

Introduction générale

1. PRÉSENTATION — Le *droit des obligations* est parfois aussi appelé *théorie générale des obligations* (sur cette question et sur les doutes, cf. *infra*, n° 75). Il est la base même des études du droit privé, du droit en général et est souvent considéré comme le droit commun du droit commun. Théorique et pratique, élégant et rigoureux, sophistiqué et fondé sur des principes élémentaires, technique et reposant sur des analyses extra-juridiques importantes, etc., le droit des obligations est une matière centrale qu'il n'est pas aisé d'aborder. Il forme la matière première du droit des contrats et du droit de la responsabilité mais aussi propose un régime, des règles qui se présentent comme l'outil de base des relations personnelles patrimoniales, la notion d'obligation. Il est donc indispensable pour comprendre l'ensemble des questions qui fondent la vie économique, dans ce qu'elle a de plus simple : l'acquisition banale d'un bien de consommation courante, les conséquences d'une chute dans l'escalier d'une grande surface, ou dans ce qu'elle a de plus sophistiqué : les relations de la distribution, les contrats de longue durée de façon plus générale et le droit financier. Nous verrons, en le développant, que ce que nous appelons « droit des obligations » correspond alors à trois logiques : le contrat, échange de volontés producteur d'effets juridiques, dont des obligations, la responsabilité qui, partant du constat d'un dommage causé par un fait générateur, proposera une indemnisation sous forme d'une obligation de réparation, et enfin, le « microcosme » juridique, l'obligation en tant que telle, à travers son régime, son paiement, sa circulation essentiellement, où nous observerons alors trois fonctions principales distinctes : la gestion des échanges volontaires entre patrimoines, s'agissant des contrats, d'affaires pour les plus intéressants, la gestion des tragédies et des larmes pour la responsabilité, la gestion des mécanismes financiers et de garantie pour le régime des obligations. Reste alors, en admettant que cet ensemble soit un ensemble cohérent, comme point commun, la notion d'obligation (I) avant d'aborder les sources de ce droit des obligations (II).

I. La notion d'obligation

A. Définition

2. DÉFINITION — L'obligation, au centre de la matière étudiée, le droit des obligations, peut être entendue de plusieurs manières alternatives, par les juristes ou les non-juristes : certains considéreront qu'ils sont soumis à des obligations religieuses, sociales, financières, morales, politiques, internationales, envers l'état, les autres ou soi-même. Ce faisant, ils confondront *obligation* et *devoir* (devoir envers la patrie par exemple), et donc, effet obligatoire et effet normatif, ou *obligation* et *engagement* (engagement moral, engagement d'honneur) et, donc effet obligatoire et effet de la volonté.

Pour le juriste, le terme « *obligation* » est aussi employé à de multiples égards. Ainsi parle-t-on des *obligations* des époux nées du mariage, de l'*obligation* de respecter le Code de la route et d'ailleurs le Code pénal en général, de l'*obligation* de déclarer ses impôts, etc. Le terme n'est donc pas réservé au droit des obligations.

Cependant, l'ensemble de ces « obligations » ne correspond pas à la notion d'obligation au sens où l'envisage le droit des obligations, elles correspondent à un tissu de devoirs, d'exigences qui fondent la vie sociale.

Le droit des obligations en effet utilise le terme obligation dans un sens très étroit. L'obligation est définie comme un lien de droit (*vinculum juris*), un rapport juridique, entre deux personnes par lequel une personne, appelée débiteur, doit fournir à une autre personne, appelée créancier, une certaine prestation ou une abstention.

3. DESCRIPTION — Passée cette définition qui relève du consensus historique, on ne sait pas grand-chose, d'un point de vue normatif, sur la notion d'obligation. Le Code civil ne la décrit pas, pas davantage qu'il trace les éléments d'une théorie générale de l'obligation, de telle manière que la frontière entre les obligations civiles, c'est-à-dire juridiques, et d'autres liens de droit est parfois floue. Ainsi en est-il, de manière très classique, entre les obligations juridiques et les obligations morales ou les obligations naturelles (cf. *infra*, n° 4) mais encore avec les obligations légales : lorsque la loi impose à un contractant d'exécuter telle ou telle obligation, une obligation d'informer par exemple, est-ce encore une « obligation », est-ce un devoir, est-ce une simple contrainte légale ? Et si ce contractant répète, ou améliore, cette « obligation », se transforme-t-elle en obligation juridique ? Qu'en est-il des rapports entre une personne publique et un usager qui ressemblent trait pour trait à ceux, des rapports d'obligation juridique, qui se nouent entre deux personnes privées, comme c'est le cas entre un hôpital ou une clinique et un patient, ou bien entre un établissement public, ou privé, d'enseignement et un étudiant ?

Pour rester dans le champ du Code civil, bien des incertitudes demeurent. L'article 1101 du Code civil dispose que les obligations peuvent être de donner (transfert de propriété), de faire (livrer une marchandise) ou de ne pas faire (ne pas révéler une information confidentielle), ce qui est d'une part source de confusions et surtout totalement insuffisant. En premier parce l'existence de l'obligation de donner, résur-

gence anachronique de l'obligation *de dare* du droit romain et de l'ancien régime, est elle-même discutable à l'heure du consensualisme de principe en droit des obligations. En second parce que, par un singulier raccourci, l'article 1101 du Code civil a longtemps été, rapidement, lu comme si les conventions, modèles des sources d'obligations, ne produisaient *que* des obligations. Or, les conventions, les contrats sont producteurs d'effets de droit très divers dont des obligations, les effets systématiques et les plus remarquables, mais aussi des effets réels (transfert de propriété, constitution de droit réel, etc.), des options, des facultés, des délais, etc., question sur laquelle nous reviendrons bien souvent.

De même, le lien que le droit français des obligations tisse entre droit des contrats et droit de la responsabilité civile, sur le fondement d'un régime identique, l'obligation, dont l'un comme l'autre seraient la source, est critiquable. S'il n'est pas contestable que le contrat est directement porteur d'obligations, nous étudierons le droit de la responsabilité à travers un mécanisme très complexe qui, d'un *fait* générateur de responsabilité, filtré par les *régimes* de responsabilité (responsabilité pour faute ou responsabilité sans faute) permet d'aboutir, éventuellement, à une *obligation* de réparation. Mais ce lien n'a rien d'universel et le droit anglais, notamment, ne connaît pas de *droit des obligations*, mais uniquement un droit des contrats (*Contract Law*) ou un droit de la responsabilité (*Torts Law*) sans aucun lien entre eux.

4. OBLIGATION CIVILE, OBLIGATION NATURELLE — Lien de droit, l'obligation, dite alors civile, se distingue de l'obligation naturelle, l'obligation morale, en ce sens que l'obligation civile, seule, est à l'origine d'un lien juridique, qui peut faire l'objet d'une action en justice. À l'inverse, l'obligation naturelle¹, qui n'est pas définie par le Code civil, sinon par une simple allusion (C. civ., art. 1235, al. 2) n'est, précisément, pas entrée dans le champ juridique, elle ne permet aucune action en justice.

Par exemple, une personne emprunte une somme d'argent à une autre. L'emprunteur et le prêteur concluent un contrat, source d'obligations, dont l'une, l'obligation de rembourser la dette, les lie en ce sens que l'emprunteur, débiteur de cette obligation de rembourser, doit s'exécuter auprès du prêteur, le créancier de l'obligation de rembourser. À l'inverse celui qui s'engage sur l'honneur à réaliser quelque chose, ne s'engage, en principe², pas juridiquement. Toutefois, celui qui s'engage par une obligation naturelle, et qui commence volontairement d'exécuter cette obligation fait entrer son obligation, plus exactement ce qui a été commencé (de ce point de vue, il ne pourra obtenir répétition de ce qui a été payé) ou qui s'engage, ensuite, à exécuter cette obligation dans l'avenir s'oblige juridiquement : mais par quelle technique, est-ce une transformation, une novation (cf. *infra*, n° 34) pensait-on pendant très longtemps, ce qui ne peut convenir car la novation suppose l'extinction d'une obligation ancienne par remplacement d'une obligation nouvelle

1. Cf. M. Gobert, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Sirey, 1957.

2. En principe seulement, tant le régime juridique des engagements d'honneur est complexe (cf. *infra*, n° 34). D'une manière plus générale, les obligations naturelles se rencontrent dans deux types de situations, d'une part lorsqu'une obligation est imparfaite, parce qu'un obstacle quelconque a empêché la formation normale de l'obligation (nullité, règle de forme non respectée, etc.) alors que l'obligation s'est éteinte sans avoir été payée (par prescription notamment), et d'autre part, face à des obligations relevant de la morale, l'honneur ou de la conscience.

alors même que précisément, aucune obligation préexistante n'est éteinte, ou création d'une obligation civile, solution aujourd'hui privilégiée¹ par un engagement unilatéral de volonté.

5. CARACTÈRES — En ce sens, l'obligation présente deux aspects, deux faces d'une même réalité : du côté actif, c'est-à-dire du côté du créancier, l'obligation est aussi appelée *créance* : la faculté qu'a le créancier de réclamer au débiteur l'exécution de cette prestation ou de cette abstention. Inversement, du côté passif, c'est-à-dire du côté du débiteur, l'obligation est appelée *dette* : le devoir qu'a le débiteur d'exécuter cette prestation ou cette abstention.

Se dégagent alors d'autres composantes de l'obligation, d'autres façons de l'envisager. D'un point de vue économique, l'obligation se décompose : d'une part la *valeur* que représente celle-ci, la créance vue du côté actif, du côté du créancier, et d'autre part, la *contrainte* qui lui est inhérente, vue du côté passif, du côté du débiteur.

Par conséquent, l'obligation se situe dans la catégorie des droits personnels, par opposition aux droits réels, mieux des droits patrimoniaux, par opposition des droits extrapatrimoniaux².

B. Distinction avec le droit réel

6. EXEMPLE — Un exemple permet d'illustrer cette différence, à partir de la situation du propriétaire d'un immeuble soucieux d'accorder à une personne la jouissance de son bien.

Ce propriétaire peut d'abord démembrer son droit de propriété, et remettre à la personne bénéficiaire quelques-unes des prérogatives qui étaient incluses dans ce droit de propriété : en l'occurrence les prérogatives d'usage et de jouissance. Cela peut passer, par exemple par la constitution d'un droit d'usufruit, qui est un démembrement du droit de propriété et, par conséquent, comme lui, un droit réel : comme le droit réel de propriété, le droit d'usufruit, droit réel, porte directement sur la chose (C. civ. art. 578). Dans ce cas, il y a, en effet, assujettissement d'une chose à une personne, création d'un droit portant sur une chose, une « *res* ». Dès lors si le propriétaire de la maison vend cette dernière, l'usufruitier qui détient un droit réel sur la chose, conserve ce droit que le nouveau propriétaire doit supporter, l'usufruitier peut exercer des actions réelles, par exemple une action en revendication.

Ce propriétaire peut aussi conserver intact son droit de propriété et être simplement tenu vis-à-vis du bénéficiaire de lui assurer l'usage et la jouissance paisible de l'immeuble, par la conclusion d'un contrat de bail. Il y a alors constitution, au profit du bénéficiaire, d'un droit de créance reconnu à une personne, le créancier, le locataire, sur une autre personne, le débiteur, le bailleur. Le rapport s'établit entre deux personnes (créancier et débiteur, locataire et bailleur) : c'est un droit personnel (C. civ. art. 1709). Dans ce cas, il y a, en effet, assujettissement d'une personne, le

1. Cass. civ. 1^{re}, 10 oct. 1995, *Bull. civ.* I, n° 352, *D.* 1996, somm. 120, obs. R. Libchaber, *D.* 1997, p. 155, note G. Pignarre : « *La transformation, improprement qualifiée novation d'une obligation naturelle en obligation civile, laquelle repose sur un engagement unilatéral d'exécuter l'obligation naturelle, n'exige pas qu'une obligation civile ait elle-même préexisté à l'obligation* ». Adde : N. Molfessis, « L'obligation naturelle devant la Cour de cassation : remarques sur un arrêt rendu par la première chambre civile le 10 octobre 1995 », *D.* 1997, Chr. 85.

2. Cf. D. Mainguy, *Introduction générale au droit*, Litec, 4^e éd., 2008.

débiteur, à une autre personne, le créancier ; il y a création d'un droit portant sur une personne, point sur la chose. Les différences entre les deux types de droit concurrent se mesurent alors aisément.

7. LA NATURE DE LA RELATION EST DIFFÉRENTE — La différence entre les droits s'exprime de plusieurs manières. Le droit réel lie une personne à une chose, tandis que le droit personnel lie deux personnes. Le droit réel s'exprimant en un pouvoir portant sur une chose, il faut que cette chose existe et soit déterminée au moment de la naissance du droit qui la concerne (« *je suis propriétaire de cette maison* »), tandis que le droit personnel liant une personne à une autre et s'exprimant par un pouvoir reconnu à une personne sur une autre personne peut intéresser des biens futurs (« *vous me construirez une maison selon tel plan* »), et même des biens indéterminés, définis *in genere* (« *vous me livrerez un stère de bois* »). Le droit réel s'exerçant sur la chose sans intermédiaire peut s'éteindre par la volonté unilatérale de son titulaire (le principe de l'abandon du droit par déguerpissement ou délaissement général est admis quel que soit le droit réel concerné ; le Code civil en évoque diverses applications à propos du droit d'un copropriétaire sur un mur mitoyen : C. civ. art. 656 et des hypothèques : C. civ. art. 2172) ; tandis que le droit personnel liant une personne à une autre ne peut s'éteindre qu'avec l'accord des deux personnes : le sujet actif et le sujet passif ; en d'autres termes la remise de dette ne peut pas s'opérer par une manifestation unilatérale de volonté du créancier. La remise de dette réglémentée par le Code civil (C. civ., art. 1282) est la convention par laquelle le créancier consent gratuitement au débiteur qui l'accepte, l'abandon complet ou partiel de sa créance ; cette remise est une convention qui suppose, par conséquent, l'accord des volontés du créancier et du débiteur ; la volonté unilatérale du créancier renonçant spontanément et isolément à sa créance est insuffisante pour éteindre l'obligation : l'acceptation du débiteur est nécessaire (cf. *infra*, n° 519).

8. L'AUTORITÉ DES DEUX TYPES DE DROITS EST DIFFÉRENTE — Le droit réel s'impose à tous ; il est opposable *erga omnes* tandis que le droit personnel ne s'impose qu'au débiteur, il n'est opposable que *inter partes*. Le droit réel, s'exerçant directement sur la chose, produit ses effets à l'égard de tous. Il est absolu dans ses effets (l'usufruitier peut revendiquer la jouissance de son bien directement contre tout tiers ; il n'a pas à s'adresser préalablement au nu-propriétaire du bien), tandis que le droit personnel, pouvoir sur une personne, ne peut s'exercer que sur une personne bien déterminée : l'article 1165 du Code civil pose le principe de la relativité des effets des conventions (c'est du bailleur et du bailleur seul que le locataire attend, par exemple, l'usage et la jouissance paisibles du bien loué).

9. LE RÉGIME DES DEUX TYPES DE DROITS EST DIFFÉRENT — Le droit réel par la combinaison des deux séries de caractères que l'on vient de souligner bénéficie de deux techniques originales de protection qui font précisément son intérêt, à savoir le droit de préférence et le droit de suite que le droit personnel ne connaît pas.

Le *droit de préférence* est le droit d'être payé avant tout autre sur le prix de vente d'une chose : le titulaire d'un droit réel a sur la chose un droit lui permettant de la soustraire à la poursuite de créanciers ordinaires. Ainsi, par exemple, le créancier

titulaire d'un droit réel d'hypothèque pourra se faire payer sur le prix de vente du bien hypothéqué avant tous les créanciers ordinaires dits « chirographaires », d'une part, avant tous les créanciers privilégiés de rang inférieur ou de date postérieure à la date de la prise d'hypothèque, d'autre part ; tandis que le titulaire d'un droit personnel n'a aucun droit à être préféré aux autres créanciers. Tous les créanciers ont, en effet, un égal droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur commun ; les créanciers seront, donc, payés dans l'ordre de présentation, le paiement étant « *le prix de la course* ». S'ils interviennent en même temps, la loi du concours s'appliquera et ils partageront entre eux le prix de vente de la chose.

Le *droit de suite* est le pouvoir de revendiquer un bien entre quelque main qu'il se trouve. Le titulaire d'un droit réel a un droit direct sur la chose. Peu importent les mains entre lesquelles se trouve cette chose. L'usufruitier a un droit sur la chose quel que soit le nu-proprétaire, qu'il soit ou non celui dont il tire son droit réel. Il pourra, donc, revendiquer la chose où qu'elle se trouve. De la même manière, le créancier hypothécaire titulaire d'un droit réel a un droit de suite en raison non pas de son titre de créance mais de son droit réel d'hypothèque sur l'immeuble hypothéqué ; il pourra suivre le bien même dans un patrimoine autre que celui de son débiteur initial, il pourra, notamment, saisir le bien hypothéqué entre les mains d'un tiers acquéreur ; tandis que le titulaire d'un droit personnel a un simple droit à exécution sur le patrimoine de son débiteur, tel qu'il sera au moment de la saisie. Lorsqu'un bien est vendu par le débiteur entre la naissance de la créance et son exécution, le créancier chirographaire ne peut pas le saisir entre les mains de l'acquéreur. Le bien sorti du patrimoine du débiteur avant la saisie va échapper au créancier qui n'a pas de droit de suite sur ce bien entre les mains d'éventuels acquéreurs et sous-acquéreurs.

10. RELATIVITÉ DE LA DIFFÉRENCE — Ainsi marquée, de manière classique, la différence entre droit réel et droit personnel, entre propriété et contrat paraît irréductible et définitive. Il n'est pas certain que cette distinction, didactique, reflète la réalité économique. Ainsi, la « propriété » et le « droit de propriété » sont une situation objective, un rapport entre une personne et une chose qui est présentée par l'article 544 du Code civil comme un « pouvoir », le pouvoir de jouir de la chose de la manière la plus absolue, ce qui est assez étrange pour un droit réel, à moins de ne pas confondre propriété et chose, droit de propriété et objet de l'appropriation¹. En outre, bien des techniques contractuelles permettent d'assurer une constitution de droit réel ou un effet acquisitif de propriété, un transfert de propriété ou une extinction d'un droit réel. Enfin, le rapport entre une personne et un bien, appelé droit de propriété ou droit réel est parfois de source personnelle, par exemple lorsque le droit de propriété est entièrement constitué par un contrat, comme une sûreté réelle. Les liens entre droit des biens et droit des contrats sont, de ce point de vue, permanents.

Enfin, la valorisation du contrat, des obligations, permet de les considérer comme des biens appropriables² et ce faisant d'identifier un rapport de propriété et de droit réel sur un contrat ou une créance, permettant de les céder ou de les nantir par exemple (cf. *infra*, n° 247 s. et 475 et s.).

1. Cf. F. Zénati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, PUF, 2007, n° 162 et les références.

2. Cf. par ex : Y. Emerich, *La propriété des créances : approche comparative*, LGDJ, 2007, C. Périssé, *L'appropriation du contrat*, th. Montpellier, 2007, D. Mainguy, « Propriété et contrat », *Dr. et Patr.*

II. Les sources du droit des obligations

II. THÉORIE GÉNÉRALE DES OBLIGATIONS — Ce qu'on appelle *droit des obligations* paraît être une *théorie générale des obligations*, ayant vocation à s'appliquer à n'importe quel type d'obligation, contractuelle, extracontractuelle, publique, privée... C'est donc le plus petit dénominateur commun de laquelle on exclura les études de certains contrats particuliers par exemple. Cette façon de présenter le droit des obligations est très classique, très didactique, mais peut-être erronée ou en tout cas imparfaite, à l'observation de la réalité contractuelle où les enjeux, les faits, les réalités économiques au cœur des problèmes posés permettent de relativiser la *technicité* du droit des obligations et, en tout cas, de considérer que, au-delà des questions techniques s'imposent des considérations autres, économiques, sociologiques, philosophiques par exemple, qui permettent également d'apporter des solutions.

Le droit des obligations demeure cependant une matière globalement abstraite. Le droit des obligations se distingue en effet de l'étude du droit des contrats spéciaux, les contrats usuels comme la vente, le bail, le mandat..., des contrats d'affaires ou de la pratique contractuelle.

C'est la raison pour laquelle le droit des obligations est une matière relativement intemporelle : on dit souvent que le droit français des obligations est l'héritier direct du droit romain des obligations. C'est vrai pour l'essentiel même si le droit des obligations est aussi et logiquement le produit de l'histoire bimillénaire du droit. Ainsi, le droit romain des obligations se fondait sur l'existence d'un petit groupe de contrats, auxquels était attachée une action en justice. Point de principe du consensualisme, de liberté contractuelle, de force obligatoire des contrats, etc. Ce n'est que l'influence du christianisme durant le Moyen Âge qui, tout en redécouvrant le droit romain et en le transformant, l'a imposé : *pacta sunt servanda* : les contrats sont obligatoires en raison d'un principe religieux de respect de la parole donnée. Il y a donc une tradition romaine, et plus exactement, romaniste, dans le droit des obligations, mais qui doit être combinée avec bien d'autres produits de l'évolution historique du droit, pour parvenir à l'affirmation de ce principe qui, lui, demeure.

Depuis 1804, il est vrai que le droit des obligations a, longtemps, peu évolué et, surtout, été épargné par l'inflation législative. De sorte que le lecteur du Code civil d'aujourd'hui peut être surpris de la constance du droit en la matière. En réalité, les règles ont beaucoup évolué, mais sous l'influence de la jurisprudence, point de la loi et souvent à côté de la loi, voire contre celle-ci, ce qui justifie les projets de réforme du droit des obligations (cf. *infra*, n° 24) mais également une nouvelle manière d'approcher le droit des contrats (cf. *infra*, n° 75).

En revanche, l'inflation législative n'a pas épargné les matières annexes au droit des obligations. Une évolution notable s'est alors produite : le droit des obligations, droit commun et donc résiduel des contrats et des obligations, s'est réduit au profit de la prolifération des statuts spéciaux des contrats et de nouvelles manières d'aborder les relations d'obligations : de rapports de créancier à débiteur vers des rapports de professionnel à consommateur, d'employeur à salarié, d'assuré à assureur...

Par ailleurs, le droit des obligations est une réalité multiquotidienne. Nous concluons ou exécutons tous les jours plusieurs contrats ou obligations. De la sorte

le droit des obligations est en prise directe avec les réalités économiques. Par exemple, le droit de la responsabilité moderne suit largement les évolutions de la technique, le « *machinisme* » dit-on souvent.

12. SOURCES DES OBLIGATIONS ET SOURCES DU DROIT DES OBLIGATIONS — Une précision sémantique s'impose d'emblée. Les *sources des obligations* peuvent s'entendre de deux façons. Le droit des obligations lui-même envisage par ces termes l'ensemble des conditions de la formation des obligations, et c'est ainsi que nous étudierons ces règles mais de manière plus globale à l'observation que le contrat produit des effets juridiques, dont des obligations. Ici ce sont les sources du droit des obligations au sens normatif qui nous intéressent, d'autant plus qu'elles se sont multipliées, alors qu'une réflexion lourde et fructueuse sur une réforme du droit des obligations, dans la suite logique des réformes récentes du droit civil, s'amorce.

13. CODE CIVIL — Le Code civil d'abord, est la principale source du droit des obligations : le titre III du Livre III du Code civil est entièrement consacré aux *obligations conventionnelles en général* (C. civ., art. 1101 et suivants) et le Titre IV se consacre aux *obligations qui se forment sans convention* (C. civ., art. 1370 et suivants), un Titre IV bis s'est récemment ajouté, mais on peut évoquer aussi bien des règles intéressant les contrats spéciaux. Observons en outre que l'ensemble s'insère dans le Livre III du Code civil « *des différentes manières dont on acquiert la propriété* », logique évocatrice de celle qui imprime le Code civil : les contrats y sont perçus comme le développement du contrat de vente, conçu comme le modèle des contrats du début du XIX^e siècle et, plus singulièrement encore, de la vente immobilière. Or, cette conception, ce modèle, sont très largement dépassés : le contrat d'entreprise est largement aussi important que la vente, sans compter les contrats de longue durée : nous verrons que l'évolution du droit des obligations, *de lege lata* mais surtout *ferenda*, tient compte de cette réalité nouvelle. Il fallait, alors, protéger l'acquéreur des Biens nationaux ; il convient aujourd'hui de sécuriser ces contrats complexes dans une logique de concurrence internationale.

14. HORS LE CODE CIVIL, nombreuses sont les règles qui intéressent le droit des obligations. Les lois relatives au commerce, d'abord (cf. C. civ., art. 1107), les lois codifiées ou non qui gouvernent des contrats et qui ne seraient pas insérées dans le Code civil. On songe alors au Code du travail, au Code des assurances par exemple.

Certaines de ces règles sont par ailleurs d'une importance majeure pour le droit des obligations. C'est le cas notamment du droit de la consommation, et son Code, ou du droit de la concurrence, interne (C. com., art. L. 410-1 et s.) ou communautaire (TCE, art. 81 et 82), du droit des entreprises en difficulté, des marchés financiers... Certaines de ces règles extérieures au Code civil ont tendance à revendiquer une certaine autonomie, à se démarquer parfois très franchement, du droit commun des obligations, du Code civil, le cas du droit du travail est à cet égard assez remarquable, sans y parvenir toutefois, en raison de caractère commun, donc subsidiaire du droit des obligations, y compris s'agissant du droit du travail qui recourt volontiers aux concepts du droit des obligations, par exemple en matière de force majeure ou de mode atypique de rupture du contrat de travail. D'autres de ces matières, tout

en justifiant leur autonomie, comme le droit de la consommation, entretiennent des rapports très étroits avec le droit commun des obligations : ainsi peut-on sans difficulté que le droit de la consommation a sans doute supplanté le droit commun s'agissant des rapports contractuels usuels de tout un chacun : tous les contrats que nous concluons tous les jours sont bien plus régis par le Code de la consommation que par le Code civil.

15. DROIT CONSTITUTIONNEL CIVIL — Les rapports entre le droit constitutionnel et le droit des obligations sont assez lâches. Pourtant, la constitutionnalité de la liberté contractuelle s'est posée à plusieurs reprises à l'occasion de la discussion de la constitutionnalité de lois touchant au droit des contrats.

Le Conseil constitutionnel a systématiquement considéré que la liberté contractuelle n'était pas un principe à valeur constitutionnel, en sorte que la loi peut imposer des restrictions à cette liberté, pour autant que ces restrictions soient proportionnées : « *aucun principe de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle* » avait décidé le Conseil constitutionnel, le 3 août 1994¹.

En 1998, cependant, le Conseil avait considéré que « *le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* »². C'est dire que, bien entendu, le principe de la liberté contractuelle n'est pas un principe de valeur constitutionnel, affirmer le contraire condamnerait toute loi d'ordre public, mais que le Conseil constitutionnel en vérifie tout de même les tenants³. Demain, bien entendu, le mécanisme de l'exception d'inconstitutionnalité va bouleverser la question.

16. DROIT COMMUNAUTAIRE — Le droit communautaire n'influence, aujourd'hui le droit des obligations que de façon plutôt marginale⁴, parce que le droit communautaire est à l'origine de nombreuses directives d'harmonisation qui peuvent avoir une influence directe sur les règles du droit des obligations, comme en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (Dir. 25 juil. 1985 transposée par la loi du 19 mai 1998 : C. civ., art. 1386-1 et s.), ou de manière indirecte par l'harmonisation des règles du droit de la consommation comme en matière de clauses abusives par exemple (Dir. 5 mai 1993, L. 1^{er} fév. 1995 : C. consom., art. L. 132-1 s.) ou de garantie de conformité dans la vente (Dir. 25 mai 1999, transposée par l'ord. du 17 fév. 2005)⁵. Cette influence demeure marginale car le droit communautaire n'a,

1. Déc. Cons. constit. 3 août 1994, *JCP*, 1995, II, 22404, note Y. Brousseau, *RTD civ.* 1996.151, obs. J. Mestre, 20 mars 1997, *JCP* 1997, I, 4039, obs. M. Fabre-Magnan, *RTD civ.* 1998.99, obs. J. Mestre. V. Ph. Terneyre, « Le législateur peut-il abroger les articles 6 et 1123 du Code civil ? Sur la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », *Mélanges G. Peiser*, PU Grenoble, 1995, p. 473.
2. Déc. Cons. constit. 10 juin 1998, *RTD civ.* 1998.796, obs. N. Molfessis. V. Aussi Déc. Cons. constit., 19 déc. 2000, n° 2000-437 DC qui se réfère à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen duquel découlerait le principe de liberté contractuelle.
3. Cf. A. Duffy, « La constitutionnalisation de la liberté contractuelle », *RDP* 2006, p. 1539.
4. V. Cependant H. Aubry, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, PUAM 2002.
5. *Varii actores*, « Défauts, qualités et vices du nouveau régime de garantie dans la vente des biens de consommation », *RDC* 2005/3, p. 921 s. ; D. Mainguy, « Le nouveau droit de la garantie de conformité dans la vente au consommateur », *JCP* éd. E, 2005, 630, G. Paisant, « La transposition de la directive du 25 mai 2005... », *JCP* éd. G, 2005, I, 146 ; O. Tournafond, « La nouvelle garantie de conformité des consommateurs », *D.* 2005, chron. P. 1557.

pour l'instant (cf. *infra*, n° 21), pas abordé de front la question de l'harmonisation des règles communes et ne s'est intéressé qu'à des thèmes techniques.

17. **DROIT EUROPÉEN** — À l'opposé, l'influence des règles de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH) est de plus en plus notable¹. Cette influence se mesure en premier lieu s'agissant des obligations de la France comme signataire de la CESDH et notamment, pour ce qui nous concerne, l'article 1^{er} du 1^{er} Protocole additionnel lequel, à travers une formule proche de celle de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, assure la protection d'un droit au respect des biens, biens dont nul ne saurait être privé à moins que soit respecté le « *juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens* », et la jurisprudence de la CEDH considère qu'un droit de créance est un bien entrant donc dans le champ de l'article 1^{er} du 1^{er} Protocole.

L'effet direct vertical de la convention se mesure ainsi, notamment, dans les arrêts de la Cour de cassation. Les suites de la célèbre affaire Perruche en sont une illustration presque humiliante pour le législateur français : les arrêts Perruche avaient admis l'indemnisation d'un préjudice lié à la non-révélation du handicap d'un enfant pendant la grossesse de sa mère à la suite d'une faute d'un professionnel de santé, ce qui revient à indemniser le préjudice lié à la perte de chance de réaliser une interruption volontaire de grossesse. Au-delà de l'appréciation que chacun peut avoir de cette question, qui touche le plus haut de la philosophie, de la morale et du droit, le législateur avait crû utile de légiférer et l'article I-1 de la loi du 4 mars 2002, dit dispositif « *anti-Perruche* », disposait que « *Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance* » de telle manière que ce préjudice est compensé par une indemnisation forfaitaire qui devait s'appliquer aux instances en cours. Mais la Cour de cassation par trois arrêts majeurs du 24 janvier 2006 dans des affaires identiques utilisait l'article 1^{er} du 1^{er} protocole de la CEDH pour distinguer, s'agissant de la réparation du préjudice, entre celui de l'enfant et celui des parents devant supporter des charges d'entretien de l'enfant handicapé tout au long de sa vie, pour écarter, sur ce point l'article I-1 de la loi de 2002².

En outre, l'effet horizontal de la CEDH se mesure entre contractants, s'agissant d'apprécier le caractère proportionné des éventuelles atteintes apportées à leurs droits fondamentaux par une clause d'un contrat. Il est ainsi de plus en plus fréquent que des contractants invoquent ces règles pour obtenir l'annulation de certaines clauses, qui contrarient, par exemple, le droit au respect de la vie privée et familiale (CESDH,

1. Cf. J. Raynaud, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, PUAM, 2003, A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, 2002.

2. Cass. civ. 1^{re}, 24 janv. 2006, *Bull. civ. I*, n° 29, 30, 31 : « *si une personne peut être privée d'un droit de créance en réparation d'une action en responsabilité, c'est à la condition selon l'article 1^{er} du protocole n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que soit respecté le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens ; que tel n'est pas le cas en l'espèce, dès lors que l'article 1^{er}-I, en prohibant l'action de l'enfant et en excluant du préjudice des parents les charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de la vie, a institué un mécanisme de compensation forfaitaire du handicap sans rapport raisonnable avec une créance de réparation intégrale, quand les époux Z... pouvaient, en l'état de la jurisprudence applicable avant l'entrée en vigueur de cette loi, légitimement espérer que leur fille serait indemnisée au titre du préjudice résultant de son handicap* ».

art. 8) ou le droit à la liberté de réunion ou d'association (CESDH, art. 11) dans un contrat de bail¹ ou dans le contrat de travail².

18. DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DES OBLIGATIONS, DES CONTRATS, DE LA RESPONSABILITÉ — Plus complexe encore est la question des règles du droit international privé des obligations, des contrats ou de la responsabilité qu'il n'y a pas lieu de traiter ici³, sinon pour rappeler que ces questions justifient la résolution de conflits de juridictions (cf. Règlement n° 44/2000, art. 5) et surtout de conflits de lois portant sur les contrats (et cf. Conv. de Rome du 19 juin 1980 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles) ou sur la responsabilité où pour l'essentiel règne le principe d'autonomie qui assure aux contractants le choix libre de la loi applicables à leurs rapports. Plus rarement, des conventions établissent des règles matérielles internationales (Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises). Mais, surtout, des sources privées, de nature et d'autorité parfois assez floue, comme les Principes Unidroit ou les Principes pour un droit européen des contrats ont vocation à profondément bouleverser sinon ces questions, du moins les consciences des juristes européens et, peut-être surtout, français.

19. PRINCIPES « UNIDROIT » — L'institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) a publié en 1994 des « principes relatifs aux contrats du commerce international » en 1994, ensuite complétés en 2004⁴. Leur objectif est de proposer, par une forme de concrétisation de la *lex mercatoria* dont les Principes Unidroit se réclament, une unification des règles matérielles en matière de commerce international, par une technique alternative aux procédés traditionnels, conventions internationales ou lois-types. L'initiative permet de proposer un ensemble de règles directement accessibles, bien plus que la *lex mercatoria* classiquement entendue, mythique, discutée et difficile d'accès. Elle s'inscrit ainsi dans un processus de codification voire de *restatement* à l'américaine, rejoignant en cela l'enseignement de Lambert, ce

-
1. Cass. civ. 3^e, 6 mars 1996, *JCP* éd. G, 1996, I, 3958, n° 1, obs. Ch. Jamin, *RTD civ.* 1996, p. 897, obs. J. Mestre, à propos d'une clause d'un bail d'habitation interdisant au locataire d'héberger ses proches ; Cass. civ. 3^e, 12 juin 2003, *JCP*, éd. G, II, 1190, note F. Auque, s'agissant d'une clause d'un bail commercial imposant l'adhésion à une association.
 2. Cf. Cass. soc. 12 janv. 1999, *D.* 1999, somm. 645, obs. J.-P. Marguénaud et J. Mouly, s'agissant d'une clause de mobilité imposant au salarié de transférer son domicile dans la région de son lieu de travail, tel qu'imposé par l'employeur.
 3. Cf. D. Mainguy, « Les opérations du commerce international », in *Traité de droit du commerce international*, Litec, 2005, n° s.
 4. *JCP* 1995, III, 67399. V. J.-P. Béraudo, « Les Principes d'unidroit relatifs au droit du commerce international », *JCP* 1995, I, 3842 ; F.-M. Bannes, « L'impact de l'adoption des principes unidroit 1994 sur l'unification du droit du commerce international : réalité ou utopie », *RRJ* 1996, p. 933, M. J. Bonell, « The Unidroit Principles of International Commercial Contracts : Toward a New Lex Mercatoria ? », *RDAI* 1997, p. 161, B. Fauvarque-Causson, « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », *RIDC* 1998, p. 463, J. Huet, « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux Principes d'Unidroit : une nouvelle *lex mercatoria* ? », *Les petites affiches*, 10 nov. 1995, p. 6, C. Kessedjian, « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les principes proposés par l'Unidroit », *Rev. crit. DIP* 1995, p. 641, C. Larroumet, « La valeur des principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international », *JCP* 1997, I, 4011, D. Mazeaud, « À propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'Unidroit et de la commission Lando », *Mélanges M. Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 205.

comparatiste qui estimait que le but du droit comparé était de parvenir à un droit commun¹.

Ces « Principes » résultent d'une initiative privée : ils ne bénéficient d'aucun caractère obligatoire malgré leur présentation mais leur autorité et indéniable, dans le champ de l'arbitrage international tout au moins. On y trouve un ensemble cohérent et construit de règles applicables aux contrats internationaux de leur formation à leur extinction, s'appuyant sur des techniques propres à la pratique des contrats internationaux telles que la recherche d'un certain équilibre contractuel, ainsi les « avantages excessifs » sont sanctionnés, et à l'inverse, promues les obligations implicites qui découlent de la nature et du but du contrat, des pratiques établies entre les parties et des usages, de la bonne foi, de ce qui est raisonnable.

L'intérêt est alors multiple, bien que ces Principes, comme les Principes pour un droit européen des contrats ne disposent pas de l'appui d'une institution publique de telle manière qu'ils demeurent dans le champ des codifications savantes. Ils sont ainsi une source non négligeable d'appui à des raisonnements, en matière d'arbitrage mais aussi, quoique rarement, par des juridictions étatiques². Surtout, ils révèlent la possibilité, non expressément formulée, de l'hypothèse d'un droit mondial des contrats, comme réponse à la relative anarchie de la mondialisation des échanges.

20. PRINCIPES POUR UN DROIT EUROPÉEN DES CONTRATS — Les « Principes pour un droit européen des contrats » (PEDC : *Principes pour un Droit européen des Contrats* ou PECL : *Principles of European Contract Law*) se présentent comme un ensemble de règles concurrentes des « Principes Unidroit ». Élaborés sur la férule du Pr. Ole Lando et d'universitaires reconnus des différents États membres, ces principes³ érigent un système très voisin de celui proposé par les « Principes Unidroit ». Ils ont été publiés en trois phases, en 1995, 1998 et 2002 pour enfin présenter un visage complet. On retrouve fort logiquement les mêmes objectifs que pour les Principes Unidroit, mais dans un contexte européen largement revendiqué. En effet, le Parlement européen a aujourd'hui repris le flambeau universitaire de départ pour promouvoir un futur Code européen des obligations. On retrouve les principes de liberté contractuelle, de bonne foi, l'usage de standards juridiques comme le « raisonnable » ou le « proportionné », comme dans les « Principes Unidroit » quoique les PEDC soient encore plus développés que les « Principes Unidroit », 200 articles environs, structurés en 17 chapitres, intéressant un droit matériel des obligations et des contrats, éventuellement internationaux.

21. VERS UN CODE EUROPÉEN DES CONTRATS ? — Les « Principes pour un droit européen des contrats » signalent une « communautarisation » du droit des contrats internationaux, déjà largement entamée avec le Convention de Rome, mais qui s'ins-

1. E. Lambert, *La fonction du droit civil comparé. Études de droit commun législatif, 1^{re} série*, LGDJ, 1903.

2. Cf. les résultats d'une recherche : P. Deumier, « L'utilisation par la pratique des conventions d'origine doctrinale », *D.* 2008, Chr. p. 494.

3. Cf. C. Priéto (dir.) *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, dont une excellente introduction, « Une culture contractuelle commune en Europe » par C. Priéto, p. 18 ; « Regards croisés avec le droit français », *Dr. et Patrimoine*, avril 2003, p. 39 s. ; P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003.

talle, ici, dans le droit matériel des contrats¹ que les autorités communautaires ont repris à leur compte depuis le début des années 2000 avec, aujourd'hui, un objectif clair et la constitution d'un « Cadre commun de référence » (CCR) dont l'objet est de rassembler les textes existants afin d'améliorer la qualité et la cohérence de l'acquis communautaire².

Le projet s'élargit cependant dans une perspective plus vaste de « Code civil européen » voire plus modestement de « Code européen des contrats et des obligations », vœu relayé par les institutions communautaires³. On observera simplement que les deux formules ne sont pas équivalentes. Les « Principes » instituent un corps de règles souples et non normatives de règles intéressant les contrats internationaux où un « Code » des contrats, qui pourtant prend sa racine dans les « Principes », intéresserait tous les contrats, intégrant les contrats intereuropéens. Deux formules sont proposées par les autorités communautaires dans un document intitulé « plan d'action » et diffusé début 2003, soit pour imposer l'application de ces règles de façon automatique, sauf clause d'*exclusio juris*, comme à propos de la CVIM (formule « d'*opt out* »), soit pour les présenter de façon facultative, via une clause d'*electio juris*, comme dans les formules traditionnelles du droit international privé (formule « d'*opt in* »).

Cette question n'est ni nouvelle ni consensuelle. Déjà, en 1928, un projet de Code civil franco-italien, dans la ligne de la pensée d'Édouard Lambert, auquel la question de l'unification des droits était chère, s'était heurté à l'incompréhension des juristes français, peut-être, mais aussi, à l'idée d'unifier le droit français avec celui de l'Italie de Mussolini.

De même, mais pour d'autres raisons, l'unification projetée et la perspective d'un droit européen des contrats ne fait pas l'objet d'un consensus en doctrine, loin

-
1. C. Jamin, « Un droit européen des contrats » ?, in *Le droit privé européen*, Economica, 1998, p. 40, D. Tallon, « Vers un droit européen du contrat ? », *Mélanges A. Colomer*, p. 485, G. Alpa, « Les nouvelles frontières du droit des contrats » *RIDC* 1998, p. 1015, G. Rouhette, « La codification du droit des contrats », *Droits*, 1996, p. 113.
 2. COM 2004 (651), final, 11 oct. 2004, COM 2006, 744 final. Adde, D. Blanc, « La longue marche vers un droit européen des contrats » *D.* 2007, chron. 1615, C. Aubert de Vincelles et J. Rochfeld (dir.), *L'acquis communautaire, les sanctions de l'inexécution du contrat*, Economica, 2006 ; A. Tenenbaum (dir.), B. Fauvarque-Causson et D. Mazeaud (coord.), *Projet de cadre commun de référence, Terminologie contractuelle commune*, Société de législation comparée, coll. « Droit privé comparé européen », vol. 6, 2008, G. Wicker et J.-B. Racine (dir.), B. Fauvarque-Causson et D. Mazeaud (coord.), *Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, Société de législation comparée, coll. « Droit privé comparé européen », vol. 7, 2008.
 3. V. R. Schultz, « Le droit privé européen », *RIDC* 1995, p. 7, D. Tallon, « Vers un droit européen des contrats » art. cit., P. Legrand, « Sens et non sens d'un Code civil européen », *RIDC* 1996, p. 779, J. Basedow, « Un droit commun des contrats pour le marché commun », *RIDC* 1998, p. 7, P. de Vareilles-Sommières (dir.), *Le droit privé européen*, Economica, 1998, C. Witz, « Plaidoyer pour un Code européen des obligations », *D.* 2000, p. 79, C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 2001, A. Chamboderon, « La texture ouverte d'un code européen du droit des contrats », *JDI* 2001, p. 5, N. Charbit, « L'espéranto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats. À propos de la communication de la commission européenne relative au droit européen des contrats », *JCP* 2002, I, 100, Ph. Malaurie, « Le Code civil européen des obligations et des contrats, une question toujours ouverte », *JCP* 2002, I, 110, G. Cornu, « Un Code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.* 2002, p. 351, Y. Lequette, « Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar », *D.* 2002, p. 2202, B. Fauvarque-Causson, « Faut-il un Code civil européen ? », *RTD civ.* 2002, p. 463.

s'en faut. La communauté des juristes est en effet divisée entre partisans¹ et adversaires² d'un tel projet.

22. RÔLE DE LA COUTUME ? — La coutume exerce un rôle mineur et discuté. Citée comme exemple typique, la solidarité dans les obligations civiles exclue par principe (C. civ. art. 1202) ou commerciales où une coutume justifierait, au contraire, que les obligations conclues par plusieurs débiteurs ou plusieurs créanciers soient conclues de façon solidaire.

En revanche, les usages jouent un rôle important. C'est le cas d'abord lorsqu'il s'agit d'*interpréter* un contrat (cf. C. civ., art. 1135, 1159, 1160) mais aussi, et surtout, pour *compléter* un contrat, s'agissant notamment des contrats commerciaux, dans lesquels certaines clauses sont réputées figurer, en vertu d'un usage professionnel.

23. LA JURISPRUDENCE, SOURCE MAJEURE — La jurisprudence est en revanche, avec la loi, l'autre grande source du droit des obligations.

C'est ainsi autant, voire bien davantage, la jurisprudence que la loi qui est à l'origine de notre droit de la responsabilité, à travers les grandes constructions jurisprudentielles du début du siècle : l'élaboration de la théorie de la concurrence déloyale et du parasitisme économique qui vivifie l'article 1382, le mécanisme de la responsabilité du fait des choses (C. civ., art. 1384, al. 1^{er}) inexistant au XIX^e siècle et qui est devenue le mécanisme essentiel aujourd'hui, construit tout au long du XX^e siècle, la responsabilité du fait d'autrui, accompagnant et généralisant les règles posées par l'article 1384 du Code civil.

C'est aujourd'hui la jurisprudence qui, à coup de grands arrêts ou de séries d'arrêts plus discrets, par une technique dite « des petits pas », assure l'adaptation du Code civil au droit moderne des obligations, aujourd'hui tout autant fondé sur la sécurité juridique, la force obligatoire des conventions, que sur la bonne foi, l'éviction des abus, des déloyautés contractuelles, l'analyse de la proportionnalité de telle clause d'un contrat avec les buts recherchés par ses promoteurs.

L'inconvénient est cependant de transformer le droit des obligations en un droit prétorien et, donc, en un droit complexe, presque secret, un droit de savants et d'érudits. En même temps, est-ce réellement un inconvénient, le droit des obligations, spécialement le droit des contrats ou de la responsabilité peuvent-ils être régis par un Code civil, des règles servant davantage de guide qu'autre chose, ce domaine relève-t-il d'un système de *Civil Law* ou de *Common Law*, par nature ? Poser la question apporte, déjà, des éléments de réponse. Il est certain que le contrat, la responsabilité, ne méritent et ne supportent pas des règles comme les autres.

24. RÉFORME DU DROIT FRANÇAIS DES OBLIGATIONS ? — Le droit français des obligations, des contrats, de la responsabilité est-il obsolète, ou au contraire équilibré, efficace ? Un rapport conduit sous l'égide de la Banque mondiale *Doing business* (www.doingbusiness.org) avait ainsi considéré le droit français des contrats comme peu efficace, à ranger au fin fond du classement des droits des pays du monde.

1. Cf. not. D. Mazeaud, « Faut-il avoir peur d'un droit européen des contrats ? », *Mélanges X. Blanc-Jouvan*, 2005, p. 309 ; Ch. Jamin, « Vers un droit européen des contrats ? », *Rev. jur. com.* 2006, p. 94.

2. Cf. not. Y. Lequette, « Vers un Code civil européen ? », *Pouvoirs*, 2004, n° 107, p. 97, « Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar », art. cit.

L'enjeu est fondamental : le choix du droit français dans les contrats internationaux la référence au droit français dans les litiges internationaux ou dans les négociations internationales, l'éventuelle exportation du droit français... si le droit français est aussi épouvantable que ce rapport l'estime, alors il faut en changer très vite.

Certes, la méthode utilisée par le rapport est critiquable¹ mais le constat posé par ce rapport ne peut être nié. Si l'on envisage le droit français des obligations dans son entièreté, avec les yeux d'un juriste français, c'est un droit globalement équilibré, doté de principes forts, pertinents, pérennes qui répond sans aucune peine ni aucune gêne apparente à la plupart des difficultés qui se posent.

D'un autre côté, les sources du droit des obligations sont multiples, pour l'essentiel les règles telles que posées par le Code civil et le couple doctrine-jurisprudence. Or, le premier est globalement obsolète : bien des questions qu'il traite mériteraient une réforme profonde, bien des articles du Code civil reposent sur une conception du contrat totalement dépassée. Tout se présente dans le Code civil de manière très simple, le droit des obligations est le droit commun applicable à tous les contrats (C. civ., art. 1107) sauf les réglementations particulières, ce qu'on appelle les contrats spéciaux², mais l'ensemble reste fondé sur un modèle, celui de la vente, contrat à exécution rapide, pour ne pas dire instantanée, alors que les besoins du droit des contrats d'aujourd'hui reposent sur les contrats de longue durée.

Or, et c'est précisément là le problème, le Code civil a été rédigé pour traiter des contrats usuels d'un propriétaire terrien, bon père de famille de 1804, alors que les questions qui se posent aujourd'hui sont celles des contrats de masse, les contrats de consommation, qui disposent d'un Code à cet effet, et surtout des contrats d'affaires, les contrats de longue durée. D'une part le Code civil est muet sur la question de la gestion du temps dans le contrat mais surtout guère utile pour traiter les grandes questions qui se posent à leur égard, assis sur une conception morale du droit alors que les contrats d'affaires ont besoin d'un droit pratique, économique, etc.

Par conséquent, l'ensemble des grandes questions posées aujourd'hui en droit des contrats ne peuvent assurément trouver leur source dans le Code civil : la proportionnalité, la cohérence contractuelle, l'économie du contrat, les clauses déséquilibrées, le jeu de l'action directe, la négociation du contrat, la cession de contrat, les causes et les effets de l'extinction du contrat, etc. Rien dans le Code civil et c'est donc dans les règles jurisprudentielles qu'il faut rechercher, avec l'aide de la doctrine qui l'explique, l'organise, la met en œuvre. On avouera que ce n'est guère engageant pour un juriste étranger et ça ne l'est souvent pas davantage pour les juristes français eux-mêmes. Nulle trahison dans cette déconsidération du Code civil, bien au contraire, le vœu que le Code se régénère et redevienne cet outil d'interprétation formidable qu'il a été.

Quant au droit de la responsabilité, c'est encore pire, il s'est construit entièrement à côté du Code civil, par le travail massif de la jurisprudence.

1. Et V. la réponse de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, sous la houlette de M. Grimaldi et D. Mazeaud : *Les droits de tradition civiliste en question, à propos des rapports doing business de la banque mondiale*, Soc. Leg comp. 2006.

2. Cf. D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 6^e éd., 2008.

C'est dans cet esprit qu'un groupe de travail dirigé par le professeur P. Catala s'est rassemblé de manière à proposer un rapport prenant la forme d'un avant-projet de loi de réforme du droit des obligations (et de la prescription), en 2005¹ dont on peut critiquer tel ou tel point, discuter tel autre, mais dont on doit souligner l'audace et l'opportunité et souhaiter que ce projet aboutisse.

25. AU-DELÀ DES SOURCES DES OBLIGATIONS — Trouver un plan original pour présenter la matière est sans doute impossible. L'étude des obligations impose de rechercher leur origine : les obligations résultent soit d'actes juridiques, dont le modèle est le contrat, soit de faits juridiques, sur le modèle de la responsabilité civile. Elle impose ensuite d'observer leur régime.

Pourquoi chercher une autre distinction, alors que la plupart des manuels proposent cette distinction fondée sur les sources des obligations et, ensuite, leur régime ?

D'une part, parce qu'elle est de notre point de vue artificielle, étant donné le gouffre qui sépare les questions intéressant le droit des contrats et le droit de la responsabilité civile, même si, évidemment, des liens importants existent : mais ces liens ne s'expriment pas essentiellement du point de vue des sources des obligations contractuelles et des obligations de réparer.

D'autre part, parce que si l'on envisage ces questions du point de vue de leur fonction, dans un sens moderne, alors on observera que le droit des contrats est, aujourd'hui, et comme son titre l'indique, le support des contrats, des contrats d'affaire pour l'essentiel, sans oublier tous les autres bien entendu, que le droit de la responsabilité est le droit des larmes, du sang mais aussi des relations non contractuelles d'affaire, et que le régime des obligations, est le droit au service du droit bancaire, du droit financier.

Enfin parce que nous voudrions, dans cet ouvrage, et pour qu'il s'inscrive pleinement dans son siècle, montrer les mouvements considérables qui affectent le droit moderne des contrats, de la responsabilité, de l'obligation dans leur fonctionnalité.

26. CLASSIFICATION DES OBLIGATIONS — Quelques éléments de présentation du problème de classification des obligations peuvent, cependant, être présentés. Au problème classique de connaître les sources des obligations, différentes réponses ont été données qui se séparent moins qu'elles ne se complètent et ne se précisent. Une distinction empruntée à Justinien et à Pothier est à l'origine des distinctions actuelles : on trouve dans les compilations de Justinien la formule suivante : « *aut ex contractu, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio (delicto) aut quasi ex maleficio (delicto) obligations nascuntur* » (les obligations naissent ou du contrat ou comme du contrat ou du délit ou comme du délit, étant entendu que les contrats, actes

1. V. P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, 2006 ; « Bref aperçu sur l'avant-projet de loi de réforme du droit des obligations et de la prescription », *D.* 2006, Chr. p. 535 ; B. Fauvarque-Causson et D. Mazeaud, « L'avant-projet de loi de réforme du droit des obligations et de la prescription et les principes du droit européen des contrats : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel », *LPA* 2006, n° 146, p. 3 ; « La réforme du droit des contrats : projets et perspectives », *RDC* 2006, p. 3 (pour la partie concernant la réforme du droit des contrats), et « L'avant-projet de loi de réforme du droit de la responsabilité », *RDC* 2007, p. 3, adde Ph. Malaurie, « Avant-projet de loi de réforme du droit de la prescription en droit civil », Defrénois, 2006, p. 230, A. Bénabent, « Sept clés pour une réforme de la prescription extinctive », *D.* 2007, Chr. 1800 (pour la partie de la réforme du droit de la prescription).

licites, emportaient exécution et les délits, actes illicites, réparation). La formule était d'ailleurs singulièrement plus complexe puisque tous les contrats n'emportaient pas en droit romain, obligation d'exécuter, pas plus que tous les délits n'emportaient obligation de réparer.

Les distinctions en la matière ont largement évolué.

Une distinction classique identifiait ce que l'on appelait, à la suite de Pothier, qui avait largement emprunté à Justinien d'ailleurs, à la veille du Code civil, *la classification quadripartite des obligations* : le contrat, le quasi-contrat (gestion d'affaires et paiement de l'indu), le délit (faute intentionnelle), le quasi-délit (faute non intentionnelle).

Mais Pothier y ajoutait la loi comme source supplémentaire d'obligation même si la loi est une source ambiguë : ainsi lorsque la loi impose au vendeur professionnel une obligation particulière à l'attention de l'acheteur consommateur, est-ce une obligation de source légale ou une obligation de source conventionnelle (il faut un contrat) mais dont l'existence ou l'intensité est rendue obligatoire par la loi. C'est sans doute cette deuxième acception qu'il faut ici retenir. En revanche, lorsque la loi impose une obligation précontractuelle de renseignement, alors, plus de doute, c'est bien la loi qui est la source de cette obligation.

La distinction proposée par le Code civil est quelque peu différente dans la mesure où les auteurs du Code civil ont apporté quelques rectifications à la classification classique : les sources conventionnelles (contrat) : C. civ., art. 1101 et s., les sources non conventionnelles : C. civ., art. 1370 et s. : quasi-contrats (gestion d'affaires et paiement de l'indu), actes illicites (délits et quasi-délits, C. civ., art. 1382 s.) et la loi. Les distinctions doctrinales postérieures ont conduit à certaines rectifications et une nouvelle présentation, évoquant, de façon complémentaire, les rôles de l'acte juridique unilatéral et de l'acte juridique collectif, le fait que le paiement de l'indu est en réalité une application d'une source plus générale d'obligations, l'enrichissement sans cause, que la loi n'est pas une source particulière d'obligations mais bien une source générale du droit.

27. ACTES JURIDIQUES ET FAITS JURIDIQUES — À cette complexification croissante s'oppose une simplification extrême et une distinction identifiant deux grandes familles, celle des actes juridiques et celle des faits juridiques. Cette distinction est un classique du droit privé, alors pourtant que le Code civil ne connaît pas la formule « *fait juridique* » et que celle de « *acte juridique* » est apparue, dans l'article 1108-1 du Code civil en 2004 (et Comp. Avant-Projet, art. 1101-1). Il y aurait ainsi la famille des actes juridiques : les actes juridiques conventionnels (le contrat, essentiellement), les actes juridiques unilatéraux, les actes juridiques collectifs mais également celle des faits juridiques, les quasi-contrats et la responsabilité civile. Pour autant, la distinction est elle-même contestable : les actes juridiques sont classiquement définis comme des manifestations de volonté productrices d'effets de droit, tandis que les faits juridiques sont des faits, involontaires, producteurs d'effets de droit (possession, prescription, fait générateur de responsabilité, etc.). Un contrat est, ainsi, un modèle des actes juridiques, tandis qu'une faute est son pendant s'agissant des faits juridiques. Toutefois, l'acquisition d'un ticket de métro, qui permet de conclure un contrat de

transport terrestre aux effets très complexes qui contient notamment une stipulation pour autrui tacite en cas d'inexécution par le transporteur de son obligation de sécurité (sur cette question, cf. *infra*, n° 262) est-elle véritablement une manifestation de volonté ? Inversement, une faute commise dans l'intention délibérée de commettre un préjudice est-elle toujours un fait *involontaire* ?

En toute hypothèse, la distinction ne présente d'autre intérêt qu'en termes de catégorie, de rangement, mais également en termes de preuve : la preuve des actes juridiques s'effectue en principe par écrit tandis que la preuve des faits juridiques est en principe libre. Cependant ces catégories sont beaucoup trop vastes pour être utiles : un décret, une loi, un contrat sont des actes juridiques, une faute dommageable, la possession d'une chose, la naissance, sont des faits juridiques... et le tout suppose une unité du *droit des obligations* qui peut être contestée.

28. **PLAN** — Toutes ces raisons et celles déjà envisagées plaident donc en faveur d'une séparation de l'étude en trois parties, correspondant aux trois fonctions que la matière révèle :

Première partie — Les contrats

Deuxième partie — La responsabilité civile

troisième partie — Le régime des obligations

Bibliographie

Il est bien difficile de présenter à ce stade une bibliographie ; nous citerons, toutefois, quelques approches en la matière.

A. Traités, ouvrages généraux

Outre les ouvrages cités en fin d'ouvrage, des ouvrages plus anciens peuvent être consultés.

Les ouvrages de l'Ancien régime de référence sont ceux de Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1689-1694 et de Pothier, notamment son *Traité des obligations*, 1761.

Au XIX^e siècle, les auteurs ont commencé par étudier le Code civil et donc à présenter celui-ci sous forme de Traités en plusieurs volumes, dont un ou plusieurs présentaient les obligations, dans l'ordre des articles du Code, ce que reflètent les ouvrages des auteurs de l'époque (Marcadé, Demante et Colmet de Santerre, Larombière ou Troplong, ce dernier étant le plus connu), puis en respectant l'organisation du Code civil mais sans commenter article par article (Duranton, Demolombe, Toullier), puis se sont détachés du Code civil, reprenant d'ailleurs les travaux des auteurs allemands (Zachariae, dans la première édition d'Aubry et Rau de 1838), par Aubry et Rau alors que le Code allemand, avant la réforme par le BGB en 1900, était précisément le Code civil français, puis faisant œuvre plus originale avec le traité de Baudry-Lacantinerie (1895), ensuite réédité.

Au ^{xx}^e siècle, l'œuvre d'Aubry et Rau fut poursuivie (t. IV, Les obligations, 5^e éd. par E. Bartin, 1923, t. VI Les obligations, 6^e éd. par P. Esmein, 1951, 7^e éd. par A. Ponsard, 1964, 8^e éd. par A. Ponsard et I. Fadlallah, 1989, t. VI-2, *Responsabilité délictuelle* par N. Dejean de la Batié). On observera également et plus spécifiquement R. Demogue, *Traité des obligations en général*, 7 vol., 1923-1933 et *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Sirey 1937, Beudant et Lerebourg-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, 1934 (not. t. VIII, IX et IX bis) et enfin les deux traités les plus « actuels » : ceux de M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, par P. Esmein, 2^e éd ; 1952, t. VII par P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, 2^e éd., 1954, avec une résurgence : Ripert et Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil de M. Planiol*, t. II, 1957, et celui de G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, 2 vol., 2^e éd. par Ph. Jestaz, 1988-1989.

À la frontière entre ces ouvrages et les ouvrages ou traités régulièrement mis à jour et figurant en fin d'ouvrage, signalons celui de H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations (théorie générale)*, 9 éd., 1998 et celui de J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, 22^e éd., 2000.

B. Obligations, contrats et sciences humaines

Nous citerons ici l'*Obligation*, l. 44 des Archives de Philosophie du droit, Dalloz 2000 ; *Le renouvellement des sources de l'obligation*, Trav. Ass. H. Cap, LGDJ, Litec 1997, *Droit et économie des contrats*, (C. Jamin, Dir.), LGDJ, 2008 pour l'étude de l'implication de l'analyse économie du droit sur le contrat ; G. Davy, *La foi jurée, étude sociologique du problème du contrat*, Paris 1922, F. Terré, Arch. Phil. Dr. t. XIII, 1968, p. 71, J.-G. Belley, *Une typologie sociojuridique du contrat, sociologie du travail*, 1996, n° 4, p. 465 s., « Max Weber et la théorie du droit des contrats », *Droit et société*, 1988, p. 281, O. Filipo-Bouchaara, *Le lien contractuel*, Th. Orléans, 2001, C. Guyot-Chavanon, *L'entraide en droit privé*, Th. Bordeaux, 2003.

C. Histoire du droit des obligations

Outre le manuel de J.-L. Gazzaniga (*Introduction historique au droit des obligations*), le cours de J.-Ph. Lévy a été joint à celui de A. Castaldo dans *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002 auquel on peut ajouter E. Chevreau, Y. Mausen et C. Bouglé, *Histoire du droit des obligations*, Litec, 2007, dans lesquels les sources sont, comme souvent avec les historiens, très largement citées et exploitées.

D. Sources des obligations et des contrats

1. Droit constitutionnel et droit des obligations

N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ 1997, M. Frangi, *Constitution et droit privé*, PUAM 1992, Ph. Terneyre, « Le législateur peut-il abroger les articles 6 et 1123 du Code civil ? Sur la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », *Mélanges G. Peiser*, PU Grenoble, 1995, p. 473, P.-Y. Gadoun, *La liberté contractuelle à l'épreuve de la jurisprudence constitutionnelle*, Dalloz, 2008.

2. Droit international des contrats

B. Goldman, *Frontières du droit et Lex mercatoria*, Arch. Phil. Dr. 1964, p ; 178, *La Lex Mercatoria dans les contrats*, *Clunet*, 1979, p. 475, P. Lagarde, « Approche critique de la Lex Mercatoria », *Mélanges B. Goldman*, p. 127, E. gaillard, *Trente ans de Lex Mercatoria, pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit*, *JDI*, 1995, p. 5 ; F. Osman, *Les principes généraux de la Lex Mercatoria*, LGDJ, 1992.

Plus spécifiquement, s'agissant des Principes Unidroit ou des PEDC :

— Principes Unidroit : J.-P. Béraudo, « Les Principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international », *JCP* 1995, I, 3842 ; F.-M. Bannes, « L'impact de l'adoption des Principes Unidroit 1994 sur l'unification du droit du commerce international : réalité ou utopie », *RRJ* 1996, p. 933, M.J. Bonell, « *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Toward a New Lex Mercatoria?* », *RDAL* 1997, p. 161, B. Fauvarque-Causson, « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », *RIDC* 1998, p. 463, J. Huet, « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux Principes d'Unidroit : une nouvelle *lex mercatoria* ? », *Les petites affiches*, 10 nov. 1995, p. 6, C. Kessedjian, « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les principes proposés par l'Unidroit », *Rev. crit. DIP* 1995, p. 641, C. Larroumet, « La valeur des Principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international », *JCP* 1997, I, 4011, D. Mazeaud, « À propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les Principes d'Unidroit et de la commission Lando », *Mélanges M. Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 205.

— PEDC : C. Priéto (dir.) *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003 dont une excellente introduction, « Une culture contractuelle commune en Europe » par C. Priéto, p. 18 ; « Regards croisés avec le droit français », *Dr. et Patrimoine*, avril 2003, p. 39 s. ; P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003.

3. Droit européen des droits de l'homme

J. Raynaud, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, PUAM, 2003, A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, 2002.

4. Droit communautaire

H. Aubry, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, PUAM, 2002.

5. Sur un éventuel Code européen des contrats

D. Tallon, « Vers un droit européen du contrat ? », *Mélanges A. Colomer*, p. 485, R. Schultz, « Le droit privé européen », *RIDC* 1995, p. 7, G. Rouhette, « La codification

du droit des contrats », *Droits*, 1996, p. 113, P. Legrand, « Sens et non-sens d'un Code civil européen », *RIDC* 1996, p. 779, C. Jamin, « Un droit européen des contrats ? », in *Le droit privé européen*, Economica, 1998, p. 40, G. Alpa, « Les nouvelles frontières du droit des contrats » *RIDC* 1998, p. 1015, J. Basedow, « Un droit commun des contrats pour le marché commun », *RIDC* 1998, p. 7, P. de Vareilles-Sommières (dir.) *Le droit privé européen*, Economica, 1998 ; C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica 2001, A. Chamboderon, « La texture ouverte d'un code européen du droit des contrats », *JDI* 2001, p. 5, N. Charbit, « L'espéranto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats. À propos de la communication de la commission européenne relative au droit européen des contrats », *JCP* 2002, I, 100, Ph. Malaurie, « Le Code civil européen des obligations et des contrats, une question toujours ouverte », *JCP* 2002, I, 110, G. Cornu, « Un Code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.* 2002, p. 351, Y. Lequette, « Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar », *D.* 2002, p. 2202, B. Fauvarque-Causson, « Faut-il un Code civil européen ? », *RTD civ.* 2002, p. 463, D. Mazeaud, « Faut-il avoir peur d'un droit européen des contrats ? », *Mélanges X. Blanc-Jouvan*, 2005, p. 309 ; Ch. Jamin, « Vers un droit européen des contrats ? », *Rev. jur. com.* 2006, p. 94, C. Aubert de Vincelles et J. Rochfeld (dir.), *Lacquis communautaire, les sanctions de l'inexécution du contrat*, Economica, 2006 ; D. Blanc, « La longue marche vers un droit européen des contrats », *D.* 2007, Chron. 1615, A. Tenenbaum (dir.), B. Fauvarque-Causson et D. Mazeaud (coord.), *Projet de cadre commun de référence, Terminologie contractuelle commune*, Société de législation comparée, coll. « Droit privé comparé européen », vol. 6, 2008, G. Wicker et J.-B. Racine (dir.), B. Fauvarque-Causson et D. Mazeaud (coord.), *Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, Société de législation comparée, coll. « Droit privé comparé européen », vol. 7, 2008.

6. Sur la réforme du droit des contrats et de la responsabilité dans le Code civil

Nous citerons le travail dirigé par P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, 2006 de la façon suivante : « Avant-projet ». Bien des commentaires ont été publiés, dont : P. Catala, « Bref aperçu sur l'avant-projet de loi de réforme du droit des obligations et de la prescription », *D.* 2006, Chr. p. 535 ; B. Fauvarque-Causson et D. Mazeaud, « L'avant-projet de loi de réforme du droit des obligations et de la prescription et les principes du droit européen des contrats : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel », *LPA* 2006, n° 146, p. 3 ; « La réforme du droit des contrats : projets et perspectives », *RDC* 2006, p. 3 (pour la partie concernant la réforme du droit des contrats), et « L'avant-projet de loi de réforme du droit de la responsabilité », *RDC* 2007, p. 3, adde Ph. Malaurie, « Avant-projet de loi de réforme du droit de la prescription en droit civil », *Defrénois*, 2006, p. 230, A. Bénabent, « Sept clés pour une réforme de la prescription extinctive », *D.* 2007, Chr. 1800 (pour la partie de la réforme du droit de la prescription).

Et, sur la réponse de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, M. Grimaldi et D. Mazeaud : *Les droits de tradition civiliste en question, à propos des rapports doing business de la banque mondiale*, Soc. Leg. comp. 2006.

29. QU'EST-CE QU'UN CONTRAT ? — Les contrats tiennent une place considérable dans notre vie de tous les jours, sous diverses formes, les contrats usuels, lorsque j'achète mon pain le matin, contrat d'entreprise lorsque j'utilise un billet de train ou un ticket de métro, etc., des contrats plus complexes ou plus rares comme un contrat de crédit, une vente d'immeuble, un contrat de bail, voire des contrats spécialisés, ceux utilisés par les entreprises, les contrats d'affaires, contrats de distribution, contrats de cession d'action, contrats relatifs à l'organisation d'une structure sociale, contrats de production, de sous-traitance... une immense variété de contrats, une immense palette de situations contractuelles différentes. Pas vraiment *un* contrat donc, mais plutôt *des* contrats.

Ils sont en outre la pierre angulaire de nos sociétés et de notre droit plus globalement. Carbonnier, par exemple, situait le contrat parmi les trois piliers du droit avec les biens et la famille¹.

Sans contrat, comment réaliser des échanges économiques, c'est-à-dire des transferts de patrimoine à patrimoine destinés à réaliser les besoins d'une personne : bien entendu une vente pourrait être simplifiée en deux dons et l'on pourrait élargir à toute une série de contrats simples, comme l'expérience des SEL le montre, mais c'est une forme archaïque d'échange. De même, des sociétés archaïques, utopiques ou totalitaires envisagent la suppression de la propriété, de l'argent, donc des contrats. Aucun n'a, pour l'heure, fonctionné efficacement.

Le contrat donc, est cet outil juridique producteur d'un certain nombre d'effets de droit qui assure, dans des considérations presque illimitées des échanges économiques. Il devient tellement utile, ce contrat, qu'il est aujourd'hui le modèle même permettant de résoudre bien des difficultés qui vont au-delà du champ du droit des obligations : le contrat se diffuse dans la famille (le PACS en est un exemple mais aussi le divorce par consentement mutuel est essentiellement contractuel par exemple et, depuis longtemps, on évoque la possibilité, comme sous la Révolution, d'un divorce sans recours au juge), dans le procès, les relations de travail qu'il s'agisse des relations collectives de travail à travers les conventions collectives et les relations individuelles dont les licenciements économiques, les plans de retour à l'emploi par exemple, les relations entre personnes publiques, entre États, la politique elle-même², la Police de la Cité se contractualise, des contrats sont conclus entre l'État et les collectivités locales, etc. Même l'Université, cette noble et ancienne institution doit

1. J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 2002.

2. Quoique... Les promesses électorales n'engagent que ceux qui les écoutent, point ceux qui les font : cf. Paris, 18 oct. 1994, *RTD civ.* 1995, p. 351, obs. J. Mestre.

sa légitimité grâce à un « contrat quadriennal » conclu avec le ministère de tutelle. Tous ces contrats ne sont pas placés à la même échelle et tous n'ont pas la même force, certains sont des contrats « Canada Dry », ils ressemblent à un contrat mais ce ne sont pas des contrats, au sens où les juristes les entendent mais peu importe, l'idée, le modèle contractuel sont plus que jamais présent : confrontation d'une liberté, celle de conclure un engagement, dans une certaine réciprocité et est susceptible d'emporter une certaine responsabilité.

Tout n'est pas contrat, bien entendu, mais le contrat se diffuse, devient un instrument utile et efficace, au sein d'une société qui se rend compte, avec difficulté parfois, que les logiques économiques sont sinon essentielles, du moins très présentes et que le meilleur outil de gestion des questions économiques est le contrat.

Les contrats sont aussi essentiels au droit privé dans la mesure où la plupart des rapports juridiques valorisés sont des rapports contractuels, et donc d'obligation : vente(s), bail, contrat de travail, de transport, d'entreprise, d'assurance, de prêt, de dépôt, de mandat, médical : nous avons tous conclu de nombreux de ces contrats, et s'ajoutent de nombreuses autres formules contractuelles, plus rares et plus complexes, les contrats d'affaires, contrats de distribution, contrats de la société (statuts, pactes d'actionnaire), contrats de financement...

L'étude des contrats n'est, alors, pas l'étude de ces contrats : elle relève de l'étude du droit des contrats spéciaux ou de règles spéciales organisées autour de tel ou tel contrat, comme le droit des assurances ou le droit du travail. L'étude des contrats consiste à observer les règles communes à tous ces contrats, la théorie générale du contrat, pour autant qu'elle existe véritablement ce dont certains doutent¹, sans doute avec raison tant les situations sont différentes : peut-être faudrait-il parler de théorie générale *des* contrats ou mieux encore *des* théories générales *des* contrats, voire pour inverser le propos, de méthode plus que de théorie générale (cf. *infra*, n° 75) : autant une théorie générale des biens ou de la propriété est possible, susceptible d'embrasser l'ensemble de l'institution qu'elle explique, autant une théorie générale du contrat devient de plus en plus incapable de gérer, seule, toutes les difficultés posées face à la diversité des situations contractuelles.

30. DÉFINITION, DESCRIPTION DU CONTRAT — On distingue plusieurs formules, engagement², contrat, convention, accord. La convention est un acte juridique formé par plusieurs personnes qui produit des effets de droit, transférer la propriété, éteindre un droit, et, surtout, créer des obligations.

Une telle convention qui produit des obligations est un *contrat*. Le contrat est alors une forme particulière de convention, défini par l'article 1101 du Code civil : « *le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ».

Nous avons déjà vu que cette présentation est erronée : l'article 1101 présente une vision déformée et réductrice du contrat comme une convention productrice d'obligations, agencées autour de trois types d'obligations.

1. Cf. E. Savaux : « La théorie générale du contrat, mythe ou réalité, LGDJ, 1998, Comp. Pour ou contre une théorie générale des contrats spéciaux », *RDC* 2007/1.

2. Cf. C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé. Recherches sur les sources des obligations*, Defrénois, 2007.

D'une part, la doctrine montre parfois qu'il y en aurait quatre, dont l'obligation de *praestere*¹, resurgie du droit romain, définie comme une subdivision de l'obligation de faire, considérée comme trop générale, obligation de mettre à la disposition une chose ou un ouvrage.

Par ailleurs, le contrat produit bien d'autres effets, des effets réels (transfert de propriété, constitution ou extinction de droit réel, etc.), des options, des facultés, des délais, des libertés, il est constitué de conventions internes, que sont les clauses d'un contrat dont certaines ont une vie propre, comme les clauses de non-concurrence post contractuelles, voire totalement autonomes du reste du contrat, comme les clauses compromissoires (clause qui imposent la soumission d'un litige lié au contrat qui la contient à arbitrage) et qui résistent à l'annulation du contrat (cf. *infra*, n° 180).

Certains de ces contrats sont extrêmement connus, comme certains contrats nommés (vente, louage, contrat de mariage...) ; d'autres sont plus confidentiels car réservés en pratique aux relations d'affaires, comme les contrats de distribution (franchise, concession commerciale...), les contrats de financement (*swaps*, obligations, *eurobonds*, affacturage, produits financiers dérivés...), les contrats de transfert de technologie (contrats de licence de marque, de communication de savoir-faire, contrats de l'internet), les contrats intéressant l'organisation d'une entreprise (contrat de cession de titres, contrat de fusion de sociétés, d'apport partiel d'actif, cession de contrôle...).

Par ailleurs, la définition et la description du contrat font l'objet de discussions, pour ne pas dire de querelles parfois, doctrinales majeures.

Pourtant, tous ces contrats différents sont régis par le même ensemble de règles générales de principe. Cela ne signifie nullement que tous les contrats sont soumis à la même réglementation, puisque les règles des contrats spéciaux montrent au contraire que de nombreuses réglementations déterminent des règles particulières à certains contrats, mais que tous se fondent sur les mêmes principes, applicables dès lors qu'une règle spéciale ne prévoit pas une autre règle. Cette diversité, exposée dans un premier temps en une *introduction au droit des contrats* (chap. 1) permettra d'aborder effectivement les conditions de *formation des contrats*, en tant que source d'obligations (chap. 2), puis *l'exécution des contrats* (chap. 3) et enfin *l'extinction des contrats* (chap. 4) et enfin, parce qu'il est difficile de les classer mais que, au fond, leur régime singe celui des contrats, *les quasi-contrats* (chap. 5).

1. Cf. G. Pignarre, « À la redécouverte de l'obligation de *praestere*, pour une relecture de quelques articles du Code civil », *RTD civ.* 2001, p. 41.

Chapitre 1

Introduction au droit des contrats

31. **LE DROIT DES CONTRATS EST UNE MATIÈRE VIVANTE**, fondée sur l'observation de contrats simples, la vente, le contrat d'entreprise, le bail mais aussi et surtout sur des contrats sophistiqués, comme le sont les contrats d'affaires, faits de conventions qui s'imbriquent dans un moule contractuel plus vaste, les clauses, de non-concurrence, d'exclusivité, d'inaliénabilité, de confidentialité, de résiliation, compromissaires, attributives de juridiction, de loi applicable, de non-responsabilité, etc., le tout emporté par la logique de la théorie générale du contrat, ce droit commun qui s'applique dès lors qu'un droit plus spécial ne s'applique pas et, plus exactement à côté, au-dessus peut-être de ces droits spéciaux.

C'est en même temps une matière savante dont les sources sont particulièrement difficiles à saisir : nous avons observé et reverrons ainsi que les grandes questions du droit des contrats, la négociation, la circulation, les problèmes d'exécution, la gestion de la durée du contrat, l'extinction, etc. ne sont pas traités par le Code civil mais par la jurisprudence et la doctrine. Il est plus efficace de lire un très bon ouvrage de droit des contrats que le Code civil...

En termes de méthode alors, quelques généralités sur les classifications des obligations et des contrats (section 1) puis de la théorie des contrats (section 2) permettront de saisir quelques éléments de méthode du droit des contrats (section 3).

Section 1

Classifications des obligations et des contrats _____

32. **PRÉSENTATION CLASSIQUE** — On trouve plusieurs de ces classifications, classiques, alors même que chaque manuel, chaque auteur, chaque juriste sans doute trouvera une classification qui lui convient. Ce n'est guère aisé car cette présentation se fonde sur les catégories du Code civil, en principe, dont nous avons déjà pu

observer sinon les lacunes du moins le caractère parfois obsolète. Ainsi le Code civil confond très régulièrement contrat et obligation, dans ses sources, dans ses effets, ce qui n'arrange pas celui qui souhaite proposer une classification.

Nous proposons celle-ci, une première classification oppose les obligations juridiquement obligatoires de celles qui ne le sont pas (I), d'autres sont relatives à l'origine de la règle applicable (II), et d'autres enfin sont relatives au contenu de ces règles (III). Il s'agit d'une simple présentation, à vocation essentiellement didactique, sans aucune autre prétention. Cependant, nous présenterons aussi une autre classification, entre les contrats, en termes de méthode (cf. *infra*, n° 75).

I. Classifications relatives au caractère obligatoire de l'obligation

33. **TOUT CE QU'ON APPELLE PARFOIS UN PEU FACILEMENT « OBLIGATION » EST-IL UNE OBLIGATION AU SENS DU CODE CIVIL ?** C'est une question ancienne qui allie droit et morale, droit et honneur, droit et ordre public qui permet d'écarter un certain nombre d'engagements comme non juridiques.

A. Les obligations naturelles et les obligations civiles

34. **CERTAINES OBLIGATIONS, COMME DES OBLIGATIONS FAMILIALES, DE BIENSÉANCE, MORALES, DE POLITESSE, DE RELIGION** ne sont pas considérées comme des obligations juridiques (cf. *supra*, n° 4). Ainsi nul n'est juridiquement obligé de donner quelque argent à la quête, à la messe, ou de donner à un indigent. Ce ne sont pas des obligations juridiques car nulle sanction étatique n'impose leur exécution ; elles demeurent dans le cadre de la morale ou de la religion, avec leur propre régime de sanction (remord, réprobation publique...). On est en plein dans ce que Carbonnier appelait le « non droit »¹.

35. **LA DISTINCTION QUI REND COMPTE DE CETTE DUALITÉ** repose sur la distinction entre obligation naturelle qu'on appelle parfois aussi obligation imparfaite, que le Code civil n'évoque pas sinon au détour de l'article 1235, al. 2 du Code civil, et obligation civile.

Il peut s'agir d'une *obligation de conscience* comme la promesse de faire un cadeau ou comme une obligation d'entraide entre parents, qui irait au-delà des obligations alimentaires ou l'engagement pris par un ex-mari de verser une pension qui irait au-delà de ses obligations légales².

Il peut s'agir d'une obligation dégénérée ou inefficace, comme une dette qui serait prescrite ou un engagement issu d'un acte annulé.

L'identification de ces devoirs en *obligation naturelle* permet de les rapprocher des obligations civiles : ces obligations naturelles ne sont pas obligatoires de sorte que le « créancier » d'une obligation naturelle ne peut pas en exiger l'exécution par une action en justice.

1. J. Carbonnier, *Flexible droit*, « L'hypothèse du non droit », LGDJ.

2. Cf. Civ. 1^{re}, 9 mai 1988, *D.* 1989.289, note J. Massip.

En revanche, si le « débiteur » de l'obligation naturelle exécute l'obligation ou même effectue un simple commencement d'exécution, l'obligation naturelle devient une obligation civile.

Il en résulte que :

— la répétition de l'indu est impossible : le débiteur ne peut exiger le remboursement sur le fondement que l'engagement n'était pas obligatoire ; il l'est devenu.

— Le commencement d'exécution doit être poursuivi, de sorte que le créancier peut alors poursuivre le débiteur, par une action en justice.

— L'obligation civile naît *ex nihilo* et non par novation comme on l'écrivait traditionnellement. La novation assure la création d'une obligation nouvelle par extinction d'une obligation ancienne. Le mécanisme ne peut s'appliquer aux obligations naturelles puisque les obligations naturelles ne sont pas des obligations et, donc, ne peuvent s'éteindre ; le mécanisme assurant cette « transformation » est la technique de l'engagement unilatéral de volonté : l'obligation civile existe du fait de la volonté du débiteur de s'engager civilement alors qu'il n'était que moralement engagé¹.

B. Les engagements à portée obligatoire discutée

36. BIEN DES ENGAGEMENTS, POUR UTILISER UN AUTRE TERME QUE CELUI DE CONTRAT, SE PRÉSENTENT COMME DES CONTRATS, font parfois même l'objet d'écrits et, pourtant, leur valeur contractuelle est discutée, comme l'exemple le plus topique que sont les engagements d'honneur, et d'autres encore, assez fréquents : quelle est la valeur juridique d'un document publicitaire, d'un protocole d'accord, d'un engagement moral ou d'honneur, d'une clause indiquant que « cette photographie n'est pas contractuelle » : dans le droit ou hors du droit, contractuel ou non contractuel, c'est bien là toute la discussion à partir du constat que la tradition civiliste française est profondément centripète, elle a tendance à tout attirer vers le champ du contrat, à la différence de droits étrangers comme le droit anglais où prospèrent les « *gentleman's agreement* » ou autres clauses « *subject to contract* ». Observons en outre que ces documents s'inscrivent parfois dans la question plus large de la négociation du contrat (cf. *infra*, n° 85 et s.).

37. GENTLEMAN'S AGREEMENT — L'engagement d'honneur est une proposition par laquelle son auteur entend exprimer sa volonté d'assumer un engagement sans pour autant que cet engagement soit pourvu d'effets juridiques : c'est un engagement moral *a priori* donc non obligatoire en ce sens que sa violation ne serait pas sanctionnée².

Utilisés dans les relations familiales ou dans les relations d'affaires (engagement d'honneur comme les « *clauses de retour à meilleure fortune* » ou « *gentleman's agreement* », « *binding in honour only* », « *honour clause* » ou encore « *no contractual agreement* »), ils identifient une curieuse démonstration de la volonté de faire comme si il y avait un engagement, d'énoncer une intention, mais de ne pas s'engager juridique-

1. Cf. Civ., 1^{re}, 10 oct. 1995, *Bull. civ.* I, n° 352, *D.* 1997.155, note G. Pignarre.

2. Cf. B. Oppetit, « L'engagement d'honneur », *D.* 1979. chron. 107 et *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 277 ; v. aussi D. Ammar, *Essai sur le rôle de l'engagement d'honneur*, Th. Paris I, 1990 ; B. Beignier, *L'honneur et le droit*, LGDJ, 1991, J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, *L'avant-contrat*, éd. F. Lefebvre, 2001, n°352 s., D. Mainguy, « Les opérations du commerce international », in J. Béguin et M. Menjuq, (dir.), *Traité de droit du commerce international*, Litec, 2005, n°958 s.

ment, de rester au seuil du droit, soit par répugnance juridique, soit par manque de confiance, soit que l'engagement ne soit pas recevable juridiquement car illégitime (« *l'honneur des voyous* ») mais que les parties souhaitent cependant formaliser.

38. LETTRES D'INTENTION — Ce qu'on appelle « lettre d'intention » identifie des engagements, unilatéraux, dans les relations d'affaires, portant sur la négociation d'un contrat, par lequel une partie fait part de son intention d'entrer en négociation et délimite le champ de cette négociation¹. D'autres fois, les lettres dites lettres de confort, sont des garanties, plus ou moins juridiquement obligatoires, données par une société mère à une banque pour rassurer cette dernière sur la santé financière de sa filiale qui sollicite un crédit. Quel que soit le sens choisi, les lettres d'intention sont très souvent exclues du champ juridique, de façon plus ou moins explicite, par leurs auteurs et, comme pour les engagements d'honneur, sont considérées comme des engagements juridiques

39. PROTOCOLES D'ACCORD ET AUTRES ACCORDS DE PRINCIPE — Ces expressions ambiguës sont censées désigner des bribes d'accords, des accords qui n'en seraient pas ou n'en seraient que « par principe »². Le droit des contrats ne s'embarrasse guère de ces ambiguïtés : il y a contrat ou il n'y a pas contrat, en fonction de l'existence des éléments de nature à former le contrat de sorte que la plupart des protocoles d'accord sont en réalité des accords, tout court.

Les accords de principe connaissent un régime particulier en raison d'une jurisprudence célèbre qui les a identifiés. L'accord de principe peut être défini ainsi : accord obligeant deux parties, l'une envers l'autre, non point à conclure mais à négocier un second contrat dont ledit accord ne précise ni les clauses accessoires ni les clauses essentielles.

L'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de 1958 est suffisamment importante et topique pour être évoquée. Un dénommé Marchal avait été employé jusqu'en 1940 dans les usines Renault et avait demandé après la Libération et quelques hauts faits de résistance, sa réintégration par un courrier auquel il fut répondu « *bien que nous désirions vous donner satisfaction, nous avons répondu à votre demande faisant état des titres que vous avez acquis dans la Résistance, que la marche actuelle de nos usines et l'organisation de nos services déjà très chargés devant une production encore faible, ne nous permettent pas de vous donner, pour l'instant, une réponse favorable* » puis dans un autre courrier, adressé à Rol-Tanguy, héros communiste de la résistance, qui était intervenu : « *Après un nouvel examen de la question, je puis vous indiquer que nos intentions à l'égard de M. Marchal n'ont pas changé et que, dès que la reprise de l'activité automobile le permettra, nous examinerons à nouveau la possibilité de le réintégrer dans le personnel de la Régie* ». Belles paroles ! Mais non suivie d'effet car si une place s'était libérée et la reprise attendue était revenue, M. Marchal ne retrouva point son poste. Le tribunal civil de la Seine avait considéré que les lettres contenaient « *l'engagement de réintégrer Marchal* ». Cassation car, « *en décidant que les lettres susvisées contenaient un engagement ferme de la part de la Régie de réintégrer Marchal et ce dès le premier poste vacant, le jugement attaqué a dénaturé le sens et la portée de leurs clauses claires et*

1. X. Barré, *La lettre d'intention*, Economica, 1995.

2. Cf. L. Rozès, « Le projet de contrat », *Mélanges L. Boyer*, p. 639.

précises selon lesquelles la Régie, désireuse de donner satisfaction à la demande de Marchal, examinerait, selon la prospérité et l'évolution de la situation de l'entreprise, la possibilité de le réintégrer, ce qui ne constituait qu'un accord de principe »¹.

L'accord de principe est donc un contrat dans lequel un consentement est donné sur le contrat projeté, sur le principe de ce contrat, d'où son appellation. Manquent cependant les éléments essentiels qui permettraient de considérer que le contrat projeté est déjà conclu, chose, prix, mission... Souvent, cette omission est involontaire mais elle peut être tout à fait souhaitée. On ne confondra alors pas l'accord de principe, accord définitif avorté, et le contrat de négociation qui a pour but d'encadrer les conditions de la négociation (cf. *infra*, n° 85 et s.).

40. « PHOTO NON CONTRACTUELLE », CLAUSE « SUBJECT TO CONTRACT » — Il est très fréquent de se heurter à une formule, dans un document, du type, « cette photographie n'est pas contractuelle », « cette information n'a pas de valeur contractuelle » alors qu'ils pourraient comme l'essentiel de ce qui va décider le contractant à conclure le contrat. Le droit anglais généralise la formule avec les clauses « *subject to contract* » ou « *subject to contract and survey* » et que l'on peut traduire comme « sujet à la condition de conclusion d'un contrat » ou bien « sous réserve de confirmation ». Si par exemple, un partenaire anglais envisage la conclusion d'un contrat de vente avec un français et que les parties se mettent d'accord sur tout une série de conditions, dont le prix, que l'anglais assortit cependant d'une telle clause « *subject to contract* », cela signifiera, devant un juge anglais, que l'engagement définitif sur le prix est exclu, ce qui posera quelque difficulté au juge français.

41. SORT DE CES ENGAGEMENTS : CONTRACTUELS OU NON CONTRACTUELS ? — Toute l'ambiguïté de ces engagements se pose face au caractère profondément juricentriste de droit français des contrats. La tendance du droit français est de considérer ces engagements comme juridiquement obligatoires dès lors que l'engagement, même expressément considéré comme moral, exprime de manière non équivoque une volonté de s'obliger². L'attraction juridique est alors plus importante que les choix

1. Cass. soc. 24 mars 1958, *JCP*, 1958.II.10868 note J. Carbonnier. V. déjà Req. 16 novembre 1927, *D.* 1928.1.33, note A. Rouast ; Req. 10 octobre 1931, *D.H.* 1931.540 à propos de sociétés ayant donné congé à un salarié en lui promettant de le convoquer le mois suivant pour lui proposer un nouvel emploi ; trois mois plus tard, une nouvelle situation était effectivement proposée mais à des conditions très inférieures ; les sociétés furent condamnées pour avoir manqué à leurs engagements, qui étaient un accord de principe, au sens où il fut ensuite donné par l'arrêt de 1958 (cf. J.-C. Serna, *Le refus de contracter*, LGDJ, 1967, n° 203 s.). De même, mais postérieurement à 1958, la Cour de cassation a pu déduire de l'attitude d'un médecin qui avait pris contact avec un architecte et les services de l'urbanisme un accord de principe relatif à un contrat de société à conclure entre ce médecin et le propriétaire d'un immeuble pour l'exploitation pour l'exploitation d'une clinique (Cass. civ. 1^{re}, 8 octobre 1963 : *Bull. civ.* I, n° 419) ou encore, l'engagement pris par le propriétaire d'un immeuble de consentir un bail sous réserve de se mettre d'accord sur les conditions qu'il poserait à la conclusion, constitue lui aussi un accord de principe (Cass. civ. 1^{re}, 16 avril 1973 : *Bull. civ.* III, n° 287). Pour d'autres exemples, v. Cass. com. 9 juin 1980, *Bull. civ.* IV, n° 251, à propos d'une cession de clientèle ; Cass. civ. 3^e, 27 novembre 1984 : *Bull. civ.* III, n° 200, pour un contrat d'échange, V. aussi Cass. com. 6 octobre 1964, *Bull. civ.* III p. 366 ; Cass. com. 28 octobre 1989, *D.* 1991.62, note J. Schmidt-Szalewski ; Cass. soc. 19 décembre 1989, *D.* 1991.62, note J. Schmidt-Szalewski ; Cass. civ. 1^{re}, 3 juillet 1996, *Bull. civ.* I, n° 287, *RTD civ.* 1997.659, obs. J. Mestre. V. aussi B. Gross, *Pourparlers, J.-Class. Contr. distr.*, fasc. 20, 1988, p. 7 et P. Jourdain, *Responsabilité précontractuelle, J.-Class. Contr. distr.*, fasc. 35, 1996, p. 9.
2. Cf. Cass. com. 23 janv. 2007, *RTD civ.* 2007, p. 340, obs. J. Mestre et B. Fages, à propos d'un engagement considéré par les parties comme « *exclusivement moral* » de ne pas copier les produits commercialisés par le créancier de l'engagement.