

Les principes généraux du droit des contrats

Section 1. La notion de contrat

« Le contrat est un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations » (c. civ. art. 1101).

§ 1. L'accord de volontés

La puissance qui émane de la figure du contrat réside dans le critère de l'accord de volontés. Selon Kelsen, la délégation légale, dont bénéficient les contractants pour élaborer une norme (contractuelle), est justifiée au regard du législateur qui la considère comme la mieux indiquée pour la protection des intérêts des contractants et de la justice (H. Kelsen, *La théorie juridique de la convention*, APD, *Le problème du contrat*, Sirey, 1940, p. 33). De fait, l'accord de volontés est un instrument efficace pour répondre aux **besoins sociaux** et atteindre ce qui est **juste et utile**, sous réserve des nécessaires corrections apportées par la loi et le juge. C'est d'ailleurs ce qu'exprime l'adage d'Alfred Fouillée, « *Qui dit contractuel dit juste* », qui illustre bien l'esprit des rédacteurs du Code civil de 1804, et que l'auteur cherche à concilier avec les exigences sociales (L. Rolland, « Qui dit contractuel, dit juste..., en trois petits bons, à reculons », *Law journal McGill*, vol. 51, p. 766). L'exigence d'un accord de volontés permet de dissocier le contrat de l'acte juridique unilatéral et de l'engagement unilatéral de volonté.

L'**acte unilatéral** résulte de la manifestation de volonté d'une seule personne et n'a pas vocation à créer des obligations à la charge de son auteur. Ainsi, le testament a pour effet de transférer la propriété des biens du défunt. Le congé, la démission et la résiliation ont pour effet de rompre une relation contractuelle. Pour autant, ces actes peuvent indirectement créer des obligations

(indemnité de résiliation ; indemnité d'éviction si le congé mettant fin à un bail commercial n'est pas fondé sur un motif grave et légitime ; les héritiers sont tenus d'exécuter le testament, etc.).

L'**engagement unilatéral de volonté** est un acte unilatéral créant, par la seule volonté de son auteur, une obligation à sa charge. La reconnaissance de l'engagement unilatéral résulte désormais de l'article 1100-1 du code civil. Le domaine de l'engagement unilatéral est toutefois limité. La loi et la jurisprudence n'y recourent qu'en l'absence d'autres mécanismes juridiques adéquates. Cela explique que l'engagement unilatéral est soumis à des régimes distincts notamment quant à la faculté de son auteur de revenir sur son engagement :

- l'auteur d'une offre de contrat a l'obligation de la maintenir pendant un délai fixé ou raisonnable (c. civ. art. 1116) ;
- l'acceptation pure et simple de l'héritier l'oblige à régler le passif de la succession ;
- l'engagement unilatéral transforme une obligation naturelle en obligation civile (par ex., Civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, n° 04-16370) ;
- l'engagement unilatéral d'un employeur de ne pas procéder à des licenciements pendant une période déterminée qui n'a pas été régulièrement dénoncé (Soc. 25 nov. 2003, n° 01-17501).

§ 2. La création, la modification, la transmission et l'extinction d'obligations

Parce qu'il a pour objet des obligations, le contrat se distingue de l'engagement d'honneur qui est certes un accord de volontés mais auquel les parties n'entendent pas reconnaître une portée juridique. Cependant, le juge a le pouvoir de sanctionner juridiquement un engagement d'honneur : « *en s'engageant, fût-ce moralement à ne pas copier les produits commercialisés par la société Créations Nelson, la société Camaieu International avait exprimé la volonté non équivoque et délibérée de s'obliger envers la société concurrente* » (Com. 23 janv. 2007, n° 05-13189 ; v. aussi, Com. 18 janv. 2011, n° 09-69831).

Par ailleurs, consentir un droit réel ne crée pas une obligation. Il s'ensuit que la constitution d'un droit réel (sûreté réelle : gage, nantissement, hypothèque ; servitude conventionnelle) ne résulte pas d'un contrat mais d'une convention (pour le gage : c. civ. art. 2333).

Section 2. La liberté contractuelle

« Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public » (c. civ. art. 1102).

§ 1. Le fondement de la liberté contractuelle

En suivant une **conception positiviste**, comme celle de Kelsen, la liberté contractuelle est une faculté que l'État offre aux individus, c'est un choix politique justifié notamment par l'idée selon laquelle le contrat librement négocié permet d'atteindre ce qui est juste, utile et efficace sur le plan économique. Mais ce que l'État accorde, il peut le reprendre en tout ou partie, d'où les limites à la liberté contractuelle fixées par la loi.

La dialectique entre liberté contractuelle et contraintes d'ordre public se retrouve dans d'autres théories du droit des contrats. La théorie de l'**autonomie de la volonté** postule que c'est uniquement la volonté qui est la source du contrat. Le respect de la volonté est comme antérieur à la loi et prime sur elle. Cette conception radicale de la liberté est à la fois utopiste et contestable comme le résume l'aphorisme de Lacordaire : « *Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit* ». Il ne s'agit pas alors de contester le principe de liberté mais de reconnaître les correctifs que la loi apporte aux dérives de cette liberté.

Les fondements du droit des contrats se bousculent pour proposer les directives permettant de fixer le cadre de ces correctifs à la liberté contractuelle qui pour la majorité des auteurs doit rester le principe : théorie de l'utile et du juste (efficacité économique et équilibre contractuel) ; volontarisme social ; équité ou morale contractuelle, etc. Ces correctifs s'inspirent, par exemple, du **solidarisme contractuel**, lui-même hérité de la philosophie solidariste d'Alfred Fouillée et de Léon Bourgeois : le droit doit s'adapter aux relations contractuelles inégalitaires en faisant primer la solidarité, le collectif et la coopération, ce qui peut conduire à imposer à la partie en position de force des devoirs à l'égard de la partie faible (J. Cédras, Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation, courdecassation.fr). Au vrai, les solutions qui s'inspirent du solidarisme peuvent aussi être fondées sur la théorie de l'utile et du juste ou sur l'équité contractuelle (par ex., le devoir d'information, le contrôle des clauses abusives, la révision pour imprévision, etc.).

§ 2. La valeur juridique de la liberté contractuelle

Dans une décision du 3 août 1994, le Conseil constitutionnel décida qu'« aucune disposition de la Constitution ne garantit le principe de liberté contractuelle ». Après avoir assoupli sa position, le Conseil constitutionnel a finalement reconnu que la liberté contractuelle découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 (Cons. const. 19 déc. 2000, n° 2000-437). Par conséquent, s'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté contractuelle des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, c'est à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi.

Par exemple, en imposant que tous les contrats conclus entre un fournisseur exploitant un réseau de distribution commerciale et l'exploitant d'un commerce de détail, et ayant pour but commun l'exploitation de ce commerce, aient une échéance commune, le législateur a poursuivi un objectif d'intérêt général tendant à assurer un meilleur équilibre de la relation contractuelle entre l'exploitant d'un commerce et le réseau de distribution auquel il est affilié (Cons. const. 5 août 2015, DC n° 2015-715). En revanche, si le législateur peut prévoir que soit recommandé par un accord professionnel ou interprofessionnel un organisme de prévoyance chargé d'assurer la protection complémentaire santé des salariés des entreprises relevant du champ d'application de l'accord, il ne saurait porter à la liberté contractuelle une atteinte telle que l'entreprise soit liée avec un cocontractant déjà désigné par un contrat négocié au niveau de la branche et au contenu totalement prédéfini (Cons. const. 13 juin 2013, DC n° 2013-672).

§ 3. Les limites de la liberté contractuelle

Tous les contrats sont soumis à des dispositions impératives ou d'ordre public qui limitent la liberté contractuelle. Mais la liberté contractuelle reste le principe. Il est rare qu'une personne n'ait pas le choix de conclure ou de choisir son cocontractant, et que les contractants n'aient pas le choix de la forme du contrat. Si le contenu de nombreux contrats est imposé par la loi, les parties restent libres de déterminer l'essentiel de ce contenu. C'est d'ailleurs l'obligation du professionnel du droit que d'informer les contractants sur les règles d'ordre public qui s'imposent à eux, et éventuellement de négocier et rédiger le contenu du contrat relevant de leur liberté contractuelle.

Sans être exhaustif, il convient de citer certaines limites au principe de liberté contractuelle :

- la **liberté de contracter** est notamment limitée en droit des assurances par le mécanisme des assurances obligatoires (dommages aux tiers causés par un véhicule terrestre à moteur : c. ass. art. L. 211-1; assurance des risques locatifs : L. 6 juill. 1989, art. 7; responsabilité des professionnels de

santé exerçant à titre libéral, responsabilité des constructeurs, assurance dommages-ouvrage, responsabilité professionnelle des avocats, etc.), et celui de la garantie obligatoire (garantie obligatoire tempête dans les contrats d'assurance couvrant le risque incendie : c. ass. art. L. 122-7). Le refus de vente d'un produit ou d'une prestation de service à un consommateur est, sauf motif légitime, une contravention de la 5^e classe (c. cons. art. L. 121-11). En revanche, le refus de vente entre professionnels est autorisé. En matière de distribution sélective quantitative, non seulement le fournisseur (tête du réseau de distribution) n'a pas à justifier son choix de limiter le nombre de distributeurs, mais l'exigence de bonne foi ne requiert pas, de sa part, la détermination et la mise en œuvre d'un processus de sélection fondés sur des critères objectifs et non-discriminatoires (Com. 27 mars 2019, n° 17-22083);

- la liberté de **choisir son cocontractant** est, par exemple, limitée par les droits de préemption qui oblige le propriétaire d'un bien qui souhaite le vendre à en proposer la vente en priorité à certaines personnes (droit de préemption urbain; droit de préemption du locataire; droit de préemption du propriétaire indivis). Surtout, le refus de contracter fondé sur un motif discriminatoire visé par l'article 225-1 du code pénal constitue un délit;
- la liberté de **choisir la forme du contrat** est limitée par les règles de forme exigées à peine de nullité : acte notarié (hypothèque, contrat de mariage, donation, vente d'immeubles à construire); mentions manuscrites (cautionnement); écrit (nantissement, fiducie);
- la liberté de **déterminer le contenu** du contrat est radicalement limitée par l'édiction d'un contrat-type, *i.e.* un contrat dont les clauses sont prédéterminées par le pouvoir réglementaire sur délégation de la loi (par ex., les contrats types applicables aux transports routiers : c. transp. Annexe I, partie 3). L'essentiel des atteintes à la liberté de déterminer le contenu du contrat résulte des dispositions légales et réglementaires impératives ou d'ordre public auxquelles les parties ne peuvent pas déroger.

Section 3. La classification des contrats

§ 1. Le contrat nommé et le contrat innommé

Le contrat nommé est un contrat dont la qualification et le régime sont fixés par la loi (vente, entreprise, société, bail...). À l'inverse, le contrat innommé résulte de la seule pratique contractuelle.

« *Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales* » : le droit commun des contrats. « *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 » (c. civ. art. 1105). Si deux règles en vigueur et revêtant la même valeur juridique se contredisent, l'adage « *Specialia generalibus derogant* » permet de résoudre ce conflit. Par exemple, le droit des baux d'habitation est plus spécial que le droit de la consommation lui-même spécial par rapport au droit commun, de sorte que le délai de prescription de l'action en paiement des loyers est de trois ans, et non de deux ou cinq ans qui sont les délais applicables respectivement en droit de la consommation et en droit commun (Civ. 3^e, 26 janv. 2017, n° 15-25791).

§ 2. Le contrat synallagmatique et le contrat unilatéral

« *Le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres. Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci.* » (c. civ. art. 1106). Le contrat synallagmatique crée des obligations réciproques et interdépendantes à la charge des parties (vente, bail, entreprise). Le contrat unilatéral ne crée d'obligation qu'à la charge d'une seule partie (cautionnement, donation). Le contrat synallagmatique doit être établi en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct (art. 1375). La preuve du contrat unilatéral par lequel une partie s'engage à payer une somme d'argent envers une autre exige le respect d'une mention écrite (c. civ. art. 1376).

§ 3. Le contrat à titre onéreux et le contrat à titre gratuit

« *Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure. Il est à titre gratuit lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie* » (c. civ. art. 1107). La vente, l'entreprise ou le bail sont toujours à titre onéreux. La donation est toujours à titre gratuit et conclue *intuitu personae*. Elle peut être attaquée par la voie de l'action paulienne sans qu'il soit nécessaire de prouver la complicité du donataire dans la fraude (c. civ. art. 1341-2). Tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété intervenus depuis l'état de cessation des paiements de l'entreprise en redressement ou liquidation judiciaire sont nuls (c. com. art. L. 632-1, I, 1^o).

§ 4. Le contrat commutatif et le contrat aléatoire

« *Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit. Il est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain* » (c. civ. art. 1108). À la différence du contrat commutatif, les prestations réciproques

dans le contrat aléatoire sont pas équivalentes : l'une des parties exécutera une prestation plus onéreuse que l'autre. Mais il ne s'agit pas d'une libéralité car la situation peut s'inverser en cas de réalisation de l'aléa. La contrepartie du versement des primes dues par l'assuré réside dans la garantie d'assurance. Si le risque ne se réalise pas, l'assureur aura encaissé les primes sans jamais avoir à payer une somme à l'assuré. En cas de sinistre, l'indemnité d'assurance pourra être supérieure aux primes réglées par l'assuré. Le même raisonnement s'applique pour le jeu, le pari, la vente en viager et les credit default swaps. Le défaut d'aléa est une cause de nullité du contrat aléatoire (Civ. 1^{re}, 9 nov. 1999, n° 97-16306). Le contrat aléatoire n'est pas une libéralité, de sorte que le contrat d'assurance sur la vie échappe aux règles du rapport à succession et à celles de la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers (Ch. mixte, 23 nov. 2004, n° 01-13592).

§ 5. Les contrats consensuel, solennel ou réel

« *Le contrat est consensuel lorsqu'il se forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression. Le contrat est solennel lorsque sa validité est subordonnée à des formes déterminées par la loi. Le contrat est réel lorsque sa formation est subordonnée à la remise d'une chose* » (c. civ. art. 1109). Le contrat réel est formé par la remise d'une chose (tradition), ce qui concerne uniquement le dépôt (c. civ. art. 1919), le don manuel et le prêt. Cependant, « *le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel* », de sorte que la signature de l'offre de crédit oblige le prêteur au paiement de la somme convenue (Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, n° 97-21422 ; Com. 7 avr. 2009, n° 08-12192). Les contrats solennels sont plus fréquents : le contrat est nul s'il ne revêt pas une forme particulière. Par exemple, le contrat de mariage exige un acte notarié. En pratique, la vente immobilière doit également être conclue devant notaire aux fins qu'il soit procédé à la publicité foncière. La cession des droits d'auteur doit obligatoirement être conclue par écrit (CPI art. L. 132-7). De même que le cautionnement consenti par une personne physique au profit d'un créancier professionnel puisque ce contrat doit comporter des mentions manuscrites. Les exemples sont légion.

Pour autant, le principe reste celui du consensualisme selon lequel le contrat est formé par le seul accord de volontés sur les éléments essentiels du contrat : « *les contrats sont en principe consensuels* » (c. civ. art. 1172).

§ 6. Le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion

I. Les définitions

En 1901, Raymond Saleilles avait proposé de qualifier de contrats d'adhésion les contrats dont le contenu est déterminé par une seule partie en position de force. L'Ordonnance du 10 février 2016 a posé, pour la première fois, une définition légale des contrats de gré à gré et d'adhésion qui a été modifiée par la Loi de ratification du 20 avril 2018 (c. civ. art. 1110) :

- du 1^{er} octobre 2016 au 1^{er} octobre 2018 : « *Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* » ;
- à partir du 1^{er} octobre 2018 : « *Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un **ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties*** ».

La qualification de contrat d'adhésion est exclue en présence de clauses qui, fixées par l'une des parties, n'ont pas été négociées, dès lors qu'elles étaient négociables : **critère de la négociabilité**. C'est à la partie qui se prévaut de la qualification de contrat d'adhésion de prouver l'absence de négociabilité.

II. Les intérêts de la distinction

Si les prestations principales auxquelles s'engage la partie qui fixe unilatéralement le contenu du contrat ne sont en général pas défavorables au cocontractant, il n'en va pas de même des clauses accessoires. Deux moyens permettent de remédier à ce déséquilibre : l'interprétation *in favorem* des clauses ambiguës et le contrôle des clauses abusives.

En présence d'un contrat d'adhésion, la jurisprudence a interprété les clauses ambiguës en faveur de l'adhérent (par ex., Civ. 1^{re}, 22 oct. 1974, n° 73-13482). Depuis 1995, les clauses des contrats conclus entre un professionnel et un consommateur s'interprètent, en cas de doute, dans le sens le plus favorable à ce dernier (c. cons. art. L. 211-1). La règle a été généralisée par l'Ordonnance de 2016 : « *Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé* » (c. civ. art. 1190).

Le contrôle des clauses abusives a été instauré de manière progressive. Jusqu'en 1991 seul le pouvoir réglementaire était en mesure d'identifier les clauses abusives. À cette date, la Cour de cassation a reconnu aux juges le pouvoir de déclarer une clause abusive, ce qui a été qualifié par le doyen Carbonnier de « *coup d'État jurisprudentiel* » (Civ. 1^{re}, 14 mai 1991, n° 89-20999). Puis, cette faculté a été reconnue par la loi pour les contrats conclus entre,