

Thème n° 4 : Le consentement

I – Connaissances de base

Dans son *Traité des obligations* de 1764, Pothier affirme que « *La volonté et le pouvoir de la volonté sont choses précieuses, il faut les célébrer et les protéger* ». Bien que non expressément consacré ni dans le Code civil de 1804, ni dans celui d'aujourd'hui, le principe de l'autonomie de la volonté est aux fondements du droit des contrats : le consentement fait le contrat (§1). Dans la conception classique de la matière, ce principe était quasi-absolu ; dans sa conception moderne, il doit être conjugué avec d'autres impératifs comme celui de protection de la partie faible. Aussi, il ne suffit pas que le consentement existe, il faut encore que le consentement soit intègre (§2).

§1) La rencontre des consentements

Le consensualisme est au cœur de la matière contractuelle ; c'est un modèle juridique, politique et sociétal à propos duquel Kant soulignait que « *ni la volonté particulière du promettant, ni celle de l'acceptant comme tel, ne suffisent pour que le sien du premier devienne celui du dernier, mais il faut une volonté unifiée des deux* » (E. KANT, *Métaphysique des mœurs*, 1797). Cette pensée a dominé en jurisprudence depuis 1804 ; on la nomme « théorie de l'offre et de l'acceptation », ce qui révèle sa dimension et son importance dans la construction d'un droit des contrats qui s'est adapté progressivement à la vie des affaires et aux changements sociétaux du XXème siècle. Elle se trouve désormais consacrée dans le Code civil puisque l'article 1113 alinéa 1^{er} dispose que « *Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager* ». La disposition n'apporte guère par rapport à l'article 1101 du Code qui définit déjà le contrat comme un accord de volontés, mais elle a le mérite d'introduire les règles relatives à l'offre (A) et l'acceptation (B), étonnamment absentes du Code civil de 1804. Cette rencontre des consentements selon un « modèle classique » est à mettre en perspective avec le cas particulier de la formation d'un contrat électronique (C).

A) L'offre

L'offre ou pollicitation (même si ce terme n'est plus autant employé, il n'en désigne pas moins une offre) est une manifestation de volonté unilatérale, expresse ou tacite, par laquelle une personne appelée offrant ou pollicitant, fait connaître, à personne déterminée ou indéterminée, son intention de contracter et les conditions essentielles du contrat proposé. Pour être ainsi qualifiée, l'offre doit réunir certains caractères, ce que rappellent les textes nouveaux issus de l'ordonnance de 2016 (1) ; demeure que l'essentiel de ces nouvelles dispositions concernent davantage le régime de l'offre (2).

1) Les caractères de l'offre

La notion d'offre pourrait être aisée à déterminer tant le terme même d' « offre » relève du langage courant. Et pourtant d'un point de vue juridique et surtout judiciaire, la qualification de l'offre peut être malaisée : l'offre est davantage qu'une invitation à négocier, moins qu'une promesse ; un engagement mais pas encore un contrat. Au nom de la sécurité juridique et de la sécurité économique des échanges, il est donc essentiel de connaître et vérifier les caractères d'une offre.

Pour énoncer les différents caractères de l'offre, l'article 1114 du Code civil reprend une jurisprudence constante et touffue du XIX^{ème} et du XX^{ème} siècles ; *in limine*, il dispose que : « L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation ». Un relevé des décisions de justice en la matière permet d'étayer la formule légale : l'offre doit être précise (contenir les éléments essentiels du contrat, notamment concernant les obligations respectives des parties), ferme (le pollicitant doit avoir l'intention de s'engager, ce qui pose la question de la distinction entre les réserves subjectives, qui interdisent la qualification d'offre, et les réserves objectives, qui ne s'opposent pas à la caractérisation d'une offre ferme) et non équivoque (il ne doit pas y avoir de malentendus entre les parties sur la nature des obligations qui lieront les contractants, une fois la convention conclue, ce qui renvoie à la notion d'erreur-obstacle).

A noter que le même texte prévoit, *in fine*, la qualification à retenir en cas de proposition qui ne remplirait pas ces trois caractères cumulatifs. En effet, le texte dispose que « A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation ». L'invitation à entrer en pourparlers n'est pas un engagement, n'appelle aucun devoir, aucune obligation spécifique. Il s'agit uniquement d'un fait éventuellement déclencheur de pourparlers ; c'est donc le régime de ces derniers qui trouve à s'appliquer.

Pour revenir à la qualification de l'offre, au-delà des trois caractères cumulatifs exigés – précision, fermeté et univocité –, la pollicitation peut contenir différents éléments non obligatoires – notamment un délai peut être stipulé ou encore des modalités d'exécution de la prestation de celui qui entend accepter l'offre, par exemple les modalités de paiement d'un prix –, ou encore des éléments formels relatifs à l'acceptation et au contrat futur, comme l'imposition de rédiger un écrit ou de remettre la chose pour que le contrat soit définitivement formé.

2) Le régime de l'offre

L'offre est un engagement unilatéral de volonté qui oblige son auteur. Il s'agit donc d'un acte juridique qui obéit, en tant que de raison, pour sa validité et ses effets, aux règles qui gouvernent les contrats (art. 1100-1 du Code civil). La formule pourrait tromper tant elle apparaît incomplète et tant le régime de l'offre est complexe ; en réalité, pour connaître des dispositions en la matière, il convient de faire l'exégèse des articles 1115 et suivants du Code civil, lesquels consacrent voire dépassent une jurisprudence pourtant déjà abondante.

Se pose la question de la durée de l'engagement du pollicitant. En théorie, l'offre peut être émise avec ou sans délai, mais cette affirmation est aujourd'hui considérée comme trop simpliste pour résumer la question de la durée et de l'intensité de l'offre. Déjà, parce que l'offre peut parfois être assortie d'un délai d'origine légale ; tel est le cas notamment en droit de la consommation, matière dans laquelle, la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre du professionnel cède devant les impératifs de protection du consommateur (l'exemple typique ressort de l'article L. 312-8 C. conso., lequel prévoit un délai de 15 jours pour le maintien de tout offre de crédit à la consommation). Reste que dans la plupart des cas, l'offre sera accompagnée d'un délai stipulé par son auteur, lequel s'engage à l'honorer jusqu'à son terme. Qu'en est-il alors des offres pour lesquelles la loi ne dispose pas et pour lesquelles le pollicitant n'a stipulé aucun délai ? Auparavant, elles étaient désignées sous l'appellation évidente d' « offres sans délai ». Bien qu'encore employée en pratique, cette formule est désormais mal avisée puisqu'il est constant en jurisprudence que tout offre non

assortie d'un délai précis oblige son auteur pendant un délai raisonnable (Civ. 3^{ème}, 25 mai 2005). Cette solution a été consacrée par le législateur pour déterminer les règles sur la caducité de l'offre ; ainsi, l'article 1117 alinéa 1^{er} du Code civil dispose que « *L'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable* ». Il ne s'agit d'ailleurs pas de la seule cause de caducité de l'engagement du pollicitant puisque l'offre est également caduque « *en cas d'incapacité ou de décès de son auteur, ou de décès de son destinataire* » (art. 1117 alinéa 2 du code civil ; à noter que l'article 1117 issu de l'ordonnance de 2016 ne visait pas le décès du destinataire, il s'agit d'une cause ajoutée à l'occasion de la ratification par la loi du 20 avril 2018). Ce texte a, en outre, le mérite de mettre fin à quelques atermoiements jurisprudentiels : la position prétorienne de principe est consacrée (Civ. 3^{ème}, 10 mai 1989 ; Civ. 1^{ère}, 25 juin 2014), mais sans supporter d'exceptions (lesquelles posaient problème quant à leur interprétation de sorte que cet abandon est heureux, Civ. 3^{ème}, 10 décembre 1997).

La question du régime de l'offre est aussi celle de la rétractation de son engagement par le pollicitant. Elle se trouve davantage complexe que l'on pourrait communément le penser puisque l'offre est un engagement pris unilatéralement par une personne dans le cadre d'une période – la phase précontractuelle – gouvernée par le principe de la liberté contractuelle. C'est ainsi que le régime de l'offre repose notamment sur le postulat principal suivant : « *Elle peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire* » (art. 1115 C. civ.). Ce texte est la consécration d'une jurisprudence constante initiée il y a plus d'un siècle par la Cour de cassation, inspirée notamment des travaux de Saleilles et du modèle allemand (Req. 11 décembre 1901). Qu'en est-il lorsque l'offre est parvenue au destinataire et que le promettant entend la révoquer ? Cette question est équipollente à celle de l'inexécution de son engagement puisque l'offrant va refuser de conclure le contrat alors qu'il y est en principe tenu. A nouveau, la question du délai est essentielle : si un délai a été stipulé, la rétractation ne saurait intervenir pendant ce temps (Civ. 3^{ème}, 7 mai 2008). En l'absence de délai stipulé ou légal, la solution retenue quant à la caducité trouve également à jouer : toute offre est assortie d'un délai au minimum raisonnable, le temps duquel l'offre doit être maintenue (Civ. 3^{ème}, 20 mai 2009). Par conséquent, la rétractation intervenant pendant ce délai est fautive (art. 1116 alinéa 1^{er} C. civ.). Quelle est la sanction ? Certains auteurs, parmi lesquels Bénabent, militaient pour que la rétractation fautive du pollicitant soit sans effet, de sorte que l'acceptation intervenue pendant le délai stipulé ou, à défaut, pendant un délai raisonnable, soit sans effet. Mais, la jurisprudence, la doctrine majoritaire et le législateur se sont accordés pour ne sanctionner la rétractation fautive de l'offre que par la responsabilité. En effet, l'article 1116 dispose, in fine, que la rétractation de l'offre « *engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat* ». La responsabilité délictuelle de l'article 1240 du Code civil et l'allocation de dommages-intérêts sont donc les seules sanctions possibles, ce qui a l'évidence est heureux du point de vue de la sécurité juridique et du principe de l'autonomie de la volonté – même si elle est fautive, la rétractation est une manifestation de volonté de ne pas conclure – mais il est vrai que le préjudice du destinataire de l'offre déçu est souvent faible, ce qui laisse un sentiment d'impunité en pratique. Pour rappel, la solution est contraire en matière de promesse unilatérale de contracter : la rétractation du promettant est sans effet et n'empêche pas la conclusion du contrat définitif (art. 1124 C. civ.). La promesse engage davantage que la pollicitation, ce qui n'étonne guère.

B) L'acceptation

L'étude de l'acceptation devrait être des plus simples, puisque l'acceptation devrait être une simple réponse positive à l'offre. Pourtant, le contentieux la concernant est aussi abondant si ce n'est davantage qu'en matière d'offre ; sans doute, pour la raison que l'on se rapproche de la conclusion du contrat et que les enjeux économiques et juridiques sont plus intriqués à ce stade. C'est ainsi que l'on distingue l'exigence générale d'une acceptation utile (1) et le contentieux qui s'est cristallisé autour d'hypothèses particulières (2).

1) L'acceptation utile

L'acceptation utile est celle qui permet la formation du contrat ; il s'agit de la manifestation de volonté du destinataire d'une offre de conclure le contrat dans les termes de ladite offre. Alors, en vertu du principe du consensualisme, le contrat est formé par l'accord de volontés, sauf contrats solennels et contrats réels. Au risque de la tautologie, l'accord de volontés est une rencontre des consentements sur les termes du contrat ; autrement dit, l'acceptation doit épouser l'offre. C'est ce qu'exprime négativement l'article 1118 alinéa 2 du Code civil : « *L'acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle* ». L'offre nouvelle du texte doit être entendue comme une contre-proposition : l'émission d'une offre nouvelle a deux conséquences principales : d'un côté, elle témoigne que les parties n'ont pas trouvé d'accord définitif ; de l'autre, l'offre nouvelle engage son auteur dans les termes d'un engagement unilatéral de volonté et dans les conditions des articles 1114 et suivants du Code civil.

C'est ainsi que si l'acceptation est, en principe, libre (moins que la loi n'en dispose autrement comme en matière d'interdiction du refus de vente aux consommateurs, art. L. 121-11 C. conso.), qu'elle peut être expresse ou tacite (à moins que l'offre ou la loi ne la conditionne à une forme particulière), il est néanmoins essentiel pour qu'elle soit utile que l'acceptation soit pure et simple (Civ. 3 février 1919) : les réserves ou conditions posées par le destinataire de l'offre sont donc des contre-offres, des offres nouvelles au sens de l'article 1118 du Code civil. Les positions entre l'offrant et le destinataire de l'offre sont alors renversées. A titre d'exemple, le fait pour un commerçant de livrer une marchandise en suite de la réception d'une commande permet de déduire son acceptation préalable et la conclusion du contrat (Com. 25 juin 1991 ; V. également Com. 14 mars 2018, sur la livraison de matériaux réceptionnée malgré l'absence d'acceptation formelle du devis).

Encore, pour que l'acceptation soit utile, il faut, le cas échéant, qu'un délai de réflexion ait été respecté. Il s'agit d'une innovation issue de la réforme du droit des contrats. L'article 1122 du Code civil dispose que « *La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation (...)* ». A comprendre que le délai de réflexion ne s'impose pas dans tous les contrats. Il peut s'imposer par l'effet de la loi, notamment au regard d'une disposition spéciale (par ex., en matière de prêt immobilier, art. L. 313-34 C. conso.) ou par une stipulation des parties (clause de délai, appelée aussi « *clause d'acceptation* »). Il s'agit de telles évidences que l'on peut s'interroger sur l'utilité et la portée de cette disposition.

Enfin quant au régime de l'acceptation, se pose, comme pour l'offre, la question de sa rétractation. La réponse se trouve dans l'article 1118 alinéa 2 aux termes duquel « *Tant que l'acceptation n'est pas parvenue à l'offrant, elle peut être librement rétractée, pourvu que la rétractation parvienne à l'offrant avant l'acceptation* ». Rien de particulier à souligner quant à

une disposition qui ne fait que consacrer une jurisprudence bien établie (Com. 12 mars 1985). Il en va autrement des hypothèses suivantes.

2) Les cas particuliers d'acceptation

Sont considérés comme des cas particuliers d'acceptation, celle donnée dans le cadre des contrats entre absents, celle qui se manifeste silencieusement et celle qui conduit à la formation d'une convention d'assistance bénévole.

Concernant les contrats entre absents, sont visées les conventions conclues entre des individus qui ne sont pas présents physiquement dans un même lieu, ni représentés en ce lieu. Il s'agit donc des contrats passés entre un pollicitant et un sollicité qui ne se trouvent pas au même endroit. Il s'agit des contrats conclus à distance (hors le cas du contrat électronique qui fait l'objet de dispositions spéciales, art. 1125 et s. C. civ.) pour lesquels on doit déterminer les modalités de l'acceptation et de la rencontre des consentements, notamment quant à la date et au lieu de la formation du contrats. Longtemps, deux thèses se sont opposées en jurisprudence comme en doctrine. La première thèse est celle de la théorie de l'émission : le contrat est considéré formé dès l'instant où l'acceptation de l'offre a été émise ; concernant le courrier, dès son envoi donc. La seconde théorie est celle de la théorie de la réception : le contrat est considéré formé au moment de la réception de l'acceptation par le pollicitant. La jurisprudence en la matière n'est pas claire. Dans un arrêt Com. 7 janvier 1981, les juges ont, à défaut de convention contraire, consacré la théorie de l'émission, à titre de solution par défaut. Autrement dit, la réponse aux questions du lieu et de la date peut avoir été donnée par les parties (plus précisément, par le pollicitant dans son offre). Encore, les juges peuvent se reporter aux habitudes des cocontractants, voire aux usages professionnels en la matière. C'est seulement en l'absence d'indices de cette sorte, que les juges semblaient se prononcer en faveur de la théorie de l'émission, supplétive de volonté. Cette solution a été brisée par la réforme puisque désormais l'article 1121 du Code civil dispose que « *Le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue* ».

Quant à l'acceptation silencieuse, elle ne doit pas être confondue avec l'acceptation tacite. Cette dernière s'entend du comportement du destinataire de l'offre à partir duquel on peut raisonnablement déduire son acceptation. Tel est évidemment le cas d'un commencement d'exécution du contrat (Soc. 19 mai 1960). Quant au silence au sens strict, si, selon une expression commune, « *Qui ne dit mot, consent !* », la solution du droit positif est inverse. En effet, dans un arrêt célèbre en date du 25 mai 1870, les juges de la Cour de cassation ont posé le principe que « *le silence ne vaut pas acceptation* » (Civ. 25 mai 1870). Or, la jurisprudence récente de la Cour de cassation rappelle ce principe (Civ. 1^{ère}, 16 avril 1996), tout en énonçant des cas exceptionnels où le silence peut valoir acceptation, en raison de circonstances particulières (Civ. 1^{ère}, 24 mai 2005 ; Civ. 1^{ère}, 4 juin 2009). Cette formule générale semble regrouper les exceptions traditionnelles au principe selon lequel « *le silence ne vaut pas à lui seul acceptation* », que sont l'offre faite dans l'intérêt exclusif du destinataire (Req. 29 mars 1938 : « *si en principe le silence gardé par le destinataire d'une offre ne vaut pas acceptation, il est permis cependant aux juges du fait, dans leur appréciation souveraine des faits et de l'intention des parties et lorsque l'offre a été faite dans l'intérêt exclusif de celui à qui elle est adressée, de décider que son silence emporte acceptation* ».), l'existence de relations d'affaires antérieures entre les parties et l'existence d'une loi ou d'un usage propre à permettre de caractériser une acceptation silencieuse (ex. en matière de bordelais viticole, Com. 13 mai 2003). Ainsi, l'article 1120 du Code issu de la réforme du droit des contrats se contente de consacrer une jurisprudence bien établie « *Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il*

n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières ».

Reste le cas particulier de la convention d'assistance bénévole. Elle n'est pas sans lien avec la précédente hypothèse (notamment le cas où le silence vaut acceptation parce que l'offre est réalisée dans l'intérêt exclusif du destinataire) mais elle concerne une situation davantage paradoxale encore. Constat judiciaire d'opportunité, la convention d'assistance bénévole est « découverte » par le juge et s'analyse en un véritable contrat, puisqu'une offre est considérée comme acceptée (ce qu'elle est parfois expressément mais non toujours) et que des obligations sont créées à la charge des parties (Civ. 1^{ère}, 27 mai 1959). Sa qualification est question d'opportunité et de finalité, car elle n'a d'autre but que de permettre l'application des règles de la responsabilité contractuelle et de caractériser l'obligation pour celui qui est assisté (l'acceptant) de réparer le dommage subi par l'auteur de l'acte d'assistance. La particularité de la qualification de la convention réside dans la caractérisation de l'acceptation le plus souvent « silencieuse » de l'assisté, qui « *emporte nécessairement pour l'assisté l'obligation de réparer les conséquences des dommages corporels subis par celui auquel il a fait appel* » (Civ. 1^{ère}, 27 janvier 1993). En pratique, il n'est pas possible de systématiser la qualification de la convention d'assistance bénévole, bien qu'on les classe aisément dans les contrats à titre gratuit. La jurisprudence offre quelques exemples non définitifs : opération de sauvetage (Civ. 1^{ère}, 27 janvier 1993) ou encore le concours bénévole à un comité des fêtes (Civ. 1^{ère}, 10 octobre 1995). Un élément ressort tout de même avec évidence de tous les illustrations prétoriennes : la finalité même de la création de cette figure si singulière : la volonté de réparer (Com. 12 septembre 2013). Quand bien même, la question se pose en matière contractuelle, la convention d'assistance bénévole est une création prétorienne essentiellement destinée à assurer une certaine équité judiciaire, en conduisant à la réparation des dommages de celui qui est intervenu en tant qu'assistant, souvent de manière altruiste. C'est particulièrement le cas en matière de dommages corporels (Civ. 1^{ère}, 15 octobre 2014). A ce titre, la convention d'assistance bénévole fait écho à l'obligation de sécurité qui remplit des fonctions analogues, et comme cette dernière, la convention d'assistance bénévole semble vouée à la disparition avec la création d'un droit du dommage corporel de nature exclusivement délictuelle par le projet de réforme de la responsabilité civile de 2017.

Pour conclure sur l'offre et l'acceptation, reste à envisager la question des conditions générales. Il s'agit de clauses rédigées par avance applicables à des échanges à venir et censées être acceptées, sans négociation, dès lors que les conventions portant sur ces échanges sont conclues. Les conditions générales participent de la définition des contrats d'adhésion de l'article 1110 alinéa 2 du Code civil. Reste à connaître des modalités de ces conditions générales. L'article 1119 alinéa 1^{er} du Code civil offre une réponse claire à cette interrogation ; en effet, le texte dispose que « *Les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées* ». Cette disposition reprend une jurisprudence établie selon laquelle les conditions générales ne sont considérées comme connues et acceptées que dans la mesure où une stipulation contractuelle y fait expressément référence (Civ. 1^{ère}, 16 février 1999) ou que la lecture de ces conditions générales est rendue impérative avant la conclusion du contrat (Com. 11 juin 1996), encore faut-il pour cela que la lecture de ces conditions soit possible (ce qui implique leur lisibilité et leur possible compréhension, Com. 5 février 2002). L'application simple des conditions générales est parfois concurrencée par des hypothèses

complexes, lesquelles sont de deux ordres : d'un côté, quand chacune des parties a rédigé des conditions générales, « *les clauses incompatibles sont sans effet* » (art. 1119 alinéa 2 C. civ., ce qui est logique puisqu'en cas d'incompatibilité, il ne peut y avoir eu rencontre des volontés sur ces conditions) ; de l'autre, en cas de conflit entre des conditions générales et des conditions particulières (ainsi dénommées, parce qu'elles concernent un type de convention précis, ou des relations d'affaires identifiées, ou encore parce qu'elles concernent la conclusion d'un contrat dans une circonstance particulière), l'alinéa 3 de l'article 1119 du Code civil dispose que « *En cas de discordance entre des conditions générales et des conditions particulières, les secondes l'emportent sur les premières* ».

C) Le cas particulier du contrat électronique

Le droit du contrat électronique est uniforme sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne en suite des directives du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance et du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. C'est notamment à l'occasion de la transposition de cette dernière par la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (dite « LCEN ») que la formation des contrats électroniques a été spécifiquement réglementée dans le Code civil. Ces règles ont ensuite été modifiées, en substance, par une ordonnance du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique et, très superficiellement, par la réforme du droit des contrats. Aujourd'hui, ces dispositions figurent aux articles 1125 à 1127-6 du Code civil. La présence de ces dispositions dans la partie du Code civil concernant le droit commun des contrats a de quoi étonner *a priori*, puisqu'en matière contractuelle comme en matière de preuve, les dispositions ont, par essence, un caractère spécial, dérogatoire. Pourtant, la multiplication des contrats électroniques et leur commune pratique par tous, consommateurs, professionnels, y compris dans les relations entre particuliers, justifient leur incorporation dans le droit commun.

Les articles 1125 à 1127 du Code civil n'ont qu'un intérêt relatif : il prévoit la possibilité de communiquer par voie électronique des informations nécessaires à la conclusion d'un contrat ou encore nécessaires à l'exécution des conventions. Le Code civil prévoit encore que l'écrit électronique *ad validitatem* permet de remplir par principe les conditions des contrats dont la forme est nécessairement écrite. A cet effet, il faut parcourir plus longuement le Code civil et connaître de l'article 1174 du Code civil selon lequel « *Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un contrat, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1366 et 1367 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au deuxième alinéa de l'article 1369. Lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même* ». Ce principe est pondéré par l'article 1175 du même code (modifié par l'ordonnance du 15 septembre 2021, portant réforme des sûretés, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022) selon lequel « *Il est fait exception aux dispositions de l'article précédent pour les actes sous signature privée relatifs au droit de la famille et des successions, sauf les conventions sous signature privée contresignées par avocats en présence des parties et déposées au rang des minutes d'un notaire selon les modalités prévues aux articles 229-1 à 229-4 ou à l'article 298* ».

Concernant l'offre électronique, l'article 1127-1 du Code civil prévoit trois séries de règles essentielles : d'abord, sur les conditions générales, l'alinéa 1^{er} du texte dispose que, si leur rédaction n'est pas obligatoire, lorsqu'elles ont été rédigées par un professionnel, celui-ci est tenu de les mettre à disposition de tout destinataire, de manière à ce que celui-ci puisse les

conserver et les reproduire ; ensuite, sur la durée de l'offre électronique, son auteur est tenu tant qu'elle reste accessible par voie électronique de son fait (alinéa 2) ; enfin, sur le contenu de l'offre, le texte est précis puisqu'il exige que l'offre comporte certaines mentions informatives et notamment chacune des étapes à suivre pour la conclusion du contrat (alinéa 3 ; cependant, l'article 1127-3 C. civ. pose deux exceptions à cette obligation : d'un côté, lorsque le contrat est conclu par échange de courriers électroniques, soit par mails et/ou sms, ou tout autres moyens en dehors d'un site web ; de l'autre, l'obligation peut être écartée dans les contrats conclus entre professionnels).

C'est à propos de l'acceptation et de la conclusion du contrat électronique que la matière se démarque fortement de la théorie classique de l'offre et de l'acceptation. En effet, l'article 1127-2 alinéa 1^{er} du Code civil subordonne la conclusion du contrat électronique à une double mécanique : bien évidemment, est exigée l'acceptation définitive du destinataire de l'offre électronique, mais avant de l'exprimer de manière définitive, l'acceptant doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total ainsi que la possibilité de corriger d'éventuelles erreurs. Ce système à double détente (ou « double clic ») est dérogoratoire aux règles de base du consensualisme et évidemment synonyme de protection de l'acceptant. Encore, l'alinéa 2 du même texte prévoit que l'auteur de l'offre doit accuser réception de la commande et l'alinéa 3 règle la question du moment de la conclusion du contrat en disposant que « *La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès* ». Enfin, comme pour l'offre électronique, ces règles peuvent trouver exceptions quand le contrat est conclu par échange de messages électroniques ou dans les contrats passés entre professionnels (art. 1127-3 C. civ.).

Pour conclure sur la rencontre des volontés, il convient de souligner que le droit de l'échange des consentements est devenu particulièrement complexe au cours des cinquante dernières années en jurisprudence et dans la loi. Ce serait une erreur d'attribuer ce phénomène à l'émergence des contrats électroniques, lesquels d'ailleurs ne sont pas nécessairement l'objet d'un contentieux abondant. C'est l'évidente évolution de la société et de la vie économique, notamment avec l'avènement de la société de consommation, qui a conduit à donner au contrat un rôle encore plus important dans le quotidien des particuliers, des consommateurs et des professionnels. Le droit de la rencontre des consentements a ainsi été adopté à cette évolution sociétale, c'est davantage vrai encore concernant l'intégrité du consentement.

§2) Les vices du consentement

Si la volonté fait le contrat, c'est à la condition qu'elle soit intègre, exempte de vices. Ce postulat justifie en grande partie l'importance prise par la théorie des vices du consentement en jurisprudence et dans la réforme du droit des contrats de 2016. Ainsi, se dessine l'idée que les vices du consentement correspondent à l'altération de la volonté de contracter, protégée dans sa santé ou sa liberté. Le Code civil et la jurisprudence en admettent trois : l'erreur spontanée, l'erreur provoquée ou exploitée – le dol – et la contrainte créée ou exploitée – la violence.

Toute la matière des vices du consentement est traversée par une rencontre de deux enjeux antinomiques. Depuis 1804, le juge est en charge d'assurer un équilibre entre ces deux vecteurs en apparence opposés :

- Du côté du demandeur à la nullité, l'enjeu est d'obtenir la protection du droit du seul fait de l'atteinte à la volonté de contracter. Pourquoi cette protection ? Car

moins un engagement juridique correspond à l'idée qu'une partie s'en faisait, moins elle est encline à l'exécuter. Il faudrait donc prendre en compte la moindre atteinte, la moindre altération du consentement.

- Du côté du contrat et plus généralement de la vie des affaires, l'enjeu est la sécurité contractuelle. Il faudrait maintenir la confiance en l'obligatorité et l'effectivité des contrats et donc restreindre les causes d'annulation.

Cet équilibre entre protection du consentement et sécurité juridique a animé la jurisprudence depuis l'érection du Code civil. Il n'est donc pas étonnant de le voir se dessiner en filigrane dans la réforme du droit des contrats, laquelle consacre cette conception classique des vices du consentement.

Ainsi, dans la jurisprudence fondée sur le Code de 1804, la nécessaire conciliation entre protection du consentement et la sécurité juridique constitue une problématique délicate pour le juge, mais elle tend à s'effacer devant une autre perspective judiciaire donnée à la théorie des vices du consentement. Le juge ne l'emploie plus seulement pour protéger le consentement des contractants mais également comme un instrument de justice contractuelle et de protection des intérêts économiques des parties faibles aux contrats déséquilibrés dont on sait qu'ils se multiplient en pratique depuis une cinquantaine d'années.

Ainsi, dans le dernier tiers du XXème siècle comme au XXIème siècle, le juge a modernisé et développé la théorie des vices du consentement pour en faire un instrument de contrôle des équilibres conventionnels et donc de contrôle des contrats déséquilibrés. Cette conception renouvelée des vices du consentement comme instrument de justice contractuelle trouve également sa place dans la réforme du droit des contrats, ce dont témoignent les nouveaux textes relatifs à l'erreur (A), au dol (B) et à la violence (C).

Avant d'envisager successivement ces trois vices du consentement, il convient de souligner le contenu des deux textes qui les concernent ensemble. D'un côté, l'article 1130 du Code civil rappelle l'ancien article 1109 du Code civil pour énoncer les trois vices – l'erreur, le dol et la violence –, mais tel n'est évidemment pas là le principal apport du texte : dans son alinéa 2, l'article 1130 met en évidence la condition commune aux trois vices : ils doivent avoir déterminé le consentement. La notion de vice déterminant est clairement exposée : sans le vice, le contractant n'aurait pas contracté ou n'aurait pas contracté à ces conditions. Se trouve ainsi légalement consacrée une jurisprudence constante de la Cour de cassations selon laquelle la condition de détermination constitue un instrument de sécurité juridique et contractuelle. Le juge ne saurait annuler que les conventions effectivement viciées au titre de la protection de la volonté des contractants et non simplement, les conventions défavorables à l'une des parties. De l'autre, sans même faire application de la théorie des nullités de Japiot et laisser au juge le soin de déterminer la nature de la nullité (alors que tel est le cas concernant les autres conditions de validité du contrat, art. 1179 et 1181 C. civ.), l'article 1131 issu de la réforme prévoit de manière définitive que les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat.

A) L'erreur

A titre liminaire, il convient de distinguer l'erreur-obstacle et l'erreur-vice du consentement. Si dans les deux cas, la nullité de la convention doit être prononcée, les deux qualifications répondent à des hypothèses clairement distinctes : s'agissant de l'erreur de l'article 1132 du Code civil, est en cause l'intégrité du consentement du contractant ; s'agissant de l'erreur-

obstacle, le consentement du contractant n'est pas altéré, il fait défaut. Les négociants ne se sont pas entendus, mais croient le contraire. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation rappelle que l'erreur-obstacle même inexcusable entraîne l'annulation du contrat (Civ. 3^{ème}, 16 décembre 2014 : l'acquéreur pensait acquérir deux lots, le vendeur n'entendait vendre qu'un seul ; l'acquéreur aurait simplement pu vérifier le cadastre pour éviter une telle erreur. La nullité n'en est pas moins prononcée dès lors que l'erreur-obstacle est caractérisée). Quel est alors le régime applicable à cette erreur-obstacle ? La doctrine majoritaire penche pour une nullité absolue puisque l'erreur-obstacle s'entend en quelques sortes non d'un vice du consentement mais d'un défaut de consentement. Telle n'est pas la position de la Cour de cassation, qui s'appuie sur le critère de l'intérêt à agir, pour dire que la sanction consécutive à une erreur-obstacle est une nullité relative (Civ. 3^{ème}, 26 juin 2013).

Pour la suite des développements, il ne sera question que de l'erreur-vice de l'ancien article 1110 et du nouvel article 1132 du Code civil. Seront successivement envisagées les règles classiques relatives à la caractérisation de l'erreur, vice du consentement (1), puis les cas particuliers d'erreur sur la substance dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation (2).

1) La caractérisation de l'erreur en général

« *Celui qui s'est trompé ne s'est pas valablement engagé* ». Ainsi présentée, la nullité sur le fondement de l'erreur apparaît résolument protectrice du consentement de celui qui invoque son erreur. A certains égards, la nullité pour erreur d'un contractant apparaît injuste pour l'autre partie. C'est la raison pour laquelle le vice d'erreur ne doit pas être confondu avec un droit de repentir offert à un contractant. La nullité est un acte grave ; l'erreur d'un contractant ne peut conduire à la remise en cause du contrat que dans la mesure où les conditions de la loi et de la jurisprudence sont remplies. Les articles 1132 et suivants du Code civil soumettent la caractérisation de l'erreur, vice du consentement et source de nullité, à quatre conditions cumulatives : une représentation inexacte de la réalité, une erreur excusable, une erreur déterminante et une erreur portant sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant.

***Une représentation inexacte de la réalité :**

D'après Spinoza dans son *Ethique* (1677), « *L'erreur consiste à tenir pour vraie une idée fausse, ou pour fausse une idée vraie* ». Rapporté au droit des contrats et à la théorie des vices du consentement, cet axiome conduit à affirmer que l'erreur s'apparente à une représentation inexacte ou erronée de la réalité.

Issu de l'ordonnance du 10 février 2016, le nouvel article 1132 du Code civil dispose que l'erreur, vice du consentement, peut être une erreur de fait ou une erreur de droit, consacrant ce faisant la jurisprudence classique en la matière. L'erreur de fait constitue la forme la plus commune d'erreur, la plus aisée à envisager et conceptualiser. La preuve de l'erreur procède donc de la comparaison entre une conviction de l'*errans* et la réalité des faits. C'est l'inadéquation au moment de la conclusion du contrat entre ce que le contractant croit et ce qui est factuellement la réalité qui constitue la première condition de l'erreur. Encore faut-il qu'il y ait inadéquation et que le contractant soit effectivement un *errans*. Autrement dit, celui qui s'engage en connaissance de cause ne saurait invoquer ensuite son erreur (Civ. 3^{ème}, 9 juin 2010). L'exigence d'une représentation inexacte de la réalité justifie également l'adage au terme duquel « *l'aléa chasse l'erreur* » : un contractant ne peut légitimement invoquer une conviction erronée sur une obligation aléatoire (art. 1133 alinéa 3 C. civ.).

L'erreur de droit est certes plus rare en pratique, elle n'en est pas moins connue du droit français depuis longtemps. En effet, et contrairement à ce qui a pu être avancé par certains députés peu familiers du droit français des contrats à l'occasion des débats parlementaires de décembre 2017 relativement à la ratification de l'ordonnance de 2016, l'erreur de droit n'est ni « *une nouveauté* », ni « *d'inspiration anglo-saxonne* », ni « *un nouvel exemple de la globalisation du droit* ». L'argument porté par ces députés, décidément ignorants, selon lequel « *Parce que nul n'est censé ignorer la loi, l'erreur de droit n'existe pas* » ne saurait prospérer parmi les esprits avertis qui savent que « *Nul n'est censé ignorer la loi* » ne signifie pas que l'on doit connaître tout le droit, toutes les lois, mais s'entend de l'idée que l'on ne saurait s'excuser d'avoir un comportement illicite en affirmant que l'on ignore la loi (autrement dit, nul ne peut se soustraire au droit en arguant qu'il l'ignore). Bref, l'erreur de droit est communément admise depuis la première moitié du XIX^{ème} siècle dans la jurisprudence de la Cour de cassation (par exemple, Civ. 12 mars 1845). Elle s'entend d'une représentation inexacte de la réalité juridique de la situation des parties ou une représentation inexacte des éléments de droit caractérisant la prestation en cause. De nombreuses illustrations peuvent en être données : le détenteur d'un permis « classique » qui achète un véhicule motorisé qu'il croit pouvoir conduire avec ce seul permis alors qu'il nécessite un permis « spécial » ; l'acquisition d'un terrain que l'on croit constructible alors qu'il n'en est rien (eu égard à l'important contentieux qu'elle génère, l'erreur sur la constructibilité doit faire l'objet de développements particuliers par la suite).

***Une erreur excusable :**

Parce que l'erreur n'est pas un moyen d'échapper à sa propre négligence et en vertu du principe de sécurité juridique, les juges ont tout au long du XIX^{ème} siècle construit une jurisprudence aux termes de laquelle une erreur inexcusable ne saurait conduire à la remise en cause des conventions (Civ. 18 mai 1838 ; jurisprudence constante). Autrement dit, l'erreur n'est source de nullité que si elle est excusable. Le plus souvent, cela conduit le demandeur à la nullité à affirmer qu'il s'est trompé sur l'objet ou la prestation de son cocontractant, mais la jurisprudence n'exclut nullement que le demandeur puisse faire valoir une erreur portant sur sa propre prestation (Civ. 1^{ère}, 22 février 1978, *Poussin*). C'est le sens des articles 1132 et 1133 du Code civil.

A ce titre, l'appréciation judiciaire du caractère excusable se réalise classiquement *in abstracto* : ainsi, en vertu de l'adage romain, « *Error communis facit ius* », lequel signifie que l'erreur commune est toujours excusable. Pourtant, cette appréciation de l'erreur se veut de moins en moins objective à compter de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, et la multiplication des contrats déséquilibrés : l'appréciation *in abstracto* est pondérée au regard de la qualité de la personne demanderesse à la nullité. Ainsi, dans un arrêt important et pourtant non définitif, la Cour de cassation a décidé que celui qui par sa qualité est sensé savoir quelque chose, ne peut ensuite affirmer l'ignorer (Civ. 1^{ère}, 2 mars 1964). Il est plus facilement admis que revêt un caractère inexcusable l'erreur commise par un professionnel averti qui contracte dans sa sphère de compétence habituelle. C'est ainsi que la Cour de cassation a récemment décidé que l'expert en œuvre d'art qui commet une erreur quant à l'authenticité d'une œuvre commet une erreur inexcusable dès lors qu'il est lui-même expert précisément de ce type d'œuvre et qu'il a pu voir le tableau avant la vente aux enchères (Civ. 1^{ère}, 9 avril 2015). Toutefois, la seule qualité de professionnel averti ne suffit pas à irrémédiablement exclure l'erreur, vice du consentement, il faut encore tenir compte des circonstances de l'espèce pour s'assurer que l'erreur commise par le professionnel n'était pas légitime (Civ. 1^{ère}, 9 décembre

2009). Dès lors, si la qualité de professionnel ou d'expert ne suffit pas, elle est un élément parmi d'autres pouvant être pris en compte pour dire l'erreur inexcusable ; la jurisprudence est constante depuis lors comme en témoigne une multitude de solutions concernant les notaires (Civ. 3^{ème}, 17 septembre 2014) ou les médecins (Civ. 1^{ère}, 1^{er} octobre 2014).

***Une erreur déterminante :**

Comme tous les vices du consentement, l'erreur n'est source de nullité que si elle est déterminante. Le caractère déterminant de l'erreur s'apprécie *in concreto* ; l'appréciation est donc pleinement subjective et casuistique. Il ne peut y avoir d'erreur que si elle porte sur un élément entré dans le champ de la convention des parties. Cette exigence justifie, en creux, que l'erreur sur les motifs et l'erreur sur la valeur ne sont pas sources de nullité par principe.

Si l'erreur sur la valeur n'est pas source de nullité, c'est que la valeur n'est pas en elle-même substantielle, car elle n'est jamais déterminée par un contrat, mais résulte du jeu d'un marché. La réforme du droit des contrats a consacré cette évidence à l'article 1136 du Code civil selon lequel « *L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité* ».

Si l'erreur sur les motifs n'est pas cause de nullité (Civ. 3 août 1942), c'est parce que les motifs de l'un des contractants n'ont pas vocation à entrer naturellement dans le champ contractuel. Pour un civiliste, les motifs sont les raisons personnelles, les raisons propres qui ont conduit le cocontractant à contracter. Ce sont alors les motifs ignorés par le cocontractant. Les mobiles ne sont pas substantiels par définition parce qu'ils n'entrent pas, par principe, dans le champ contractuel. Un exemple topique est donné par Pothier : on ne peut demander l'annulation de la vente d'un ouvrage acheté en librairie au motif que celui-ci avait la réputation de l'excellence, et qu'il se révèle en fait déceptif. L'exclusion de l'erreur sur les motifs n'est pas définitive dès lors que la Cour de cassation décide que « *L'erreur sur un motif du contrat, extérieur à l'objet de celui-ci, n'est pas, à défaut de stipulation expresse, une cause de nullité du contrat* » (Civ. 3^{ème}, 24 avril 2003). L'on considère en présence d'une telle stipulation que la valeur et/ou les motifs sont contractualisés de sorte qu'ils intègrent le champ contractuel et qu'une erreur qui porterait sur ces éléments serait de nature à occasionner le prononcé d'une nullité (Com. 11 avril 2012). L'exclusion de principe de l'erreur sur les motifs ainsi que son exception prétorienne ont été consacrées à l'article 1135 du Code civil, lequel vient ajouter et préciser en son alinéa 2 que « *l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité* ».

***Une erreur sur la prestation ou sur la personne :**

Dans la jurisprudence civile du XIX^{ème} siècle, en vertu de l'ancien article 1110 du Code civil, l'erreur sur l'objet était sanctionnée par la nullité, uniquement dans la mesure où elle portait sur la substance de la chose. Il s'agissait d'une conception objective de l'erreur, par essence restrictive et calquée sur le droit romain (Ulpien donnait un exemple d'une erreur sur le matériau : j'achète un candélabre que je crois en or, il s'avère en airain, je peux demander la nullité). A compter de la fin du XIX^{ème} siècle et du début du XX^{ème} siècle, la jurisprudence ouvre le champ de l'erreur, source de nullité : adoptant une conception plus subjective, les juges admettent l'erreur sur les qualités substantielles de la chose (Civ. 28 janvier 1913). Est substantielle la qualité déterminante pour l'*errans* et qui était connue dans son importance par son cocontractant (jurisprudence constante). L'article 1132 du Code civil vise ainsi « *les qualités essentielles de la prestation due* », quand l'article 1133 dispose en son alinéa 1^{er} que

« Les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté ».

Pareillement, l'erreur sur la personne a longtemps eu une dimension restrictive. Dans un arrêt *Berthon* rendu en 1862, la Cour de cassation excluait la nullité lorsque sont invoquées de « simples erreurs sur des conditions ou qualités de la personne » (Ch. réunies, 24 février 1862). Ainsi, l'épouse qui ignorait avoir épousé un ancien condamné ne pouvait pas obtenir la nullité du mariage. Par la suite, le domaine de l'erreur sur les personnes s'est élargi conduisant à un revirement de jurisprudence progressif jusqu'à ce que l'erreur sur les qualités essentielles de la personne devienne assurément cause de nullité des contrats conclus en considération de la personne (Civ. 16 juillet 1964 ; Civ. 1^{ère}, 4 janvier 1980). Demeure que l'erreur sur la personne n'est cause de nullité que dans le cadre des contrats conclus *intuitus personae*, ce que souligne avec force l'article 1134 nouveau du Code civil : « L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne ».

2) Les hypothèses originales d'erreur

A compter de la fin du XX^{ème} siècle, davantage encore au XXI^{ème}, la jurisprudence a donné une dimension économique à la caractérisation de l'erreur, vice du consentement. Il ne s'agit plus seulement de protéger le consentement mais aussi les intérêts économiques des contractants. Le prisme économique de la critique judiciaire des conventions s'illustre dans trois hypothèses : les œuvres d'art, la constructibilité et les contrats de franchise. Ces cas particuliers n'ont pas été spécifiquement consacrés en tant que tels dans la réforme du droit des contrats.

***L'erreur sur les œuvres d'art :**

Longtemps, l'erreur sur les œuvres d'art est restée une erreur comme les autres du point de vue du juge. Nombre d'enseignements prétoriens en la matière ont été acquis en matière de vente d'œuvres d'art avant d'être généralisés à tous les contrats, quelle que soit la prestation en cause (Civ. 1^{ère}, 22 février 1978 ou encore Civ. 1^{ère}, 13 décembre 1983, deux arrêts rendus dans le cadre de la célèbre saga « *Poussin* »). C'est ainsi que les juges se livraient, en la matière, à une appréciation subjective du caractère déterminant de l'erreur : il a ainsi été jugé que l'acheteur d'un tableau de Magnasco – lequel s'avéra un faux – et qui avait déboursé une forte somme comme s'il était vrai, « n'avait pas justifié avoir vu dans l'authenticité de la toile une qualité substantielle » (Civ. 1^{ère}, 26 janvier 1972, *Magnasco*).

Par la suite, en matière d'authenticité des œuvres d'art, le juge a adopté une conception plus objective – sans doute au regard des enjeux économiques et au nom de la protection du marché de l'art – en décidant que l'authenticité d'un tableau doit être considérée comme une qualité substantielle en elle-même de l'œuvre (Civ. 1^{ère}, 22 février 1978, Civ. 1^{ère}, 13 janvier 1998 : « la vente contractée par l'acheteur dans la conviction erronée de l'authenticité de l'œuvre acquise »). Ainsi, l'authenticité, c'est-à-dire la preuve qu'une œuvre est bien le fruit du travail de l'artiste auquel elle est attribuée, constitue une qualité substantielle de l'œuvre. Il est également constant depuis l'affaire dite du « *Poussin* » (Civ. 1^{ère}, 22 février 1978) que la non-authenticité peut constituer une erreur du vendeur d'œuvre d'art sur sa propre prestation, source de nullité. Encore, en 2015, dans une affaire fort médiatisée, le vendeur d'un tableau signé Chirico pensait qu'il ne s'agissait que d'une simple copie et l'a vendu pour la modique somme de 300 euros. Plus tard, il est apparu que l'authenticité de l'œuvre n'était pas définitivement exclue. Il demande la nullité et les juges lui font droit en relevant l'erreur

du vendeur ayant consisté à croire faussement au défaut d'authenticité du tableau (Civ. 1^{ère}, 28 octobre 2015, *Chirico*).

Cette appréciation objective de l'erreur en matière d'œuvres d'art – qui n'est pas sans laisser penser à une prise en compte de la valeur des œuvres en cause – ne vaut qu'en matière d'authenticité et non en matière de restauration. En effet, pour les œuvres restaurées, la nullité ne saurait être ordonnée que dans la mesure où l'acquéreur démontre que l'absence de réfection de l'œuvre était pour lui un élément déterminant (Civ. 1^{ère}, 20 octobre 2011, *Boulle*).

***L'erreur sur la constructibilité :**

Il s'agit d'une question classique en droit des contrats. *Quid* de la validité du contrat de vente d'un terrain lorsqu'il fait l'objet *a posteriori* de sa conclusion d'une déclaration rétroactive d'inconstructibilité du terrain ? Trois décisions rendues en 2014 permettent de répondre à cette interrogation (Civ. 3^{ème}, 12 juin 2014, Civ. 3^{ème}, 8 octobre 2014, Civ. 3^{ème}, 13 novembre 2014). La proximité temporelle de ces trois arrêts révèle la volonté de la Haute juridiction d'encadrer définitivement sinon de clore ce contentieux particulier.

Dans l'arrêt du 12 juin 2014 – sans doute, le plus important et pédagogique des trois –, un terrain a été acquis en vue de la construction d'une maison d'habitation mais, quelques mois plus tard, le permis de construire qui avait été accordé aux acquéreurs peu de temps avant la conclusion définitive de la vente leur est retiré (en raison de l'existence probable d'une cavité dangereuse). Les acquéreurs agissent en nullité de la vente et leurs prétentions sont favorablement accueillies par les juges du fond sur le fondement de l'ancien article 1110 du Code civil. Les vendeurs forment un pourvoi arguant notamment que l'erreur s'apprécie lors de la formation du contrat et que le terrain était bien constructible lors de la vente. S'il est vrai que la validité d'une convention s'apprécie lors de sa formation, la Cour de cassation n'est pas sensible aux arguments du pourvoi qu'elle rejette. La solution de la Haute juridiction est sans ambages « *ayant relevé que la constructibilité immédiate du terrain était un élément déterminant du consentement des acquéreurs et constaté que le risque lié à la présence d'une cavité souterraine existait à la date de la vente, la cour d'appel a pu en déduire que la décision de retrait du permis n'avait fait que prendre en compte la réalité de ce risque empêchant les acquéreurs de construire et que la vente était nulle* ».

Au final, deux constats se révèlent dans cette décision : d'un côté, l'on est en présence d'une hypothèse assez rare d'erreur sur les qualités juridiques de la chose ; d'autre part, la Cour de cassation prend en considération la qualité juridique convenue entre les parties qui a disparue postérieurement à la formation du contrat. La Cour souligne qu'il appartient aux juges du fond de faire preuve de discernement dans leur analyse. En effet, la Cour régulatrice appelle les juges du fond à réaliser une distinction dans l'hypothèse où la qualité juridique d'une chose, objet du contrat, a été convenue par les parties mais disparaît après la formation : 1) soit l'évolution de la qualité juridique trouve son origine dans un élément matériel existant lors de la formation du contrat et, dans ce cas, le contrat est nul sur le fondement de l'erreur ; 2) soit l'évolution de la qualité juridique trouve son origine dans un élément qui n'existait pas lors de la formation du contrat mais survenu par la suite et, dans ce cas, le contrat ne saurait être annulé. Des illustrations de cette dernière hypothèse sont données par les deux autres décisions de 2014.

Dans l'arrêt du 8 octobre 2014, le propriétaire de plusieurs terrains inconstructibles les cède à une société, avant d'apprendre que ces terrains sont devenus par la suite constructibles. Le

propriétaire demande la nullité de la vente. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre un arrêt d'appel ayant rejeté cette prétention dès lors notamment que le caractère constructible du terrain n'est survenu qu'après la vente et, quand bien même c'était prévisible, cette évolution ne reposait pas sur un élément matériel préexistant (Civ. 3^{ème}, 8 octobre 2014).

Dans l'arrêt du 13 novembre 2014, des époux acquièrent un terrain partiellement constructible, l'autre partie étant en zone inondable. Deux mois après la vente, le terrain est déclaré intégralement inconstructible et les acquéreurs de demander la nullité. On pourrait croire que la situation est la même que dans l'arrêt de juin 2014 ; pourtant, la Cour de cassation refuse de prononcer la nullité de la vente. En effet, selon les juges « *l'extension de l'inconstructibilité à toute la surface du terrain et le refus de délivrance du permis de construire n'étaient pas inéluctables au jour de la vente* » (Civ. 3^{ème}, 13 novembre 2014).

***L'erreur sur la rentabilité :**

Longtemps ignorée par le droit en raison de sa proche parenté avec l'erreur sur la valeur (Civ. 3^{ème}, 31 mars 2005 : « *l'appréciation erronée de la rentabilité économique d'une opération n'est pas constitutive d'une erreur sur la substance* »), l'erreur sur la rentabilité a récemment fait l'objet d'une jurisprudence plus permissive puisqu'elle est désormais source de nullité. En effet, les hauts conseillers considèrent bien qu'il s'agit d'une erreur sur la substance dans les contrats de franchise (Com. 4 octobre 2011 ; Com. 12 juin 2012). La Cour régulatrice fait une lecture originale et très économique de la substance au sens de l'article 1110 du Code civil. Reste qu'il existe encore en la matière de nombreuses incertitudes quant à la portée de ces solutions puisque ces arrêts ont été rendus à l'occasion des seuls contrats de franchise (V. également, Com. 1^{er} octobre 2013 ; Com. 10 décembre 2013, 2 arrêts).

Dans ces arrêts de 2013, la Haute juridiction étaye sa jurisprudence en matière d'erreur sur la rentabilité considérant qu'elle n'est source de nullité que dans la mesure où il y a bien eu une représentation inexacte de la réalité. Particulièrement, dans l'arrêt du 1^{er} octobre 2013, les juges rejettent la qualification d'erreur sur la rentabilité dès lors que si les résultats prévisionnels n'ont pas été atteints, ce n'est pas en raison de leur inexactitude mais en raison des difficultés survenues lors de l'exécution du contrat de franchise : inondation, saisonnalité de l'activité et surtout des conditions météorologiques défavorables sur plusieurs années.

Sans remettre en cause le principe posé par l'arrêt du 4 octobre 2011, et selon lequel l'erreur sur la rentabilité économique est une erreur sur la substance, source de nullité, la Haute juridiction n'hésite pas à souligner qu'il s'agit d'une qualification exigeante.

En effet, il existerait un risque formulé par la doctrine après l'arrêt de principe de la Cour de cassation en date du 4 octobre 2011, de voir des franchisés déçus de leurs résultats réclamer de manière exagérée la nullité de leur contrat pour échapper à son obligatorité et à leurs dettes. La sécurité juridique commande de se méfier sinon de se défier de tels mouvements de masse. Leçon que la Cour de cassation n'ignore pas, ce dont témoignent les deux arrêts de 2014 (Com. 7 octobre 2014, Com. 21 octobre 2014). Dans le premier, le franchisé affirme que les documents précontractuels étaient incomplets notamment quant à l'évolution du réseau et des résultats des autres franchisés. Mais les juges considèrent que ces éléments ne suffisent pas à dire que le franchisé qui recherche l'annulation ne s'est pas engagé en connaissance de cause. Encore, il est établi que d'autres franchisés placés dans les mêmes circonstances ont pu atteindre les résultats déterminés dans le prévisionnel. Enfin, il est noté que le franchisé aurait pu se renseigner plus avant par lui-même dès lors qu'il pouvait contacter d'autres

affiliés. Il a alors manqué de diligence dans le cadre d'une relation d'affaires entre professionnels. Dans le second, la qualification d'erreur sur la rentabilité est également écartée : les comptes prévisionnels n'étaient pas irréalistes, la preuve en est que les résultats ont été atteints par certains franchisés du réseau. Plus encore, les deux premières années, le franchisé qui demande l'annulation avait presque atteint l'équilibre comptable.

En conclusion, on peut se rapporter à la mise en œuvre de ces enseignements par les juges du fond. Deux affaires ont été traitées sous cet angle par la Cour d'appel de Montpellier (CA Montpellier, 21 octobre 2014, 2 arrêts). Dans la première affaire, les juges du fond refusent d'admettre la nullité pour erreur sur la rentabilité d'un contrat de franchise dès lors que le franchisé était un professionnel averti (interprétation restrictive) et qu'il aurait dû déceler la fragilité des comptes prévisionnels (autrement dit, son erreur n'était pas excusable). Dans la seconde affaire, les juges refusent également de caractériser une erreur sur la rentabilité dès lors que l'écart entre le chiffre d'affaires prévus et celui réalisés était seulement de 7,5%, que la gestion du franchisé était douteuse et que s'était installé à proximité un concurrent après la formation du contrat (solution confirmée par la Cour de cassation, Com. 5 janvier 2016). En bref, la caractérisation d'une erreur sur la rentabilité est affaire d'espèces et d'appréciation souveraine des juges du fond.

B) Le dol

Le dol est le vice du consentement le plus invoqué dans les prétoires. Est ici visé le dol dans la conclusion du contrat et non le dol dans l'exécution du contrat qui est une inexécution volontaire ou délibérée des obligations contractuelles. Le dol consiste en des manœuvres frauduleuses émanant intentionnellement d'un contractant et ayant déterminé son partenaire à conclure. Le dol est traditionnellement identifié au travers de deux caractères : un aspect objectif (le comportement fautif de l'un) et un aspect subjectif (l'erreur subséquente de l'autre). Autrement dit, le dol a une dimension délictuelle (le dol émane nécessairement du cocontractant et suppose la réunion d'un élément matériel et intentionnel) et une dimension psychologique (les manœuvres, mensonges et autres réticences ne sont pris en considération que s'ils ont pour effet de provoquer chez le cocontractant une erreur qui le détermine à contracter, peu importe la nature de cette erreur).

Au nom de la traditionnelle sécurité juridique et « pour le compte » d'une nouvelle justice contractuelle, le juge a systématisé quatre conditions cumulatives à la caractérisation du dol, source de nullité : la manifestation du dol (1), ainsi que celles relatives à l'auteur du dol, à son caractère intentionnel et à son caractère déterminant (2).

1) La manifestation du dol

Le dol se manifeste de trois manières : au travers de manœuvres, d'un mensonge ou d'un silence s'analysant en une réticence.

***Les manœuvres dolosives et le mensonge :**

Le dol constitue par nature une erreur provoquée, ce qui témoigne d'ores et déjà d'une évolution au XIX^{ème} siècle de la théorie des vices du consentement, au travers d'une convergence réelle entre l'erreur et le dol. C'est ainsi que le dol élargit le domaine restreint de l'erreur. L'exemple le plus manifeste de dol en théorie, heureusement le moins courant en pratique, est celui des manœuvres frauduleuses que l'on imagine principalement visées par les rédacteurs du Code civil. A ce titre, le dol, délit civil, se rapproche intimement du délit pénal d'escroquerie de l'article 313-1 du Code pénal, qui vise l'emploi de manœuvres frauduleuses,

au préjudice d'autrui, impliquant notamment la remise de fonds, de valeurs, d'un bien quelconque ou la fourniture d'un service ou encore le consentement à un acte opérant obligation ou décharge. Il s'agit de machinations ou encore de mises en scène destinées à tromper le contractant. Les principales illustrations sont connues : d'un côté, Cicéron, dans l'un de ses discours, relatait la mise en scène préparée par un banquier de Syracuse souhaitant vendre sa maison. Afin de convaincre l'acheteur, un chevalier de Rome, le vendeur avait organisé une « *pêche miraculeuse* » dans l'étang bordant la propriété, laissant croire que la propriété était bénie de Neptune. De l'autre, doit être rappelé l'exemple plus récent et récurrent d'un vendeur de voiture modifiant le compteur kilométrique de son véhicule (Civ. 1^{ère}, 31 novembre 1979). Restent des hypothèses plus modernes de manœuvres dolosives comme dans l'affaire qui a mené à l'arrêt Civ. 3^{ème}, 7 avril 2015, affaire dite du « *dol par sms* » : en l'espèce, Monsieur X acquiert un appartement auprès des époux Y. Par la suite, il agit en nullité de la vente et en paiement de dommages-intérêts à l'encontre des époux Y et de leurs filles. Il argue notamment que ces dernières ont, à l'occasion de chacune de ses visites, demandé, de façon volontaire et systématique, au propriétaire du bar situé en-dessous de l'appartement de baisser le volume sonore de la musique. Les juges du fond rejettent ses prétentions en considérant qu'il ne pouvait ignorer le risque de nuisances sonores, notamment parce que lui avait été remis un procès-verbal antérieur de près deux années à la vente et faisant état de troubles de jouissance. Censure de la Cour de cassation qui reproche aux juges du fond de ne pas avoir vérifié que Monsieur X aurait acquis l'appartement sans de telles manœuvres, dès lors qu'était effectivement rapportée la preuve que les consorts Y s'étaient efforcés par l'envoi de « sms » d'intercéder auprès du gérant du bar à l'occasion des visites de Monsieur X. L'arrêt est ainsi une illustration parfaite de la notion de manœuvres dolosives, mais est également particulièrement riche et pédagogique relativement aux autres conditions du dol (A noter que la Cour de cassation a été saisie une seconde fois dans cette affaire, après que la Cour d'appel de renvoi a refusé d'annuler la vente. Et la Cour régulatrice de suivre les juges du fond, en décidant que s'il y avait bien une manœuvre en l'occurrence, le caractère déterminant du consentement n'était pas prouvé, puisque « *l'appartement était situé dans un quartier vivant de [...], au-dessus d'un pub générateur de toute évidence de nuisances sonores, comme [l'acquéreur] avait pu le constater par la remise d'un compte-rendu d'assemblée générale, dans lequel il était noté de façon très explicite les nuisances sonores liées à la présence de cet établissement et les plaintes et procédures qu'il avait générées et qui n'étaient pas totalement réglées* » (Civ. 3^{ème}, 21 décembre 2017). L'exemple le montre, le dol par manœuvres demeure sanctionné par les juges à la condition que toutes les autres conditions du dol soient réunies.

Si le juge a toujours rapproché les artifices et les mensonges dits « *fondamentaux* » (élaboration et communication de faux) des manœuvres frauduleuses, le simple mensonge n'a été considéré comme un dol que récemment. Ainsi, le juge a longtemps affirmé que le seul mensonge est inopérant en l'absence de manœuvre. L'évolution s'est réalisée à l'initiative du Tribunal civil de la Seine qui, dans un jugement, a décidé que le terme de manœuvre de l'article 1116 du Code civil devait être entendu au sens large, comme englobant « *tous les procédés frauduleux qui ont pu surprendre et tromper l'autre partie* » (Trib. civ. Seine, 16 novembre 1951). La conviction des hauts conseillers n'a été que tardivement faite puisqu'il faut attendre un arrêt de 1970 pour que la Cour de cassation énonce un principe désormais connu selon lequel « *un simple mensonge, non appuyé d'actes extérieurs, peut constituer un dol* » (Civ. 3^{ème}, 6 novembre 1970).

* La réticence dolosive :

Dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle, l'extension du domaine du dol a conduit à l'admission par le juge d'une nouvelle manifestation du vice de l'ancien article 1116 du Code civil : l'erreur exploitée ou réticence dolosive. Jusqu'en 1971, sauf en quelques occasions particulières, le juge n'a jamais admis qu'un silence puisse constituer un dol. Appuyé de tout temps par les praticiens et les auteurs (V. néanmoins, la position déjà contraire de Cicéron selon lequel le silence volontaire peut être blâmable en fonction de la gravité de ses effets), le juge décidait ainsi que le silence même volontaire ne suffit pas, sans autre circonstance, à établir un fait illicite assimilable à un dol, source de nullité (V. le célèbre arrêt *Hilairêt*, Civ. 30 mai 1927). Le revirement a été marqué par un arrêt de la Cour de cassation rendu en 1958 dans lequel les hauts conseillers ont affirmé que le dol peut se déduire du silence gardé par un contractant (pour une première tentative prétorienne, Civ. 1^{ère}, 19 mai 1958). Pareil raisonnement est aujourd'hui définitivement ancré en droit positif et figure au rang de principe : à partir de 1971 (Civ. 3^{ème}, 15 janvier 1971) et surtout, depuis 1974 (Civ. 3^{ème}, 30 octobre 1974), la Cour de cassation admet que l'on puisse se prévaloir de la réticence dolosive pour obtenir la nullité des contrats. Puis, à partir de 1981, la Cour de cassation va appuyer sa construction sur un « *devoir précontractuel de loyauté* », extension de l'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil, relatif à l'obligation de bonne foi. Ce qui n'est normalement qu'une faute délictuelle est regardée par suite comme une cause de nullité supplémentaire. La jurisprudence a pu également évoquer un « *devoir d'information* » ou un devoir de « *contracter de bonne foi* » (Civ. 1^{ère}, 13 mai 2003). Dans le prolongement de cette construction, deux précisions doivent être apportées.

D'une part, le manquement à un devoir d'information ne suffit pas à caractériser le dol par réticence, il faut encore que les autres conditions de la nullité pour dol soient vérifiées (Com. 28 juin 2005 : « *Le manquement à une obligation précontractuelle d'information, à la supposée établie, ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et celle d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci* »). D'autre part, le domaine de la réticence dolosive a dû être précisé, quand bien même serait-il toujours plus étendu. Une telle délimitation est nécessaire au nom de la sécurité juridique : lors de négociations, un individu doit pouvoir savoir ce à quoi il est obligé, quelles informations il est tenu de communiquer.

Il est possible de dégager deux hypothèses distinctes dans lesquelles la réticence dolosive est retenue par les juges. D'un côté, en présence d'une obligation précontractuelle légale d'information, le manquement à cette obligation pourra constituer une réticence dont le caractère dolosif sera définitivement établi si les autres conditions des articles 1137 et suivants du Code civil sont réunies ou, le cas échéant, dans les conditions d'application du texte qui prévoit spécifiquement une telle obligation (Civ. 1^{ère}, 25 juin 2015 : le manquement à une obligation précontractuelle d'information ne saurait suffire à caractériser le dol par réticence si ne sont pas démontrés également l'intention de retenir l'information et le caractère déterminant de l'erreur de celui qui se prévaut de la nullité).

De l'autre, en l'absence d'une quelconque obligation légale d'information (avant la réforme naturellement), la réticence dolosive peut être caractérisée en cas de manquement au devoir général d'information lequel découle du principe général de bonne foi (désormais consacré à l'article 1104 du Code civil). Tel est l'enseignement essentiel d'un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation de 2011. En l'espèce, la Cour de cassation se prononce en matière de réticence dolosive constituée par le silence gardé intentionnellement par le

vendeur lors d'une vente du 13 février 2002, avant l'entrée en vigueur d'un décret du 5 mai 2002 introduisant l'obligation d'informer l'acquéreur en matière d'amiante. Par anticipation, la cour a statué de façon très classique sur le fondement du « *devoir général* » de loyauté et en prenant le soin de relever les conditions posées par la jurisprudence pour la sanction, de droit commun, d'une réticence dolosive. Elle a jugé ainsi, que la cour d'appel avait « *exactement retenu que si aucune obligation légale spécifique ne pesait sur les consorts X concernant la présence d'amiante dans l'immeuble vendu, le vendeur, tenu à un devoir général de loyauté, ne pouvait néanmoins dissimuler à son cocontractant un fait dont il avait connaissance et qui aurait empêché l'acquéreur, s'il l'avait connu, de contracter aux conditions prévues* », ce qui caractérise un dol incident. Elle a ajouté que la cour d'appel avait souverainement constaté le caractère intentionnel de cette dissimulation caractérisant la réticence dolosive. La troisième chambre civile a ensuite écarté le moyen qui contestait le caractère certain du préjudice constitué par le désamiantage du pavillon. Elle a jugé « *qu'ayant relevé qu'en dissimulant à Mme Y les informations dont ils disposaient quant à la présence d'amiante dans les murs et les cloisons, les consorts X lui avaient, par là même, dissimulé les risques auxquels elle serait exposée lors de la réalisation de travaux et la nécessité dans laquelle elle se trouverait de faire procéder préalablement au désamiantage de l'immeuble, la cour d'appel, qui a caractérisé la certitude du préjudice, a pu en déduire que les vendeurs devaient être condamnés à des dommages-intérêts correspondant au coût des travaux de désamiantage* » (Civ. 3^{ème}, 16 mai 2011). Cependant, l'admission de la réticence dolosive comme cause de nullité, y compris en l'absence d'obligation précontractuelle d'information n'est pas aussi aisée que l'arrêt de 2011 ne le laisse paraître : en effet, la Cour régulatrice a rappelé que la nullité de la vente pour dol ne pouvait être accueillie dès lors qu'il n'était pas démontré que l'acheteur disposait d'informations que le vendeur n'était pas en mesure d'obtenir, la demande de permis de construire déposée par l'acheteur sans autorisation du vendeur ne pouvant être considérée comme une manœuvre dolosive (Civ. 3^{ème}, 16 septembre 2015).

La pertinence de cette jurisprudence a été relevée par le législateur : non seulement, la réforme consacre la réticence dolosive parmi les trois hypothèses de dol (l'article 1137 alinéa 2 du Code civil dispose que « *Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie* ») ; mais encore, et surtout, l'article 1112-1 du même code prévoit, en son alinéa 1^{er}, que « *Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* », tandis qu'aux termes de l'alinéa 3 du même texte « *Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* ».

2) Les autres conditions du dol

Depuis 1804, la jurisprudence a encadré avec précisions la caractérisation du dol l'entourant de conditions appréciées plus ou moins strictement. La réforme du droit des contrats est venue consacrer l'ensemble de ces solutions. A la preuve d'une manœuvre ou d'un mensonge ou d'une réticence, s'ajoutent trois conditions cumulatives.

***L'auteur du dol :**

Dans la conception classique de l'ancien article 1116 du Code civil, le dol n'était qu'une cause de nullité du contrat que dans la mesure où il émanait d'un cocontractant de celui qui se dit

victime du dol. En creux, le dol du tiers n'est pas source de nullité (mais uniquement de responsabilité du tiers sur le fondement de l'article 1240 du Code civil). C'est une différence classique avec le vice de violence qui affecte le contrat quelle qu'en soit la provenance.

Néanmoins, progressivement, la jurisprudence a étendu le champ du dol posant des exceptions au principe d'exclusion des tiers en visant des cas où le dol émane d'une personne intermédiaire. Cette jurisprudence constante a été consacrée à l'article 1138 nouveau aux termes duquel « *Le dol est également constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du contractant* ». Ainsi, dans l'affaire dite du « *dol par sms* » (Civ. 3^{ème}, 7 avril 2015), les sms et manœuvres dolosives étaient le fait de la fille des vendeurs de l'immeuble. Encore, la Cour de cassation a affirmé que le dol pouvait être cause de nullité même si le dol est le fait d'un intermédiaire non mandataire, c'est-à-dire d'un intermédiaire sans pouvoir (Com. 23 septembre 2014, les juges faisant application de la théorie de l'apparence). Le législateur a aussi consacré la nullité en cas de dol par collusion en posant le principe que le dol est également constitué « *lorsqu'il émane d'un tiers de connivence* ».

***Le caractère déterminant du dol :**

Que le dol doive être déterminant (Civ. 1^{ère}, 13 février 1967) ne saurait surprendre dès lors que le vice n'est source de nullité que dans la mesure où le consentement de la victime a été déterminé par l'erreur, la violence ou le dol (art. 1130 C. civ.). Autrement dit, il est nécessaire de démontrer que la manœuvre, le mensonge ou la réticence est à l'origine d'une erreur du demandeur, qui n'aurait pas contracté sans elle.

Le dol déterminant est appelé dol principal ; il est seul, source de nullité. Longtemps, on a opposé au dol principal, le dol incident, lequel s'entend d'un dol sans lequel le contractant victime n'aurait pas accepté de contracter, sans doute à des conditions plus avantageuses (Civ. 3^{ème}, 5 avril 1968). Pourtant, la doctrine et la jurisprudence ne sont jamais définitivement accordées sur cette distinction et sur sa portée : Esmein notait ainsi l'artificialité de l'opposition en affirmant que « *La volonté d'acquérir ne prend une valeur juridique que si elle est la volonté d'acquérir moyennant un prix déterminé* » (Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome VI, par Esmein, 1954, n° 207). La Cour de cassation semble avoir abandonné la distinction au début du XXI^{ème} siècle, considérant que « *l'existence d'un dol incident suffit à fonder la nullité du contrat* » (Civ. 3^{ème}, 22 juin 2005). C'est cette position qui a été consacrée par le législateur (art. 1130 C. civ.), de sorte que la distinction entre le dol principal et le dol incident est désormais désuète.

***L'intentionnalité du dol :**

Assurément, la condition d'intentionnalité du dol est celle qui pose le plus de difficultés au juge, dès lors, d'une part, qu'il s'agit d'un élément moral, d'autre part, que le dol ne se présume point. L'article 1137 alinéa 2 du Code civil prévoit que « *Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie* ». Ainsi, il ne saurait y avoir nullité en cas de communication par un contractant à un autre d'une information erronée, alors que le contractant se trompe lui-même ; il n'y a pas mensonge (CA Paris, 30 décembre 1934). De même, il n'y a pas réticence dolosive lorsque le silence est dû à l'ignorance ou l'oubli, car la volonté de tromper doit être caractérisée (CA Versailles, 22 octobre 1999). L'exigence de preuve du caractère intentionnel du dol a ainsi conduit les juges à rejeter des demandes en nullités, y compris dans des cas où les faits laissaient supposer la volonté de tromper ; mais sans preuve de l'intention, point de dol (Com. 7 juin 2011).

Reste qu'au nom d'une certaine justice contractuelle, la Cour régulatrice a été tentée d'assouplir cette exigence : elle a envisagé d'admettre, en certaines hypothèses, un dol objectif. Dans une première affaire, dite du « dol du garagiste », les hauts conseillers ont affirmé que « *constitue un dol le fait, pour le vendeur professionnel, tenu d'une obligation de renseignement et d'information envers l'acquéreur profane, de présenter un véhicule comme "réparé dans les règles de l'art", tout en reconnaissant avoir déclaré avant la vente que l'accident avait été limité à une aile froissée, puis ensuite avoir tout ignoré de l'ampleur de l'accident que ce véhicule avait subi et des modalités des réparations effectuées* » (Civ. 1^{ère}, 12 janvier 2012). Dans une seconde affaire, les juges ont caractérisé une réticence dolosive et prononcé la nullité d'un contrat de cession de droits sociaux, dès lors qu'eu égard aux informations dissimulées, et de la gravité de la réticence, la dissimulation était nécessairement intentionnelle (Com. 7 février 2012). Autrement dit, les juges ont évoqué l'idée d'une objectivisation du dol, du moins dans les hypothèses où l'un est un professionnel qui devait savoir et l'autre, un profane, pouvant légitimement ignorer la réalité des faits, ou encore, lorsque l'intention peut se déduire de la gravité de la dissimulation. Une telle objectivisation du dol aurait pu s'entendre d'une nouvelle avancée du mouvement de justice contractuelle visant à protéger la partie faible au contrat, cependant elle constituait une entorse sans doute trop importante au principe de sécurité contractuelle. C'est la raison pour laquelle la Haute juridiction a reculé (Com. 28 juin 2005, Civ. 1^{ère}, 28 mai 2008). L'exigence d'intentionnalité du dol n'est plus douteuse pour que la nullité soit prononcée (art. 1137 C. civ.). Demeure qu'en l'absence d'intention, lorsque les trois autres conditions sont remplies, la victime peut agir en dommages-intérêts sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle (Civ. 1^{ère}, 28 mai 2008, art. 1178 alinéa 3 C. civ.).

3) Le cas particulier de l'information sur la valeur de la chose

Il est constant que l'erreur sur la valeur n'est pas, par principe, un vice du consentement source de nullité, de sorte que celui qui s'est trompé en vendant sa chose à une valeur moindre et même bien moindre que « celle du marché » ne trouvera aucun secours sur le fondement des articles 1132 et suivants du Code civil. Ce vendeur peut-il alors chercher à obtenir la nullité du contrat sur le fondement du dol, notamment en démontrant que l'acheteur avait connaissance de la valeur réelle de la prestation ou chose et ne l'en a pas informé ? Cette question est celle de la portée de la réticence dolosive, posée aux juges du droit dans le célèbre arrêt *Baldus* (Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000). Dans cette affaire, une personne vend des photos à une autre qui sait qu'elles sont authentiques, mais à un prix banal qui ne reflète pas leur valeur sur le marché. Il s'agit d'une erreur sur la valeur. L'acquéreur qui connaissait la valeur exacte de ces œuvres aurait-il dû en informer le vendeur ? La Cour de cassation répond par la négative, censurant l'arrêt d'appel qui avait accueilli les arguments du demandeur à la nullité (le vendeur) ; en effet, pour les hauts conseillers, l'acquéreur n'est tenu d'aucune obligation d'information sur la valeur de la chose à l'égard du vendeur. La solution a été confirmée depuis (Com. 24 septembre 2003 ; Civ. 3^{ème}, 17 janvier 2007). Dans l'arrêt de 2007, un fermier vend un terrain à bâtir à un promoteur immobilier. Le candidat à l'acquisition ne lui dit pas que le terrain valait plus. La valeur d'un terrain à construire est ignorée par son vendeur. La Cour de cassation considère que « *l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information sur la valeur du bien acquis* ».

Cette solution est consacrée par la réforme au sein de l'article 1112-1 alinéa 3 du Code civil lequel dispose que le « *devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation* ». L'article 1137 alinéa 3 du même code dispose que « *Néanmoins, ne constitue pas*

un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation ». Ce dernier texte a été introduit par la loi du 20 avril 2018, alors que subsistait encore un doute sur la volonté du législateur dans l'ordonnance de 2016.

Pour conclure sur le dol, on relèvera que l'article 1139 du Code civil prévoit que « *L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat* ». Cet article a le mérite de mettre en évidence les principales différences entre l'erreur et le dol puisque deux précisions sont fournies : d'un côté, consacrant une jurisprudence bien établie (Civ. 3^{ème}, 21 février 2001 ; Civ. 3^{ème}, 9 juillet 2013 ; Civ. 3^{ème}, 7 mai 2014), le texte souligne que le dol rend toujours excusable l'erreur (alors que l'erreur, source de nullité, doit être excusable) ; de l'autre, le texte rappelle que le domaine du dol s'étend à la valeur et aux motifs (alors que l'erreur sur la valeur et l'erreur sur les motifs ne sont pas sources de nullité, en vertu des articles 1135 et 1136 du Code civil). Enfin, il n'y a nulle contradiction entre les deux derniers textes vus, à savoir les articles 1137 et 1139 du Code civil : en principe, il y a nullité en raison d'un dol portant sur la valeur de la chose (par ex. le vendeur d'actions d'une société qui aurait trompé l'acheteur sur la valeur réelle de ces actions, V. Com. 15 janvier 2002) ; par exception, l'absence d'information de l'acheteur sur la valeur de la chose n'est pas une cause de nullité (V. l'arrêt *Baldus* déjà cité).

C) La violence

Le vice de violence ne suscite, fort heureusement, qu'un faible contentieux. On ne s'étonnera donc pas que son évolution n'ait rien de comparable avec celle qu'a connue l'erreur sur la substance (définie non plus matériellement, mais intellectuellement sinon économiquement) ou le dol (lequel a été étendu à la simple réticence, rendant nécessaire la consécration corrélative d'un devoir d'information). Reste que mesurée, l'évolution du vice de violence n'en est pas moins réelle : se superpose à la conception classique de la violence (1), une appréhension économique voire davantage (2).

1) La conception classique de la violence

La violence vice du consentement s'analyse en une passation forcée du contrat. C'est par essence la plus intolérable atteinte à la volonté et à la liberté contractuelle, ce qui explique que la violence est le vice le plus aisément qualifié que cela soit au regard des textes de 1804 ou de 2016. A ce titre, le nouvel article 1140 du Code civil dispose que « *Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable* ». De nouveau, l'on trouve des aspects délictuel et matériel caractérisant la violence, vice du consentement.

L'élément essentiel de la caractérisation du vice de violence est donc au premier chef une contrainte illégitime exercée sur le contractant demandeur à la nullité. Si le dol n'est sanctionné que lorsqu'il émane du cocontractant, il en va autrement s'agissant de la violence qui peut émaner d'un tiers (art. 1142 C. civ.). La contrainte doit être illégitime, ce qui n'est pas le cas, par principe, de la menace d'une voie de droit, à moins que cette voie de droit ne soit détournée de son but légitime (art. 1141 C. civ.). Cette précision légale évidemment heureuse se situe dans le prolongement d'une jurisprudence établie : ainsi, dans un arrêt de 1984, la Cour régulatrice a décidé que la menace d'une voie de droit ne constitue une violence « *que s'il y a abus de cette voie de droit soit en la détournant de son but, soit en en usant pour obtenir une promesse ou un avantage sans rapport ou hors de proportion avec l'engagement primitif* » (Civ. 3^{ème}, 17 janvier 1984).

Le second élément caractérisant le vice de violence est la crainte ressentie par la victime du vice : le mal est nécessairement futur, mais la crainte doit être contemporaine de l'acte. La cible de la violence peut être le contractant lui-même, dès lors faut-il prendre en considération son âge, son sexe et sa condition, ce qui donne un prisme partiellement objectif et subjectif à ce vice. La violence peut aussi cibler les proches de la victime du vice. La menace peut être physique (Soc. 8 novembre 1984, sur la séquestration du représentant d'une personne morale) comme psychologique (Civ. 3^{ème}, 13 janvier 1999, sur l'appartenance à une secte), ce qui importe c'est son impact, ses conséquences sur la personne : la détermination du consentement du contractant. Par ailleurs, l'ancien article 1114 du Code civil prévoyait que la crainte révérencielle (s'analysant en un sentiment de crainte qu'un parent suscite chez son enfant) n'était pas source de nullité. Cette exception n'est pas reprise dans le Code civil depuis la réforme du droit des contrats de 2016 ; ce qui fait dire que la crainte révérencielle peut être source de nullité (le cas est rare en pratique, sauf en matière de mariage, mais dans ce cas, la crainte révérencielle est source de nullité au titre de la lutte contre les mariages forcés depuis la loi du 4 avril 2006, art. 180 C. civ.).

2) De la violence économique en jurisprudence à l'abus de dépendance dans la réforme

Qu'une situation de domination ou de dépendance économique puisse vicier un consentement de violence, voilà qui n'était pas totalement inconnu dans le droit commun des contrats et ce, avant même le XXI^{ème} siècle. Par le passé, la chambre sociale de la Cour de cassation a en effet parfois admis l'annulation d'un contrat de travail très défavorable à un salarié (Soc. 5 juillet 1965 : contrat de travail conclu à des conditions iniques, alors que le salarié avait un besoin pressant d'argent pour soigner son enfant et que son précédent employeur ne lui avait pas payé ce qu'il lui devait ; Soc. 30 octobre 1973 : modification d'un contrat de travail sous la menace de l'employeur de ne plus payer le salarié en cas de refus ; V. également Civ. 1^{ère}, 24 mai 1989). Mais, il ne saurait être ici fait mention d'une jurisprudence, dans la mesure où ces décisions sont isolées et, surtout, battues en brèche par d'autres, contradictoires (Com. 20 mai 1980 : cassation de l'arrêt qui avait annulé pour violence des engagements souscrits par un distributeur pour échapper au mal considérable représenté par le risque de fermeture de son établissement). C'est seulement récemment que, en termes clairs, la Cour de cassation a reconnu la possibilité de sanctionner l'altération d'un consentement du fait d'une contrainte économique. Déjà, le 18 février 1997, la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait admis l'idée de violence, lorsqu'une augmentation de capital était imposée à des actionnaires sous la menace de la ruine de leur société par une autre société qui avait elle-même provoqué les difficultés financières de la première et pris son contrôle pour aboutir à cette situation. Puis, dans une décision relative à une transaction, la première Chambre civile de cette Cour a jugé, le 30 mai 2000, que la violence peut résulter d'une « contrainte économique » (à propos d'une transaction désavantageuse pour l'une de ses parties, dans une situation financière précaire au moment de la formation de cet acte).

La consécration prétorienne du vice de violence économique va intervenir deux années plus tard (Civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, arrêt *Larousse-Bordas*). Dans cette affaire, la cour d'appel avait annulé une cession de droits d'auteur consentie par une salariée à son employeur, à l'époque d'un plan social au sein de son entreprise et qui lui faisait craindre de perdre son emploi en cas de refus ou de négociations plus favorables à ses intérêts. Or, on fera remarquer que, dans la phase d'élaboration d'un plan social, aucun salarié n'est nominativement désigné. Mais l'absence de menace individuelle n'est pas exclusive d'une menace collective ressentie par l'ensemble des salariés. L'annonce d'un tel plan peut donc faire impression sur le

consentement d'un salarié. Néanmoins encore faut-il qu'il soit démontré que ce consentement a été vicié. Or, l'annulation de ce contrat en l'absence de menaces précises de l'employeur représentait une modification radicale du vice de violence. Il n'est alors pas étonnant que cette décision ait été cassée (Civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, arrêt *Larousse-Bordas*). Cette cassation, tout en précisant pour la première fois les conditions de la nullité pour contrainte économique, ramène cette dernière dans le giron classique de la violence du Code civil (tandis qu'elle n'existait jusqu'alors qu'en droit spécial, au titre de l'abus de faiblesse dans le Code de la consommation, art. L. 121-8 C. conso., ou encore au titre de l'abus de dépendance économique dans le Code de commerce, art. 442-1 C. com.).

Ainsi, au début du XXI^{ème} siècle, si les tribunaux admettent que la contrainte économique peut constituer une violence, encore faut-il que soit caractérisée l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant les intérêts d'une personne. Demeure que les hypothèses de violence économique se sont faites rares en jurisprudence, de sorte que le temps passant, l'arrêt *Larousse-Bordas* est apparu isolé. Certains ont douté sinon de son principe, à tout le moins de sa pérennité. A l'aune des discussions sur la réforme du droit des contrats, on a pu se demander si la consécration du vice de violence économique était opportune. La Cour de cassation a répondu fermement par l'affirmative en rappelant sa jurisprudence de principe dans deux arrêts de 2015 (Civ. 1^{ère}, 4 février 2015 et Civ. 1^{ère}, 18 février 2015).

Ces arrêts ont contribué à la consécration définitive de la violence économique dans le Code civil. Alors qu'était envisagée une consécration sèche de la jurisprudence *Larousse-Bordas* de 2002, la réforme du droit des contrats a instauré un vice de violence par certains côtés, plus large, par d'autres, plus restreint, que le vice de violence économique prétorien. L'article 1143 du Code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016, disposait que « *Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* ». Plus large que la violence économique, l'abus de dépendance l'est dès lors que, dans le rapport remis au Président de la République relatif à l'ordonnance de réforme, il est souligné que le texte vise toutes les hypothèses de dépendance, de manière à protéger toutes les personnes vulnérables. Plus restreint, le vice de dépendance l'est également car il est nécessaire que soit démontré que le cocontractant de la victime a retiré un avantage manifestement excessif de la situation. L'ajout de cette condition resserre naturellement le champ de la nullité. Il s'agit d'une condition qui s'apprécie de manière objective et quantitative. En résumé, les conditions du texte sont claires : un état de dépendance, un abus ayant déterminé le consentement et un avantage manifestement excessif.

Reste un dernier point à souligner : la loi du 20 avril 2018 n'est pas une simple loi de ratification mais bien une loi de ratification modificative, ce dont témoigne l'amendement de l'article 1143 du Code civil lequel prévoit désormais que « *Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* ». Cette disposition a un caractère interprétatif de sorte que le texte modifié trouve à s'appliquer aux situations nées à compter du 1^{er} octobre 2016 (et non du 1^{er} octobre 2018). Reste que cette précision du législateur de 2018 vient une nouvelle fois réduire le champ de la violence pour abus de dépendance puisque la condition d'un état de dépendance ne peut se trouver que dans le rapport entre les parties. Autrement

dit, le vice de violence ne sera pas caractérisé dans les cas où un contractant va profiter de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à l'égard d'un tiers, bien que le cas se rencontre en jurisprudence (Civ. 3^{ème}, 4 mai 2016 : en état de dépendance psychologique par rapport à son amant, une femme avait vendu, sous la pression de celui-ci, un bien à une tierce personne pour une somme relativement faible au regard de la valeur réelle du bien ; l'amant réussissant à s'accaparer une partie de la somme payée). La restriction du champ du vice de violence est assurément source de sécurité juridique des transactions, notamment en instaurant une ligne de démarcation franche entre l'abus de dépendance et l'état de nécessité. Reste qu'elle a de quoi surprendre puisqu'en principe, la violence est source de nullité qu'elle émane d'un contractant ou d'un tiers.

En guise de conclusion générale, l'étude de théorie des vices du consentement révèle sa complexité, dès lors que, du point de vue du juge, les intérêts à prendre en considération sont souvent contradictoires : la protection de la volonté, de la liberté contractuelle, des intérêts économiques, des plus faibles, sans oublier la sécurité juridique et la confiance dans le modèle conventionnel des échanges. La mutation de la société et de la vie des affaires a accentué les tensions entre ces impératifs en apparence antagonistes. Après le conservatisme du modèle prôné au XIX^{ème} siècle, les dépassements, innovations et créations originales au cours du XX^{ème} siècle, le temps de la rationalisation est venu avec la réforme du droit des contrats.

II – Actualités

- Civ. 3^{ème}, 11 mai 2023, pourvoi n° 22-11.287 : **La faible portée d'une simple offre d'acquisition d'un bien immobilier**. L'utilité d'une promesse – unilatérale ou synallagmatique – de vente ou d'achat est indéniable, tant son efficacité est désormais supérieure à celle d'une simple offre. La présente décision en fournit une évidente illustration : en l'espèce, l'acquéreur potentiel d'un bien immobilier rédige une « *lettre d'intention d'achat (...) pour le prix de 424 000 €* » – immédiatement requalifiée d'offre d'achat. L'engagement prévoit que la vente « *si elle intervient, aura lieu (...) en cas d'acceptation de la présente offre* » et qu'un acte sous seing privé sera établi pour préciser toutes les modalités de la vente et l'ensemble des conditions suspensives. La lettre d'intention est acceptée par le propriétaire du bien. Mais l'acquéreur ne se rend finalement pas au rendez-vous fixé chez le notaire ; le propriétaire vend quelques temps plus tard à un tiers avant que ... le premier acquéreur potentiel, auteur de la lettre d'intention, se prétende évincé et agisse en responsabilité contre le vendeur. Pour cela, il affirme que la vente a été formée par l'acceptation de la lettre d'intention. Les juges du fond, approuvés dans cette décision par la Cour de cassation, le déboutent : l'offre d'achat était trop imprécise et renvoyait à la rédaction d'un compromis, de sorte que le contrat n'a pu être formé. La Haute juridiction ajoute que l'acceptation de l'offre qui était imprécise relève de pourparlers contractuels. Le raisonnement des juges est limpide et renvoie à des acquis : certes, la vente pour être considérée comme conclue doit reposer sur un accord des volontés, ce qui implique une offre suffisamment ferme et précise et son acceptation. En l'occurrence, les caractères de l'offre faisaient défaut ; et, par conséquent, le propriétaire n'a pas commis de faute en vendant le bien ensuite (puisque'il était libre de le faire).

- Civ. 1^{ère}, 18 janvier 2023, pourvoi n° 20-18.114 : **L'assistance bénévole n'est pas nécessairement spontanée et peut être sollicitée**. Comme souvent en matière d'assistance bénévole, les faits sont essentiels à la compréhension de la solution : le propriétaire d'un verger de pommiers souhaite récolter ses pommes, mais certains pommiers sont trop élevés

pour procéder simplement à la cueillette. Il se trouve qu'il est également le gérant d'une société utilisant des bras de grue. Il demande à deux de ses salariés de procéder à la récolte avec une grue. Au cours de l'opération, l'un des salariés se blesse ; ce dernier décide d'agir en réparation contre le propriétaire du pommier. Immédiatement, il convient de noter que l'action n'a pas pour support le contrat de travail entre employeur et employé, mais bien la relation entre le propriétaire du verger et la victime, qui lui a prêté son concours. Aussi, se pose la question de la qualification de cette relation pour déterminer ensuite le fondement de la réparation. L'intuition nous guide naturellement vers la convention d'assistance bénévole, mais les juges du fond repoussent cette qualification aux motifs que la victime n'a pas offert spontanément son aide au propriétaire du verger, mais a été convaincue par celui-ci de lui prêter son concours. La Cour de cassation censure cette solution de la cour d'appel : sur le fondement de l'ancien article 1101 du Code civil (mais la solution semble sans difficulté pouvoir être reproduite sur les textes postérieurs à la réforme), les hauts conseillers décident que « *dans une convention d'assistance bénévole, l'assistance peut être spontanément apportée par l'assistant ou sollicitée par l'assisté* ». La solution est heureuse, même si l'on sait que, le plus souvent, la convention d'assistance bénévole repose sur une assistance spontanée accordée par l'assistant à l'assisté ; il est logique, dans l'hypothèse d'une convention et donc d'un accord même quelque peu forcé, que l'on puisse admettre que l'origine de cet accord vienne de l'une ou l'autre des parties. Autre intérêt de la présente décision, il s'agit d'une nouvelle façon de distinguer la convention d'assistance bénévole de la gestion d'affaires des articles 1301 et suivants du Code civil, puisque celle-ci se réalise « *à l'insu ou sans opposition du maître de cette affaire* ».

PrépaISP