

## INTRODUCTION GENERALE

### §1 - la notion de contrat spécial

Tout contrat est spécial au sens où il porte sur un objet précis. Il n'y a pas de contrat "général". C'est ici que se pose la distinction entre la théorie générale du contrat (le droit commun des contrats ou droit du contrat) et le droit des contrats spéciaux (ou droit spécial des contrats).

La première distinction s'intéresse aux règles applicables à tous les contrats, quel que soient leur nature ou leur objet. Exemple : consentement ou force obligatoire. C'est bien d'un droit commun qu'il s'agit. La seconde distinction s'intéresse aux règles propres à chaque type de contrat : vente, mandat, prêt, location. Cette distinction renvoie naturellement à l'opposition entre droit général et droit spécial.

L'article 1107 C. civ. énonce que les contrats « soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales qui sont l'objet du présent titre.

Les règles particulières à certains contrats sont établis sous les titres relatifs à chacun d'eux ; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce ».

Cet article consacre la distinction entre règles générales et règles spéciales et marque également la distinction entre les contrats nommés et les contrats innommés. Outre que tous les contrats sont nécessairement spéciaux, l'appellation

"contrats spéciaux" renvoie à un corps de règles spécifiques qui, en théorie, répond aux caractéristiques propres d'une opération.

La vente, par son objet et par sa nature, est une opération différente de la location. C'est pourquoi, des règles adaptées à chaque opération et donc différentes d'une opération distincte doivent s'appliquer. Chaque contrat a son essence, son originalité qui au-delà des traits communs entre tous les contrats appelle forcément des règles particulières. Le régime diffère : les obligations du vendeur ne sont pas les mêmes que les obligations du locataire.

Cependant, le terme de contrats spéciaux est ambigu. Il faut rappeler le principe du droit français des contrats qui repose sur le consensualisme et la liberté contractuelle. Les parties, en contractant, peuvent choisir de se couler dans le moule formel de la loi et adopter l'un des contrats prévus par elle. Mais la puissance des volontés individuelles est telle que les parties ont la possibilité d'imaginer des figures contractuelles originales. Les parties peuvent par exemple mélanger des types de contrats existants. Exemple : Les parties peuvent mélanger la vente et la location, ce qui a par exemple, donné naissance au crédit-bail.

Les parties peuvent aussi totalement imaginer un contrat. Le Code civil prévoit des qualifications préétablies et dote les contrats envisagés d'une réglementation. Ce sont les contrats nommés (au sens propre c'est-à-dire qui ont un nom donné par la loi). Si les parties à un contrat ne trouvent pas dans la loi une qualification satisfaisante, elles peuvent inventer un contrat

qui correspond le mieux à l'économie de leur opération : ce sont les contrats innommés.

Lorsqu'un contrat ne rentre dans aucune qualification établie et ne peut donc être rattaché à aucune qualification par analogie, on parle de contrat "sui generis".

Pour identifier quel est le type d'un contrat, il faut opérer un travail de qualification.

La question préliminaire de la qualification du contrat se pose parfois, mais pas pour les contrats simples. Exemple : Une vente est le plus souvent facilement reconnaissable.

Par contre, pour les contrats complexes dont la nature n'est pas évidente et qui empruntent à plusieurs catégories préétablies de contrats, le travail de qualification est nécessaire. Ainsi le contrat de déménagement qui est un mélange de contrat de transport pour le déplacement des objets et d'un contrat d'entreprise pour leur manutention).

Tout d'abord, les parties ne sont pas maîtresses de la qualification. Le juge, en cas de litige, n'est donc pas lié par la qualification donnée par les parties à leur contrat et peut donc requalifier l'opération. La qualification doit se faire sur la base d'éléments objectifs. Ensuite, la méthode utilisée par le juge repose sur la recherche de l'obligation caractéristique qui permet de donner au contrat sa qualification juridique. L'obligation de payer une somme d'argent n'est presque jamais une obligation caractéristique car elle se retrouve dans tous les contrats à titre onéreux. C'est donc une autre obligation qui est caractéristique. Par exemple, l'obligation de garde dans le dépôt qui incombe au dépositaire.

Selon l'obligation caractéristique, le juge va qualifier tel contrat de vente, de dépôt, de location ...

Si le contrat est trop original par ses obligations pour être ramené dans le giron d'une qualification préétablie, on en déduira une qualification de contrat innommé ou de contrat "sui generis".

## **§2 - les sources des contrats spéciaux**

Outre la loi, la pratique joue un rôle essentiel.

### **A-la loi**

Elle n'est en principe que supplétive de volonté, en vertu du principe de liberté contractuelle. Mais ce n'est plus le cas aujourd'hui car beaucoup de lois récentes sur les contrats spéciaux sont impératives. Ces lois cherchent à promouvoir une politique économique et sociale.

### **B- la pratique**

Elle est établie par des praticiens ou des organismes professionnels. Parfois ce sont les stipulations d'un contrat connu que la pratique réglemente (comme les assurances ou les formulaires notariaux).

La pratique peut aussi créer un nouveau contrat de toutes pièces (comme le contrat de franchise ou le crédit-bail).

## **§3 - la classification des contrats spéciaux**

La classification dans telle ou telle catégorie de contrat connu est l'application à ce contrat du statut de cette catégorie.

La qualification est opérée par les juges du fond mais la cour de cassation se réserve un pouvoir de contrôle.

Comment s'opère cette qualification ?

➤ La qualification que les parties ont donnée elles-mêmes à leur contrat (en lui donnant une dénomination précise), mais cela n'est pas primordial, car les juges vont s'attacher à l'économie du contrat plutôt qu'à l'intitulé littéral (art 1156 c. civ.) et s'attacher à la volonté réelle plutôt qu'à la déclaration de volonté.

➤ L'objet des prestations convenues : parmi ces prestations, la plus importante du contrat est celle marquant la fin de l'opération contractuelle, que l'on appelle la prestation caractéristique. EX : dans le contrat de vente, la prestation caractéristique est celle de la délivrance de la chose car le but du contrat est le transfert de la propriété.

➤ L'opération de qualification du contrat peut avoir des résultats différents selon les cas. Parfois elle aboutit à une qualification unique et simple (contrat de vente ou de bail) mais ce n'est pas toujours le cas et le contrat est dit *sui generis* et l'on applique distributivement à ces clauses les règles de plusieurs contrats nommés (vente + mandat).

Il y a un autre facteur de complication quand existent des chaînes de contrats ou des groupes de contrats. Pour réaliser l'opération, il est parfois nécessaire d'avoir recours à plusieurs personnes et de conclure avec certaines d'entre elles des sous-contrats qui ont pour but de recourir pour une part à l'exécution du contrat principal.

➤ Il y a une condition : le sous-contrat doit réaliser une opération de même nature que le contrat principal pour que la chaîne de contrats soit régie par le contrat principal. EX : il existe une action directe par le sous-acquéreur pour la garantie des vices cachés. Le sous-acquéreur

peut se retourner contre le vendeur et contre le fabricant du produit lui-même mais cela suppose qu'il y ait deux contrats de même nature (deux contrats de vente).

En revanche, ces règles uniformes ne peuvent pas s'appliquer dans les cas où le sous-contrat réalise une opération de nature différente.

EX : le contrat de vente d'un immeuble et ensuite contrat de location à une tierce personne. Le locataire n'a pas d'action directe ou de garantie de vices cachés contre le promoteur car ce sont des contrats de natures différentes.

Les contrats spéciaux dans le cadre de ce cours porteront sur les contrats relatifs aux choses (1<sup>ère</sup> partie) et ensuite sur ceux portant sur les contrats de service (2<sup>ème</sup> partie).

## **1<sup>ERE</sup> PARTIE : LES CONTRATS RELATIFS AUX CHOSES**

Il existe plusieurs manières de classer les contrats spéciaux. On peut distinguer les contrats qui, comme la vente, sont translatifs de propriété (échange, apport en société, donation, prêt à consommation), qui s'opposent aux contrats de prestations de service, parmi lesquels certains sont relatifs à une chose sur laquelle ils ne confèrent qu'une détention précaire (bail, crédit-bail, prêt à usage) et d'autres ont uniquement pour objet une activité humaine (mandat, contrat d'entreprise, contrat de travail).

### **TITRE I: CONTRAT TRANSLATIF DE PROPRIETE : LA VENTE**

Le contrat translatif de propriété est celui qui rend son bénéficiaire titulaire d'un droit réel sur la chose, le bien. Ce droit réel confère à son titulaire, un pouvoir direct sur le bien. Généralement ce droit réel est un droit de propriété. Cependant, il est possible de transférer autre chose qu'un droit de propriété. On pourrait ainsi transférer une partie de la propriété : on parlera alors de démembrement de la propriété.

Le principal contrat est la vente qui opère un transfert de propriété à titre onéreux.

Il existe d'autres contrats qui opèrent un transfert à titre onéreux sans qu'il s'agisse nécessairement d'une vente. Ce sera le cas toutes les fois que la contrepartie ne consiste pas en un prix. C'est le cas de l'échange qui, historiquement, a précédé la vente (le troc). Au troc ou échange, l'usage de la monnaie a permis de substituer la vente à l'effet de réaliser

un transfert de droit, l'objet vendu s'échangeant alors contre un prix en argent.

L'apport en société entretient aussi une relation de proximité avec la vente. L'apport de société qui est réalisé par un associé (apport en argent, en service, en nature) est proche de la vente lorsque l'apport prend la forme d'un apport en nature. Il s'agit, en pareille hypothèse d'un transfert de propriété. Mais à la différence de la vente, l'associé reçoit, en contrepartie, non un prix, mais des parts sociales des actions dans la société.

La vente est un contrat translatif de la propriété d'un bien moyennant une contrepartie monétaire. Le Doyen CARBONNIER, dans son célèbre ouvrage *Flexible droit*, soulignait l'importance de la vente en indiquant qu'elle était « *le plus usuel* » des contrats spéciaux parce qu'elle permet « *d'atteindre l'essentiel d'un comportement plusieurs fois millénaire de l'humanité, donner de l'argent et acquérir une chose, recevoir de l'argent et abdiquer une chose* ». Dans le même ordre d'idées, le professeur MALAURIE parle de la vente comme étant « l'archétype des contrats ».

L'importance de la vente se perçoit déjà en 1804 eu égard au nombre d'articles que les rédacteurs du Code civil lui ont consacrés. De l'article 1582 à l'article 1688, on peut compter plus d'une centaine de dispositions. La vente est tellement répandue et diversifiée de nos jours que BENABENT n'a pas hésité à y voir une forme d'« *hypertrophie de la vente* ». La vente civile se distingue de plus en plus de la vente commerciale et apparaissent aussi bien en matière civile qu'en matière commerciale, de nombreux types de vente, au particularisme marqué et

croissant. La vente au détail (exemple de vente au consommateur) n'a pas le même régime que la vente d'une usine clef en mains (exemple de vente entre professionnels) ou que la vente en état futur d'achèvement. On part également de la vente d'immeuble à la vente en libre service ou par distributeur automatique, de la vente d'un ordinateur à la vente d'une aubergine au marché de la rue. La vente est ainsi un contrat spécial au sein duquel existent des formes différenciées de ventes.

De façon classique, nous examinerons la vente à travers sa formation d'abord (CHAPITRE I), ses conditions de validité ensuite (CHAPITRE II) et ses effets ensuite (CHAPITRE III).

## **CHAPITRE I : FORMATION DU CONTRAT DE VENTE**

Quoique le droit de la vente obéisse au principe de la liberté contractuelle, la liberté de vendre et d'acheter subit des restrictions, soit d'ordre pénal soit d'origine contractuelle. D'autre part, surtout pour les ventes importantes (ventes d'avion), l'échange de consentement n'est plus instantané car il est toujours précédé d'un avant-contrat.

Enfin, les formes et la preuve du contrat de vente sont très variables suivant la nature des produits en cause et les modalités de la vente.

Selon l'article l'art. 1582, al. 1 C. civ., « *La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer* ». Cette définition fait apparaître, explicitement ou implicitement, les caractères de la vente.

***Un contrat synallagmatique.*** La vente fait naître à la charge des deux parties des obligations réciproques et interdépendantes. Le vendeur s'engage à transférer la propriété de la chose et à la livrer, l'acheteur, de son côté, s'engage à payer le prix. Mais que la vente soit un contrat

synallagmatique ne signifie pas que ces obligations s'exécutent simultanément. Il se peut que le paiement du prix soit retardé (vente à crédit, opposé à la vente au comptant), ou que le transfert de propriété soit différé dans le temps, notamment jusqu'au complet paiement du prix (par une clause réserve de propriété).

***Un contrat translatif.*** La vente a pour premier effet de transférer un droit. Ce droit peut être personnel (quand on cède une créance), être réel (transfert la propriété d'une chose). Dire que c'est un contrat translatif permet de la distinguer de l'acte extinctif (dont l'objet est d'éteindre une dette), que constitue la dation en paiement.

***Un contrat à titre onéreux.*** La vente ne comporte aucune intention libérale (opposition à la donation) et ceci en principe même si le prix est inférieur à la valeur de la chose (par exemple : vente à perte, vente pendant les soldes). Toutefois une vente peut constituer une donation indirecte (il faudra prouver que le prix est inférieur à la valeur de la chose et qu'il existe une intention libérale).

***Un contrat consensuel.*** Elle se forme par la seule rencontre des volontés (art. 1589 C. civ.) et non par la remise de la chose (contrat réel) ou rédaction d'un écrit (contrat solennel). Dans certains cas (de plus en plus nombreux) le législateur contemporain fait reculer le consensualisme, en imposant des formalités plus ou moins lourdes qui ont pour objectif de mieux informer les parties et notamment l'acheteur (formalisme informatif).

Cela dit, nous examinerons dans successivement les parties à la vente, les avant-contrats et la question du formalisme.

## SECTION I : LES PARTIES

Il s'agit du vendeur et de l'acheteur qui vont conclure matériellement et physiquement le contrat sous réserve de la technique de la représentation qui permet de faire intervenir une tierce personne qui va signer l'acte au nom et pour le compte du représenté qui est le bénéficiaire final de l'acte. Cette technique de la représentation peut avoir une origine

Légale (minorité ou incapacité) ou conventionnelle (mandat)

### § 1 : Le vendeur

Celui-ci doit avoir la capacité et le pouvoir de vendre le bien objet du contrat, encore faut-il que sa liberté ne soit pas restreinte.

#### A- Capacité et pouvoir

Les règles du droit commun de la capacité d'exercice (art 1123 et 1594 C. civ.) sont applicables. L'art. 1123 dispose : « *Toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi* ». Et l'art. 1594, plus spécifiquement, énonce que « *tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas, peuvent acheter ou vendre* ».

La vente est l'acte de disposition par excellence. Elle exige du vendeur la capacité de disposer à titre onéreux du bien offert à la vente. De l'acheteur, elle requiert la capacité de disposer des deniers nécessaires à cette acquisition. Le mineur non émancipé et le majeur incapable ne peuvent ainsi valablement conclure seuls un tel acte, à moins qu'il

porte sur un bien de faible valeur et s'analyse en un acte de la vie courante.

En outre, le Code civil consacre certaines interdictions de vendre rattachée traditionnellement à l'idée d'incapacité de jouissance.

En principe, si la vente a un caractère translatif de propriété, la vente de la chose d'autrui est nulle pour objet impossible, puisqu'on ne peut pas transférer un droit de propriété dont on n'est pas titulaire. Ce principe est consacré par l'art. 1599 C. civ. : « *La vente de la chose d'autrui est nulle ; elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui* »

Il est logique que l'acheteur de mauvaise foi ne puisse demander des dommages-intérêts puisqu'il a accepté le risque de nullité.

L'acheteur de bonne foi ne pourrait demander des dommages et intérêts que s'il établit :

- un dommage non réparé par les restitutions résultant de la nullité ;
- une faute quasi-délictuelle dans le chef du vendeur. La jurisprudence admet, néanmoins, que l'acheteur de bonne foi puisse demander des dommages-intérêts même sans faute du vendeur.

A côté de l'hypothèse de vente de la chose d'autrui, il en existe d'autres dans lesquelles le vendeur n'a aucun droit sur la chose qu'il vend.

Ainsi, dans certains cas, le vendeur est la personne qui est bien propriétaire de la chose et qui va vendre celle-ci successivement à deux personnes ; lors de la deuxième vente, le vendeur n'est plus propriétaire et l'acheteur achète du vent.

Mais, les hypothèses les plus fréquentes sont celles d'un vendeur qui était bien dans un premier temps titulaire de droit sur la chose qu'il vend mais qui a perdu ses droits du fait d'une nullité du contrat ou

d'une résolution prononcée ultérieurement ; ainsi le vendeur n'était plus propriétaire lors de la résolution du contrat.

Le dernier cas est l'hypothèse d'un co-indivisaire qui vend seul un bien indivis alors qu'en principe cette vente suppose le consentement des autres co-indivisaires.

Dans ce cas le co-indivisaire vend partiellement la chose d'autrui.

Dans tout ces cas, qu'il y ait bonne ou mauvaise foi la sanction est identique et elle est posée par l'art 1599 C. civ. : c'est la nullité de la vente de la chose d'autrui.

## **B- Restrictions à la liberté de vendre**

En principe toute personne est libre d'acheter ou de vendre. Ce principe est affirmé par l'art 1594 C. civ. Il est fondé sur un autre principe qui est le respect de la liberté contractuel. Le principe connaît, toutefois, quelques exceptions. Il existe une interdiction de vente dans des cas où l'opération pourrait nuire à des parties en position de faiblesse.

En outre des interdictions peuvent émaner de personnes privées par le jeu des clauses contractuelles. Le législateur, soucieux de protéger la liberté contractuelle, tend à interdire ou à limiter la portée de telles clauses. La loi interdit des procédés de vente jugés dangereux pour le consommateur.

Il existe en effet de véritables incapacités relatives de jouissance de ces droits. Un tuteur ne peut, en effet, pas acheter des biens qu'il gère au nom du mineur ou du majeur protégé car cela risquerait d'entraîner un abus de sa position pour fixer un prix avantageux.

La vente est possible mais le choix du cocontractant est limité par des règles conventionnelles ou légales.

En effet la loi édicte l'Interdiction de la vente entre époux dans les buts suivants :

- Eviter les abus d'influence
- Prévenir les fraudes au préjudice des tiers ou des héritiers réservataires
- Empêcher de contourner l'art 1096 C. civ. sur la révocabilité des donations entre époux.

L'art 1596 C. civ. interdit, sous peine de nullité relative, à certains représentants de se porter acquéreur des biens qu'ils sont chargés de vendre, afin d'éviter les conflits d'intérêts. Il est donc fait interdiction :

- aux mandataires d'acheter les bien qu'ils sont chargés de vendre ;
- aux officiers publics de se porter adjudicataires des biens nationaux vendus par leur ministère<sup>1</sup>.

Le mandataire ne peut donc pas contracter avec lui-même en deux qualités différentes.

Mais le mandataire pourrait contracter directement avec son mandant ; le conflit d'intérêt serait alors évité.

## § 2 : L'acheteur

Le futur acquéreur du bien doit aussi respecter les règles relatives à la capacité d'exercice et à la capacité de jouissance. Car l'art. 1596, al. 2 et 4 C. civ.

Il est ainsi fait interdiction :

---

<sup>1</sup> Paris, 12 novembre 1964, D. 1965. 415 : L'interdiction formulée par l'article 1596 s'applique à toutes les ventes et n'est pas restreinte aux seules ventes aux enchères.

- aux tuteurs d'acheter les biens de ceux dont ils ont la tutelle (al. 2)
- aux administrateurs des communes ou d'établissements publics d'acquérir des biens confiés à leurs soins (al. 4) : interdiction renforcée car exercice de fonctions exécutives.

La loi fait interdiction aux gens de justice d'acquérir des biens litigieux.

L'art. 1597 C. civ. interdit aux magistrats débout ou du siège, aux greffiers, aux huissiers de justice, aux notaires et aux avocats « *de devenir cessionnaires des procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions* ».

La première Chambre civil de la Cour de cassation française, dans un arrêt en date du 2 mai 1961, a circonscrit le domaine de l'article 1597 comme n'étant pas applicable aux experts. Elle a pu dire que les experts ne figurant pas dans la listes, limitative, des personnes visées par l'article 1597, c'est à tort que les juges du fond ont fait application de cet article à l'expert qui s'est rendu acquéreur d'une vache et d'un veau qu'il avait mission d'évaluer.

La prohibition concerne tout droit qui fait l'objet d'une contestation sérieuse et prévisible.

En raison de son fondement, l'art 1597 paraît relever de l'ordre public ; sa sanction logique serait donc la nullité absolue mais cette solution est controversée en raison de la restriction territoriale de l'interdiction.

Les parties peuvent conclure avant même la formation du contrat de vente, à des avant-contrats.

## **SECTION II - LES AVANT-CONTRATS**

Souvent la conclusion d'un contrat est précédée d'actes préparatoires. Les uns relèvent de la négociation préalable, les autres font partie de la famille nombreuse des avant-contrats : contrats préparatoires, contrats préliminaires, contrats préalables, promesses de contrat, contrat-cadre, accord de principe, etc.

Nous focaliserons notre attention dans le cadre de cette section sur les promesses de contrats ; qui sont au nombre de deux.

### **SOUS-SECTION 1 : Les promesses de vente**

L'archétype des avant-contrats est la promesse de contrat ; l'archétype de la promesse de contrat est la promesse de vente.

La pratique des promesses de vente et, à moindre degré, celle des promesses d'achat a connu un développement important depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle, alors que le Code Civil les ignorait presque complètement.

Notons qu'au moment de la promesse, le futur ou éventuel acquéreur dépose souvent entre les mains du propriétaire ou d'un tiers une somme d'argent représentant une fraction du prix convenu. La nature, donc le régime juridique, de cette somme d'argent est variable. Il peut s'agir soit des arrhes, d'une indemnité d'immobilisation, d'acompte, de dédit, de clause pénale, etc.

La promesse de contrat fait naître dans le chef du promettant :

- une obligation de faire : maintenir son offre pendant le délai d'option, ne pas aliéner la chose spécifiée qui en fait l'objet.
- une obligation de ne pas faire : ne pas accomplir des actes qui rendent impossible la naissance du contrat en cas de levée de l'option ou qui compromettent son exécution.

Bien que les frontières entre les promesses ne soient pas rigides, on examinera d'une part, la promesse unilatérale de vente (§ 1) et d'autre part, la promesse synallagmatique de vente (§ 2).

### **§ 1 : La promesse unilatérale de vente**

La promesse unilatérale de vente, ou option d'achat, ou call, est la convention par laquelle une personne, le promettant, s'engage vis-à-vis d'une autre, le bénéficiaire, à lui vendre une chose moyennant un prix déterminé ou déterminable, si l'acheteur décide de lever l'option.

La promesse unilatérale d'achat, ou option de vente, ou put, est la convention par laquelle une personne, le promettant, s'engage vis-à-vis d'une autre, le bénéficiaire, à lui acheter une chose moyennant un prix déterminé ou déterminable, si le vendeur décide de lever l'option.

La différence avec l'offre de vente ou d'achat : l'offre ne lie le sollicitant qu'en vertu d'un engagement par déclaration unilatérale de volonté et ne doit être maintenue que pendant un délai raisonnable.

## **A-Formation de la promesse**

Comme tout contrat, la promesse de vente est formée par la rencontre de l'offre du promettant et de l'acceptation du bénéficiaire, qu'il ne faut pas confondre avec la levée de l'option.

La promesse de vente ou d'achat doivent, comme l'offre, contenir tous les éléments essentiels et substantiels du contrat à conclure.

L'objet de la vente et le prix doivent être déterminés ou déterminables ; ainsi serait nulle une option d'achat indiquant que le prix de vente sera déterminé par un expert dont on n'indique ni l'identité ni la procédure de désignation.

Sauf si elle est conclue intuitu personae dans le chef du bénéficiaire, la promesse de contrat est en principe cessible par celui-ci.

La cession de ses droits par le bénéficiaire s'analyse en une cession de créance (art 1689 et s.).

## **B- Effets de la promesse**

Nous ferons une distinction suivant les effets de la promesse jusqu'au jour de l'exercice de l'option et suivant ceux qu'elle produit à compter de cet exercice.

*Avant la levée de l'option.* Avant la levée de l'option, le bénéficiaire de la promesse n'a aucun droit réel sur le bien. Il bénéficie seulement d'un droit d'option qui est un droit potestatif. Ce droit lui confère la faculté discrétionnaire de modifier, par un acte de volonté unilatérale, une situation juridique préexistante en formant le contrat de vente et en devenant propriétaire du bien. En ce qui le concerne, le promettant est

tenu de ne pas offrir le bien à la vente à un tiers. Il a d'ores et déjà exprimé son consentement à la vente et est donc en principe tenu par la force obligatoire de l'acte jusqu'à l'éventuelle caducité de la promesse.

***Si le bénéficiaire renonce à lever l'option.*** En renonçant expressément à lever l'option ou en laissant s'écouler le délai convenu pour le faire, le bénéficiaire renonce à acquérir le bien qui lui avait été promis. La vente ne se forme donc pas. La promesse devient caduque et le bénéficiaire doit, le cas échéant, payer l'indemnité d'immobilisation stipulée. Si celle-ci a déjà été versée au titre d'un quelconque « *dépôt de garantie* » le vendeur est en droit de la conserver. Cette indemnité d'immobilisation trouve sa cause dans l'immobilisation du bien à laquelle le promettant s'est obligé pendant la durée de la promesse. Elle constitue, suivant la formule jurisprudentielle, « *le prix de l'exclusivité consentie au bénéficiaire de la promesse* »<sup>2</sup>. Il faut la distinguer du dédit et de la clause pénale. Le dédit permet de se délier d'un engagement (or le bénéficiaire n'est pas lié). La clause pénale sanctionne une inexécution contractuelle. Le bénéficiaire de la promesse ne s'étant pas engagé à acquérir, le refus de lever l'option ne saurait constituer une violation de ses obligations.

***Si le bénéficiaire lève l'option.*** Si l'option est levée pendant la durée d'efficacité de la promesse, la vente est conclue, sans rétroactivité, à la date de la levée de l'option et l'acquéreur devient immédiatement propriétaire du bien. C'est donc à ce moment précis qu'il convient d'apprécier la capacité d'acquérir de l'acheteur et, le cas échéant, la valeur de l'immeuble en vue de la rescision de la vente pour lésion. Si une indemnité d'immobilisation avait été versée, elle s'impute sur le prix de vente à la manière d'un acompte.

---

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 5 décembre 1995, Defrénois 1995, art. 36354, obs. D. MAZEAUD.

***Cas particulier : option d'achat et vente du bien à un tiers pendant le délai d'option.*** Le bénéficiaire d'une option d'achat qui, ayant levé l'option, se voit opposer que le bien a été vendu à un tiers à l'égard duquel le droit de propriété est opposable, (en vertu des articles 1141 ou 2279 s'il s'agit d'un meuble ou de la transcription s'il s'agit d'un immeuble) ne pourra en principe que demander la condamnation du vendeur à des dommages et intérêts.

Par contre, si le tiers acquéreur est de mauvaise foi (s'il acquiert le bien en connaissant l'option d'achat), il commet une faute quasi-délictuelle en se rendant tiers complice de la violation des obligations contractuelles du promettant.

Le bénéficiaire de l'option peut dès lors demander que la vente intervenue en fraude de ses droits lui soit déclarée inopposable (action paulienne) de sorte que le bien soit censé ne pas être sorti du patrimoine du promettant et qu'il puisse ainsi faire condamner ce dernier à exécuter le contrat de vente en nature.

## **C - Modalités**

### ***1- Durée de l'option***

L'indication de la durée n'est certes pas un élément essentiel à la validité de la promesse. Cependant, les parties ont intérêt à y songer.

Durée déterminée. Lorsque la convention limite la promesse dans le temps, le promettant n'est tenu que durant cette période. A supposer que l'option soit levée après la survenance du terme, elle sera sans effet, la promesse étant alors devenue caduque. La vente ne sera pas formée.

Durée indéterminée. Si la convention n'a pas limité la promesse dans le temps, elle est réputée conclue pour une durée indéterminée. En pareille occurrence, certains considèrent que l'option est consentie pour un terme de 30 ans (par application de l'art 2262 C. civ.), sauf si les circonstances de l'espèce montrent que les parties ont convenues tacitement une durée inférieure.

En réalité, la doctrine et la jurisprudence admettent que le bénéficiaire est déchu de son droit si le promettant met le bénéficiaire en demeure de prendre position dans un délai raisonnable et qu'il ne le fait pas.

## *2- Prix de l'option*

Rien n'empêche que l'option soit consentie à titre onéreux : le promettant est rémunéré pour l'indisponibilité de son bien pendant la durée de l'option. En effet, généralement est stipulé dans ces promesses une indemnité d'immobilisation à la charge du bénéficiaire.

Le bénéficiaire s'engage à payer une indemnité qui compense l'immobilisation du bien dans le patrimoine du vendeur tant que le bénéficiaire n'a pas décidé d'acheter.

En pratique le bénéficiaire s'engage à verser cette indemnité soit s'il n'achète pas, soit dès le départ, c'est à dire dans la promesse. Si le bénéficiaire achète le bien, l'indemnité sera déduite du prix total. En revanche, s'il n'achète pas le bien, le vendeur gardera cette indemnité.

Ainsi, la promesse perd en quelque sorte son caractère unilatéral et devient synallagmatique dans la mesure où les deux parties au contrat ont des obligations.

La promesse reste cependant unilatérale si l'indemnité d'immobilisation est élevée ; la jurisprudence a tendance à requalifier la

promesse en promesse synallagmatique dans la mesure où le bénéficiaire perd alors en fait, sinon en droit, toute liberté d'acheter. La promesse se transforme ainsi en contrat synallagmatique (en raison de l'obligation de rémunération dans le chef du bénéficiaire), le promettant pouvant alors poursuivre la résolution de la promesse pour inexécution fautive (art. 1184 C. civ.).

## **§ 2 : La promesse synallagmatique de vente**

La promesse synallagmatique ne confère ni à l'acheteur ni au vendeur une option : leur consentement à la vente est donné définitivement, sauf si une faculté de dédit avait été convenue.

Aux termes de l'article 1589 C. civ., « *la promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et le prix* ».

Dès l'instant que ce principe est affirmé, il ne devrait y avoir aucune difficulté. La promesse synallagmatique constitue la vente elle-même et toutes les règles de la vente s'y appliquent, tant en ce qui concerne la formation du contrat que ses effets.

Il y a toutefois une jurisprudence contestable sur les clauses subordonnant la formation de la vente à un autre élément accessoire tel que la signature de l'acte authentique.

Si l'une des parties refuse de signer cet acte authentique, il n'y aura pas de vente et elle devra payer des dommages-intérêts. La jurisprudence y voit des stipulations transformant la promesse synallagmatique en une vente sous condition suspensive. Cette position n'échappe pas à la contestation.

## **SOUS-SECTION 2 : Les droits de priorité : étude du pacte de préférence**

Le pacte de préférence est un avant-contrat pouvant avoir toute espèce de contrat pour objet ; il est surtout pratiqué lorsqu'il est relatif à une vente, essentiellement une vente d'immeuble ou une cession de fonds de commerce ou d'œuvres de l'esprit ou de titres financiers.

### **§ 1- Notion**

Le pacte de préférence est la convention par laquelle le propriétaire d'un bien s'engage, pour le cas où il vendrait ce bien, à donner sa préférence au bénéficiaire du pacte. Le débiteur du pacte ne s'engage donc pas à vendre, mais seulement à préférer son cocontractant s'il décide de vendre. Le bénéficiaire de l'option est ainsi préféré à tout autre acquéreur. Le professeur Pascal PUIG ne croit pas si bien dire lorsqu'il appréhende le pacte de préférence comme « *l'obligation de préférer* ».

Ce pacte peut être conclu soit de façon autonome (isolé), soit à titre d'accessoire d'un contrat principal. Ainsi, dans le cadre d'un bail, le pacte de préférence consenti au locataire, dans un contrat de vente, le pacte de préférence consenti à l'acheteur pour la partie restante d'un bien dont le vendeur n'a vendu qu'une partie, dans un contrat de vente, le pacte de préférence consenti au bénéfice du vendeur pour le cas où l'acheteur se déciderait à revendre (à ne pas confondre avec la vente à réméré : vente qui comporte une faculté de rachat au bénéfice du vendeur).

Conclu de façon autonome ou accessoire, le pacte de préférence doit être distingué de la promesse unilatérale de vente. Dans cette dernière le promettant s'engage à vendre, ce qui n'est pas le cas dans le pacte de préférence. On voit bien que la différence essentielle tient à ceci que le débiteur d'un pacte de préférence ne prend pas l'engagement de vendre, mais seulement de préférer au cas où il vendrait. Contrairement au promettant dans la promesse, le débiteur reste donc libre de vendre ou de ne pas vendre. La confusion parfois de l'usage du terme « promettant » pour désigner le débiteur de préférence. Sans être fausse, car il y a bien une promesse, non de vendre, mais de préférer, cette terminologie est de nature à induire en erreur.

## § 2 - Analyse juridique

Classiquement, le pacte de préférence est une option d'achat sous condition suspensive, simplement potestative (ne dépend pas de la seule volonté du débiteur) de la vente du bien concerné.

L'objet du pacte de référence doit être déterminé avec suffisamment de précision. Bien que ce ne soit pas obligatoire, il est préférable de fixer la durée du pacte de référence et le prix au-delà duquel le pacte ne jouera plus.

Le pacte est en principe cessible et transmissible sauf stipulation contraire de l'acte.

Quand le vendeur met la chose en vente, il doit lui indiquer les conditions de la vente et une offre correspondant à ces conditions.

Si le bénéficiaire du pacte décline l'offre, le vendeur reprend une totale liberté et peut choisir le cocontractant qu'il désire.

Si le bénéficiaire accepte l'offre, le contrat est formé.

Si le vendeur vend à un tiers sans faire d'offre au bénéficiaire, la sanction de cette méconnaissance de son engagement varie selon la bonne ou la mauvaise foi du tiers acquéreur :

- le tiers qui est de bonne foi, c'est-à-dire ignorait le pacte, le bénéficiaire ne se contentera que de dommages et intérêts car la vente au tiers sera maintenue. La vente conclue en violation du pacte de préférence est donc valable et seule la responsabilité civile contractuelle du débiteur peut être engagée à l'égard du bénéficiaire.

- Si le tiers avait connaissance du pacte, la vente peut être annulée sur le fondement de la règle selon laquelle la fraude fait exception à tout. En effet, la Chambre mixte de la Cour de cassation française, dans un arrêt en date du 26 mai 2006, précisait que « *le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir* ». Si la mauvaise foi du tiers acquéreur est démontrée, le bénéficiaire du pacte peut obtenir, non seulement des dommages-intérêts de la part du tiers qui s'est rendu complice de la transgression du pacte, mais également l'annulation de la vente conclue en fraude de son droit de préférence et/ou sa substitution au tiers acquéreur dans la vente conclue avec le débiteur de la préférence.

### **SECTION III : Place du formalisme**

Depuis longtemps, la vente est consensuelle (article 1983 C. civ.). En effet, en règle générale, elle résulte donc du seul échange des consentements quelle qu'en soit l'expression. Mais tel ne semble plus être totalement le cas aujourd'hui.

Tantôt le formalisme de la vente résulte de la pratique. Par exemple en matière commerciale, la conclusion d'une vente importante de marchandise est presque toujours subordonnée à la signature d'un acte écrit ; de même en matière civile, la vente d'immeuble est presque toujours, en fait, une vente établie par acte authentique, le plus souvent notarié.

Tantôt, il est le fait du législateur. La loi impose parfois la rédaction d'un acte écrit, soit sous signature privée, soit même authentique.

Les règles sont très simples. Les contrats de vente sont des contrats consensuels qui ne sont pas soumis à des formes particulières. La preuve du contrat est régie par le droit commun : il faut en Côte d'Ivoire un écrit lorsque la valeur de la chose excède 500 francs. Ces règles s'appliquent aussi bien aux ventes immobilières contrairement à une idée admise communément que la vente immobilière soit soumise à l'exigence d'un écrit et un acte notarié.

Quelques textes exigent que la vente soit passée par écrit à peine de nullité du contrat.

En dehors de ces hypothèses, les contrats de vente sont consensuels.

## CHAPITRE II : CONDITIONS DE VALIDITE DE LA VENTE

Le transfert de propriété résultant d'une vente porte sur un droit et non directement sur une chose. Ce que l'on vend n'est pas un objet mais le droit que l'on possède sur cet objet. Si l'on vend l'entière propriété, on transférera l'usus, le fructus et l'abusus. S'il ne s'agit juste que de la nue-propriété, on ne transférera que l'abusus mais dans tous les cas, on vend un droit réel.

La cession de créance n'est pas une vente car l'on ne cède qu'un droit contre une personne et non pas un droit sur une chose.

Les conditions de validité de la vente sont essentiellement au nombre de deux : la chose (section I) et le prix (section II).

### SECTION I : La chose

Si l'existence d'une chose vendue est évidemment essentielle pour la qualification de vente, les conditions de la vente relatives à la chose sont de nature très diverses. Le vendeur ne vend pas la chose mais son droit sur cette chose (§ 2), encore faut-il que la chose soit vendable et déterminée ou déterminable (§ 1).

#### § 1 - La chose doit être vendable et déterminée ou déterminable.

L'article 1128 C. civ. « *il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui peuvent faire l'objet d'une convention* ». Et l'article 1598 C. civ. qui est le rappel de l'article 1128 précité, en matière de vente, précise que : « *tout*

*ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation ».*

De ces dispositions, il apparaît que la chose objet de la convention doit être aliénable, vendable. Mais, il ne suffit pas que la chose soit vendable, elle doit être aussi déterminée, à tout le moins déterminable.

### **A- La chose doit être vendable**

Dans un système reposant sur le libéralisme économique, le principe est que normalement toute chose peut être vendue. La liberté de circulation est le principe. Ainsi, tout est, en principe, susceptible d'être vendu. La possibilité de vendre est la règle. Certaines choses, par exception, ne peuvent être vendues. Toutes choses ne sont pas susceptibles d'être vendues du seul fait qu'elles ont un prix<sup>3</sup>. Seules les choses qui sont dans le commerce peuvent faire l'objet d'une vente. La liste des choses qui ne sont pas dans le commerce n'est pas aisée à dresser :

- la personne humaine et son corps sont hors commerce ;
- les droits fondamentaux de la personne ;
- les droits alimentaires ;
- certaines choses estimées dangereuses ou nocives comme les stupéfiants ;
- les marchandises contrefaites<sup>4</sup> ;

<sup>3</sup> Pour exemple, voir Com., 22 mai 1991, JCP N, 1993. II. 43, obs. J HUET (nullité de la vente de procédés de « déplombage » à l'acheteur d'un logiciel protégé).

<sup>4</sup> Com., 24 septembre 2003 : « *la marchandise contrefaite ne peut faire l'objet d'une vente* ». En l'espèce, il s'agissait d'un contrat passé entre deux grossistes portant sur un lot de vêtements contrefaits.

- les clientèles des professions libérales : La clientèle commerciale, étant un des éléments essentiels du fonds de commerce, est parfaitement cessible. Les difficultés intéressent les clientèles civiles. Le principe a été longtemps que la clientèle civile était incessible, dans la mesure où elle était dépendante des qualités personnelles du professionnel : le rôle de l'intuitus personae était décisif, alors que celui des éléments matériels (par exemple : l'emplacement du cabinet) était moindre. Ce principe était atténué par un tempérament : étaient monnayables les éléments matériels auxquels s'attache la clientèle et surtout l'engagement que prend le professionnel de présenter son successeur à la clientèle et de ne pas se réinstaller pendant un certain temps dans un lieu donné ; le détournement de clientèle engageait la responsabilité du « cédant ». La Cour de cassation française a fini par admettre le caractère cessible, « à la condition que soit sauvegardée la liberté de choix du client »<sup>5</sup>. Cet arrêt est relatif à la clientèle médicale, mais peut être généralisée à l'ensemble des clientèles civiles. Il nous délivre deux enseignements : la cession d'une clientèle civile n'est plus illicite dorénavant, dès lors toutefois qu'est sauvegardée la liberté de choix des clients.

***L'existence de la chose.*** Il est impossible de concevoir une vente ayant pour objet une chose qui n'existe pas. C'est ce qui explique que lorsque la chose à vendre disparaît, le contrat ne peut se former valablement dans la mesure où l'obligation du vendeur n'a pas d'objet et celle de l'acheteur est dépourvue de cause. L'article 1601 C. civ. en rend bien compte, en prenant néanmoins le soin de faire la distinction suivant

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 7 novembre 2000, Woessner, Bull. civ. I, n° 283; JCP G, 2001. I. 301, n° 16, obs. J. ROCHFELD et II. 10452, note F. VIALLA.

qu'il y a perte totale ou partielle « au moment de la vente », autrement dit lors de l'échange des consentements. En effet, dans l'hypothèse où la chose vient à disparaître une fois la vente formée, le problème posé relève alors de la théorie des risques.

Dans le cas d'une perte totale antérieure ou concomitante à la vente, le contrat sera nul de nullité absolue<sup>6</sup>.

Par contre, dans l'hypothèse d'une perte partielle, l'article 1601, al. 2 ouvre une option à l'acheteur. Celui-ci peut, à son choix, soit « abandonner la vente », ce qui équivaut à la nullité en cas de perte totale, soit « demander la partie conservée, en faisant déterminer le prix par la ventilation ». En principe, l'acheteur dispose de ce choix même si la perte partielle est minime. Mais la jurisprudence paraît cependant imposer la « réfaction » du contrat (la diminution proportionnelle du prix) lorsque la perte partielle est de peu d'importance<sup>7</sup>.

En outre, aux termes de l'article 1130, al. 1 les choses futures sont susceptibles d'être l'objet d'une obligation. La vente d'une chose future est donc valable et est fréquemment pratiquée même si elle n'est pas existante. Dans ce cas, il convient de protéger l'acheteur qui verse des arrhes au moment du contrat de vente et le solde à la livraison. Si la chose n'est plus achevée, la vente sera caduque. La vente d'une chose future n'est parfaite qu'au moment où cette chose a été effectivement en mesure d'être livrée et où elle a été reçue par l'acheteur<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Req., 5 février 1906, DP, 1907. 1. 468 (betteraves pourries par le gel au moment de la vente).

<sup>7</sup> Civ., 10 juin 1856, DP, 1856. 1. 819

<sup>8</sup> Rennes, 25 juin 1969, Gaz. Pal. 1969. 2. 201 ; RTD civ. 1969, obs. CORNU (lot de poulettes, non encore aptes à la ponte, mais destinées à devenir pondeuses, et achetées comme telles, contaminées par la maladie avant d'avoir atteint cet état)

Par ailleurs, l'objet de la vente peut ne pas être la chose future, mais la chance ; ce que les Romains appelaient une *emptio spei*. L'acheteur devra payer en toute circonstance le prix convenu lors du contrat. L'exemple classique qui lui aussi vient de la ville éternelle, est la vente d'un coup de filet : même si le pêcheur ne prend pas de poisson, le contrat est valable, et l'acheteur doit payer le prix convenu. On peut en dire autant de la vente d'une récolte sur pied. A titre d'exemple, on peut énoncer la vente de maïs sur pied, où il est précisé que la vente est forfaitaire, quel que soit le résultat de la récolte. Il a été jugé, à ce propos, que le prix est dû même si la récolte est nulle<sup>9</sup>.

## **B- La chose doit être identifiée (déterminée ou déterminable)**

La chose doit être déterminée ou déterminable pour que le contrat de vente soit valable. Cela résulte de l'article 1583 C. civ. et surtout de la théorie générale des obligations (article 1129, al. 1). En effet, selon l'art. 1129 C. civ., « *Il faut que l'obligation ait pour objet une chose déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée* ».

### ***1- La détermination de la chose***

La chose doit être déterminée. Si la chose n'est pas déterminée (description imprécise) ou n'est pas déterminable avec suffisamment de fermeté, le contrat est nul. La chose doit donc être décrite. Cette règle s'applique particulièrement aux corps certains dont les composantes et les caractéristiques doivent être énoncées. La règle s'applique

---

<sup>9</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 8 octobre 1980, D. 1981, IR 445, obs. B. AUDIT.

différemment aux choses de genre (qui se caractérisent par leur fongibilité). La détermination se fait en référence à l'espèce et à la quantité.

## *2- Individualisation de la chose*

La chose doit aussi être individualisée. Une telle individualisation ne pose pas de problème pour un corps certain. Par définition un corps certain est une chose individualisée et non substituable. C'est à propos des choses de genre que l'individualisation est nécessaire. Pour les choses de genre, la chose est seulement déterminable lors de la conclusion du contrat.

Par exemple : le vendeur dispose de 10 tonnes de blé ; la vente porte sur 1 tonne. Il va falloir individualiser cette tonne vendue au sein des 10 tonnes disponibles.

Il faut également distinguer deux types de vente :

- la vente au poids, au compte ou à la mesure (art. 1585 du C. civ.).

Dans ce cas, l'individualisation est une condition d'exécution du contrat. Le transfert de propriété et des risques se fera au moment du pesage, du comptage ou du mesurage. L'article 1585 C. civ. retarde donc le transfert de propriété et des risques jusqu'au déroulement de ces opérations d'individualisation ;

- la vente en bloc (art. 1586 C. civ.). Dans ce cas, la vente est parfaite quoique les marchandises n'aient pas encore été pesées, comptées ou mesurées. Ici, le pesage, le comptage ou le mesurage servent à calculer le prix définitif<sup>10</sup>. La vente en bloc porte sur un lot de marchandises présenté en un bloc individualisé qui donne à la chose la

---

<sup>10</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> février 1983, Bull. civ. I, n° 49.

qualification juridique de corps certain. Ainsi en va-t-il, par exemple, de la vente de tout le blé se trouvant dans tel silo déterminé. Dans une telle vente, le transfert de propriété et des risques s'opère dès l'échange des consentements, même si le prix de vente n'est pas encore calculé. C'est en effet ce qui permet de marquer la distinction entre la vente en bloc et la vente au poids, au compte ou à la mesure qui est une vente de chose de genre<sup>11</sup>.

## § 2 - Le droit sur la chose

On peut vendre soit la pleine propriété, soit la nue propriété, le vendeur conservant alors l'usufruit sa vie durant, soit seulement l'usufruit quoique cela soit extrêmement rare.

Si la chose existe, il se peut que le droit du vendeur soit incertain ou inexistant.

### A – L'incertitude du droit

Dans l'hypothèse de la vente d'une chose indivise, le droit du vendeur peut être incertain dans la mesure où il est concurrencé par les droits de ses co-indivisaires. Ce n'est cependant pas à dire que l'indivisaire est privé de son titre ; il peut céder sa part dans l'indivision<sup>12</sup>. L'acheteur prendra alors sa place dans l'indivision. Cela dit, il existe un droit de

---

<sup>11</sup> Ainsi, il a été jugé que la vente d'une collection de figurines en étain « d'environ 650 000 pièces » est une vente en bloc (Paris, 22 septembre 1995, D. 1995, IR 230).

<sup>12</sup> Par exemple : un immeuble appartient indivisément à DJAHA, FIENI et BINI ; DJAHA vend à ATSE ses droits dans l'immeuble. Civ. 3<sup>e</sup>, 21 juin 1995, Bull. civ. III, n° 154 : « *La promesse de vente d'un immeuble indivis faite par un seul des indivisaires est valable pour la portion indivise qui lui appartient* ».

préemption au profit des co-indivisaires : ils peuvent acheter la part à la place de l'acheteur (s'y substituer en proposant le même prix).

Le droit sera plus incertain lorsqu'il est litigieux (art. 1699 et 1700 C. civ.), autrement dit s'il y a un procès sur son existence. En cas de contestation du droit de propriété, la vente est aléatoire.

L'acquéreur devient partie au procès et son adversaire peut exercer le retrait litigieux, c'est-à-dire qu'il peut devenir lui-même acquéreur en offrant à l'acquéreur le prix. Si la vente a lieu sans leur accord : la vente d'un bien indivis revêt simplement le caractère de vente sous condition : son sort est subordonné au partage.

Si le partage met le bien vendu dans le lot du vendeur, la vente produit son effet.

La vente sera nulle à l'égard du co-indivisaire attributaire du lot.

Il convient de rappeler que l'indivision naît en général d'un événement familial. Les héritiers sont des co-indivisaires et auront donc droit à une quote-part. Il y a indivision sur les immeubles/meubles, créances, comptes bancaires et sur le passif.

En principe, il y a partage en nature.

En cas de vente sous condition, la vente, elle-même, est soumise à la même condition que le droit du vendeur.

## **B – L'inexistence du droit**

Sous cet intitulé, deux préoccupations fondamentales doivent être examinées.

- Peut-on vendre la chose d'autrui ?

En théorie, on ne peut le concevoir (art. 1599 c. civ.). Le principe de la nullité de la vente d'autrui est édicté.

Mais, dans certaines hypothèses, elle va produire son effet : la vente sera régularisée si le vendeur achète ultérieurement le bien au propriétaire et écarte tout risque d'éviction. D'autre part, l'action en nullité de cette vente est réservée à l'acheteur. Le véritable propriétaire n'en a pas besoin car il dispose de la revendication. De plus, l'acheteur ne l'exercera pas s'il est protégé par l'article 2279 C. civ. Même en matière immobilière, l'acheteur de bonne foi est aussi à l'abri de la revendication car il est protégé par la théorie de l'apparence. Il n'y a pas d'intérêt à exercer cette action.

- Peut-on vendre une chose indivise ?

Le principe est ce lui de l'impossibilité d'une telle vente, car la chose en indivision appartient à tous les co-indivisaires. La vente ne peut avoir lieu sans l'accord des autres indivisaires. La vente d'un bien indivis revêt le caractère d'une vente sous condition. Son sort est subordonné au partage : si celui-ci met le bien vendu dans le lot du vendeur, alors la vente est valide. La vente sera nulle à l'égard du co-indivisaire attributaire du lot. La validité de la vente est subordonnée aux résultats du partage.

## **SECTION 2 : Le prix**

Pas de prix, pas de vente. C'est la deuxième prestation caractéristique du contrat de vente et constitue l'obligation de l'acheteur. Il n'y a pas de vente si le prix n'existe pas ou s'il n'est pas fixé en argent.

Le prix est une somme d'argent que l'acquéreur doit payer au vendeur en contrepartie de l'aliénation de la chose transmise.

Plus profondément, le prix permet de qualifier le contrat : une convention dans laquelle la contrepartie à l'aliénation de la chose serait autre qu'une somme d'argent ne pourrait être une vente, mais serait un autre contrat tel qu'un échange, un apport en société, un louage d'ouvrage ou un contrat innommé.

La vente se distingue ainsi de l'échange dans lequel le prix est payé par un bien.

## **§ 1 : Caractères du prix**

### *1-Le caractère monétaire du prix*

La vente se présente comme une forme sophistiquée du troc. Son caractère sophistiqué ou élaboré procède de ce que la contrepartie de la délivrance d'une chose et du transfert de propriété consiste en la remise d'un bien à caractère abstrait et symbolique. En effet, le prix présente toujours un caractère monétaire et exprime une somme d'argent. En cela, la vente marque sa distance d'avec d'autres contrats qui opèrent transfert de propriété et présentant un caractère onéreux. Dans ces derniers, la contrepartie consiste en la remise d'une chose en nature ou en l'accomplissement d'un service. Il en est ainsi de l'échange, défini par l'article 1702 C. civ. comme « *un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre* ». Les différences s'estompent néanmoins lorsque la valeur des biens échangés n'est pas équivalente. En pareille occurrence, en effet, l'échange se réalise avec une soulte versée en complément de la chose de moindre valeur. Dans

le cas où cette soule est trop importante, à telle enseigne qu'elle devient l'objet principal de l'obligation d'une partie, le juge peut procéder à la requalification du contrat en contrat de vente<sup>13</sup>.

Surtout, il importe de bien séparer l'échange d'une double vente. Lorsque deux personnes se vendent mutuellement une chose, moyennant pour chacune le paiement d'un prix en argent, il y a en réalité deux contrats distincts de vente, et non un échange, même si le paiement des deux prix peut s'exécuter par compensation<sup>14</sup>.

En outre, le contrat de vente s'éloigne de l'apport en société par lequel un associé transfère la propriété d'un bien à la société, mais avec une contrepartie exprimée en parts sociales. Il n'en reste pas moins que l'apport en nature suit pour partie le régime juridique de la vente. En particulier, l'apporteur est tenu d'une obligation de délivrance dont l'exécution équivaut à la libération de l'apport. Il doit également garantir la société contre les vices cachés et contre l'éviction, à l'instar du vendeur.

## *2-Le caractère réel et sérieux du prix*

Le prix doit tout d'abord être réel : il s'oppose au prix fictif ou au prix simulé. Il faut comprendre que la simulation est en principe autorisée en droit : il y a un acte apparent et une contre-lettre qui est le véritable contrat mais qui est caché. Mais la simulation est prohibée lorsqu'elle emporte une fraude. Il en va ainsi lorsque les parties conviennent d'un prix apparent relativement bas et conviennent dans le même temps d'une contre-lettre portant sur le vrai prix (celui qui sera effectivement versé et qui est plus

<sup>13</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 26 juin 1973, Bull. civ. III, n° 436 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 15 mars 1977, Bull. civ. III, n° 120.

<sup>14</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 18 mars 1980, Bull. civ. III, n° 65 ; Com., 3 mai 1973, Bull. civ. IV, n° 158.

élevé). Cette pratique est faite pour frauder le fisc. Les droits d'enregistrement en matière de vente sont proportionnels au montant du prix.

Ainsi plus le prix est bas, plus les impôts le sont aussi.

Le prix doit ensuite être sérieux. Cela veut dire *a contrario* que le prix ne doit pas être dérisoire ou vil. Le prix dérisoire est un prix tellement bas qu'il devient presque inexistant. Le contrat encourt alors une nullité absolue pour absence de prix. Il ne faut pas confondre le prix vil et le prix lésionnaire. Le prix lésionnaire est un prix désavantageux, qui n'entretient pas un rapport avec la valeur réelle du bien. La lésion, en principe, n'est pas cause de nullité des contrats sauf exceptions.

Le prix dérisoire est beaucoup plus bas que le prix lésionnaire : c'est un prix excessivement bas. Il existe cependant des cas où les ventes à prix dérisoire sont exceptionnellement admises.

C'est le cas de certaines ventes à prix symboliques. Il s'agit en particulier de cessions d'entreprises en difficultés. Il est admis que la vente de telles entreprises (en réalité des droits sociaux) pour 1 FCFA symbolique est valable.

Il faut cependant qu'en dehors du prix (qui est dérisoire), le contrat soit causé par une contrepartie réelle (par exemple : engagement de payer les dettes de l'entreprise).

## § 2 : La détermination du prix

Il en va du prix comme de la chose : il doit être déterminé ou déterminable.

Autrement dit, les éléments essentiels d'une vente (la chose et le prix)

doivent être suffisamment précis pour permettre aux volontés de se lier et de donner naissance à un accord de volontés.

L'article 1591 du C. civ. énonce que « *le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties* ». Le droit positif est assez strict en matière de prix car ce dernier est considéré comme un élément essentiel de la vente. L'absence de prix est donc sanctionnée par une nullité absolue.

Dans la grande majorité des cas, le prix est déterminé. Dans les ventes mobilières, c'est le plus souvent un professionnel qui fixe le prix ; c'est alors la concurrence qui permet aux acheteurs potentiels de faire leur choix : le prix n'est alors pas négocié. Dans les ventes immobilières, il y a une proposition de prix faite par le vendeur qui ensuite est généralement négociée avec le candidat acquéreur.

A défaut d'être déterminé, le prix doit être déterminable. Il existe plusieurs procédés de déterminabilité du prix. Le code civil en prévoit un à l'article 1592 : le prix peut être laissé à « l'arbitrage » d'un tiers. Il est donc possible d'insérer dans le contrat de vente une clause de prix à dire d'expert. Ainsi si les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord sur le prix elles peuvent renvoyer la fixation du prix à un expert. A ce propos, l'article 1592 du C. civ. prévoit que « *le prix peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point vente* ».

Cette pratique est fréquente en matière de cession de droits sociaux. L'expert intervient alors comme mandataire commun des parties. Il ne s'agit pas d'un véritable arbitrage. Le prix tel que fixé par l'expert s'impose aux parties (sauf en cas d'erreur grossière et de défaut d'indépendance du tiers par rapport aux parties).

Il existe aussi différentes clauses, imaginées par la pratique, qui permettent une déterminabilité du prix. Ces clauses sont désormais considérées comme valables. Il s'agit en premier lieu de la clause de prix catalogue : le prix sera le prix en vigueur au jour de la livraison (tel que fixé par le fabricant ou le constructeur). Cette clause est fréquente dans les contrats de concession automobile.

En second lieu, est normalement valable la clause qui fait référence au prix tel que fixé par un cours ou une cotation sur un marché comme l'argus pour les véhicules par exemple (longtemps nulle aux yeux de la jurisprudence une telle clause doit être considérée comme valable si les facteurs de référence sont précis et objectifs).

Enfin, est également valable la clause d'offre concurrente laquelle oblige le vendeur à baisser son prix si un concurrent pratique un prix plus bas que celui initialement proposé.

Si les parties ne se sont pas mis d'accord sur un prix au moment de la signature du contrat, ce dernier est nul, même si les parties se mettent d'accord postérieurement sur le montant.

La raison est, qu'au moment de la signature du contrat, il manquait un élément essentiel, la détermination d'un prix. Dès l'instant où les parties n'ont pas prévu un prix dans leur contrat, le juge ne peut pas se substituer à elles et fixer judiciairement le prix de la vente. Dans ce cas le contrat est nul.

Si la détermination dépend d'une seule des parties, l'accord de volontés fait défaut et le contrat est nul soit pour indétermination du prix (art. 1591 C. civ.) soit pour l'existence d'une condition potestative (art. 1174 C. civ.). Il faut en effet que la déterminabilité se fasse sur la base d'éléments objectifs, échappant ainsi à la volonté d'une seule des parties.

## CHAPITRE III : EFFETS DE LA VENTE

La vente est un contrat synallagmatique dont l'effet principal est le transfert de propriété et des risques (section I). Elle impose des obligations au vendeur, qui sont les plus caractéristiques (section II), et, en contrepartie, d'autres à l'acheteur (section III).

### SECTION I : Transfert de la propriété et des risques

Le transfert de la propriété (sous-section I) et des risques (sous-section II) est, en principe lié à la formation de la vente. La volonté des parties peut les dissocier.

#### SOUS-SECTION I : Le transfert de la propriété et des risques

Avant la rédaction du Code civil (1804), la vente n'avait pas pour effet d'opérer un transfert de propriété ; le transfert était une obligation mise à la charge du vendeur qui se réalisait au moment de la remise matérielle du bien. Les rédacteurs du Code civil ont estimé plus simple de lier le transfert de propriété au contrat, en conséquence de quoi, depuis 1804 le transfert de propriété est un effet légal qui se déduit de l'art 1583 C. civ. Depuis 1804, le transfert de propriété s'opère dès l'échange des consentements. On parle du transfert de propriété « *solo consensu* ».

On observe que si l'acheteur est, dès l'échange des consentements, investi d'un droit réel, ce transfert de propriété n'est réellement efficace qu'entre les parties. En effet, à l'égard des tiers, le transfert n'est opposable que sous réserve d'un système de publicité. Tant que la

publicité n'est pas réalisée, l'efficacité du transfert de propriété est assez illusoire. Par exemple :

- les créanciers du vendeur ont le droit de saisir le bien tant que la publication n'a pas eu lieu ;
- Si le propriétaire initial consent une 2<sup>e</sup> vente sur ce même bien à un tiers en pure mauvaise foi, ce tiers sera préféré au 1<sup>er</sup> acquéreur s'il publie le premier à la conservation des hypothèques (pour les biens immeubles) ;
- En matière de vente de meubles, l'opposabilité aux tiers présente moins de difficultés car le législateur considère que le fait pour une personne de posséder un bien fait présumer de sa qualité de propriétaire.

Le droit français associe à ce transfert de propriété la notion de transfert des risques qui règle la question de savoir qui supporte les risques de la perte d'un bien par cas fortuit

L'art 1138 C. civ. énonce que les risques de la chose pèsent sur l'acheteur dès qu'il est devenu propriétaire donc dès l'échange des consentements. De ce fait la règle est que l'on applique le « *res perit domino* », c'est à dire que le propriétaire va supporter les risques d'une perte qui interviendrait entre l'échange des consentements et la livraison.

Tant que le transfert de propriété et des risques n'ont pas eu lieu, les risques demeurent à la charge du vendeur par application du « *res perit debitori* ».

Ce problème se pose fréquemment lorsqu'une marchandise doit subir un transport. En pratique, il y a certaines dérogations : des exceptions légales et des exceptions conventionnelles.

## § 1 : Les exceptions légales

### A-Retard du transfert de propriété et des risques

Il y a des cas où on constate un retard du double transfert. Ces cas sont justifiés par la nature du bien vendu. La règle du transfert immédiat suppose que le bien soit clairement individualisé dès le départ. La règle ne vaut pas que pour les corps certains. En revanche, pour les choses de genre qui ne sont pas individualisées au départ, le transfert de propriété et des risques est retardé jusqu'à l'individualisation du bien.

Généralement, l'individualisation résulte de la livraison du bien mais peut se faire encore par d'autres procédés : voir l'art 1585 qui concerne l'hypothèse de ventes de marchandises au poids, au compte ou à la mesure. Dans ces hypothèses, ce sont des opérations de comptage, mesurage, pesage qui vont individualiser le bien puisque ces opérations nécessitent de séparer le bien du reste du stock.

Un autre procédé peut être celui de la vente en bloc où les marchandises, bien qu'étant des choses de genre, sont globalement individualisées. L'art. 1586 C. civ. précise que pour ce type de vente les transferts de propriété et de risques sont immédiats.

Concernant la vente de choses futures, il peut également y avoir retard du transfert de propriété et des risques jusqu'à l'achèvement de la chose.

Le transfert sera réalisé avant la livraison si c'est un corps certain ou au jour de l'individualisation de la chose de genre.

## **B- Retard du seul transfert des risques**

Le Code civil a prévu deux hypothèses :

- Celle de l'art. 1138, al. 2 qui se rapporte à l'hypothèse où le vendeur ne satisfait pas à son obligation de délivrer le bien. Dans ce cas, il est prévu qu'à partir du moment où le vendeur est mis en demeure d'effectuer cette livraison, le transfert des risques repasse à sa charge à titre de sanction jusqu'à ce qu'il ait livré le bien.

- Celle de l'art. 1182 qui se rattache à l'hypothèse où une condition suspensive a été énoncée dans le contrat. En cas de réalisation de la condition, la vente est considérée comme conclue et, dans ce cas, le texte réserve l'effet rétroactif de la vente au seul transfert de propriété. Le transfert des risques ne se produira que dans l'avenir, à compter de la réalisation de la condition.

### **§ 2 : Les exceptions conventionnelles**

Il y a deux types de clauses qui concernent deux types de ventes fréquentes en pratique et qui permettent un retard de transfert de propriété et de risques.

***La vente à terme.*** C'est une vente d'ores et déjà conclue mais dans laquelle le transfert est reporté à une date ultérieure, à l'arrivée d'un événement extérieur qui joue le rôle de terme suspensif. C'est par exemple l'hypothèse d'une promesse de vente où est insérée une clause qui prévoit que le transfert s'opérera à terme, au jour de la validation par acte notarié.

*La vente avec réserve de propriété.* Souvent utilisée en vente commerciale, c'est une vente pure et simple où le vendeur livre immédiatement le bien, mais se réserve par une clause dite de « réserve de propriété », la propriété du bien tant que l'acheteur n'a pas payé intégralement le prix échelonné en plusieurs échéances. Bien souvent, les risques sont transférés directement à l'acheteur alors que le vendeur conserve la propriété.

## **SECTION II : Les obligations du vendeur**

Il importe de préciser d'emblée que le transfert de propriété n'est pas une obligation incombant au vendeur. Il s'agit en réalité d'un effet légal de la vente, ce qui dispense le vendeur d'exécuter une obligation de transférer la propriété (le transfert est automatique indépendamment de tout acte du vendeur).

Cela dit, quelles sont les obligations du vendeur. La réponse est fournie par l'article 1603. Suivant cette disposition, « *Il a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend* ». Les rédacteurs du Code civil font peser sur le vendeur deux obligations : l'obligation de délivrance et l'obligation de garanties. Ces deux obligations légales interviennent chronologiquement à des moments différents dans le temps à savoir que le vendeur commence par délivrer le bien, mais que par la suite il est garant de ce que l'acheteur ne soit pas troublé dans l'exercice de sa propriété.

A ces obligations légales, il faut préciser que la jurisprudence est venue rajouter une autre obligation : l'obligation d'information et de conseil

laquelle est spécifiquement mise à la charge des vendeurs professionnels. Cette obligation a été imaginée à partir de l'article 1134, al. 3 C. civ. qui précise la nécessité d'une bonne foi et à partir de l'article 1135 C. civ. La jurisprudence a ainsi créé une nouvelle obligation d'information-conseil.

Il faut remarquer que cette obligation est plus difficile à situer dans le temps dans la mesure où elle doit se manifester à tout moment du contrat, c'est à dire aussi bien avant qu'après la vente, lorsqu'il s'agit d'expliquer comment fonctionne le bien acheté. En pratique, cette obligation se confond souvent avec la garantie d'éviction ou la garantie des vices cachés.

### **§ 1 : L'obligation de délivrance**

Selon l'article 1604 du C. civ., l'obligation de délivrance est « *le transport de la chose en la puissance et possession de l'acheteur* ». Il s'agit d'une obligation de résultat. Il faut se garder de confondre cette obligation de délivrance avec le transfert de propriété. L'obligation de donner assure l'acheteur de la propriété du bien et c'est un effet légal de la vente. L'obligation de délivrance permettra à l'acheteur d'avoir la possession matérielle et concrète de la chose. Ainsi l'obligation de délivrance porte sur le transfert non de la propriété de la chose mais sur le transfert de la possession.

Le terme de puissance employé par l'article 1604 n'est pas très clair. L'emploi de ce terme renvoie à l'idée que l'acheteur est le nouveau propriétaire et qu'il a donc la puissance sur la chose. Il convient de

retenir la possession dans la mesure où avec la délivrance, l'acheteur a la maîtrise matérielle de la chose (mais plutôt que de possession, il s'agit plus précisément de détention).

***Délivrance et transfert de propriété.*** Le plus souvent le transfert de propriété est concomitant à la délivrance de la chose. Il en est ainsi dans les ventes courantes à la consommation. Mais il est possible de dissocier dans le temps les deux transferts. Le plus souvent le transfert de propriété se fait d'abord (car de manière instantanée), et la délivrance de la chose se fait ensuite. L'inverse est possible. C'est le cas lorsqu'il existe une clause de réserve de propriété. En pareille occurrence, la délivrance se fait d'abord et le transfert de propriété se fait ensuite.

***Délivrance et livraison.*** La délivrance se distingue aussi de la livraison. La délivrance consiste à laisser la chose vendue à la disposition de l'acheteur. Dans cette mesure, l'obligation de délivrance est plutôt une obligation de ne pas faire : ne pas empêcher l'acheteur de venir prendre livraison de la chose. La chose est mise à la disposition de l'acheteur. Normalement, il revient à l'acheteur de venir chercher la chose. La chose est quérable (les frais d'enlèvement de la chose sont normalement à la charge de l'acheteur).

En matière de vente immobilière, les rédacteurs du Code civil font preuve d'encore plus de précision. En effet, ils indiquent, aux termes de

l'article 1605 C. civ. que la délivrance s'effectue par la remise des clefs<sup>15</sup> ou des titres de propriété<sup>16</sup>.

En pratique, cependant, les modalités concrètes de la délivrance sont très variées.

A titre d'exemple, pour la vente d'animaux, la délivrance s'effectue par le marquage des animaux ou bien, pour toute chose, lorsque la délivrance implique un transport, on considère que la délivrance est effectuée par la remise de la chose au transporteur. Comme en ce qui concerne le transfert de propriété, les dispositions du Code civil relatives à la délivrance ne sont pas impératives. Ce faisant, il est possible par, des clauses, d'aménager les conditions de la délivrance. Il est possible de stipuler que le vendeur aura l'obligation de livrer la chose. La chose, par cette clause, devient portable. Selon l'article 1615 C. civ., la délivrance concerne à la fois sur la chose elle-même mais également sur les accessoires de la chose. Ces accessoires sont matériels<sup>17</sup> (ex : un mode d'emploi) ou juridiques (avec la chose sont transmis les actions en justice liées à la chose ou bien les

---

<sup>15</sup> L'article 1605 n'oblige le vendeur à remettre les clefs à l'acheteur que s'il en dispose lui-même (Civ. 1<sup>re</sup>, 16 juin 1982, Bull. civ. I, n° 231. En outre, l'obligation de délivrance exige que le vendeur livre l'immeuble libre d'occupant et, si besoin est, le fasse évacuer s'il est occupé par une personne ne disposant d'aucun droit opposable à l'acquéreur (Paris, 23 février 1978, JCP N 1978. II. 234 ; voir également Civ. 1<sup>re</sup>, 24 avril 1967, Bull. civ. I, n° 139.

<sup>16</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 17 mars 1981, Bull. Civ. III, n° 57: Ayant constaté que l'objet de la vente était un appartement alors que le vendeur n'était propriétaire que de parts donnant droit à la jouissance de cet appartement pendant le cours de la société civile immobilière et sa pleine propriété seulement à la dissolution ou à la liquidation de cette société, les juges du fond en ont exactement déduit que le vendeur ne pouvait pas effectuer la remise des titres de propriété de l'appartement vendu et par suite n'avait pas satisfait à l'obligation de délivrance prescrite par l'article 1605.

<sup>17</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 6 octobre 2004, Bull. civ. III, n° 167 (arrêt n° 3) : La modification d'immeubles en vue de leur vente par lots destinés à l'habitation individuelle implique la mise en place de compteurs électriques individuels, accessoires destinés à l'usage de la chose vendue. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mars 2000 : L'achat d'une chose d'occasion s'entend normalement d'une chose dans l'état où elle se trouve ; rejet de l'action en délivrance d'accessoires de l'acheteur d'un tracteur agricole d'occasion démunie de portières. Com., 8 novembre 1972, Bull. civ. IV, n° 227 : la remise à l'acheteur des documents administratifs relatifs au véhicule vendu (carte grise) constitue une obligation contractuelle essentielle du vendeur. Civ. 3<sup>e</sup>, 26 avril 2006, Defrénois 2006. 1690, obs. BENOIT-CATTIN : le vendeur d'immeuble à construire est tenu de délivrer la chose et ses accessoires, au nombre desquels figure le certificat de conformité.

contrats portant sur la chose ; par exemple le bail commercial en cas de cession de fonds de commerce).

**Contrôle de la conformité.** En pratique, c'est l'acheteur qui contrôle la conformité de la chose au moment de la délivrance. Mais la plupart des conditions générales de vente contiennent des clauses relatives au contrôle de la conformité. Ces clauses obligent à contrôler la conformité de la chose à la réception et prévoient un délai pendant lequel l'acheteur doit dénoncer la non-conformité. Passé ce délai, l'acheteur renonce à toute action en justice : le bien est considéré comme ayant été accepté sans réserves. De telles clauses n'empêchent cependant pas d'agir sur le fondement des vices cachés. En l'absence de telles clauses et en droit commun de la vente, la réception implique toujours une vérification de la conformité. C'est à ce moment-là que l'acheteur est apte à vérifier que la chose livrée est bien la chose convenue.

Si l'acheteur réceptionne sans faire de réserves, les défauts de conformité sont couverts<sup>18</sup>. Un arrêt de la 1<sup>re</sup> Chambre civile de la Cour de cassation française, en date du 26 juin 2001 pose que « *la réception sans réserve de la chose vendue couvre ses défauts apparents de conformité* ». Il

---

<sup>18</sup> Com., 1<sup>er</sup> mars 2005, Bull. civ. IV, n° 42 : l'acceptation sans réserve de la marchandise par l'acheteur lui interdit de se prévaloir du défaut de conformité. Com., 12 février 1980, D. 1981. 278, note AUBERTIN : lorsque la marchandise a été vérifiée et réceptionnée sans réserve par un mandataire de l'acheteur, ce dernier ne peut refuser d'en effectuer le paiement en invoquant la non-conformité de la marchandise livrée. Com., 17 février 1998, Bull. civ. IV, n° 84 : même si les vêtements vendus n'ont été réceptionnés que tardivement chez l'acheteur, le mandataire de ce dernier avait inspecté la marchandise chez le vendeur et l'avait remise au transporteur pour qu'elle soit expédiée par avion, de telle sorte qu'à la date de l'inspection, le vendeur avait rempli son obligation de délivrance conforme. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 avril 1991, Bull. civ. I, n° 130 : la commande d'une chose neuve s'entend normalement d'une chose sans défaut ; dans le cas contraire, l'acheteur est en droit de refuser la livraison. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 mai 2006, Bull. civ. I, n° 217 : cassation de l'arrêt qui refuse la résolution de la vente d'un véhicule automobile neuf, au motif que l'effraction subie par celui-ci n'a laissé que des défauts trop légers pour ouvrir droit à une action en non-conformité.

faut donc en cas de non-conformité faire des réserves au moment de la réception.

Cependant, il convient de souligner que la réception sans réserves est insusceptible de couvrir les défauts cachés (cela est logique puisque, par définition, les défauts cachés ne peuvent être décelés au moment de la réception). En pareille hypothèse, la garantie des vices cachés intervient après l'obligation de délivrance conforme et en prend le relais.

Il existe également une pratique dite du « laissé pour compte » (en matière commerciale) : en cas de non-conformité, l'acheteur refuse la marchandise ou la restitue au vendeur. Cette attitude est un moyen de pression sur le vendeur qui, s'il reconnaît la non-conformité, pourra procéder à l'échange de la marchandise. Si le vendeur ne reconnaît pas la non-conformité, il lui reviendra à lui et non à l'acheteur d'agir en justice pour obtenir l'exécution forcée ou la résolution.

L'obligation de délivrance oblige à délivrer la chose vendue. Toutefois, il existe de grandes difficultés portant sur les contours de l'obligation de délivrer une chose conforme. Très souvent, le transfert de propriété a lieu d'abord et la délivrance intervient après. Il est possible que la délivrance porte sur une chose autre que celle qui a été offerte à la vente. Il faut que la délivrance porte sur une chose identique à celle qui a fait l'objet de la convention. Il faut également que la délivrance porte sur une quantité identique. Les problèmes procèdent d'une différence quant à la qualité de la chose. Il incombe au vendeur de délivrer une chose qui a la même qualité que la chose vendue. Cette qualité s'apprécie normalement par rapport aux caractéristiques spécifiées dans la vente (lorsqu'elles l'ont été). Par exemple : l'acheteur d'une voiture peut exiger la couleur

convenue et non une couleur légèrement différente. Elle peut aussi s'apprécier au regard de normes obligatoires (exemple : normes de sécurité, sanitaires ou d'urbanisme). Si la chose délivrée n'a pas la même qualité que la chose qui a fait l'objet du contrat, se pose un problème de délivrance conforme.

***Non-conformité et vices cachés.*** En jurisprudence, il a été question de la distinction entre l'obligation de conformité et la garantie des vices cachés. Cette question ne porte que sur des différences de qualité dans la chose délivrée. *A priori* la distinction entre délivrance conforme et vices cachés est simple. La conformité permet de savoir si c'est la même chose qui est délivrée par rapport à la chose objet du contrat. Si la chose est différente par rapport à ce qui a été convenu, la conformité est mise en jeu.

La garantie des vices cachés porte sur la chose qui a fait l'objet du contrat et permet de garantir l'acheteur contre les vices qui rendent impropre la chose à l'usage auquel l'acheteur la destinait. Le vice caché est un défaut de la chose (la chose étant par ailleurs conforme à la commande).

De manière schématique, la conformité se rapporte aux cas où c'est une autre chose qui est délivrée et les vices cachés les cas où c'est la même chose mais affectée d'un vice (la chose est de moins bonne qualité mais correspond à ce qui était convenu au contrat).

Cette distinction a en outre des conséquences techniques importantes. La prescription en matière de défaut de conformité est de 30 ans ; la garantie des vices cachés, selon l'article 1648 C. civ., doit être exercée « *dans un bref délai suivant la nature des vices rédhibitoires et l'usage du lieu où la vente a été faite* ».

En pratique, lorsque le problème s'est posé en jurisprudence, toutes les fois où ce bref délai était expiré, de nombreux plaideurs se sont fondés sur un défaut de conformité pour agir contre le vendeur. Cela a posé d'autant plus de problèmes que la distinction entre conformité et vices cachés n'est pas si simple qu'on pourrait le penser.

Il y a non-conformité lorsque la chose ne remplit pas les caractéristiques attendues.

Dans une vision large de la conformité, il est possible d'intégrer les vices cachés dans la non-conformité. De fait, si la chose ne fonctionne pas ou ne fonctionne pas normalement, elle n'est pas conforme aux caractéristiques attendues de la chose.

Au nom d'une conception large de la conformité, il est possible d'attirer les vices cachés dans le champ de la conformité. Le risque est alors de tenir pour quasi-lettre morte les dispositions du Code civil sur les vices cachés, celles-ci étant absorbés dans la non-conformité. Jusqu'à 1993, la Cour de cassation française a fait preuve d'hésitation. La première Chambre civile et la Chambre commerciale confondant la non-conformité et les vices cachés, faisant ainsi prévaloir une conception dite moniste des obligations du vendeur, et la troisième Chambre civile les distinguant.

A partir de 1993, il y a eu une unification de la jurisprudence qui a décidé d'opter pour la séparation entre non-conformité et vices cachés (conception dite dualiste)<sup>19</sup>. Il existe aujourd'hui une ligne de départage : la non-conformité ne doit pas être confondue avec les vices cachés. Il en résulte que le demandeur n'a pas de liberté dans le fondement

---

<sup>19</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 8 décembre 1993, Bull. civ. I, n° 362 : le défaut de conformité de la chose vendue à sa destination normale constitue le vice prévu par les articles 1641 et s. Dans le même sens, Civ. 1<sup>re</sup>, 27 octobre 1993, Bull. civ. I, n° 305.

juridique de sa demande : il doit se fonder soit sur la non-conformité soit sur les vices cachés. Il ne peut pas invoquer les deux (sauf si le même défaut affecte à la fois la non-conformité et constitue un vice caché).

En droit positif dès lors que la chose livrée est identique à la chose vendue (tant par sa nature que par sa qualité), les défauts qui l'affectent ne peuvent relever que des vices cachés et non de l'obligation de délivrance. Pour savoir s'il y a non-conformité, on s'attachera aux stipulations du contrat pour savoir quelle chose, au terme du contrat, devait être livrée. On fait référence à la fois aux stipulations expresses (en pratique, l'acheteur a tout intérêt à préciser les caractéristiques qu'il attend de la chose dans le bon de commande) et aux stipulations implicites. Par exemple, en cas de vente d'une voiture, il est implicitement stipulé que celle-ci ne doit pas avoir été volée<sup>20</sup>.

Le critère est ici subjectif : on recherche la volonté des parties, exprimée ou non, pour savoir quelles sont les caractéristiques voulues de la chose vendue. L'obligation de délivrance joue même lorsque l'usage de la chose n'est pas affecté (par exemple, un véhicule livré qui a un kilométrage supérieur à celui du véhicule convenu : il y a non-conformité<sup>21</sup>. La garantie est due même si le véhicule fonctionne parfaitement).

Il y a vice caché lorsque la chose ne correspond pas à l'usage attendu de la chose vendue : il faut une différence entre l'usage attendu et l'usage réel. Le critère est objectif : c'est l'usage de la chose qui compte.

---

<sup>20</sup> Voir Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mai 1996, Bull. civ. I, n° 230 ; D. 1997, Somm. 346, obs. TOURNAFOND : la vente d'un véhicule volé, accompagnée de la remise d'une carte grise falsifiée, constitue un défaut de délivrance de la chose vendue et non un vice caché affectant la chose vendue.

<sup>21</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 16 juin 1993, Bull. civ. I, n° 224.

Par exemple, le véhicule livré a le même nombre de kilomètres que celui qui a été convenu mais ne roule pas.

Le problème en pratique est que la distinction entre les stipulations contractuelles et l'usage attendu de la chose est parfois impossible à faire.

***Sanctions de l'obligation de délivrance.*** Ces sanctions ont lieu en cas d'inexécution partielle (exemple : retard ou bien délivrance non-conforme) ou en cas d'inexécution totale. C'est en grande partie les sanctions du droit commun qui sont reprises en matière de vente. Dans tous les cas, l'acheteur peut demander des dommages et intérêts s'il a éprouvé un préjudice. L'article 1611 C. civ. dispose, à cet effet : « *Dans tous les cas, le vendeur doit être condamné aux dommages et intérêts s'il résulte un préjudice pour l'acquéreur, du défaut de délivrance au terme convenu* ».

Il est ensuite possible de demander l'exécution forcée de l'obligation de délivrance.

Il faut que la délivrance soit encore possible (dans ce cas seuls des dommages et intérêts peuvent être alloués). Il est également possible de demander en justice la résolution du contrat de vente (Article 1610 du code civil), sauf existence d'une clause résolutoire de plein droit. L'inexécution de l'obligation de délivrance est une inexécution contractuelle qui peut aboutir à la résolution du contrat. En cas d'inexécution totale, le juge peut allouer à l'acheteur des dommages et intérêts.

## § 2 : L'obligation de garanties

La garantie est une obligation qui découle de la loi et qui s'applique à tous les vendeurs. Elle s'applique même s'il n'y a pas faute du vendeur. Elle est objective. La garantie répond à l'idée que l'acheteur ne doit pas être privé de la chose : le vendeur doit garantir l'acheteur.

L'obligation de garantie est postérieure à la délivrance. L'obligation de garantie apparaît alors comme un prolongement de l'obligation de délivrance. La garantie est double : garantie d'éviction et garantie des vices cachés. La garantie d'éviction garantit l'acheteur contre les défauts du droit acquis sur la chose, et la garantie des vices cachés garantit contre les défauts de la chose elle-même.

### A-La garantie d'éviction

Il s'agit de garantir l'acheteur d'une possession paisible du bien qu'il a acheté.

Or, en pratique, cette possession peut être troublée :

- Ce peut être le vendeur lui même qui gêne, par certains actes, l'exercice du droit de propriété par l'acheteur ;
- Cela peut être un tiers qui va gêner le droit de propriété de l'acheteur.

#### 1- La garantie du fait personnel

Il y a donc une garantie du fait personnel et une garantie du fait des tiers. Le principe est que le vendeur ne doit rien faire personnellement qui trouble la jouissance de l'acheteur : « *qui doit garantie ne peut*

*évincer* ». Cette règle est impérative. C'est une règle d'ordre public et toute clause qui exclurait la garantie d'éviction sera nulle. Une clause étendant la garantie est cependant valable. Mais toute clause restreignant la garantie est nulle. L'évocation par le vendeur peut se manifester de deux façons :

- Un trouble de droit ;
- Un trouble de fait.

*Trouble de droit.* Le vendeur doit tout d'abord garantir à l'acheteur au titre des troubles de droit. Certes le vendeur peut exercer une action en nullité ou en résolution. Si de telles actions réussissent le contrat est anéanti et la garantie disparaît. Le vendeur doit en réalité s'interdire d'exercer des droits qui ont pour effet d'évincer l'acheteur. Par exemple : le vendeur vend un bien immobilier deux fois à deux acheteurs différents. C'est la seconde vente qui est publiée en premier (et qui est donc la seule opposable). La troisième Chambre civile de la Cour de cassation française, dans un arrêt du 29 avril 1981<sup>22</sup> retenait justement qu'en vendant une seconde fois le même immeuble à un acquéreur qui en est devenu légitime propriétaire en vertu d'un acte authentique régulièrement publié, le vendeur manque à son obligation de garantie à l'égard du premier acheteur et les juges du fond ne peuvent refuser de prononcer la résolution de la vente initiale. Le vendeur peut se prétendre toujours titulaire d'un droit sur le bien vendu (par exemple : droit de servitude sur le bien. Même si ce droit est légitime, le vendeur ne pourra pas faire jouer ce droit dès lors qu'il n'a pas informé, dans le contrat de vente, l'acquéreur.

---

<sup>22</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 29 avril 1981, Bull. civ. III, n° 88.

***Trouble de fait.*** Le vendeur doit aussi la garantie contre les troubles de fait. C'est plus fréquent que les troubles de droit. Ainsi le vendeur ne doit pas troubler l'acheteur dans la jouissance du bien. L'exemple type est la cession de fonds de commerce. En vertu d'une jurisprudence constante, le vendeur d'un fonds de commerce a l'obligation de s'abstenir de tout acte de nature à détourner la clientèle du fonds cédé. Par exemple en réinstallant un commerce similaire à proximité du fonds vendu. Cette obligation perdure même après l'expiration d'une clause de non-concurrence. Autre exemple tiré de la jurisprudence : le vendeur d'un terrain ne peut ensuite construire sur un terrain voisin dont il est resté propriétaire, une construction bouchant la vue du terrain vendu.

## **2- La garantie du fait d'un tiers**

Dans cette hypothèse, le vendeur doit garantir l'éviction qui émane non pas de lui-même mais d'un tiers à la vente. Il ne peut s'agir en la matière que de l'éviction contre les troubles de droit. La garantie ne porte pas ici contre les troubles de fait (exemple : dégradations commises par un tiers ou vol).

La garantie contre les troubles de droit s'explique facilement : la vente est avant tout le transfert d'un droit (sur une chose). Ce n'est donc pas la chose elle-même qui est transmise mais le droit de propriété portant sur cette chose. Il peut y avoir éviction totale. Par exemple, un tiers se prétend propriétaire de la chose. C'est un cas de vente de la chose d'autrui (qui donne lieu également à la garantie d'éviction).

Outre la revendication du bien par un tiers, ce tiers peut se prévaloir d'une sûreté réelle dont l'exercice va priver l'acheteur du bien en l'évinçant (ex : hypothèque : le créancier hypothécaire saisit l'immeuble).

Il peut y avoir aussi éviction partielle : un tiers dispose d'une partie des droits sur le bien vendu (exemple : usufruit ou un droit d'usage). Le bien vendu peut aussi être affecté de charges non déclarées (exemple : servitude). Dans ce cas, l'acheteur n'est pas réellement évincé mais il doit supporter une charge venant d'un droit exercé par un tiers. La garantie d'éviction joue. L'article 1638 C. civ. le prévoit expressément pour les servitudes non apparentes. Cette règle a été généralisée à toutes les charges qui affectent l'utilité du bien vendu. La garantie du fait d'un tiers n'est pas d'ordre public. Il est possible d'insérer dans le contrat de vente une clause de non garantie du fait des tiers<sup>23</sup>. Cette clause est prévue à l'article 1629 C. civ. Cependant la jurisprudence prive d'effet de telles clauses lorsque le vendeur est de mauvaise foi ou s'il est un professionnel.

Le plus souvent l'acheteur met en jeu la garantie de son vendeur. Mais cette garantie est transmise dans une chaîne de contrats à titre d'accessoire. Ainsi le sous-acquéreur peut agir en garantie contre le vendeur initial. D'un point de vue procédural, la garantie peut être incidente (exemple : lorsque l'acheteur est assigné par un tiers qui proclame son droit : l'acheteur peut appeler en garantie son vendeur).

---

<sup>23</sup> Voir Civ., 9 mars 1937, DH 1937. 253 : en cas d'éviction, et à défaut de clause expresse de non-garantie, le vendeur reste tenu à la restitution du prix, même au cas où il serait établi que l'acheteur aurait eu, lors de la vente, connaissance du risque auquel il était exposé, à moins qu'il n'ait été expressément stipulé que celui-ci achetait à ses risques et périls. Voir dans le même sens, Civ. 3<sup>e</sup>, 24 juin 1998, Bull. civ. III, n° 130 ; D. Affaires 1998 ? 1481, obs. J. F.

La garantie peut être principale : c'est l'acheteur qui prend l'initiative du procès qu'il intente directement contre son vendeur (ex : en cas de menace d'éviction).

Pour bénéficier de la garantie d'éviction, l'acheteur doit être de bonne foi, c'est-à-dire ne doit pas connaître le risque d'éviction. S'il n'est pas de bonne foi, il ne peut demander le bénéfice de la garantie. Il a, dans ces conditions, acquis le bien en connaissance de cause (le contrat était aléatoire).

Toutefois la jurisprudence est relativement indulgente envers l'acheteur. Le vendeur est en effet débiteur d'une obligation d'information sur les charges existantes. Cette obligation n'a pas lieu pour les charges apparentes (exemple : servitudes apparentes).

De manière générale, l'acheteur doit dans tous les cas se dispenser de commettre une faute d'imprudence.

*Les effets de la garantie du fait d'un tiers.* En cas d'éviction totale, l'article 1630 C. civ. permet à l'acheteur de former quatre types de demandes différentes. Il peut demander :

- 1) la restitution du prix ;
- 2) la restitution des fruits (exemple : indemnité d'occupation que l'acquéreur a dû verser au véritable propriétaire) lorsque l'acheteur est obligé de les rendre au propriétaire qui l'évince<sup>24</sup> ;
- 3) la restitution des frais (frais de la vente, frais du procès) ;
- 4) des dommages et intérêts pour compenser tout préjudice (exemple : investissements réalisés sur le bien).

En cas d'éviction partielle ou de charge subie par l'acquéreur, ce dernier a deux possibilités. Il peut soit demander la résolution de la

---

<sup>24</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 8 octobre 1974, JCP 1975. II. 17930, note THUILLIER.

vente soit demander une indemnité équivalente à une diminution de prix.

## **B- La garantie des vices cachés ou garantie des défauts de la chose vendue**

Une telle garantie est connue depuis le droit romain (où elle s'appliquait essentiellement à la vente d'animaux et d'esclaves). Cette garantie est consubstantielle à la vente en ce qu'elle dérive du devoir général de loyauté : le vendeur doit garantir l'acheteur contre les vices de la chose et doit ainsi vendre une chose conforme à l'usage auquel l'acheteur s'attend.

Une telle garantie a connu un essor remarquable à partir de l'apparition d'une consommation de masse couplée avec la distribution de biens plus complexes et plus dangereux. La technicité des biens a redonné une utilité particulière à la garantie des vices cachés. Aujourd'hui la garantie protège l'acheteur et particulièrement l'acheteur consommateur.

### **1- Les conditions de la garantie des vices cachés**

Il faut lire l'article 1641 C. civ. pour les débusquer : « *Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus* ».

***Un vice inhérent à la chose.*** On peut tenir pour acquis, au regard de la jurisprudence, que les notions de vice et de défaut sont synonymes. Le vice est un défaut qui rend la chose impropre à l'usage auquel on la

destinait. Les juges du fond en font une appréciation souveraine. C'est ce qu'à décidé la 3<sup>e</sup> Chambre civile de la Haute juridiction judiciaire française : les juges du fond apprécient souverainement si la chose vendue est impropre à sa destination<sup>25</sup>.

Il faut que ce vice provienne de la chose elle-même, soit inhérent à elle. Un vice se confond donc avec le défaut lui-même (exemple : erreur de fabrication, une anomalie, une malfaçon), défaut qui provient de la chose elle-même et qui affecte l'usage de cette chose (exemple : la chose est moins solide).

Il ne faut donc pas que le trouble à l'usage provienne de facteurs extérieurs à la chose<sup>26</sup>. C'est pourquoi il est généralement nécessaire d'identifier la nature du vice (au moyen le plus souvent d'une expertise).

La jurisprudence dispense parfois l'acheteur de prouver l'existence d'un vice en particulier lorsque le lien entre le trouble subi par lui et la chose est évident (c'est l'exemple d'une bouteille qui explose sans avoir été heurtée ou manipulée : l'explosion résulte nécessairement d'un vice de la chose).

***Un vice rédhibitoire.*** Le vice de la chose doit présenter une certaine gravité. Selon l'article 1641 C. civ., il faut que la chose soit impropre à l'usage auquel on la destine ou que le vice diminue tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou n'en aurait donné qu'un moindre prix. A cet égard, la jurisprudence tient à bien distinguer les vices cachés et l'erreur : les deux fondements sont différents<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 22 janvier 1997, Bull. civ. III, n° 23 ; JCP N 1997. II. 778.

<sup>26</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 15 juillet 1999, Bull. civ. I, n° 252 : lorsque les graines de même provenance ont des résultats différents dans des régions différentes du fait de l'influence des facteurs climatiques locaux, l'existence d'un vice caché n'est pas caractérisée.

<sup>27</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 14 mai 1996, Bull. civ. I, n° 213 ; D. 1998. 305, note JAULT-SESEKE : la garantie des vices cachés constituant l'unique fondement de l'action exercée pour défaut de la chose vendue la rendant

Le vice doit donc être rédhibitoire ce qui signifie qu'il doit être grave (exemple de l'inconstructibilité d'un terrain : aujourd'hui la jurisprudence affirme que l'inconstructibilité d'un terrain relève des vices cachés<sup>28</sup>).

A contrario, un vice minime ou facilement réparable n'est pas pris en compte. Mais il n'est pas nécessaire que le vice empêche totalement d'utiliser la chose. Il suffit que l'usage en soit diminué. Il faut que l'usage de la chose soit troublé. On fait référence à l'usage normal de la chose, c'est-à-dire l'usage auquel la chose est normalement destinée (ex : achat d'un véhicule de collection : l'usage normal est de s'en servir à titre exceptionnel, l'acheteur ne peut se plaindre d'un mauvais fonctionnement s'il utilise ce véhicule comme un véhicule normal).

Si l'acheteur veut faire un usage spécifique de la chose, il doit le spécifier au vendeur et la garantie relèvera alors non pas des vices cachés mais de la non-conformité.

***Un vice antérieur à la vente.*** Il est logique que le vice doive exister avant que la vente ait lieu, il doit être antérieur. Plus précisément le vice doit être antérieur à la date du transfert des risques. Il faut se garder d'une confusion : le vice doit être antérieur à la vente mais, parce qu'il est caché, il n'apparaîtra à l'acheteur qu'après la vente.

C'est donc un vice qui existait au moment de la vente et qui est révélé par la suite (il peut s'agir d'un vice seulement en germe par exemple lorsque le défaut provient d'insectes qui existaient seulement à l'état de larves lors de la vente).

---

impropre à sa destination normale, une Cour d'appel n'a pas à rechercher si l'acheteur peut prétendre à des dommages et intérêts sur le fondement de l'erreur.

<sup>28</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> octobre 1997, Bull. civ. III, n° 181; D. Affaires 1997. 1283: l'inconstructibilité constitue un vice cache de la chose vendue.

D'ailleurs un vice peut se révéler longtemps après la vente (les délais pour agir partent à compter non de la vente elle-même mais de la révélation du vice). La règle est logique : le vendeur ne garantit pas les défauts qui résultent de l'usure normale de la chose.

**Un vice caché.** Le vice caché s'oppose ici au vice apparent. Le vendeur n'est tenu à garantie que des vices cachés. La garantie ne joue pas pour les vices apparents (exclus expressément par l'article 1642 C. civ.).

On pourrait se demander ce qu'est un vice caché ?

C'est un vice que l'acheteur n'a pas pu déceler. Cette apparente simplicité tombe lorsque l'on s'intéresse aux critères permettant de savoir si l'acheteur aurait pu ou non déceler l'existence de vices au moment de la vente. Au-delà du caractère objectif de la notion de vice caché, la jurisprudence accorde beaucoup d'importance au comportement de l'acheteur (et sanctionne sa négligence au besoin).

L'appréciation est assez casuistique. Mais il existe quelques règles générales.

Tout d'abord, tout acheteur doit être normalement diligent : il doit examiner la chose et vérifier l'existence éventuelle de vices. Il existe un adage qui pose que : « l'acheteur doit être curieux ».

Ensuite, l'appréciation change selon que l'acheteur est un profane ou un professionnel.

Si l'acheteur est un profane, la jurisprudence sera plutôt indulgente à son égard. Il bénéficie d'une présomption d'incompétence : Il ne doit pas procéder à des examens approfondis de la chose. On attend de lui un examen simplement superficiel de la chose, des vérifications élémentaires. La jurisprudence est cependant plus sévère dans un cas

particulier : lorsque la chose achetée est d'occasion. Dans ce cas, l'acheteur doit être particulièrement vigilant. La garantie des vices cachés s'applique aux choses d'occasion.

Mais dans ce cas n'est pas un vice caché le défaut dû à l'usure ou à la vétusté du bien.

Si l'acheteur est un professionnel, la jurisprudence est plus sévère. Cela ne veut pas dire qu'un acheteur professionnel ne bénéficie pas de la garantie des vices cachés (qu'en quelque sorte du fait de sa profession, tout vice serait nécessairement apparent). Mais l'appréciation du caractère caché d'un vice se fait de manière plus sévère. Ainsi, un acheteur professionnel qui achète dans son domaine de compétence est présumé avoir les connaissances techniques lui permettant de déceler l'existence de vices (exemple : entrepreneur de travaux publics qui achète un camion).

Cette sévérité cesse lorsque, pour un acheteur professionnel, le vice était indécélable C'est le cas d'un vice qui exige, pour être découvert, que l'on démonte la chose ou que l'on procède à une expertise. De manière générale, si l'acheteur, profane ou professionnel, n'a pas suivi les diligences mises à sa charge (qui sont moins sévères pour le profane que pour le professionnel) en ne décelant pas l'existence du vice, la jurisprudence considère que le vice n'était pas caché et que donc la garantie n'est pas due par le vendeur.

En outre, s'agissant du délai d'exercice de l'action en garantie des vices cachés, l'article 1648 C. civ. prévoit que l'action doit être intentée dans un bref délai.

Cette disposition oblige l'acheteur à agir rapidement contre son vendeur. Il n'est pas précisé la durée exacte de ce délai.

L'imprécision est gênante : selon les ventes, le délai varie sans que l'on sache à l'avance quel est le délai pour agir. Il n'y a pas de prévisibilité du délai. Cela est fait pour inciter l'acheteur à agir au plus vite et ainsi à se montrer particulièrement diligent. Il y a un autre inconvénient : le vendeur pouvait volontairement faire durer les discussions avec l'acheteur dans le but de soulever plus tard une fin de non recevoir tirée de l'expiration du bref délai. C'est une stratégie que certains vendeurs utilisent. Il y a un moyen procédural de contourner le bref délai : faire une assignation en référé (le plus souvent un référé-expertise) dans le bref délai ce qui a pour effet d'interrompre la prescription.

Le principal avantage du bref délai est sa souplesse.

L'appréciation du bref délai varie d'un cas à un autre. Cela relève du pouvoir souverain des juges du fond. L'article 1648 donne des indications : le calcul du bref délai dépend de la nature du vice et de l'usage du lieu où la vente est faite. Les juges apprécient le délai aussi en fonction de la nature de la chose et du comportement de l'acheteur (exemple : s'il avait recherché ou non un arrangement amiable).

Le délai commence à courir non pas du jour de la vente mais du jour où l'acheteur a eu connaissance du vice, donc à compter de sa révélation.

En France, le bref délai a disparu par l'effet de la réforme de l'ordonnance du 17 février 2005. L'article 1648 dispose désormais : *« L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice »*. Ce délai a l'immense avantage de la prévisibilité. Il n'y a dès lors plus aucune

discussion sur la longueur du délai pour agir qui pouvait varier d'une espèce à une autre.

## **2- Les effets de la garantie des vices cachés**

L'acheteur a une option et il a droit en plus à des dommages et intérêts si le vendeur est de mauvaise foi. L'article 1644 C. civ. confère à l'acheteur une option : « l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix ».

Si l'acheteur décide de rendre la chose, il exerce l'action rédhibitoire. C'est une forme de résolution du contrat : le contrat est anéanti avec effet rétroactif. Si l'acheteur préfère conserver la chose et obtenir la restitution d'une partie du prix, il exerce l'action estimatoire. Le juge va en fonction de la gravité du vice décider de la restitution d'une partie du prix : c'est une forme de réfaction du contrat. L'acheteur choisit librement entre l'action rédhibitoire et l'action estimatoire (cela ne dépend normalement pas de la gravité du vice). Une clause du contrat ne peut pas empêcher l'action rédhibitoire en prévoyant une réparation ou un remplacement de la chose. Mais parfois, lorsque le vice n'est pas très grave, les juges peuvent condamner le vendeur à réparer la chose.

L'article 1645 du code civil permet à l'acheteur d'obtenir des dommages et intérêts si le vendeur connaissait les vices de la chose, autrement dit était de mauvaise foi. Les dommages et intérêts couvrent tous les préjudices liés à l'existence du vice caché. En réalité, la jurisprudence est très sévère à l'égard du vendeur professionnel : il est présumé connaître tous les vices de la chose, même ceux qui sont indécélables, ce qui revient à dire qu'il est présumé de mauvaise foi.

C'est une forme de responsabilité de plein droit du vendeur professionnel (sans faute).

## **SECTION II : Les obligations de l'acheteur**

Les obligations de l'acheteur constituent la contrepartie de celles du vendeur. Elles sont plus simples et leur régime n'a guère évolué.

L'obligation principale est de payer le prix (§ 1), une autre impose de retirer la chose (§ 2).

### **§ 1 : Paiement du prix**

#### **A-Principe**

L'art. 1650 C. civ. pose que l'acheteur doit payer le prix à la date convenue et l'art 1651 précise que sauf convention ou usage contraire, le prix est « *payé au lieu et au temps où doit se faire la délivrance* », c'est-à-dire au comptant.

L'exception d'inexécution permet à l'acheteur de suspendre le paiement du prix.

Le paiement se fait au comptant, sauf règle légale, usage ou convention contraire.

L'article 1653 dispose : « *si l'acheteur est troublé ou à juste sujet de craindre d'être troublé par une action soit hypothécaire, soit en revendication, il peut suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble* »

L'intérêt n'est dû que s'il a été convenu ou à compter de la mise en demeure (art. 1153).

## **B- Exceptions**

Dans la pratique commerciale, il est courant que le prix soit différé et payable par fractions, par exemple un tiers DJAHA lors de la commande, un tiers FIENI lors de la livraison, un tiers BINI trois mois après.

L'art. 1652 C. civ. précise que l'intérêt est dû « *si la chose vendue et livrée produit des fruits* ». On considère qu'il serait anormal que l'acheteur profite des fruits sans compensation pour le vendeur.

## **C-Sanctions**

En cas de non respect de cette obligation, si le vendeur possède encore la marchandise, il peut soit exercer l'exception d'inexécution, soit poursuivre la résolution de la vente ou l'exécution forcée des obligations de l'acheteur.

Si le vendeur n'est plus en possession de la chose, celle-ci se trouve dans le patrimoine de l'acheteur et la résolution peut donc être paralysée par les droits que les tiers auraient acquis en cas de concours. On a voulu ici protéger les autres créanciers de l'acheteur.

## **D-Obligation de payer les frais de la vente**

D'après l'article 1593 C. civ. : « *les frais d'actes et autres accessoires à la vente, sont à la charge de l'acheteur* ».

Il s'agit des frais du contrat et non des frais relatifs à l'exécution des obligations des parties, ceux-ci étant à charge de la partie qui exécute son obligation.

C'est en vertu de cet article que les honoraires du notaire instrumentant et les droits d'enregistrement sont à charge de l'acheteur (sauf convention contraire).

## **§ 2 : « Retirement » de la chose**

### **A-Principes**

L'acheteur doit retirer la chose vendue lorsque le vendeur la met à sa disposition, c'est en principe à ce moment que l'acheteur doit inspecter l'objet de la livraison et que se réalise l'agrément. La livraison, le retrait et l'agrément sont intimement liés.

Il s'ensuit que le retrait interviendra en règle générale au lieu et à l'époque de la délivrance.

Les frais de retrait sont à charge de l'acheteur.

### **B-Sanctions**

Le vendeur peut, à son choix, poursuivre l'exécution forcée de l'obligation de retrait ou demander la résolution de la vente avec éventuellement des dommages et intérêts complémentaires (art. 1184 C. civ.).

L'article 1657 C. civ. trouve son application. Il institue une sanction particulière « *en matière de vente de denrée et d'effets mobiliers* ». Dans ces contrats, « *la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retraitement* ».

***Quelles sont les conditions d'application de l'article ?***

Il doit s'agir d'une vente :

- de biens ou de valeurs mobilières ;
- affectés d'un terme pour le retraitement (il peut-être exprès ou implicite du moment
- qu'il est certain).

Si les conditions d'application sont réunies, l'art. 1657 C. civ. permet au vendeur de résoudre unilatéralement la vente, mais ne l'oblige pas à le faire, en dépit des termes « de plein droit ».

Pour cela, le vendeur doit demander au juge de prononcer la résolution de la vente mais le juge ne peut pas apprécier la gravité du manquement.

L'art. 1657 consacre en réalité une forme de pacte comissoire exprès, qui laisse le vendeur libre de poursuivre l'exécution forcée, s'il préfère.



mise à disposition de la chose au profit du preneur qui doit la restituer à la fin du contrat. En revanche le commodat est essentiellement gratuit. Le bail peut aussi être rapproché du dépôt. Le dépôt confère au dépositaire comme au preneur de bail l'obligation de restituer la chose qui lui a été remise au terme du contrat. Mais à la différence du preneur de bail, le dépositaire n'a pas le droit de se servir de la chose. Le dépositaire n'est que le gardien de la chose, il ne peut pas s'en servir. En outre, le dépôt est en principe gratuit. Il y a des difficultés de qualification à l'égard de certains contrats très pratiqués comme le contrat de parking ou le contrat de coffre fort. Ces difficultés proviennent du fait que le propriétaire de la place de stationnement ou du coffre fort sont tenus à certaines obligations de surveillance et de garde. On les assimile au dépôt mais ce sont des contrats de dépôt. On y ajoute une obligation supplémentaire à la charge du preneur qui est de surveiller les objets déposés.

Le bail a la nature d'un acte d'administration à la fois pour le bailleur et pour le locataire, et ce quelle que soit la durée du contrat. Cela résulte de ce que tous les baux confèrent au preneur un droit personnel. Les dispositions du Code civil relatives au bail sont bien sûr applicables. Ces dispositions constituent le droit commun. Depuis le 18 décembre 1977, le législateur ivoirien a doté l'ordonnancement juridique ivoirien d'un texte spécifique régissant certains aspects du bail. Il s'agit de la loi n° 77-995 du 18 décembre 1977, réglementant les rapports des bailleurs et des locataires des locaux d'habitation. L'article 1<sup>er</sup> de cette loi délimite le champ de son application. Ainsi les dispositions de la loi sont applicables aux rapports entre bailleurs et

locataires ou occupants des locaux appartenant aux catégories suivantes :

- locaux à usage d'habitation ;
- locaux à usage professionnel sans caractère commercial, industriel ou artisanal ;
- locaux pris en location par des personnes de droit public pour y installer des services ;
- locaux pris en location par des associations reconnues d'utilité publique et des syndicats professionnels.

Elles ne s'appliquent ni aux rapports entre les personnes morales de droit public et leurs agents ni aux rapports entre les employeurs et leur personnel en ce qui concerne les locaux affectés au logement de ces agents ou de ce personnel.

Notons toutefois que s'agissant des locaux faisant l'objet d'un usage professionnel, ils sont désormais réglementés par les dispositions des articles 101 et suivants de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit commercial général tel qu'adopté le 15 décembre 2010 à Lomé.

Entrent dans le champ d'application de ce texte communautaire :

- les locaux ou immeubles à usage commercial, industriel, artisanal ou à tout autre usage professionnel ;
- les locaux accessoires dépendant d'un local ou d'un immeuble à usage commercial, industriel, artisanal ou à tout autre usage professionnel, à la condition, si ces locaux accessoires appartiennent à des propriétaires différents, que cette location ait été faite en vue de l'utilisation jointe que leur destinait le preneur, et que cette destination ait été connue du bailleur au moment de la conclusion du bail ;

- les terrains nus sur lesquels ont été édifiées, avant ou après la conclusion du bail, des constructions à usage industriel, commercial, artisanal ou à tout autre usage professionnel, si ces constructions ont été élevées ou exploitées avec le consentement exprès du propriétaire ou portées à sa connaissance et expressément agréées par lui.

A l'inverse de la loi de 1977, les dispositions de ce texte restent applicables aux personnes morales de droit public à caractère industriel ou commercial, et aux sociétés à capitaux publics, quelle que soit leur qualité de bailleur ou de preneur.

Les champs d'application de la loi de 1977 et de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit commercial général ainsi déterminés, il convient d'analyser le bail du point de vue de sa formation et des obligations pesant sur les parties.

## **CHAPITRE I : Formation du contrat**

Avant tout propos, il importe de préciser que le bail est un contrat consensuel. Le principe est donné par l'art. 1714 C. civ. qui énonce qu'« *on peut louer ou par écrit ou verbalement* ». Le principe est également réaffirmé par l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'art. 2 de la loi du 18 décembre 1977<sup>29</sup> et par l'article 103 de l'AU portant droit commercial général<sup>30</sup>. Le bail

---

<sup>29</sup> Art. 2, al. 1<sup>er</sup>: « A l'expiration d'**un bail écrit ou verbal** et pendant une période à laquelle il sera mis fin par décret, les occupants de bonne foi des locaux visés à l'article premier bénéficient de plein droit sans l'accomplissement d'aucune formalité du maintien dans les lieux loués aux clauses et conditions du contrat primitif non contraire aux dispositions de la présente loi ».

<sup>30</sup> Article 103 AU « Est réputé bail à usage professionnel **toute convention, écrite ou non**, entre une personne investie par la loi ou une convention du droit de donner en location tout ou partie d'un immeuble compris dans le champ d'application du présent Titre, et une autre personne physique ou

peut donc être écrit ou verbal. Dès lors qu'il y a accord de volontés des parties sur la chose et le loyer, le contrat est parfait. Le bail verbal est entièrement concevable. Cela dit, des difficultés peuvent apparaître relativement à la preuve. En ce qui concerne le bail verbal, les questions de preuve se rapportent soit sur l'existence même du bail, soit sur son contenu.

En matière de preuve, l'article 1715 du C. civ. fournit des éléments. Cette disposition opère une distinction suivant que le bail a reçu ou non un début d'exécution. Dans l'hypothèse où le bail n'a pas reçu un début d'exécution, la preuve testimoniale est irrecevable. A celui qui nie le contrat de bail, seul le serment peut être déféré. En revanche, dans le cas où le bail a reçu un début d'exécution, la preuve pourra être rapportée par tout moyen. Cette distinction, aussi claire qu'elle se présente n'a pas empêché la Haute juridiction ivoirienne, à propos d'un contrat de bail qui n'avait jamais été exécuté et qui faisait l'objet de contestation, de décider que « la preuve de l'existence d'un bail verbal peut être administrée par tous moyens, qu'elle peut donc se faire par témoin<sup>31</sup> ».

S'agissant de la preuve du contenu du contrat de bail, elle est gouvernée par le principe de la liberté. Concrètement, les procédés de preuve recevables sont fonction de l'élément sur lequel porte la contestation. Par exemple, si la contestation porte sur le montant du loyer, l'art. 1716 C. civ. impose la preuve au moyen d'une quittance. Il faut donc produire une quittance. Faute de quittance, le bailleur sera cru sur serment. Par contre, si la contestation porte sur la durée du bail,

---

morale, permettant à celle-ci, le preneur, d'exercer dans les lieux avec l'accord de celle-là, le bailleur une activité commerciale, industrielle, artisanale ou toute autre activité professionnelle ».

<sup>31</sup> Cour suprême, 18 avril 1975, RID 1975, n° 3-4, p. 30.

il est admis que le juge pourra se référer aux usages des lieux. Si c'est la régularité de l'acquittement du loyer qui fait l'objet de contestation, la preuve par témoin ne pourra être admise. C'est la solution proposée par la Cour d'appel d'Abidjan, dans son arrêt du 3 mars 1978<sup>32</sup>. La juridiction de réformation se prononce en faveur de la preuve par écrit. Plus précisément, elle estime que la régularité de l'acquittement du loyer devrait procéder des quittances.

Le bail se forme entre des parties (Section I), il doit porter sur un objet bien précis (Section II). Le bail suppose un échange des consentements dont la preuve et la forme présentent des particularités (Section III).

## **SECTION I : Les parties**

Le louage des choses implique, comme toute convention, un échange de consentement entre bailleur (§ 1) et preneur (§ 2).

### **§ 1 : Le bailleur**

En conséquence de la nature du contrat, le bailleur doit avoir la capacité d'accomplir des actes d'administration. Mais le bail peut être conclu par l'administrateur du patrimoine de l'incapable. Le bail a en outre des effets limités à l'encontre du mineur devenu majeur ou émancipé.

En principe, le bailleur doit être titulaire d'un droit, individuel ou collectif, lui permettant de conférer la jouissance de ce bien au locataire.

---

<sup>32</sup> C.A.A., 3 mars 1978, RID 1979, n°3-1, p. 77.

Le bail ne confère au preneur qu'un droit personnel de jouissance. Donner à bail permet au bailleur de faire fructifier la chose. Aussi, le bailleur, doit-il, en principe, être titulaire d'un droit réel de jouissance, lui permettant de s'approprier les fruits, donc d'en faire profiter le preneur.

Le bailleur peut être propriétaire ou usufruitier au moment de la conclusion du contrat. Titulaire de l'usus et du fructus, l'usufruitier a seul le droit de donner à bail. Il agit en son nom propre et le bail produit ses effets dans son patrimoine.

## **§ 2 : Le preneur**

Pour le preneur, la conclusion d'un bail est un acte d'administration ordinaire. Par conséquent il lui suffit d'avoir la capacité ou le pouvoir d'accomplir des actes d'administration : l'administrateur du patrimoine d'autrui peut, sans restriction, prendre à bail. En principe cette qualité appartient au cocontractant du bailleur et, en cas de décès, elle est transmise aux héritiers ou légataires universels du preneur, sauf convention contraire. La qualité de preneur peut parfois appartenir à d'autres qu'au cocontractant du bailleur.

## **SECTION II : L'objet du bail**

### **§ 1 : Le bien loué**

Le bail porte sur une chose (c'est le terme employé par l'article 1709). L'article 1713 du code civil ajoute : "On peut louer toutes sortes de

biens meubles ou immeubles". Ce texte pose un principe général : toute chose peut en principe faire l'objet d'un bail. Il faut cependant que la chose soit dans le commerce juridique.

On ne peut louer une chose hors commerce (ce qui justifie la nullité des contrats de mère porteuse qui au sens juridique le plus strict sont des contrats de location d'utérus). De plus le bail ne peut porter que sur des biens non consommables c'est-à-dire qui peuvent faire l'objet d'une restitution à la fin du bail (un bien consommable ne peut faire l'objet que d'un prêt à la consommation).

De manière générale, le bail peut porter sur un meuble, un immeuble, un bien corporel ou incorporel. Le bail porte donc sur tous les biens qu'ils soient meubles ou immeubles. Il porte aussi sur des propriétés intellectuelles. Par exemple : une licence de brevet (accords de transfert de technologie). Dans une logique similaire il y a la location-gérance d'un fonds de commerce (qui ne doit pas être confondue avec le bail commercial).

### **§ 3 : La durée**

Par définition le bail est temporaire : l'article 1709 parle d'un « certain temps ».

Dès lors, le contrat de bail est nécessairement un contrat à exécution successive : ce n'est pas un contrat à exécution instantanée. Quand on parle de la durée du bail, on fait référence à la nécessité que l'obligation caractéristique du bail, la mise et surtout le maintien en jouissance d'un bien (qui incombe au bailleur) s'inscrive dans la durée. Il est possible de conclure un contrat de bail à durée indéterminée.

L'article 104 de l'AU précise à ce sujet que les parties sont habilitées à fixer librement la durée de leur convention. Mais en pratique, il est relativement rare que les parties s'accordent sur une durée indéterminée (qui résulte de l'absence de terme).

C'est le cas en présence d'un bail verbal. En cas de durée indéterminée, toute partie peut donner congé de manière discrétionnaire et à tout moment. Il s'agit ici d'une résiliation du contrat. Cette faculté unilatérale de résiliation permet d'éviter des engagements perpétuels. Le plus souvent les contrats sont à durée déterminée. Cette durée résulte généralement d'un statut impératif.

Dans tous les cas, l'objectif de la loi est de garantir un minimum de stabilité au locataire. Dans le cas des contrats à durée déterminée, à l'expiration de la durée initiale, plusieurs cas de figure peuvent se présenter. Le principe veut qu'à l'expiration du terme fixé, le contrat cesse de plein droit (article 1737 C. civ.). Il n'est pas dès lors nécessaire de délivrer un congé. Il existe cependant des hypothèses où le bail perdure. Tout d'abord, il peut y avoir prorogation du bail : les parties s'entendent pour reporter dans le temps le terme extinctif du contrat.

Le contrat initial se prolonge, il n'y a pas de nouveau contrat. Le plus souvent, la prorogation est prévue dans une clause dite de prorogation. Ensuite, il peut y avoir tacite reconduction : si le preneur reste et est laissé en possession (art. 1738 C. civ.). Par leurs comportements respectifs, preneur et bailleur manifestent leur volonté de maintenir une relation contractuelle.

D'un point de vue technique, ce n'est pas le même contrat qui continue. Le contrat initial est éteint par l'effet du terme. La tacite reconduction donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu

est identique au contrat précédent. Mais comme il s'agit d'un nouveau contrat, l'éventuel cautionnement garantissant le précédent contrat s'éteint et ne s'applique pas au nouveau.

Enfin le bail peut faire l'objet d'un renouvellement. Cette dernière hypothèse qui est l'une des innovations de l'AU de 2010 relatif au droit commercial général, est particulièrement perceptible en ce qui concerne les baux à usage professionnel. L'article 124 de ce texte fait du renouvellement du bail un droit au profit du preneur qui justifie d'un certain nombre de conditionnalités<sup>33</sup>. Là encore, comme pour la tacite reconduction, c'est un nouveau contrat qui est conclu. La différence c'est qu'en cas de renouvellement, le contenu du bail renouvelé peut être modifié, notamment, le loyer peut être augmenté. Le renouvellement est une alternative à la tacite reconduction : il repose soit sur une demande ou une offre de renouvellement faite par le locataire ou par le bailleur, soit sur un texte impératif notamment dans les baux à usage professionnel.

Par ailleurs, les baux perpétuels sont prohibés. Le bail perpétuel est un bail qui excède 99 années. Un bail est perpétuel lorsqu'il peut être renouvelé indéfiniment pas le locataire ou ses héritiers, sans que le propriétaire n'ait la possibilité d'en mettre un terme à un certain moment. En revanche, le bail consenti pour la durée de la vie du preneur n'est pas, semble-t-il, considéré comme un bail perpétuel (comme le bail viager).

---

<sup>33</sup> Article 124 al 1 « Le droit au renouvellement du bail à durée déterminée ou indéterminée est acquis au preneur qui justifie avoir exploité, conformément aux stipulations du bail, l'activité prévue à celui-ci, pendant une durée minimale de deux ans ».

## CHAPITRE II : LES OBLIGATIONS DES PARTIES

### SECTION I : les obligations du bailleur

Le bailleur doit la jouissance paisible de l'immeuble pendant toute la durée du bail. De cette obligation fondamentale dérivent toutes les autres. Au début du bail, le bailleur doit délivrer la chose.

Pendant la durée du bail, le bailleur doit l'entretenir et garantir le preneur de tous les vices et troubles qui pourraient en empêcher l'usage.

#### § 1 - l'obligation de délivrance

Cette obligation est précisée à l'article 1720, al. 1 C. civ. : « *Le bailleur est tenu de délivrer la chose en bon état de réparation de toute espèce* ».

Cette obligation est à la fois une obligation de faire : mettre le locataire en possession (en lui remettant les clés<sup>34</sup> par exemple) et une obligation de ne pas faire : ne rien faire pour empêcher le locataire d'entrer en possession. L'obligation de délivrance du bailleur est considérée comme étant d'ordre public. Elle est imposée par la nature même du contrat de bail, et son exécution justifie le paiement des loyers<sup>35</sup>.

De cette manière, l'obligation de délivrance du bailleur ressemble à l'obligation de délivrance du vendeur. Il existe cependant une différence majeure. Contrairement au vendeur qui délivre la chose telle qu'elle était lors de la vente, le bailleur doit supporter toutes les

---

<sup>34</sup> En pratique, la remise des clés ou des documents nécessaires à l'utilisation de la chose suffit à considérer que le bailleur a rempli son obligation de délivrance. La réception de la chose par le locataire vaut preuve de sa délivrance (Com., 3 janvier 1995, Contr. Conc. Cons. 1996. 64, note L. LEVENEUR).

<sup>35</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 juin 1995, Contr. Conc. Cons. 1995. 200, obs. L. LEVENEUR).

réparations nécessaires au bon état de la chose (sauf si une clause du contrat de bail l'en dispense, il en est ainsi lorsque le locataire accepte de prendre la chose en l'état).

Mais ces clauses ont été limitées car la jurisprudence exige que les lieux doivent être habitables. Durant l'exécution du bail, l'obligation de délivrance trouve son objet dans l'obligation d'entretien.

## § 2 - l'obligation d'entretien

Cette obligation est le prolongement de l'obligation de délivrance. Le bailleur a une obligation d'entretien de la chose louée pendant toute la durée du contrat (qui est un contrat à exécution successive). Cette obligation dure pendant tout le contrat. Selon l'article 1719 C. civ., le bailleur doit entretenir la chose « en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée ».

C'est l'obligation d'entretien stricto sensu. L'article 1720, al. 2 du C. civ. précise cette obligation : le bailleur a la charge d'effectuer « *toutes les réparations qui peuvent devenir nécessaires autres que les locatives* ». C'est l'obligation de réparation.

La répartition des réparations se fait en vertu de cette notion de ***réparations locatives***. Le locataire a la charge des réparations locatives, tandis que le bailleur a la charge des réparations non locatives, c'est-à-dire des réparations importantes qui mettent en jeu la structure et les éléments essentiels du local (le clos et le couvert, c'est-à-dire les murs et le toit).

Cette obligation est logique car le bailleur demeure propriétaire. Seules les réparations qui sont locatives incombent au locataire, tout le reste

incombant au bailleur en tant que propriétaire. C'est l'article 1754 C. civ. qui en dresse une liste indicative des réparations locatives. Par exemple : réparations des vitres cassées ou des serrures ne fonctionnant pas.

Au titre des réparations non locatives qui incombent au bailleur, on peut citer la réfection d'un toit. En matière de baux à usage professionnel, on ajoute les réparations des gros murs, des voûtes, des poutres, des toitures, des murs de soutènement, des murs de clôture, des fosses septiques et des puisards. Ces réparations ne sont à la charge du bailleur que si elles sont nécessaires pour maintenir le bien à l'usage pour lequel il a été loué. Il se peut que le contrat de bail contienne une clause modifiant la charge des réparations entre le bailleur et le locataire<sup>36</sup> (exemple : une clause qui met à la charge du locataire la réparation de la toiture).

Mais toute clause limitative des obligations du bailleur, si elle est valable en vertu de la liberté contractuelle (l'article 1720 n'est pas d'ordre public), est interprétée de manière restrictive par la jurisprudence<sup>37</sup>.

Concernant la sanction de l'obligation d'entretien, le locataire dispose de toutes les actions de droit commun. Tout d'abord, il peut mettre en œuvre l'exécution forcée en nature. Il peut aussi faire exécuter les travaux par un tiers aux frais du bailleur (art. 1144 C. civ.) à la condition de se faire autoriser par le juge (sauf urgence). Le locataire peut aussi mettre en jeu la responsabilité du bailleur en lui demandant

---

<sup>36</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 7 février 1978, Bull. civ. III, n° 71 : l'article 1720, qui met à la charge du bailleur toutes les réparations autres que locatives de la chose louée qui peuvent devenir nécessaires, n'est pas d'ordre public et il peut y être dérogé par des conventions particulières.

<sup>37</sup> Sur la portée et l'interprétation des clauses dérogatoires, voir Civ. 3<sup>e</sup>, 14 mars 1972, Bull. civ. III, n° 172.

des dommages et intérêts si un préjudice a été causé ; c'est le cas si le toit s'effondre suite à un défaut d'entretien et blesse le locataire.

Le locataire peut aussi demander la résiliation du contrat. En revanche, il ne peut mettre en œuvre l'exception d'inexécution en refusant de payer les loyers.

### § 3 - les garanties des vices de la chose louée et des troubles

Le bailleur doit garantir les vices cachés de la chose et assurer une jouissance paisible à son locataire.

#### A-les garanties des vices de la chose louée

Selon l'article 1721, al. 1<sup>er</sup> C. civ., « *il est dû garantie au preneur pour tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage, quand même le bailleur ne les aurait pas connus lors du bail* ».

Cette garantie a souvent été mise en parallèle avec la garantie des vices cachés de la vente. Même si le texte le ne précise pas, on admet volontiers qu'il transpose, en matière de location, le régime de la garantie des vices cachés applicable en matière de vente. Comme en matière de vente, la garantie ne s'applique qu'aux défauts cachés de la chose et non aux vices apparents dont le preneur a dû se convaincre lui-même<sup>38</sup>.

Cependant, des différences existent entre la garantie des vices dans la vente et celle que le bailleur doit au locataire. A cet égard, la garantie du bailleur est plus large. En effet, le bailleur répond de toutes les

---

<sup>38</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 26 février 1971, Bull. civ. III, n° 146 : a défaut de dérogation expresse et non équivoque, le bailleur doit garantir le locataire contre les vices non apparents de la chose louée. Mais le bailleur ne répond ni des vices que le preneur a connus ou dû connaître, ni des inconvénients naturels inhérents à la chose par suite de sa situation (immeuble exposé à des inondations) : Civ. 10 juin 1949, D. 1949. 496.

conséquences des vices. Il ne doit pas seulement la restitution du loyer. La responsabilité du bailleur est moins lourde que celle du vendeur. Ainsi, le bailleur est-il libéré par la preuve de la force majeure (contrairement au vendeur). Cette garantie n'est pas d'ordre public. Une clause d'exclusion de garantie est valablement stipulée dans les conditions de droit commun.

### **B- La garantie contre des troubles**

Selon l'art. 1719-3° C. civ., le bailleur doit « *faire jouir paisiblement* » le locataire. C'est l'obligation essentielle en matière de bail, celle qui est la plus importante et la plus caractéristique du bail<sup>39</sup>. Une clause du contrat ne peut en exonérer le bailleur. C'est une obligation générale selon laquelle le bailleur ne doit pas troubler la jouissance du locataire et doit ainsi s'abstenir de toute voie de fait à l'encontre du locataire. Il doit, par exemple éviter de lui empêcher l'accès au local loué en changeant les serrures ou détruire le bien loué. C'est une obligation de ne pas faire. La Cour d'appel, par une décision du 14 juillet 1978, dans une affaire où le bailleur avait fait construire à proximité de la chambre occupée par les enfants une porcherie habitée par deux animaux et qui entrave l'accès à la cour au locataire, a estimé, que « *le doit fait jouir paisiblement le preneur de la chose louée pendant la durée du bail. le trouble ayant revêtu en l'espèce des formes particulièrement caractérisées, constitue plus*

---

<sup>39</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 9 octobre 1974, Bull. civ. III, n° 345 : le bailleur est obligé d'assurer au preneur une jouissance paisible de la chose louée pendant la durée du bail et cette obligation ne cesse qu'en cas de force majeure.

*qu'un simple manquement aux obligations contractuelles dont est tenu le bailleur et s'analyse en une voie de fait »<sup>40</sup>.*

Dans le prolongement de cette obligation, le bailleur doit s'abstenir de « *changer la forme de la chose louée* » (art. 1723 C. civ.). Le bailleur ne peut pas unilatéralement (sans l'accord du locataire) modifier les éléments du bien loué<sup>41</sup> (exemple : en supprimant un escalier).

Dans la suite de l'obligation de faire jouir paisiblement le locataire, le bailleur doit s'abstenir de s'ingérer dans la vie privée du locataire (exemple : harcèlement, injures...).

Cette obligation de faire jouir paisiblement est générale : elle permet d'englober toute inaction du bailleur qui causerait un trouble à la jouissance du locataire.

Ainsi la négligence du bailleur peut engendrer un trouble dont est victime le locataire (ex : des infiltrations d'eau en raison du mauvais état des canalisations) : la responsabilité du bailleur sera engagée sur le fondement de l'obligation d'assurer la jouissance paisible du locataire.

Cette obligation sera invoquée toutes les fois où les autres obligations du bailleur ne pourront pas être sollicitées (exemple : obligation d'entretien). En réalité, l'obligation d'assurer la jouissance paisible chapeaute toutes les autres obligations du bailleur.

### **C-L'obligation de maintien du locataire dans les lieux loués**

L'art. 2, al. 1<sup>er</sup> de la loi du 18 décembre 1977 dispose :

---

<sup>40</sup> C.A.A., 14 juillet 1978, RID 1979-80, n° 3-4, p. 56.

<sup>41</sup> Paris, 31 octobre 1957, Gaz. Pal. 1957. 2. 397 : l'interdiction de changer la forme de la chose louée s'applique non seulement aux immeubles et portions immeubles qui font l'objet principal du bail et dont le preneur a la jouissance privative, mais aussi aux accessoires de la chose louée, et notamment aux entrées et couloirs d'accès dont le preneur a l'usage concurremment avec les autres locataires.

« A l'expiration d'un bail écrit ou verbal et pendant une période à laquelle il sera mis fin par décret, les occupants de bonne foi des locaux visés à l'article premier bénéficient de plein droit, sans l'accomplissement d'aucune formalité, du maintien dans les lieux loués aux clauses et conditions du contrat primitif non contraires aux dispositions de la présente loi.

Sont réputés occupants de bonne foi les locataires, sous-locataires à l'expiration de leur contrat ainsi que les occupants qui habitant dans les lieux en vertu ou en suite d'un bail écrit ou verbal, d'une sous-location régulière, d'une cession régulière d'un bail antérieur exécutent leurs obligations, celles-ci comportant notamment le paiement du loyer exigible ».

Cette disposition affirme le droit du preneur de se maintenir dans les lieux loués à l'expiration du bail aux clauses et conditions du contrat primitif. Il en va ainsi, même en l'absence de tout accord entre le bailleur et le preneur. L'obligation qui pèse sur le bailleur de maintenir le preneur dans les lieux loués même à l'expiration du contrat de bail ne joue qu'à la satisfaction de certaines conditions. Il convient de noter que l'obligation du bailleur n'est pas absolue.

### **1- Les conditions de l'obligation de maintien dans les lieux loués.**

Le locataire ne jouie du droit au maintien dans les lieux loués que s'il justifie d'un titre locatif à l'origine de l'occupation. De plus, seul l'occupant qui satisfait aux critères de l'un des contrats limitativement visés par l'article 2 de la loi du 18 décembre 1977 peut prétendre à ce

droit. Ces contrats sont la location, la sous-location et la cession régulière de bail<sup>42</sup>.

Au regard de l'article 2, certains occupants ne sauraient prétendre au maintien dans les lieux loués. Il en va ainsi de l'occupant dit précaire, autrement dit, celui qui a pris l'engagement de quitter les locaux loués à une date déterminée. Il en va également de l'occupant dit de fait, qui correspond, par exemple, à la situation engendrée par un bail annulé. On considère qu'un tel bail n'a jamais existé. Il en résulte que l'occupant qui, de ce fait, n'a jamais pu être investi de la qualité de preneur ne peut pas s'en prévaloir à l'effet de revendiquer le bénéfice du droit au maintien dans les lieux.

Par ailleurs, doit être de bonne foi, laquelle est présumée.

La mauvaise foi correspond à des situations variées. Généralement, c'est le manquement du preneur à ses obligations qui fondent cette mauvaise foi. Par exemple, il a été décidé que le défaut de paiement d'un loyer est un fait permettant de retenir la mauvaise foi du locataire<sup>43</sup>.

On peut se demander si un simple retard dans le paiement du loyer est susceptible d'être sanctionné par la perte du droit au maintien. La Cour d'appel d'Abidjan estime que pour qu'une telle sanction soit prononcée, les retards ou les défauts de paiement doivent avoir été réitérés<sup>44</sup>. Cela dit, les retards ou les défauts de paiement réitérés ne témoignent pas toujours de la mauvaise foi du locataire. Le locataire peut, par réaction à l'attitude du bailleur, se comporter ainsi. Il apparaît raisonnable, sinon logique que le locataire se garde d'exécuter ses

<sup>42</sup> Ainsi, seuls les locataires, les sous-locataires et les cessionnaires de bail peuvent prétendre à ce droit.

<sup>43</sup> C.A.A., 5 mars 1972, RID 1974, n° 3-4, p. 20.

<sup>44</sup> C.A.A., 26 mars 1976, RID 1979-80, n° 3-4, p. 70.

obligations en vue d'amener le bailleur récalcitrant à lui assurer pleinement une jouissance paisible des lieux. Il revient donc au juge de rechercher les raisons de l'attitude du locataire et d'écarter la mauvaise foi toutes les fois que ces causes seront légitimes.

La mauvaise foi peut aussi être caractérisée par la modification de la destination des lieux loués. Le local loué devant être utilisé par le locataire en bon père de famille (ne pas causer de gênes au voisinage ni perturber l'ordre public), les bruits anormaux procédant, par exemple, d'une activité de nature à gêner le voisinage peuvent caractériser la mauvaise foi.

Sous ce rapport, il importe de retenir que le droit au maintien dans les lieux loués, loin d'être automatique, suppose un titre locatif dont procède l'occupation et la bonne foi de l'occupant.

## **2- Une obligation limitée**

L'obligation du bailleur de maintenir le locataire dans les lieux loués confère au locataire un droit au maintien dans lesdits lieux. Ce droit au maintien constitue une exception aux règles du Code civil. Le droit au maintien ne présente pas un caractère absolu. Et le locataire doit, au terme du bail, resituer la chose louée au bailleur. Ce dernier peut recouvrer ainsi la jouissance de son bien à l'expiration du contrat. Le droit de reprise du bailleur doit reposer sur des motifs légitimes comme le prévoit l'article 3, al. 1<sup>er</sup> de la loi du 18 décembre 1977 : « *Le droit au maintien dans les lieux n'est pas opposable au propriétaire qui désire reprendre son local, pour des motifs légitimes, notamment pour l'occuper lui-même ou le faire occuper par son conjoint, par ses ascendants ou descendants directs ou ceux de son conjoint* ». L'interprétation de l'alinéa 2 de l'article 3 précité

donne à voir aussi que constitue un motif légitime fondant le droit de reprise du bailleur « *la démolition pour reconstruire ou la transformation nécessitant l'évacuation des lieux* ».

Le propriétaire, s'il veut reprendre son local, doit donner à l'occupant un préavis de trois mois. Il peut le faire par acte extrajudiciaire ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception qui indiquera avec précision les motifs qui fondent l'exercice du droit de reprise.

Il faut préciser que le congé donné en vue de la relocation ne constitue par un motif légitime (alinéa 2 de l'article 3 de la loi de 1977). Et l'art. 5 de la loi de 1977 prévoit des sanctions dans ce sens : « *Quiconque, par des manœuvres ou allégations mensongères, a obtenu l'éviction d'un occupant de bonne foi en vue d'une relocation est puni d'une amende de 5.000 à 500.000 francs. Le coupable est, en outre, tenu de payer au preneur évincé une indemnité qui ne peut être inférieure au montant du loyer annuel* ».

## **SECTION II - Les obligations du preneur**

L'art. 1728 C. civ. dispose : « *Le preneur est tenu de deux obligations principales :*

*1° D'user de la chose louée en bon père de famille, et suivant la destination qui lui a été donnée par le bail, ou suivant celle présumée d'après les circonstances, à défaut de convention ;*

*2° De payer le prix du bail aux termes convenus ».*

L'art. 1728 définit deux grands types d'obligations pour le preneur. Il existe des obligations qui tiennent à la chose louée. A côté de ces premières obligations, existe celle de payer le loyer. Il faut y ajouter

une obligation de restitution au terme du bail, suivant les articles 1730 et 1731 C. civ.

### **§ 1 – Les obligations du locataire se rapportant à la chose louée**

Le preneur doit user de la chose en bon père de famille et suivant la destination stipulée dans le contrat de bail.

#### **A-L'usage de la chose en bon père de famille**

Le droit des obligations est peuplé de prestations devant être exécutées en bon père de famille. Alors, la référence de l'article 1728-1° C. civ. à un usage de la chose en bon père de famille ne peut surprendre. Elle prend d'ailleurs tout son sens lorsqu'on donne à l'obligation du preneur un caractère social et moral. Ce dernier doit, en effet, faire preuve d'honorabilité et de quiétude dans l'usage qu'il fait des lieux loués. Le scandale, le tapage<sup>45</sup>, la violence<sup>46</sup>, la débauche<sup>47</sup> correspondent à des abus de jouissance qui sont intolérable de la part d'un bon père de famille. Constituent également des abus de jouissance, le fait de causer des gênes au voisinage par des odeurs infectes ou nauséabondes, de les incommoder par des bruits intempestifs ou des chants. Il en va ainsi du preneur qui violente le bailleur ou d'autres preneurs<sup>48</sup>.

La question peut se poser sur le point de savoir s'il est possible de stipuler une interdiction d'héberger un tiers. Une telle clause serait difficilement admissible. En effet, le preneur n'héberge, en règle

<sup>45</sup> Soc., 8 juin 1956, Bull. civ. IV, n° 532.

<sup>46</sup> Soc., 6 juin 1966, Bull. civ. IV, p. 479.

<sup>47</sup> Civ., 6 février 1973, Bull. III, n° 91.

<sup>48</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 2 juillet 1997, Gaz. Pal. 1997. 2. 695, note BARBIER : violences exercées par le preneur (locataire exploitant dans les lieux loués un hôtel meublé et condamné pénalement à raison des violences commises sur la personne d'un client).

générale, que des personnes qui lui sont proches. Or sur la question la jurisprudence a jugé qu'une telle clause ne peut viser les proches du preneur<sup>49</sup>, ni donner au bailleur un droit de regard sur la vie privée du locataire<sup>50</sup>. Récemment, d'ailleurs, la Cour de cassation française a est intervenue pour décider que l'hébergement de tiers par le preneur ne pouvait pas être interdit par une clause du bail car cela est contraire au droit à la vie familiale consacré par la Convention européenne des droits de l'homme<sup>51</sup>.

User la chose en bon père de famille impose, en outre, au preneur d'effectuer les réparations des dégradations qui surviennent pendant la durée du loyer. En effet, aux termes de l'art. 1732, le preneur assume la responsabilité des pertes ou dégradations qui surviennent pendant la durée du bail, sauf à administrer la preuve que ces pertes ou dégradations ne sont pas dues à son fait. Il y a présomption de ce que les pertes et les dégradations procèdent du fait que le preneur ne s'est pas comporté en bon père de famille. Le bailleur n'a donc pas à apporter la preuve de la faute du preneur. Il appartient à ce dernier de démontrer la force majeure ou l'absence de faute de sa part. Par application de cette disposition, la Cour d'appel d'Abidjan a décidé que *« le preneur ne supporte pas la dégradation des lieux loués lorsque ces dégradations sont dues à des causes étrangères ; mais il doit supporter les autres dégradations. Il est présumé responsable tant qu'il ne prouve pas, conformément à l'article 1732 du Code civil, que ces dégradations ont eu lieu sans une faute de sa part »*<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Paris, 27 février 1987, D. 1987, IR, 81 ; Paris, 11 juillet 1984, D. 1984, IR, 402.

<sup>50</sup> Paris, 5 février 1988, D. 1988, IR, 59.

<sup>51</sup> Civ., 3<sup>e</sup>, 6 mai 1996.

<sup>52</sup> C.A.A., 12 mars 1976, RID 1978, n° 3-4, p. 99.

Par ailleurs, le preneur est tenu de procéder aux réparations locatives, par opposition aux grosses réparations, lesquelles sont assumées par le bailleur. Les réparations locatives s'entendent de toute réparation qui correspond à l'entretien courant et aux menus travaux destinés à conserver le lieu loué en bon état.

### **B- l'usage de la chose conformément à la destination donnée par le bail**

Le locataire, outre l'obligation d'user la chose en bon père de famille, doit en user en respectant la destination convenue dans le bail ou, à défaut de convention précise, celle qui résulte de l'intention probable des parties ou des circonstances. Le preneur ne peut donc modifier l'usage convenu de la chose louée. Une part considérable de l'abondant contentieux auquel donne lieu la destination de la chose louée est relative à l'affectation à un usage professionnel d'un local destiné à l'habitation. Nombreux sont en effet les contrats dans lesquels est stipulée une clause dite d'« habitation bourgeoise ». Cette clause interdit l'exercice d'une profession commerciale ou artisanale dans les lieux, si ce n'est même, dans certains cas, toute profession.

La lecture juridique de la clause soulève des difficultés. En principe, elle n'est pas incompatible avec l'exercice d'une profession libérale<sup>53</sup>. En revanche, s'il s'agit d'une clause d'habitation exclusivement bourgeoise, toute activité professionnelle est prohibée. A ce propos, la Chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que « *la formule employée*

<sup>53</sup> Soc., 11 octobre 1957, Bull. civ. IV, n° 948 ; RTD civ., 1959. 118, obs. J. CARBONNIER : « *La clause d'habitation bourgeoise contenue dans un bail n'interdisait pas nécessairement toute activité professionnelle dans les lieux lorsqu'elle ne s'accompagne d'aucun autre élément faisant apparaître l'intention des parties en ce sens* ».

*dans le bail était exclusive et interdisait toute occupation autre que bourgeoise et par conséquent, une activité professionnelle »*<sup>54</sup>. Cette solution a été réitérée à propos de l'exercice d'une profession commerciale<sup>55</sup>.

## § 2 - le paiement du loyer

Le loyer est très généralement une dette périodique, le plus souvent mensuelle. Le loyer est une dette ordinaire dont le montant doit être déterminé et dont la date d'exigibilité relève de la convention des parties, sous réserves de délais judiciaires de paiement obtenus par le débiteur (art. 1244 C. civ.). Il est à noter que les pouvoirs publics peuvent intervenir dans la fixation des loyers. En effet, l'art. 12 de la loi du 18 décembre 1977 prévoit que les prix des loyers de locaux entrant dans le champ d'application de la loi « peuvent être taxés conformément à la loi portant réglementation des prix ».

L'article 117 de l'AU précise à son tour qu'en cas de renouvellement du bail et en l'absence d'accord entre les parties, il appartient au juge de fixer le nouveau loyer en tenant compte, bien sûr, d'un certain nombre d'éléments dont : la situation des locaux, leur superficie, l'état de vétusté, le prix des loyers commerciaux couramment pratiqués dans le voisinage pour des locaux similaires.

En ce qui concerne les garanties de paiement, elles sont peu nombreuses. Le bailleur dispose d'un privilège sur les meubles qui garnissent les lieux, ce qui est très souvent une garantie illusoire. D'où la pratique des dépôts de garantie qui équivalent à cinq mois de loyers.

<sup>54</sup> Soc., 19 décembre 1958, Bull. civ. IV, n° 1382.

<sup>55</sup> Soc., 11 mars 1965, Bull. civ. IV, n° 223.

Cela permet au bailleur de récupérer les loyers impayés ou le cautionnement des loyers par un tiers.

## **§ 2 – L’obligation de restitution du locataire**

Le preneur est un détenteur de la chose louée. Et à l’instar de tout détenteur de la chose d’autrui, il devra restituer en fin de bail la chose dans l’état où elle se trouvait lors de son entrée en jouissance, compte tenu de l’usure normale due à la jouissance et de sa vétusté tenant à l’écoulement du temps. Dans cette mesure, le preneur doit conserver la chose en effectuant certaines réparations. Il répond, en principe, de la dégradation de la chose, dégradation qui s’apprécie par rapport à l’état initial. Si le locataire n’effectue pas les réparations, le bailleur obtiendra des dommages-intérêts, uniquement pour réparer le préjudice qu’il aurait subi. Le bailleur peut également se plaindre de la perte de la valeur du bien, du fait du comportement du locataire.

## **SECTION III - les prérogatives du preneur sur la chose**

En dehors du droit d’avoir la jouissance de la chose, le preneur a d’autres prérogatives assez importantes. Elles permettent notamment la survie du bail aux événements qui, normalement auraient du y mettre fin ou l’autorisent à aliéner son droit au bail, ce qui marque bien que ce contrat n’est pas conclu *intuitu personae*.

## § 1 - la persistance du bail en cas d'aliénation de la chose louée

Le bailleur peut vendre l'immeuble loué; mais la vente n'affecte pas le contrat de bail qui va désormais se poursuivre sur la tête du nouveau propriétaire.

L'art. 1743 C. civ. énonce que *« si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier, le colon partiaire ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine »*.

Relativement au bail à usage professionnel, l'AU abonde dans le même sens en indiquant en son article 110 que *« le bail ne prend pas fin par la cessation des droits du bailleur sur les locaux donnés à bail. Dans ce cas, le nouveau bailleur est substitué de plein droit dans les obligations de l'ancien bailleur et doit poursuivre l'exécution du bail »*.

L'acquéreur doit poursuivre le bail. C'est un effet dérogatoire formidable à l'effet relatif des contrats. Un contrat n'oblige normalement que les parties qui l'ont signé, les tiers ne sont tenus que par leurs stipulations.

Ici, le nouveau propriétaire se trouve partie au bail sans l'avoir signé, et du fait de son acquisition.

Quant au preneur, il peut exiger l'exécution du bail de l'acquéreur, alors même qu'il ne le connaît pas.

C'est cette disposition qui a inspiré à un vieil auteur la théorie selon laquelle le preneur dispose non pas d'un droit personnel mais d'un droit réel.

Cette théorie a été abandonnée. Il est préférable de dire que le droit du preneur est un droit proprement reçu (attaché à la chose).

## § 2 - la cession et la sous-location

En principe, elles sont permises par l'article 1717 C. civ. sous réserve d'une clause contraire.

### A- La cession du bail

La cession du bail réalise un changement de preneur. A ce titre, cela affecte le bailleur qui se trouve avec un nouveau cocontractant. En revanche la sous-location n'a pas d'effet direct pour le bailleur. Ce n'est qu'un sous contrat qui ne crée aucun lien direct entre le sous locataire et le bailleur, qui continue de n'avoir des rapports qu'avec le preneur.

Cette cession du bail est souvent interdite par les clauses du bail. Mais même si elle est autorisée, il est rare que le contrat de bail ne comporte pas de clause d'agrément du cessionnaire. L'agrément par le bailleur est normalement discrétionnaire sans réserve de l'abus de droit. Mais lorsqu'il s'agit d'un bail à usage professionnel, le bailleur est tenu d'accepter la cession intervenue à condition qu'elle porte également sur l'ensemble des éléments permettant l'exploitation des activités dans les locaux. A défaut, l'agrément du bailleur relève aussi de sa discrétion<sup>56</sup>.

Si la cession est réalisée en infraction de ces clauses, elle sera inopposable au bailleur. En outre, elle pourra justifier la résiliation du bail. La cession du bail se réalise moyennant un prix versé par le cessionnaire au cédant.

La clause qui interdit la cession cède devant le transfert des contrats imposés lorsqu'une entreprise en redressement judiciaire est cédée à un repreneur.

---

<sup>56</sup> En tout état de cause, les articles 118 et 119 de l'AU exige que la cession soit notifiée au bailleur par signification d'huissier ou par tout acte laissant trace écrite à peine d'inopposabilité.

## **B- La sous-location**

La sous-location constitue un bail qui vient se greffer sur le bail principal. Elle obéit à ses propres stipulations contractuelles. La sous-location est parfois partielle et parfois totale dans quel cas, elle peut prévoir un loyer différent du loyer principal et convenir des charges particulières.

La sous-location ne modifie en rien les rapports du preneur et du bailleur, c'est la raison pour laquelle, sauf clause contraire, elle n'a pas à être notifiée au bailleur. L'article 1753 C. civ. donne au bailleur une action directe contre le sous locataire pour les paiements des loyers mais dans la limite des sommes dues en vertu du contrat de sous-location.

Cependant, relevons qu'en matière de bail à usage professionnel, les règles ci-dessus indiquées sont d'application limitées. D'abord, c'est que la sous-location est en principe interdite. L'alinéa 1 de l'article 121 de l'A.U dispose à ce sujet que « sauf stipulation contraire du bail, toute sous-location totale ou partielle est interdite ». Elle ne peut donc intervenir du seul gré du preneur, qui doit y être autorisé expressément par le bailleur. Même en cas d'autorisation, le texte communautaire impose que le l'acte soit porté à la connaissance du bailleur par tout moyen écrit à peine d'inopposabilité.

## **SOUS-TITRE 2 : LE CREDIT-BAIL**

Le crédit-bail n'est pas un concept nouveau. Il repose sur le principe que l'utilisation et non la propriété du matériel permet de dégager des profits. On peut faire remonter son origine à la Grèce Antique et au Moyen Orient, il y a 5000 ans. On y avait recours pour les transactions agricoles. La mécanisation de l'agriculture et l'avènement de l'ère industrielle ont élargi sa portée. Aujourd'hui, des milliers d'entreprises riches en idées mais à court de trésorerie ont recours au leasing comme solution de financement souple et facile pour augmenter leur productivité et générer des profits.

### **CHAPITRE I : FONCTIONNEMENT DE L'OPERATION**

Le crédit-bail n'est pas une institution inconnue du droit ivoirien. En effet, l'ordonnancement juridique ivoirien donne de constater l'existence d'un texte régissant la question. Il s'agit du décret n° 70-06 du 7 janvier 1970, fixant les conditions dans lesquelles les sociétés de Leasing ou de Crédit-bail sont habilitées à exercer leur activité.

Et aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de ce décret « *les opérations de Leasing ou de Crédit-bail, visées par le présent décret, sont les opérations de location d'immeubles à usage commercial ou d'habitation, de matériel d'outillage ou de biens d'équipement, spécialement achetés par le bailleur en vue de cette location, et dont lesdits bailleurs demeurent propriétaires, lorsque ces opérations, quelque soit leur dénomination, donnent au locataire la faculté d'acquérir, au plus tard à l'expiration du bail, tout ou partie des biens loués, moyennant un prix*

*convenu, tenant compte, au moins pour partie des versement effectués à titre de loyers ».*

A la lecture de cet article, le contrat de crédit-bail apparaît comme un contrat complexe. C'est un contrat spécifique dont les éléments forment un tout indissociable. Juridiquement, elle peut s'analyser comme un contrat de location assorti d'une promesse unilatérale de vente (option d'achat du bien par le locataire qui tient compte des loyers déjà versés). Le contrat de crédit-bail fait état de l'accord entre un propriétaire de biens d'équipement (le bailleur) et une entreprise souhaitant louer ce matériel en crédit-bail (preneur/client). Par le leasing, le preneur détient un droit d'usage du bien en location, moyennant le versement de loyers. Le client s'engage à payer la société de leasing jusqu'au terme du contrat. Il a la possibilité d'acheter le matériel<sup>57</sup>, de le restituer, ou de négocier une prolongation du crédit-bail à l'expiration du contrat initial.

Les éléments constitutifs d'un contrat de crédit-bail sont :

- un contrat de location entre la société de crédit-bail (crédit-bailleur) et le preneur (locataire) ;
- une promesse de vente entre la société de crédit-bail et le preneur.

La chronologie de la formation du crédit-bail est la suivante : le crédit-bailleur procède à l'achat d'un bien qui lui est suggéré par le locataire. Le bien acquis est, ensuite, offert à la location. Le bien est donc acheté en vue de la location<sup>58</sup>. Le locataire doit utiliser le bien à des fins professionnelles. C'est ce qui ressort de la lecture de l'article 1<sup>er</sup> du

---

<sup>57</sup> L'option d'achat du crédit-bail est généralement levée car les entreprises ont recours à cette formule pour devenir *in fine* propriétaires de leur parc matériel.

<sup>58</sup> Cela signifie que le crédit-bailleur doit avoir pour principale activité l'achat de certains biens, non pour revendre immédiatement, mais pour louer. Ainsi, il a été décidé que si le bailleur fabrique lui-même le matériel et le donne en location, on n'est plus en présence d'un crédit-bail, mais un contrat d'une autre espèce.

décret de 1970. Un bien acheté par une société de crédit-bail et qu'elle donne en location pour une utilisation personnelle ne peut entrer dans le champ d'application dudit décret.

Un contrat de crédit-bail comprend en principe les clauses suivantes :

- Le crédit-bailleur reste le propriétaire de l'actif. Le preneur acquiert un droit d'usage et de propriété temporaire ;
- Le preneur est tenu de verser un ou plusieurs loyers à la signature du contrat. Le preneur entre en possession du matériel. Les paiements restants sont normalement effectués à intervalles réguliers ;
- Dans un contrat type, le preneur prend en charge les taxes de propriété, l'assurance et les réparations non couvertes par la garantie.
- Au terme de la période de location, le preneur a l'option d'acheter le matériel, de renouveler le bail, ou de restituer l'équipement au bailleur.

Le crédit-bail est une technique de financement qui ne doit pas être confondue ni avec une location simple que le locataire peut interrompre moyennant un simple préavis, ni avec une location-vente<sup>59</sup> car son intérêt réside dans la faculté du locataire à lever l'option ou à ne pas le faire, c'est-à-dire se rendre propriétaire du bien. Il peut choisir soit de restituer le bien à la société bailleuse, soit reconduire la location pour une nouvelle durée.

---

<sup>59</sup> La location-vente est un contrat par lequel le locataire acquéreur verse pendant un certain temps des mensualités représentant à la fois un loyer et une partie du prix. Il n'acquiert la propriété du bien qu'à la dernière échéance. Dans les deux types de contrat, il n'y a pas transfert immédiat de la propriété. C'est le droit d'option du preneur dans le crédit-bail qui trace la frontière avec la location-vente. Ce droit n'existe pas dans le dernier type de contrat.

## **CHAPITRE II : LES OBLIGATIONS DES PARTIES**

Des obligations réciproques pèsent sur les parties au contrat de crédit-bail.

### **SECTION 1 : LES OBLIGATIONS DU CREDIT-BAILLEUR**

Les obligations du crédit-bailleur sont identiques à ceux du bailleur, dans le bail : une obligation de délivrance et une obligation de garantie.

#### **§1 : L'obligation de délivrance**

L'article 1719 C. civ. impose cette obligation au bailleur. Celui-ci doit délivrer au preneur la chose louée avec ses accessoires. Cette obligation présente une caractéristique particulière dans le leasing. En effet, le bailleur donne mandat au locataire pour procéder au retrait de la chose louée au moment et au lieu que ce dernier indiquera au vendeur. Il est établi un procès-verbal de livraison (ou de prise en charge). Ce procès-verbal contradictoirement entre le locataire-mandataire et le vendeur du bien fait état de ce que le crédit-bailleur s'est acquitté de son obligation de délivrer un matériel en parfait état de fonctionnement. Une fois que le procès-verbal de prise en charge est approuvé par le locataire, il ne peut introduire une demande en résolution du contrat de crédit-bail pour défaut de délivrance. L'approbation du procès-verbal de prise en charge par le locataire libère le bailleur de son obligation de délivrance. Mais, il doit assumer ensuite une obligation de garantie.

## §2 : L'obligation de garantie

C'est encore l'art. 1719 qui met à la charge du bailleur une obligation d'offrir au locataire

Une jouissance paisible de la chose louée. Mais, l'art. 1719 n'étant pas d'ordre public, il est possible aux parties de s'y soustraire par convention. Le locataire peut ainsi assumer la totalité des réparations quelles qu'en soient la cause et l'importance. Dans la pratique du crédit-bail, il est une clause de style que le bailleur sera déchargé de son obligation d'entretien.

Il en est de même de l'obligation de garantie des vices cachés. Cette exonération n'est que la conséquence logique de la liberté dont jouit le locataire dans le choix et les examens techniques du bien loué. Des difficultés apparaissent en cas de défectuosité du bien loué. Lorsque le locataire se heurte à des difficultés résultant de la mauvaise qualité du bien<sup>60</sup>, contre qui doit-il agir ? Contre le crédit-bailleur ou contre le fournisseur (vendeur) ?

Dans la pratique du crédit-bail, le crédit-bailleur, en stipulant sa non-garantie, transmet au locataire, ses actions contre le fournisseur. Il en découle que le locataire exercera directement les actions qui lui ont été cédées contre le fournisseur. Cette situation a agité la question qui a longtemps divisé la jurisprudence : dans l'hypothèse où le locataire, exerçant les actions nées de la vente initiales en obtient la résolution et que cette vente est anéantie, quel sera le sort du contrat de crédit-bail ?

Une partie de la jurisprudence, marquant un attachement strict à la rectitude juridique, considère que l'anéantissement rétroactif de la

---

<sup>60</sup> Vices cachés, défaut de conformité.

vente, puisqu'elle faisait disparaître tout droit de propriété du crédit-bailleur, emportait que celui-ci n'avait pas pu donner en bail le bien. Le contrat de crédit-bail se trouvait donc nul, faute de cause où même d'objet. Le locataire était ainsi libéré.

Une autre partie de la jurisprudence faisait plutôt prévaloir l'économie de l'opération sur la rectitude juridique. On jugeait donc que le financement fourni par le crédit-bailleur et le transfert de ses actions au locataire suffisait à justifier le maintien des obligations du crédit-locataire au paiement des loyers.

La Chambre mixte de la Cour de cassation française, par une série d'arrêt, a pris position en adoptant une solution intermédiaire. Ces arrêts, enseignent que la résolution du contrat de vente entraîne nécessairement la résiliation du crédit-bail sous réserve des clauses ayant pour objet de régler les conséquences de cette résiliation<sup>61</sup>. On remarquera l'emploi du terme « résiliation ». Cela revient à dire que le crédit-bail ne se trouve anéanti que pour l'avenir, et reste ainsi valable pour le passé.

## **SECTION 2 : LES OBLIGATIONS DU LOCATAIRE**

Le crédit-locataire doit utiliser le bien loué avec prudence. Il supporte généralement les réparations et entretiens. Il est tenu également d'utiliser le bien conformément à la destination qui lui a été conférée par le contrat de crédit-bail. Généralement, le contrat de crédit-bail est conclu *intuitu personae* ; le bien ne peut alors être sous-loué.

---

<sup>61</sup> Chambre mixte, 23 novembre 1990, D. 1991, p. 121.

Par ailleurs, le crédit-locataire doit payer les loyers. Il doit exécuter cette obligation avec la régularité convenue, au risque de s'exposer à la résiliation du contrat.

Le preneur doit, s'il ne lève pas l'option d'achat au terme du crédit-bail, procéder à la restitution du bien loué. Il pourra être aussi tenu de resituer le bien avant le terme du contrat, notamment en cas de résolution du contrat pour faute en cours d'exécution. Ce sera le cas si les loyers ne sont pas payés<sup>62</sup>.

### **SOUS-TITRE 3 : LES PRETS**

Le prêt est un contrat par lequel une personne, le *prêteur*, remet une chose à une autre personne, l'*emprunteur*, pour qu'elle s'en serve et la restitue ensuite.

Le prêt de consommation (chapitre I), ou *mutuum*, porte sur des *genera* : l'emprunteur doit restituer une quantité équivalente de *genera* de même nature. Il n'est pas toujours gratuit.

Le prêt à usage (chapitre II), ou *commodat*, porte sur des *species* : l'*emprunteur* doit toujours restituer la chose prêtée elle-même. Il est toujours gratuit sinon il s'agit d'un bail.

### **CHAPITRE I : LE PRET DE CONSOMMATION**

La base est l'article 1892 du code civil : “ *le prêt à la consommation est un*

---

<sup>62</sup> En cas de non-paiement du loyer, le crédit-bailleur se réserve le droit de résilier unilatéralement le contrat. Le locataire doit, non seulement restituer le bien loué au crédit-bailleur, mais payer la totalité des loyers à venir jusqu'à la fin de la location toute taxe comprises, majorée de la valeur résiduelle.

*contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité ”.*

## **SECTION I - La notion de prêt à consommation**

Le prêt à consommation ne porte pas sur les mêmes choses que le commodat.

Pour être l'objet d'un prêt à la consommation, une chose doit être consommable par le premier usage et être fongible. Elle doit être consommable par le premier usage car si elle ne l'était pas, l'emprunteur pourrait la restituer en nature et il y aurait alors un prêt à usage. Elle doit être fongible car sinon, il serait impossible d'en restituer l'équivalent.

En espèce, le prêt à la consommation ne peut porter que sur des choses de genre (comme les aliments), ce qui exclut les immeubles et la plupart des droits incorporels sauf les titres au porteur et la monnaie.

Le prêt d'argent est un prêt à la consommation mais son importance en justifie une étude à part.

Le prêt d'argent apparaît par ailleurs à présent plus comme un contrat de service qu'un contrat portant sur une chose car il se matérialise par le jeu d'écriture et non plus par la remise matérielle de billets de banque.

Il y a une différence essentielle avec le commodat : dans le prêt à la consommation, ce n'est pas seulement l'usage de la chose qui est transféré à l'emprunteur mais aussi la propriété. C'est de la nature des choses consommables que découle cet élément essentiel. En effet, le

seul usage que l'on peut faire de la chose consommable est de la consommer et donc de la faire disparaître.

Il y a une différence essentielle avec le commodat :

Le prêt à la consommation peut être à titre onéreux (article 1905 c. civ.) alors que le prêt à usage est toujours gratuit.

Compte tenu de ces différences, le prêt à la consommation se distingue difficilement d'une forme de dépôt qu'est le dépôt irrégulier (le dépositaire reçoit une chose fongible qu'il devra restituer par équivalent). Dans les deux cas, en effet, le dépositaire et l'emprunteur peuvent consommer la chose et par conséquent en reçoivent la propriété.

Le prêt à la consommation rend service à celui qui reçoit la chose tandis que le dépôt rend service à celui qui remet la chose (l'exemple type est le banquier).

## **SECTION II - les droits et obligations des parties**

Le prêt à la consommation est un contrat réel qui ne se forme que par la remise de la chose. Si un avant contrat est conclu en vue d'exécuter un prêt à la consommation, son inexécution ne pourra donner lieu qu'à des dommages-intérêts, le transfert de propriété ne se réalise pas par l'échange des consentements?

Puisqu'il s'agit d'un contrat unilatéral par lequel l'emprunteur s'engage à restituer une chose fongible, les formalités de l'article 1326 du Code civil doivent être respectées tant que le contrat est civil.

L'article 1326 impose que l'on appose sur le contrat la mention manuscrite en lettre et en chiffre de la quantité ou de la somme qui doit être restituée.

Les effets du contrat sont assez simples. Puisque l'emprunteur est le propriétaire de la chose, il en fait ce qu'il veut. Il n'est pas tenu à une obligation d'entretien car de toute façon il peut restituer l'équivalent. Si la chose périt par cas fortuit, l'emprunteur en supporte les risques puisqu'il en est le propriétaire.

A la fin du contrat, l'emprunteur sera tenu de restituer la même quantité et la même qualité de la chose empruntée, ce pourra avoir lieu avec des intérêts si cela est stipulé dans le contrat.

Le prêteur n'a qu'une obligation qui est de garantir contre les défauts des vices cachés s'il le savait (exemple si les aliments étaient avariés).

## **CHAPITRE II: LE PRET A USAGE (commodat)**

Comme toujours, la notion (section I) commande les droits et obligations des parties (section II).

### **SECTION I- La notion de prêt à usage**

Les éléments essentiels qui fondent ce contrat (§1) permettent de le distinguer d'autres conventions analogues (§2).

#### **§1 - les éléments essentiels**

Le prêt à usage ne peut porter que sur une chose non consommable.

Il y a une obligation de restitution. Cette obligation est de l'essence du prêt à usage. Le prêt est temporaire. La chose prêtée demeure la propriété du prêteur. La restitution doit intervenir au moment convenu, si le prêt est à durée déterminée ou encore plus si la chose a servi pour l'usage pour laquelle elle a été empruntée.

Cependant, l'article 1889 prévoit que le prêteur peut demander la restitution avant le terme, en cas de besoin pressant et imprévu de la chose.

En cas de prêt à durée indéterminée, la Cour peut prévoir que le prêt sera résiliable ad nutum et que l'emprunteur le décidera. Cette clause semble utile à la lumière d'un arrêt du 03/02/1993. Cet arrêt a rejeté la demande en restitution d'un appartement qu'un couple avait prêté à son fils pour qu'il s'y installe avec sa famille au motif que le prêteur ne justifiait ni d'une limitation du prêt ni d'un besoin pressant de le reprendre.

Par ailleurs l'article 1876 du code civil “ *le prêt est essentiellement gratuit* ”. C'est un acte de bienfaisance et un service d'ami.

Contrairement à d'autres contrats, le commodat ne peut pas être à titre onéreux. Si une rémunération est prévue, le contrat n'est pas nul mais cesse d'être un commodat.

## § 2 - distinction avec les autres contrats

### A- la distinction avec la donation et en particulier avec le don manuel

La donation et le commodat sont deux contrats à titre gratuit et les deux comportent la remise d'une chose à une autre.

La donation, spécialement le don manuel, emportent le transfert du droit de propriété de la chose tandis que dans le commodat, le commodataire ne peut qu'user de la chose avec l'obligation de la restituer (*Civ 1ère 20/01/1961* : la bague de fiançailles est une donation mais peut parfois être un prêt à usage quand la bague était un souvenir de famille, la femme rendra la bague si le mariage n'a pas lieu).

### B- distinction prêt à usage/dépôt

Le dépôt comporte les mêmes obligations de restitution à l'égard du déposant. La ressemblance est encore plus frappante quand le dépôt est gratuit.

La différence est que le dépositaire n'a pas droit de se servir de la chose. Sa seule mission est de garder la chose.

### C - distinction prêt à usage/bail

Il n'y a qu'une seule différence : le bail est à titre onéreux alors que le commodat est gratuit.

### **§3 - utilisation du commodat dans les relations d'affaires**

Son utilisation est assez récente et à présent d'une pratique courante (cf. la mise à disposition des chariots dans les supermarchés).

S'agit-il d'un prêt à usage ou d'un contrat à titre onéreux?

La jurisprudence a sans hésitation écarté la qualification de prêt à usage.

Ces contrats ne sont que des accessoires qui sont par nature commerciaux et des opérations de ventes. En tant que tels, ils doivent suivre le régime des contrats principaux. Leur but n'est pas désintéressé

## **SECTION II - les droits et obligations des parties**

### **§1 - l'emprunteur**

Il a un droit : l'usage de la chose. Il a deux obligations : la conservation et la restitution de la chose.

#### **A - l'usage de la chose**

Selon l'article 1880 du code civil " *l'emprunteur est tenu de veiller, en bon père de famille, à la garde de la chose et à la conservation de la chose. Il ne peut s'en servir qu'à l'usage déterminé par sa nature ou par la convention ; le tout à peine de dommages-intérêts, s'il y a lieu. "*

L'emprunteur a le droit de se servir de la chose, ce qui l'oppose au dépositaire, mais il doit en respecter la destination par sa nature ou par la convention. La convention peut en effet fixer un usage en plus de la destination habituelle.

En outre, l'usage n'est conféré qu'à l'emprunteur qui, sauf convention contraire, n'a pas la faculté de prêter à son tour la chose à un tiers. Si l'emprunteur ne respecte pas les limites de l'usage de la chose, il s'expose aux peines de l'abus de confiance. Ex. : des vêtements prêtés par un couturier mais utilisés dans un film pornographique. Il y a eu une peine d'abus de confiance et une résiliation anticipée de la convention aux torts de l'emprunteur et des dommages-intérêts ainsi que l'obligation de remplacer la chose si celle-ci a péri.

## **B - l'obligation de conservation de la chose**

L'emprunteur est tenu de veiller en bon père de famille à la garde et à la conservation de la chose prêtée (article 1880 c. civ.). C'est une obligation stricte car le contrat est conclu dans l'intérêt exclusif de l'emprunteur.

En cas de dommages causés à la chose, l'emprunteur est présumé responsable ; ce qui est normal puisqu'il détient la chose. Il peut cependant s'exonérer en prouvant le cas fortuit mais aussi son absence de faute.

L'emprunteur n'est pas tenu des dégradations de la chose si elles sont faites lors de l'utilisation normale et il prouve son absence de faute. Selon la jurisprudence, l'emprunteur n'est pas responsable d'un incendie survenu en son absence (*Civ. 1ère 6 fév. 1996*). En revanche, l'emprunteur d'une prairie est responsable de la contamination de l'herbe et du

troupeau, causée à la suite d'une séance de ball-trap (*Civ. 1ère 10 oct. 1995*).

### **C - l'obligation de restituer la chose**

Le commodataire doit restituer la chose. En cas de décès, cette obligation passe à ses héritiers. C'est la chose elle-même, et non un équivalent, qui doit être restituée. La chose doit être restituée avec ses accessoires et ses fruits encore pendants. Si la chose a péri, il doit être versé une indemnité égale à cette valeur.

C'est une obligation absolue en ce sens que l'emprunteur ne peut pas en suspendre l'exécution en prétextant qu'il y aurait une créance qu'il n'avait pas à son égard (article 1885 c. civ.).

### **§ 2 - le prêteur**

Le commodat est un contrat unilatéral gratuit conclu dans le seul intérêt de l'emprunteur et par conséquent, le prêteur n'a normalement pas d'obligation envers l'emprunteur.

Cependant le commodat ne doit pas être pour le prêteur une source d'enrichissement ni que son exécution entraîne un préjudice au commodataire.

C'est pourquoi il y a deux obligations à la charge du prêteur

## **A - l'obligation de rembourser les impenses nécessaires (article 1890 c. civ.)**

L'emprunteur doit supporter les dépenses nécessaires à l'usage de la chose.

Les dépenses nécessaires à la conservation de la chose : l'emprunteur doit dans ce cas prévenir le prêteur. Mais en cas d'urgence, l'emprunteur doit avancer les dépenses que le prêteur devra ensuite lui rembourser. L'emprunteur a le droit de retenir la chose tant que le prêteur n'aura pas remboursé.

## **B - le prêteur a la responsabilité des défauts de la chose**

Selon l'article 1981 du code civil : “ *quand la chose prêtée a des défauts tels qu'ils puissent causer un préjudice à celui qui `en sert, le prêteur est responsable, s'il connaissait les défauts et n'en a pas averti l'emprunteur* ”.

Le prêteur n'engage cette responsabilité qu'à deux conditions :

- il faut que les vices de la chose soient cachés, car s'ils étaient apparents, l'emprunteur aurait pu s'en convaincre lui-même ;
- il faut que le prêteur ait connaissance des vices et qu'en dépit de cela, il n'en ait pas averti l'emprunteur.

Il est responsable car il a fait courir à l'emprunteur des risques.

**2<sup>EME</sup> PARTIE : LES CONTRATS DE SERVICE.****TITRE I: LE CONTRAT D'AFFACTURAGE OU L'AFFACTURAGE**

L'étude de la notion d'affacturage et de sa nature juridique (Chapitre 1) offre de pouvoir mettre en exergue les obligations de chacune des parties dans un tel contrat (Chapitre 2).

**CHAPITRE 1- NOTION ET NATURE JURIDIQUE****SECTION 1- Notion d'affacturage**

Son appréhension passe par la présentation de la technique de l'affacturage, des parties à un tel contrat ainsi que des différentes formes que peut revêtir l'affacturage.

**§1- Présentation**

L'affacturage est une création du monde des affaires. Il faut remonter à l'antiquité pour retrouver les traces de ce concept à travers l'activité des marchands phéniciens, grecs ou romains, alors établis dans des comptoirs et qui recevaient les marchandises des producteurs afin de les revendre pour le compte de ces derniers. Au Moyen-âge, le mercantilisme a progressivement laissé place au nomadisme, et les marchands ont développé des colonies commerciales en qualité de dépositaires-vendeurs. Ils assuraient le financement des fournisseurs

des marchandises en dépôt et acceptaient de faire peser sur eux le risque de non-paiement par les débiteurs.

A l'époque moderne, c'est aux Etats-Unis que la technique de l'affacturage a connu un développement prodigieux (19ème siècle) sous l'appellation de « factoring » avant de se répandre dans les autres sphères économiques du monde.

L'arrêté du 29 novembre 1973 relatif à la terminologie économique et financière en France a finalement consacré le terme « affacturage » en lieu et place de « factoring ».

L'affacturage s'annonce alors comme une technique de financement dans les affaires qui permet au créancier d'obtenir une mobilisation anticipée de sa créance.

Concrètement, il consiste dans l'opération suivante : une entreprise industrielle ou commerciale (l'adhérent) transmet ses créances à un établissement spécialisé (le factor ou société d'affacturage) qui, moyennant commission, lui en règle le montant par avance et se charge de leur recouvrement auprès du client de l'entreprise, tout en supportant les risques d'insolvabilité éventuelle sur les créances cédées.

## **§ 2- Les parties au contrat d'affacturage**

L'affacturage met en présence trois (3) personnes :

- Le factor (Société d'affacturage)

C'est le prestataire de service. Il doit remplir certaines conditions afin de conférer des garanties aux clients qui lui confient leurs créances. Peuvent prétendre au statut de factor, seuls les établissements de crédit qui bénéficient d'un agrément délivré par le comité des établissements

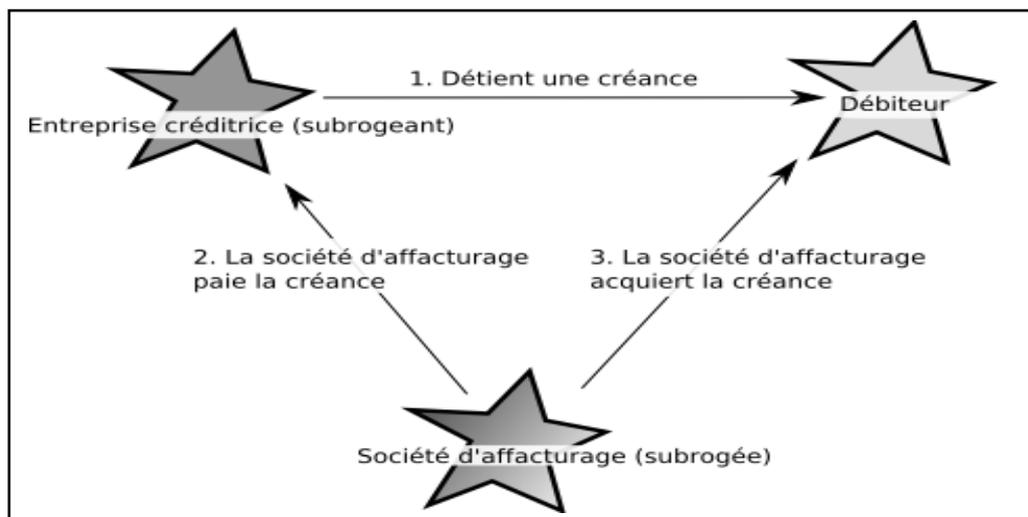
de crédit et qui justifient avoir fait l'objet d'un contrôle opéré par la commission bancaire.

➤ L'adhérent

C'est le bénéficiaire des prestations offertes par le factor. Il s'agit généralement de grosses entreprises qui souhaitent se décharger de la gestion de leurs créances et obtenir de cette décharge une contrepartie qui est un financement et une garantie de recouvrement.

➤ Le débiteur

Il est celui qui en définitive, paie la créance. L'interlocuteur du débiteur est désormais le factor et non plus l'entreprise créancière.



### §3- Les modalités de l'affacturage

Pour s'adapter aux spécificités de l'entreprise, de son activité et de ses clients, le contrat d'affacturage peut revêtir différentes formes.

➤ L'affacturage classique

C'est le contrat le plus usité. La mention de subrogation est inscrite sur la facture. Le poste-clients est directement géré par le factor et le débiteur paye directement à ce dernier.

➤ L'affacturage forfaitaire

C'est une grille qui détermine à l'avance, la ligne de financement et la commission mensuelle calculée selon un barème précis tenant compte du nombre de factures à financer. C'est une solution idoine pour les créations d'entreprises.

➤ L'affacturage non notifié en gestion déléguée dit « Affacturage confidentiel »

Cette technique d'affacturage est destinée à des entreprises réalisant un chiffre d'affaires important et bénéficiant d'une structure financière solide, de compétences techniques et administratives avérées et d'un système d'information performant.

L'entreprise conserve la maîtrise totale de la gestion du poste-clients et ces derniers ne sont pas informés de l'existence du contrat d'affacturage dans la mesure où aucune mention de subrogation n'est inscrite sur les factures. Les règlements lui sont adressés. Ils sont domiciliés sur un compte ouvert dans les livres d'une de ses banques. Le factor apporte la trésorerie et la garantie.

➤ L'affacturage inversé : reverse factoring

L'entreprise, mandate par anticipation, le factor pour payer ses fournisseurs, dès que leurs factures sont bonnes à payer. Les fournisseurs signent un accord autorisant par anticipation le factor à payer en ses lieu et place. L'entreprise peut bénéficier d'un escompte

commercial auprès de son fournisseur. Les fournisseurs facturent l'entreprise (sous forme papier ou électronique). L'entreprise transfère à son factor les factures et les bons à payer inhérents. Elle rembourse le factor à l'échéance normale des factures.

## **SECTION 2 : Nature juridique**

L'économie du contrat imposait la recherche d'une technique juridique permettant le transfert au factor des créances de son adhérent. Mais pour répondre aux nécessités commerciales, ce transfert devait être simple et peu onéreux. Le mécanisme de la cession des créances était inadapté en raison des formalités assez lourdes exigées par l'article 1690 du Code Civil, à savoir la signification par acte extrajudiciaire dont le coût et la lenteur auraient privé l'opération de tout intérêt et l'acceptation du débiteur cédé dans un acte authentique.

Finalement, en l'absence de disposition expresse, le fondement juridique retenu par la doctrine est la technique de la "subrogation conventionnelle" (articles 1249 et suivants du Code Civil). Une jurisprudence unanime a consacré la justesse de leur construction.

L'affacturage opère ainsi une subrogation personnelle. Le factor, dès paiement, est subrogé dans les droits du créancier désintéressé. Il se présente alors au débiteur, non pas comme un gagiste ou titulaire d'un simple droit de préférence, mais comme un nouveau créancier avec tous les droits et prérogatives qui s'y rattachent.

## **CHAPITRE 2 - Droits et obligations des parties**

On les analyse aussi bien du côté du factor, de l'adhérent que du débiteur.

### **SECTION 1 : Le factor**

Le factor est généralement astreint à trois obligations. D'abord, il se doit de gérer les créances de son client. Ce dernier remet au factor ses créances (liquides, certaines et exigibles) accompagnées de documents justificatifs et d'un bordereau auquel est attachée une promesse de subrogation. Le factor se doit de procéder au recouvrement de cette créance.

Ensuite, le factor est tenu d'une garantie dite garantie de bonne fin. Il s'agit de l'engagement par lequel le factor s'oblige à payer la créance de l'adhérent en dépit d'une éventuelle insolvabilité du débiteur. Toutefois, il convient de noter que cette garantie n'est pas généralisée. Elle ne s'applique qu'aux créances qui ont fait l'objet d'un agrément par le factor. De la sorte, les créances qui font l'objet d'un risque économique important, c'est-à-dire les créances pour lesquelles le factor craint un risque élevé d'insolvabilité, sont exclues de cette garantie.

Enfin, le factor s'engage à financer les créances de ses adhérents. Il s'agira pour ce dernier de mettre à la disposition de ses adhérents des sommes d'argent correspondant au montant de leurs créances garanties.

En contrepartie des différentes obligations assumées par le factor, celui-ci reçoit une rémunération, étant entendu que le contrat d'affacturage

est un contrat à titre onéreux. En réalité, cette rémunération revêt deux (2) formes.

Elle peut consister en une commission d'affacturage calculée proportionnellement au montant des créances transmises et des frais de cette transmission.

Elle peut aussi consister en une commission de financement. Il s'agira dans ce cas d'une rémunération versée au factor au titre des avances de trésorerie faites à ses adhérents.

## **SECTION 2 - L'adhérent**

Les principales obligations de l'adhérent ont trait au paiement de la rémunération du factor ainsi qu'à la transmission à ce dernier de toutes les créances certaines, liquides et exigibles ; sauf clause contraire.

Subséquemment, il est exigé à l'adhérent qu'il transmette au factor tous les documents justifiant ses créances ainsi que toutes les informations utiles à leur recouvrement. C'est dire qu'une triple obligation d'information, de loyauté et d'assistance est mise à la charge de l'adhérent.

## **SECTION 3 - Le débiteur**

Une obligation principale pèse sur le débiteur. Il s'agit de l'obligation de payer le montant des créances détenues par le factor en vertu de la subrogation conventionnelle créée par le contrat d'affacturage.

Sur le fondement de cette subrogation, il est reconnu le droit au débiteur d'opposer au factor toutes les exceptions issues de ses rapports personnels avec l'adhérent.

## **TITRE II : LE FORFAITAGE OU FORFAITING**

Le **forfaitage** est une forme particulière de financement par achat d'effets de commerce qu'on rencontre dans le commerce international. Il importe d'appréhender sa notion et son régime juridique.

### **CHAPITRE 1 – Notion**

#### **SECTION 1 - Définition**

Le terme forfaitage vient du français forfait qui signifie renoncer.

Dans une transaction internationale, l'exportateur-vendeur renonce à ses droits d'être payé ultérieurement par son client. En échange, il obtient un paiement immédiat de sa créance escomptée par le forfaitaire, à charge pour ce dernier de mener une action récursoire contre le client.

En d'autres termes, le "forfaitage" ou "forfaiting" est une opération de crédit appelée aussi escompte sans recours ou escompte à forfait, par laquelle un établissement de crédit acquiert à un prix forfaitaire une créance découlant d'une transaction commerciale effectuée avec l'étranger. Cette opération se matérialise généralement par l'escompte d'effets de commerce généralement avalisés par la banque du débiteur.

#### **SECTION 2 - Le fonctionnement du forfaitage**

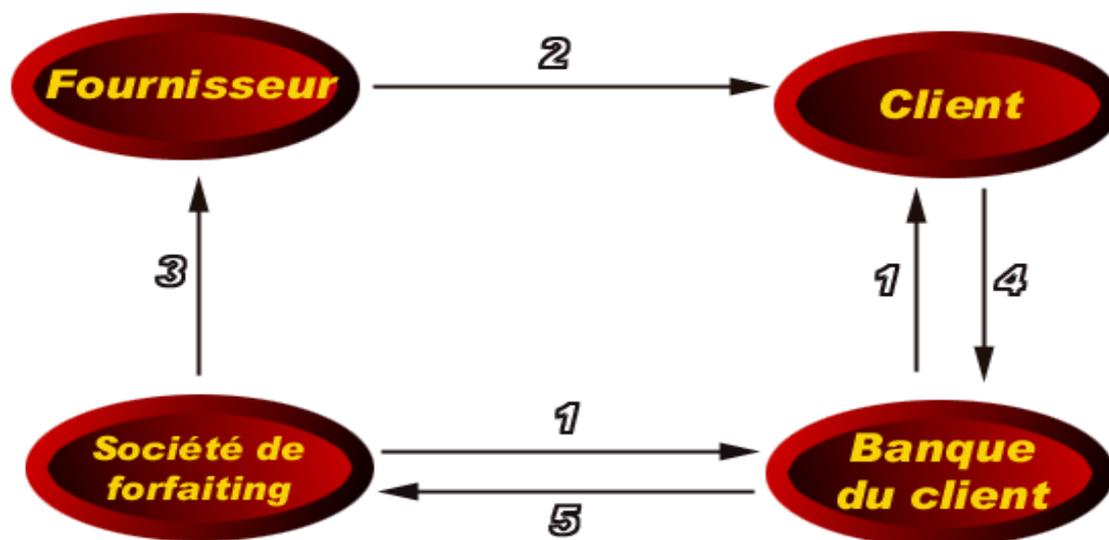
La conclusion du contrat de forfaitage met généralement en rapport trois (4) personnes : un exportateur appelé fournisseur, un importateur

appelé client, la banque du client qui garantit ses achats à l'exportateur et une entreprise ou société de forfaitage.

Tout commence par un contrat commercial portant sur la livraison, à crédit, de biens de production, qui est conclu entre l'exportateur ou fournisseur et son client appelé importateur. Le contrat ainsi conclu est constaté par une traite.

Ensuite, une fois la livraison de la marchandise effectuée, le fournisseur prend attache avec une entreprise de forfaitage à laquelle il présente les traites à l'effet de les faire escompter.

Enfin, une fois l'escompte effectué, le forfaiteur se retourne, à l'échéance indiquée par la traite, vers le client, notamment vers sa banque, pour obtenir paiement à son tour.



### SCHEMA DE FONCTIONNEMENT DU FORFAITING

## **CHAPITRE 2- Le régime juridique et avantages du forfaitage**

### **SECTION 1- Le régime juridique**

Le forfaitage est une opération de crédit par laquelle le forfaitaire, qui est en réalité un établissement de crédit, acquiert la créance du fournisseur contre son client. Cette opération opère une cession de créance. Mais elle a ceci de particulier que l'entreprise de forfaitage s'engage à ne pas exercer de recours contre le cédant ainsi que contre le ou les bénéficiaires précédents, indépendamment du fait de savoir si le débiteur effectuera ou non son paiement. L'exportateur ou cédant se trouve dégagé de tout risque et c'est à l'inverse un véritable risque qu'accepte de courir le forfaitaire en contrepartie d'une plus-value sur la traite qu'il entend escompter et qui est fixée dès la signature du contrat. C'est pourquoi, la pratique exige que les traites (billets à ordre) soient avalisées par une institution financière.

La technique du forfaitage est applicable pour tous les types de créances commerciales (billets à ordre, crédit documentaire, lettre de change etc.). Elle peut porter à la fois sur un contrat à venir ou sur un contrat en cours d'exécution. Toutefois, elle ne peut être utilisée que pour des opérations dont l'échéance se situe au-delà de 90 jours.

### **SECTION 2- Les avantages**

Le forfaiting est un mécanisme du commerce international qui facilite la vente des produits. Il permet de compléter l'offre commerciale d'un

crédit fournisseur allant de quelques mois à plusieurs années selon le pays et la banque garante.

Il permet également au fournisseur d'obtenir paiement sans risque de retard à travers la technique de l'escompte.

En outre, il améliore la trésorerie du fournisseur à travers le rachat de ses créances, lesquelles créances sortent définitivement de son bilan.

Enfin, elle permet au fournisseur de garder intact ses lignes de crédit disponible, qui peut ainsi les utiliser pour d'autres opérations.

### **NB : Distinction forfaitage/affacturage**

Ces deux instruments sont assez proches mais possèdent quelques différences qu'il convient de relever.

#### **- La durée de financement**

L'affacturage est essentiellement un moyen de financement à court terme, alors que le forfaitage est un moyen de financement à moyen et à long terme. En effet, les opérations de forfaitage ne peuvent être utilisées pour des périodes inférieures à 90 jours.

#### **- L'objet de la garantie**

Alors que dans l'affacturage la garantie porte sur le client débiteur de la créance, en forfaitage, la garantie réside dans la banque garante du paiement du débiteur.

D'autres distinctions plus spécifiques existent qui détaillées dans le tableau ci-après :

	<b>Affacturage</b>	<b>Forfaitage</b>
<b>Durée des créances</b>	Sauf dérogation < 120 jours	De 30 jours à 5 ans, voire 7 ans
<b>Pays</b>	Essentiellement domestique. A l'international OCDE et parfois pays émergents	OCDE + pays émergents Utilisable dans certains pays émergents où l'affacturage n'est pas possible
<b>Produits</b> <b>Type d'opérations</b>	Tous produits Rachat de créances, recouvrement, gestion du poste client Globalité de la cession	Biens d'équipement Rachat de créance « sans recours ». Opération au coup par coup

<b>Créance matérialisée par</b>	une lettre de change ou un billet à ordre avalisé par la banque du client	Des factures
<b>Montant concerné</b>	Faible	Minimum 50 000 €, mais plutôt des gros montants
<b>Coût</b>	Dépend des opérations traitées	Prime liée au pays. Taux d'escompte sur la durée (intérêts débiteurs). Commission d'engagement
<b>Cadre juridique à l'international</b>	Convention d'Ottawa du 28 mai 1988 (Unidroit)	Uniform Rules for Forfaiting (URF) de l'ICC

### **TITRE III : LE CONTRAT D'ENTREPRISE**

C'est un contrat par lequel une personne s'oblige contre une rémunération à exécuter un travail déterminée en toute indépendance. Il recouvre une grande variété de services. Existe t il encore un contrat d'entreprise unique soumis à des règles communes ou plutôt ce contrat est il devenu la « bonne à tout faire » des contrats spéciaux servant à héberger des contrats inclassifiables mais n'ayant que peu de choses en commun? Les contrats d'entreprise sont régis par des lois spéciales contenues dans les articles 1787 à 1799 du code civil. Ces dispositions ont des lacunes et sont désuètes mais sont toutefois très utiles. Les lois déterminent les conditions d'accès à un marché. Sauf quand existent de clauses abusives, les lois parlent peu des responsabilités des prestataires de service. Parmi les contrats d'entreprise, l'un a particulièrement retenu l'attention : le contrat d'entreprise de construction. La loi ayant pour objet d'édicter des règles sur les rapports entre les parties au contrat, le législateur a tenté de moraliser la pratique de la sous-traitance qui a connu un développement considérable dans tous les secteurs où se concluent des contrats d'entreprise notamment en matière immobilière.

## **CHAPITRE I - LE DROIT COMMUN DU CONTRAT D'ENTREPRISE**

### **SECTION 1 - la formation du contrat d'entreprise**

La formation du contrat d'entreprise relève du droit commun des contrats ; notamment, il est un contrat consensuel qui ne nécessite aucune forme ; sauf exceptions légales et soumis aux règles ordinaires de preuve. Il est parfait dès qu'il y a accord sur le travail à fournir. Un accord préalable sur le prix n'est pas nécessaire ; le devis, quoique de plus en plus fréquent, n'est pas une obligation. La preuve du contrat d'entreprise est soumise aux règles du droit commun. Des difficultés s'élèvent à propos de la preuve de l'étendue de la mission de l'entrepreneur. L'entreprise doit prouver que les réparations sont celles qui ont été commandées, et il ne peut pas obtenir le paiement des réparations non commandées même s'il prétend avoir agi au mieux des intérêts de son client. La facture de l'entreprise ne fait pas la preuve sauf si elle est acceptée par le client. En l'absence de stipulation contractuelle, et s'il existe un désaccord sur le prix, le juge tranchera.

### **SECTION 2 - Distinction du contrat d'entreprise avec les contrats voisins**

#### **§1 - distinction avec le mandat**

Le mandat confère au mandataire le pouvoir d'accomplir des actes juridiques tandis que l'entrepreneur n'exécute que des actes matériels

.Le mandat confère au mandataire un pouvoir de représentation. Les actes qu'il conclut lient le mandant et seulement lui. Mais l'entrepreneur agit pour lui-même et ne représente pas son client qui est appelé le maître de l'ouvrage. Il faut cependant observer que ce second critère de distinction est moins net que le premier car il existe de nombreux mandats sans représentation. Par ailleurs, bon nombre d'opérations confiées par une personne à un intermédiaire comporte à la fois des actes matériels et des actes juridiques (ex : un agent immobilier cherche des clients au nom du vendeur, organise des visites de la maison à vendre mais va aussi conclure le contrat de bail au nom du bailleur).

Très souvent, la loi qualifie souvent le contrat quand il est trop complexe. Le promoteur immobilier est mandataire pour certaines prestations et est entrepreneur pour d'autres. La loi peut aussi choisir elle-même les règles applicables et la discussion sur la qualification du contrat est sans objet.

Si n'existent pas de dispositions légales, les tribunaux se fonderont sur de nombreux critères, principalement sur l'existence ou non d'un pouvoir de représentation de l'intermédiaire.

## **§2 - Distinction avec le contrat de travail**

A l'origine, la distinction était mince, voire inexistante. Dans le Code civil, le contrat d'entreprise est nommé « louage d'ouvrage » et le contrat de travail « louage de service ». A l'époque l'entrepreneur était d'autant plus subordonné sur le plan économique qu'un salarié, et

souvent l'opération exécutée était identique. L'entrepreneur était rémunéré à la tâche ou à la pièce et le salarié au temps.

Aujourd'hui, ce critère de distinction est en théorie simple et unique : le salarié est juridiquement subordonné, l'entrepreneur ne l'est pas. Le salarié doit se conformer aux ordres de son employeur contrairement à l'entrepreneur qui peut travailler en toute indépendance. Le salarié n'est pas responsable des défauts de l'ouvrage alors que l'entrepreneur l'est.

Cependant, certains salariés travaillent avec beaucoup d'indépendance et de nombreux petits entrepreneurs sont très dépendants de leur donneur d'ordres.

Il y a un autre critère de distinction qui est la possession d'une clientèle propre et l'absence ou la présence de contraintes horaires.

### **§3 - Distinction avec le contrat de bail**

La jouissance d'une chose est parfois accompagnée d'une prestation de service (comme la location d'une voiture avec chauffeur).

La qualification est celle de la prestation principale (le contrat de location de voiture avec chauffeur est dominé par un contrat de bail).

Cependant, aujourd'hui, on a souvent recours au critère tiré de la maîtrise de la chose : il y a bail quand le client a la maîtrise de l'objet et est un contrat d'entreprise quand l'entrepreneur conserve le contrôle de

l'usage de la chose - ex : *Civ 1ère 11 mars 1986* sur la location de chevaux.

### **SECTION 3 - les effets du contrat d'entreprise**

Le contrat d'entreprise est un contrat synallagmatique ; il impose donc des obligations réciproques à l'entrepreneur (§1) et au maître de l'ouvrage (§2).

#### **§1 - les obligations de l'entrepreneur**

Ses obligations sont complexes et varient d'un contrat à un autre.

On en dénombre quatre :

**A - l'entreprise doit exécuter elle-même le travail sans pouvoir se substituer un sous-traitant.**

La sous-traitance est totalement exclue de certains contrats qui sont fortement marqués par l'intuitu personae. Lorsque l'intuitu personae est moins fort, cela est permis avec l'accord du client. Les résultats de l'intervention sont appréciés de façon variable suivant les professions et les usages qui les gouvernent. Les délais d'exécution sont ceux qui sont convenus entre les parties ou à défaut un délai raisonnable. La violation de ces délais peut entraîner le versement de dommages et intérêts ou la résolution du contrat. Il est fréquent pour les contrats importants que la convention mette à la charge de l'entreprise des pénalités de retard.

## **B - la responsabilité de l'entreprise**

Il faut noter une grande variété de règles suivant les contrats envisagés. On doit recourir à la distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyen, pour y mettre de l'ordre.

> L'obligation de résultat pesant sur l'entreprise : il est présumé responsable s'il démontre que la mauvaise exécution de la prestation est due à la force majeure ou qu'il n'a pas commis de faute.

> L'obligation de moyen : l'entreprise n'est responsable que si le maître d'ouvrage établit que la mauvaise exécution de la prestation provient d'une faute. Selon une proposition, l'obligation serait seulement de moyen pour les prestations intellectuelles et de résultat pour les prestations matérielles.

Les prestations intellectuelles sont des actes de conseil dans lesquels l'entrepreneur s'engage seulement à mettre tout en œuvre pour atteindre un résultat mais sans le garantir. La prestation matérielle porte sur un objet corporel. L'obligation est de résultat car le plus souvent la tâche commandée ne présente pas d'aléa (ex : c'est le cas des prestations d'un garagiste ou d'un réparateur). Le plus souvent, ils peuvent s'exonérer par la preuve d'une absence de faute. Il faut préciser que les clauses de non-responsabilité figurant parfois dans les contrats ne sont valables que dans des conditions de droit commun.

**C - le devoir de conseil** : (on ne prend pas ici en compte le cas particulier des entreprises de conseil qui doivent fournir un conseil).

Toutes les entreprises doivent un conseil à leur client en dehors de la prestation promise. C'est une obligation accessoire mais d'ordre public. L'étendue de ce devoir de conseil est plus ou moins importante suivant la qualité et la compétence du client, cela est relatif.

### **D - l'obligation de sécurité**

Les produits en service offerts par l'entreprise doivent présenter une sécurité raisonnable pour son client et pour la santé corporelle. C'est une obligation d'ordre public. Elle peut être de moyen ou de résultat en fonction du contrat envisagé. Elle est de moyen lorsque le client joue un rôle actif et de résultat lorsqu'il joue un rôle passif.

## **§2 - les obligations du maître d'ouvrage**

Outre les obligations accessoires, telles que faciliter l'exécution de la tâche, le client a deux obligations principales : payer le prix (A), et prendre livraison et réception de la chose vendue (B).

### **A – payer le prix**

#### *1- le montant du prix*

Le prix rémunère un travail plus les matériaux. Le montant dépend de nombreux facteurs qu'il est difficile d'évaluer.

La technique la plus simple est celle du marché à forfait : le prix est fixé d'avance et il n'est pas révisable ; la nature et l'étendue des prestations doivent être déterminées avec suffisamment de précision. En effet,

l'entreprise ne pourra pas ensuite réclamer un supplément pour des travaux non prévus sauf si le client est d'accord et sauf si le maître d'ouvrage par ses exigences charge l'objet et l'étendue des travaux.

Cette technique du marché à forfait est utilisée pour des travaux d'une certaine importance. Autrement, les commerçants ont l'habitude de se référer à des barèmes professionnels. Ils ne deviennent contractuels que si le client les accepte.

Aux termes d'une jurisprudence récente, la Cour de cassation estime que les tribunaux peuvent réviser des honoraires excessifs, au moins lorsqu'il s'agit de profession libérale.

## *2 - le règlement du prix*

Il est exigible dès la réception des travaux. Si les travaux sont importants, les conventions prévoient souvent des acomptes au fur et à mesure.

L'entrepreneur se munit souvent des garanties de paiement qui sont d'autant plus nécessaires que la résolution du contrat ne peut pas lui procurer la restitution en nature de son travail. L'entrepreneur peut mettre en œuvre l'exception d'inexécution si le client ne verse pas d'acompte. Il peut aussi mettre en œuvre le droit de rétention sur la chose ou les pièces remises tant qu'il n'est pas payé. L'entrepreneur bénéficie par ailleurs de privilèges légaux : ainsi le réparateur bénéficie pour les frais de conservation des privilèges de l'article 2102-3° du code civil ou encore le bénéfice du privilège immobilier de l'article 2103-4°.

## **B- livraison et réception**

La prise de livraison et la réception sont des obligations du maître de l'ouvrage qui n'apparaissent que lorsque l'entreprise est relative à une chose.

### ***1- Prise de livraison***

Comme dans la vente, le maître de l'ouvrage (le client) doit prendre livraison de la chose au temps fixé. S'il s'agit d'objets mobiliers destinés à être façonnés, réparés ou nettoyés, qui n'ont pas été retirés dans le délai, l'entrepreneur peut se faire autoriser par le juge d'instance à les vendre aux enchères publiques et se faire payer sur le prix. La prise de livraison constitue un acte matériel, alors que la réception est un acte juridique.

### ***2- Réception***

La réception n'est concevable que lorsque le contrat d'entreprise a une chose pour objet. Elle est surtout pratiquée dans les contrats de construction, où elle présente un particularisme.

## **§3 - l'extinction du contrat d'entreprise**

Le contrat d'entreprise a des causes d'extinction qui, à deux égards, échappent au droit commun des contrats. Pas le paiement, bien sûr : le contrat est éteint lorsque ses obligations sont accomplies. De la même manière, il est soumis à la résolution pour inexécution. La première cause d'extinction spéciale au contrat est le décès de l'entrepreneur

(article 1795). Le décès de l'entrepreneur met fin au contrat d'entreprise. En fait, cette règle ne s'applique que dans les contrats où l'intuitu personae est marqué. Le décès du maître d'ouvrage n'a aucune incidence sur l'exécution du contrat. La résolution du contrat d'entreprise peut intervenir dans les conditions du droit commun. Ensuite, quand il s'agit de marchés à forfait (tous les forfaits, pas seulement ceux de construction), le maître a une faculté de résiliation unilatérale du contrat moyennant dédommagement de l'entrepreneur (article 1794).

Cette règle est dérogatoire au droit commun des contrats, puisque le contrat n'est pas conclu pour une durée indéterminée et que la faculté de résiliation unilatérale n'est accordée qu'au maître, non à l'entrepreneur.

## **CHAPITRE 2 - LE CONTRAT D'ENTREPRISE DE CONSTRUCTION**

Son importance économique est considérable car il couvre tout le secteur du bâtiment. Chaque opération de construction comporte des enjeux financiers importants, tant pour le maître d'ouvrage finançant que pour les constructeurs, mais aussi pour l'architecte appelé le maître d'ouvrage.

Le développement des bâtiments collectifs multiplie ces enjeux financiers.

Dans le schéma simple, l'opération a lieu entre le maître d'ouvrage, l'entrepreneur et un architecte éventuel.

Dans le schéma complexe, l'opération comprend presque toujours une multitude d'entreprises ainsi que les assurances, les banquiers et les acheteurs des appartements qui ne sont pas toujours les maîtres d'ouvrages.□

Pendant longtemps, le législateur ne s'en est guère préoccupé mis à part quelques règles sommaires contenues dans le Code civil.

Le secteur de la construction était le royaume de l'amateurisme. De nombreuses réformes ont essayé de moraliser le secteur à la suite de scandales retentissants. La loi s'est surtout préoccupée du consommateur. L'effort du législateur a porté sur la définition de la responsabilité des constructeurs grâce à la loi « Spinetta » du 4/1/1978. En revanche, en ce qui concerne le prix de la construction, on s'en est tenu aux dispositions initiales du Code civil.

## **SECTION 1 - le prix**

Il est déterminé suivant les règles du marché à forfait, qui a pour caractéristique essentielle de ne pas pouvoir être modifié. Il est fixé dès le départ et ne peut pas être révisé. C'est un marché à tout risque. Quelques soient les circonstances, sauf si le maître d'ouvrage donne son accord écrit et convient du prix avec l'entrepreneur.

### **§1 - le domaine d'application du marché à forfait**

L'article 1793 du Code civil pose une règle dérogatoire au droit

commun et à la liberté contractuelle. Elle est d'interprétation stricte. Pour qu'il y ait marché à forfait, quatre conditions cumulatives doivent être réunies :

### **A- le marché doit avoir été passé avec le propriétaire du sol**

Cette condition résulte de la lettre de l'article 1793. Cela a eu pour conséquence d'exclure les sous traitants qui concluent leurs contrats avec une entreprise et qui, par voie de conséquences, sont libres de réviser leur prix comme ils l'entendent. Ceci pèsera sur le coût final de l'opération pour le maître d'ouvrage.

L'entreprise générale ne sera pas autorisée à récupérer la hausse effectuée par les sous-traitants dans son propre prix.

Néanmoins, l'incidence de cette hausse poussera l'entreprise générale à exiger du sous-traitant de comprimer le prix au détriment de la qualité de ses prestations.

### **B - il doit comporter l'exécution de travaux de bâtiment**

Le terme de bâtiment implique qu'il s'agisse de constructions édifiées sur un terrain, ce qui exclut par exemple les bâtiments flottants ou les travaux effectués sur un bâtiment ne relevant pas de l'article 1793.

Il faut une véritable construction, ce qui implique une modification de gros œuvre.

### **C - il doit comporter l'exécution de travaux de bâtiment**

Il n'y a de marché à forfait que si le maître d'ouvrage souscrit à une description précise des travaux. La question est donc de savoir à partir de quand la description est suffisamment précise. En général, le marché se conclut sur un plan et sur un devis qui peut comprendre des séries de prix articles par articles.

La Cour de cassation estime que l'absence d'un devis descriptif n'ôte pas au marché son caractère forfaitaire pourvu que le prix global ait été définitivement arrêté.

### **D - le prix global doit être déterminé**

Ce prix global doit être déterminé et être définitif. N'est pas suffisante l'évaluation situant le prix entre deux chiffres, ni même une évaluation fixant un prix plafond ou encore un prix qui serait approximatif.

Toute clause autorisant l'adjonction de travaux supplémentaires sans en fixer le prix ou autorise la modification des travaux prévus, retire au marché son caractère forfaitaire.

### **§2 - les majorations exceptionnellement permises**

Selon l'article 1793, seuls les travaux supplémentaires autorisés par un écrit du maître d'ouvrage peuvent faire l'objet d'un supplément de prix. Il faut que cet écrit comporte la description des travaux autorisés et leur montant. L'écrit est exigé *ad validitatem*.

En aucun cas il ne peut être suppléé par un autre mode de preuve comme le commencement de preuve par écrit.

La jurisprudence a introduit une seconde exception : la règle du forfait est évincée lorsque le maître d'ouvrage exige des modifications bouleversant l'économie du contrat c'est-à-dire lorsqu'il demande des modifications d'une importance telle qu'elles n'entrent plus dans les prévisions du projet original.

En dehors de ces deux cas, les travaux supplémentaires effectués ne donnent pas lieu à rémunération.

## **SECTION II - la responsabilité des constructeurs**

Dès l'origine, le Code Napoléonien avait appliqué au constructeur un régime de responsabilité particulièrement sévère. Les architectes et les entrepreneurs étaient responsables de plein droit de la perte totale ou partielle de l'édifice par suite d'un vice de la construction. Cette responsabilité ne cédait que devant la preuve d'un cas de force majeure. Toutefois cette responsabilité ne s'appliquait qu'aux dommages dans un délai de 10 ans à compter de la réception de l'ouvrage.

Cette législation ne dura pas longtemps. L'augmentation du nombre des intervenants à l'opération de construction rendait aléatoire la recherche du constructeur responsable, chacun d'entre eux se renvoyant la balle.

La difficulté fut résolue par la jurisprudence qui avait imposé la

responsabilité *in solidum* de tous les constructeurs. Mais les recours sont illusoires en raison de l'insolvabilité.

Il y a eu une réforme complète en France par la loi du 4/1/1978 dite « loi Spinetta ». La proposition de loi avait pour objectif d'assurer au maître d'ouvrage une protection plus effective et le développement de structures individuelles de production.

Cette proposition de loi avait aussi comme objectif la modernisation de ce secteur de l'économie.

Cette loi, pour assurer une meilleure protection des usagers, s'est placée sur le terrain du droit des assurances.

Elle a institutionnalisé la pratique fréquente de la « police - maître de l'ouvrage ». Cette police est une assurance contre les dommages qui oblige l'assureur à indemniser le maître d'ouvrage avant toute recherche de responsabilité, quitte pour lui à récupérer ensuite le montant de l'indemnité auprès des différents constructeurs en établissant leur rôle respectifs dans la production du dommage. La charge d'établir la responsabilité sera transférée sur la tête d'un assureur.

En outre, la loi a rendu obligatoire l'assurance responsabilité des entreprises et a simplifié la procédure de règlement des sinistres.

Cette loi ne s'est que peu intéressée à la responsabilité des architectes et des entrepreneurs. Au lieu de simples retouches, elle en a fait table rase. Elle a institué une garantie nouvelle dite de « parfait achèvement » tandis qu'elle a amélioré les garanties décennales et biennales et a maintenu une responsabilité de droit commun en dehors de ces deux garanties.

## §1 - la garantie de parfait achèvement

Cette garantie couvre les vices apparents qui se sont manifestés lors de la réception de l'ouvrage ainsi que ceux intervenus dans l'année qui a suivi la réception. Le maître de l'ouvrage doit mettre l'entrepreneur en demeure de réparer ces désordres dans les 90 jours pour les vices apparus lors de la réception et dans les 60 jours pour les autres. Si l'entreprise ne défère pas à cette mise en demeure, le maître de l'ouvrage peut faire effectuer les réfections par une autre entreprise et aux frais de l'entrepreneur défaillant. Il n'a même pas à demander l'autorisation préalable du juge. Il n'interviendra qu'a posteriori pour condamner l'entrepreneur défaillant par voie de référé avant le début des travaux de réfections.

## §2 - les garanties décennales et biennales

Ces garanties ont pour objet les vices cachés.

- La garantie décennale, qui est la plus importante, couvre tous les vices cachés à la condition qu'ils compromettent la solidité de l'ouvrage ou le rendent impropre à sa destination. La jurisprudence interprète largement ces deux conditions.
- la garantie biennale couvre les mauvais fonctionnements des éléments d'équipement qui ne rend pas l'immeuble impropre à sa destination.

### **§3 - la responsabilité de droit commun**

C'est une responsabilité résiduelle qui s'ajoute aux garanties précédemment examinées. Cette responsabilité est mise en œuvre lorsque l'on se trouve en dehors du champ d'application du contrat.

EX : la réception de l'ouvrage n'a pas eu lieu et le dommage se produit en cours de chantier ; ou encore le vice est un vice intermédiaire qui échappe à la garantie décennale car bien qu'affectant l'ouvrage, il n'en compromet pas la solidité et échappe aussi à la garantie biennale car cela n'affecte pas un élément d'équipement ou encore lorsqu'il existe une faute extérieure au contrat ou un dol de l'entrepreneur.

Cette action se prescrit par 10 ans sauf en cas de faute extérieure ou de dol où la prescription est de 30 ans.

## **CHAPITRE 3 - LA SOUS-TRAITANCE**

C'est un phénomène économique important surtout dans le secteur de la construction. Il est rare qu'une entreprise de construction exécute seule le marché. En général, elle fait appel à d'autres entreprises spécialisées dans l'exécution de certains travaux. La sous-traitance est l'opération par laquelle une entreprise, le sous-traité, confie à une autre, le sous-traitant, tout ou partie du contrat d'entreprise ou de marché public conclu avec le maître d'ouvrage. Il n'est pas rare que le sous traitant lui-même sous traite à son tour une partie des travaux qui lui ont été confiés. Ces sous-traitants créent des relations entre les premières et les troisièmes personnes. Le maître

d'ouvrage n'a normalement aucun lien contractuel avec le sous-traitant et ne devrait pas pouvoir rechercher sa responsabilité pour la mauvaise exécution des travaux et le sous traitant ne devrait pas pouvoir lui réclamer le paiement du prix. Cette situation nuit gravement aux entreprises sous-traitantes, dont la survie dépend des grandes entreprises générales.

Puisque les sous-traitants ne pouvaient être payés que par les grandes entreprises, la faillite de celles ci entraîne celle d'une multitude de sous-traitants.

La loi du 31/12/1975 en France s'est efforcée d'offrir des garanties de paiement au sous traitant en lui donnant la possibilité de demander le règlement de ses prestations au maître de l'ouvrage. En effet, trop souvent les sommes destinées à payer le sous traitant, qui étaient versées à l'entreprise principale disparaissaient dans la faillite de cette entreprise, avant d'avoir été rétrocédées au sous-traitant.

Cette loi a amélioré le sort des sous-traitants, mais elle l'a aussi limité.

Un projet de loi modificatif va peut-être être voté prochainement.

## **SECTION I - la conclusion de sous-traités**

En principe, l'entreprise doit exécuter lui-même la prestation sauf dans le marché public où la sous-traitance requiert l'accord du maître de l'ouvrage.

La conclusion du sous-traité n'exige en principe aucune forme, sauf dans le secteur de la maison individuelle où il doit être écrit et comporter certaines mentions sous peine d'amende.

Le projet de loi significatif en France étend ces dispositions à tous les contrats de sous-traitance de plus de 20000 francs sous peine de nullité du sous-traité.

Pour assurer le paiement du sous traitant, la loi impose une condition de fond pour la validité du sous traité qui est la caution solidaire d'un établissement de crédit et on doit déléguer son débiteur au sous-traitant. La sanction est la nullité du sous-traité. Le maître d'ouvrage doit veiller au respect de cette disposition dès lors qu'il prend connaissance de l'intervention d'un sous-traitant et ce, sous peine d'engager sa propre responsabilité, c'est-à-dire d'être déclaré débiteur des honoraires du sous-traitant. Les dispositions sont rarement respectées, car personne n'a intérêt à leur respect, mais également parce que cela rendrait le marché de la construction très coûteux.

Il est fait obligation à l'entrepreneur principal de soumettre le sous - traitant à l'agrément du maître d'ouvrage. Cet agrément peut être tacite mais doit porter sur la personne du sous traitant et aussi sur ces conditions de paiement. Le maître d'ouvrage a un droit discrétionnaire de réformer l'agrément. Cet agrément est essentiel car il ouvre une action directe du sous-traitant contre le maître d'ouvrage.

## **SECTION II - Le paiement du sous-traitant**

La question essentielle est de savoir si le sous traitant peut demander le paiement.

Son débiteur naturel est celui avec lequel il a contracté, c'est à dire l'entrepreneur principal. Cette action se heurte trop souvent à la faillite de l'entreprise principale. Pour remédier à cet état des choses, la loi de

1975 en France a mis en place un réseau de débiteurs subsidiaires qui est soit la caution bancaire, soit le maître de l'ouvrage contre lequel le sous traitant dispose d'une action directe. L'action directe n'est attribuée qu'au sous traitant agréé.

Cette action est donnée à tous les sous-traitants, qu'ils soient de premier ou de second rang. Cette action directe est mise en œuvre par une mise en demeure que le sous traitant adresse à l'entrepreneur principal, une copie sera envoyée au maître d'ouvrage. A partir de la réception de cette copie, le maître d'ouvrage doit garder les sommes dues à l'entreprise principale et les affecter au paiement du sous traitant.

### **SECTION III - La responsabilité du sous-traitant**

La responsabilité envers l'entrepreneur avec qui il a contracté. Le sous-traitant est tenu d'une obligation de résultat.

Le plus souvent, l'entrepreneur principal appellera le sous-traitant en garantie lorsqu'il sera lui-même assigné par le maître d'ouvrage. L'entrepreneur principal disposera alors d'une action contractuelle de droit commun non fondée sur l'article 1792 du Code civil (elle est différente de celle des constructeurs mais égale à celle générale du contrat d'entreprise).

Envers le maître d'ouvrage, le sous-traitant n'est lié par aucun contrat. Par conséquent, la cour de cassation estime qu'il n'engage que sa responsabilité délictuelle (*Ass. Plén. 12/7/1991*). En conséquence le

maître d'ouvrage doit prouver une faute du sous-traitant. Cette solution est généralement et à juste titre critiquée.

Le maître d'ouvrage devrait en effet pouvoir bénéficier contre le sous-traitant d'une action de type contractuelle.

## TITRE IV - LE CONTRAT DE DEPOT

Le dépôt est un contrat de services par lequel une personne, le *déposant*, remet une chose mobilière à une autre, le *dépositaire*, à charge de la garder et de la restituer à la première demande.

L'objet du dépôt est la garde de la chose à la différence du prêt où il s'agit de l'usage de la chose.

Dans le dépôt, c'est le *dépositaire* qui rend service au *déposant* or dans le prêt, l'*emprunteur* utilise la chose, c'est un service qu'on lui rend.

### **Le contrat de dépôt est à la fois :**

- *Contrat réel* : le contrat n'est formé que par la tradition de la chose déposée (mobilière, sauf séquestre) (Art 1919) ;
- *Contrat unilatéral* : les obligations découlant du contrat (garde et restitution) ne sont qu'à charge du *dépositaire*, sauf convention contraire ;
- *Contrat à titre gratuit* : le dépôt est en principe un contrat naturellement gratuit, mais il l'est de moins en moins.

Le dépôt proprement dit (ou dépôt volontaire), est le dépôt de droit commun, librement consenti, par opposition au dépôt nécessaire. Bien, que l'article 1915 pose que c'est un « acte », il est, avec quelques nuances, un contrat.

Ce que précise l'article 1921 : « le dépôt volontaire se forme par le consentement réciproque de la personne qui fait le dépôt et de celle qui reçoit ».

## **CHAPITRE I - CONDITIONS**

La capacité et les vices du consentement relèvent de la théorie générale du contrat. Le pouvoir est soumis à une règle un peu spéciale procédant de l'article 1922 : « le dépôt volontaire ne peut régulièrement être fait que par le propriétaire de la chose déposée, ou de son consentement exprès ou tacite ». La jurisprudence a assoupli cette règle en admettant que celui qui a un droit quelconque sur la chose, ainsi l'usufruitier, le gagiste et même le transporteur pouvait valablement la remettre en dépôt ; le propriétaire doit alors rémunérer le dépositaire, tout au moins s'il s'agit d'un dépôt salarié, à condition que le détenteur ait bien agi, compte tenu des circonstances. Au contraire, si le dépôt est fait par une personne démunie de pouvoirs sur la chose, le propriétaire peut la revendiquer, sans avoir à indemniser le dépositaire, sauf l'effet de la gestion d'affaires.

La preuve du dépôt volontaire est soumise au droit commun.

## **CHAPITRE II - EFFETS**

Accessoirement (puisque le contrat est habituellement unilatéral), des obligations pèsent sur le déposant (section I) ; les obligations principales sont à la charge du dépositaire (section II).

## **SECTION I - obligations du déposant**

Le Code civil (article 1947) prévoit que deux obligations peuvent éventuellement naître à la charge du déposant. Eventuellement : ce qui implique que le dépôt est un contrat synallagmatique imparfait. Mais si la convention ou l'usage imposent au déposant de rémunérer le dépositaire, il s'agit d'un contrat synallagmatique pur et simple.

Première obligation : elle a pour objet le remboursement des dépenses exposées par le dépositaire pour la conservation de la chose.

Seconde obligation : elle est prévue par l'article 1947.

Le Code civil accorde au dépositaire un droit de rétention.

## **SECTION II - obligations du dépositaire**

La principale obligation du dépositaire est d'abord de garder la chose en y apportant le même soin qu'à sa propre chose (§1) ; il doit surtout la restituer, à peine d'engager sa responsabilité (§2). Il est également tenu de deux autres obligations, négatives et satellites : ni utiliser les choses qui lui ont été confiées, ni en forcer le secret, ce qui limite ses pouvoirs (§3).

### **§1 - garde**

La garde prévue par l'article 1927 est l'obligation essentielle. Si elle manque, il n'existe pas de dépôt. Toute remise d'une chose pour une autre fin n'est pas un dépôt. ; le dépositaire est de par sa nature un gardien conservateur, non un détenteur fructificateur. Il doit garder la chose afin d'empêcher qu'elle ne soit volée ou dépérisse. Le dépositaire

est tenu, en raison de son obligation de garde, à une vigilance et un entretien de la chose ; au moins un entretien normal ; les soins exceptionnels ne sont dus que si une clause particulière l'impose. De même, il est obligé d'assurer la chose déposée contre l'incendie ou le vol. L'étendue qu'ont les obligations de surveillance et d'entretien dépend de la nature de la chose.

## **§2 - Restitution et responsabilité**

Le dépositaire ou le sous dépositaire doit restituer la chose reçue sauf à engager sa responsabilité. Les deux questions sont liées : c'est lors de la restitution que le déposant pourra s'apercevoir de la mesure dans laquelle de le dépositaire s'est acquitté de ses obligations, a été infidèle ou négligent.

## **§3 - Pouvoirs**

Les pouvoirs du dépositaire comportent deux limites.

D'une part il n'a ni le droit d'usage (article 1930) ni le droit de jouissance (article 1936) sur la chose, sauf autorisation expresse ou présumée du propriétaire (article 1930) ; en ce cas, le dépôt se rapproche du prêt à usage.

D'autre part, il est, sauf stipulations contraires tenu, d'une obligation de discrétion, ce qui implique, en terme archaïque, l'article 1931.

## TITRE V : LE CONTRAT DE MANDAT

Le mandat est l'un des contrats les plus anciens. Il était indispensable au commerce, surtout en matière maritime car lui seul permettait d'établir des contacts entre des personnes présentes et non présentes.

Il n'est pas utile uniquement dans le commerce, il l'est également dans la vie civile.

C'est un contrat par lequel une partie charge une autre d'accomplir des actes juridiques en son nom et pour son compte.

Pendant longtemps, jusqu'au XIX<sup>ème</sup>, il reste un service d'ami hormis les contrats de commission pratiqués dans le commerce.

C'est de cette façon que le Code civil l'a conçu : comme un service d'ami. A l'époque de la rédaction du Code civil, ce n'était pas un contrat important ni un grand contrat.

Le Code Napoléonien ne lui a consacré que 27 articles et le Code de commerce contient aussi des articles sur la commission et le courtage.

A part cela, ce n'était pas un contrat important.

Puis il y a eu un développement des activités de service et donc une « explosion » du mandat.

En même temps, il a changé de nature ; il recouvre aujourd'hui une grande diversité d'activités dans de nombreux domaines. Il est à présent aux mains d'agences professionnelles.

En conséquence de quoi, il y a eu un éclatement du mandat en de sous contrats, chacun étant propre à une profession.

S'il est en principe gratuit, en pratique il est la plupart du temps rémunéré. Aujourd'hui, quand il est confié à un mandataire

professionnel, la jurisprudence estime qu'il est présumé onéreux (Com 12/12/1995).

## **CHAPITRE I - LES ELEMENTS ESSENTIELS DU MANDAT**

### **SECTION I - Objet du mandat**

C'est l'accomplissement d'un acte juridique pour le nom et le compte du mandant. C'est une obligation de faire, en conséquence de quoi on applique au mandat le régime de l'obligation de faire. C'est un contrat conclu intuitu personae, le juge ayant le pouvoir de fixer ou de réviser la rémunération du mandataire.

Le mandataire doit accomplir un acte juridique, ce qui le distingue de l'entrepreneur qui doit, lui, faire pour autrui un acte matériel.

Le courtier a un rôle de rapprocher les parties, il n'est donc pas un mandataire mais un simple entrepreneur.

Le mandataire peut aussi accomplir les actes matériels quand ils sont nécessaires à la conclusion de l'acte juridique. Ces actes sont accessoires à la mission principale.

L'acte qui est prît peut être de natures diverses.

Dans certains cas, il y a un formalisme de l'acte à accomplir, ce qui a une influence sur la forme du mandat lui-même. Il y a le principe du parallélisme des formes.

Le mandataire n'agit pas pour lui mais pour le compte d'autrui, c'est à dire que l'acte signé par le mandataire produira ses effets sur la tête du mandant.

Seul le mandant assumera les obligations nées de cet acte et c'est lui uniquement qui pourra en tirer des bénéfices.

Le mandataire est un tiers par rapport à l'acte conclu, même si indirectement il peut y être intéressé.

Le mandataire agit pour le compte du mandant et le plus souvent il agit aussi au nom du mandant. Le mandat emporte normalement la représentation du mandant par le mandataire. Cela entraîne l'obligation pour le mandataire de communiquer le nom du mandant au tiers contractant.

Cependant, il existe des mandats sans représentation. Le plus connu est le contrat de commission. Le commissionnaire contacte en son nom propre et pour le compte d'un commettant. Il ne dévoile pas le nom du commettant mais pourra éventuellement se retourner contre lui en invoquant les règles du mandat.

## **SECTION II - L'indépendance du mandataire**

Le mandataire agit en toute indépendance, bien que la même tâche puisse être confiée à un salarié qui, lui, serait subordonné à son donneur d'ordres.

Cependant la distinction est parfois délicate à mettre en œuvre, car certains salariés sont indépendants tandis que certains mandataires sont très dépendants. L'exemple type est le gérant d'une chaîne de magasin (Félix Potin). Ce gérant est un mandataire très dépendant et il est assimilé à un salarié par le Code du travail et par le Code de la sécurité sociale. Cela était un moyen d'éviter les lois sur le contrat de travail car

le gérant pouvait être licencié sans de lourdes indemnités. On leur applique ce statut de salarié depuis une réforme législative.

On peut cumuler un mandat social et un contrat de travail. C'est un problème bien connu en matière de société commerciale. Le contrat de travail est ici dangereux car il constitue un obstacle à la libre révocabilité du mandat social.

Le contrat de travail n'est possible que s'il correspond à un exercice effectif de deux fonctions différentes.

## **CHAPITRE II - LA FORMATION DU MANDAT**

On n'envisage ici que les cas des représentations contractuelles. En effet, beaucoup de cas de représentations d'origine légale ou judiciaire (comme les pouvoirs qu'un époux a sur les biens communs ou ceux qu'il a pour contracter des dettes ménagères lui viennent de la loi. Le tuteur tient ses pouvoirs soit de la loi soit d'un juge).

Dans tous ces cas, c'est la loi ou le juge qui détermine l'étendue de ses pouvoirs aux représentants.

Le mandat proprement dit est d'origine contractuelle ; c'est lui qui détermine l'étendue des pouvoirs du mandataire. Le pouvoir du mandataire revêt donc une considérable importance.

### **SECTION I - Les règles de fond du mandat**

Une particularité doit être soulignée en ce qui concerne la capacité.

S'agissant du mandant, la capacité requise est celle exigée par l'acte passé. Si c'est une vente, le mandant doit avoir la capacité de disposer de la chose, sinon le mandat est nul. En revanche et en principe, le mandataire peut être incapable : selon l'article 1990 du Code civil, un mineur non émancipé peut être mandataire.

Cela est compréhensible car l'acte passé n'oblige que le mandant et non le mandataire. Il est cependant dangereux de donner un mandat à un incapable car un incapable ne peut pas répondre de la mauvaise exécution du contrat.

Par ailleurs, l'objet du mandat doit être déterminé. Cet objet peut être spécial et viser uniquement un acte à effectuer sur un bien ou il peut être général mais dans ce cas, l'article 1988 prévoit qu'il n'embrasse que les actes d'administration.

La rémunération du mandataire, s'il en est prévue une, n'a pas à être fixée dans l'acte. Le juge peut la déterminer après coup.

Constituant l'objet du mandat, l'acte à effectuer lui communique de plus ses caractères. Si cet acte est illicite, le mandat lui-même sera nul pour objet illicite

## **SECTION II - Les règles de preuve**

Le mandat obéit au principe du consensualisme. Il peut être tacite et résulter de l'exécution des actes passés par le mandataire (article 1985 du code civil).

Dans certaines circonstances, il va plus loin et on estime que le silence du mandat suffit à caractériser l'existence du mandat.

L'article 1432 pose le principe que l'époux qui prend en main la gestion des biens de l'autre sans opposition de ce dernier est censé voir reçu mandat tacite couvrant des actes d'administration et de gestion à l'exclusion des actes de dispositions.

Quand le mandat est un contrat civil, sa preuve doit se faire par écrit au-dessus de 500 francs. Pour les mandats commerciaux, le droit commercial pose le principe de la libre preuve.

Des exigences supplémentaires peuvent être prévues pour certains contrats.

Les modes de preuve sont ceux du droit commun avec une précision importante. L'exigence d'un écrit s'impose non seulement entre les parties mais aussi aux tiers qui ont contracté avec le mandataire.

En effet, ce tiers sait qu'il contracte avec une personne qui agit au nom d'autrui. Il connaît donc l'existence du mandat et peut en exiger la justification. Il a même un grand intérêt à le faire pour qu'il puisse vérifier l'étendue des pouvoirs du mandataire. Le mandat est d'interprétation stricte ; le mandant n'est véritablement engagé que par les actes répondant rigoureusement aux pouvoirs donnés. Le mandataire chargé de recevoir un paiement par chèque n'a pas le pouvoir d'accepter une paie par lettre de change.

Cependant exiger la justification du mandat pour chaque acte nuirait aux exigences du commerce et notamment à l'exigence de rapidité.

Théorie du mandat apparent : un acte peut être passé par un mandataire alors qu'il n'a pas le pouvoir de le conclure ou qu'il a des pouvoirs insuffisants. En vertu de cette théorie, le pseudo-mandataire va être engagé comme un mandant authentique quand le tiers

contractant a légitimement pu croire en l'existence et en l'étendue des pouvoirs du pseudo-mandataire.

Cette théorie a de nombreuses applications surtout dans le domaine des affaires ou dans celui de la gestion des biens familiaux encore que cette théorie soit en recul dans le secteur où elle est née : le droit des sociétés.

### **CHAPITRE III - LES OBLIGATIONS DES PARTIES**

Le mandat, s'il produit des effets, crée des obligations et des droits entre le mandant et le mandataire.

#### **SECTION I - les obligations du mandataire**

Le mandataire a deux obligations : exécuter sa mission, qui est son obligation principale (§1) et rendre des comptes (§2).

##### **§1 - Exécution du mandat**

Le mandataire doit exécuter la mission qui lui a été impartie. Selon les pouvoirs qui lui ont été conférés, il a une faculté d'initiative plus ou moins étendue, l'obligeant à procéder au mieux des intérêts du mandant. Il engage sa responsabilité s'il fait un acte inopportun ou ne fait pas un acte opportun.

Le mandataire engage sa responsabilité de manière différente envers le mandant et envers les tiers avec lesquels il traite. Il est responsable

envers le mandant du dommage causé par sa faute, même si elle n'est ni dolosive, ni lourde, ni grave (article 1992 al 1) et sa responsabilité est contractuelle.

A l'égard des tiers, le mandataire n'engage sa responsabilité contractuelle qu'exceptionnellement, car la représentation établit un lien direct entre le tiers et le mandant. Ce n'est qu'en cas de représentation imparfaite, le mandataire ayant traité en son propre nom, il engagerait sa responsabilité contractuelle envers les tiers, sauf son recours contre le mandant.

## **§2 - Rendre des comptes**

Sauf s'il en avait été dispensé, le mandataire doit rendre compte au mandant de sa gestion, c'est-à-dire l'informer de l'accomplissement de sa mission et lui restituer les sommes reçues en vertu de sa procuration, même si elles ne lui étaient pas dues (article 1993). Ces sommes ne peuvent en effet rester entre ses mains, car il ne les avait pas reçues pour lui, mais pour le mandant.

## **SECTION II - les obligations du mandant**

Le mandant a des obligations envers son mandataire (§1) et surtout, envers les tiers (§2).

## **§1 - Envers le mandataire**

D'une manière générale, afin d'assurer l'exécution du mandant, le mandat doit fournir au mandataire les moyens nécessaires pour l'exécution de sa mission, le rembourser de ses avances et des frais qu'il a engagés (article 1999 al 1). Il doit également l'exonérer de ses obligations, l'indemniser de ses pertes sauf si elles sont causées par sa faute (article 2000) ; et lui payer les honoraires convenus, dus que si le mandat est valable.

## **§2 - Envers les tiers**

Envers les tiers, le mandant est lié comme s'il avait traité lui-même sans avoir employé d'intermédiaire, ce qui est la conséquence de la représentation (article 1998). Il se trouve engagé même par le dol de son mandataire. Mais il n'est tenu que dans la mesure où le mandataire a eu un consentement sain et avait le pouvoir de le représenter.

## **TITRE VI : LE CONTRAT DE COMMISSION**

### **CHAPITRE 1- Définition et caractères**

#### **SECTION 1 - Définition**

Le contrat de commis est un contrat très important du droit des affaires. D'ailleurs, cette activité est prévue par l'Acte uniforme OHADA relatif au droit commercial Général en son article 3 qui énumère les actes de commerce par nature.

Il s'agit d'un contrat particulier en ce sens qu'il n'assure pas représentation : le commissionnaire agit pour le compte du commettant mais en son propre nom, là où le mandataire agit au nom et pour le compte du mandant.

Le contrat de commission ou encore « l'opération de commission », comme l'indique avec beaucoup d'à-propos un auteur, pour en souligner sa complexité, se présente comme un contrat « opaque » à l'égard des tiers contractants du commissionnaire ; Ceux-ci ont le sentiment de contracter avec la personne du commissionnaire tout en sachant que tel n'est pas le cas, puisque le commissionnaire se présente comme tel, c'est-à-dire un simple commissionnaire; mais le commettant demeure en principe inconnu. Il reste que la proximité entre le contrat de mandat et le contrat de commission existe.

## **SECTION 2 - Caractères**

Le contrat de commission s'observe généralement dans le domaine commercial ; dans le droit des instruments de paiement par exemple, on parlera du tirage pour compte. Mais il peut être un contrat civil ou même mixte (civil pour l'une des parties, commercial pour l'autre) et prospère dans certains domaines particuliers : c'est le cas de la commission de transport, la commission d'achat ou encore de la commission en Douane (dans le cadre des opérations de transit). En matière douanière, le commissionnaire en Douane agréé (CDA), généralement connu sous la dénomination de transitaire, peut s'engager à effectuer des opérations de dédouanement pour le compte d'un particulier qui importe un bien à usage personnel ou pour le compte d'un commerçant, conformément à l'article 80 du code des Douanes.

## **CHAPITRE 2 - Missions, droits et obligations des parties dans le contrat de commission**

### **SECTION1 - Missions, droits et obligations du commissionnaire**

Les obligations du commissionnaire sont les plus nombreuses et se résument principalement en celles du mandataire. Par conséquent, il est tenu d'accomplir la mission qui lui est confiée : acheter pour un commissionnaire à l'achat, vendre pour un commissionnaire à la vente, organiser un transport pour un commissionnaire de transport ... tout en respectant les instructions du commettant, relatives au prix de vente ou

d'achat, aux conditions de la vente notamment, sauf à engager sa responsabilité.

Il doit par ailleurs communiquer au commettant les informations sur la situation du marché qu'il est chargé de prospecter. Il doit alors rendre compte de l'exécution de sa mission et il répond à l'égard du commettant de l'inexécution de ses obligations. Il en rend même compte de façon plus sévère que le mandataire ordinaire dans la mesure où il est un professionnel, censé avoir une parfaite maîtrise des rouages du secteur d'activité dans lequel il exerce.

La Jurisprudence semble cependant considérer que le commissionnaire est tenu d'une obligation de moyens<sup>63</sup>, hormis le cas des marchandises qui lui ont été remises.

Par ailleurs, le commissionnaire ne peut se porter « contrepartiste » c'est-à-dire qu'il ne peut en aucun cas conclure l'opération pour son compte, il ne peut pas acheter ce qu'il est chargé de vendre par exemple. Auquel cas, il agirait contre les intérêts du commettant en préservant ses propres intérêts. Il s'agit d'une hypothèse de conflit d'intérêts bannie en droit des affaires.

La sanction serait la nullité du contrat conclu en violation de cette prohibition.

Enfin, le commissionnaire bénéficie d'un privilège spécial pour garantir ses créances de commission, lequel grève toutes les marchandises qui passent entre ses mains et qui est associé à un droit de rétention.

---

<sup>63</sup> Ph. Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, n°3876.

**SECTION 2 - Les obligations du commettant**

Elles ne sont guère originales par rapport à celles du mandant. Indiquons juste que le commettant est tenu de rembourser tous les frais et dépenses ainsi que les pertes subies par le commissionnaire.

**CHAPITRE 3 - Effets du contrat à l'égard des tiers.**

L'opacité qui caractérise ce contrat n'est pas sans poser des difficultés, notamment à l'égard des tiers contractants du commissionnaire.

Ainsi, le commissionnaire agit en son propre nom et point au nom du commettant. De ce fait, il ne révèle pas le nom du commettant au tiers et il apparaît aux yeux du tiers contractant comme un vendeur, comme un transporteur ou comme un acheteur et est tenu à ce titre. On admet même qu'il est tenu alors que le tiers contractant connaissait l'identité du commettant. En matière douanière par exemple, lorsqu'une infraction est constatée dans la déclaration tirée par le commissionnaire, l'Administration des Douanes est en droit de poursuivre le commissionnaire pour le paiement des droits compromis et autres amendes relatifs à cette infraction ; le commissionnaire et le commettant étant même considérés comme des codébiteurs solidaires. Dans le même ordre d'idées, le commissionnaire à la vente qui aurait vendu alors que le commettant n'est pas à mesure de livrer le tiers, peut voir sa responsabilité être engagée par ce tiers.

Le commissionnaire agit cependant pour le compte du commettant. Les effets du contrat conclu entre le commissionnaire et le tiers se réalisent, à la vérité, entre le patrimoine du commettant et celui du tiers contractant. Ainsi que le commissionnaire à la vente ou à l'achat ne devient jamais propriétaire des marchandises qu'il est chargé de vendre ou d'acheter. C'est en ce sens que l'on peut parler d'un phénomène de représentation imparfaite dans le contrat de commission.

Le commissionnaire n'est cependant pas tenu à la place du tiers dans ses rapports avec le commettant. A titre d'illustration, le commissionnaire ne doit pas au commettant le prix de la vente impayé par le tiers. Toutefois, en matière de transport, le commissionnaire est garant du bon déroulement de l'opération à l'égard du commettant : il garantit alors le paiement par le tiers et l'exécution de ses obligations par le tiers.

L'une des difficultés qui se pose est alors de savoir sur quel fondement les rapports entre le tiers et le commettant peuvent s'engager. En la matière, une action directe du commettant contre le tiers, et réciproquement est souvent envisagée.

**BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE**

ANTONMATTEI P. –H. et RAYNARD J. , Droit civil, Contrats spéciaux, Litec, 3è éd. 2002.

BENABENT A., Les contrats spéciaux civils et commerciaux, Montchrestien, 6è éd. 2004.

COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE Ph., Contrats civils et commerciaux, Précis Dalloz, 7è éd. 2004.

HUET J. , Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux, LGDJ, 2è éd. 2001.

MALAURIE Ph., AYNES L. et GAUTIER P. –Y., Droit civil, Les contrats spéciaux, Defrénois, 2007.

MAINGUY D. , Contrats spéciaux, Dalloz coll. « Cours » 3è éd. 2002.