

DSCG 1

Gestion juridique, fiscale et sociale

MANUEL & CORRIGÉS

6^e édition

Jean-Michel Do Carmo Silva

Docteur en droit

Professeur à Grenoble École de management (GEM)

Laurent Grosclaude

Docteur en droit

Maître de conférences à l'université de Toulouse Capitole

Damien Falco

Docteur en droit

Maître de conférences à l'université de Haute-Alsace

Avocat associé

DUNOD

En partenariat avec

Lefebvre Dalloz

Crédits iconographiques

De gauche à droite et de haut en bas : p. 97 : © clock by Delwar Hossain from the Noun Project ; © Court by Viral faisalovers from the Noun Project ; p. 108 : © accounting by I Putu Kharismayadi from the Noun Project ; © Stamp by Creative Stall from the Noun Project ; p. 118 : © europe by anbileru adaleru from the Noun Project ; © France by Nikita Kozin from the Noun Project ; p. 162 : © sincerity by priyanka from the Noun Project ; © Communication by Oksana Latysheva from the Noun Project ; © inspection by Creative Stall from the Noun Project ; p. 191 : © register by priyanka from the Noun Project ; © selection by Nithinan Tatab from the Noun Project ; © honour by Katsu Studio from the Noun Project ; © Security by ProSymbols from the Noun Project ; © delegate by b farias from the Noun Project ; p. 234 : © Society by David García from the Noun Project ; © Society by Thibault Geffroy from the Noun Project ; p. 271 : © Home by Igé Maulana from the Noun Project ; © Office by Luis Prado from the Noun Project ; © world by Guilherme Furtado from the Noun Project ; p. 366 : © team by Zlatko Najdenovski from the Noun Project ; © togetherness by Agniraj Chatterji from the Noun Project ; © Arrow by logan from the Noun Project ; © Family by Oksana Latysheva from the Noun Project ; © Community by Ruslan Mirsalikhov from the Noun Project ; p. 385 : © Interest by Blair Adams from the Noun Project ; p. 393 : © France by Nikita Kozin from the Noun Project ; © integration by Vectors Market from the Noun Project ; © Calendar by Saifurrijal from the Noun Project ; © leader by Creative Mania from the Noun Project ; p. 411 : © France by Nikita Kozin from the Noun Project ; © europe by anbileru adaleru from the Noun Project ; © hidden by Alice Design from the Noun Project ; © Time Share by Lemon Liu from the Noun Project ; p. 434 : © Merger by Oleksandr Panasovskyi from the Noun Project ; © split by Hea Poh Lin from the Noun Project ; © give by Adrien Coquet from the Noun Project ; © Color Mixing by Arthur Shlain from the Noun Project ; p. 486 : © Project Mandate by Yugudesign from the Noun Project ; © mediator by Rflor from the Noun Project ; © OCHA Visual, US, from the Noun Project ; © leaf by Vectors Market from the Noun Project ; © Refund by Diego Naive from the Noun Project.

Maquette de couverture : Nicolas Wiel et Elizabeth Riba
Maquette intérieure : Yves Tremblay
Mise en pages : Nord Compo

NOUS NOUS ENGAGEONS EN FAVEUR DE L'ENVIRONNEMENT :



Nos livres sont imprimés sur des papiers certifiés pour réduire notre impact sur l'environnement.



Le format de nos ouvrages est pensé afin d'optimiser l'utilisation du papier.



Depuis plus de 30 ans, nous imprimons 70 % de nos livres en France et 25 % en Europe et nous mettons tout en œuvre pour augmenter cet engagement auprès des imprimeurs français.



Nous limitons l'utilisation du plastique sur nos ouvrages (film sur les couvertures et les livres).

SOMMAIRE

Programme	IV
Avant-propos	X
Partie 1 L'entreprise et son environnement	
Chapitre 1 Éléments généraux sur les contrats	2
Chapitre 2 Diversité des contrats	54
Chapitre 3 Droit pénal de l'entreprise	87
Chapitre 4 Entreprise et concurrence	108
Chapitre 5 Entreprise et administration fiscale	136
Chapitre 6 Entreprise et dimension environnementale	162
Chapitre 7 Entreprise et numérique	176
Partie 2 Le développement de l'entreprise	
Chapitre 8 Constitution et transformation de l'entreprise	194
Chapitre 9 Gouvernance des sociétés et relations avec les associés	212
Chapitre 10 Fiscalité des échanges internationaux de l'entreprise	244
Partie 3 Le financement de l'entreprise	
Chapitre 11 Principaux outils de financement	270
Chapitre 12 Instruments de financement innovants	313
Partie 4 De l'entreprise au groupe	
Chapitre 13 Constitution et vie des groupes de sociétés	329
Chapitre 14 Régime juridique et social des groupes	360
Chapitre 15 Fiscalité des groupes	377
Chapitre 16 Autres modes de coopération interentreprises	387
Chapitre 17 Restructurations d'entreprises	404
Partie 5 La pérennité de l'entreprise	
Chapitre 18 Entreprise en difficulté	429
Chapitre 19 Transmission de l'entreprise	479
Chapitre 20 Fin de l'entreprise	517
Partie 6 Les organisations sans but lucratif	
Chapitre 21 Les associations et autres organismes sans but lucratif	535
Sujet type d'examen	563
Corrigé des applications, cas et cas de synthèse	566
Corrigé du sujet type d'examen	647
Index	655

PROGRAMME

UE 1. GESTION JURIDIQUE, FISCALE ET SOCIALE

Niveau M – 180 heures – 20 ECTS

- Nature : épreuve écrite portant sur l'étude d'un cas ou de situations pratiques pouvant être accompagnées de commentaires d'un ou plusieurs documents et/ou d'une ou plusieurs questions.
- Durée : 4 heures.
- Coefficient : 1,5.

1. L'entreprise et son environnement (55 heures)

1.1. Éléments généraux sur les contrats

Sens et portée de l'étude	Compétences visées	Notions et contenus
L'activité de l'entreprise a une traduction juridique usuelle par le biais des contrats. Le contrat est un outil d'organisation de la vie des affaires	Maîtriser les effets des dispositions contractuelles engageant l'entreprise.	<ul style="list-style-type: none">• Principes fondateurs du droit des contrats– La négociation du contrat– La formation du contrat (conditions de formation, clauses contractuelles particulières sanctions des conditions de formation)• L'exécution du contrat– les obligations à exécuter (vouluées par les parties, imposées par le juge) ; interprétation du contrat (effet relatif du contrat)• sanctions de l'inexécution en distinguant celles visant à l'exécution du contrat, celles visant à l'anéantissement du contrat et celles visant à la réparation de l'inexécution – responsabilité contractuelle

1.2. La diversité des contrats

Sens et portée de l'étude	Compétences visées	Notions et contenus
<ul style="list-style-type: none">• Le contrat est le support juridique de la relation qui lie l'entreprise à son client.• Le transfert des risques liés à l'activité et au patrimoine de l'entreprise vers les compagnies d'assurance est une pratique largement répandue. Sont examinés les risques usuellement assurés, résultant d'actions de l'entreprise ou d'événements qu'elle subit.• L'assurance-vie constitue un élément de gestion patrimoniale en tant que tel, également utilisé comme garantie de crédit. Elle répond sur le plan juridique à des règles particulières, en premier lieu du fait de son quadripartisme (assureur, souscripteur, assuré et bénéficiaire).	<ul style="list-style-type: none">• Maîtriser les dispositions régissant les contrats courants énumérés dans le programme.• Adapter et faire évoluer le contenu de certains contrats en fonction de la situation d'un client ou de l'entreprise.	<ul style="list-style-type: none">• Le contrat de vente, le contrat d'entreprise : formation et effets• Les contrats de distribution : concession et franchise• Le contrat d'assurance : mécanisme, formation, effets• la couverture des risques de l'entreprise par les contrats d'assurances• la gestion patrimoniale de l'entrepreneur par les contrats d'assurance-vie : conclusion, gestion et dénouement du contrat• La transaction

1.3. Droit pénal

Sens et portée de l'étude	Compétences visées	Notions et contenus
<ul style="list-style-type: none"> Dans le cadre de ses activités, l'entreprise peut mettre en cause sa responsabilité pénale. Cette dernière a pour objet l'infraction et pour but la défense sociale. La mise en œuvre de la responsabilité pénale de l'entreprise doit être entourée de nombreuses garanties tant en terme de droit substantiel qu'en terme de droit processuel. Un certain nombre d'infractions spéciales sont destinées à protéger les actionnaires mais aussi les tiers contre certains comportements des dirigeants de la société, dirigeants de droit ou dirigeants de fait. 	<ul style="list-style-type: none"> Maîtriser l'identification des éléments constitutifs d'une infraction relevant du droit pénal. Informers les dirigeants de l'entreprise sur les conséquences d'une incrimination pénale. 	<ul style="list-style-type: none"> Le droit pénal général : <ul style="list-style-type: none"> – les éléments constitutifs de l'infraction – la classification des infractions – l'identification de la personne responsable (l'auteur, le complice) – la peine – étude de quelques infractions : escroquerie, abus de confiance, faux et usage de faux, recel La procédure pénale : <ul style="list-style-type: none"> – les actions : l'action publique, l'action civile – l'instruction préparatoire : juge et chambre d'instruction – le jugement et les voies de recours – Le droit pénal spécial des affaires et des sociétés : <ul style="list-style-type: none"> – abus de biens sociaux – distribution de dividendes fictifs – présentation ou publication de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle – infractions relatives à la constitution et à la dissolution de la société, aux assemblées, au contrôle de la société, ainsi qu'aux droits sociaux et aux modifications du capital social – blanchiment – infractions relatives au contrôle légal des comptes : délit de non-révélation des faits délictueux, délit d'informations mensongères

1.4. L'entreprise et la concurrence

Sens et portée de l'étude	Compétences visées	Notions et contenus
<p>L'activité de l'entreprise doit composer avec les règles de fonctionnement du marché et particulièrement le respect d'un certain équilibre entre les concurrents, de façon à assurer d'une part, la protection du marché et d'autre part, la protection des concurrents.</p>	<ul style="list-style-type: none"> Maîtriser des situations ou pratiques contraires au droit de la concurrence. Accompagner le traitement de pratiques contraires au droit de la concurrence. 	<ul style="list-style-type: none"> Le contrôle des concentrations en droit communautaire et en droit interne La réglementation des pratiques anticoncurrentielles : entente et abus de position dominante en droit communautaire et en droit interne La surveillance des comportements : action en concurrence déloyale, réglementation en matière de prix et de facturation Le droit des pratiques restrictives : revente à perte, prix imposés et pratiques discriminatoires, la rupture des relations commerciales établies

1.5. L'entreprise et l'administration fiscale

Sens et portée de l'étude	Compétences visées	Notions et contenus
<ul style="list-style-type: none"> Dans le cadre de son activité, l'entreprise, qui est par ailleurs contribuable, doit respecter la réglementation fiscale. L'administration se réserve la possibilité de contrôler l'application de la règle par le biais des contrôles fiscaux. 	<ul style="list-style-type: none"> Assister l'entreprise dans ses relations avec l'administration fiscale. Rédiger et concevoir les demandes d'agrément et de rescrit. Suivre la procédure de vérification fiscale. Apprécier l'opportunité d'accepter ou de contester une proposition de redressement. Suivre et orienter le contentieux fiscal. 	<ul style="list-style-type: none"> Les relations avec l'administration fiscale : agrément et rescrit Le contrôle fiscal : formes, déroulement, garanties, conclusion Le contentieux et la procédure fiscale Notions sur le contentieux communautaire

1.6. L'entreprise et la dimension environnementale

Sens et portée de l'étude	Compétences visées	Notions et contenus
L'entreprise ne peut exercer son activité en faisant abstraction, tant dans son mode de fonctionnement qu'au travers des produits ou services qu'elle commercialise de la dimension environnementale.	Assister une entreprise dans la mise en œuvre de dispositions relevant du droit de l'environnement.	Les obligations de communication des entreprises en matière d'environnement

2. Le développement de l'entreprise (20 heures)

Sens et portée de l'étude	Compétences visées	Notions et contenus
L'entreprise qui se développe peut être confrontée à des problèmes d'adaptation de sa structure juridique à son niveau d'activité. Cette adaptation peut être de nature juridique.	Assister le chef d'entreprise dans les choix juridiques et fiscaux liés : <ul style="list-style-type: none"> à la constitution de sociétés à la transformation de sociétés 	<ul style="list-style-type: none"> Droit et fiscalité de : <ul style="list-style-type: none"> la constitution des sociétés la transformation des sociétés
Le développement de l'entreprise peut nécessiter une évolution de sa gouvernance, c'est-à-dire des modes de direction de l'entreprise et des relations avec les associés ou actionnaires. On aborde ainsi la problématique du gouvernement d'entreprise.	Assister le chef d'entreprise dans le suivi juridique de la désignation et du fonctionnement des organes de direction d'une société.	<ul style="list-style-type: none"> Les relations entre les dirigeants et les associés Le conseil d'administration, le directoire et le conseil de surveillance : rôle et attributions Les dispositifs permettant d'améliorer la gouvernance et la transparence du fonctionnement des sociétés
Le développement de l'activité de l'entreprise conduit celle-ci à développer ses moyens de communication mais aussi à dématérialiser une partie de ses activités	Répondre à des questions courantes touchant aux implications juridiques et fiscales : <ul style="list-style-type: none"> de la création et l'utilisation d'un site Internet du recours à l'informatique dans les transactions courantes de la vie de l'entreprise 	<ul style="list-style-type: none"> Notions essentielles de droit de l'informatique Les principales règles juridiques régissant l'utilisation d'Internet (sites, transactions, facturation et signature électroniques)

Sens et portée de l'étude	Compétences visées	Notions et contenus
L'entreprise peut également se développer hors du cadre strictement national. Cette dimension comporte de multiples retombées pour l'entreprise notamment dans le domaine fiscal	Maîtriser le régime fiscal des opérations faites avec l'étranger (analyse des conventions, règles de rattachement, régimes de crédits d'impôt, risques fiscaux internationaux.	<ul style="list-style-type: none"> Les règles d'imposition des affaires internationales : règles de territorialité, principes de traitement de la double imposition, détermination et imposition du résultat, TVA et échanges internationaux ou intracommunautaires Les principaux dispositifs de lutte contre l'évasion fiscale internationale

3. Le financement de l'entreprise (20 heures)

Sens et portée de l'étude	Compétences visées	Notions et contenus
Les modalités de financement de l'entreprise sont multiples. Les conditions juridiques et fiscales d'obtention et d'utilisation d'une source de financement donnée font partie des paramètres de la décision de choix.	Maîtriser les implications juridiques et fiscales liées aux opérations de financement de l'entreprise (choix du mode de financement, suivi du financement, etc.).	<ul style="list-style-type: none"> Le régime juridique et fiscal des augmentations et réductions de capital Les pactes d'actionnaires Le financement par compte courant Le financement par recours aux marchés financiers : la société cotée Le <i>crowdfunding</i> Le régime juridique et fiscal du financement à long et moyen terme (emprunts obligataires, contrats de financement) Les garanties du crédit

4. De l'entreprise au groupe (40 heures)

A. Les implications juridiques, fiscales et sociales de l'existence d'un groupe

Sens et portée de l'étude	Compétences visées	Notions et contenus
<ul style="list-style-type: none"> L'entreprise peut être amenée à se développer par des prises de participations dans d'autres entreprises. Les entreprises concernées font alors partie d'un groupe. Le droit donne un cadre à cette réalité économique. 	<ul style="list-style-type: none"> Mettre en œuvre et suivre les aspects sociaux liés à l'existence d'un groupe. Assurer la gestion fiscale des groupes (choix du régime fiscal approprié ; détermination du périmètre d'intégration fiscale ; validation des retraitements ; travaux de synthèse liés à la détermination d'un résultat fiscal de groupe). Assister le chef d'entreprise dans la gestion juridique des participations détenues dans d'autres sociétés. Choisir le mode de coopération le plus approprié sous l'angle juridique et fiscal. Participer à la constitution et suivre le fonctionnement d'un GIE. Participer, sous l'angle juridique et fiscal, à la négociation d'un contrat de location-gérance. 	<ul style="list-style-type: none"> Droit du travail appliqué aux groupes, comité de groupe, accord de groupe. Régimes fiscaux de groupe et traitement fiscal des opérations internes aux groupes Droit et fiscalité de l'acquisition, de la détention et de la cession de participations Règles juridiques, fiscales et sociales gouvernant certains modes de coopération inter-entreprises : GIE, GEIE, location-gérance, contrats d'intérêts communs

B. La restructuration de l'entreprise

Sens et portée de l'étude	Compétences visées	Notions et contenus
L'entreprise est souvent partie prenante dans des opérations de restructuration qui visent à rationaliser l'organisation d'activités au sein d'un groupe ou à organiser de manière différente les activités de l'entreprise. Compte tenu des enjeux, ces opérations sont étroitement réglementées.	<ul style="list-style-type: none"> • Déterminer sous l'angle juridique, fiscal et social le mode de restructuration approprié • Optimiser fiscalement l'opération de restructuration • Accompagner juridiquement l'opération de restructuration • Accompagner au plan social l'opération de restructuration 	Le régime juridique, fiscal et social des opérations de : <ul style="list-style-type: none"> – fusions de sociétés – apports partiels d'actifs – scissions de sociétés, scissions partielles – transmission universelle de patrimoine (art. 1844-5 du Code civil)

5. La pérennité de l'entreprise (40 heures)

A. L'entreprise en difficulté

Sens et portée de l'étude	Compétences visées	Notions et contenus
Nombreuses sont les difficultés qui peuvent menacer la pérennité de l'entreprise. Le droit, en cherchant à préserver les intérêts des différents partenaires de l'entreprise, va encadrer de manière spécifique la vie de l'entreprise durant la période de prévention ou de traitement des difficultés.	<ul style="list-style-type: none"> • Repérer les situations exigeant le déclenchement de procédures de prévention ou de traitement des difficultés. • Assurer le suivi juridique de la procédure de prévention ou de traitement des difficultés. 	<ul style="list-style-type: none"> • La prévention des difficultés • Le traitement des difficultés : <ul style="list-style-type: none"> – les procédures collectives – les sanctions • Aspects de droit communautaire

B. La transmission de l'entreprise

Sens et portée de l'étude	Compétences visées	Notions et contenus
L'entreprise peut être cédée, qu'elle soit exploitée sous forme d'entreprise individuelle ou sous forme sociétaire. De même, l'entreprise est un élément d'un ou plusieurs patrimoines et, à ce titre, entre dans le cadre des opérations affectant un patrimoine.	<ul style="list-style-type: none"> • Déterminer le mode juridique et fiscal le plus approprié pour l'opération de transmission. • Évaluer et optimiser le coût fiscal de la transmission. • Assurer le suivi juridique de la transmission (garanties de passif...). 	La transmission à titre onéreux de l'entreprise : <ul style="list-style-type: none"> – la cession de l'entreprise individuelle (vente du fonds de commerce) – la cession de droits sociaux La transmission à titre gratuit de l'entreprise : <ul style="list-style-type: none"> – les conséquences du décès de l'associé ou du dirigeant de l'entreprise individuelle – la donation de l'entreprise ou des droits sociaux

C. La disparition de l'entreprise

Sens et portée de l'étude	Compétences visées	Notions et contenus
L'entrepreneur ou les associés peuvent décider de mettre un terme à la vie de l'entreprise.	Maîtriser les incidences juridiques, fiscales et sociales des opérations de cessation d'activité ou de dissolution et liquidation d'une entreprise.	<ul style="list-style-type: none">• La cessation d'activité de l'entreprise individuelle : régime juridique et fiscal• La dissolution de la société : régime juridique et fiscal

6. Les associations et autres organismes à but non lucratif (5 heures)

Sens et portée de l'étude	Compétences visées	Notions et contenus
Les associations sont présentes dans tous les domaines et certaines d'entre elles ont une activité équivalente à celle d'entreprises. La constitution et le fonctionnement des associations et des autres organismes à but non lucratif soulèvent de nombreuses questions juridiques, fiscales et sociales.	<ul style="list-style-type: none">• Accompagner au plan juridique la création d'associations (statuts, assemblées...).• Déterminer le régime fiscal : exonération, identification de secteurs lucratifs.	Aspects juridiques, fiscaux et sociaux des associations et autres organismes à but non lucratif

INDICATIONS COMPLÉMENTAIRES

1.2. Dans la couverture des risques de l'entreprise sont à étudier : IARD, assurance dommages, RC produits, RC exploitation, pertes d'exploitation, responsabilité du chef d'entreprise, assurances hommes-clés.

La gestion du contrat d'assurance-vie permet d'aborder les rachats et avances. Les aspects fiscaux sont à exposer.

2. Lors de l'étude du conseil d'administration, du directoire et du conseil de surveillance, on s'intéressera en particulier au rôle de chacun de ces organes en matière de qualité de l'information comptable et financière.

4.2. On étudiera, dans le cadre des opérations de restructuration, le recours à la société européenne.

5.2. La situation familiale de la personne faisant l'opération (présence ou absence d'enfants, mariage, Pacs) doit être prise en compte.

Rédigés par des équipes pluridisciplinaires comprenant des enseignants en masters universitaires, en grandes écoles de management et en classes préparatoires à l'expertise comptable, membres des commissions d'examen, et 100 % conformes aux programmes, les manuels Dunod constituent une **préparation complète** aux épreuves de DCG et DSCG.

Les compétences au cœur du programme

Les unités sont déclinées en compétences. Ces compétences sont à la fois variées mais limitées par une liste donnée et clairement identifiée. Une compétence peut être définie comme la capacité à utiliser un savoir-faire dans une situation donnée pour produire un résultat requis. Elle s'acquiert dans une situation, d'où l'importance de la structuration et de l'entraînement à la pratique de la problématisation.

Une compétence présente un caractère disciplinaire ; elle vise à résoudre des problèmes liés à la discipline et repose nécessairement sur des connaissances inhérentes à cette même discipline. Mais, dans le même temps, une compétence s'appuie sur des savoir-faire généraux et transversaux (capacité à analyser, à rédiger de manière concise et précise, etc.).

La compétence induit donc un rapport au savoir, elle ne s'y oppose pas. Les savoirs sont les informations qu'il faut être en mesure de mobiliser « à bon escient » avec pour finalité l'élaboration d'un raisonnement structuré ou la résolution d'un problème lié à la pratique de la comptabilité et de l'audit.

Le concept de situation est donc central lorsque l'on évoque une compétence ; la mise en situation donne à l'étudiant l'occasion d'exercer la compétence visée. Une **situation** présente donc divers caractères, à la différence de la simple application de la règle :

- Elle mobilise un ensemble d'acquis et est orientée vers une tâche porteuse de sens.
- Elle fait référence à une catégorie de problèmes spécifiques à la discipline, elle est nouvelle.

Une compétence est évaluable. Elle peut se mesurer à la qualité de l'exécution de la tâche et à la qualité du résultat. Dès lors, une préparation efficace repose sur un équilibre judicieux entre l'acquisition de connaissances et un développement de compétences ciblées centré sur le réinvestissement en contexte. L'évaluation s'en trouve renouvelée ; elle met l'accent sur le cheminement intellectuel et l'esprit critique du candidat. Elle promeut une nouvelle quête de sens.

Le parti pris de nos manuels

Le présent manuel vise à apporter **l'ensemble des savoirs disciplinaires associés à l'unité d'enseignement** « Gestion juridique, fiscale et sociale » à travers six parties, structurées en 21 chapitres, respectant scrupuleusement la progression logique du programme. Chaque chapitre propose une **synthèse synoptique** finale propice à la mémorisation.

La section « Des savoirs aux compétences » a été conçue comme une **passerelle** entre les deux éléments du programme :

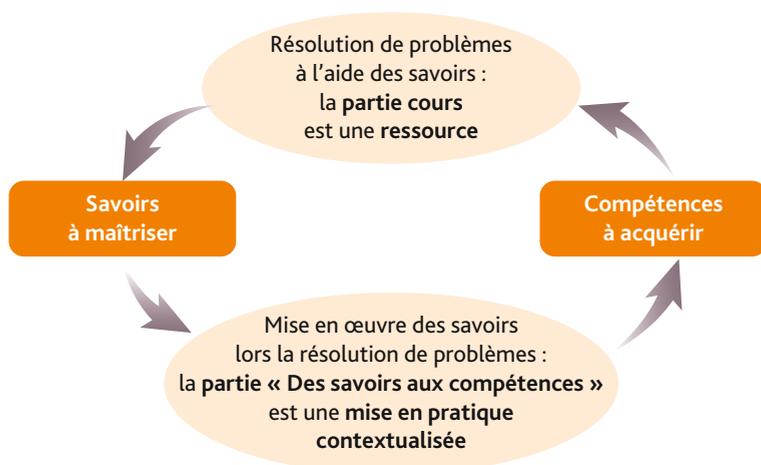
- Dans un premier temps, le candidat est invité à s'autoévaluer à l'aide d'un **quiz/QCM** (réponses en fin d'ouvrage) et d'une **application directe des connaissances** (rubrique « Évaluer les savoirs »). En fonction de ses résultats, l'étudiant détermine les points du cours à revoir.
- Dans un second temps, l'étudiant est placé en contexte afin de tester les compétences requises et évaluées à l'examen (rubrique « Maîtriser les compétences ») : **toutes les compétences du programme font l'objet d'une mise en situation**. Les exercices proposés sont progressifs (le niveau de difficulté est systématiquement indiqué). Les compétences les plus complexes sont traitées isolément.
- Enfin, une fois les compétences maîtrisées, l'étudiant est invité à se placer en condition d'examen (rubrique « Préparer l'épreuve ») au travers de **cas**. Ces pages sont émaillées de conseils méthodologiques et de rappels théoriques.

Chaque partie du programme est ponctuée d'un **cas de synthèse transversal** testant les principaux savoirs et compétences de la partie. L'ouvrage s'achève par un **sujet type d'examen**. Ce dernier, comme tous les cas, applications et cas transversaux, est intégralement corrigé en fin d'ouvrage.

Un aller-retour constant entre savoirs et compétences

Deux parcours de préparation sont possibles grâce à ce manuel :

- Des savoirs disciplinaires étudiés aux compétences à mettre en œuvre en situation.
- L'acquisition de la compétence par la confrontation des situations aux savoirs.



Éléments généraux sur les contrats

PROGRAMME

Compétences visées

- **Maîtriser** les effets des dispositions contractuelles engageant l'entreprise
- **Distinguer** les différents types de contrats
- **Identifier** les conditions de formation et les conséquences du non-respect de ces dispositions
- **Comprendre** les principes cardinaux du droit des contrats et notamment l'articulation entre la force obligatoire et l'effet relatif
- **Savoir** quel type de sanction correspond à quel type d'inexécution du contrat ou au manquement à l'une de ses conditions de formation

Notions et contenus

- Principes fondateurs du droit des contrats et négociation du contrat
- La formation du contrat
- L'exécution du contrat et l'interprétation du contrat
- Effet relatif du contrat, opposabilité aux tiers et dérogations, interprétation des contrats par le juge
- Sanctions de l'inexécution en distinguant celles visant à l'exécution du contrat, celles visant à l'anéantissement du contrat et celles visant à la réparation de l'inexécution

PLAN DU CHAPITRE

COURS : 1. Présentation générale des contrats • 2. Conditions de formation et de validité des contrats • 3. Force obligatoire des contrats • 4. Inexécution et sanctions des contrats

DES SAVOIRS AUX COMPÉTENCES : Évaluer les savoirs • Maîtriser les compétences • Préparer l'épreuve

SYNTHÈSE

Qu'est-ce qu'un contrat et comment se forme-t-il ? Quels sont les différents types de contrats ? Quel est le périmètre de sa force obligatoire et comment son inexécution est-elle sanctionnée ?

MOTS-CLÉS

Acceptation • Caducité • Capacité • Clause résolutoire • Contrat • Contrat consensuel • Dol • Erreur • Force majeure • Imprévision • Incapacité d'exercice • Incapacité de jouissance • Inopposabilité • Lésion • Négociation • Nullité • Offre • Opposabilité • Ordre public • Rescission pour lésion • Résolution • Responsabilité contractuelle • Violence

1 Présentation générale des contrats

Le contrat est un outil juridique à la disposition des sujets de droit et notamment, des entreprises. C'est par les contrats que l'entreprise accomplit son activité économique (achat, vente, prestation de service...).

A) Contrats et obligations

Les règles juridiques qui gouvernent les contrats sont une partie d'un ensemble plus vaste que l'on appelle le droit des obligations.

Le droit des obligations est une branche du droit civil, lequel constitue lui-même une branche du droit privé.

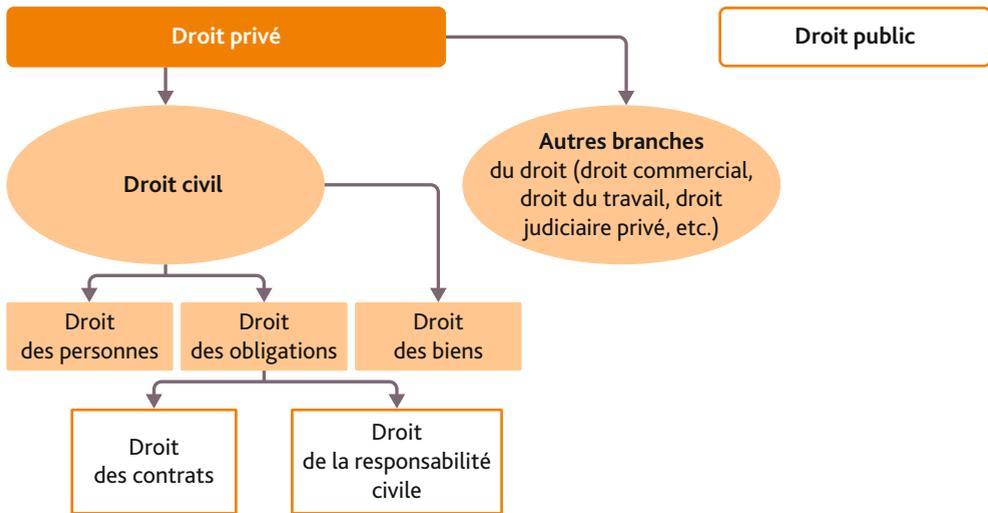


Figure 1.1. Place du droit des contrats



En droit public (ex. : marchés publics), les contrats obéissent à des règles particulières.

Dans un sens large, le terme « obligation » désigne tout ce que la loi commande de faire ou de ne pas faire. Mais, lorsque l'on dit que le droit des contrats est une partie du droit des obligations, c'est dans un sens bien spécifique qu'il faut entendre le mot obligation.

Ce dernier désigne un lien de droit de nature patrimoniale entre deux personnes, en vertu duquel l'une, le créancier, peut exiger de l'autre, le débiteur, une certaine prestation (payer un prix, un loyer, réparer un dommage, etc.) ou une certaine abstention (cesser de troubler les voisins, ne pas faire concurrence à son ex-employeur, etc.). L'obligation est alors un élément du patrimoine du créancier (c'est un actif pour lui), comme du débiteur (c'est un élément du passif).

Définition

Le **contrat** est un acte juridique dont les effets de droit sont voulus, à la différence du fait juridique qui est subi. Le contrat est un accord de volonté en vue de produire des effets de droit ; il a vocation à créer des obligations civiles qui sont contenues dans les stipulations du contrat (Code civil, article 1101).

B) Classifications

1. Types de contrats

Les contrats peuvent être classés en fonction des obligations légales, des relations entre les parties, de leur contenu... (tab. 1.1).

Tableau 1.1. Présentation des différents types de contrat

Types de contrat	Définition
Nommé et innommé (art. 1105 C. civ.)	Le contrat nommé est un contrat préétabli par la loi qui le réglemente spécialement (ex. : vente, mandat, dépôt, prêt). Le contrat innommé est celui qui ne fait pas l'objet d'une réglementation spéciale par la loi.
Unilatéral et synallagmatique (art. 1106 C. civ.)	Le contrat unilatéral crée une obligation à la charge d'une partie, l'autre ne devant rien (ex. : prêt, cautionnement). Dans le contrat synallagmatique, ou bilatéral, les deux parties ont des obligations l'une envers l'autre ; les obligations sont réciproques (ex. : vente).
À titre gratuit et à titre onéreux (art. 1107 C. civ.)	Le contrat à titre gratuit est celui dans lequel l'une des parties fournit un avantage à l'autre sans rien attendre en retour (ex. : donation, prêt sans intérêt). Le contrat à titre onéreux est celui dans lequel une partie fournit un avantage en retour (ex. : vente, bail).
Commutatif et aléatoire (art. 1108 C. civ.)	Le contrat est commutatif lorsque les prestations sont définitivement, et de façon certaine, déterminées au moment de la conclusion du contrat (ex. : vente, bail). Dans le contrat aléatoire, il y a une idée de jeu : une chance de gain et un risque de perte. Les prestations, ou l'une d'elles, dépendent d'un événement aléatoire (ex. : contrat d'assurance).
Exécution instantanée et exécution successive (art. 1111-1 C. civ.)	Le contrat à exécution instantanée s'exécute en une fois, en un trait de temps (ex. : vente). Dans le contrat à exécution successive, les prestations se renouvellent dans le temps (ex. : bail, contrat de travail).
Consensuel, solennel et réel (art. 1109 C. civ.)	Le contrat consensuel est formé dès l'échange des consentements, sans qu'une quelconque formalité, comme un écrit, ait à être respectée. Le contrat solennel est un contrat formaliste : son existence et sa validité supposent, outre l'échange des consentements, l'accomplissement d'une formalité. Le contrat réel est soumis à un formalisme particulier : le contrat n'est formé que lorsque la chose est remise (ex. : prêt).
Contrat de gré à gré et contrat d'adhésion (art. 1110 C. civ.)	Le contrat est dit « de gré à gré » lorsque son contenu est négociable entre les parties, sans qu'il soit nécessaire, pour emporter pareille qualification, qu'il soit effectivement négocié. À l'inverse, le contrat d'adhésion désigne la convention dont le contenu est établi par l'une des parties, le plus souvent de façon standardisée, et acceptée par l'autre partie sans discussion possible, donc sans négociation permise.
Contrat cadre et contrat d'application (art. 1111 C. civ.)	Le contrat cadre est issu de la pratique. Comme son nom l'indique, il forme le cadre des relations contractuelles à venir, lesquelles prendront la forme de contrats d'application. La loi le définit ainsi : « un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques essentielles de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution ».

2. Types d'obligations contractuelles

Classification selon le contenu. Depuis la réforme de 2016, le Code civil prévoit que « L'obligation a pour objet une prestation présente ou future » (art. 1163, al. 1^{er}). Le terme « prestation » couvre à la fois les choses et les prestations de services. Des règles spéciales aux unes ou aux autres sont parfois édictées, par exemple s'agissant de la fixation du prix d'une prestation de services (v. C. civ., art. 1165).

Auparavant, le Code civil distinguait les obligations de donner, de faire et de ne pas faire. L'obligation assumée par le vendeur de délivrer la chose est une **obligation de donner**, comme celle du locataire de payer le prix. L'obligation de l'entrepreneur de construire un immeuble constitue une **obligation de faire**, comme celle du salarié d'accomplir son travail. L'obligation de non-rétablissement stipulée dans la vente d'un fonds de commerce et à la charge du vendeur, est une **obligation de ne pas faire**. L'intérêt de la distinction se présentait, notamment, en cas de défaillance du débiteur. Les obligations de faire ou de ne pas faire ne pouvaient pas faire l'objet d'une exécution forcée (C. civ., art. 1142), du moins en principe.

La distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire n'a pas été reprise par la réforme de 2016. Elle n'est plus utile. Le législateur n'a pas repris les dispositions de l'ancien article 1142 du Code civil prohibant l'exécution en nature des obligations de faire et de ne pas faire.

Classification selon l'exécution attendue par le créancier. On distingue :

- Les obligations de moyens. L'obligation de moyens est celle par laquelle le débiteur s'engage seulement à employer les moyens appropriés dans une tâche à accomplir, à faire de son mieux. Il en est ainsi dans le contrat de soins : le médecin n'est pas tenu de guérir, mais de mettre tous les moyens existants en l'état de la science pour guérir.
- Les obligations de résultat. Comme son nom l'indique, l'obligation de résultat a pour objet un résultat déterminé. L'obligation n'est considérée comme correctement exécutée que si le résultat est atteint.

Exemple

- ▶ Dans le contrat de transport de chose, l'obligation de résultat impose de faire parvenir la chose transportée sans accident. ▶

C) Droit commun et contrats spéciaux

Droit commun. Le droit des contrats est composé de règles communes à tous les contrats de droit privé. C'est ce que l'on appelle le droit commun des contrats.

Contrats spéciaux. Le droit des contrats est aussi composé de règles spécifiques à tel ou tel contrat. Par exemple, le contrat de vente fait l'objet de règles qui lui sont propres inscrites dans le Code civil. Lui sont donc applicables les règles communes et les règles spéciales.

Si les deuxièmes dérogent aux premières, ce sont les règles spéciales qui priment. Le principe de primauté du droit spécial est consacré par l'article 1105 du Code civil qui consacre l'adage latin *specialia generalibus derogant*.

Code civil, article 1105

- Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières.

D) Principes généraux gouvernant les contrats

Voici quelques-uns des principes cardinaux du droit des contrats, tirés du Code civil, ou de la tradition juridique multiséculaire.

Autonomie de la volonté. Nombre de juristes estiment que la création du contrat et les effets qu'il produit reposent sur un principe philosophique, le principe de l'autonomie de la volonté. La volonté individuelle serait la seule source possible du contrat parce que cette volonté serait autonome, c'est-à-dire suffisamment puissante pour se créer sa propre loi, sa propre règle. Le dogme de l'autonomie de la volonté se traduirait par certains principes que l'on trouve dans le Code civil : le principe du consensualisme, le principe de la liberté contractuelle, celui de la force obligatoire du contrat et le principe de l'effet relatif des contrats.

Force obligatoire du contrat. Le contrat est la loi des parties et les oblige sous peine de sanctions. Ce principe, célèbre, est aujourd'hui formulé à l'article 1103 du Code civil : les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.

L'effet relatif des contrats est le pendant logique de la force obligatoire du contrat. Le contrat est la loi des parties mais seulement des parties. Le principe est posé par l'article 1199 du Code civil : le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter.

Consensualisme. Un contrat est valablement formé par le seul échange des consentements, sans que l'accomplissement de formalités ne soit nécessaire. C'est la règle posée par l'article 1109 alinéa 1^{er} du Code civil.

Bonne foi contractuelle. L'article 1104 du Code civil pose que les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public. Ce principe peut notamment signifier l'obligation d'agir avec honnêteté ; ainsi, le créancier qui ne demande pas sciemment le paiement de sa créance afin de faire courir des intérêts de retard plus importants au détriment de son débiteur, agit de mauvaise foi, ce qui pourra entraîner une sanction judiciaire.

E) Négociation et formation du contrat

Le contrat fait en règle générale l'objet de **négociations** préalables, le plus souvent non formalisées. Il est ensuite formalisé.

1. Phase précontractuelle de négociation

Principe : la liberté de rupture unilatérale des négociations.

Code civil, article 1112 al. 1^{er}

- L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.

Les parties n'ont pas l'obligation de conclure le contrat négocié, même lorsque les pourparlers sont encadrés par des conventions préparatoires. Dans cette dernière hypothèse, l'obligation n'est que de moyens.

Le principe est donc la liberté de rupture des négociations. Une partie peut seule sortir des pourparlers sans avoir à obtenir l'accord de son partenaire. La règle découle directement du principe de la liberté contractuelle et, plus précisément, de la liberté de ne pas contracter.

Cependant, le juge contrôle cette liberté. Il la surveille, que les pourparlers soient encadrés par des contrats préparatoires ou en dehors de tout encadrement. Le contentieux relatif à la rupture unilatérale des négociations concerne surtout la responsabilité civile de l'auteur de la rupture.



La négociation d'un contrat avec la Chine :

www.akteos.com/fr/akteos/regards-interculturels

Exception : la responsabilité civile de l'auteur de la rupture. La rupture des négociations est libre. Aussi, le demandeur n'obtiendra indemnisation que s'il rapporte la preuve d'une faute de son partenaire, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre les deux. La faute est évidente lorsque l'auteur de la rupture a eu l'intention de nuire à celui qui la subit, par exemple dans le dessein de l'empêcher de négocier avec autrui et lui faire, de la sorte, manquer un marché. La faute est aussi constituée lorsque la rupture n'est pas loyale. La rupture ne doit pas être abusive, c'est-à-dire être exercée de mauvaise foi. Il ressort des décisions de justice que les parties doivent mener les négociations avec transparence, sincérité, persévérance et sérieux. Le caractère brutal de la rupture est souvent avancé ; il peut donner lieu à une indemnisation, surtout si la négociation était bien avancée.

Exemple

- ▶ Un commerçant demande au titulaire d'une marque l'obtention d'une licence d'exploitation en lui proposant d'y associer un sous-traitant. Après 4 mois de négociations, le concédant adresse au commerçant un projet de contrat comptant 40 pages. Puis, le concédant décide de conclure directement avec le sous-traitant présenté par le commerçant, sans en avertir ce dernier et en lui faisant croire, pendant un mois, que le contrat de licence allait être conclu. La rupture des pourparlers par le concédant est ici fautive car déloyale. Le concédant sera condamné à réparer le préjudice subi par le commerçant qui, pendant un mois, a continué à déployer ses efforts inutilement ; dans une affaire similaire le préjudice a été évalué à 30 000 €. ▶

La victime qui souhaite obtenir réparation par l'allocation de dommages et intérêts doit démontrer un **préjudice direct et certain**. Le préjudice peut être moral, lorsque par exemple la réputation commerciale de la victime est atteinte. Le plus souvent, le préjudice invoqué est matériel. La victime souhaite obtenir le remboursement des frais de négociation qu'elle a engagés (études préalables, frais de déplacement...). Enfin, le préjudice invoqué doit être **causé par la faute**, non par la rupture seulement. Par exemple, si des frais ont été engagés parce que le partenaire (fautif) a laissé accroire en la conclusion du contrat, taisant des négociations parallèles, le préjudice est lié à la faute.

FOCUS — La non-indemnisation du gain manqué

La perte d'une chance de réaliser des bénéfices escomptés de la conclusion du contrat négocié est-elle indemnisable ? La Cour de cassation répond par la négative en l'absence « d'accord ferme et définitif ». Elle juge qu'un tel gain manqué est sans lien de causalité avec la faute commise dans l'exercice du droit de rupture. Cette jurisprudence, aujourd'hui étayée par l'article 1112 al. 2 du Code civil, est parfaitement justifiée puisque le préjudice invoqué ne découle pas de la faute commise, mais du refus de contracter, lequel ne constitue pas une faute.

Code civil, article 1112 al. 2

- En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages.

L'obligation précontractuelle d'information et de confidentialité. Dans le droit fil de l'obligation de négocier le contrat de bonne foi (C. civ., art. 1112), le Code civil pose deux principes importants : l'obligation précontractuelle d'information et l'obligation de confidentialité.

Code civil

Article 1112-1. Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Article 1112-2. Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun.

2. La formation définitive du contrat

Les négociations consistant en une discussion basée sur des propositions et contre-propositions, à partir de quel moment doit-on considérer que le contrat négocié devient définitif, conclu ? La jurisprudence, dès avant l'ordonnance réformant les contrats le 10 février 2016, avait posé en principe que le contrat est définitivement formé lorsqu'une offre a rencontré une acceptation à propos des éléments essentiels du contrat négocié. Mais que devait-on entendre par « éléments essentiels » ? Le principe est maintenant clairement établi par le Code civil.

Code civil, article 1113

- Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager.

Offre. Appelée aussi « sollicitation », l'offre consiste en une proposition précise et ferme de conclure un contrat à des conditions déterminées, de telle sorte que son acceptation suffise à la formation de celui-ci.

Code civil, article 1114

- L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. À défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation.

L'offre est précise lorsque ses éléments sont déterminés et qu'elle comprend les éléments essentiels du contrat (pour le contrat de vente, la chose vendue et son prix). La fermeté désigne l'absence de réserves de la part de l'offrant.

L'offre peut être expresse, émanant d'un écrit ou de la parole, ou tacite, résultant alors du comportement (par exemple, exposer des produits en vitrine d'un magasin).

Une fois émise, l'offre peut-elle être révoquée par son auteur, dès lors qu'elle n'a pas fait l'objet d'une acceptation ? Cette question est résolue par les textes suivants du Code civil :

- L'offre peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire (C. civ., art. 1115). Elle ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable (C. civ., art. 1116) ; l'offre est caduque à l'expiration du

délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable. Elle l'est également en cas d'incapacité ou de décès de son auteur ou destinataire (C. civ., art. 1117).

- Le délai raisonnable varie en jurisprudence suivant les circonstances entre 2 et 5 semaines.

Acceptation de l'offre. L'acceptation est l'expression de l'intention définitive du destinataire de l'offre de conclure le contrat aux conditions prévues par l'offrant, et à ces conditions seulement. La formation du contrat suppose ainsi une concordance exacte entre l'offre et son acceptation. Sur le plan de sa forme, l'acceptation, comme l'offre, peut être expresse ou tacite. Le silence gardé par une personne à une offre ferme et précise formulée par le pollicitant vaut-il acceptation ? En principe, le silence ne vaut pas acceptation. En droit, « qui ne dit mot, ne consent pas » parce que le silence est équivoque. Le principe est consacré par l'article 1120 du Code civil.

Exemple

- ▶ Il a été jugé que l'expédition répétée d'une publication périodique ne pouvait donner naissance à un abonnement même si l'expéditeur avait indiqué qu'à défaut de refus, le destinataire serait considéré comme abonné. Du reste, aujourd'hui, la loi sanctionne spécialement la vente ou la prestation de service sans commande préalable. La sanction est pénale (c'est un délit) et civile, le contrat conclu consécutivement à une telle pratique étant nul. ▶

Code de la consommation, article L. 121-12

- Est interdit le fait d'exiger le paiement immédiat ou différé de biens ou de services fournis par un professionnel ou, s'agissant de biens, d'exiger leur renvoi ou leur conservation, sans que ceux-ci aient fait l'objet d'une commande préalable du consommateur.

Le principe selon lequel le silence ne vaut pas acceptation supporte plusieurs exceptions. La première est liée à la volonté : les parties peuvent prévoir que le silence vaudra acceptation (cas de la tacite reconduction de certains contrats). Il existe enfin une exception jurisprudentielle. La Cour de cassation juge que le silence vaut acceptation dès lors que les circonstances lui confèrent la signification d'un consentement sans équivoque. Elle admet ainsi le silence valant acceptation du fait de certaines circonstances.

Exemple

- ▶ Un propriétaire demande un permis de construire sur sa parcelle. Le préfet lui enjoint de faire réaliser préalablement aux travaux une opération préventive de fouilles archéologiques. Le propriétaire demande un devis à l'Association pour les fouilles archéologiques nationales (AFAN). Il n'a jamais retourné, ni signé ce devis. Les travaux sont malgré tout réalisés par l'AFAN, mais le propriétaire refuse de payer le prix affirmant ne pas avoir accepté le devis. Il est jugé que son silence vaut acceptation au motif, notamment, qu'il n'avait pas d'autre choix que de faire réaliser l'opération de fouille préventive et que l'arrêté enjoignant la réalisation desdites fouilles avait été signé au visa d'une convention conclue par l'État et l'AFAN. ▶

S'agissant de ses effets, l'acceptation pose deux questions, la question des contrats conclus à distance et la question du report du moment de la conclusion définitive du contrat. La distance qui peut séparer les parties pose la question du lieu et du moment où le contrat se forme. Cela revient à se demander si l'accord de volonté (ou échange des consentements) se réalise par l'émission de l'acceptation ou par la réception de cette acceptation par l'offrant. Ainsi si la révocation a lieu entre l'émission de l'acceptation par l'acceptant et la réception de cette acceptation par l'offrant et que l'on retient l'émission comme moment de la conclusion du contrat, il en résulte que la révocation n'est pas efficace : elle est tardive, postérieure à la formation de l'acte. À l'inverse, si l'on retient la théorie de la réception, la révocation est efficace.



Figure 1.2. Moment de conclusion du contrat

La théorie de la réception est aujourd'hui consacrée par le Code civil.

Code civil, article 1121

- Le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue.

Peut-on reporter le moment de la conclusion définitive du contrat (fig. 1.2) ? En principe, une fois l'acceptation émise, le contrat est conclu et l'acceptant ne peut se désister. Les parties peuvent déroger à ce principe en stipulant dans leur accord une clause de dédit. Pareille clause autorise l'une des parties à se dédire, généralement en contrepartie d'une somme d'argent (appelée arrhes dans la vente). En matière de protection des consommateurs, le législateur est venu déroger au principe précité lorsque l'offre émane d'un professionnel. Dans certains cas, limitativement énumérés par le Code de la consommation, le consommateur dispose d'un **déla**

Code civil, article 1122

- La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement.

2 Conditions de formation et de validité des contrats

Les conditions de formation et de validité des contrats sont posées par le Code civil à l'article 1128 et sont prescrites à peine de **nullité**. Le texte énonce :

- Sont nécessaires à la validité d'un contrat :
 - 1° Le consentement des parties ;
 - 2° Leur capacité de contracter ;
 - 3° Un contenu licite et certain.

L'ancien article 1108 du Code civil énumérait une quatrième condition de formation du contrat : la cause. Cette dernière notion a disparu du Code civil depuis la réforme de 2016.

A) Capacité à contracter

Définition

La **capacité** désigne l'aptitude d'une personne à être titulaire de droits et à exercer ceux-ci.

La capacité est l'un des attributs fondamentaux de la personnalité juridique. L'incapacité à être titulaire de droit est appelée incapacité de jouissance ; l'incapacité à exercer soi-même les droits

dont on est titulaire est appelée incapacité d'exercice. Le principe est que toute personne, physique comme morale, est apte à contracter sauf dans les cas d'incapacité prévus par la loi.

Code civil

- **Article 1145.** Toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi. La capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles.
- **Article 1146.** Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi :
 - 1° Les mineurs non émancipés ;
 - 2° Les majeurs protégés au sens de l'article 425.
- **Article 1147.** L'incapacité de contracter est une cause de nullité relative.
- **Article 1148.** Toute personne incapable de contracter peut néanmoins accomplir seule les actes courants autorisés par la loi ou l'usage, pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales.

1. Incapacités à exercer le droit de contracter (incapacités d'exercice)

Définition

L'**incapacité d'exercice** désigne l'inaptitude d'une personne à exercer elle-même son droit de contracter.

La personne frappée d'incapacité d'exercice est titulaire du droit de contracter mais ne peut l'exercer elle-même, de sorte qu'elle doit être :

- soit assistée d'une tierce personne, qui agit à ses côtés ;
- soit représentée par un tiers, qui agit en son nom et à sa place.

Le plus souvent, ces incapacités s'expliquent par le souci du législateur de protéger l'incapable contre lui-même en raison de sa faiblesse supposée ou établie, due à son jeune âge ou à l'altération de ses facultés.

Mineurs. La personne mineure, c'est-à-dire de moins de 18 ans et non émancipée (l'émancipation résulte soit du mariage, soit d'une décision du juge des contentieux de la protection à partir de seize ans), est incapable de conclure elle-même tout contrat. Elle ne peut contracter que par l'intermédiaire d'un représentant (tab. 1.2). Ce dernier peut être l'administrateur légal, c'est-à-dire la mère et/ou le père du mineur, ou le juge des contentieux de la protection lorsque les parents sont décédés ou déchus de l'autorité parentale. Pour plus de clarté, on distinguera selon l'importance du contrat en cause :

- Les contrats de la vie courante, ceux que l'on passe tous les jours, portant sur une somme modeste, peuvent être conclus par le mineur seul. Toutefois, ces contrats encourent la nullité s'ils ont été conclus à des conditions lésionnaires pour le mineur non émancipé (C. civ., art. 1149).
- Les contrats passés pour entretenir un bien (actes de conservation) ou en effectuer la gestion courante (actes d'administration, par exemple la location du bien), de même que les actes d'aliénation de meubles d'usage courant peuvent être conclus par l'un des parents seul, en cas d'administration légale, ou par le juge des contentieux de la protection, en cas de tutelle. Si pareils contrats sont passés par le mineur seul, ils encourent la nullité en cas de lésion du mineur.
- Les contrats portant aliénation d'un bien du mineur (actes de dispositions), autres qu'un meuble d'usage courant, doivent être conclus par les deux parents, en cas d'administration légale. Si l'un des parents n'est pas d'accord, l'autre peut demander l'autorisation au juge des contentieux de la protection.

- Enfin, la conclusion d'actes de disposition graves, dont la liste est fournie à l'article 387-1 du Code civil, notamment la vente d'immeuble, l'apport en société d'un immeuble ou d'un fonds de commerce, ou encore l'emprunt, doivent toujours être autorisés par le juge des contentieux de la protection, même si les parents sont d'accord.

Tableau 1.2. Représentation du mineur

	Système de représentation		
Actes à conclure	Administration légale	Tutelle	Sanction
Contrats de la vie courante	Par le mineur seul	Par le mineur seul	Nullité si lésion
Contrats pour la conservation et l'administration des biens	Par l'un des parents seul	Par le juge des contentieux de la protection seul	Nullité si lésion (si acte passé par le mineur seul)
Contrats de disposition des biens	Par les deux parents ou l'un des parents avec l'autorisation du juge des contentieux de la protection	Par le juge des contentieux de la protection avec l'autorisation du conseil de famille	Nullité
Contrats de disposition grave	Avec l'autorisation du juge des contentieux de la protection	Par le juge des contentieux de la protection avec l'autorisation du conseil de famille	Nullité

Majeurs incapables. Est protégé par la loi le majeur « dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté » (C. civ., art. 425). Le Code civil prévoit plusieurs régimes de protection :

- La tutelle (Code civil, art. 440 s.) concerne les majeurs les plus atteints. La représentation par un tuteur est nécessaire.
- La curatelle (C. civ., art. 440 s.) permet au majeur de conclure des actes de disposition dès lors qu'il est assisté d'un curateur. Il peut en revanche passer seul les actes de la vie courante et ceux d'administration.
- Le majeur mis provisoirement sous sauvegarde de justice (C. civ., art. 433 à 439), avant que d'être placé éventuellement en tutelle ou curatelle, peut conclure des contrats seul. Il n'est pas incapable puisqu'il conserve l'exercice de ses droits. Toutefois, le contrat conclu peut être rescindé en cas de lésion subie par le majeur ou réduit en cas d'excès.

2. Incapacités à jouir du droit de contracter (incapacités de jouissance)

Définition

L'**incapacité de jouissance** désigne l'inaptitude d'une personne à être titulaire de droits. Une personne frappée d'incapacité de jouissance ne peut donc pas contracter, ni seule ni avec l'assistance ou la représentation d'un tiers.

De l'incapacité de jouissance découle l'incapacité d'exercice, puisqu'une personne ne peut pas exercer des droits qu'elle ne possède pas. Les incapacités de jouissance sont toujours spéciales, ce qui signifie qu'elles ne portent que sur certains contrats ou certaines situations contractuelles. Par exemple, le médecin ne peut recevoir de donations de son patient.

Code civil, article 909

- Les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux qui ont prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de celle-ci.

3. Principe de spécialité des personnes morales

Pour la première fois, le Code civil consacre avec l'ordonnance du 10 février 2016 le principe de spécialité des personnes morales dans les termes suivants :

Code civil, article 1145 al. 2

- La capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles.

Le principe de spécialité signifie qu'une personne morale, publique ou privée, ne peut agir que dans la limite de son objet ou de sa mission, c'est-à-dire dans des limites fixées par la loi ou par ses statuts, à la différence d'une personne physique qui peut contracter dans la direction qu'elle souhaite.

B) Forme du consentement

Le contrat se conclut par le seul échange des consentements. C'est le principe du consensualisme. Il ne présente pas toujours que des avantages, c'est pourquoi notre droit n'a jamais totalement exclu le formalisme.

Définition

Un **contrat consensuel** est un acte juridique qui peut être conclu sous une forme quelconque.

Est consensuel, un contrat pour la conclusion duquel la loi n'exige pas l'accomplissement de formalités. Il faut récuser l'opinion courante selon laquelle il n'y a pas de contrat sans écrit ou encore selon laquelle on ne conclut pas un contrat, on le signe. On peut se passer du verbe, le comportement suffisant à contracter.

Tableau 1.3. Avantages et inconvénients du formalisme et du consensualisme

	Avantages	Inconvénients
Consensualisme	Rapidité Respect de la parole donnée Liberté	Ambiguïté Preuve Non-protection des tiers Risque d'abus d'une partie
Formalisme	Certitude Protection des contractants Protection des tiers	Lenteur Coût Risque d'annulation du contrat

1. Limites au consensualisme : le formalisme

Notion. Le formalisme désigne l'exigence légale de formalité pour la formation du contrat, par exception au principe du consensualisme. Les objectifs poursuivis par le législateur lorsqu'un formalisme est instauré doivent être distingués, le formalisme pouvant être protecteur, probatoire ou informatif.

- Il peut s'agir de faire prendre conscience aux parties de l'importance de l'acte qu'elles vont conclure ou encore de véhiculer certaines informations. En ce cas le formalisme touche directement le consentement de contractant.
- L'objectif peut être uniquement probatoire. L'exigence de forme devient nécessaire pour pouvoir prouver.
- Il peut s'agir enfin de protéger les tiers : l'accomplissement de formalités permettra de les informer de l'existence d'un acte.

Contrats solennels. Les **contrats solennels** sont ceux dont le formalisme, imposé par un texte spécial, constitue une condition de validité. La sanction du non-respect du formalisme est la nullité du contrat. C'est l'exigence légale d'une forme particulière (à titre de validité) qui permet de dire qu'un contrat est solennel. Si les parties décident d'établir un écrit, alors que la loi ne leur impose pas, il s'agit d'un contrat consensuel.

Acte notarié ou acte authentique. Pour les contrats que le législateur estime particulièrement importants, le formalisme se traduit par l'exigence d'un acte écrit passé devant notaire, c'est-à-dire un acte notarié, dit aussi authentique. Il s'agit de faire prendre conscience aux parties de l'importance du contrat qu'elles vont conclure.

Exemples

- ▶ La donation est un contrat qui doit être passé devant notaire, à peine de nullité (C. civ., art. 931). La jurisprudence admet toutefois, dans une certaine mesure, la validité des dons manuels, c'est-à-dire effectués de la main à la main.

Le contrat de mariage est également soumis, à peine de nullité, à l'exigence d'un acte notarié (C. civ., art. 1394), de même que la vente d'immeuble à construire (CCH, art. L. 261-11) ou le contrat de location-accession à la propriété (loi du 12 juill. 1984, art. 4). ▶

Acte sous seing privé. Pour d'autres contrats, la loi exige, à peine de nullité aussi, un écrit non notarié, c'est-à-dire un acte privé sous signature (écrit établi et signé par les parties elles-mêmes, sans intervention d'un notaire).

Exemple

- ▶ Un écrit ordinaire est exigé, à peine de nullité, pour la convention d'indivision (C. civ., art. 1873-3), le contrat de bail d'habitation (loi du 6 juillet 1989 art. 3), ou encore la cession de brevet d'invention (CPI, art. L. 613-8). ▶

À partir de la deuxième moitié du xx^e siècle, l'exigence d'un écrit est le plus souvent accompagnée d'une exigence de mentions obligatoires devant figurer dans le contrat. L'objectif est d'informer l'un des cocontractants, que le législateur estime en position de faiblesse (le consommateur par exemple), afin d'éclairer son consentement.

Exemples

- ▶ Les contrats de promotion immobilière (CCH, L. 222-3), d'enseignement à distance (C. éduc., art. L. 444-7 et L. 444-8) et de travail à durée déterminée (C. trav., art. L. 1242-12) font toujours l'objet d'un écrit. ▶

Sanctions. Le plus souvent la sanction de l'exigence d'un écrit est la nullité du contrat et c'est dans ce cas que l'on parle de contrat solennel. Mais il existe des sanctions particulières, plus adaptées à la situation illicite. Par exemple le contrat de travail à durée déterminée qui n'est pas établi par écrit sera réputé conclu à durée indéterminée.

Mais il peut parfois en être différent : à propos du contrat d'assurance, il est de jurisprudence constante que l'écrit exigé par le Code des assurances (art. L. 112-3) n'est qu'une condition de preuve, de sorte que le contrat n'encourt pas la nullité à défaut d'écrit.

FOCUS — Les contrats réels

Les contrats réels sont ceux qui se forment par la remise d'une chose. Aujourd'hui la catégorie des contrats réels est contestée par une partie de la doctrine. Mais la Cour de cassation continue, dans l'ensemble, à appliquer la notion traditionnelle de contrat réel. Ces contrats ne se forment pas par le simple échange des consentements mais exigent la remise de la chose objet de l'obligation.

Formalisme probatoire et preuve des actes juridiques. Lorsqu'un écrit n'est pas exigé par la loi à titre de validité, mais à titre de preuve, il ne s'agit pas d'une exception au principe du consensualisme, mais d'une atténuation. Pour autant, il ne faudrait pas négliger l'importance de la preuve : un droit valable qui ne peut pas être prouvé est inefficace. Il est vrai cependant que le problème de la preuve ne surgit qu'en cas de contestation.

Il est de principe que la preuve des actes juridiques doit être rapportée par un écrit constitué avant la contestation. C'est dire qu'à défaut d'écrit, le contrat ne peut pas être prouvé par témoignage ou présomption, quand bien même serait-il valable.

Ce principe supporte des exceptions, dont on ne donnera qu'un exemple ici, car l'étude de la preuve relève de la théorie générale du droit. La preuve est libre – ce qui veut dire qu'elle peut être rapportée par tous moyens et pas seulement un écrit – lorsque le montant sur lequel porte le contrat est inférieur à une somme fixée par décret (C. civ., art. 1359). Depuis un décret du 29 septembre 2016, ce seuil est de 1 500 €.

Formalisme de publicité. Le législateur exige parfois l'accomplissement de formalités afin d'assurer la publicité d'un acte, de sorte que ce dernier soit porté à la connaissance des tiers et qu'il soit opposable à ces personnes. Ici, le formalisme n'est pas une condition de validité, mais une condition d'opposabilité du contrat aux tiers. Autrement dit, en cas de non-respect de l'exigence formelle, le contrat demeure valable entre les parties, mais il est inefficace à l'égard des tiers.

Définition

L'**inopposabilité** de l'acte aux tiers signifie que les contractants ne peuvent pas se prévaloir de l'existence du contrat à l'égard des tiers, notamment des créanciers. Ces derniers peuvent ignorer l'acte et ses effets.

Exemple

- ▶ Le contrat de vente portant sur un immeuble est consensuel, mais son opposabilité aux tiers est conditionnée par la publicité de cette vente à la conservation des hypothèques (on parle de publicité foncière), ce qui suppose au préalable l'établissement d'un acte notarié. À défaut, l'acheteur ne pourra pas se prévaloir à l'égard des tiers de sa qualité de propriétaire. Si le vendeur, indelicat, a vendu une deuxième fois le même immeuble, le second acquéreur prévaudra sur le premier dès lors qu'il aura effectué les formalités de publicité. ▶

Blockchain et smart-contracts vont-ils révolutionner le monde traditionnel des contrats ?

Voici deux mots qui défraient la chronique : la *blockchain* est une technologie permettant de sécuriser des transactions (vente, location, autres contrats...) en cryptant les données de chaque transaction et en les diffusant au sein d'un réseau d'utilisateurs très étendu. C'est donc une base de données partagée entre tous les utilisateurs d'un réseau, c'est-à-dire potentiellement des millions de personnes. Au lieu que la transaction, pour la garantir contre la falsification, ne soit conservée par un tiers de confiance (un notaire par exemple), elle sera conservée par un nombre très important d'utilisateurs. Votre voisin devient donc votre notaire et vice-versa...

Le droit français, par l'ordonnance n° 2017-1674 du 8 décembre 2017, vient consacrer une première application de la *blockchain*, nommée dispositif d'enregistrement électronique partagé, au travers de l'inscription des titres financiers. Ainsi le nouvel article L. 211-3 du Code monétaire et financier prévoit que « les titres financiers, émis en territoire français et soumis à la législation française, sont inscrits soit dans un compte-titres tenu par l'émetteur [...], soit, [...], dans un dispositif d'enregistrement électronique partagé. L'inscription dans un dispositif d'enregistrement électronique partagé tient lieu d'inscription en compte. »

Les *smart-contracts* sont des contrats qui se nouent et s'exécutent par des protocoles automatiques reposant sur des conditionnalités (*si/if* ceci se produit, *alors/then* cela en est la conséquence). Cette innovation part du principe que les termes d'un contrat peuvent être codés de manière informatique. Prenons l'exemple d'un contrat d'assurance souscrit par un voyageur et offrant une indemnisation de 150 € si le vol a plus de 2 heures de retard. Dans un contrat au sens classique, le voyageur devra faire une déclaration à la compagnie d'assurances en rapportant la preuve du retard, pour être indemnisé. Avec un *smart-contract*, un programme réalisera le paiement directement en application du protocole suivant :

- SI contrat signé entre A et B ;
- ET SI prime d'assurance payée ;
- ET SI retard > 2 heures (le programme se connectera automatiquement à un serveur indiquant les heures d'atterrissage) ;
- ALORS paiement 150 €.

On imagine les nombreuses applications futures des *smart-contracts* et comment ils vont vraisemblablement révolutionner notre pratique du droit. À la clé, plus de rapidité, une sécurité renforcée, des coûts réduits, mais également beaucoup moins d'intermédiaires...

C) Qualité du consentement

Si la rencontre d'une offre et d'une acceptation constitue le schéma de la création du contrat, il faut encore, pour que cette création puisse produire des effets de droit, que les consentements échangés soient intègres c'est-à-dire non viciés. La loi exige un minimum d'intégrité et non des consentements totalement intègres. Elle prévoit trois vices du consentement pouvant donner lieu à la nullité du contrat : l'erreur, le dol et la violence.

Code civil

Article 1103. L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. [...]

Article 1131. Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat.

1. Erreur

Code civil, article 1132

- L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant.

Définition

L'**erreur** est une appréciation inexacte de la réalité. Elle consiste à croire vrai ce qui est faux ou à croire faux ce qui est vrai.



Sont exclus les autres types d'erreur que sont l'erreur sur la valeur et l'erreur sur les motifs.



Le Code civil se référait avant 2016 à l'erreur sur la « substance ». Les tribunaux retenaient une conception subjective de la substance : ce sont les qualités pour lesquelles une personne entend contracter ou sans lesquelles elle n'aurait pas contracté. Il peut s'agir bien sûr de la matière, dès lors que celle-ci était substantielle pour l'*errans*, mais aussi des qualités immatérielles. L'ordonnance de 2016, en changeant le vocable en « essentielle » consacre cette conception subjective.

En matière contractuelle, l'erreur commise par l'une des parties sur un élément du contrat lors de la formation de celui-ci, confère à l'*errans* (celui qui a commis l'erreur) une action en nullité. L'erreur doit être appréciée au moment de la conclusion du contrat.

Erreurs sources de nullité du contrat. Le droit des contrats n'admet que **deux formes** d'erreur comme sources de nullité :

- **L'erreur sur la personne (contrat *intuitu personae*).** De l'article 1132 du Code civil, il résulte qu'en principe l'erreur sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter n'est pas une cause de nullité. Par exception, le contrat est annulable si la considération de la personne était la cause principale de la convention, c'est-à-dire s'il s'agit d'un contrat *intuitu personae*. La loi n'établit pas de liste de tels contrats. On s'attache généralement à la nature du contrat, pour dire que la considération de la personne est centrale dans les contrats à titre gratuit. Lorsque le contrat est conclu *intuitu personae* l'erreur est admise soit qu'elle porte sur l'identité physique du cocontractant, son identité civile (âge, nationalité, sexe, nom...), ou encore ses qualités essentielles (honorabilité, impartialité...). Ces sources d'erreur ne peuvent conduire à la nullité du contrat que si elles sont essentielles, ce qui dépend des contrats en cause et des circonstances.
- **L'erreur sur la prestation promise.** L'erreur sur l'objet du contrat est celle qui porte sur la prestation promise. C'est la plus fréquente en pratique. Elle donne lieu à un contentieux important. Généralement, l'erreur porte sur la prestation que l'on attend de l'autre partie. Mais il est de jurisprudence constante que l'erreur peut être source de nullité lorsqu'elle tombe sur la prestation fournie par l'*errans*. L'article 1133 du Code civil prévoit que les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté.

Exemple

- ▶ La constructibilité d'un terrain, l'authenticité d'une peinture de maître, l'ancienneté d'un meuble, le montant des loyers produits par un immeuble de rapport, la possibilité pour une société de poursuivre son activité (à propos de la cession de parts sociales). ▶

Pour entraîner la nullité du contrat, faut-il que le cocontractant ait eu connaissance du caractère essentiel de la qualité à propos de laquelle l'autre contractant s'est mépris ? En pratique, la question ne se pose guère lorsque la qualité est essentielle dans l'opinion commune. En revanche, son importance pratique surgit quand la qualité n'était essentielle que pour celui qui s'est trompé.

La réponse apportée par la jurisprudence n'est pas nette. Il semble se dégager des décisions de justice que l'erreur n'est une cause de nullité que si la qualité attendue est entrée dans le champ contractuel, c'est-à-dire est convenue entre les parties. La réforme du Code civil en 2016 a prévu que ces qualités peuvent avoir été convenues expressément ou tacitement.

Exemple

► Prenons l'exemple d'un contrat de vente d'une peinture dans lequel il est stipulé la mention « attribué à Picasso ». Si l'acquéreur s'est mépris sur cette formule, croyant à tort que l'œuvre était de Picasso, le contrat n'encourt pas la nullité parce que l'authenticité de la peinture n'était pas entrée dans le champ contractuel. La formule marque un aléa sur cette qualité, essentielle pour l'acheteur. Ce qui a fait dire à un auteur que l'aléa chasse la nullité pour erreur. ►

Erreurs non prises en compte. L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité (C. civ., art. 1136). Depuis longtemps, les tribunaux refusaient de retenir l'erreur sur la valeur de la prestation attendue ou fournie comme cause de nullité de la convention. Cette jurisprudence peut s'expliquer par le caractère inexcusable d'une telle erreur : il appartient à tout contractant de mesurer la valeur de l'objet qu'il convoite ou qu'il entend fournir. Toutefois, le domaine de l'erreur sur la valeur est entendu étroitement par la jurisprudence. Pareille erreur ne rend pas le contrat annulable s'il s'agit d'une appréciation économique erronée effectuée à partir de données exactes. En revanche, la nullité est encourue lorsque l'erreur sur la valeur n'est que la conséquence d'une erreur sur les qualités essentielles (ex. : un terrain s'avère non constructible alors qu'on le pensait constructible).

Erreur sur les motifs déterminants. Les tribunaux distinguent selon les motifs et semblent retenir, comme critère de distinction, le lien avec les qualités de l'objet ou de la personne. Si le motif est en lien direct avec les qualités de la chose, l'erreur déterminante conduira à la nullité du contrat. Dans le cas contraire, le contrat n'est pas annulable, même si l'erreur est déterminante et connue du cocontractant ; la nullité supposerait encore que le motif ait été convenu, incorporé dans le contrat.

Exemple

► L'erreur commise, par l'acquéreur, sur le régime fiscal attaché à un emplacement destiné à l'exploitation commerciale est une erreur sur des motifs, certainement déterminants, mais extérieurs à l'objet du contrat.

En revanche celui qui achète une maison pour l'habiter et apprend, après la conclusion du contrat, qu'elle doit être détruite pour insalubrité, commet une erreur sur un motif déterminant (habiter la maison) en lien direct avec l'objet du contrat. ►

Conditions de la nullité du contrat pour erreur. Trois conditions sont posées :

- **L'erreur doit être excusable.** Qu'elle porte sur l'objet ou sur la personne, l'erreur ne rend le contrat annulable que si elle est excusable. C'est un argument d'ordre moral qui fonde cette règle posée par la jurisprudence. Le consentement est certes vicié, mais la faute de l'*errans* ne saurait préjudicier à son cocontractant. L'erreur inexcusable est une erreur grossière, mais

son appréciation ne s'effectue pas en référence à un être abstrait, mais en fonction de circonstances concrètes. Par exemple, l'appréciation peut être différente selon que l'*errans* est un professionnel ou un simple particulier.

Exemple

- ▶ L'erreur commise par la caution sur la capacité du débiteur principal à exercer une activité commerciale est excusable parce qu'il n'est pas d'usage de réclamer la production d'un casier judiciaire lors de la conclusion d'un tel contrat. En revanche est inexcusable le tailleur qui achète du velours d'ameublement pour confectionner des vêtements. ▶
- **L'erreur doit être de fait ou de droit.** L'erreur de droit comme celle de fait sont sources de nullité (C. civ., art. 1132). L'adage « nul n'est censé ignorer la loi » n'impose pas aux citoyens de connaître la loi, pas plus qu'il impose de considérer que tout citoyen connaît la loi. Il s'agit d'une fiction juridique, nécessaire à l'ordre social et dont la fonction est limitée à bloquer la prétention d'une personne qui prétendrait ignorer la loi pour échapper à la sanction.

Exemple

- ▶ À commis une erreur substantielle le vendeur d'un terrain qui croyait faussement que l'acquéreur disposait d'un droit de préemption (c'est-à-dire un droit d'acquisition par préférence à toute autre personne). ▶
- **Une erreur commise au moment de la formation du contrat.** L'erreur n'est une cause de nullité que si elle a été commise au moment de la formation du contrat et non postérieurement.

Exemple

- ▶ Une personne achète un terrain situé en bordure d'un cours d'eau afin d'y construire une maison. Le permis de construire lui est délivré et l'acte authentique signé. Deux mois plus tard, à la suite d'une crue du cours d'eau, la municipalité retire le permis de construire et décide par arrêté que le terrain est inconstructible. Le contrat n'est pas annulable pour erreur dès lors que le terrain était bien constructible au jour de l'acte. Selon la Cour de cassation, il importe peu que l'arrêté municipal ait un effet rétroactif. ▶

Sanctions de l'erreur. La sanction de l'erreur est la nullité relative du contrat. Cette nullité n'opère pas de plein droit, elle n'est pas automatique, mais doit être demandée au juge qui la prononcera. Il est donc préférable de dire que le contrat entaché d'erreur est annulable ; on dira qu'il est nul si le juge a prononcé la nullité. La nullité peut se cumuler avec des dommages et intérêts si le demandeur peut démontrer une faute de son cocontractant, par exemple une légèreté à ne pas vérifier des informations se révélant inexactes, ainsi qu'un préjudice et un lien de causalité entre celle-là et celui-ci.

2. Dol

Définition

Dans la phase de formation du contrat, le **dol** désigne la tromperie par laquelle l'une des parties cherche à induire l'autre partie en erreur afin de la pousser à contracter.

Code civil, article 1137

- Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges.

- Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie.
- Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation.

Élément matériel. Le Code civil vise les manœuvres ou mensonges pratiqués par l'une des parties. Il s'agira par exemple du fait de trafiquer le compteur kilométrique lors de la vente d'une automobile, ou encore de produire de faux bilans ou comptes de résultats lors de la cession d'une entreprise. Si le terme « manœuvres » traduit une machination, les rédacteurs du Code civil entendaient à l'origine sanctionner toute espèce d'artifice. Aussi, les tribunaux ont rapidement assimilé le mensonge aux manœuvres, exception faite du *dolus bonus* (bon dol) qui désigne la simple exagération d'usage des qualités d'une prestation.

Depuis un arrêt rendu en 1958 par la Cour de cassation, les tribunaux estiment que constitue un dol le simple silence volontairement gardé par un contractant sur un fait intéressant directement son partenaire. On parle de réticence dolosive. La Cour de cassation décide que « le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant au cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter ». Ainsi, la prise en compte de cette réticence met en évidence l'émergence d'une obligation précontractuelle d'information et, plus largement, une obligation de contracter de bonne foi. La réforme de 2016 consacre la **réticence dolosive** en excluant explicitement la rétention d'informations sur la valeur de la prestation.

Exemples

- ▶ Lors de la vente d'un immeuble et d'un fonds de commerce, commet un dol par réticence le vendeur qui n'informe volontairement pas l'acquéreur de l'absence d'autorisation d'ouverture de l'hôtel à exploiter et de la non-conformité aux règles de sécurité.
Lors de la cession de parts sociales d'une société exploitant une pizzeria, commet un dol par réticence le cédant qui a volontairement gardé le silence à propos des nuisances causées par le système d'évacuation des fumées et odeurs. ▶

Élément intentionnel. Les manœuvres, le mensonge ou le silence doivent avoir été réalisés par l'une des parties dans le dessein de tromper l'autre. Cet élément sera facilement établi en cas de manœuvres ou de mensonge, car ces derniers s'expliquent nécessairement par la volonté d'induire le partenaire en erreur ; sauf si le contractant a délivré des informations inexactes en croyant à leur véracité (mais il n'y a pas alors mensonge). En cas de réticence dolosive, l'élément intentionnel est plus délicat à établir. Le plus souvent, le juge le déduira de la connaissance de l'information recelée et de son importance pour le partenaire.

Erreur déterminante. Le dol n'est enfin admis que si celui qui en est victime a commis une erreur déterminante (tab. 1.4).

Tableau 1.4. L'erreur

Objet de l'erreur	Peu importe le type d'erreur, sur la substance, sur la valeur ou même sur les motifs.
Caractère déterminant	L'erreur provoquée doit être déterminante : sans l'erreur, la victime du dol n'aurait pas contracté.
Erreur excusable ou inexcusable	L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable (C. civ., art. 1139)