mise en œuvre de la responsabilité contractuelle**, il faut *mettre le débiteur défaillant en demeure*. En effet, la **mise en demeure du débiteur** est un mécanisme *procédural* particulier, qui est nécessairement *préalable* à la mise en œuvre de la responsabilité (A).

Le propre de la *responsabilité contractuelle* est d'être une **source d'obligations** : dès lors que les conditions d'une responsabilité se trouvent réunies, l'auteur du dommage est tenu, envers la personne lésée, de le **réparer** (B).

A - La mise en demeure du débiteur

1) Définition et formes de la mise en demeure

La **mise en demeure** est une *objurgation*¹¹ *solennelle adressée au débiteur d'exécuter son obligation, manifestant la volonté du créancier qui déclare qu'il refuse d'attendre plus longtemps l'exécution*.

En effet, la **demeure** est le *retard apporté par le débiteur à l'exécution de son obligation* ; être *en demeure*, c'est être *en retard*. Mais, juridiquement, tout retard dans l'exécution n'est pas nécessairement une demeure. La demeure est **un retard régulièrement constaté**. Il faut que le créancier **interpelle** le débiteur dans certaines formes et *manifeste sa volonté d'obtenir l'exécution de l'engagement*, et c'est seulement à partir de cette mise en demeure que le débiteur est considéré comme *légalement en retard* et qu'il est passible de dommages-intérêts.

L'*utilité* de la mise en demeure est certaine :

* c'est un *moyen de pression* pour déterminer le débiteur à exécuter, si l'exécution est encore possible ;

* c'est un *moyen de preuve* dans la mesure où la mise en demeure rend manifeste la mauvaise volonté du débiteur et fait apparaître que l'inexécution est due à sa faute et non pas à celle du créancier.

Comment se fait la mise en demeure ? En règle générale, le débiteur est constitué en demeure par **une interpellation que lui adresse le créancier** ; aux termes

¹¹ Une mise en garde sévère, en partie, pour dissuader quelqu'un, un avertissement.

de l'article 269 du C.O.C., cette *interpellation* doit être faite par une *sommation* ou par un *acte équivalent*.

La *sommation* est un *acte signifié par huissier* et qui a spécialement pour objet de mettre le débiteur en demeure de s'exécuter. L'*acte équivalent* peut-être un *télégramme* ou une *lettre recommandée* ou encore une *citation en justice*, même devant un juge incompétent.

Conformément à l'article 269 du C.O.C., cette *interpellation* doit exprimer :

- 1) la *requête* adressée au débiteur d'exécuter son obligation dans *un délai raisonnable* ;
- 2) la *déclaration* que, *passé ce délai*, le créancier se considérera comme *dégagé*, en ce qui le concerne, *de toute responsabilité*.

2) Cas où la mise en demeure est exigée

En principe, la **mise en demeure** est *exigée* dans les cas suivants :

- lorsque **le contrat ne fixe pas d'échéance déterminée** pour l'exécution. L'article 269 al. 2 du C.O.C. dispose : « *Si aucune échéance n'est établie, le débiteur n'est constitué en demeure que par une interpellation formelle du représentant légitime de ce dernier* ».

Dans le cas contraire, c'est-à-dire si le *contrat fixe une échéance déterminée* pour l'exécution, la *mise en demeure n'est pas nécessaire*. Le *débiteur* est, ainsi, constitué *en demeure par la seule échéance du terme* établi au contrat. L'article 269 al.1 dispose : « *Le débiteur est constitué en demeure par la seule échéance du terme établie par l'acte constitutif de l'obligation* ».

Cependant, il convient de souligner que les dispositions de l'art 269 al. 1 du C.O.C. sont *supplétives*. Ainsi, par exemple, les parties peuvent stipuler dans leur contrat que le débiteur ne sera pas automatiquement en demeure par la seule arrivée du terme et qu'une interpellation formelle est nécessaire.

- lorsque les dommages et intérêts découlent du **retard dans le paiement d'une somme d'argent**. Il s'agit donc de *dommages-intérêts moratoires*. En effet, d'après l'art 278 al. 4 du C.O.C., lorsque le débiteur, dont *l'obligation* a pour objet une *somme d'argent*, est *en retard* pour exécuter son obligation, il n'est tenu des dommages-intérêts que s'il a été *mis en demeure* (même si l'obligation comporte une échéance déterminée pour l'exécution). Car tant que l'interpellation ne lui a

pas été adressée, il a pu croire que le créancier n'avait pas d'intérêt à l'exécution immédiate, et lui accordait tacitement un délai supplémentaire.

3) Effets de la mise en demeure

Deux effets sont produits par la demeure du débiteur :

D'abord, d'après l'article 280 du C.O.C., le *débiteur en demeure répond du cas fortuit et de la force majeure*. En effet, lorsque l'*obligation* a pour objet un *corps certain*, la mise en demeure met la chose aux *risques du débiteur* ; le débiteur en demeure devient *responsable de la perte ou de la détérioration de la chose*, même si elle survient *sans sa faute*.

Ensuite, d'après l'article 273 du C.O.C., lorsque le débiteur est en demeure, le créancier a le droit de le *contraindre à accomplir l'obligation*, si l'exécution en est possible ; à défaut, précise le texte, il pourra demander la *résolution du contrat* ainsi que des *dommages-intérêts* dans les deux cas. La demeure, lorsqu'elle est exigée, constitue donc la *préface* d'une demande en dommages-intérêts.

B - La réparation du dommage

Pour réparer le dommage, deux voies sont possibles : la *voie conventionnelle*, d'une part, et la *voie contentieuse*, d'autre part.

Parfois, les *parties* peuvent, par un commun *accord*, prévoir un régime spécial de réparation par le biais de certaines *clauses*. Plus précisément, les parties se mettent d'accord, à la fois, sur le *principe de la responsabilité* et sur la *mesure de l'obligation de réparer*. Il s'agit, ainsi, de *clauses conventionnelles relatives à la responsabilité contractuelle et aux dommages-intérêts*. Il demeure que, très souvent, un tel accord des parties est rare et c'est par la *voie contentieuse* que la personne lésée recherche la réparation de son dommage. Ainsi, s'il entend obtenir réparation, le créancier de l'obligation non exécutée peut réclamer *en justice* la condamnation du débiteur. Donc la réparation du préjudice est en principe fixée par le *juge*, qui est aidé par des experts. Il faut, en premier lieu, examiner comment se trouve déterminée le mode (procédé) de la réparation. La question est alors, essentiellement, de savoir si celle-ci peut-être *pécuniaire* ou *en nature*. En second lieu, pour les cas, de beaucoup les plus fréquents, où la réparation est pécuniaire, il faut encore préciser selon quels principes elle est déterminée dans son montant.

On étudiera, en conséquence, dans un premier temps, la *réparation judiciaire* et, dans un deuxième temps, la *réparation fixée par les parties*.

1) La réparation judiciaire

De façon traditionnelle, on admet que la *réparation judiciaire* du dommage peut consister soit en une *réparation par équivalent*, soit en une *réparation en nature*.

La *réparation par équivalent* consiste en une *indemnité que l'auteur du dommage verse à la victime sous la forme de dommages et intérêts*. On l'appelle aussi *réparation pécuniaire*. La somme d'argent allouée à la victime vient compenser, en lui procurant une valeur équivalente, ce qu'elle a *perdu* et le *gain dont elle a été privée*.

La *réparation en nature* consiste à *rétablir strictement l'état de choses antérieur au dommage* en procurant à la victime ce dont elle a été exactement privée. *A priori*, la solution est évidemment préférable, puisque le dommage se trouve alors radicalement effacé. Il reste que la réparation en nature demeure assez exceptionnelle : elle n'est pas possible dans tous les cas. La réparation par équivalent est la plus courante.

a) Les domaines de la réparation en nature et de la réparation par équivalent

Dans quels cas la réparation en nature est possible ? Dans quels cas la réparation en nature est exclue pour pouvoir réparer par équivalent ? La réponse va dépendre selon qu'il s'agit d'une *obligation de donner*, d'une *obligation de faire* ou *de ne pas faire*¹².

(1) Cas des obligations de donner

L'*obligation de donner* peut avoir pour objet une somme d'argent, un corps certain (appartement, voiture) ou une chose de genre (blé, huile, pétrole).

Pour une *somme d'argent*, la *réparation en nature* est toujours *possible*. Si le débiteur se refuse à payer, le tribunal ordonnera la saisie et la vente de ses biens et le prix servira à payer le créancier.

Pour un *corps certain*, la *réparation en nature* est aussi *possible*. En effet, le créancier demandera que le tribunal le mette en possession du meuble ou de

¹² Sur ces notions, v. supra.

l'immeuble considéré si c'est encore possible, c'est-à-dire si le débiteur l'a encore en possession ; sinon ce sera une *réparation par équivalent*.

S'il s'agit d'une **chose de genre**, qu'on peut se procurer sur le marché, le juge peut autoriser le créancier à l'acheter sur le marché, la différence de prix sera supportée par le débiteur défaillant. Mais le juge ne peut condamner le débiteur à une *réparation en nature*, c'est-à-dire le contraindre à acheter telle marchandise de remplacement.

(2) Cas des obligations de faire ou de ne pas faire

D'après l'article 275 du C.O.C. « *L'obligation de faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution* ». Ainsi, dans le cas d'une **obligation de faire**, la réparation en nature est exclue. Seule la *réparation par équivalent* est possible, sous forme de dommages et intérêts.

Lorsque l'**obligation** consiste à **ne pas faire**, le débiteur est tenu des dommages et intérêts par le seul fait de l'inexécution, dispose l'article 276 du C.O.C.. Donc, dans ce cas aussi, la réparation en nature est exclue ; le créancier de l'obligation inexécutée ne peut prétendre qu'à une *réparation par équivalent*, sous forme de dommages et intérêts.

b) Le montant de la réparation par équivalent : l'évaluation des dommages et intérêts

Cette opération ne présente pas les mêmes difficultés selon que l'obligation inexécutée ou dont l'exécution est retardée est elle-même une *obligation en nature* ou une *obligation ayant pour objet une somme d'argent*.

(1) L'évaluation des dommages-intérêts dans l'obligation en nature

Le **principe** en matière de responsabilité contractuelle est la **réparation intégrale du préjudice**. Le montant des dommages-intérêts alloués par le juge doit couvrir la **totalité du dommage** subi par le créancier, mais ne doit pas le dépasser. On dit que les *dommages-intérêts* doivent être *adéquats au préjudice* : c'est le **principe d'équivalence entre la réparation et le dommage**.

Ce principe entraîne trois conséquences principales :

- le montant des dommages-intérêts doit comprendre aussi bien la *réparation* du **préjudice moral** que du **préjudice matériel**. Il faut remarquer, cependant, que le

principe d'équivalence est inapplicable en matière de *dommage moral* : la douleur n'a pas de prix ; l'évaluation ne peut donc être qu'*arbitraire* ;

- pour le *préjudice matériel*, le montant des dommages- intérêts doit comprendre aussi bien le *gain manqué* que la *perte subie* ;
- *la gravité de la faute a une influence sur le montant de la réparation*. En effet, par application de l'article 278 du C.O.C., le juge doit tenir compte de la *gravité* de la *faute* pour déterminer le *montant des dommages-intérêts* : « *il devra évaluer différemment la mesure des dommages-intérêts, selon qu'il s'agit de la faute du débiteur ou de son dol* » dispose l'article 278 (cette règle s'inspire du droit musulman).

(2) L'évaluation des dommages-intérêts dans l'obligation ayant pour objet une somme d'argent

L'article 278 al. 2 du C.O.C. dispose « *Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts ne consistent que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi* ».

Il ne peut s'agir ici que de *dommages-intérêts moratoires*. Le juge n'a pas à les évaluer, c'est la *loi* qui les évalue pour lui. Ces dommages-intérêts sont déterminés par un *pourcentage de la somme due*. Ils se présentent, ainsi, comme les *intérêts d'un capital* : ce sont les *intérêts légaux*. En matière *civile*, ce taux est de 7% l'an ; en matière *commerciale*, il est de 10,5% l'an ou par référence au taux de la Banque Centrale de Tunis.

Il faut souligner le *caractère forfaitaire* de cette *évaluation des dommages-intérêts moratoires*. Le *taux légal* constitue à la fois un *minimum* et un *maximum* que ni le débiteur ni le créancier ne sont admis à discuter, sous prétexte que le dommage causé aurait été moindre ou plus grand.

2) La réparation fixée par les parties : clauses conventionnelles relatives à la responsabilité contractuelle et aux dommages-intérêts

Souvent, des *clauses conventionnelles* modifient le régime de la *responsabilité contractuelle*. La *validité* de ces clauses repose sur le **principe de la liberté contractuelle**.

Il existe, d'abord, des *clauses extensives de responsabilité*. Leur *validité* est généralement admise. Ainsi, il est possible de faire peser sur le débiteur la charge de tous les cas fortuits ou de certains d'entre eux.

Plus souvent, les clauses *diminuent (clauses limitatives de responsabilité)* ou même *suppriment (clauses exclusives de responsabilité)* appelées aussi *clauses de non responsabilité* la *responsabilité* du débiteur (a).

Enfin, les *clauses pénales diminuent ou augmentent*, par rapport au préjudice subi, le montant des *dommages-intérêts* en le fixant *forfaitairement* à l'avance (b).

a) La clause exclusive ou limitative de responsabilité

La *clause exclusive de responsabilité* est celle par laquelle il est stipulé dans le contrat que le débiteur ne sera plus responsable et ne devra pas de dommages-intérêts en cas d'inexécution, d'exécution tardive ou défectueuse de ses obligations ou de certaines d'entre elles. Exemple : le loueur d'un parking précise qu'il n'en assure pas la surveillance, le transporteur qu'il ne garantit pas les opérations de chargement.

La *clause limitative de responsabilité* est celle qui, supposant la faute contractuelle établie, fixe le montant maximum possible des dommages-intérêts qui pourraient être versés. Le créancier ne pourra pas obtenir d'avantage, quelque soit son préjudice. Mais si ce préjudice est inférieur à la somme stipulée, la réparation sera moindre. Exemple : dans un contrat de transport de marchandises, les parties prévoient qu'en cas de perte d'un colis, l'indemnité due par le débiteur ne pourra pas excéder dix dinars par colis.

Cependant, la *clause exclusive ou limitative de responsabilité* est *nulle* dans certains cas :

- en cas de *faute lourde* ou de *faute dolosive* du débiteur : si le créancier prouve la *faute lourde* ou la *faute dolosive* du débiteur, il pourra obtenir une réparation plus importante que celle stipulée. Cette solution peut-être déduite de l'article 244 du C.O.C. : « *On ne peut stipuler d'avance qu'on ne sera pas tenu de sa faute lourde ou de son dol* » ;

- lorsqu'une *disposition légale* le prévoit. Les *clauses exclusives de responsabilité* sont nulles dans certains contrats : le contrat de travail, le transport terrestre de marchandises (article 644 du Code de commerce¹³). Certains textes fixent

¹³ L'article 644 du Code de commerce dispose : « *Est nulle, toute clause par laquelle le transporteur s'exonère en totalité de sa responsabilité pour perte totale ou partielle ou avarie* ».

un montant d'indemnisation et prévoient la nullité des *clauses limitatives de responsabilité* qui ne respecteraient pas ce montant. Exemple : Convention de Varsovie de 1929 sur la responsabilité du transporteur aérien ;

- lorsqu'il y a lieu d'admettre l'action *délictuelle* ou *quasi-délictuelle* prévue par l'article 82 ou 83 du C.O.C.

b) La clause pénale

La clause pénale est celle par laquelle les contractants fixent elles-mêmes, à l'avance et de manière *forfaitaire* le montant des dommages et intérêts qui sera dû par le débiteur en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution du contrat. Ainsi, les dommages-intérêts seront dus quel que soit le montant du dommage subi ; le débiteur ne pourra donc pas se refuser à payer le montant de la clause pénale, sous prétexte que le préjudice est inférieur au chiffre fixé.

Ce système de forfait présente l'avantage d'éviter au créancier les lenteurs et les difficultés qu'entraîne la fixation des dommages-intérêts. De plus et surtout, lorsque la somme fixée est lourde, elle présente un caractère *dissuasif* considérable : l'inexécution du contrat ou son exécution tardive emporte alors une véritable « *peine privée* », d'où le terme de clause « *pénale* ».

En raison de ces avantages, la clause pénale est très répandue. Par exemple, dans un contrat d'entreprise, un entrepreneur s'engage à construire un bâtiment, mais il est souvent convenu que si le bâtiment n'est pas achevé dans le délai convenu, il payera une somme prédéterminée par jour de retard.

TITRE II LES SURETÉS

Le mot sûreté est identifié à la confiance, qui est considérée comme un mot clé dans deux domaines si liés à savoir les sûretés et le crédit.

La sûreté est une garantie que la loi ou la convention accorde au créancier contre le risque d'insolvabilité du débiteur.

Le premier *intérêt* de la notion de sûretés consiste à tempérer la *fragilité du droit de créance*, car le droit de créance sans garanties devient très fragile dans la mesure où il existe des risques d'insolvabilité du débiteur.

Le deuxième *intérêt* du droit des sûretés consiste à rendre efficace le droit de créance, car le droit de créance assortie de sûretés incite les contractants à croire à sa réalisation. De cette manière, le droit des sûretés tend à rendre plus réalisable les contrats et obligations. Cette concrétisation du droit de créance permet aussi de modifier dans une large mesure l'aspect abstrait de la notion d'obligation, car renforcé par des modalités de paiement et de protection du crédit, le droit de créance devient un droit concret, efficace, permettant l'épanouissement des affaires en général.

Il existe deux *types* de sûretés : personnelles et réelles.

Les **sûretés personnelles** impliquent l'engagement d'un deuxième débiteur appelé garant ou caution pour garantir la dette principale. Le **cautionnement** est le prototype des sûretés personnelles.

Les **sûretés réelles** consistent dans l'affectation d'un ou plusieurs biens du débiteur dans le but de garantir une créance par préférence aux autres créanciers. L'**hypothèque** est le prototype des sûretés réelles.

CHAPITRE PREMIER

LES SURETÉS PERSONNELLES

Les sûretés personnelles constituent le moyen pour le créancier d'accroître ses chances d'être payé à l'échéance en multipliant ses débiteurs pour la même dette de sorte que si l'un d'eux est insolvable, l'autre exécute l'obligation. Le *cautionnement* est la sûreté personnelle la plus fréquente en pratique.

Section unique : Le cautionnement

Pour examiner le cautionnement, on verra ses caractères (§ 1), les conditions de sa formation (§ 2), ses effets juridiques (§ 3) et son extinction (§ 4).

§. 1 Les caractères du cautionnement

L'article 1478 du C.O.C. dispose : « Le cautionnement est un contrat par lequel une personne s'oblige envers le créancier à satisfaire à l'obligation du débiteur, si celui-ci n'y satisfait pas lui-même ». Cette définition nous présente le cautionnement en tant que contrat. En tant que contrat, le cautionnement présente certains caractères.

D'abord, le cautionnement est un **contrat unilatéral**¹⁴ car il ne fait naître d'obligations qu'à la charge de l'une des parties : la caution¹⁵. Le cautionnement intéresse essentiellement la personne qui cautionne. En principe, il n'y a pas de rapport direct entre la caution et le créancier, c'est-à-dire si la caution doit payer le créancier, celui-ci n'est tenu à rien vis-à-vis de la caution.

Ensuite, le cautionnement est un **contrat accessoire**¹⁶ car il suppose l'existence préalable d'une dette principale, c'est-à-dire la caution n'est tenue vis-à-vis du créancier qu'à défaut de paiement par le débiteur.

¹⁴ Sur le contrat unilatéral, v. supra, p.

¹⁵ Il ne faut pas confondre contrat unilatéral et *acte unilatéral*. Le premier reste un accord de deux volontés, bien qu'une seule des parties soit obligée. L'acte unilatéral, en revanche, n'émane que d'une volonté unique. Exemple : le testament où la volonté du bénéficiaire n'a pas à intervenir.

¹⁶ On oppose contrat accessoire à *contrat principal* : celui-ci est le contrat qui, par lui-même et indépendamment de tout autre contrat, permet d'atteindre le résultat

Le cautionnement est également un **contrat à titre gratuit**¹⁷. Suivant l'article 1493 al. 1 du C.O.C., « le cautionnement est essentiellement *gratuit*. Toute stipulation de rétribution est nulle et rend nul le cautionnement comme tel ».

Cependant, cette règle reçoit exception lorsque le cautionnement est conclu entre commerçants pour affaires de commerce.

Enfin, le cautionnement est un **contrat consensuel**¹⁸. Il est valable par la seule rencontre des volontés sans qu'aucune formalité ne soit exigée.

En tant que contrat, le cautionnement doit remplir des conditions de formation.

§. 2 Les conditions de formation du cautionnement

Étant un contrat, le cautionnement suppose la réunion de conditions de validité énumérées par l'article 2 du C.O.C.¹⁹.

En tant qu'opération triangulaire, qui suppose l'existence de trois rapports²⁰, le cautionnement exige le respect d'autres conditions.

A - Les conditions liées à la nature contractuelle du cautionnement

1) Le consentement

Étant un *contrat consensuel*, le cautionnement se forme par le seul consentement des parties sans qu'aucune formalité ne soit exigée. Toutefois, conformément à l'article 1485 du C.O.C., il faut que l'engagement de la caution soit exprès, car le cautionnement en matière civile ne se présume pas contrairement au cautionnement en matière commerciale.

escompté par les parties. Exemples : contrat de vente, contrat de location, contrat de prêt...

¹⁷ Rappelons que le *contrat à titre gratuit* est celui où l'un des contractants entend procurer à l'autre un avantage sans contrepartie.

¹⁸ Rappelons que le *contrat consensuel* est celui qui se conclut par la simple manifestation d'un accord de volontés, sans qu'aucune condition de forme ne soit imposée. Telles est la règle qui découle du principe de l'autonomie de la volonté (principe du consensualisme).

¹⁹ La *capacité* de s'obliger ; le *consentement* de la partie qui s'oblige ; un *objet* certain qui forme la matière de l'obligation ; une *cause* licite de s'obliger.

²⁰ Un rapport : créancier-débiteur garanti ; un rapport proprement dit : caution-crédancier ; un rapport éventuel : débiteur-caution.

2) La capacité

L'engagement de cautionner une personne est un acte de bienfaisance (à titre gratuit), qui risque de menacer le patrimoine de celui qui le prend. D'où la particularité législative à cet égard. En effet, l'article 1480 al. 1 du C.O.C. dispose : « Nul ne peut se porter caution, s'il n'a pas la *capacité* d'aliéner à titre gratuit ». Par exemple, un incapable ne peut se porter caution.

3) L'objet

Le cautionnement doit nécessairement porter sur un *objet déterminé*. L'objet du contrat de cautionnement implique l'existence d'une *obligation principale*.

B - Les conditions spécifiques du cautionnement

Les conditions spécifiques du cautionnement puisent leur raison d'être dans le caractère accessoire de ce contrat. Il en est ainsi de la *validité* de l'obligation principale. À cet effet, l'article 1482 al.1 du C.O.C. dispose : « Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable ».

§. 3 Les effets du cautionnement

Ces effets peuvent être étudiés à travers deux rapports nés du contexte triangulaire de l'opération : le rapport entre la caution et le créancier (A), et le rapport entre la caution et le débiteur principal (B).

A - Le rapport entre la caution et le créancier

Si l'objet même du cautionnement consiste à fournir une garantie au créancier, deux hypothèses sont alors envisageables : soit le débiteur s'exécute lui-même et la caution ne craint rien, soit le débiteur ne s'exécute pas.

Dans le cas où le débiteur s'exécute, la caution est libérée après avoir joué son rôle. Elle aurait incité le débiteur à exécuter son engagement dans la mesure où la garantie fournie ne veut pas dire nécessairement inexécution par le débiteur et mise en œuvre du cautionnement. Agir contre la caution n'est pas une étape indispensable pour parler de la garantie. La garantie existe même si le débiteur s'exécute.

Dans le cas où le débiteur ne s'exécute pas, le créancier est en droit d'agir contre la caution. Quelles sont alors les règles qui gouvernent la mise en œuvre du cautionnement ?

Ces règles concernent la poursuite de la caution par le créancier (1) et les exceptions opposables dont dispose toute caution (2).

1) Recours du créancier contre la caution

Selon l'article 1496 du C.O.C., « le créancier n'a action contre la caution que si le débiteur principal est en demeure d'exécuter son obligation ». Cet article consacre une des exigences de la règle de l'accessoire en matière de cautionnement : l'obligation de la caution est en principe exigible dès l'instant où le débiteur principal est en demeure d'exécuter son obligation. Mais quand est-ce que le débiteur principal est-il en demeure d'exécuter son obligation ? Pour répondre à cette question, il faut faire une distinction :

- lorsque le contrat fixe un terme pour l'exécution, le débiteur est constitué en demeure à l'échéance du terme établi au contrat et ce, par application de l'article 269 al. 1 du C.O.C.²¹.

- lorsque le contrat ne fixe pas de terme pour l'exécution, il faut qu'il y ait une mise en demeure par application de l'article 269 al. 2 du C.O.C.²².

2) La défense de la caution

Par application de la règle de l'accessoire, et conformément à l'article 1502 du C.O.C., « la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions tant personnelles que réelles qui appartiennent au débiteur principal ». Parmi les exceptions opposables, on peut invoquer la nullité (relative ou absolue) de l'obligation principale. Ainsi, si l'obligation principale est nulle, la caution peut opposer cette exception au créancier.

Quant à l'*étendue* de son engagement, la caution peut se prévaloir de toute faveur accordée par le créancier au débiteur principal à moins que le contraire ne résulte du texte de la loi. C'est ainsi que l'article 1519 al. 1 du C.O.C. dispose : « La prorogation du terme accordée par le créancier au débiteur principal profite à la caution à moins qu'elle n'ait été accordée à raison de l'état de gêne du débiteur ». L'al. 3 du même article dispose aussi : « La prorogation du terme accordée par le

²¹ L'article 269 al.1 du C.O.C. dispose : « Le débiteur est constitué en demeure par la seule échéance du terme établie par l'acte constitutif de l'obligation ». Sur ce point, v. supra, p.

²² L'article 269 al. 2 du C.O.C. dispose : « Si aucune échéance n'est établie, le débiteur n'est constitué en demeure que par une *interpellation formelle* du représentant légitime de ce dernier ». Sur ce point, v. supra, p.

créancier au débiteur libère la caution si le débiteur était solvable au moment où la prorogation lui a été accordée ».

B - Le rapport entre la caution et le débiteur principal

En tant qu'opération triangulaire, le cautionnement suppose l'intervention de trois personnes. Ces personnes entretiennent des relations entre elles, d'où l'existence de certains rapports qui les lient deux à deux. Cependant, ce schéma n'est pas de l'essence de cette sûreté dans la mesure où le rapport entre la caution et le débiteur principal n'est pas indispensable à la formation du cautionnement (l'article 1488 du C.O.C.).

Toutefois, l'hypothèse d'absence de rapport paraît être dépassée en pratique en raison de la particularité des rapports existants entre la caution et le débiteur principal (rapport conjugal, parental, financier, bancaire,...)²³.

L'intérêt du rapport entre la caution et le débiteur principal apparaît à travers les recours que la caution peut exercer contre le débiteur après paiement (1) et dans certains cas même avant tout paiement (2).

1) Les recours après paiement

Le recours après paiement participe de l'essence du cautionnement. En effet, la renonciation volontaire à ce recours transforme le cautionnement en une donation indirecte.

La caution dispose, à cet égard, de deux recours : *personnel* et *subrogatoire*. Cependant, la caution en est privée dans certaines hypothèses.

a) Deux types de recours

1 - Le recours personnel

Le recours personnel est expressément consacré dans l'article 1505 du C.O.C. qui dispose « La caution qui a valablement éteint l'obligation principale a son recours, pour tout ce qu'elle a payé, contre le débiteur, même si le cautionnement a été donné à

²³ La doctrine qualifie ce rapport de mandat, ce qui est faux pour multiples raisons. En effet, la caution s'oblige personnellement et non point au nom et pour le compte du débiteur.

l'insu de ce dernier. Elle a recours également pour les frais et les dommages qui ont été la conséquence légitime et nécessaire du cautionnement.

Tout acte de la caution, en dehors du paiement proprement dit, qui éteint l'obligation principale et libère le débiteur, vaut paiement, et donne ouverture au recours de la caution pour le principal de la dette et les frais y relatifs ».

Parmi les avantages du recours personnel c'est qu'il ouvre la voie à la caution pour tout ce qu'elle a payé y compris les frais et dépenses auxquels ont donné lieu des poursuites.

Toutefois, il est indispensable de rappeler que le législateur a soumis l'exercice de ce recours à des conditions tout en précisant ses limites. En effet, l'article 1506 du C.O.C. pose une condition et rappelle une règle.

Quant à la *condition*, elle a trait à la quittance du créancier ou toute autre pièce constatant l'extinction de la dette et émanant du créancier désintéressé²⁴.

Pour ce qui est de la *règle*, il s'agit du respect de l'échéance de l'obligation principale dans le cas où la caution a choisi de payer avant le terme²⁵.

Par ailleurs, et afin d'éviter tout enrichissement sans cause de la part de la caution au détriment du débiteur principal, l'article 1508 du C.O.C. apporte une précision selon laquelle la caution n'a de recours contre le débiteur que jusqu'à concurrence de ce qu'elle a effectivement payé ou de sa valeur dans le cas où elle a transigé avec le créancier.

2 - Le recours subrogatoire

Il s'agit d'une application du droit commun de la subrogation²⁶.

²⁴ L'article 1506 al. 1 du C.O.C. dispose « La caution qui a payé n'a de recours contre le débiteur principal que si elle peut représenter la quittance du créancier ou une autre pièce constatant l'extinction de la dette ».

²⁵ L'article 1506 al. 2 du C.O.C. dispose « La caution qui a payé avant le terme n'a de recours contre le débiteur qu'à l'échéance de l'obligation principale ».

²⁶ La subrogation est une opération qui substitue une personne ou une chose à une autre (subrogation personnelle et subrogation réelle), le sujet ou l'objet obéissant au même régime juridique que l'élément qu'il remplace : v. R. Guillien et J. Vincent (sous la direction de), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 5^{ème} éd., 1981, v° subrogation.

L'article 226 du C.O.C. donne le droit à une subrogation légale au profit de certaines personnes, et c'est l'al. 3 du même article qui prévoit cette faveur au profit de « celui qui a payé une dette dont il était tenu avec le débiteur, ou pour lui, comme débiteur solidaire caution, cofiduciaire, commissionnaire ».

L'article 1509 du C.O.C. consacre ce droit en matière de cautionnement en disposant : « La caution qui a valablement acquitté la dette est subrogée aux droits et aux privilèges du créancier contre le débiteur principal à concurrence de tout ce qu'elle a payé... ».

En vertu de cet article, la caution acquière les droits dont disposait le créancier contre le débiteur principal. Il s'ensuit que la caution n'a pas droit aux intérêts des sommes payées. En revanche, la caution bénéficie de toutes les garanties que s'était constitué le créancier et de préférences qui en découlent. En outre, et contrairement au recours personnel, la caution ne peut agir contre le débiteur que si le créancier était lui-même dans les délais pour agir. Mais la caution ne peut être payée par préférence aux créanciers (la subrogation ne peut nuire aux créanciers).

Pour ce recours, comme pour le recours personnel, certaines limites ont été tracées par le législateur dans des hypothèses enlevant tout recours à la caution.

b) La perte de tout recours

1 - Le choix de la caution ou la perte voulue

Cette question est traitée dans l'article 1510 du C.O.C. qui dispose que « la caution n'a point de recours contre le débiteur :

- 1- Lorsqu'elle a acquitté une dette qui la concerne personnellement quoiqu'elle fût, en apparence, au nom d'un autre ;
- 2- Lorsque le cautionnement a été donné malgré la dépense du débiteur ;
- 3- Lorsqu'il résulte de la déclaration expresse de la caution ou des circonstances que le cautionnement a été donné dans un esprit de libéralité ».

2 - La négligence de la caution

C'est l'hypothèse contenue dans l'article 1511 du C.O.C. suivant lequel « la caution n'a aucun recours contre le débiteur principal lorsqu'elle a payé ou s'est

laissée condamner en dernier ressort sans avertir le débiteur, si le débiteur justifie qu'il a déjà payé la dette, ou qu'il a des moyens d'en prouver la nullité ou l'extinction. Cette disposition n'a pas lieu, toutefois, lorsqu'il n'a pas été possible à la caution d'avertir le débiteur, dans le cas, par exemple, où celui-ci était absent ».

2) Les recours avant paiement

Il s'agit d'un droit de poursuite anticipée contre le débiteur. C'est ainsi que l'article 1503 du C.O.C. dispose que « la caution peut agir en justice contre le débiteur principal afin d'être déchargée de son obligation :

1. Lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le paiement, et même avant toute poursuite, dès que le débiteur est en demeure d'exécuter l'obligation ;
2. Lorsque le débiteur s'est obligé à lui rapporter la décharge du créancier dans un délai déterminé, si ce terme est échu ; au cas où le débiteur ne pourrait rapporter cette décharge, il devra payer la dette ou donner à la caution un gage ou une sûreté suffisante ;
3. Lorsque les poursuites contre le débiteur sont devenues notablement plus difficiles par suite de changement de résidence ou de domicile du débiteur, ou de son établissement industriel.

La caution qui se trouve dans l'un des cas prévus à l'article 1509 ne peut invoquer le bénéfice des dispositions précédentes ».

§. 4 L'extinction du cautionnement

Cette étape de la vie du cautionnement est soumise aux exigences de deux caractères :

D'une part, le caractère *personnel* en raison du fait que la caution prend un engagement puisant sa source dans un contrat.

D'autre part, le caractère *accessoire* qui lie son sort à celui de la dette principale.

Les effets de ces deux caractères au stade de l'extinction ont été consacrés par les articles 1512 et 1513 du C.O.C.

§. 1 L'extinction à titre accessoire

Ce mode d'extinction du cautionnement résulte de l'article 1512 du C.O.C. et de la notion même de sûreté personnelle, qui implique que la caution est déchargée dès lors que disparaît l'obligation du débiteur principal.

Les causes d'extinction du cautionnement sont prévues par les articles 1513 à 1518 du C.O.C. Il s'agit, notamment, d'un paiement fait par la caution (l'article 1514 du C.O.C.)²⁷, d'une compensation entre le créancier et le débiteur principal (l'article 1515 du C.O.C.), d'une remise de dettes accordée au débiteur (l'article 1516 du C.O.C.), d'une novation²⁸ opérée à l'égard du débiteur principal (l'article 1517 du C.O.C.)... Toutes ces causes d'extinction du cautionnement éteignent aussi bien la dette principale que celle de la caution.

§. 2 L'extinction à titre principal

L'extinction est opérée à titre principal lorsqu'elle se fait indépendamment de la dette principale.

Deux hypothèses méritent d'être présentées et certaines précisions leurs sont apportées.

Première hypothèse : Les causes habituelles d'extinction de toute obligation. Ces causes sont citées par l'article 339 du C.O.C. : le paiement, l'impossibilité d'exécution, la remise volontaire, la novation, la résiliation volontaire, la prescription, la confusion et la compensation.

²⁷ Il est à préciser que c'est à la caution poursuivie en paiement du créancier qu'il appartient de prouver que le débiteur s'est libéré, et que ce paiement est valable, et qu'il a été fait par le débiteur principal car si le paiement a été fait par un tiers, la dette est théoriquement éteinte mais le tiers se fait subroger dans les droits du créancier contre le débiteur et la caution. Ce tiers pourra, à son tour, clamer le montant de la dette au débiteur et à la caution. L'obligation principale n'est pas éteinte mais simplement transférée.

²⁸ La novation est une convention par laquelle une obligation est éteinte et remplacée par une obligation nouvelle : v. R. Guillien et J. Vincent (sous la direction de), Lexique des termes juridiques, Dalloz, 5^{ème} éd., 1981, v° novation.

Certaines causes libèrent la caution et, par conséquent, le débiteur principal (paiement). D'autres se limitent à l'obligation de la caution (compensation, remise de dettes, novation).

Deuxième hypothèse : Les causes spécifiques d'extinction du cautionnement d'une manière principale sans aucune répercussion sur la dette principale. Certaines de ces causes constituent une sanction contre la faute ou le fait même du créancier. Il en est le cas dans l'article 1519 *in fine* concernant la prorogation faite à un débiteur solvable.

Quant au décès de la caution, en vertu de l'article 1522 du C.O.C., il n'éteint pas le cautionnement, l'obligation de la caution passe à sa succession.

CHAPITRE DEUXIÈME

LES SURETÉS RÉELLES

Les **sûretés réelles** consistent dans l'affectation d'un bien ou de plusieurs biens du débiteur au paiement de sa dette.

Les **sûretés réelles** constituent des *droits réels de garantie* car le débiteur consent aux créanciers, de lui-même ou par l'effet de la loi, un droit réel portant sur un de ses biens afin de *garantir* le paiement de sa créance. On les qualifie aussi de *droits réels accessoires* dans la mesure où leur fonction est de servir de garantie à un droit de créance principal.

On peut classer les **sûretés réelles** en quatre catégories.

Le nantissement mobilier ou gage (les articles 210 à 269 du C.D.R.) : c'est la remise de la possession d'une *chose mobilière* du débiteur au créancier pour qu'il la garde jusqu'au paiement. Le créancier peut alors se faire payer par préférence à tous les autres sur le prix de ce bien.

Le droit de rétention (l'article 193 du C.D.R.) : c'est le droit pour le détenteur d'une chose, devenu créancier lors de la détention, de la *retenir* et de refuser de la restituer au débiteur tant qu'il n'est pas payé.

Le privilège (les articles 194 à 200 du C.D.R.) : c'est le *droit de préférence* accordé par la loi à certaines créances sur le prix de tous les biens (*privilège général*) ou de certains biens (*privilège spécial*) du débiteur à raison de la cause de la créance.

Le nantissement immobilier ou hypothèque (les articles 270 à 302 du C.D.R.) : c'est l'affectation d'un *immeuble* (hypothèque spéciale) ou de tous les immeubles (hypothèque générale) à la garantie de la créance. L'*hypothèque* est une sûreté réelle assez fréquente en pratique.

Section unique : L'hypothèque

Pour examiner l'hypothèque, on présentera cette sûreté réelle (§ 1), puis on analysera sa constitution (§ 2), ses effets juridiques (§ 3) et son extinction (§ 4).

§. 1 Présentation de l'hypothèque

On mettra l'accent sur quelques généralistes relatives à l'hypothèque (A) avant de rappeler les principaux caractères de cette sûreté (B).

A - Généralités :

L'hypothèque est régie par les articles 270 à 302 du C.D.R., en plus des dispositions générales applicables au nantissement (les articles 201 à 209 du C.D.R.).

Il s'agit d'un *droit réel immobilier* conformément à l'article 12 du C.D.R., et cette sûreté ne peut porter, selon l'article 271 du C.D.R., que sur un *immeuble* ou des *droits réels immobiliers* tels que prévus par l'article 271 du C.D.R.. Or, il est à préciser que depuis l'entrée en vigueur du C.D.R. en 1965, la constitution d'enzel, d'emphytéose, de droit de superficie est interdite. Depuis, l'hypothèque ne porte que sur l'immeuble²⁹ ou l'usufruit sans oublier de réserver une place à l'hypothèque maritime ou sur aéronefs.

C'est l'article 201 du C.D.R. qui a défini le gage d'une manière générale, ce qui fait que cette définition concerne l'hypothèque (l'absence d'une définition de l'hypothèque dans le C.D.R.). Pour mettre l'accent sur les spécificités de cette sûreté, certains auteurs l'ont défini comme étant une *sûreté immobilière constituée, sans la dépossession du débiteur, par la convention, par la loi ou même par une décision de*

²⁹ Il convient de rappeler que les immeubles sont régis par trois régimes différents :
- pour les *immeubles non immatriculés*, on applique des règles générales qui se contentent d'un simple *enregistrement* ;
- pour les *immeubles immatriculés*, ces derniers sont soumis aux différentes formalités prévues par le C.D.R. : il faut qu'il y ait *inscription* ;
- pour les *immeubles en cours d'immatriculation*, plusieurs textes régissent cette hypothèse en essayant de concilier entre différentes voies d'enregistrement, d'immatriculation et d'inscription.

justice. Cette sûreté donne au créancier hypothécaire le droit de suivre³⁰ l'immeuble et de le faire vendre pour être payé par préférence du prix.

B - Les caractères de l'hypothèque

Ces caractères relèvent d'une double nature. Il s'agit d'un droit réel immobilier et d'un contrat.

1) Les caractères de l'hypothèque en tant que droit réel immobilier

Il s'agit d'un **droit portant sur une chose immobilière** qualifié comme étant un **droit réel immobilier**, qui donne lieu au droit de suite et au droit de préférence.

Le *droit de suite* permet au créancier de suivre l'immeuble en quelques mains qu'il passe. Le *droit de préférence* permet au créancier d'être payé sur le prix de la vente forcée par préférence, sans être protégé, toutefois, contre les autres créanciers et surtout ceux munis d'un privilège³¹.

Ce droit réel immobilier n'est ni un droit réel principal comme le droit de propriété³², ni un de ses démembrements comme l'usufruit³³. L'hypothèque n'est qu'un **droit réel accessoire**³⁴ (dont l'existence, l'étendue et l'extinction dépendent de la créance garantie).

³⁰ Rappelons que le droit de suite est le droit pour le titulaire d'un droit réel sur une chose corporelle d'exercer son droit sur cette chose en quelques mains qu'elle se trouve (v. cours d'introduction à l'étude du droit).

³¹ Sur le droit de suite et le droit de préférence, v. cours d'Introduction à l'étude du droit (1^{ère} année).

³² Le droit réel principal le plus important, parce que le plus complet et le plus répandu, est le *droit de propriété*. C'est le droit réel type : il confère à son titulaire l'ensemble des prérogatives que l'on est susceptible d'exercer sur une chose :

- droit de s'en servir : *usus*
- droit d'en percevoir les fruits : *fructus*
- droit d'en disposer : *abusus*

³³ Les autres droits réels principaux constituent des *démembrements du droit de propriété*, en ce qu'ils confèrent à leurs titulaires non toutes les prérogatives du droit de propriété mais seulement l'une ou quelques unes d'entre elles. Ainsi, par exemple, l'*usufruit* ne comporte pour l'usufruitier que le droit d'usage et le droit de jouissance de la chose dont un autre, appelé nu-propriétaire, a la propriété.

³⁴ Le *droit réel accessoire* est un droit qui porte sur une chose, mais qui est l'accessoire d'un droit de créance, en ce sens qu'il constitue une garantie, une sûreté de ce droit de créance. Créé pour conférer à un créancier, sur une chose appartenant en principe à son débiteur le droit de préférence et le droit de suite que son droit de

Par ailleurs, qui dit droit réel immobilier dit *droit indivisible* dans la mesure où chaque partie de l'immeuble est grevée de la totalité de la dette de même pour la créance où la dette est garantie par la totalité de l'immeuble.

Quant à la source de l'hypothèque, elle est en principe *conventionnelle* (les articles 274 à 277 du C.O.C.) mais rien n'empêche de trouver quelques types d'hypothèques *légal*es : voir, par exemple, l'article 458 du C.P.C.C. (saisie immobilière) et l'article 14 de la loi du 27 avril 1992 sur le dégel des titres.

2) Les caractères de l'hypothèque en tant que contrat

Le caractère *contractuel* de l'hypothèque ne fait aucun doute. Il découle de l'article 201 du C.D.R., qui définit le nantissement. En plus, et puisque ce contrat ne crée aucune obligation à la charge du créancier, les auteurs considèrent qu'il s'agit d'un **contrat unilatéral**³⁵. Il ne crée des obligations qu'à la charge du constituant (exemple : conserver l'immeuble).

Certains auteurs estiment que bien que l'hypothèque soit unilatérale, elle est un **contrat à titre onéreux**³⁶ dans la mesure où l'affection de l'immeuble est faite contre un *crédit*.

L'hypothèque est un **contrat solennel**³⁷ dans la mesure où sa validité dépend de l'établissement d'un écrit. C'est ce qui découle de l'article 275 du C.D.R. : « L'hypothèque ne peut être valablement consentie que par *écrit*. (...) ».

§. 2 La constitution de l'hypothèque

Cette étape qui est la première dépend de certaines conditions de fond (A) auxquelles s'ajoutent certaines formalités (B).

A - Les conditions de fond

Il est à signaler que l'hypothèque est une variante du nantissement tel que défini par l'article 201 du C.D.R. Aucune définition n'est réservée à l'hypothèque

créance ne lui donnait pas, il renforce la situation du créancier en lui fournissant une plus grande certitude d'être payé ; et c'est pour cette raison qu'on l'appelle aussi la *sûreté réelle*.

³⁵ Sur le contrat unilatéral, v. supra, p.

³⁶ Sur le contrat à titre onéreux, v. supra, p.

³⁷ Sur le contrat solennel, v. supra, p.

dans le C.D.R., ce qui justifie l'exigence des quatre *conditions de validité du contrat* telles que énumérées par l'article 2 du C.O.C.³⁸.

Par ailleurs, il est à rappeler que l'immeuble qui constitue l'assiette de cette sûreté n'est soumis à aucune exigence. C'est seulement les droits dont dispose le propriétaire qui vont se répercuter sur l'étendue de la sûreté. En effet, ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit résolu ou conditionnel ne peuvent donner qu'une hypothèque soumise à la même condition.

Il est également à signaler que l'article 203 du C.D.R. consacre la *validité du nantissement de la chose d'autrui* en le soumettant aux mêmes conditions que la vente de la chose d'autrui³⁹.

Quant à *l'hypothèque des biens à venir*, c'est l'article 206 du C.D.R. qui consacre sa *validité* : « Le nantissement peut être constitué pour sûreté d'un crédit ouvert ou d'une simple ouverture de compte courant, d'une obligation future, éventuelle ou assortie d'une condition, pourvu que le montant de la dette assurée ou le maximum qu'elle pourra atteindre soit déterminé dans l'acte constitutif »⁴⁰.

B - Les conditions de forme

Ces conditions sont assez spécifiques en matière d'hypothèque, à l'exigence de l'écrit (1) s'ajoutent certaines formalités (2).

1) L'exigence d'un écrit

C'est l'article 275 du C.D.R. qui non seulement exige la rédaction d'un *écrit* mais surtout détermine son *contenu*. L'article précité dispose : « L'hypothèque ne peut être valablement consentie que par *écrit*. L'immeuble sur lequel l'hypothèque est consentie ainsi que le montant de la créance doivent être déterminés dans l'acte ».

³⁸ La *capacité* de s'obliger ; le *consentement* de la partie qui s'oblige ; un *objet* certain qui forme la matière de l'obligation ; une *cause* licite de s'obliger.

³⁹ Il n'en est pas de même en droit français puisque la jurisprudence décide que l'hypothèque de la chose d'autrui est nulle d'une nullité plus radicale que celle affectant la vente. M^{er} Ph. Malaurie explique cette nullité par la prohibition des hypothèques des biens à venir.

⁴⁰ En droit français, les auteurs ont critiqué la nullité de l'hypothèque des biens à venir tout en espérant pouvoir consacrer l'hypothèque consentie pour une créance future. Cette possibilité donne un peu de souffle aux opérations économiques.

C'est le *principe de la spécialité* qui permet d'éviter une affectation générale tout en facilitant la circulation des biens. En plus, la détermination de la créance permet d'éviter les hypothèses d'une créance illimitée. En d'autres termes, ce principe explique l'interdiction de l'hypothèque flottante, c'est-à-dire qui se reporterait d'une créance sur l'autre.

En outre, l'article 274 du C.D.R. nous parle de la nullité de tout écrit passé à l'étranger concernant un bien situé en Tunisie : « Les écrits faits en pays étrangers ne peuvent ni être la cause d'affectation hypothécaire, ni conférer d'hypothèque sur les biens situés en Tunisie »⁴¹.

Enfin, il faut tenir compte de la catégorie à laquelle appartient l'immeuble : immatriculé ou non immatriculé.

Lorsque *l'immeuble est immatriculé*, c'est l'article 377 bis du C.D.R. qui prévoit une liste de personnes habilitées à rédiger ces actes. Il s'agit des notaires, des avocats non stagiaires, des rédacteurs publics rattachés à la conservation foncière, et ne sont exonérés de l'application de ces dispositions que les hypothèques conclues par les établissements financiers ainsi que les contrats conclus par l'Etat et les collectivités territoriales. L'exigence de l'article 377 bis relative aux rédacteurs concerne la *validité* de l'acte de sorte que son absence entraîne la nullité absolue.

En revanche, si *l'immeuble est non immatriculé*, il est indifférent que l'acte soit authentique ou sous seing privé puisque l'article 275 du C.D.R. ne parle que d'un écrit. À l'exigence de l'écrit s'ajoute l'exigence de l'autorisation du gouverneur.

2) La publicité

Le régime de la *publicité* dépend de la catégorie à laquelle appartient l'immeuble :

⁴¹ Certains auteurs ont critiqué cette disposition en la considérant contraire à la règle du Droit international privé : Locus Regit-Actum (la loi du lieu de la conclusion de l'acte) à laquelle sont soumis un grand nombre d'actes aussi importants que l'hypothèque (gage, mariage).

- lorsque l'**immeuble** est **non immatriculé**, l'hypothèque doit être *inscrite sur le titre porté par deux notaires*⁴² ;

- lorsque l'**immeuble** est **en cours d'immatriculation**, l'acte doit être *déposé au greffe du tribunal immobilier*, qui peut en ordonner l'inscription après l'immatriculation de l'immeuble⁴³.

- lorsque l'**immeuble** est **immatriculé** et a un titre foncier, l'acte doit être *inscrit au registre foncier* pour être opposable aux tiers.

§. 3 Les effets de l'hypothèque

Ces effets sont de deux ordres : ceux qui concernent le débiteur propriétaire appelé le constituant (A), et ceux qui concernent les tiers, qu'ils soient des créanciers ou le tiers acquéreur (B).

A - Les effets à l'égard du constituant

Il faut distinguer entre *deux étapes* nécessaires : celle qui se situe entre la constitution de l'hypothèque et l'exercice de l'action hypothécaire, et celle qui est postérieure à l'exercice de l'action hypothécaire.

- **Avant l'exercice de l'action hypothécaire.** N'étant pas dépossédé de son immeuble, le débiteur propriétaire qui a hypothéqué son immeuble peut, en principe, exercer tous les *actes juridiques* (il peut grever l'immeuble de nouvelles hypothèques et même l'aliéner⁴⁴) à condition qu'il n'y ait pas fraude (en cas de fraude, le créancier

⁴² Cette solution a été critiquée en raison des difficultés qu'elle engendre et surtout en raison de sa fragilité non seulement en cas de perte mais surtout en cas de pluralité de titres.

⁴³ À défaut de dépôt, l'hypothèque peut être présentée au conservateur lorsque le jugement est rendu et le titre est établi (article 350 du C.D.R.).

⁴⁴ Dans la mesure où les différents actes que pourrait conclure le constituant viennent après la constitution de l'acte, ils ne touchent en rien les droits du créancier hypothécaire puisqu'ils lui sont inopposables. Cependant, les articles 309 à 328 du C.P.C.C. prévoient la nullité du nantissement des biens saisis. C'est l'article 328 qui concerne l'hypothèque des biens immatriculés faisant l'objet d'une saisie. Quant au Code pénal, il prévoit l'escroquerie pour une hypothèque d'un immeuble déjà hypothéqué.

hypothécaire peut exercer une action paulienne⁴⁵ conformément à l'article 306 du C.O.C.. Il a aussi un droit de suite).

La restriction n'existe par rapport au débiteur propriétaire que vis-à-vis des *actes matériels*. En effet, dans ses rapports avec le créancier hypothécaire, le débiteur propriétaire est obligé de *conserver la valeur de l'immeuble* et ce, par application de l'article 207 du C.D.R. : il ne doit pas, notamment, démolir l'immeuble hypothéqué. Dès lors, le créancier hypothécaire a le droit de s'opposer à tous les actes matériels accomplis ou entraînés d'être accomplis par le débiteur propriétaire, et qui auraient pour conséquence la diminution de la valeur de l'immeuble.

L'article 207 du C.D.R. doit être complété par l'article 276 al. 1 du C.D.R. et l'article 149 du C.O.C., qui décident la déchéance du terme ou, le cas échéant, une sûreté supplémentaire et ce, nonobstant les dommages et intérêts que le créancier peut réclamer sur la base du droit commun.

- **Après l'exercice de l'action hypothécaire.** Une fois le créancier hypothécaire agit en justice pour se faire payer, une seconde étape intervient donnant lieu nécessairement à une *saisie immobilière* : il s'agit d'une exécution forcée à l'échéance tout en ayant le droit de s'opposer à cette exécution dans le cas où le créancier hypothécaire l'estime insuffisante à payer la totalité de sa créance.

B - Les effets à l'égard des tiers

On entend par tiers non seulement les autres créanciers mais aussi le tiers détenteur ou le tiers acquéreur.

1) Les effets à l'égard des autres créanciers

L'hypothèque est un droit réel immobilier : en tant que tel, elle confère au créancier bénéficiaire par rapport aux autres créanciers un **droit de préférence**. Ce droit de préférence permet au créancier hypothécaire d'être payé par *préférence* aux autres créanciers sur la valeur de la totalité de l'immeuble hypothéqué (le prix de la vente forcée), sans oublier les accessoires et les améliorations qui y sont apportés (les

⁴⁵ Action par laquelle le créancier demande en justice la révocation des actes d'appauvrissement accomplis en fraude de ses droits par le débiteur insolvable : v. R. Guillien et J. Vincent (sous la direction de), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 5^{ème} éd., 1981, v^o Action paulienne.

articles 272 al. 1. du C.D.R.). En cas de détérioration ou de destruction, les indemnités dues par le tiers rentrent dans le champ du droit de préférence et ce, par le biais de la subrogation réelle⁴⁶.

Le créancier hypothécaire jouit du droit de préférence, soit en cas de saisie de l'immeuble, soit même contre un tiers détenteur (souvent acquéreur de l'immeuble hypothéqué).

Pour que le créancier hypothécaire puisse exercer ce droit de préférence, il faut qu'il ait pris une inscription. En effet, d'après l'article 278 al. 1 du C.D.R., « L'hypothèque ne se constitue qu'après son inscription. Elle prend rang entre les créanciers dans la forme et de la manière prescrites par le présent Code » :

- Si l'immeuble est immatriculé, l'hypothèque doit être inscrite dans le registre foncier ;
- Si l'immeuble est non immatriculé, l'article 279 du C.D.R. précise que la mention de l'hypothèque doit être faite sur le titre de propriété (contrat de vente) et ce, par deux notaires.

Cependant, l'exercice du droit de préférence peut donner lieu à certaines difficultés. Il en est ainsi lorsque deux créanciers hypothécaires ou plusieurs ont inscrit leurs droits le même jour. Dans ce cas, la solution passe par la *règle de l'antériorité* de la date de l'acte constitutif⁴⁷.

Si les hypothèques sont de la même date, les créanciers hypothécaires auront alors à exercer leurs hypothèques *en concurrence* (l'article 278 al. 2 du C.D.R.) : ils se partagent la somme suivant chacune de leur portion.

2) Les effets à l'égard du tiers acquéreur

⁴⁶ La subrogation réelle est une opération qui substitue une chose à une autre, l'objet obéissant au même régime juridique que l'élément qu'il remplace : v. R. Guillien et J. Vincent (sous la direction de), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 5^{ème} éd., 1981, v° Subrogation.

⁴⁷ Mais si un créancier renonce à son rang ? Cette renonciation est-elle valable ? Certains auteurs estiment que le classement est d'ordre public. Donc la renonciation n'est pas possible. Cette réponse n'est pas convaincante. Pour d'autres auteurs, les modifications conventionnelles ne connaissent aucune limite.

C'est l'hypothèse de l'*aliénation du bien hypothéqué*. Le tiers acquéreur est un nouveau propriétaire (acheteur, échangiste, donataire, sauf les ayants cause à titre universel (les héritiers)).

L'aliénation dont il est question doit permettre l'exercice du **droit de suite**. En effet, conformément à l'article 280 du C.D.R., le créancier ayant une hypothèque inscrite sur un immeuble a un droit de suite : il peut le suivre en quelque mains où il passe (même s'il ya une dizaine d'acquéreurs) pour être payé suivant l'ordre de son inscription.

Pour être exercé, le droit de suite exige trois conditions :

1/ Il faut une aliénation (vente) à un tiers détenteur ;

2/ Il faut que la créance soit exigible ;

3/ Il faut que l'hypothèque soit inscrite : soit dans le registre foncier (immeuble immatriculé), soit dans le titre de propriété par deux notaires (immeuble non immatriculé).

Quatre *options* sont offertes au tiers acquéreur suivant l'une de ces quatre hypothèses.

1/ Le tiers acquéreur décide de *payer la dette* à quelque montant qu'il s'élève entre les mains du créancier hypothécaire et pour différentes raisons en capital et intérêt, ce qui éteint l'hypothèque⁴⁸.

2/ Il peut opter pour le **délaissement**. Conformément à l'article 285 du C.D.R., le délaissement se fait au greffe du tribunal de la situation des biens et il en est donné acte par le greffier.

3/ Il peut garder le *silence* et être exposé à la **saisie immobilière**.

4/ Cependant, et avant toutes ces hypothèses de payer ou de délaisser, il peut opter pour la **purge**⁴⁹, c'est-à-dire il aura à adresser (dans l'année qui suit la publicité)

⁴⁸ Mais il risque d'être concurrencé et poursuivi par les créanciers hypothécaires de second rang qui pourraient avoir des droits sur l'immeuble. Il a donc la possibilité d'exercer son droit de préférence contre eux.

⁴⁹ La purge est faite par le fait de la loi. Sa procédure est réglementée dans les articles 292 à 302 du C.D.R.

aux créanciers inscrits une offre au fin de purge, c'est-à-dire leur payer le prix d'acquisition en contre partie de la libération des immeubles de l'hypothèque qui la grève.

À cette offre, deux réponses sont possibles de la part du créancier hypothécaire : soit qu'il accepte dans les 40 jours, soit qu'il refuse et dans ce cas, l'immeuble est mis à la vente aux enchères publiques sur une mise à prix composée du prix offert par le tiers acquéreur majoré du 1/6.

§. 4 L'extinction de l'hypothèque

D'après l'article 291 du C.D.R., l'hypothèque s'éteint dans trois cas possibles :

1/ Lorsque l'**obligation principale** est **éteinte** : la créance disparaît, elle est payée ;

2/ Lorsque le créancier hypothécaire **renonce** à sa créance : il fait une main levée à l'amiable, il devient alors un créancier chirographaire⁵⁰ ;

3/ Par l'accomplissement des formalités relatives à la **purge** des immeubles hypothéqués par le tiers acquéreur (les articles 292 à 302 du C.D.R.).

⁵⁰ Le créancier chirographaire est celui qui n'a pas de droit de préférence, ce qui signifie qu'il ne bénéficie, par rapport aux autres créanciers privilégiés d'aucune priorité, même fondée sur son ancienneté : v. cours d'Introduction à l'étude du droit (1^{ère} année).