

**Chargé de cours : Effi Kokora**

**CONTRATS SPECIAUX**

**COURS M1**

**UFHB**

## **INTRODUCTION**

Dans nos activités professionnelles ou pour des besoins d'ordre privé, nous passons quotidiennement les contrats les plus divers, au point où déjà en 1935 un juriste du nom de Josserand écrivait « nous vivons de plus en plus contractuellement »

Afin de donner plus de sécurité juridique aux parties et parfois aussi pour édicter certains principes impératifs, le législatif est venu préciser la manière dont se concluent et s'exécute les plus importants d'entre eux.

De ce fait, au corps des règles applicables à tous les contrats, qu'énoncent les articles 1101 et suivants du code civil (Formation ; consentement ; forme, cause, objet ordre public..., exécution : en nature, résolution, risques, dommages intérêt...) viennent s'ajouter dans notre droit des régimes spécifiques, adaptés aux principales opérations concrètes que les contrats d'entreprise ou prêt, mandat...

Que ces règles particulières existent, et qu'elles se multiplient, est le résultat d'un processus de spécialisation croissante, le résultat d'un processus d'appréhension juridique de plus en plus fine des réalités économiques.

Il en résulte qu'on distingue d'une part le droit commun des contrats, qui forme avec celui de la responsabilité civile et des quasi-contrats ce qu'on nomme « la théorie générale des obligations » que nous étudions en deuxième année DEUG II, et d'autre part le droit spécial des contrats. D'où l'intitulé qu'on

donne volontiers à l'étude, spécifique, des divers phénomènes contractuels : « les contrats spéciaux »

Mais, comme l'expression n'est guère compréhensible pour le profane, on lui préfère parfois celle des principaux contrats usuels ».

L'expression « contrats spéciaux » présente l'avantage qu'on ne saurait étudier des formes particulières que peuvent présenter les contrats ; car elles sont innombrables.

Ainsi Les contrats dits « spéciaux » font l'objet d'un corps de règles qui leur est nommément applicable, au-delà du droit commun des contrats.

Le droit spécial des contrats prolonge le droit commun des contrats qu'il enrichit de règles adaptées à chaque opération particulière.

Parmi les principaux contrats spéciaux figurent, avant tout, ceux que rédacteur du code civil ont dotés de règles spécifiques, comme le prévoit l'article 1105 du code civil.

ce texte, qui éclaire tout le titre du code sur la théorie générale des contrats et annonce les titres propres à certains contrats déclare :

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

Mais l'expansion du phénomène contractuel n'est pas seulement d'ordre quantitatif. Les contrats sont divers et de plus en plus spécialisées par exemple, il n'Ya pas un seul type de contrat de vente mais des types de ventes obéissant à des régimes différents, selon qu'il porte sur un bien meuble ou immeuble.

De même en matière de transport, les régimes applicables varient selon les modes de locomotion, c'est à dire qu'il s'agit d'un transport routier, maritime, fluviale, aérien.

En somme, les contrats sont aujourd'hui très hétérogènes et les règles du code civil ont du mal à épouser les nouveaux contrats tels que le crédit-bail, la location d'équipement informatiques.

Il apparaît dès lors nécessaire d'appréhender les règles applicables à ces divers contrats spéciaux. Tel est justement l'objectif au cours des contrats spéciaux.

Dans celui-ci il s'agit d'enseigner les dispositions propres à chaque contrat ou catégories de contrats indépendamment des règles applicables à l'ensemble des contrats relevant de la théorie générale des obligations.

Autrement dit, il s'agit de voir les règles spéciales qui organisent les contrats les plus usuels.

C'est un droit qui enseigne par exemple quels sont les droits et obligations du vendeur, du locataire, du mandataire...

Le droit des contrats spéciaux apparait ainsi plus concret et plus réaliste que la théorie générale des obligations.

Le code civil est la principale source des droits des contrats spéciaux. Il organise les contrats comme la vente, le bail, le prêt, le dépôt ou le mandat. A tous ces contrats, le code civil donne un

nom. C'est pourquoi ils sont généralement connus sous le nom de contrats nommés.

On observera cependant que la liste des contrats nommés n'a rien de rationnels. Elle ne tient compte des contrats les plus usuels à l'époque de la rédaction du code civil. Il existe aujourd'hui des contrats règlementés par le législateur mais qui ne figure pas dans le code civil.

Le code civil pose aux articles 1101 s. le droit commun des contrats. L'article 1105 précise ainsi que « Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux.

Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières. »

Il pose également le régime applicable à un certain nombre de contrats spéciaux : échange, vente, dépôt... outre certains contrats dont les régimes sont énoncés dans d'autres codes : contrat de travail, contrat de consommation

C'est le cas du bail à usage d'habitation, du bail commercial et du crédit-bail.

A côté du code civil la jurisprudence joue également un rôle important en tant que source des contrats spéciaux.

<En cette matière, la jurisprudence joue son rôle habituel de suppléance et d'adaptation des textes en vigueur. Plus que dans d'autres parties du droit, en droit des contrats spéciaux la pratique joue un rôle très important.

En effet les contrats spéciaux sont dans la plupart des cas pré-rédigés par des notaires ou des organisations professionnelles. Ceux-ci dans leur rédaction créent souvent de nouvelles formes contractuelles soit en combinant plusieurs types de contrats (droit de dépôts ventes ou crédit-bail) soit en créant de toute pièce une convention originale (la distribution sélective). Il suit de tout ce qui précède que les contrats sont non seulement divers mais aussi de sources variées.

Eu égard au nombre des contrats spéciaux, il serait osé de vouloir les étudier tous dans un cours de contrats spéciaux. Une délimitation s'avère donc nécessaire. De nombreux contrats spéciaux seront écartés car font aujourd'hui l'objet d'une discipline autonome (contrat de donation que l'on étudie avec le droit des régimes matrimoniaux, des successions et des libéralités. Il en va de même des contrats de société, des assurances, de travail, des contrats intéressants les propriétés littéraires et artistiques ou les contrats de transport).

Mais il n'est pas possible d'exclure du champ d'application des cours de contrats spéciaux des contrats tels que la vente le prêt, le mandat, le bail, l'échange, les contrats de distribution, d'entreprise, le crédit-bail, le contrat de franchise. Es contrats ainsi retenus sont incontestablement divers. Mais ils présentent un certain nombre de similitudes qui permet de les classer en trois grands groupes : certains portent sur des biens (vente et

bail), d'autres sur des services « mandat, contrat d'entreprise) et d'autres non plus ne portent ni sur les biens ni sur les services mais plutôt sur la production et la distribution « contrat de concession)

## **PREMIERE PARTIE LES CONTRATS SUR LES CHOSES**

- Les contrats sur les choses sont ceux par lesquels le maître d'une chose autorise autrui à en retirer avantages et utilités. La présence d'une chose irradie sur le contrat.
- Elle influe sur sa formation (régime du prix ; remise de la chose dans les contrats réels) ; elle est au cœur de son exécution ( obligation de délivrance, de conservation de restitution.
- Les contrats sur les choses sont souvent amenés à correspondre entre eux, une règle créée pour l'un sera souvent adoptée ou imitée par les autres ( obligation de garantie ) ; parfois ils s'associent pour donner naissance à de nouvelles formules contractuelles (ainsi du crédit-bail ). Il y'a bien là une famille unique que les besoins de l'étude commandent.
- Dans les contrats sur les choses on distingue :
  - a- les contrats translatifs de propriété
  - b- les contrats de mise à disposition

## **TITRE I LES CONTRATS EMPORTANT TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ**

Le paysage des contrats translatifs de propriété est tranquille ; il y a un modèle qui accapare la réglementation, le contentieux et la réflexion : la vente.

Nous étudions deux types de contrat de transfert de propriété. Celui qui peut se faire gratuitement et celui qui se fait à titre onéreux, avant d'aborder succinctement le contrat d'échange.

### **CHAPITRE I LE TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ A TITRE ONEREUX : LA VENTE**

**Le contrat de vente est le plus usuel des contrats.**

**Le code civil consacre plusieurs dispositions audit contrat. La vente est aussi régie par les dispositions de l'acte uniforme portant droit commercial générale au plan interne et au plan international convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandise.**

La vente est un contrat par lequel une partie (le vendeur) transfère la propriété d'un bien à l'autre partie (l'acheteur), moyennant le versement d'un prix en argent (C. civ., art. 1582).

La vente est un contrat synallagmatique, onéreux, commutatif, consensuel et translatif. Elle est parfaite entre les parties dès qu'on est convenu de la chose et du prix (C. civ., art. 1583). La vente produit deux séries d'effets : un transfert de propriété et un transfert des risques. Le vendeur a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de

garantir la chose qu'il vend (C. civ., art. 1603). L'acheteur a deux obligations principales, celle de prendre livraison et de payer le prix.

La vente se définit comme le contrat dans lequel la propriété d'un bien est transférée, moyennant une contrepartie monétaire. Le code civil l'appréhende par rapport aux obligations qu'elle crée.

Ainsi, selon l'article 1582 du code civil : « la vente est une convention par laquelle une personne s'oblige à livrer une chose et l'autre à payer ».

La définition ainsi donnée à la vente invite à situer dans la famille des actes juridiques et à l'opposer à certains contrats dans la classification générale des actes juridiques. La vente est contrat nommé, synallagmatique, à titre onéreux, commutatif et en principe consensuel.

La définition permet également de ne pas confondre la vente avec d'autres contrats voisins. D'abord elle ne doit pas être confondue avec l'échange. Les deux ont en commun le fait qu'il soit translatif de propriété. Mais à la différence de l'échange, la vente réalise le transfert de la propriété du bien contre le paiement d'une somme d'argent appelée prix.

La vente doit également être distinguée de la dation en paiement.

Comme la vente, la dation réalise le transfert de propriété d'un bien mais ce transfert est fait par un débiteur au profit de son créancier dans le but d'exécuter une obligation.

Lorsque le bien qui est transmis est une somme d'argent, l'assimilation est presque totale entre la vente et la dation. Les

deux opérations ne doivent cependant pas être confondues. Alors que la vente a pour effet de créer des obligations à la charge des vendeurs et acheteurs, la dation fait plutôt disparaître une obligation, éteint une obligation. En plus, le transfert de propriété par le biais de la dation peut ne pas porter sur de l'argent, ce qui n'est pas le cas de la vente

En outre la vente doit être distinguée de la location- vente. Comme elle, la location-vente a pour effet le transfert de la propriété d'un bien. la différence entre les deux réside dans ce que dans la location- vente, il y a deux contrats qui se succèdent : la location puis la vente.

Avant d'envisager la formation les effets de la vente, il est important de préciser que la conclusion de la vente n'est pas ex nihilo,

## **SECTION I LES ACCORDS PREPARATOIRES A LA VENTE OU L'AVANT CONTRAT DE VENTE**

La notion d'avant contrat reste difficile à cerner comme le révèle l'indécision terminologique à cet égard.,

### **PARA I Le pacte de préférence**

Le **pacte de préférence** désigne ç un contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter.

Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376

## A- Nature du pacte de préférence

### 1. Pacte de préférence et promesse de vente

La différence essentielle tient à ce que le débiteur d'un **pacte de préférence** ne prend pas l'engagement de vendre mais seulement de préférer un cocontractant au cas où il vendrait. Contrairement au promettant dans la promesse, le débiteur reste donc libre de vendre ou de ne pas vendre. Cette liberté est de l'essence du **pacte de préférence**,

### 2. Pacte de préférence et préemption

La proximité des deux mécanismes est grande. On a pu en effet définir le droit de préemption comme un droit de **préférence** d'origine légale tandis que le **pacte de préférence** s'apparente lui-même à un droit conventionnel de préemption.

La différence tient donc à la source de ces droits, légale pour l'un, conventionnelle pour l'autre, et se prolonge naturellement dans la sanction de leur violation, nettement plus efficace à l'égard des droits de préemption qu'à l'endroit du **pacte de préférence**.

## B- Régime du pacte de préférence

Le **pacte de préférence** obéit exclusivement au droit commun des contrats. Sa validité suppose en particulier que la chose qui en est l'objet soit suffisamment déterminée

### 1. Exécution du pacte de préférence

La situation des parties évolue entre le moment de la conclusion du **pacte** et celui de la décision éventuelle de vendre.

Avant l'offre de vente qui sera peut-être présentée par le débiteur de **préférence**, celui-ci s'oblige essentiellement à ne pas vendre le bien à un tiers sans l'avoir préalablement proposé au bénéficiaire. Cette obligation de ne pas faire se traduit chez le bénéficiaire par un simple droit de créance exclusif de tout droit réel.

Après l'offre de vente, le **pacte de préférence** s'apparente à une promesse unilatérale de vente : le débiteur n'est plus seulement tenu de ne pas vendre à un tiers, il promet de vendre au bénéficiaire. L'acceptation de l'offre par ce dernier vaut alors vente.

## 2. **Inexécution du pacte de préférence**

Lorsque le débiteur du **pacte** méconnaît son engagement en vendant le bien à un tiers, la sanction de cette violation varie selon la bonne ou la mauvaise foi du tiers acquéreur.

Lorsque le tiers acquéreur est de bonne foi, le droit de créance du bénéficiaire du **pacte** lui est inopposable en vertu du principe d'effet relatif des conventions. La vente conclue en violation du **pacte** est donc valable et seule la responsabilité civile contractuelle du débiteur peut être engagée à l'égard du bénéficiaire

Par exception, 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 ou 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

## **Para II la promesse de contrat de vente**

. La **promesse synallagmatique** de contrat est l'avant-contrat par lequel les deux parties s'engagent réciproquement à conclure le contrat définitif.

### **A- la promesse unilatérale de contrat**

La **promesse** unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire. »

La **promesse** unilatérale est un contrat. Il y a une rencontre des volontés entre le promettant, qui a donné son consentement à la future convention, et le bénéficiaire, qui examine la proposition qui lui est faite et dispose ainsi d'un délai de réflexion, à l'issue duquel il a toute liberté d'accepter ou non la convention.

Mais si cette **promesse** est un contrat, elle n'en demeure pas moins unilatérale, car elle ne met en principe d'obligation qu'à la charge du promettant. Le bénéficiaire conserve toute liberté quant à la formation du contrat définitif.

### **B- les effets de la promesse unilatérale**

La **promesse** unilatérale est un contrat qui produit donc un effet obligatoire. À l'issue de la période de réflexion, deux hypothèses peuvent survenir.

Si le bénéficiaire accepte, le contrat est formé à la date de la levée de l'option.

Si le bénéficiaire refuse, le contrat ne se forme pas, et les indemnités d'immobilisation peuvent être conservées par le promettant.

## **B- la promesse synallagmatique de contrat**

Dans la **promesse** synallagmatique de vente, improprement dénommée par la pratique « compromis de vente », le propriétaire s'engage à vendre et l'acquéreur à acheter. Du point de vue du promettant, l'engagement est strictement de même nature que dans la **promesse** unilatérale.

Mais la situation est différente pour l'acheteur, qui a pris l'engagement ferme d'acquérir, et ne dispose donc d'aucun droit d'option. L'existence de ces obligations réciproques explique que la **promesse** soit dite « synallagmatique ».

Si elle semble présenter des similitudes par rapport au contrat définitif – parenté dont semble faire état le Code civil au sujet de la vente en son article 1589, alinéa 1er au terme duquel « la **promesse** de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix » – la totale identité de la **promesse** et du contrat définitif doit toutefois être nuancée. En pratique, la **promesse** synallagmatique de vente est

principalement utilisée dans l'attente du contrat définitif, dont la conclusion est subordonnée à l'obtention d'un prêt ou à la rédaction d'un acte notarié.

## **SECTION II- LA FORMATION DE LA VENTE**

### **Para I Les conditions de fond : les éléments essentiels de la vente**

L'article 1582 du code civil définit la vente comme une « convention », et l'article 1583 précise que la vente est parfaite entre les parties « dès qu'on est convenu de la chose et du prix ».

L'*existence* du consentement apparaît comme la première condition nécessaire à la validité de la vente.

En tant que contrat, la vente est soumise aux conditions de formation communes à tous les contrats, telles qu'elles sont énumérées par l'article 1108 du code civil.

Il faut donc, pour qu'elle soit valablement formée : « – le consentement de la partie qui s'oblige ; – sa capacité de contracter ; – un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; – une cause licite dans l'obligation ».

De l'article 1108, il convient de rapprocher l'article 1583 du code civil, qui concerne spécialement la formation de la vente, et aux termes duquel la vente « est parfaite entre les parties [...] dès qu'on est convenu de la chose et du prix ». Le « prix » et la « chose » mentionnés à l'article 1583 correspondent, d'une part, à

l'objet visé par l'article 1108, et, d'autre part, à la cause des obligations respectives des parties, c'est-à-dire à la contrepartie en considération de laquelle ces obligations sont assumées.

**2.** La « cause licite dans l'obligation », telle qu'elle est exigée par l'article 1108, renvoie, quant à elle, à la cause du contrat, c'est-à-dire au mobile qui a déterminé les parties à conclure. Ce mobile ne doit heurter ni l'ordre public, ni la morale. S'il s'agit là d'un commandement au respect duquel il importe de veiller dans le cadre de la vente, sa mise en œuvre est dépourvue de tout particularisme en cette matière.

Cette condition tient naturellement à ce que la vente est, avant tout, un acte de volonté : nul ne peut être, en principe, contraint de vendre ou d'acheter. Un tel postulat, outre qu'il est conforme à la liberté contractuelle – qui implique la liberté de ne pas contracter –, s'appuie aussi, en ce qui concerne le vendeur, sur le caractère absolu de la propriété (C. civ., art. 544) et sur le principe qui en découle, suivant lequel : « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété... » (C. civ., art. 545).

Le principe suivant lequel la vente est, comme tout contrat, un acte de volonté ne saurait être contesté. Il ne suffit pas, d'ailleurs, que le consentement ait été donné ; il faut aussi qu'il l'ait été librement et en connaissance de cause, sans quoi il serait vicié.

Une condition d'*intégrité* du consentement vient donc compléter la condition relative à l'*existence* de celui-ci.

**8.** Le consentement est l'accord des volontés du vendeur et de l'acheteur sur l'objet. Il appelle trois séries de précisions : quant à son *objet*, tout d'abord ; quant à sa *forme* – autrement dit, quant à la *rencontre des volontés* –, ensuite ; quant à son *origine* – *doit émaner*, enfin.

## **A : LA CHOSE**

L'existence d'une chose est essentielle pour la qualification de la vente. C'est en cela qu'elle se distingue d'ailleurs du contrat d'entreprise alors que le contrat d'entreprise porte sur des services, la vente a pour objet une chose qui peut être corporelle ou incorporelle.

Dans les contrats de vente portant sur des choses incorporelles, telles une créance, un fonds de commerce, on parle de cession. Dans tous les cas, pour être valable, la vente doit porter sur une chose susceptible d'être aliénée, une chose déterminée ou déterminable.

### **1- l'existence d'une chose aliénable**

L'article 1583 du code civil se contente, de rappeler la nécessité d'un accord sur la chose sans préciser les qualités que doit présenter cette chose. Il est cependant unanimement admis que pour être valable, la vente suppose que la chose soit aliénable et qu'en plus elle appartienne à quelqu'un.

On en peut concevoir une vente portant sur une chose inexistante. La vente ne peut valablement se former si la chose vendue disparaît.

**On explique cette exigence par l'idée que l'obligation du vendeur serait sans objet et celle de l'acheteur sans cause.**

L'article 1601 du code civil rend bien compte de cette analyse.

Il fait une distinction selon que la perte est totale ou partielle.

En cas de perte totale antérieure ou concomitante à la vente, le contrat est nul, d'une nullité absolue.

En revanche, lorsque la perte est partielle, l'article 1601 alinéa 2 du code civil ouvre une option à l'acheteur.

Il peut abandonner la vente ou la conserver en faisant déterminer le prix. En principe, l'acheteur fait un libre choix entre deux solutions.

Il est cependant admis que le tribunal peut obliger l'acquéreur à se contenter d'une réduction du prix, notamment lorsqu'il constate que la perte est de peu d'importance et qu'elle ne compromet pas l'utilité de la chose pour l'acheteur. Il faut cependant nuancer ce principe de la nécessité d'une chose existante.

En effet, pour que la vente soit valable, la chose vendue doit exister mais, il n'est pas nécessaire qu'elle existe au moment de la conclusion du contrat. La vente d'une chose future est valable conformément aux dispositions de l'article 1130 du code civil.

C'est le cas par exemple de la vente d'une chose à fabriquer, d'un immeuble à réaliser.

Mais, si par la suite la chose n'est pas réalisée, la vente doit être considérée comme nulle, l'obligation du vendeur étant sans objet et celle de l'acheteur tant sans cause. Il est toutefois acquis que certains biens ne peuvent pas faire l'objet d'une telle vente. C'est le cas des ventes portant sur des successions futures. Ceci pour éviter les transactions immorales.

## 2. **La nécessité d'une chose aliénable**

Toutes les choses ne sont pas susceptibles d'être vendues pour diverses raisons dont certaines tiennent à l'Ordre public. Ainsi, sont considérés comme inaliénables parce que contraires l'ordre public, les choses dites hors du commerce.

C'est le cas des ventes du corps humain. Mais l'inaliénabilité des choses n'a pas toujours une origine légale. Elle peut résulter aussi de la volonté des parties. On rencontre généralement ces clauses d'inaliénabilités.

## 3. **La possession de la chose vendue**

La chose vendue doit appartenir au vendeur. L'article 1559 du code civil déclaré nulle la vente de la chose d'autrui. Au soutien de cette nullité trois arguments ont été évoqués.

**Le premier** : est tiré du caractère solo consensus de la vente .la nullité de la vente de la chose d'autrui s'explique le fait que la vente étant dans le système ivoirien translatif de propriété, par l'échange des consentements, le vendeur qui n'est pas propriétaire ne peut pas vendre. L'incapacité du vendeur de

transférer la propriété du bien vendu justifie l'impossibilité de la vente.

**Le deuxième argument** est tiré de la garantie d'éviction, l'acheteur qui passe un contrat avec un vendeur qui n'est pas propriétaire de la chose, a tout intérêt à demander la nullité de cette vente pour ne pas être victime d'éviction.

**Le troisième argument** est lié à la notion d'erreur. Il a été exposé que l'acheteur qui acquiert la chose d'autrui commet une erreur sur le motif déterminant à savoir, la possibilité de transférer la propriété de la chose. Quoiqu'il en soit, la nullité de la vente de la chose d'autrui, n'est obtenue qu'à certaine condition.

-la vente doit porter sur la chose d'autrui. C'est-à-dire une chose sur laquelle le vendeur n'a pas le droit.

Autrement dit, la vente de la chose d'autrui est la vente qui vise le transfert d'un droit dont le vendeur n'est pas propriétaire. Cive. mars 1990 DALLOZ 90 info rapide P90

- la vente doit comporter transfert immédiat de propriété. C'est-à-dire dans toutes les hypothèses dans lesquelles le transfert est retardé par l'échange des consentements la vente de la chose d'autrui n'est pas nulle : exemple vente à terme

- la vente doit faire courir un risque à l'acheteur .si par conséquent, un fait ou un acte fait cesser les dangers d'éviction pour l'acheteur, il ne peut être admis à demander de la nullité de la vente ; c'est le cas par exemple lorsque acheteur a acquis un meuble de bonne foi. Un tel acheteur est protégé par l'article 2279 du code civil au terme duquel « en fait de meuble, possession vaut titre »

Lorsque ces conditions sont établies, la nullité en résultant est relative. Mais la nullité n'est pas la seule sanction ; l'article 1599 du code civil prévoit que des dommages intérêts peuvent être alloués à l'acheteur de bonne foi. C'est-à-dire l'acheteur ayant ignoré que la chose achetée n'est pas la propriété du vendeur.

#### **4 – l'existence d'une chose déterminée ou déterminable**

Pour que le contrat de vente forme, il ne suffit pas seulement que la chose existe, il faut encore que la chose soit déterminée ou déterminable. Cette exigence est posée par l'article 1129 du code civil qui dispose que l'obligation ait pour objet une chose déterminée quant à son espèce ou que sa quotité puisse être déterminable. Le degré de précision requis est fonction de la nature de la chose. Ainsi, s'agissant des corps certains, la chose doit être désignée (décrite dans ces composantes). Dans les choses de genre, la détermination se fait en désignant l'espèce et la quotité.

### **B- LE PRIX**

C'est une somme d'argent que l'acheteur doit payer au vendeur en contrepartie de l'aliénation de la chose. Pour qu'il y ait vente un prix est nécessaire ou déterminable.

1. la nécessité du prix

N'importe quel prix ne peut contribuer à la formation du contrat de vente .pour y parvenir le prix doit consister en une somme d'argent et doit être réel et sérieux.

#### **a- le prix : une somme d'argent**

Le prix consiste obligatoirement en une somme d'argent. Sous cet aspect, le prix est un élément de la vente.

Si un contrat translatif de propriété est sans prix, ce ne peut être une vente. Une vente se distingue ainsi de la donation qui est un contrat inspiré par l'intention libérale du donateur.

Le prix permet aussi de distinguer la vente de l'échange qui aux termes de l'article 1702 du code civil est un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre.

La vente se distingue enfin de l'apport en société par lequel un associé transfère la propriété d'un bien à une société mais avec une contrepartie exprimée en part sociale

### **b- La nécessité d'un prix réel et sérieux**

Pour que la vente soit valable, le prix doit être réel et sérieux. La raison de cette exigence est à rechercher dans la notion de cause. En effet, il ne suffit pas que la vente ait été voulue. Il faut aussi que l'obligation du vendeur ait une cause, c'est-à-dire une contrepartie suffisante.

Il est ainsi acquis que la vente doit être frappée d'une nullité absolue si le prix stipulé n'est pas réel et sérieux.

Le prix n'est pas réel lorsqu'il est fictif, simulé. La simulation peut résulter de ce que le prix exprimé dans l'acte de vente n'a pas vocation à être payé. C'est le cas par exemple lorsque dans un acte apparent de vente des parties conviennent d'un certain prix et par ailleurs dans une contre-lettre elles conviennent que le prix ne sera pas payé.

**Il en résulte qu'une telle vente est faite sans prix et donc nulle.**

On observera toutefois que l'opération réalisée par les parties peut être requalifiée. On pourrait par exemple la qualifier de donation si la preuve de l'intention libérale du vendeur est établie. la stimulation peut aussi résulter de ce que le prix exprimé est complété par ce que la pratique appelle un « dessous de table » Concrètement il arrive que le prix stipulé dans l'acte de vente apparent n'exprime pas la réalité du prix. Les parties conviennent dans une contre lettre que le prix indiqué dans l'acte apparent sera majoré. Cette dissimulation d'une partie du prix s'explique le plus souvent par des raisons fiscales. Par exemple les droits d'enregistrement sont proportionnels au montant du prix.

Quant au prix sérieux, c'est celui qui n'est pas dérisoire ; et le prix dérisoire est celui qui présente avec la chose une disproportion telle qu'on ne peut pas considérer comme une contrepartie de cette chose. Une telle vente est également nulle car on assimile le prix non sérieux à un prix inexistant.

## 2. **la détermination du prix**

Cette exigence résulte de l'article 1591 du code civil aux termes duquel le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties.

Ce principe n'est pas absolu. Il est admis que la vente est valable si le prix est déterminable. Le prix doit donc être déterminé sinon déterminable.

Le prix déterminé est celui dont le montant est fixé de façon précise et en principe d'un commun accord des parties. Cette

règle n'est cependant pas appliquée restrictivement. Il peut arriver que les prix soient fixés par l'acheteur le cas par exemple dans les ventes aux enchères publiques dans lesquelles le vendeur est engagé à accepter l'acheteur qui fait la plus forte enchère.

Il peut aussi arriver que le prix soit fixé par le vendeur. C'est le cas des ventes à prix fixe pratiquées dans les grands magasins.

Parfois, au lieu de se limiter au prix fixé par lui, le vendeur peut consentir sur ce prix un rabais.

On parle de vente au rabais.

Parfois encore il peut imposer à son acheteur un prix minimum de revente à ne pas dépasser. Il s'agit dans ce cas d'une vente au prix imposé.

La fixation du prix est parfois l'œuvre des pouvoirs publics dans le souci de protéger les consommateurs ; par application de l'article 1592 du code civil on admet aussi que le prix puisse être fixé par un tiers que les parties auront choisi.

Il est même constant qu'il n'est pas nécessaire que le prix soit chiffré dès l'échange des consentements. La vente est valable si le prix est déterminable, c'est à dire si le contrat contient des éléments permettant de chiffrer le prix.

Encore faut-il que ces éléments ne dépendent pas de la volonté exclusive de l'une ou l'autre des parties.

La détermination du prix doit dépendre d'éléments objectifs. Ainsi par exemple ont été considérées comme nulles les ventes de véhicules auto conclues par les fabricants ayant introduit dans leurs contrats une clause aux termes de laquelle « le prix appliqué sera celui du tarif en vigueur le jour de la livraison du véhicule quel que soit le sens de la fluctuation. »

Cette clause entraîne la nullité de la vente parce qu'elle fait dépendre le prix de la seule volonté du vendeur. Civ 29 Octobre 1960 JCP 1961 2<sup>ème</sup> partie n° 12110.

En revanche, les ventes au cours c'est à dire celles dans lesquelles le prix est celui du cours au jour de la livraison sont valables. Il en va de même des ventes au tarif du vendeur ou de celles du marché ou encore des ventes au prix révisable lorsque la révision s'opère par référence à un indice ou à un élément objectif choisi d'un commun accord. Quant aux clauses liant le prix à la rentabilité de la chose vendue la solution consacrée par la jurisprudence est nuancée.

La jurisprudence admet qu'une telle clause est valable lorsque l'acheteur émetteur a un intérêt évident à ce que le bien soit le plus rentable possible et par conséquent que le prix payé au vendeur soit le plus élevé possible. Civ 28 juin 1988 –Dalloz 1989-P 121. En revanche s'il s'avère que l'intérêt de l'acheteur est de réduire la rentabilité du bien afin de payer un prix moins élevé cela signifierait alors que le montant du prix est soumis à la seule volonté de l'acheteur. Le contrat devra par conséquent être annulé pour indétermination du prix. Com 05 mai 1959

Para II les conditions de formes

#### A- Le principe du consensualisme

Le principe du droit commun demeure celui de consensualisme

Le code civil ne réaffirme pas le caractère expressément consensuel du contrat de vente. Même au plan international la convention de Vienne prévoit que le contrat de vente n'a pas à être conclu ni constaté par écrit et n'est soumis à aucune autre condition de forme

Le consensualisme exprime l'idée selon laquelle le contrat de vente est conclu dès le consentement (c'est-à-dire dès la rencontre de volonté des parties).

#### B- La place du formalisme

Le formalisme impose la réalisation d'une formalité particulière

Ainsi par exemple pour certaines ventes particulières le formalisme est requis et voir même imposé ; il en est ainsi des ventes immobilières qui exigent la forme authentique.

### **SECTION III - LES EFFETS DE LA VENTE : LE TRANSFERT DE LA PROPRIETE ET DES RISQUES**

La vente a pour effet d'une part le Transfert de la propriété de la chose vendue ainsi que celui des risques. Contrat synallagmatique, la vente a d'autre part pour effet d'imposer des obligations au vendeur et à la fois l'acheteur.

Il s'agit ici de déterminer le moment auquel se réalise le transfert de la propriété et des risques. En matière, il existe deux grandes

conceptions : certaines législations rattachent le transfert de la propriété à la délivrance de la chose vendue. D'autre le lie au seul échange des consentements

Le droit ivoirien, à l'instar du droit français, a adopté la deuxième. Il est aussi admis que le transfert des risques est lié à celui de la propriété.

## **PARA I Les effets réels**

### **A- le transfert solo consensus**

Au terme de l'article 1583 du code civil : « la vente est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur dès qu'on est convenu de la chose et du prix livré »

Il en résulte que le transfert de propriété intervient droit lors de l'échange des consentements. Le transfert est donc automatique et s'opère solo consensus. Ainsi dès l'échange des consentements, le vendeur perd les prérogatives du propriétaire. Si la chose reste pendant un certain temps entre les mains du vendeur il la détient en tant que dépositaire

Il convient cependant de relever que le principe du transfert solo consensus ne vaut que pour la vente d'un corps certain. Pour les choses de genre le transfert est reporté jusqu'à l'individualisation de la chose. Il en va ainsi de la vente au poids ou à la mesure. Dans ces ventes l'objet ne sera déterminé qu'au moyen du pesage ou du mesurage. De même que les ventes portant sur les choses de genre, la vente de chose future n'est pas immédiatement translatrice de propriété. Le transfert est en principe retardé

jusqu'à la réalisation de la chose. Il faut d'ailleurs remarquer que la règle du transfert de propriété solo consensus n'est pas sans danger pour les tiers et l'acheteur. Pour les tiers le transfert solo consensus n'étant pas matérialisé dans un fait, ils risquent de ne pas être informés de la vente et d'acquérir leurs droits d'un non propriétaire. Pour l'acheteur la règle a pour conséquence de mettre à sa charge les risques de perte et de détérioration d'une chose dont il n'est peut-être pas encore détenteur. Aussi en raison de ces dangers, la règle étant une règle supplétive, est souvent écartée par les parties ; les techniques juridiques utilisées à cet effet sont diverses.

Dans le contrat de vente un terme suspensif peut être stipulé afin de retarder le transfert. C'est généralement ce qui a lieu dans les ventes avec clause de réserve de propriété ou encore les ventes faites au moyen d'une condition suspensive que les parties insèrent dans le contrat .auquel cas tant que la condition est en suspens, le vendeur reste propriétaire de la chose ? C'est le cas par exemple de la vente à l'essai.

### **B- le transfert des risques**

Il est lié au transfert de la propriété. Il en résulte que les risques de la chose incombent au propriétaire. Par conséquent, si le contrat est immédiatement translatif de propriété, les risques passent à l'acheteur lors de l'échange des consentements ; et ce, même si la chose vendue périt entre le moment de la conclusion du contrat et celui de la livraison, l'acheteur est tout de même tenu de payer le prix .

En cas de vente avec transfert de propriété à terme, jusqu'à la réalisation d'une condition suspensive, les risques demeurent à la charge du vendeur. Par ailleurs lorsque la livraison de la chose vendue nécessite un transport le code civil faisant application de la règle solo consensus met les risques liés à ce transport à la charge de l'acheteur .c'est ainsi qu'au terme de l'article 106 du code de commerce « la marchandise sortie du magasin du vendeur voyage, s'il n'y pas de convention contraire, aux risques et périls du propriétaire »

La règle selon laquelle les risques sont liés à la propriété supporte cependant les limites. En pratique, elle est souvent écartée par la convention des parties. Ainsi par exemple, conformément aux dispositions des articles 1135 de l'alinéa 2 et 1302 alinéa 2 du code civile la mise en demeure de livrer que l'acheteur fait au vendeur met en principe les risques à la charge du vendeur. Mais la principale limite est la liberté contractuelle. Les parties peuvent en effet dans leur convention dissocié le transfert de propriété et le transfert des risques. En pratique il est courant d'associer les risques à la livraison de la chose.

## **PARAGRAPHE II – LES EFFETS PERSONNELS DE LA VENTE**

### **A- LES OBLIGATIONS DU VENDEUR**

Le vendeur a deux obligations principales : celle de délivrance de la chose et l'obligation de garantie de la chose vendue. A celle-ci légale la jurisprudence a ajouté une obligation de conseil et de

renseignement spécialement mise à la charge des vendeurs propriétaires.

### **A – l'obligation de délivrance**

Selon l'article 1604 du code civil la délivrance est le transport de la chose vendue à la puissance et possession de l'acheteur » autrement dit c'est l'acte matériel par lequel le vendeur met le bien cédé à la disposition de l'acquéreur.

Elle se fait en principe aux frais du vendeur. Le code civil établit des règles relatives tant à l'objet qu'aux modalités de l'exécution de la délivrance et aux sanctions de l'inexécution.

1. S'agissant de l'objet le vendeur doit délivrer la chose vendue dans l'état où elle se trouve au moment de la vente. Il en résulte que la chose livrée doit être conforme à celle prévue dans le contrat. Ainsi chaque fois qu'une différence se révèle entre la chose livrée et les indications du contrat l'acheteur est en droit d'invoquer l'inexécution de l'obligation de délivrance. Cette différence peut être d'ordre quantitatif, qualitatif et même esthétique. La délivrance ne porte pas sur la chose vendue. Elle porte aussi sur des accessoires de la chose c'est-à-dire tout ce qui constitue le complément nécessaire à l'utilisation de la chose, tels les emballages, les documents administratifs, le titre de propriété.
2. Quant aux modalités de la délivrance, elles sont relatives à la forme de la délivrance, au délai dans lequel elle doit intervenir et au lieu de la délivrance.
  - a. En principe la délivrance doit s'effectuer dans les formes prévues par le contrat, à défaut de stipulation contractuelle

les articles 165 à 167 du code civil indiquent les formes qu'elle peut prendre. Ces formes varient selon la nature du bien. Ainsi pour les ventes d'immeubles ou de meubles enfermés dans un bâtiment la délivrance s'opère par la remise de la clé. Pour les immeubles, et les droits incorporés la délivrance peut s'effectuer par la remise du titre de propriété. Pour les objets mobiliers d'une manière générale elle s'opère par la remise matérielle de la chose. Enfin pour les droits incorporels d'une manière générale, le consentement des parties suffit. Il est cependant à noter que ces formes prévues par le code civil ne sont pas limitatives.

La pratique a recours parfois à certaines autres formes. Par exemple en matière mobilière, la délivrance s'opère par le marquage de la chose vendue ou par la remise d'un document représentant la marchandise. c'est le connaissance.

- b. Quant aux délais dans lequel la délivrance doit intervenir, le code civil n'aménage pas les règles particulières. Ce délai relève de la convention des parties. En l'absence de stipulations contractuelles la jurisprudence décide que la délivrance doit se faire dans un délai raisonnable apprécié selon les usages et les objectifs du contrat.

En pratique les stipulations de délai sont répandues. La délivrance de la chose vendue dans ce cas à lieu à terme répété. Ou bien la délivrance de la chose se fait de façon continue. C'est le cas de la fourniture d'eau, de téléphone, d'électricité. Lorsque le contrat aménage un délai d'exécution celui-ci s'impose au vendeur qui engage sa

responsabilité en cas de dépassement injustifié selon les termes de l'article 1610 du code civil.

- c. S'agissant du lieu, il relève aussi en principe de la convention des parties. Mais si rien n'a été prévu au contrat, la délivrance doit se faire au lieu où «était au moment de la vente la chose qui en a fait l'objet. En cas d'inexécution partielle ou totale de l'objet de délivrance, les règles applicables et les droits de l'acheteur sont en principe déterminés par le droit commun des obligations. L'acheteur peut demander la résolution de la vente sur le fondement de l'article 1184 du code civil. il peut aussi demander l'exécution forcée de la vente ou des dommages et intérêts il peut opposer au vendeur l'exception d'inexécution s'il n'a pas encore payer le prix. A ces sanctions de droit commun il faut ajouter certaines autres lui sont particulières aux ventes commerciales. Il s'agit de la réfaction, du remplacement et du laisser pour compte.

En principe il n'est pas de la mission du juge de refaire les contrats. On lui reconnaît cependant le pouvoir en cas d'inexécution de l'obligation de délivrance dans une vente commerciale notamment lorsque l'inexécution n'est pas suffisamment grave pour justifier la résolution et que la marchandise livrée peut être utilisée par l'acheteur.

Cela se produit par exemple lorsque l'acheteur n'a pas été livré d'une totalité inférieure à celle prévue au contrat. En pareil cas le juge peut procéder à la réfaction de la vente par une réduction du prix. En d'autres termes le juge oblige l'acheteur

à conserver la marchandise moyennant une réduction du prix.  
Com mars 1971 – Dalloz 1971 –P4

Par ailleurs lorsque la vente porte sur une chose de genre, l'acheteur est en droit de se remplacer c'est-à-dire se procurer une marchandise de qualité et de quantité idem auprès d'un autre vendeur ; cela sans aucune autorisation judiciaire. Le surcoût éventuel incombe au vendeur défaillant.

Quant au laisser pour compte, il équivaut en principe à une résolution unilatérale de la vente. Il consiste pour l'acheteur, lorsque la marchandise livrée n'est pas conforme aux stipulations du contrat à refuser ou à la restituer au vendeur.

B l'obligation de garantie du vendeur.

Le vendeur doit une double garantie à son acheteur : une garantie contre l'éviction et une autre contre les vices cachés.

### **1 – la garantie contre l'éviction**

Elle revêt deux aspects. D'une part la garantie du fait personnel et d'autre part la garantie du fait des tiers.

#### **a. La garantie du fait personnel**

C'est une conséquence directe de l'obligation de délivrance qui pèse sur le vendeur. En effet le vendeur ne peut donner d'une main et récupérer de l'autre. C'est pourquoi l'article 1625 du code civil impose au vendeur de garantir à l'acheteur une possession paisible de la chose vendue .il pèse ainsi sur le vendeur une obligation de ne pas faire en fait à la possession et à la propriété de l'acheteur.

On, entend par trouble de droit toute atteinte à la propriété de l'acheteur que le vendeur prétend fonder sur un droit.

Exemple : lorsque le vendeur s'affirme titulaire d'un droit réel ou personnel sur le bien vendu il porte atteinte à la situation de l'acheteur.

La garantie consiste à lui interdire de se prévaloir du droit qu'il invoque. Il n'en serait autrement que si l'acheteur avait consenti à ce droit lors de la vente.

Quant au trouble de fait il s'entend de toute atteinte que le vendeur ne prétend pas fondée sur un droit. Exemple : le vendeur d'un fonds de commerce viole son obligation de garantie lorsqu'il détourne la clientèle de ce fonds. La garantie du fait personnel peut être invoquée aussi bien par l'acheteur que par ses héritiers et même par les sous acquéreurs. L'action est dirigée contre le vendeur et ses héritiers.

Cette garantie joue, que le vendeur soit de bonne ou mauvaise foi

#### **b. La garantie du fait des tiers**

Le vendeur a aussi l'obligation de garantir l'acheteur contre les troubles émanant des tiers. Cette garantie a un domaine restreint que la garantie pour le fait personnel.

D'abord parce qu'elle ne couvre pas que les troubles de droit ne sont pris en compte que lorsqu'ils présentent certaines caractéristiques à savoir que le trouble doit être né et actuel c'est à dire qu'il faut une véritable menace contre la propriété

de l'acheteur. Le plus souvent la garantie est déclenchée par une action en justice intentée par un tiers. Exemple le tiers revendique en justice tout ou partie de la propriété acquise par l'acheteur. Parfois au lieu d'attendre, l'acheteur peut prendre les devants en intentant l'action contre le vendeur. C'est le cas par exemple lorsqu'un tiers fait peser sur l'acheteur une menace d'éviction civ 20 mars 1990 – bull. civ 1<sup>ère</sup> partie.

- Le trouble doit trouver son origine dans un fait du vendeur. C'est dire qu'il doit lui être imputable. Il a par exemple été jugé que le trouble est imputable au vendeur lorsqu'au moment de la vente il ne déclare pas les charges qui affectent la chose vendue.
- L'acquéreur doit être de bonne foi c'est-à-dire qu'il doit avoir ignoré le risque d'éviction ou l'existence d'une charge non déclarée la garantie ne joue pas.

Mais la jurisprudence fait présumer la bonne foi de l'acquéreur. Il est cependant admis que même en cas d'ignorance par l'acheteur de la cause d'éviction la garantie ne joue pas lorsque l'ignorance est inexcusable. Civ 21 fév. 1956 – Dalloz 56 – pp285.

- Le trouble ne doit pas avoir été prévu dans une clause de non garantie car contrairement à la garantie du fait personnel, en matière de garantie du fait des tiers les clauses qui atténuent ou suppriment la garantie sont valables. Mais à ce niveau la liberté contractuelle n'est pas toujours totale. L'article 1629 du code civil impose au vendeur de restituer le prix de vente à l'acquéreur qui a été

évincé en dépit de la stipulation d'une clause de non garantie à moins que l'acquéreur ait connu et accepté lors de la vente le risque d'éviction.

- Par ailleurs la jurisprudence tend à limiter la portée des clauses de non garantie. Exemple : elle prive ces clauses de leur effet lorsque le vendeur est de mauvaise foi ou professionnel.

Quant aux effets de la garantie du fait des tiers, ils diffèrent selon que l'éviction est totale ou partielle. En cas d'éviction totale l'acquéreur a droit à la restitution du prix en ce que l'éviction totale provoque l'anéantissement de la vente, cela, même si une clause de non garantie a été stipulée sauf si l'acquéreur a acquis le bien en acceptant le risque d'éviction. Outre la restitution du prix l'acheteur bénéficie d'une indemnisation complémentaire indépendamment de la bonne ou mauvaise foi du vendeur. Cette indemnisation complémentaire porte non seulement sur les fruits que l'acheteur peut être amené à conserver mais aussi sur les frais et coûts liés à la conclusion du contrat. On admet que l'acquéreur peut obtenir des dommages et intérêts complémentaires s'il fait état d'un préjudice non couvert réparé.

Dans l'hypothèse d'une éviction partielle, l'acquéreur bénéficie d'une option : il peut faire résilier le contrat si l'objet de l'éviction partielle n'est pas suffisant pour justifier l'anéantissement du contrat ou si l'acheteur décide de conserver la vente il a tout simplement droit au

remboursement de la valeur de la partie du bien dont il a été évincé.

## **2) La garantie contre les vices cachés**

Elle constitue un prolongement de l'obligation de délivrance. Elle a pour objet de garantir à l'acheteur une chose apte à l'usage auquel elle est destinée.

L'action en garantie contre les vices cachés ne peut prospérer que si certaines conditions sont établies. C'est dans l'article 1641 du code civil que sont précisées les conditions de fond de cette garantie. De ce texte il ressort que ces conditions sont essentiellement au nombre de 3 :

-le vice doit être caché. Selon la jurisprudence est considéré comme la nature de la chose vendue, et dont il n'a pas eu connaissance au moment de la vente. Le caractère caché du vice s'apprécie ainsi au regard des qualités de la chose et des compétences de l'acheteur. Ainsi lorsque l'acheteur n'a pas de compétence technique pouvant lui permettre de connaître la chose. Les tribunaux admettent facilement que le vice est caché.

En revanche l'acheteur professionnel est censé connaître les vices caches mais cette perspective n'est pas irréfragable. Elle ne joue pas s'il y a dol du vendeur ou si le vice est indécélable c'est-à-dire le vice qu'on ne découvre qu'à l'usage ou au démontage. Le caractère caché qu'on ne découvre qu'à l'usage ou au démontage. Le caractère caché du vice s'apprécie également au regard de la nature de la chose. A ces cet égard une première distinction est faite entre les choses neuves et les objets d'occasion soit la même

que celle d'un objet neuf. Les tribunaux font par ailleurs une distinction entre les choses dangereuses et les choses offensives.

Ainsi lorsqu'il s'agit d'une chose dangereuse le vendeur doit informer l'acquéreur du danger de la chose et du mode d'emploi pour éviter les accidents. Il convient enfin d'observer que, même objectivement caché, le vice perd ce caractère dès lors que l'acheteur a eu connaissance de son existence par un quelconque moyen au moment de la vente. Celui-ci aurait accepté le vice en toute connaissance de cause.

- Le vice doit être rédhibitoire c'est-à-dire qu'il empêche l'usage normal de la chose autrement dit c'est le vice qui rend la chose impropre à son usage. Ce qui n'est pas le cas lorsque le vice est mineur c'est à dire lorsqu'il affecte uniquement les qualités secondaires de la chose ou est facilement réparable. Cive 18 déc. 1980 \_ Dalloz 83 \_civ25 jan 89\_Dalloz 90 P100
- Le vice doit être inhérent à la chose. Autrement dit, il doit être imputable à la vente. Il en résulte que le vendeur n'est pas garant des vices ne se vente. Il en résulte que le vendeur n'est pas garant des vices ne se rattachant pas à la vente. Il doit donc être antérieur ou concomitant à la vente.

On admet cependant qu'un vice en germe suffit en revanche lorsqu'il y a une utilisation défectueuse de la chose, le vice n'est pas imputable à la vente ; il en va de même lorsque la chose est utilisée d'une manière non conforme à son usage habituel.

Lorsque ces conditions sont cumulativement réunies, l'action ne serait recevable que si elle est intentée dans un bref délai. En

effet selon l'article 1648 code civil »l'action en garantie de vice cachée doit être intentée dans un bref délai est librement apprécié par les juges compte tenu de la nature du vice et des usagers du lieu où la vente a été conclue. Civ 31 mars 1987dalloz 87 info rapide P96civ 15 Nov 1988 JCP 1989 1<sup>ère</sup> partie N° 21251. La jurisprudence retient généralement que ce délai commence à courir à compter de la découverte du vice par l'acheteur.

S'agissant de la preuve du vice, il appartient à l'acheteur d'établir la preuve que la chose est infectée d'un vice qui existait lors de la livraison. Dès lors que le vice n'est pas apparent, on présume qu'il est caché. C'est caché c'est alors au vendeur de démontrer que l'acheteur en avait eu connaissance .parfois on présume que l'acheteur a eu connaissance du vice. C'est le cas par exemple lorsque le prix est insignifiant. Lorsque les conditions ci-dessous exposées sont réunies des sanctions sont prévues à l'encontre du vendeur.

L'acheteur a deux types d'action : l'action rédhibitoire et l'action estimatoire. L'action rédhibitoire permet à l'acheteur de demander que le prix lui soit remboursé moyennant restitution de la chose. Par l'action estimatoire il demande que le prix soit réduit afin que la vente puisse être maintenue. Ces actions lui sont reconnues, que le vendeur soit de bonne ou de mauvaise foi. Mais indépendamment ou en complément d'une action rédhibitoire ou d'une action estimatoire l'acheteur de bonne foi victime d'un vice caché peut obtenir des dommages et intérêts si le vendeur est de mauvaises foi. Outre cette précision, l'acheteur a un libre choix entre l'action rédhibitoire et l'action estimatoire.

Dans certains cas cependant, il perd cette liberté de choix. C'est le cas par exemple lorsqu'il a aliéné la chose, et donc ne peut la restituer ou lorsque le juge estime que le vice caché est de trop faible importance pour justifier l'anéantissement du contrat. A côté de ces hypothèses dans lesquelles l'option entre l'action rédhibitoire et l'action estimatoire est supprimée, il existe des cas où les deux actions disparaissent. Ce sont les cas dans lesquels le contrat peut être attaqué par une action en nullité.

Il faut cependant observer que la garantie des vices cachés n'est pas d'ordre public. Aussi est-il admis qu'elle peut être aménagée par les parties. Le vendeur peut par exemple par une clause du contrat exclure ou limiter cette garantie. L'article 1643 du code civil l'y autorise à condition toutefois que le vendeur ne peut jamais éluder la garantie des vices dont il connaît l'existence lors de la vente. La jurisprudence assimile d'ailleurs le vendeur professionnel à un vendeur de mauvaise foi c'est-à-dire un vendeur qui est censé connaître parfaitement la chose qu'il vend. Par conséquent tous les vices susceptibles d'affecter ces choses. On en a déduit que le vendeur professionnel ne peut exclure ou limiter la garantie légale.

En revanche rien ne s'oppose à ce que les parties étendent la garantie légale en reconnaissant à l'acheteur une protection plus accrue. Les parties peuvent par exemple étendre la garantie aux vices apparents de la chose. Ces clauses extensives sont licites, que l'acheteur soit ou non professionnel.

### **C obligation de conseil et d'information**

Cette obligation est une création purement jurisprudentielle, elle est mise exclusivement à la charge des vendeurs professionnels. Ce dernier a l'obligation de fournir à l'acheteur toutes les informations susceptibles d'influencer la décision de l'acheteur ou les informations utiles à l'usage de la chose vendue.

Cette formulation générale permet d'englober les informations et conseils qui doivent être donnés aussi bien antérieurement que postérieurement à la vente. Cette obligation doit être envisagée quant à son contenu, son intensité et ses sanctions en cas d'inexécution.

1. Le contenu de l'obligation dépend de l'objet du contrat. Selon les cas elle portera sur les caractéristiques techniques et les conditions d'utilisation de la chose. L'information peut aussi porter sur des indications d'ordre juridique telles que l'existence d'une servitude administrative ou privée que restreint l'usage d'un immeuble.

Le vendeur est parfois tenu de fournir à l'acheteur les informations nécessaires à la jouissance du bien, les précautions à prendre dans l'utilisation de la chose. Et pour les choses dangereuses il doit mettre l'acheteur en garde quant aux risques liés à l'utilisation de la chose. Il doit par exemple lui indiquer l'opportunité de son achat et lui donner des conseils quant à l'utilisation de la chose.

Le vendeur professionnel doit aussi conseiller l'acheteur, il doit par exemple lui indiquer l'opportunité de son achat et lui donner des conseils quant au choix des biens.

2. Quant à son intensité, elle varie selon la compétence de l'acheteur ou de la nature du bien vendu. Conséquemment cette obligation est plus ou moins contraignante pour le vendeur selon que l'acheteur est professionnel ou profane. La compétence de l'acheteur n'est cependant pas le seul critère. La jurisprudence se réfère parfois au comportement de l'acheteur dans l'utilisation de la chose et dans la production du dommage dans l'hypothèse où la chose a causé un dommage. Ainsi par exemple si le dommage résulte d'une imprudence ou d'une négligence de l'acheteur, que celui-ci soit professionnel ou profane, la responsabilité du vendeur sera exclue ou atténuée.

La jurisprudence révèle par ailleurs que l'obligation d'information et de conseil est plus contraignante lorsqu'il s'agit de choses complexes ou dangereuses. Pour les choses complexes c'est-à-dire les choses qui présentent une certaine technicité, l'obligation de conseil et d'information son renforcée. C'est ainsi que par exemple dans le dommage des biens informatiques, il est fait obligation au vendeur d'aider l'acheteur sur le choix du système informatique le mieux adapté, sur ses performances et sur ces défauts. Quant aux choses dangereuses le vendeur doit prendre les précautions particulières. Les informations en pareil cas prennent la forme d'une mise en garde. Mais quel que soit l'intensité de l'obligation la doctrine et la jurisprudence sont unanimes à la considérer comme une obligation de moyens et non de résultat.

3. Pour les sanctions, l'inobservation de cette obligation peut entraîner la nullité du contrat sur le fondement de l'erreur sur la qualité substantielle de la chose ou sur celui d'un dol par réticence. En fonction de la gravité de l'inexécution, l'inobservation de ladite obligation peut entraîner la résolution de la vente avec ou sans dommages intérêt. Il faut observer que l'obligation d'information et du conseil a un lien avec les autres obligations du vendeur. Aussi elle peut être sanctionnée non seulement sur le fondement de l'obligation de délivrance mais aussi sur la base de la garantie des vices cachés.

### **PARAGRAPHE III LES OBLIGATIONS DE L'ACHETEUR**

Les obligations de l'acheteur sont la contrepartie de celles qui pèsent sur le vendeur. Sur l'acheteur il pèse :

- L'obligation de payer le prix.
- L'obligation de prendre livraison

#### **A l'obligation de payer le prix**

L'acheteur a l'obligation de payer au vendeur ou à son représentant le prix convenu et ses accessoires. Relativement à la date de paiement du prix il est de principe que le paiement doit intervenir au jour de l'exécution du contrat.

Le vendeur et lui sont libres de déterminer ce moment. Celui-ci peut être différent de celui de la délivrance. Les parties peuvent aussi convenir d'un paiement total ou partiel antérieur à la

délivrance. Ce qui correspond à la pratique du paiement à la commande et des acomptes. Elles peuvent également décider que le paiement sera fait de façon échelonnée et postérieurement à la délivrance.

En tout état de cause quelques soit la modalité stipulée, la date contractuelle s'impose à l'acheteur qui doit procéder au paiement sans qu'il soit besoin d'une mise en demeure. Tout retard est donc constitutif d'une faute à moins que l'acheteur obtienne un délai de grâce ou un nouveau délai à lui consenti par le vendeur. A défaut de stipulation contractuelle, le paiement doit intervenir au jour de la délivrance.

Comme date du paiement la détermination du lieu peut résulter de la libre convention des parties. Selon l'article 1651 du code civil « sauf stipulation contraire des parties, le paiement doit être fait au lieu où doit être effectuée la délivrance. » encore faut-il que le paiement ait lieu au comptant car selon la jurisprudence, si le prix est payé à terme ou à des échéances déterminées le paiement doit se faire au domicile du créancier ; ce qui déroge au droit commun selon lequel la dette est quérable et non portable.

S'agissant de la charge de la preuve du paiement, elle incombe à l'acheteur conformément aux dispositions de l'article 1315 alinéa 2 : « le débiteur qui se prétend libérer doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation »

En matière immobilière la preuve résulte généralement de la quittance remise à l'acheteur par le vendeur. En matière mobilière la jurisprudence admet que la remise de la chose vendue à l'acheteur vaut présomption de paiement. Mais c'est une

présomption simple ainsi qu'il résulte des décisions suivantes :  
com 17 nov 1987-bul civ 1<sup>ère</sup> partie – N°243/civ 7 fév 1989 bul  
civ-1<sup>ère</sup> partie – N°74

Quant aux sanctions il est à relever que lorsque l'acheteur ne paie pas le prix , le vendeur dispose de toutes les actions de droit commun. Il peut refuser d'exécuter son obligation de délivrance s'il ne l'a pas encore fait en lui opposant l'exception d'inexécution. Il peut rechercher la responsabilité contractuelle de l'acheteur, demander l'exécution forcée par une action en paiement ou encore la résolution judiciaire du contrat et des dommages intérêts.

Le vendeur impayé dispose aussi de certains moyens spécifiques. En matière mobilière, il a le droit de récupérer le meuble vendu s'il est encore en la possession de l'acheteur. Outre le droit de revendication le vendeur impayé est habilité à saisir la chose vendue, à se faire payer en priorité sur le prix de vente c'est le privilège mobilier ou immobilier du vendeur prévu par l'article 2102 du code civil

## **B L'OBLIGATION DE PRENDRE LIVRAISON DE LA CHOSE VENDUE**

L'acheteur a obligation de prendre livraison de la chose vendue. Il ne peut s'y refuser si la chose est conforme aux prescriptions du contrat. En matière immobilière, l'obligation de l'acheteur est réduite à sa plus simple expression dans la mesure où généralement le titre de propriété qui manifeste la délivrance est remise à l'acheteur par le notaire qui rédige l'acte authentique.

C'est donc en matière mobilière que l'obligation a sa véritable utilité. Dans cette matière l'acheteur doit procéder au retirement de la chose à ses frais et au lieu prévu par la délivrance est remis à l'acheteur par le notaire qui rédige l'acte authentique. C'est donc en matière mobilière que l'obligation à sa véritable utilité. Dans cette matière, l'acheteur doit procéder au retirement de la chose à ses frais et au lieu prévu par la délivrance, il doit le faire dans le délai prévu au contrat et à défaut, dans un délai raisonnable compte tenu de la nature de la marchandise.

Tant que l'acheteur n'a pas pris livraison, sauf s'il a été mis en demeure d'y procéder, le vendeur a l'obligation de conserver la chose vendue pour limiter cette contrainte qui pèse sur le vendeur, des sanctions sont prévues à l'encontre de l'acheteur qui néglige de prendre livraison de la chose.

Le vendeur peut demander l'exécution forcée de l'obligation pour l'acheteur lui-même soit en faisant autoriser à mettre la marchandise en dépôt aux frais de l'acheteur conformément disposition de l'article 1264 du code civil.

L'article 1657 permet aussi vendeur de déclarer unilatéralement et sans mise en demeure de l'acheteur que le contrat est résolu du seul fait du défaut de retirement à la date convenue.

## **CHAPITRE II L'ECHANGE**

L'échange est le contrat par lequel une personne donne une chose en contrepartie du transfert de propriété d'une autre chose. C'est en fait le troc.

L'article 1702 du code civil définit l'échange comme le «*contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre* »

L'échange était par excellence le contrat le plus utilisé pour commercer avant l'apparition de la monnaie. Depuis cette apparition il est un peu tombé en désuétude mais continue d'être utilisé. On le retrouve encore des opérations assez complexes sur les marchés de capitaux on l'on parle des « swaps » sur valeurs mobilières et devises, ainsi que dans des contrats internationaux sur les matières premières. Il est également utilisé dans une moindre mesure dans des contrats entre particuliers.

Le contrat d'échange est en grande partie régi par les dispositions de la vente (Section 1) et par quelques dispositions particulières (Section 2)

## **SECTION I – DISPOSITIONS DE LA VENTE APPLICABLE AU CONTRAT D'ÉCHANGE**

- **En matière de transfert de propriété**
- **La nature synallagmatique du contrat**
- **La nature onéreuse du contrat**
- **Les règles relatives à la propriété du bien**
- **Le caractère consensuel du contrat**

## **SECTION II – DISPOSITIONS PARTICULIERES AU CONTRAT D'ÉCHANGE**

### **- En matière de rescision pour lésion**

Conformément aux dispositions de l'article 1706 du code civil, la rescision pour lésion ne s'applique jamais dans un contrat d'échange. Le calcul de la disproportion exigée dans la rescision pour lésion ne peut s'appliquer dans le cadre d'un contrat d'échange ou le prix n'est pas supposé

### **- En matière de frais d'échange**

Les frais générés par l'échange sont supportés par chacune des parties

### **- L'échange est réalisé avec une soulte**

La soulte est une compensation censée couvrir la différence de valeur entre les deux biens échangés. La partie qui reçoit le bien de valeur inférieure doit verser à l'autre partie une somme d'argent censée compenser la différence de valeur entre les deux biens.

Toutefois cette somme ne doit pas avoir une valeur trop importante de nature à constituer finalement l'objet principal de la transaction sinon le contrat risque d'être requalifié en vente

## **TITRE II LES CONTRATS DE MISE A DISPOSITION**

Nous examinerons dans cette partie le bail et le contrat de prêt

### **CHAPITRE I – LE BAIL**

Les contrats comportant transfert de jouissance d'une chose constituent une deuxième catégorie de contrat : proches des contrats sont proches aussi des contrats de services, et n'engendrent d'ailleurs qu'une simple obligation de faire pour celui qui met sa chose à la disposition d'autrui.

On y trouve tout d'abord le louage des choses, c'est-à-dire le contrat de bail encore appelé location, ainsi que le contrat de prêt qui, vu ses multiples facettes, ne sera pas examiné dans cette étude. En revanche, nous étudierons des figures plus complexes, qui mêlent crédit, bail et vente : le crédit-bail, ou la location-vente.

Le louage est un des contrats consensuels du droit romain. Le terme de « louage de choses », utilisé par le code civil est donc tiré du droit romain. En pratique et dans le code lui-même, celui de « bail » lui est généralement préféré lorsque l'opération porte sur un immeuble. Pour ce qui est des biens meubles, on a pris de nos jours l'habitude d'utiliser le mot « location »

Un certain flottement s'observe aussi dans la désignation des parties : jadis, on parlait de « locateur », du côté de celui qui fournit la chose, et de « conducteur » du côté de celui qui l'utilise. Mais cette manière de dire est abandonnée au profit des termes de bailleur ou loueur, et de preneur ou locataire.

Mais l'objet de l'opération est bien défini. Selon l'article 1709 du code civil, le contrat consiste à laisser à une personne, pendant un certain temps la jouissance d'une chose, en contrepartie d'un prix. La définition n'a pas pris une ride. Tout au plus, précisera-t-on que ce prix s'appelle un loyer.

## **SECTION I : LES BAUX A USAGE D'HABITATION**

Par l'expression à l'usage d'habitation, on ne vise pas que les maisons habiter. On vise également des baux destinés à d'autres usages. Les baux concernés sont limitativement énumérés à l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 18 décembre 1977 réglementant des pourcentages des bailleurs et locataires des locaux à usage d'habitation commercial, à usage industriel artisanal. Son également concerné les baux pris en location par les personnes

publiques pour y installer des services ainsi que les locaux occupés par les associations reconnues d'utilité publique et par syndicats professionnels.

Le domaine des baux régis par la loi du 18 décembre 1977 ainsi délimité il conviendrait d'analyser le bail à deux points de vue : d'une part sa formation et d'autre part ses effets.

## **PARAGRAPHE I : LA FORMATION DU BAIL**

Comme tout contrat, la validité du bail est soumise aux conditions de l'article 1108 du code civil. En outre ces conditions générales en droit ivoirien, le bail à usage d'habitation est régi par le principe de la liberté contractuelle. Cette liberté se manifeste aussi bien au niveau de la forme que le fond.

### **A La Liberté Quant A La Forme**

Ce principe est affirmé par l'article 1714 du code civil traitant des règles communes aux baux, ce texte précise que « on peut louer ou par écrit ou verbalement »

Ce principe se retrouve confirmé par l'article 2 Alinéa 1<sup>er</sup> de la loi du 18 décembre. Il en résulte que pour la formation du bail aucune forme n'est imposée au contractant. le bail est ainsi un contrat consensuel. Il est par conséquent parfait dès qu'il y a accord des parties sur la chose et le loyer. Le bail peut être verbal ou écrit. Les décisions jurisprudentielles ayant statué en ce sens ne sont pas rares en droit ivoirien.

Par exemple Abidjan 08 novembre 193 /CA d'Abj-17 novembre 1972

Le chapelier P 99.

Si le bail peut être verbal force est cependant de reconnaître qu'un tel bail peut soulever des problèmes de preuve en cas de litige. Relativement à ce genre de bail le litige peut porter soit sur l'existence même du bail soit sur son contenu. Pour la preuve par témoin n'est pas admise. Seul le serment peut être déféré à celui qui nie le bail. A l'inverse si le bail a reçu un début d'exécution la preuve peut être rapportée par tout moyen y compris la preuve

testimoniale. Au regard de cette distinction de l'article 1715 CC on peut s'étonner de la décision rendue par la cour Suprême \_ 18 avril 1975 dans laquelle la Cour Suprême, s'agissant d'un bail qui n'avait jamais été exécuté et qui était contesté a décidé que « la preuve de l'existence d'un bail verbal peut être administré par tous les moyens, qu'elle peut donc se faire par témoin » -RID 1975-N 34 – P 30.

Quant à la preuve du contenu du bail elle est régie par le principe de la liberté. En réalité les modes de preuve admis diffèrent selon l'élément sur lequel porte la contestation. Ainsi si c'est le montant du loyer qui est contesté l'article 1716 du code civil prescrit que la preuve doit se faire par la production d'une quittance a défaut, le bailleur sera cru sur serment. Si c'est la durée du bail qui fait l'objet du litige on admet que le juge peut se référer aux usages des lieux. Lorsque la contestation porte sur la régularité de l'acquittement du loyer, selon la Cour d'Appel d'Abidjan, la preuve testimoniale ne peut pas être admise. Elle estime que ce fait doit normalement résulter d'un écrit c'est à dire des quittances. CAA -03 mars 1978 –RID 1979 –N° 3 -1P.77

## **B La Liberté Quant Au Fond**

Elle doit s'entendre de deux manières : la liberté des conventions et celle dans la détermination du contenu du bail.

- 1) Pour la première elle est générale. Les propriétaires ont la liberté de louer ou ne pas louer leurs immeubles. Ils ont droit de louer à qui il veules, pourvu que l'objet ne soit pas illicite ou immoral.
- 2) Quant au contenu il y a lieu de distinguer selon qu'il s'agit des modalités de paiement du loyer ou de la fixation du montant des loyers. La liberté des parties est totale pour la détermination de la modalité de paiement du loyer. Elles peuvent ainsi décider qu'il sera mensuel, trimestriel, semestriel, même journalier ou même horaire.

Pour la fixation du montant cette liberté est contrôlée dans la mesure où l'article 12L.18 décembre 1977 reconnaît au pouvoir public la

possibilité d'intervenir dans la fixation du montant des loyers. Cette intention peut se faire un moyen d'un blocage des loyers. Cette technique prévue par l'article 14 alinéa 1<sup>er</sup> L 28 juillet 1978 par rapport au prix permet aux pouvoirs publics de bloquer les loyers au niveau qu'ils ont atteint à une date déterminée. D'intervention des pouvoirs publics peut aussi se faire aux moyens d'une taxation des loyers. Ce mécanisme permet aux autorités publiques de fixer de façon autoritaire le montant des loyers.

## **PARAGRAPHE II LES EFFETS DU BAIL A USAGE D'HABITATION**

Le bail crée à la charge du bailleur et du locataire des obligations

### **A LES OBLIGATIONS DU BAILLEUR**

Elles tiennent essentiellement en trois propositions

- Obligation par rapport à l'état des lieux
- Obligation de garantir au locataire la jouissance de la chose louée
- A l'expiration du bail d'autre obligation

#### **1) les obligations par rapport à l'état des lieux**

L'état des lieux est une source d'obligation pour le bailleur. Cette obligation trouve son expression ou sa manifestation dans l'obligation de délivrance de la chose louée en bon état et dans l'obligation d'entretien.

##### **a) L'obligation de délivrance**

Elle est prévue par l'article 1720 Alinéa 1 code civil qui dispose que le bailleur est tenu de délivrer la chose en bon état de réparation de cette pièce. Il en résulte que l'obligation du bailleur a un double contenu :

L'obligation de délivrance consiste dans la mise de la chose louée et de ses accessoires à la disposition du preneur.

Elle s'entend aussi d'une chose en bon état de réparation de toute pièce c'est-à-dire qu'en vue de la délivrance le bailleur est tenu de procéder à toutes les réparations nécessaires même celles qui en cours du bail en principe incombent au locataire. L'inexécution de cette obligation peut justifier toutes les sanctions ouvertes par le droit commun : l'exécution forcée.

b) **L'obligation d'entretien**

Il en est question à l'article 1720 Alinéa 2 qui impose au bailleur de faire pendant la durée du bail toutes les réparations qui peuvent devenir nécessaires autres que locatives. Il en résulte que l'obligation du bailleur d'entretenir la chose louée peut se manifester sous plusieurs formes.

Sur le fondement de cette obligation il a été jugé que le bailleur a l'obligation de munir l'escalier d'un éclairage suffisant, d'entretenir les ascenseurs, les canalisations. Mais si étendue soit elle cette obligation connaît des limites.

- La première résulte de la définition de la notion d'entretien. Selon la jurisprudence l'entretien ne consiste pas à assurer la propriété de la maison ;
- Les dispositions de l'article 1722 CC visent le cas où l'immeuble objet du bail est détruit totalement ou partiellement par un cas de force majeure. Et selon ce texte en cas de destruction totale le bail est résilié de plein droit. L'obligation d'entretien disparaît. Selon la jurisprudence il y a destruction totale lorsque la chose louée n'est plus apte à remplir la destination en vue de laquelle elle est louée.
- En revanche, lorsque la destruction est partielle le locataire a le choix entre une diminution du loyer et la résiliation du bail.
- Le cas supplétif des dispositions de l'article 1720 et suivant du code civil qui imposent l'obligation d'entretien : ces textes étant ainsi une clause du bail peut mettre à la charge du locataire soit tous les travaux qui incombent normalement au bailleur soit certains d'entre eux.

- Pour la mise en œuvre de l'obligation d'entretien du bailleur il est de principe qu'il appartient au locataire de prévenir le bailleur de la nécessité d'entretien. Mais une véritable mise en demeure formelle n'est pas requise. Une fois informé le bailleur doit procéder aux réparations qui s'imposent. En cas de négligence de sa part il peut y être contraint par justice où le locataire peut se faire autoriser par justice à exécuter lui-même les travaux nécessaires aux frais du bailleur en application de l'article 1144 du code civil. C'est justement une application de ce texte que le TPI a décidé que "le locataire qui, devant l'inertie du bailleur a dû procéder sous le contrôle d'un expert désigné par l'ordonnance du Président du Tribunal, à des grosses réparations incombant au bailleur, peut exiger de celui-ci remboursement des dépenses engagées bien qu'il n'ait pas adressé à ce bailleur une mise en demeure préalable". Il en est même admis que locataire peut procéder aux réparations sans autorisation et obtenir le remboursement des frais engagés. Ainsi la Cs, dans une décision du 15 janvier 1975 a décidé que « le preneur qui a effectué des réparations à la place du bailleur même sans autorisation peut demander le remboursement dès lors qu'il est établi que les travaux étaient indispensables pour permettre l'usage de la chose louée et qu'ils l'ont été au moindre frais ;

Après avoir effectué les travaux si le locataire d'exécuter lui-même les travaux aux frais du bailleur il peut aussi s'il le veut demander la résiliation du bail des dommages et intérêts. Il est même admis qu'il peut demander une réduction du loyer proportionnellement à l'atteinte portée à la jouissance paisible des lieux.

## **2 L'obligation de garantie du bailleur**

L'article 1719 Alinéa 3 impose au bailleur d'assurer au locataire la jouissance paisible de la chose louée. On n'en déduit que le bailleur dont garantir le locataire non seulement contre les vices cachés mais aussi contre son fait personnel et contre le fait des tiers.

a) **La garantie contre les vices**

Elle est prévue par l'article 1721 CC au terme duquel « le bailleur est garant de tous les vices et défaut de la chose louée même s'il ne les a pas connus au moment de la conclusion du bail ». Comme la garantie due par le vendeur celle du bailleur ne joue que si le vice est rédhibitoire.

Mais l'article précité est interprété extensivement dans la mesure où on admet que l'usage de la chose est impossible toutes les fois qu'il doit en résulter quelque inconvénient sérieux pour le locataire. Il a même été jugé que la garantie est due alors que le vice n'affecte que les accès de la chose louée. Mieux le moment de l'apparition du vice importe peu. Le vice peut être antérieur ou postérieur à la conclusion du bail. On explique cette solution par l'idée que l'obligation de procurer une jouissance paisible est successive et se prolonge pendant toute la durée du bail.

La jurisprudence tempère cependant cette règle. Elle retient parfois la faute du locataire qui néglige de signaler l'apparition d'un vice soit pour exonérer le bailleur soit pour limiter sa responsabilité. Par ailleurs bien que l'article 1721 CC ne l'exige pas on s'accorde à dire que le vice était apparent ou décelable. Il convient de révéler que cet article n'institue pas seulement une obligation de garantie puisque dans son alinéa 2 il rend le bailleur responsable de tous les dommages qui peuvent résulter de ces vices ; ici encore le texte est interprété extensivement dans la mesure où il s'applique qu'il s'agisse de dommages aux biens ou corporel.

S'agissant du fondement de cette responsabilité quant aux paiements de dommages et intérêts deux mots sont invoqués : celle de garde et l'obligation de sécurité qui pèserait sur tout bailleur.

La garantie des vices cachés due par le bailleur n'est pas d'ordre public. On admet ainsi les clauses limitatives mais pas les clauses totalement exonératoires de garantie.

Quant au régime de la garantie des vices on indiquera que la garantie due par le bailleur permet au locataire de demander la résiliation du bail. Mais il

appartient aux tribunaux d'apprécier si les inconvénients résultant des vices de la chose sont suffisamment graves pour justifier la résiliation. Il est cependant admis que le bailleur peut éviter la résiliation en exécutant les travaux nécessaires pour faire disparaître le vice. Le locataire peut aussi demander une diminution de loyer proportionnellement à la responsabilité civile il peut également prétendre à des dommages et intérêts.

b) **La garantie du fait personnel**

Conformément aux dispositions de l'article 1719 alinéa 3 le bailleur doit faire jouir le locataire de la chose louée. Il s'agit d'une obligation de ne pas faire qui contraint le bailleur à ne pas commettre des voies de fait à son encontre. Autrement dit le bailleur doit s'abstenir de troubler le locataire soit en droit soit en fait.

Faisant application de ce texte la CAA, s'agissant d'un a fait construire à proximité de la chambre occupée par les enfants une porcherie habitée par deux animaux et qui interdit à son locataire l'accès de la cour a décidé que « le bailleur doit faire 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 qu'un simple manquement aux obligations contractuelles dont est tenu le bailleur et s'analyse en une voie de fait » CAA 14 juillet 1978 RID 1979-80\_N°3,4-P56

L'obligation de ne pas troubler la jouissance apparaît parfois comme un complément de l'obligation de délivrance et de l'obtention d'entretien. C'est ainsi que dans le prolongement du premier le bailleur ne peut pas, durant le bail, changer la forme de la chose louée sans l'accord du locataire

En d'autres termes au cours du bail il ne peut pas unilatéralement modifier les conditions de la jouissance.

Par ailleurs dans le prolongement de l'obligation d'entretenir l'exécution des réparations non locatives nécessitent que le bailleur puisse accéder au bien loué ; et il peut même en résulter une gêne pour le locataire. En principe il appartient au bailleur de faire exécuter les travaux sans troubler la

jouissance. Toutefois il est acquis que le locataire doit supporter les travaux urgents qui ne peuvent pas être différés jusqu'à la fin du bail conformément à l'article 1724 CC.

Au-delà de l'obligation de ne pas troubler la jouissance du locataire, le bailleur peut être rendu responsable des conséquences dommageables de sa négligence. Il en est ainsi notamment lorsque les infiltrations d'eau dans le local sont dues au mauvais état des canalisations ou au retard mis par le propriétaire pour procéder à ces réparations.

### c) **La garantie du fait des tiers**

Le bailleur a aussi l'obligation de garantir le locataire contre les comportements des tiers qui troublent la jouissance des lieux. Il convient cependant de faire une distinction entre les troubles de droit et de fait. Le bailleur n'est tenu de garantir que les troubles de droit ; cette garantie joue comme en matière de vente c'est à dire qu'en cas d'éviction partielle elle conduit à une diminution proportionnelle du loyer et conduit à la résiliation du contrat en cas d'éviction totale.

3) les obligations pour le bailleur de maintenir le locataire dans les lieux loués

Elle résulte de l'article 2L du 18 décembre 1977 qui institue au profit du locataire à l'expiration du bail un droit au maintien dans les lieux loués par cette formule on reconnaît au locataire le droit de se maintenir dans les lieux loués à l'expiration du bail aux clauses et conditions du contrat primitif ; cela même en l'absence de tout accord entre le locataire et le bailleur. Autrement dit-il s'agit d'une obligation qui est faite au bailleur de maintenir le locataire dans les lieux loués bien que le contrat soit arrivé à son terme. Mais cette obligation ne peut jouer que si certaines conditions sont réunies. Laquelle obligation connaît aussi des limites puisque pour des raisons bien déterminées le bailleur peut reprendre son local.

#### a) Les conditions d'octroi du maintien des lieux

Elles sont deux et cumulatives. Pour prétendre à ce droit il faut justifier d'un titre locatif à l'origine de l'occupation . le maintien dans les lieux ne profite pas à n'importe quel occupant. Seul l'occupant parti à l'un des contrats limitativement prévus à l'article 02 précité peut y prétendre, à savoir la location, la sous location et la cession régulière de bail. Concrètement seuls les locataires, les sous-locataires et les cessionnaires de bail peuvent bénéficier de ce droit.

L'article 0A2 précité conduit tout malheureusement à refuser le droit au maintien dans les lieux à certaines occupantes. C'est le cas de l'occupant de fait c'est-à-dire la stipulation par exemple créée par un bail qui est annulé par une fiction juridique un tel bail est censé n'avoir jamais existé, il s'ensuit que l'occupant qui n'a pu être investi de la qualité de locataire ne peut pas s'en prévaloir pour prétendre au bénéfice du droit au maintien dans les lieux. Ne peut pas non plus bénéficier de ce droit, l'occupant précaire c'est-à-dire celui qui a pris l'engagement de quitter les locaux loués à une date déterminée.

L'occupant doit aussi être de bonne foi. On présume la bonne foi de celui-ci. Il incombe ainsi au bailleur d'administrer la preuve de la mauvaise foi du preneur.

Les faits constitutifs de mauvaise foi sont divers et proviennent essentiellement de l'inobservation par le locataire des obligations mises à sa charge par le contrat, par la loi ou les usages. La CAA, dans une décision du 05 mai 1972, a ainsi jugé que le défaut de paiement d'un loyer est constitutif de la mauvaise foi du locataire. RID 1974-N°3,4 P 20.

Toutefois un simple retard apporté au paiement du loyer ne doit pas pouvoir justifier la perte du droit au maintien...

Pour qu'on arrive à une telle action les retards ou les défauts de paiement doivent avoir été réitérés. Ainsi en a décidé la CAA le 26 mars 1976 -RID-1979-80 -3,4-P70. Réitérés les retards ou le non-paiement des loyers ne révèle pas toujours la mauvaise foi du locataire. Cette attitude peut s'analyser comme une réaction par rapport au comportement du bailleur. Il

semble tout à fait logique qu'en vue d'amener un bailleur récalcitrant à lui assurer une jouissance paisible des lieux loués, le locataire s'abstienne d'exécuter les obligations finales qui pèsent sur lui. En pareille hypothèse il appartient au juge de rechercher les motifs du comportement du locataire et d'écarter la mauvaise foi chaque fois que ces causes sont légitimes.

La mauvaise foi d'un locataire est également établie en cas de modification de la destination des lieux loués. Le code CIV impose au locataire d'utiliser le local en bon père de famille c'est-à-dire ne pas perturber l'ordre public, ni gêner les voisins. Ainsi les bruits anormaux, l'exemple d'une activité de nature à créer une gêne pour les voisins, constituent parmi tant d'autres des faits qui peuvent faire douter de la bonne foi du locataire.

Il apparaît de tout ce qui précède que le droit au maintien dans les lieux n'est pas automatique que cela. Son octroi suppose non seulement un titre locatif l'origine de l'occupation mais également que l'occupant soit de bonne foi.

Le droit au maintien se trouve tempéré par la possibilité reconnue au bailleur de reprendre son immeuble.

#### b) **Le droit de reprise du propriétaire**

Le droit au maintien, exception à la règle du CC selon laquelle le locataire doit restituer la chose louée à son bailleur au terme du bail ne doit pas profiter d'une façon absolue au locataire car ce serait aller à l'encontre de l'intérêt du propriétaire que de permettre à un locataire d'alléguer son droit au maintien pour faire obstacle à la réalisation par un bailleur de travaux de construction, d'aménagement ou pour empêcher le propriétaire de reprendre son immeuble pour l'habiter. Aussi, il est reconnu à ce dernier la possibilité de recouvrer la jouissance de son bien à l'expiration de la période contractuelle.

Mais ce droit de reprise ne peut s'exercer que par des motifs légitimes, notamment le propriétaire ne peut reprendre son local que pour l'occuper lui-même ou pour loger ses propres parents ou pour le démolir en vue d'une

reconstruction ou pour une transformation. Un propriétaire qui reprend son local au mépris des prescriptions de l'article 03-L de 77 s'expose à la sanction prévue par l'article 05 de ladite loi qui dispose que « quiconque par des manœuvres ou allégations mensongères a obtenu l'éviction d'un occupant de bonne foi en vue d'une relation est puni d'une amende de 5000 à 550000 F CFA le coupable est en outre tenu de payer au preneur évincé une indemnité qui ne peut être inférieure au montant du loyer annuel.

## **b les obligations du locataire**

Elles sont de deux ordres : certaines apparaissent en cours du bail et d'autres à l'expiration.

### 1) **les obligations en cours du bail**

En cours de bail le locataire a deux principales obligations. Il doit jouir de la chose d'une certaine manière et payer le loyer.

#### a) **Les obligations par rapport à la jouissance de la chose**

Le locataire d'une part l'obligation de jouir de la chose en bon père de famille et d'autre part celle d'user de la chose selon la destination convenue.

La première obligation se présente sous un double aspect : un aspect négatif est un aspect positif. Vue son aspect négatif cette obligation consiste à interdire le au locataire de commettre des abus de jouissance. On admet également que ceux-ci consistent à user de la chose louée dans des conditions anormales ou excessives de sorte qu'il en résulte une dépréciation de la chose elle-même ou une gêne pour le propriétaire, les tiers, les colocataires ou les voisins. Il a été par exemple jugé que constitue un abus de jouissance le fait pour un locataire d'encombrer une cour commune d'objets déposés. CAA 30 Avril 1976- RID 1976 N° 3 , 4 P 103. Il en va de même du fait d'incommoder les habitants d'un immeuble ou même les voisins par des bruits intempestifs ou des chants, il en va encore ainsi du fait de gêner les voisins par les odeurs nauséabondes. C'est aussi le cas du

locataire qui se livre à violence sur le bailleur ou sur les autres locataires. L'abus de jouissance peut être constitué également par l'installation dans le local loué d'une maison de débauche ;

En revanche le locataire est libre d'introduire chez lui les personnes de son choix sans commettre d'abus de jouissance. C'est le cas des parents, des amis, et même des concubines. Il a été cependant jugé que constitue un abus de jouissance le fait de loger chez soi un aliéné dangereux ou une personne atteinte d'une maladie contagieuse.

En principe l'exemple d'une profession ne constitue pas en soi un abus de jouissance. Il faut par conséquent, pour tirer une telle conclusion se référer à un contrat. Si le contrat l'autorise, il ne peut pas être reproché au locataire un abus sauf s'il utilise anormalement la chose louée ou si le contrat comporte une chose d'habitation bourgeoise.

Analysé sous son aspect positif, l'obligation d'user de la chose en bon père de famille impose au locataire de procéder aux réparations des dégradations qui surviennent pendant la durée du bail. Cette obligation est prévue par l'article 1732 ; « le locataire est responsable des pertes ou dégradations qui surviennent pendant la durée du bail. A moins que ce dernier administre la preuve que celles-ci ne sont pas dues par son fait ». en clair le bailleur n'a pas à prouver la faute du locataire. Cet article présume que les dégradations et les pertes résultent du fait que le locataire ne s'est pas comporté en bon père de famille. C'est donc à lui de démontrer la force majeure ou l'absence de faute de sa part. la CAA, le 12 mars 1976 a fait une judicieuse application de ce texte en décidant que « le preneur ne supporte pas la dégradation des lieux loués due à des causes étrangères mais il doit supporter les autres dégradations dont il est présumé responsable tant qu'il ne prouve pas conformément à l'article 1752 ce qu'elles ont eu lieu sans une faute de sa part » RID 1978-N° 3,4-P99.

En plus de l'obligation qu'il a de réparer les dégradations et les pertes qu'il peut causer, le locataire est tenu de procéder aux réparations dites locatives. Celles-ci se définissent par opposition aux grosses réparations qui

incombent au bailleur. On entend ainsi par réparation locative toute réparation qui correspond à l'entretien courant et aux menus travaux destinés à conserver le lieu loué en bon état.

Pour la qualification des réparations à faire la jurisprudence tient à la fois compte de l'importance des travaux mêmes et du fait qu'il affecte ou non les grosses réparations dont l'entretien incombent au bailleur. Outre l'obligation du locataire d'user de la chose en bon père de famille il a aussi l'obligation d'en user de la chose en bon père de famille il a aussi l'obligation d'en user selon la destination de la chose. Sont par exemple interdits les travaux important affectant les parties essentielles de l'immeuble et donc susceptible de compromettre la solidité de la construction ou d'aggraver les risques d'incendie. Tous ces changements de destination requièrent le consentement du bailleur.

Lorsque le locataire ne se conforme pas à ses obligations par rapport à l'usage de la chose, il s'expose à des sanctions. En l'absence de clauses particulières, il résulte de l'article 1729 que le juge peut prononcer selon les circonstances la résiliation du bail. C'est-à-dire qu'il s'agit d'une faculté pour le juge selon la gravité de la faute du locataire il décidera de la résiliation ou tout simplement ordonnera la cessation des troubles de jouissance. Conformément au droit commun le juge peut accorder au locataire un délai de grâce pour lui permettre de se mettre en règle. Le locataire peut même être condamné à dommages et intérêts.

#### b) **L'obligation de payer le loyer**

Si dans le bail l'utilisation des lieux est essentielle pour le locataire, c'est le loyer qui de loin est déterminant pour le propriétaire et par conséquent payer régulièrement et aux échéances convenues. Celui-ci est librement fixé par les parties lors de la conclusion du contrat. Mais il n'est pas nécessaire qu'il soit déterminé. Il suffit qu'il soit déterminable.

Le bailleur et locataire peuvent ainsi s'en remettre aux usages des lieux ou à un tiers. L'article 12L 18 décembre 1977 permet cependant aux pouvoirs publics d'intervenir dans la fixation du montant des loyers conformément

aux dispositions des articles 142.15L 28 juillet 1978 par rapport aux prix. Cette loi prévoit deux techniques d'intervention des personnes publiques à savoir le blocage des loyers (articles 8) et la taxation des loyers (article 15).

Le loyer peut par la suite être révisé. Le bail étant un contrat dont l'exécution est susceptible de s'étendre sur une assez longue période. Des fluctuations peuvent entraîner un déséquilibre des prestations. Le mieux est d'y remédier en insérant dans le contrat une clause d'échelle mobile mais une telle clause fait souvent défaut. Lorsqu'elle est interdite elle peut être illicite, la jurisprudence exige pour la validité de telle clause qu'elle soit en rapport direct avec l'objet du contrat, plus particulièrement avec le coût de la construction. C'est la raison pour laquelle la L. du 18 décembre 1977 a prévu une procédure de révision des loyers. Dans celle-ci deux phases sont à distinguer : une extra judiciaire et une autre judiciaire.

La phase extra consiste dans la notification par le bailleur au locataire du loyer qu'il souhaiterait désormais lui appliquer. Cette notification peut se faire par acte extra judiciaire (acte d'huissier) ou par lettre recommandée avec accusé de réception.

Dans ce document le loyer souhaité doit obligatoirement figure. Si le locataire n'y voit aucun inconvénient le nouveau loyer s'appliquera. A défaut d'accord des parties ou de réponse au locataire dans le mois de la proposition du bailleur le nouveau loyer pourra être fixé judiciairement sur l'initiative de l'une des parties. Devant le tribunal la procédure sur l'initiative de l'une des parties. Devant le tribunal la procédure comporte deux phases : d'abord il est de procéder à une tentative conciliation lorsque les parties comparaissent devant le juge des référés. Ce dernier ne fixera le montant du nouveau loyer que si le désaccord persiste entre les parties. Le montant du loyer fixé par le juge se doit de prendre en considération un certain nombre d'éléments qui sont précisés à l'article 06 du décret du 02 octobre 1979 fixant les modalités d'application de la loi du 18 décembre 1977 à savoir

- La valeur du terrain et de la construction à la date de la demande d'augmentation et la rentabilité économique normale que le propriétaire est en droit d'en attendre
- La valeur locative des locaux telle que celle-ci est déterminée par le CGI
- Le prix pratiqué dans le voisinage par unité de surface, pour les locaux équivalent compte tenu des caractéristiques propres du local considéré
- Les restrictions à la jouissance des lieux prévues par le bailleur.

Quant à la nature du paiement du loyer, elle relève de la volonté des parties. Il peut s'agir naturellement d'argent mais les prestations en nature ne sont pas à exclure. Il a été par exemple jugé en droit français que le loyer pouvait particulièrement au moins exister en des fournitures de fumier de la part du locataire qui était éleveur de chevaux.

Quant à l'époque du paiement il est déterminé par la convention des parties et des usages. Le défaut de paiement des loyers aux échéances convenues peut justifier la résiliation du bail.

Concernant la preuve du paiement elle incombe au locataire et résulte en général des quittances. Il est admis cependant qu'elle peut être faite par témoin ou par prestation lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit telle une quittance constatant le paiement des termes antérieurs CAA-3 mars 1978\_RID 1979-80-N°3,4\_P77.

Conformément à l'article les créances de loyer se prescrivent par 5 ans quant aux garanties dont dispose le bailleur pour obtenir le paiement elles peuvent être ainsi résumées : une action en paiement-une action en résiliation si le bail ne comporte pas une clause résolutoire expresse. En plus de ces deux, l'article 2102 lui accorde un privilège. Celui-ci porte sur le prix de vente de tout ce qui garantit la maison louée. C'est justement pourquoi l'article 1752 impose au locataire de garantir les lieux loués de meubles suffisant à moins qu'il donne des sûretés capables de répondre des loyers

## 2) **L'obligation du locataire à l'expiration du bail**

A la fin du bail le locataire a l'obligation de remettre les lieux loués en l'état antérieur à la conclusion du bail.

Le contenu de cette obligation est précisé aux articles 1730 et 1731

En effet selon le premier article s'il a été fait un état des lieux entre les parties, le locataire doit rendre la chose telle qu'il l'a reçue excepté ce qui a péri ou a été dégradé par vétusté ou par force majeure. De son côté, l'article 1731 énonce que s'il n'a pas été fait état des lieux le preneur est présumé les reçus en bon état de réparation locatives et doit les rendre tels sauf la preuve contraire.

Il résulte de ces deux textes que si un état des lieux a été fait au moment de la conclusion du bail il faut faire référence. Dans le cas contraire faut présumer que le locataire les a reçus en bon état sauf preuve contraire.

## **SECTION II LE BAIL COMMERCIAL**

Il est désormais régi par le titre II du livre 4 de l'acte uniforme l'OHADA par rapport au droit commercial général. Conformément son article 71 « est réputé bail commercial toute convention, même écrite existant entre le propriétaire d'un immeuble ou d'une partie d'un immeuble et toute personne physique ou morale permettant à cette activité commerciale, industrielle, artisanale ou professionnelle »

Ainsi défini le bail commercial ne présente pas de particularité quant à la formation et quant aux obligations pesant sur les parties à un tel contrat.

Son originalité est à la recherche dans le droit au renouvellement appelé également propriété commerciale. En vertu de ce droit le locataire peut sous certaines conditions demander le renouvellement de son bail. Il ne s'impose cependant pas au bailleur qui peut l'accepter ou refuser.

## **CHAPITRE 2 - LE CREDIT BAIL**

Par hypothèse un industriel ou un entrepreneur a besoin de s'équiper ou de renouveler son matériel vieillissant. Malheureusement ses moyens financiers sont limités ou inexistants. Et ne peut obtenir un crédit ordinaire en raison de l'impossibilité dans laquelle il se trouve de fournir les suretés classiques. Pour un tel individu le leasing apparaît comme la technique juridique la plus indiquée.

Le crédit-bail se définit comme la convention par laquelle une entreprise dite de crédit bailleur acquiert sur la demande d'un client la propriété d'un bien en vue de la donner en location à ce client pour une durée déterminée en contrepartie du paiement d'un loyer. A l'issue de la période fixée le client, appelé crédit locataire jouit d'une option : il peut soit restituer le matériel à la société de crédit-bail soit demander le renouvellement du contrat, soit acquérir le bien pour un prix qui tient compte des versements effectués à titre de loyer.

Ainsi défini le crédit-bail ou leasing présente un intérêt incertain aussi bien pour l'établissement de crédit-bail les intérêts sont à situer sur le plan juridique et économique. Sur le premier plan la société de crédit-bail se déchargeant le cadre du contrat de toutes les contraintes du propriétaire des risques sur la chose et les risques causés par la chose au moyen d'assurance et également des obligations du bailleur. Sur le plan économique la société de crédit-bail bénéficie de la rentabilité des fonds interdits. Rentabilité se situe au niveau du montant substantiel des loyers pendant la période de location.

Pour le crédit locataire l'intérêt se situe à trois points : au niveau du financement du matériel , de la fixation des loyers et de sa comptabilité. L'intérêt pratiqué le plus immédiatement visible est d'assurer le financement intégral par des fonds empruntés d'un investissement productif sans que l'entreprise bénéficiaire de ce crédit ait à constituer d'autres suretés que le transfert du titre de propriété de l'investissement financé par lui-même.

Par ailleurs les loyers sont en général fixés selon des formules souples que le crédit classique. En général les loyers sont fixés en fonction de la rentabilité du matériel.

Enfin les associés du crédit bailleur constituent des charges pour l'entreprise. Par conséquent elles sont susceptibles du bénéfice imposable. Ce sont donc ces intérêts attachés au crédit-bail qui justifie le développement de cette technique jusque dans le monde entier. Il a été mis au point dans les années 30. Il fait son apparition en France en 1960 sous le terme de leasing. Il a été introduit en Côte d'Ivoire en 1970. En droit ivoirien, le crédit-bail est réglementé par le décret N° 70-06 du 07 janvier 1970. Les dispositions de ce décret amènent à s'interroger sur le mécanisme du crédit-bail et sur ses effets

## **I LE MECANISME DU LEASING**

Il résulte du décret précité que le CREDIT BAIL doit être appréhendé comme la location d'un bien acheté à cet effet avec la faculté pour le locataire d'en acquérir la propriété à l'expiration du bail. Il en résulte qu'une opération ne peut être qualifiée de crédit bien que si elle révèle certaines caractéristiques.

L'article 03 dudit décret interdit d'assimiler le crédit-bail à la vente crédit. D'où la question de la détermination de la nature juridique du crédit-bail

- Les éléments fondamentaux du crédit-bail
- dispose en son article 1 « les opérations de crédit-bail sont les opérations de location d'immeuble à usage professionnel ou d'habitation de matériel, d'outillage ou de biens d'équipement spécialement achetés par le bailleur en vue de cette location. Et dont les crédits bailleurs demeurent propriétaires lorsque ces opérations, quel que soit la dénomination donnent au locataire la faculté d'acquérir au plus tard l'expiration du bail, tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu tenant compte au moins pour partie des versements effectués à titre de loyer »

Il en résulte que pour reconnaître une opération le législateur a prévu deux opérations essentielles qui sont l'achat d'un bien en vue de location et la faculté pour le locataire d'acquérir le bien loué.

## **A l'achat d'un bien en vue de la location**

L'article 1 du décret dispose que le bien doit être mobilier ou immobilier acheté en vue de la location. Et ce bien loué doit être un bien d'équipement professionnel ou un matériel d'outillage.

Ce texte suscite trois questions : la nature des biens loués, leur affectation et la propriété de ces biens

### 1) **La nature**

Il doit s'agir de biens d'équipement, de matériel d'outillage ou de biens immobiliers. Mais quel sens peut-on donner à ces expressions ?

Le texte ne fournit pas de réponse. Il est cependant admis que le terme de biens d'équipement doit être entendu dans son sens le plus large et comprend les biens mobiliers (équipant le locataire y compris les autorisations utilisées pour le fonctionnement de la société). Il est même admis qu'il n'est pas nécessaire que le matériel soit neuf. Cette vision ne semble pas tout à fait correspondre à l'esprit du crédit-bail.

En effet si la société de crédit-bail achète un vieux matériel et le loue en cas d'insolvabilité du locataire, le propriétaire, risque de se retrouver avec son matériel sur les bras dans la mesure où il trouvera difficilement un autre preneur compte tenu de sa vétusté. C'est pourquoi en pratique les sociétés de crédit-bail refusent que le crédit-bail porte sur du matériel d'occasion par ailleurs , on entend par matériel et outillage non seulement tout ce qui touche l'industrie et le commerce mais aussi tout ce qui touche l'agriculture, l'artisanat et même les professions libérales. Mais ce n'est pas tellement la

nature du bien qu'il faille considérer mais plutôt le but poursuivi par l'acheteur

## 2) **L'affectation du bien**

Le bien d'équipement ou d'outillage doit être acheté en vue de la location, ce qui signifie que le propriétaire bailleur doit avoir pour activité principale l'achat de certains biens de non pour revendre immédiatement mais pour louer. En clair si le bailleur fabrique lui-même le matériel et le donne en location, on serait plus en présence d'un contrat de crédit-bail, mais un contrat d'une autre espèce ; Com 13 1976-DALLOZ19è6P694

Le bien acheté doit aussi être destiné à une utilisation professionnelle. Dans ce cas un bien acheté par une société de crédit-bail qu'elle donne en location pour une utilisation personnelle ne peut entrer dans le cadre d'application du décret 07 janvier 1970.

Seront donc exclus les biens destinés à un usage purement personnel ou familial. Mais le cas professionnel pose des problèmes pour les biens d'un emploi mixte. Exemple : un médecin qui se fait acheter un véhicule par un établissement de crédit-bail ou un pharmacien ou un avocat, ce véhicule est-il utilisé dans le cadre de sa profession ou de son usage personnel ?

## 3) **La propriété du bien**

Le bien est donné en location par l'établissement de crédit-bail qui est en reste propriétaire. L'utilisateur du bien est un simple locataire.

C'est pourquoi en cas de faillite ou de liquidation judiciaire du locataire la société de crédit-bail peut revendiquer le bien.

Cette réserve de propriété permet de distinguer le crédit-bail de la vente crédit dans laquelle le transfert de propriété se produit dès la conclusion de l'opération et que dès ce moment, l'utilisateur du bien en devient irrévocablement acheteur : l'autre caractéristique du crédit-bail est la faculté reconnue au locataire d'acheter le bien.

## **B la faculté d'acquisition du bien**

A l'expiration du bail, l'utilisateur a un droit d'option, lequel droit soumit à certaines modalités

## **1 LE DROIT D'OPTION DU LOCATAIRE**

C'est un critère fondamental du crédit-bail. La faculté pour le locataire d'acquérir tout ou partie des biens loués est expressément prévue par décret précité du 07janvier 70

La faculté d'acquisition ne doit pas consister en une simple promesse de vente. Elle doit être contractuellement stipulée à un prix déterminé à l'avance. N'est-ce pas un crédit-bail toute opération de location sans promesse de vente. Il est interdit de stipuler dans un contrat de crédit-bail que le locataire deviendra obligatoirement acquéreur, l'acquisition du bien étant une faculté offerte au locataire.

Mais cette faculté ne peut être exercée qu'à l'expiration d'une période irrévocable stipulée dans le contrat.

## **2 les modalités**

A la fin de la période irrévocable le locataire dispose d'une triple option. Il peut décider d'acheter le matériel pour sa valeur résiduelle fixée dans le contrat. Dans ce cas le locataire a un délai fixé dans le contrat (entre un et trois mois) avant la date d'expiration de la période irrévocable pour faire connaître son intention à l'établissement de crédit-bail.

Le montant du prix tient compte au moins en parties des sommes payées sous forme de loyer. Il est donc toujours informé à la valeur du bien sur le marché. ce qui explique d'ailleurs l'intention qu'on les utilisateurs à choisir ces options. Selon l'article 1 du décret du 07 janv. 70 le droit d'option du locataire peut porter sur tout ou partie des biens loués. Il est cependant acquis que ce droit ne peut porter sur une partie du bien si cela est de nature à rendre les autres éléments à restituer impropre à toute utilisation ou vente.

- Le locataire dispose également de la facilité de souscrire un nouveau contrat de location dont les conditions sont à déterminer d'un commun accord mais le loyer sera inférieur au premier
- Enfin si le locataire n'opte pas pour un achat ou un renouvellement à l'expiration de la location, il doit restituer le bien en bon état d'entretien et de fonctionnement en tout lieu indiqué par le bailleur

## **PARAGRAPHE II LA NATURE JURIDIQUE DU CONTRAT DE LEASING**

Après bientôt 40 ans de pratique du crédit-bail en Europe et plus récemment en Côte d'Ivoire la nature juridique reste encore controversée cette controverse trouve sa source dans le fait que le crédit-bail résulte d'une fusion de technique juridique et non de leur addition. En tout état de cause, il y a lieu de ne pas assimiler le crédit-bail à certaines notions voisines car il a sa propre nature juridique.

### **A distinction du crédit-bail et des contrats voisins**

En dépit de la pauvreté manifeste des contrats telle la location-vente, le prêt, la vente à tempérament sous l'aspect de la filialité économique ces mécanismes juridiques doivent être distingués du crédit-bail

#### **1 crédit et location-vente**

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 cas, le locataire a la jouissance immédiate de la propriété des biens mais il ne devient propriétaire qu'à la fin de la location. Il n'y a pas transfert immédiat de la propriété. Mais les deux se distinguent dans la mesure où dans la location-vente. Le locataire s'engage dès le début du

contrat à acquérir le bien à l'issue de la période de location. Le crédit-bail se différencie par le caractère unilatéral de la promesse est synallagmatique et oblige les deux parties à une convention de location-vente.

## **2 crédit-bail et prêt d'argent**

Certains auteurs ont pu voir dans le crédit-bail prêt garanti par un droit de propriété. L'établissement de crédit-bail prêterait les fonds nécessaires à l'acquisition d'un bien et ferait consentir un droit de propriété sur ce bien jusqu'à complet remboursement du prêt. cette conception a le mérite de traduire la réalité économique du crédit-bail.

Mais elle est difficilement admissible puisque le décret du 07 janvier 70 qualifie le crédit-bail d'opération de location, l'utilisateur ne remboursant pas un prêt mais paie plutôt des loyers calculés en fonction de la rentabilité du bien.

## **CREDIT BAIL ET VENTE A TEMPERAMENT**

Les deux opérations se ressemblent du point de vue économique car elles ont toutes les deux une fonction de crédit. A la différence du crédit-bail la vente à tempérament opère transfert immédiat de la propriété du bien dès sa conclusion. Elle s'apparente au crédit-bail lorsqu'elle est assortie d'une clause de réserve de propriété. Cette clause retarde le transfert de propriété jusqu'au paiement de la totalité du prix. Mais à la différence de ce dernier le droit de propriété du vendeur est opposable à la masse des créanciers en cas de faillite de l'acquéreur.

### **B LE CREDIT BAIL, UN CONTRAT DE LOCATION ASSORTIE D'UNE PROMESSE UNILATERALE DE VENTE**

Analysé de très près le crédit-bail peut être appréhendé essentiellement comme un contrat de location assortie d'une promesse unilatérale de vente.

#### **1 UN CONTRAT DE LOCATION**

Malgré ses caractéristiques particulières le crédit-bail se rattache au contrat de louage de meuble ou d'immeubles . a la base de l'opération est toujours la

conclusion d'un contrat de louage de chose entre une entreprise spécialisée et un utilisateur. L'utilisateur n'a qu'un droit de jouissance comme dans le crédit-bail proprement dit et la société de crédit-bail a le droit de propriété. Com 26 Juin 1964 JCP 1965 IIème partie N14331. Il est ainsi acquis qu'au crédit-bail s'appliquent les règles relatives au bail.

Mais le crédit-bail n'est pas une location simple. il est plutôt une location assortie d'une promesse unilatérale de vente

## 2 UNE LOCATION ASSORTIE D'UNE PROMESSE UNILATERALE DE VENTE

La promesse stipulée dans le crédit-bail est un critère fondamental du crédit-bail. Elle est unilatérale puisqu'elle émane du bailleur seul. Le locataire ne s'engage en aucune manière à acquérir le bien loué.

Le caractère impératif de la promesse unilatérale de vente dans le contrat de crédit-bail. Com 12 JUL 1972 bul. Civ. 4<sup>ème</sup> partie P207 COM 08 JAN 1973 JCP 1973 IIème partie N° 17503

## SECTION II LES EFFETS DU CREDIT BAIL

Comme tout bailleur, le crédit a une obligation de délivrance et une autre garantie

### A L'OBLIGATION DE DELIVRANCE

Dans le droit commun l'obligation essentielle du bailleur conformément aux dispositions de l'article 1719 du code civil est la délivrance au preneur de la chose louée avec ses accessoires. Or dans le contrat de crédit-bail cette obligation revêt un caractère particulier car le premier donne mandat au second de retirer le matériel loué au moment et au lieu que le locataire indiquera au fournisseur.

Un procès-verbal de livraison ou de prise en charge établie contradictoirement entre le vendeur du matériel et le locataire mandataire du crédit bailleur constate que ce dernier a exécuté son obligation de délivrer un matériel en parfait état de fonctionnement . Com 27 JAN 1982

- Bul. civ 4<sup>ème</sup> partie – N°28. Ainsi dès lors que le procès-verbal de prise en charge a été approuvé par le locataire, ce dernier ne peut introduire une demande de résolution du contrat de crédit-bail pour défaut de délivrance

De même le locataire qui a signé par erreur et sans examen préalable le procès-verbal de livraison ne peut pas ensuite se prévaloir à l'encontre de la société de crédit-bail du défaut de livraison du matériel

## B L'OBLIGATION DE GARANTIE

Le bailleur doit également permettre au preneur de jouir paisiblement de la chose louée ainsi que le prévoit l'article 1719 précité

Cependant, les articles 1719 et suivants ne sont pas d'ordre publics. Les parties peuvent y déroger par des conventions particulières ils peuvent notamment être stipulé que le preneur prendra à sa charge totalité des réparations quel qu'en soient la cause et l'importance. En matière de crédit-bail il est presque toujours stipulé que le bailleur sera déchargé de son obligation d'entretien. De même il est habituel dans le crédit-bail d'écarter conventionnellement l'obligation de garantie des vices cachés mises à la charge du bailleur par l'article 1721 du code civil.

Cette exonération est la conséquence logique de la liberté dont le locataire jouit dans le choix et les examens techniques du matériel. La défectuosité du matériel loué a posé la question de savoir si le crédit locataire peut en ce cas invoquer l'exception d'inexécution et retenir tout ou partie des loyers qu'il doit ou introduire une action en résiliation du contrat.

Lorsque le crédit locataire se heurte à des difficultés dues à une mauvaise qualité du bien (vices cachés défaut de conformité ) le schéma juridique voudrait qu'il agisse contre son bailleur et que ce dernier se retourne contre son fournisseur.

Dans le crédit-bail la société stipule sa non garantie et transmet en contrepartie à son client, le crédit locataire, ses actions contre le fournisseur. C'est donc le crédit location qui exercera directement contre le fournisseur

les actions à lui aussi cédée. Ce qui a suscité la question suivante : lorsque le crédit preneur, exerçant les actions nées de la vente initiale en obtient sa résolution par exemple pour un vice caché et que cette vente initiale est anéantie, quel est le sort du contrat de crédit-bail lui-même.

La jurisprudence a longtemps été divisée. Pour une partie attachée à la rigueur juridique l'anéantissement rétroactif de la vente faisant disparaître tout droit de propriété du crédit-bail, emporterait que celui-ci n'avait pas pu donner en bail le bien et que le contrat de crédit-bail se trouvait donc nul, faute de cause ou même d'objet. De sorte que le crédit locataire était libéré. Civ. 03 mars 1982 JCP 83 2<sup>ème</sup> partie N2045

Pour une autre partie de la jurisprudence au contraire, faisant prévaloir l'économie de l'opération sur sa technique juridique, jugeait que le financement fourni par la société de crédit-bail et le transfert de ses actions au crédit locataire au paiement des loyers. Plusieurs arrêts rendus en chambres mixtes le 23 NOV 1990 ont tranché la question. En adoptant une solution intermédiaire.

Il résulte de ces arrêts que la résolution du crédit de vente entraîne nécessairement la résiliation du crédit-bail sous réserve de clauses ayant pour objet de régler les conséquences de cette résiliation. Les termes résiliation utilisée ici indique que le contrat de crédit-bail ne s'éteint que pour l'avenir mais reste valable pour le passé. DALLOZ 1991 P121.

## **PARAGRAPHE II OBLIGATION DU CREDIT LOCATAIRE**

Le crédit locataire a des obligations afférentes à la jouissance du matériel loué. Ainsi conformément au droit commun il doit utiliser bien avec prudence. Cette obligation interdit par exemple les abus de charge du client. Il doit user du matériel conformément à la destination qui lui a été donné dans le crédit.

Il est généralement spécifié dans les contrats des obligations que le contrat de location conclu *intuitu personae* ne peut être cédé à un tiers. Et que le matériel conformément à la destination qui lui a été donné dans le crédit-bail.

Il est généralement spécifié dans les contrats des obligations que le contrat de location conclu *intuitu personae* ne peut être cédé à un tiers et que le matériel ne peut être sous loué (article 6 contrat SOGEFIA BAIL° ; LE PRENEUR DOIT AUSSI PAYER LES LOYERS AVEC LA R2GULARIT2 CONVENUE et à défaut s'exposer à la résiliation du contrat et à l'application de la clause pénale qu'il contient généralement

Le bailleur peut se prémunir contre le risque de défaillance du crédit locataire non seulement par l'assurance mais encore par d'autres techniques financières tel que le cautionnement des dirigeants sociaux ou de certains d'entre eux.

Le crédit locataire a d'autre part l'obligation de restituer le matériel loué s'il ne lève pas l'option d'achat à l'expiration du crédit-bail sous peine de poursuites judiciaires. La restitution pourrait également s'imposer à lui bien que le terme prévu par le contrat ne soit pas échu notamment en cas de résolution du contrat pour faute en cours d'exécution.

Dans le but de contraindre le crédit locataire à l'exécution en faisant peser sur lui, la menace d'une sanction pécuniaire élevée les sociétés de crédit-bail utilisent généralement la clause pénale (article 08 contrat Afribail)

Au cas de non-paiement du loyer la société de crédit-bail se réserve le droit de résilier unilatéralement le contrat. Le preneur doit non seulement restituer le bien loué à son propriétaire mais aussi payer à ce dernier, outre les sommes dues qui ont motivé la résiliation, la totalité des loyers à venir jusqu'à la fin de location TTC majorée de la valeur résiduelle

## **CHAPITRE III – LE PRET**

### **SECTION 1ERE : LE CONTRAT DE PRET A USAGE**

### **SECTION II : LE CONTRAT DE PRET DE CONSOMMATION**

### **SECTION III : LE CONTRAT DE PRET D'ARGENT**

## **DEUXIEME PARTIE - LES CONTRATS SUR LES SERVICES**

### **TITRE 1 : LE CONTRAT DE MANDAT**

Défini par l'article 1984 du Code civil comme « l'acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant en son nom » le contrat de mandat est, en effet, une opération ancienne, source de représentation dont le caractère indispensable au développement des relations humaines n'est plus à démontrer.

Si le contrat de mandat est bilatéral, il s'inscrit dans le cadre d'un réseau de relation à trois personnes : la personne qui donne le pouvoir appelée le mandant, la personne chargée de l'accomplir au nom et pour le compte du mandant, appelée le mandataire, et le tiers auprès de qui l'acte est accompli par le mandataire et qui, à l'issue de l'exécution du mandat sera lié au mandant.

Comme d'autres contrats nommés, mais sans doute plus que d'autres, le contrat de mandat s'est « professionnalisé » sous la double impulsion du développement de l'activité économique et de la complexité croissante de la vie juridique. Le contrat de travail est désormais un grand contrat d'affaires, support de l'activité de nombreux professionnels.

Des régimes particuliers n'ont cependant pas fragilisé le droit commun du mandat.

Au contraire, ce dernier « a été enrichie et non pas appauvri par les règles spéciales instituée par le législateur au bénéfice de certains mandataires ou de certains mandants ». C'est naturellement ce droit commun propre au mandat qui appellera notre attention, les statuts spéciaux étant évoqués à

l'occasion de leur particularisme. A ce titre, nous envisagerons successivement l'identification (Chapitre 1), la formation (Chapitre 2), l'exécution (Chapitre 3) et l'extinction (Chapitre 4) du contrat de mandat.

## **CHAPITRE 1 : L'IDENTIFICATION DU CONTRAT DE MANDAT**

La diversification du mandat a rendu plus difficile l'identification de ce contrat, d'autant plus que ce dernier fait parfois partie d'opérations contractuelles plus complexes où se combinent plusieurs contrats. La doctrine s'accorde à reconnaître l'insuffisance de la définition du mandat proposée par l'article 1984 du Code civil.

Si cette dernière exprime bien le pouvoir conféré au mandant par le mandataire, elle est en revanche trop imprécise sur la mission que doit accomplir le mandataire. Or celle-ci est bien délimitée : accomplir un acte juridique. Aussi, le contrat de mandat doit plutôt se définir comme le contrat par lequel une personne, le mandant, donne à une autre, la mandataire le pouvoir d'accomplir des actes juridiques (section 1) en son nom et pour son compte (section 2).

### **SECTION 1 : LE POUVOIR D'ACCOMPLIR UN ACTE JURIDIQUE**

La mission du mandataire est nécessairement d'accomplir des actes juridiques qui peuvent être de nature diverse.

Si la conclusion d'un contrat est l'hypothèse la plus fréquente, le mandataire peut être chargé de réaliser des actes juridiques unilatéraux (faire un paiement, formuler une demande en justice, donner un congé...) la personne qui ne dispose pas d'accomplir ces actes juridiques n'est pas un mandataire. Ainsi en est-il du courtier dont la mission est seulement de rapprocher les personnes qui concluront par la suite directement entre elles un contrat. Le courtier n'ayant pas le pouvoir de conclure un acte juridique pour son client, n'est donc pas mandataire. De même, sauf stipulations particulières du contrat, un imprésario ou agent artistique, qui a pour mission d'opérer le

placement de l'artiste, agit non comme un mandataire de ce dernier, mais en qualité d'intermédiaire. Le notaire chargé de trouver un acquéreur immobilier, mais sans pouvoir accepter une offre d'achat ni négocier la vente n'est pas d'avantage investi de la qualité de mandataire mais d'une simple fonction d'entremise.

L'accomplissement des actes juridiques par le mandataire n'exclut pas que ce dernier soit parfois amené dans le cadre de sa mission à accomplir des actes matériels. Tant que ces actes ne sont pas l'accessoire de la mission principale, ils ne modifient pas la qualification de mandat. En revanche, lorsqu'ils ne peuvent plus être considérés comme accessoires, le mandat se double d'un contrat d'entreprise.

Le mandataire doit par ailleurs effectuer sa mission en toute indépendance.

L'existence d'un lien de subordination juridique entre le mandant et le mandataire conduit normalement à préférer la qualification de contrat de travail, encore que le cumul d'un contrat de travail et d'un mandat soit possible. La distinction entre contrat de travail et contrat de mandat n'est pas toujours très nette, ce qui a notamment permis au législateur de conférer à certains professionnels la qualité de salarié, alors que la présence d'un lien de subordination est discutable.

## SECTION 2 : AU NOM ET POUR LE COMPTE DU MANDANT

Le mandataire agit au nom et pour le compte du mandant. Il représente ainsi ce dernier et cette qualité n'est pas ignorée du tiers avec qui le mandataire traite. Cette représentation est-elle de l'essence du contrat ? la doctrine est divisée. Alors que pour certains auteurs la représentation est nécessaire pour qu'il y ait véritablement contrat de mandat, d'autres admettent la qualification de mandat alors que le représentant agit, certes pour le compte d'autrui, mais en son propre nom pour ce qu'il est convenu d'appeler les mandats sans représentation. Ainsi en est-il du contrat de commission par lequel une personne, le commettant, donne à une autre, le commissionnaire, le pouvoir d'accomplir un acte juridique pour son compte, le commissionnaire agissant toutefois en son propre nom comme l'indique

expressément l'article L,132.1 du Code de commerce. Si l'on examine seulement cette opération à la lumière des relations entre le commettant et le commissionnaire, on est en présence d'un véritable mandat. En revanche, à l'égard du tiers, le commissionnaire n'apparaît pas comme le représentant du commettant : « il fait écran entre le commettant et le tiers contractant ».

Participe du même schéma, mais avec encore plus d'opacité, le contrat de prête-nom qui est un véritable cas de simulation. Le prête-nom, en effet, aux yeux des tiers en son nom et pour son propre compte. A nouveau les relations entre le prête-nom et celui qui dans l'ombre lui donne le pouvoir de conclure, sont soumises au droit commun du mandat. En revanche, le prête-nom est tenu à l'égard des tiers, puisque seule l'apparence compte. Entre les formules où le mandataire agit ostensiblement au nom du mandant et celles où la personne occulte cette qualité, se situe une opération intermédiaire : la déclaration du command. Essentiellement pratiqué dans les ventes aux enchères, ce mécanisme permet à une personne (le commandé) d'acheter en déclarant agir pour une autre personne (le command) en se réservant la possibilité de révéler ultérieurement le nom. Dès lors qu'il y a révélation dans un certain délai, seul le command est tenu à l'égard du tiers : il s'agit alors d'un véritable mandat. A défaut, le commandé est personnellement tenu.

Le mandataire agit pour le compte du mandant. Nul ne conteste que la réalisation de l'acte par le mandataire pour le compte du mandant soit l'élément essentiel du contrat de mandat. Seul le mandant tire bénéfice de l'opération, mais en supporte aussi les risques. Cet élément n'exclut pas que le mandataire puisse être intéressé par l'opération. Ainsi en est-il lorsque sa prestation est rémunérée. Mais est-elle plus largement le cas lorsqu'il y a mandat d'intérêt commun. Le mandat d'intérêt commun signifie que le contrat a été conclu dans l'intérêt non seulement du mandant, mais aussi du mandataire, la notion d'intérêt du mandataire ne se ramenant pas au paiement d'un salaire ; un critère souvent recherché à ce propos tiendra

dans le but développement d'une clientèle commune aux deux. Si l'intérêt commun ne modifie pas la qualification de mandat, il influence en revanche en partie son régime.

## **CHAPITRE 2 : LA FORMATION DU MANDAT**

### SECTION 1 : LA CAPACITE DES PARTIES

#### SOUS-SECTION 1 : LA CAPACITE DU MANDANT

Le mandant est lié par l'acte que le mandataire est chargé d'accomplir, c'est par rapport à cet acte que la capacité du mandant doit être appréciée au moment, toutefois, de la conclusion du mandat et non au moment de l'accomplissement de l'acte projeté. Si l'acte à accomplir est, par exemple, un acte de disposition, la capacité du mandant est celle de disposer. A défaut de la capacité requise, le mandat est nul, le mandant et le mandataire pouvant l'invoquer. La nullité du contrat de mandat rejait alors sur l'acte juridique accompli par le mandataire.

Le contexte particulier du mandat a effet posthume bouscule cette simplicité : le mandat est alors consenti par celui qui anticipe sa fin dans l'intérêt de ses héritiers désignés. C'est à ces derniers que le mandataire devra des comptes .

De la sorte, on a pu à juste titre voir dans l'institution une stipulation pour autrui dans laquelle le futur défunt joue le rôle d'un stipulant, le mandataire d'un promettant, les héritiers celui de tiers bénéficiaire.

#### SOUS-SECTION 2 : LA CAPACITE DU MANDATAIRE

L'article 1990 du Code civil dispose :

« Un mineur non émancipé peut-être choisi pour mandataire ; mais le mandant n'aura d'action contre lui que d'après les règles générales relatives aux obligations des mineurs »

Applicables à tous les incapables, et non pas seulement aux mineurs, cette règle qui suppose toutefois que l'incapable soit doué de discernement permet à un mandataire incapable, d'une part, d'engager valablement son mandant à l'égard des tiers, et d'autre part, de bénéficier dans ses rapports avec le mandant du régime des incapacités. Ainsi, sa responsabilité contractuelle ne pourra être recherchée ; il ne sera tenu de ce qui a tourné à son profit. La règle de l'article 1990 est écartée dans le mandat de protection future et le mandat à effet posthume pour lequel le mandataire doit jouir de la pleine capacité civile.

## SECTION 2 : L'OBJET

L'objet du contrat de mandat est la mission du mandataire, c'est-à-dire plus précisément l'acte ou les actes juridiques à accomplir. Par application du droit commun des contrats, cet objet doit être licite, déterminé ou déterminables.

### La licéité de l'objet

L'illicéité de l'acte à accomplir, qui emporte la nullité du contrat de mandat à plusieurs sources. C'est l'objet de l'acte illicite qui peut d'abord être illicite. Ainsi en est-il du mandat d'acheter ou de vendre un bien hors du commerce, comme les stupéfiants. Certains actes fortement attachés à la personne ne peuvent ensuite être conclus que par le mandant, ce qui interdit alors le recours à un mandataire. Ainsi, il n'y a pas de mariage par procuration. Enfin, le mandataire ne peut pas accomplir des actes interdits au mandant. Le tuteur privé du droit d'acquérir un bien appartenant à son pupille, ne saurait contourner cette interdiction par un mandataire.

### La typologie de l'objet

L'acte à accomplir doit également être déterminé ou déterminable. Le Code civil offre plusieurs modalités de détermination de l'objet du mandat. Le mandat peut être spécial ou général. Selon l'article 1987, mandat spécial est celui qui porte sur une affaire ou certaines affaires seulement, alors que le mandat général est donné pour toutes les affaires du mandant.

A cette classification, s'ajoute celle prévue par l'article 1988 du Code civil :

« Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès ».

La combinaison des deux classifications donne parfois lieu à des confusions. Le mandat exprès est parfois assimilé au mandat spécial. On pourrait penser que le mandat général ne peut pas être exprès. Pourtant, les deux classifications, n'ayant pas la même finalité doivent se combiner. Le mandat peut être ainsi :

Spécial et exprès : par exemple le contrat de vendre telle voiture ;

Spécial et conçu en termes généraux : par exemple, le mandat d'administrer tel bien déterminé ;

Général et exprès : par exemple, le mandat d'aliéner tous les biens du mandant.

Général et conçu en termes généraux : le mandat de gérer tous les biens du mandant.

Les parties peuvent, au demeurant, affirmer ces formules en précisant les conditions de l'acte à accomplir. Le mandat est alors « impératif ».

Quelle que soit la formule choisie, « le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat : le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre ». La règle n'est que l'illustration d'un principe plus large d'interprétation restrictive du mandat.

Le mandat peut comporter une clause d'exclusivité, l'exclusivité étant le plus souvent, en pratique, insérée au profit du mandataire.

Le contexte propre au mandat posthume justifie une plus grande rigueur encore dans la limitation de l'objet du mandat : quant aux héritiers et aux biens concernés, à sa durée (pas plus de deux ans prorogables par le juge), aux pouvoirs du mandataire limités aux actes de gestion et d'administration.

Spécialement, le mandat posthume n'est valable que s'il est justifié par un intérêt sérieux et légitime au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral, précisément motivé.

### La détermination du prix

En présence d'un mandat à titre onéreux, la détermination des honoraires du mandataire est-elle une condition de validité du contrat de mandat ? il y a longtemps que l'on avait écarté ici le jeu néfaste de l'article 1129 du Code civil. Comme pour le contrat d'entreprise, la détermination du prix pour le contrat de prestation de services n'est pas exigée, le juge se réservant la possibilité de fixer le montant des honoraires.

## SECTION 3 : LA FORME

### Le principe du consensualisme

Le contrat de mandat est, par principe, un contrat consensuel. Le « bon pour mandat » souvent exigé par les établissements bancaires est donc inutile. Le mandat peut être donné verbalement ou même être tacite. Le Code civil précise que l'acceptation du mandat peut être tacite à l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire. Mais il ne s'agit que d'une hypothèse de mandat tacite. Alors qu'au lendemain de la rédaction du Code civil, on prédisait peu d'avenir à cette notion. Celle-ci a été largement utilisée, parfois avec excès, tant par la jurisprudence que par le législateur. Toutefois, lorsqu'il « s'agit d'aliéner ou d'hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès ».

### L'exception au principe du consensualisme

Le consensualisme est écarté dans différentes hypothèses. D'une manière générale, on s'est demandé si le formalisme qui imprègne obligatoirement l'acte à accomplir ne contamine pas le contrat de mandat lui-même. « Un

mandat de passer un acte authentique ne doit lui-même revêtir cette forme que si la passation de l'acte sous forme authentique est exigée par la loi », a d'abord affirmé la Cour de cassation, avant d'admettre que « lorsque la forme de l'acte à accomplir à pour fin la protection de la volonté, le mandat d'accomplir cet acte doit être soumis à cette forme »

En dehors de ce formalisme d'emprunt, il est parfois exigé un mandat par acte authentique, pour des actes d'une gravité particulière. Ainsi en est-il du mandat donné pour se faire représenter lors de l'établissement d'un acte de l'état civil., pour s'opposer à un mariage ou pour révoquer un testament. C'est aussi le cas du mandat posthume qui doit être établi par acte authentique ; la présence du notaire lui permettra de s'assurer de l'intérêt sérieux et légitime qui doit présider à la conclusion d'un tel mandat.

Force est, par ailleurs, de constater un développement significatif du formalisme dans les réglementations récentes de mandats professionnels afin de protéger le mandat. Un acte sous-seing privé est une condition de validité du mandat confiés notamment aux agents immobiliers, aux agents commerciaux ou aux agences de publicité.

#### SECTION 4 : LA PREUVE

L'article 1985 du Code civil indique expressément que la preuve du mandat obéit aux règles générales de la preuve des conventions. Les articles 1341 et suivants du Code civil sont ainsi applicables dans les rapports du mandant et du mandataire. A celui qui invoque le mandat d'en prouver l'existence, par écrit, si son objet dépasse le seuil légal fixé par décret, sauf application des exceptions classiques (commencement de preuve par écrit, impossibilité matérielle ou morale et en matière commerciales). La jurisprudence étend les règles du droit commun au mandat tacite, encore « qu'il n' y a là qu'une affirmation de façade et souvent, d'ailleurs, on en admet l'existence au de circonstances de fait dans lesquelles on peut le présumer ». Prouver l'existence du mandat ne suffit pas toujours à prouver le contenu du

mandat. Est alors admise la preuve par tous moyens, dès lors qu'il s'agit d'une question d'interprétation.

Alors que les tiers au contrat de mandat devraient être autorisés à en prouver l'existence par tous moyens, la Cour de cassation estime que les règles générales de la preuve des conventions sont applicables non seulement dans les rapports entre le mandat et le mandataire, mais encore dans les rapports du mandant avec les tiers qui ont traité avec le prétendu mandataire, l'ayant-cause ne pouvant avoir plus de droit que son auteur. Controversée, cette extension de l'exigence d'écrit ne concerne toutefois que le tiers qui contracte avec le mandataire, le tiers étranger à l'opération de mandat conservant la possibilité de prouver par tous moyens. Le tiers contractant n'est de surcroît tenu de prouver par écrit que l'existence du mandat, la preuve de son étendue étant libre. En se prévalant d'un mandat apparent, ce tiers peut se contenter de simples présomptions.

### **CHAPITRE 3 : LES EFFETS DU CONTRAT DE MANDAT**

#### SECTION 1 : LES EFFETS ENTRE LE MANDANT ET LE MANDATAIRE

##### SOUS-SECTION 1 : LES OBLIGATIONS DU MANDATAIRE

###### Paragraphe 1 : L'exécution de la mission

L'intuitu personae qui imprègne le contrat de mandat ne devrait autoriser qu'une exécution du mandat par le mandataire seulement, sauf accord des parties. Le Code civil autorise toutefois implicitement l'exécution par un mandataire substitué sans autorisation du mandant, ce que confirme la Cour de cassation. La présence d'un sous-mandat complique le réseau de relations contractuelles. Le mandataire initial devient un mandant à l'égard du sous-mandataire, et les deux (2) contractants sont alors tenus des obligations nées de ce nouveau mandat.

A l'égard du mandant, le mandataire initial répond de celui qu'il s'est substitué lorsque la substitution n'est pas autorisée. En revanche, en

présence d'une substitution autorisée, le mandataire ne répond plus des fautes du sou-mandataire, sauf s'il a choisi une personne notamment incapable ou insolvable. Quelle que soit la nature de la substitution, le mandataire reste néanmoins tenu d'une obligation de surveillance vis-à-vis du mandataire substitué pour la bonne exécution du mandat.

L'article 1994, alinéa 2 du Code civil offre, par ailleurs, au mandant une action directe contre le mandataire substitué qui peut être exercé dans tous les cas. La jurisprudence accorde une même action personnelle et directe au mandataire substitué contre le mandant pour obtenir le remboursement de ses avances et frais et le paiement de la rétribution qui lui est due. Cette action peut être exercée que la substitution ait été ou non autorisée. Le mandant peut toutefois opposer au mandataire substitué la faute commise par ce dernier. Pendant plusieurs années, la Cour de cassation avait estimé que le mandant ne pouvait, en revanche, opposer les paiements faits au mandataire d'origine, même si ceux-ci étaient antérieurs à l'exercice de cette action. Fort justement critiquée, cette jurisprudence a été abandonnée : « Si le mandataire substitué dispose d'une action directe contre le mandant d'origine pour obtenir le remboursement de ses avances, cette action ne peut toutefois être attaquée qu'autant que l'action du mandataire intermédiaire n'est pas elle-même éteinte ».

Une complication supplémentaire peut tenir aux statuts spéciaux susceptibles de s'appliquer au mandataire initial et à celui substitué. Ainsi, la Cour de cassation a refusé à l'agent immobilier de se substituer un agent commercial pour accomplir sa mission : le statut d'agent commercial étant exclu pour les mandataires relevant déjà d'un statut particulier comme c'est le cas avec la loi Hoguet pour l'agent immobilier.

Le contrat de mandat peut enfin confier à plusieurs mandataires le soin d'accomplir la même mission. Le Code civil envisage cette hypothèse pour réitérer le droit commun de la solidarité :

« Quand il y a plusieurs fondés de pouvoir ou mandataires établis par le même acte, il n'y a de solidarité entre eux qu'autant qu'elle est exprimée »

Le mandataire est d'abord tenu d'exécuter le mandat en respectant les instructions qui lui ont été données. On sait que l'article 1989 selon lequel le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat, traduit une règle plus large d'interprétation restrictive des instructions du mandant. Ainsi, lorsque dans le cadre d'une vente aux enchères, le vendeur a fixé un prix de réserve, le commissaire-priseur, qui est un mandataire peut aussi accomplir les actes qui sont la suite nécessaire du mandat.

Le mandataire est ensuite tenu d'exécuter la mission avec diligence. Il a été parfaitement démontré que ce devoir d'exécution diligente présente deux aspects. Lorsque les actes à accomplir comportent un aléa, le mandataire « doit déployer toute diligence pour être simplement en mesure d'exécuter sa mission, pour accomplir les actes qu'elle comporte ». Dans tous les cas, le mandataire doit être aussi diligent au stade de l'exécution de la mission. Une telle diligence, qui doit permettre d'assurer l'efficacité des actes et de procurer au mandat toute satisfaction, appelle célérité, habileté et parfois prudence de la part du mandataire, l'appréciation de ces qualités variant selon que ce dernier est ou non un professionnel. Est susceptible d'être rattaché à ce devoir de diligence, la règle selon laquelle le mandataire « est tenu d'achever la chose commencée au décès du mandant, s'il y a péril en la demeure ».

Le mandataire est aussi débiteur d'une obligation de loyauté fortement marquée dans le contrat de mandat. Le mandataire doit exécuter la mission dans l'intérêt du mandat. Il ne doit pas utiliser le mandat pour servir ses propres intérêts ou ceux d'un tiers. Ainsi, l'article 1596 du Code civil interdit aux mandataires de se rendre adjudicataires des biens qu'ils sont chargés de vendre, la jurisprudence étendant cette prohibition à toutes les ventes et pas simplement aux ventes aux enchères. Cette interdiction s'applique « même dans le cas où le bien à vendre n'appartient plus au mandant ». Plus largement, c'est toute opération de contrepartie occulte qui est illicite, ainsi lorsque le mandataire conclut avec le mandant à l'insu de ce dernier l'acte qu'il était chargé de conclure avec un tiers.

Un devoir de conseil pèse parfois sur les mandataires. Tel est le cas de ces mandats professionnels, indépendamment de ceux dont l'objet du mandat est précisément la délivrance d'un conseil. Le forçage jurisprudentiel porteur de l'obligation de conseil a gagné depuis des années les terres du mandat. Le conseil vise l'opportunité et les risques de l'opération ; à ce titre le mandataire professionnel doit même attirer l'attention du mandant sur l'éventualité d'un revirement de jurisprudence.

Mais il n'y a pas que les mandataires professionnels qui sont concernés. Il suffit que le mandataire ait quelques compétences que le mandant n'a pas, pour que s'impose ce devoir de conseil.

Deux articles du Code civil traitent de la responsabilité du mandataire. L'article 1991 qui dispose dans son premier alinéa que :

« le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il demeure chargé, et répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de son inexécution »

Et l'article 1992 du Code civil aux termes duquel :

« le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion.

Néanmoins la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire »

La doctrine a quelque peu hésité sur le régime de responsabilité du mandataire, hésitation que l'on retrouve en jurisprudence. Ainsi, la Cour de

cassation a-t-elle d'abord estimé que « hors le cas de force majeure, le mandataire est présumé en faute s'il n'exécute pas ses obligations », solution qui traduisait plutôt l'existence d'une obligation de résultat. Elle sembla privilégier ensuite l'obligation de moyen, avant d'affirmer plus récemment que : « si le mandataire est, sauf cas fortuit, présumé en faute du seul fait de l'inexécution de son mandat, cette présomption ne saurait être étendue à l'hypothèse d'une mauvaise exécution de ce dernier ».

Est ainsi retenue une analyse dualiste suggéré par une partie de la doctrine, qui traduirait le mieux la combinaison des articles 1991 et 1992 du Code civil. L'obligation est de résultat s'il y a inexécution du mandat. L'obligation est de moyen s'il y a mauvaise exécution du mandat. Pareille distinction est justement critiquée. Outre que la séparation entre inexécution et mauvaise interprétation n'est pas toujours facile à identifier, la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultats ne devrait pas se fonder sur le principe de l'inexécution mais bien sur l'objet de l'obligation, sauf volonté exprimée des parties pour qualifier l'autorité de leurs rapports obligatoires. Ainsi, tout devrait dépendre, en réalité, de la nature de la mission du mandataire.

Si cette mission implique l'accomplissement d'un résultat déterminé (signer le contrat de vente de ma maison dont le principe, les conditions et le prix sont acquis), l'obligation d'exécuter la mission est un bien une obligation de résultat. Si en revanche, la mission est affectée par un aléa, (négocier et conclure la vente de ma maison aux prix que je souhaite : contrat dont le principe n'est pas acquis), la qualification d'obligation de moyens s'impose. Dans ce dernier cas, la responsabilité est appréciée moins rigoureusement par un mandataire bénévole, cette faveur ne concernant toutefois que l'appréciation de la faute et non l'étendue de la réparation. La distinction obligation de moyens/obligation de résultats ne reflète pas complètement, ici comme ailleurs, la classification des obligations fondée sur leur intensité. Le

mandataire du croire ne peut alors même pas invoquer un cas de force majeure.

Reste que ces difficultés relatives à l'intensité de l'obligation ne doivent pas occulter la règle clairement exprimée par l'article 1992, alinéa 2, selon laquelle l'appréciation du comportement fautif du mandataire doit être plus sévère dans le cadre d'un mandat à titre onéreux qu'en présence d'un mandat à titre gratuit. Cette différence d'appréciation doit, à notre sentiment, se retrouver aussi dans l'examen des causes d'exonération.

La faute commise par le mandataire dans l'exercice de sa mission peut caractériser une faute dommageable à l'égard d'un tiers susceptible d'engager sa responsabilité.

L'action en responsabilité formée par le mandant contre le mandataire pour faute de gestion est soumise aux prescriptions de droit commun, le point de départ de la prescription se situant le jour où le mandant a eu connaissance de la faute de gestion.

Paragraphe 2 : La reddition de comptes

L'article 1993 du Code civil dispose :

Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand bien même ce qu'il aurait reçu n'eût point été du mandant ».

Conçue pendant longtemps comme une simple reddition de comptes intervenant en fin d'opération, l'obligation imposée par cet article dont peut

être au demeurant dispensé le mandataire comporte en réalité deux aspects comme l'a pertinemment démontré Ph. Pétel :

« Avant de rendre un compte, le mandataire doit informer le mandant du déroulement et du résultat de son action. La reddition de compte, opération classique et commune à tous ceux qui gèrent les affaires d'autrui, parachève donc l'obligation, propre au mandataire, de fournir à son donneur d'ordre un compte rendu de l'exécution de sa mission »

Le mandataire doit ainsi rendre compte de sa gestion, mais aussi de sa mission.

Distinct de l'obligation de conseil, cet aspect de l'obligation de rendre compte conduit, en premier lieu, le mandataire à informer le mandant du déroulement de la mission. Le mandataire est plus précisément tenu d'informer le mandant de toutes difficultés d'exécution de la mission qui rendent nécessaire une intervention de mandat. Mais ce dernier a aussi le droit d'être tenu au courant de l'état d'avancement de la mission. Le mandataire doit, en second lieu, informer le mandat du résultat de la mission, qu'il s'agisse d'un succès ou d'un échec.

Le mandataire doit fournir au mandant un véritable compte de gestion à l'issue de sa mission. Il ne s'agit pas d'un simple compte arithmétique, mais d'un compte autonome soumis au droit commun des comptes. Ne peut donc être exigé le paiement isolé d'un article de compte. Le compte du mandataire n'a pas, en revanche d'effet novatoire. Toute créance qui entre en compte conserve son propre régime.

Le compte doit comporter le détail des créances et des dettes. Le mandataire est ainsi tenu d'inscrire au compte toute ce qu'il a reçu mais qui n'était pas dû au mandant, pour autant qu'il ait reçu ces sommes en sa qualité de mandataire.

Si la présentation du compte n'est soumise à aucune forme particulière, elle doit toutefois clairement exprimer la volonté des parties d'apurer les comptes. Constitue ainsi une reddition de comptes conforme aux exigences de l'article 1993, l'acte sous seing privé dans lequel les mandants, d'une part, reconnaissent avoir été intégralement payés de toutes les sommes nées de la vente conclue le même jour, et, d'autre part, donnent pleine et entière décharge à leur mandataire.

Suite logique de la reddition de comptes, le mandataire doit restituer au mandant ce qu'il a reçu en vertu du mandat pour le compte du mandant. Mais, il ne doit pas oublier aussi de restituer ce que le mandant a pu lui remettre pour permettre l'exécution de sa mission, tels des documents ou des fonds inutilisés ou mal utilisés.

Enfin, l'article 1996 du Code civil prévoit que « le mandataire doit l'intérêt des sommes qu'il a employé à son usage, à dater de cet emploi ; et de celles dont il est reliquataire, à compter du jour qu'il est mis en demeure ». Cette règle n'exclut pas la condamnation du mandataire, lorsqu'il est de mauvaise foi, à des dommages-intérêts supplémentaires pour autant que conformément à l'article 1153 du Code civil, le mandant ait subi un préjudice indépendant de celui causé par le simple retard.

S'agissant du mandat à effet posthume, l'obligation de rendre compte doit être exécutée chaque année.

## SOUS-SECTION 2 : LES OBLIGATIONS DU MANDANT

### Paragraphe 1 : Le remboursement des frais et avances

« Le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a fait pour l'exécution du mandat » affirme l'article 1999, alinéa 1er, du Code civil. Susceptible d'être écarté par le jeu d'une clause prévoyant une rémunération incluant les frais, ce remboursement, qui suppose néanmoins que le mandataire justifie l'existence des frais et avances engagés, est du

même si l'affaire n'a pas réussi ou si ces avances et frais auraient pu être moindres. Seule la faute imputable au mandataire peut entraîner une suppression ou une réduction de remboursement. Le mandant doit également l'intérêt des avances faites par le mandataire à dater du jour des avances constatées. Par dérogation à la règle, d'indivisibilité du compte de gestion, il est admis que le mandataire puisse demander un remboursement en cours de mandat.

## Paragraphe 2 : L'indemnisation des pertes

Aux termes de l'article 2000 du Code civil,

« le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable »

Supplétive, cette règle est largement entendue par la jurisprudence. Ainsi, en est-il tout d'abord de la notion de perte. L'indemnisation peut concerner des pertes aussi bien financières que commerciales, des dommages matériels ou corporels. Ces pertes n'ont pas, au demeurant, besoin d'être exceptionnelles. Les circonstances dans lesquelles ces pertes ont été éprouvées sont aussi largement comprises. Il suffit que les pertes puissent être rattachées même indirectement à l'exécution du mandat. En revanche, l'imprudence du mandataire est exclusive d'une indemnisation des pertes, telle une imprudence ne pouvant toutefois être déduite de la seule présence des pertes. Par ailleurs, la Cour de cassation restreint la portée des clauses permettant au mandant d'échapper aux pertes de son mandataire. En effet, « les pertes que le mandataire a essuyées à l'occasion de sa gestion et dont les parties peuvent décider qu'elles seront couvertes par un forfait sont exclusives de celles qui ont pour origine un fait imputable au mandant ».

## Paragraphe 3 : Le paiement d'une rémunération

Comme le prévoit l'article 1986 du Code civil, la gratuité du mandat peut être expressément écartée par les parties. Mais la professionnalisation du

contrat de mandat s'est naturellement traduite par la stipulation fréquente d'une rémunération, au point que la Cour de cassation a inversé pour les mandataires professionnels le principe de gratuité posé par l'article 1986 précité.

Le mandat à effet posthume ne déroge pas à la règle : après avoir rappelé la gratuité de ce principe, le Code civil organise minutieusement la façon dont une rémunération du mandataire peut-être aménager.

Le mandant doit payer au mandataire son salaire lorsqu'il en a été promis. Qu'elle soit forfaitaire ou proportionnelle, la rémunération du mandataire est généralement déterminée par les parties. Mais la détermination de cette rémunération n'étant pas une condition de validité du mandat, il revient au juge d'en fixer le montant lorsque le contrat ne l'a pas fait. Relevant du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, cette fixation judiciaire doit notamment dépendre de l'ampleur de la mission, de l'importance des services rendus, des circonstances de la cause, la seule référence à l'offre du mandant n'étant pas suffisante.

La rémunération du mandataire prendra le nom de commission. Elle peut être constituée d'un montant fixe mais sera le plus souvent proportionnelle aux affaires apportées par l'agent afin d'en stimuler l'activité. Outre le taux, les parties s'attacheront alors à préciser le fait générateur et l'assiette de la redevance. S'agissant de l'agent commercial « la commission est acquise dès que le mandant a exécuté l'opération ou devrait l'avoir exécuté en vertu de l'accord conclu avec le tiers ou bien encore dès que le tiers a exécuté l'opération, la formule est favorable à l'agent qui ouvre le droit à commission dès lors que le mandant ou son client a exécuté l'opération, ou aurait dû le faire pour le premier. L'exigibilité de la commission de l'agent immobilier est soumise à la conclusion effective de l'opération et sa constatation dans un acte écrit.

Bien que prévu par le contrat, la rémunération du mandataire n'a pas à être payée si ce dernier a commis une faute. S'il n'y a pas point de faute, la rémunération est due, même si l'affaire n'a pas réussi, une rémunération

fondée sur un résultat obtenu permettant toutefois d'éviter un paiement dans cette hypothèse. Le mandataire bénéficie d'un droit de rétention sur les objets à restituer au mandant et peut compenser dans le compte de gestion toute somme qu'il détient avec la rémunération qui lui est due. Par ailleurs, « lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elle est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat.

## SECTION 2 : LES EFFETS ENTRE LE MANDATAIRE ET LES TIERS

### SOUS-SECTION 1 : LE PRINCIPE

Le mandataire disparaît de la scène juridique lorsque sa mission est accomplie, comme un échafaudage devenu inutile, une fois la construction achevée. Cette image résume parfaitement l'effet de la représentation et s'applique naturellement au mandataire. Par nature, le contrat de mandat exclut la présence d'une quelconque relation de droit entre le mandataire et le tiers. Une fois le contrat est conclu, le mandataire, qui a traité au nom et pour. Le compte du mandant, s'efface derrière ce dernier qui demeure seul engagé. L'opération de mandat ne procure donc au mandataire aucun avantage et ne lui cause aucun préjudice. On mesure bien là la différence entre le mandataire et d'autres prestataires concurrents, comme, par exemple, le commissionnaire, qui, à la différence du mandataire, est tenu envers le tiers car il agit en son propre nom.

### SOUS-SECTION 2 : LES EXCEPTIONS

L'établissement de relations juridique entre le mandataire et le tiers avec qui il traite n'est pas à exclure. Il en est ainsi : lorsque le mandataire traite en son propre nom sans indiquer le nom du mandant : le mandataire devient alors débiteur du tiers, sauf son recours contre le mandant.

Lorsque le mandataire qui agit sans pouvoir ou outrepassé ses pouvoirs se porte fort pour le mandant, l'absence de ratification de ce dernier expose le mandataire au paiement de dommages-intérêts. Reste que : « le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité une suffisante connaissance de ses pouvoirs, n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au-delà, s'il ne s'y est personnellement soumis ».

Lorsque le mandataire garantit au tiers l'exécution par le mandant des engagements qu'il souscrit au nom de ce dernier : le mandataire peut-être ainsi du croire à l'égard du tiers.

En cas de faute du mandataire à l'égard du tiers, la Cour de cassation estime que le mandataire est personnellement responsable envers les tiers lésés des délits ou quasi-délits qu'il peut commettre soit spontanément, soit même sur les instructions du mandat dans l'accomplissement de sa mission. La faute peut notamment constituer dans le dépassement des pouvoirs qui entraîne la nullité de l'acte conclu.

### **SECTION 3 : LES EFFETS ENTRE LE MANDANT ET LES TIERS**

C'est l'article 1998 du Code civil qui détermine les effets du mandat entre le mandant et les tiers. Ce texte n'a vocation qu'à traduire les obligations nées de l'exécution du mandat.

A l'instar du mandataire, le mandant peut voir sa responsabilité extracontractuelle engagée. Il est en ainsi, non seulement lorsqu'il a commis lui-même une faute, mais éventuellement aussi au titre de commettant en raison d'une faute du mandataire. Reste que ces situations sont tout de même exceptionnelles. L'essentiel réside dans les obligations nées du mandat.

#### **SOUS-SECTION 1 : L'EXECUTION DES ENGAGEMENTS CONTRACTES CONFORMEMENT AU POUVOIR DONNE PAR LE MANDANT**

Lorsque le mandataire exécute le mandat conformément au pouvoir qui lui a été donné, le mandant est tenu d'exécuter les obligations nées du contrat

conclu par le mandataire. L'écran constitué par ce dernier disparaît ; par l'effet de la représentation, le mandant est tenu comme s'il avait contracté lui-même. Le Code civil n'envisage expressément que les engagements contractuels, en ne se préoccupant, de surcroît, que des effets obligatoires du contrat conclu par le mandataire. La règle a une portée plus large. D'une part, ce sont tous les effets du mandat qui concernent le mandant. Ainsi, lorsque le contrat conclu est une vente, l'effet translatif de propriété à vocation à opérer sur le patrimoine du mandant. D'autre part, ce sont tous les actes conclus par le mandataire qui s'imposent au mandant. Ce dernier est ainsi concerné par les effets des actes unilatéraux effectués par le mandataire. Par ailleurs, il ne faut pas exclure la possibilité de rechercher la responsabilité contractuelle du mandant en raison des fautes commises par le mandataire dans l'exercice du mandat.

Cependant, bien que conclu dans le cadre du pouvoir conféré par le mandant, l'acte conclu à la suite d'un concert frauduleux entre le mandataire et les tiers ne lie pas le mandant.

## **SOUS-SECTION 2 : L'EXECUTION DES ENGAGEMENTS CONTRACTES AU-DELÀ DU POUVOIR DONNE PAR LE MANDATAIRE**

Lorsque le mandataire agit au-delà de ses pouvoirs, les actes réalisés ne lient pas le mandant. La règle concerne l'hypothèse où le mandataire a outrepassé ses pouvoirs, mais aussi, a fortiori, celle où il agit sans pouvoir.

Le mandant est tenu lorsqu'il ratifie les actes passés par le mandataire au-delà de son pouvoir. Cette ratification qui peut être expresse ou tacite a un effet rétroactif : le mandant est ainsi tenu à l'égard du tiers à compter du jour où l'acte a été accompli par le mandataire. La rétroactivité a toutefois un

effet limité. Elle ne saurait en effet menacer les droits acquis par le tiers avant la ratification.

### SOUS-SECTION 3 : L'EXECUTION D'ENGAGEMENTS ENES DE LA PRESENCE D'UN CONTRAT APPARENT

En l'absence d'un contrat de mandat, la personne ne devrait pas, à ce titre, être tenu à l'égard d'un tiers. Pourtant, animée par la volonté de protéger les tiers, la jurisprudence admet, dans certaines circonstances, « qu'une personne peut être engagée sur le fondement d'un mandant apparent, à la condition que la croyance du tiers au pouvoir du prétendu mandataire soit légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier lesdits pouvoirs ».

La notion de mandat apparent permet aussi, bien qu'il y ait mandat, de considérer le mandat engagé au-delà des pouvoirs conférés au mandataire.

La condition essentielle au jeu du mandat apparent est « que la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire soit légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs ».

### **CHAPITRE 4 : L'EXTINCTION DU MANDAT**

Sauf lorsque sa durée est légalement limitée, le mandat prend fin par l'exécution sa mission par le mandataire.

L'extinction du mandat prive naturellement le mandataire de ses prérogatives de représentant. Il ne peut plus engager son ancien mandant.

Toutefois, le tiers qui traite avec un mandataire n'est pas informé de la fin du mandat.

Le mandat prend, par ailleurs, normalement fin, par l'exécution la mission par le mandataire. Il en est de même en cas de disparition de l'objet, le mandat devenant alors caduc, ou d'arrivée du terme lorsque le contrat est conclu pour une durée déterminée. En dehors des causes d'extinction qui relèvent du droit commun des droit des contrats, le Code civil prévoit d'autres causes qui témoignent soit d'une fin voulue (Section 1), soit d'une fin subie (Section 2).

## SECTION 1 : LA FIN VOULUE

### SOUS-SECTION 1 : LA REVOCATION

Le mandat est révocable ad nutum, selon une expression classique : sans avoir à justifier d'un quelconque motif, le mandant peut ainsi mettre fin à la mission du mandataire, que celle-ci soit à durée indéterminée ou non.

La libre révocabilité n'autorise cependant pas tout comportement du mandant. La théorie de l'abus de droit permet au mandataire d'obtenir indemnisation lorsque, par exemple, la révocation se déroule dans des conditions vexatoires.

Le Code civil ne soumet pas, par ailleurs, la révocation à un quelconque formalisme. Le mandant a toutefois intérêt à clairement exprimer sa volonté de révoquer, car la révocation n'est opposable au mandataire qu'au jour où celui-ci a eu connaissance de la volonté du mandant, et non au jour où cette volonté s'est exprimée. De même, le mandant a, en pratique, tout intérêt d'informer les tiers en relation avec le mandataire de la révocation de ce dernier, car selon l'article 2005 du Code civil :

« la révocation notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation, sauf au mandant son recours contre le mandataire ».

La révocation peut être totale ou partielle.

La révocabilité ad nutum n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent prévoir que le mandat est irrévocable. Le sens de cette irrévocabilité mérite toutefois d'être précisé. La stipulation d'irrévocabilité ne prive pas la révocation illicite d'effet. Le mandataire perdra ses pouvoirs, mais il aura droit à une indemnisation née du manquement à la clause, à moins que la révocation soit justifiée par une cause du mandataire ou un événement de force majeure. Formule intermédiaire entre la libre révocabilité et la stipulation d'irrévocabilité, la clause qui prévoit que la révocation donne lieu au versement d'une indemnité. Cette dernière qui n'a pas le caractère d'une clause pénale n'est toutefois pas due si la révocation est rendue nécessaire par une faute imputable au mandataire.

La révocation est subordonnée, en principe, à un accord du mandant et du mandataire ou à une cause reconnue ne justice. La règle jurisprudentielle autorise toutefois un rétablissement conventionnel de la libre révocabilité.

Reste qu'à l'instar du mandat irrévocable, le mandat d'intérêt commun, en réalité ne prive pas d'efficacité la révocation unilatérale : « l'absence de cause légitime ne prive pas la révocation du mandat d'intérêt commun ». Le mandataire a alors droit à des dommages-intérêts, sauf si la révocation est justifiée par une faute du mandataire ou une cause légitime, dont il appartient au mandat de prouver l'existence. Une clause peut, par ailleurs, autoriser une révocation unilatérale sans indemnité. Mais il faut

expressément stipuler une telle exclusion car la jurisprudence estime que si le contrat est muet sur cette question, l'indemnité est due, même si le mandant a respecté les conditions de forme et de préavis fixés par la clause contrat pour résiliation.

Autant le régime du mandat d'intérêt commun est précisément déterminé, autant la notion de mandat d'intérêt commun prête à discussion. Les difficultés se cristallisent sur l'identification de l'intérêt du mandataire, l'intérêt du mandant étant inhérent au mandat. Très tôt, la jurisprudence n'a pas lié l'intérêt du mandataire à la seule stipulation d'un salaire. L'intérêt du mandataire doit être ailleurs. Il peut résulter de la création et du développement d'une clientèle commune. Ainsi, il y a mandat d'intérêt commun lorsqu'il « y a intérêt du mandant et du mandataire à l'essor de l'entreprise par création et développement de la clientèle ».

La nécessité de rechercher un tel critère, dont l'application n'est toujours pas aisée, a toutefois perdu de son intérêt depuis que le législateur consacré la construction prétorienne de mandat d'intérêt commun. Tel en est-il de l'agent commercial, exemple type du mandataire d'intérêt commun. Ainsi, en cas « cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi ».

Le Code civil énumère sept (7) évènements de nature à justifier la fin de ce mandat particulier. On retiendra la possible révocation judiciaire sur demande de l'héritier intéressé au cas de disparition de l'intérêt sérieux et légitime qui justifiait le mandat ou au cas de faute du mandataire. L'analyse proposé qui fait de l'héritier un mandant post mortem à raison d'une stipulation pour autrui consenti par le défunt aurait pu justifier une faculté de révocation ad nutum au profit de celui-ci. La conclusion du mandat conventionnel entre les héritiers et le mandataire titulaire d'un mandat posthume mettra encore fin au premier.

## SOUS-SECTION 2 : LA RENONCIATION

Le Code civil autorise le mandataire à renoncer au mandat, même au cas de mandat à effet posthume. Aucune distinction n'est faite entre le mandat à durée indéterminée et le mandat à durée déterminée, ce qui constitue alors, dans ce dernier cas, une dérogation au droit commun des contrats. La renonciation doit être notifiée au mandant.

## SECTION 2 : LA FIN SUBIE

En raison du caractère intuitu personae du contrat de mandat, il est logique que le décès de l'une des parties entraîne l'extinction du mandat. Le Code civil aménage l'extinction née du décès du mandant :

Le mandataire est tenu d'achever la chose commencée au décès du mandant, s'il y a péril en la demeure.

Si le mandataire ignore la mort du mandant, ce qu'il a fait dans cette ignorance est valide. Au mandataire toutefois de prouver son ignorance. Les parties, expressément ou tacitement peuvent prévoir une survie du mandat au décès du mandant, ou instituer un mandat post mortem où la mission du mandataire est de réaliser des actes à la mort du mandant, pour autant, dans ce dernier cas, que l'objet soit licite, c'est-à-dire qu'il ne transgresse pas singulièrement les règles d'ordre public en matière successorale. L'institution du mandat à effet posthume encadre désormais cette hypothèse.

Le décès du mandataire entraîne également l'extinction du mandat, même lorsqu'il s'agit d'un mandat d'intérêt commun et spécialement d'un mandat à effet posthume. « Les héritiers doivent donner avis au mandant, et pouvoirs, en attendant, à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci ». Le contrat peut toutefois prévoir une continuation au décès du mandataire qui conduira alors les héritiers de ce dernier à continuer la mission.

L'effet du mandat général d'administration que le majeur aurait pu consentir avant l'ouverture de la procédure de tutelle est maintenu.

En cas de procédure collective ouverte à l'endroit d'un commerçant, d'un artisan, d'un agriculteur ou de toute personne morale de droit privé, l'administrateur peut exiger l'exécution des contrats en cours, que ceux-ci soient ou non intuitu personae ou qu'une clause du contrat ait prévu une extinction automatique dans cette situation. Le mandat n'échappe donc pas à cette règle. Le contrat pourra même être transmis à un repreneur dans le cadre d'un plan de cession.

.

## **TITRE 2 : LE CONTRAT D'ENTREPRISE**

### **CHAPITRE 1 : L'IDENTIFICATION DU CONTRAT D'ENTREPRISE**

Le contrat d'entreprise est un contrat synallagmatique à titre onéreux dont l'identification pose parfois des difficultés. Il est, en effet, des opérations complexes ou l'hésitation entre plusieurs qualifications est légitime. Mais, il est en revanche, d'autres situations où le choix du contrat d'entreprise procède de l'éviction d'une autre qualification aux conséquences moins avantageuses. On sait bien ainsi que, pour des raisons ne serait-ce que financières, le contrat d'entreprise est plus attirant que le contrat de travail.

#### **SECTION 1 : L'EXECUTION D'UNE PRESTATION**

L'entrepreneur est tenu d'exécuter une prestation. Indépendamment de la nature de cette dernière, l'entrepreneur est donc débiteur d'une obligation de faire. La différence avec les contrats sur les choses ou sur la richesse (chose) préexistait au consentement est ici flagrante ; la plupart du temps dans le contrat d'entreprise la richesse résultera de la prestation du débiteur, de l'exécution du contrat donc. L'existence d'une contrepartie financière, bien que fréquente, reste indifférente à la qualification.

Il faudra alors distinguer le contrat d'entreprise du contrat de vente, du contrat de bail et du contrat de dépôt.

#### **SOUS-SECTION 1 : CONTRAT D'ENTREPRISE ET CONTRAT DE VENTE**

A priori, la distinction est aisée à établir avec le contrat de vente qui opère transfert de propriété. Il faut, alors, préciser, les relations entre vente et entreprise, d'autant que les intérêts de cette distinction sont consistants.

Le prix est une condition de validité de la vente, ce qui n'est pas le cas pour le contrat d'entreprise. Le régime de la garantie des vices cachés ainsi que celui des clauses de non-responsabilité diffèrent d'un contrat à l'autre. Le transfert de la propriété et des risques n'intervient pas au même moment ni au titre des mêmes mécanismes : un effet translatif contractuel dans la vente, la règle de l'accessoire et l'accession pour l'entreprise.

Dans cette recherche de qualification, il faut distinguer plusieurs situations. Lorsque l'entrepreneur effectue une prestation sur une chose appartenant à son client, la qualification de contrat d'entreprise n'est pas discutable. A l'inverse, lorsque l'objet du contrat réside dans l'acquisition d'un bien qui nécessite, certes, une fabrication, c'est, sans conteste, la qualification de vente qui l'importe. En revanche, le doute est permis lorsque, l'entrepreneur fournit matière et travail. S'agit-il alors d'une vente, en l'occurrence une vente de chose future, ou d'un contrat d'entreprise ? Le choix de la pluralité peut séduire. On a justement montré que dans des opérations complexes, il est parfois permis d'identifier la présence d'une vente et d'un contrat d'entreprise. Mais on a aussi proposé pour une même opération une qualification mixte donnant lieu à une application distributive des règles : seraient tantôt appliquées les règles de la vente, tantôt celle de l'entreprise, selon la phase de l'exécution du contrat.

Le choix d'une qualification unique est toutefois possible. Plusieurs critères ont été proposés par la doctrine, et reprise avec plus ou moins de conscience par la jurisprudence. Le plus simple est le critère dit économique. Il consiste à tenir compte de la valeur respective de travail et de la matière, et à déterminer la qualification par application de la règle de l'accessoire, comme le fait expressément la Convention de Vienne du 11 Avril 1980 sur la vente internationale de marchandises. Utilisé à plusieurs reprises, ce critère n'est plus vraiment d'actualité, encore que l'on prône toujours son application lorsque l'entrepreneur construit un ouvrage sur le terrain du maître de l'ouvrage. Un autre critère dit « psychologique » est apparu plus séduisant, il y a entreprise si l'entrepreneur a exécuté la prestation sous la direction du

maître et en suivant les plans de ce dernier, il y a vente si celui qui fabrique dispose d'une totale liberté. Sur cette base, la Cour de cassation retient un critère dit de « spécificité » : si la chose a été fabriquée spécifiquement pour le client, il y a contrat d'entreprise ; en revanche si elle est fabriquée en série ou à l'avance de manière standard, c'est de la vente. Il y a ainsi entreprise et non point vente, lorsque le produit « ne répond pas à des caractéristiques déterminées à l'avance par le fabricant, mais est destiné à répondre aux besoins particuliers exprimés par le donneur d'ordre ». Concrètement, la présence d'un stock relèvera la vente.

Il reste que le thème du contrat d'entreprise tendant au transfert d'un bien a été récemment renouvelé par un auteur qui discerne la présence d'un effet translatif de propriété, analogue à la vente, dans ce genre de contrat.

## SOUS-SECTION 2 : CONTRAT D'ENTREPRISE ET CONTRAT DE BAIL

Le vocabulaire du Code civil suggère une analogie du régime entre le bail, louage des choses, et l'entreprise, louage d'ouvrage. L'objet des deux conventions est pourtant différent : une chose préexistant au consentement pour le bail, une prestation humaine à réaliser pour l'entreprise. La différence se prolonge dans les obligations et prestations caractéristiques : la mise en jouissance d'une chose pour le bail, l'obligation de faire quelque chose pour l'entreprise.

L'intérêt de la distinction tient aux distinctions de régimes des deux contrats : ainsi de l'exigence d'un prix déterminé ou déterminable pour la validité du bail, pas du contrat d'entreprise ; ainsi du sort des fruits produits par la chose qui profitent au locataire, pas à l'entrepreneur qui cultive la terre d'autrui sans en avoir la jouissance effective, ainsi des conséquences de la perte de la chose supportée par le bailleur et par celui qui fournit la

matière dans l'entreprise ; ainsi surtout des règles contraignantes pour le bailleur qu'emporte l'application de certains statuts de baux spéciaux et auxquelles échappe l'entrepreneur.

Les difficultés de qualification naissent essentiellement de la présence d'opération où se mêlent mise à disposition d'un bien et accomplissement de prestations.

En cas de conflit de qualifications, rechercher une qualification unique est un réflexe compréhensible, qui conduit à nouveau à retenir la règle de l'accessoire. Il faut identifier ce qu'attend principalement le bénéficiaire de la prestation.

La jurisprudence choisit, par exemple la qualification d'entreprise pour le contrat d'abonnement téléphonique. Mais le critère de l'accessoire est parfois flexible. Parfois la remise de la chose devient prépondérante et la part de service accessoire. Le bénéficiaire acquiert alors la maîtrise effective de la chose. Tel est aujourd'hui le critère qui semble s'imposer. Ainsi dans la location d'un véhicule avec chauffeur, le client qui donne des ordres à ce dernier à la maîtrise effective du véhicule ; le contrat est bien un louage de chose (le véhicule) comportant une prestation accessoire (celle du chauffeur).

On a justement montré que la complexité de certaines opérations rend artificielle le choix d'une seule qualification. Mieux vaut alors admettre une qualification mixte lorsque la formule permet l'application distributive des règles du bail et du contrat d'entreprise dans les secteurs séparés.

**SOUS-SECTION 3 : CONTRAT D'ENTREPRISE ET CONTRAT DE DÉPÔT**

Les intérêts de la distinction sont ici moins importants depuis que le régime de la responsabilité de l'entrepreneur est du dépositaire est, pour la jurisprudence, pratiquement identique. L'intérêt essentiel concerne la formation du contrat ; le contrat d'entreprise est un contrat consensuel alors que le dépôt est un contrat réel.

De prime abord, la distinction est nette : alors que le contrat d'entreprise tend à la création de nouvelles richesses, le dépôt tend à la seule conservation d'une richesse préexistante ; l'obligation caractéristique du dépositaire sera de conserver la chose en vue de la restituer. Les risques de confusion entre entreprise et dépôt n'existe que lorsque le client remet à l'entrepreneur une chose nécessaire à l'exécution de la prestation. C'est, à priori, l'objet du contrat dicté par l'intention des parties qui permet d'adopter une qualification unique. Si le propriétaire de la chose contracte pour l'exécution d'un travail, c'est l'entreprise qui s'impose et la conservation n'est qu'accessoire, alors que si la chose n'a été remise qu'en vue de sa garde, c'est le dépôt qui prime. Mais la Cour de cassation scinde parfois l'opération, pour appliquer successivement le régime de l'entreprise et celui du dépôt. Ainsi, affirme-t-elle que « l'existence d'un contrat d'entreprise portant sur une chose remise à l'entrepreneur n'exclue pas que celui-ci soit aussi tenu des obligations du dépositaire ».

## SECTION 2 : L'EXECUTION D'UNE PRESTATION DE MANIERE INDEPENDANTE

C'est sans conteste la distinction entre contrat d'entreprise et contrat de travail qui suscite le plus de contentieux. Les intérêts de la distinction sont finalement simples à résumer. De la qualification retenue, dépend tout simplement l'application du droit du travail et du droit de la sécurité sociale. Il s'agit donc d'une différence portant sur quelques règles, mais d'une différence fondamentale de régime.

Les risques de confusion entre les deux (2) qualifications sont assez naturels. Dans l'un comme dans l'autre contrat, il y a bien exécution d'un travail moyennant rémunération. L'importance des charges sociales, la rigidité, la complexité voire l'incohérence de certaines règles du Code du travail sont autant d'incitations à se placer sous la qualification de contrat d'entreprise, en créant ainsi de « faux indépendants ».

Pour distinguer le contrat de travail du contrat d'entreprise, certains éléments sont indifférents. Ainsi, il n'y a pas à tenir compte de l'indépendance technique du professionnel qui n'est pas incompatible avec l'existence d'un rapport de subordination.

Bien que les deux contrats soient à titre onéreux, la rémunération est parfois présentée comme un élément de distinction ; non pas la qualification donnée par les parties à cette rémunération, mais plutôt le mode de détermination de celle-ci. Ainsi une rémunération à un taux honoraire relève plus du salariat, alors que l'entrepreneur pratique plus volontiers la technique du forfait. Mais cette contestation n'est pas déterminante.

La distinction entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise repose fondamentalement sur un critère précis : la subordination juridique. Le salarié, à la différence de l'entrepreneur, exécute son travail sous la subordination juridique de celui pour qui il exécute (l'employeur). Reste toutefois à identifier la subordination juridique. La loi Madelin du 11 février 1994 avait mis en place une préemption d'absence de contrat de travail. Au détour de la loi Aubry II relative à la réduction négociée du temps de travail, les deux premiers alinéas de l'article L.120-3 ont été abrogés. Retours alors à l'unique case jurisprudence ! Mais un temps seulement, car au gré d'une nouvelle alternance politique, la préemption d'absence de contrat de travail réapparaît avec la loi n°2003-721 du 1er Août 2003.

Désormais, seuls comptent les caractères fondamentaux de la subordination : pouvoir de l'employeur de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner. Pour apprécier l'existence de ces éléments, les juges doivent se livrer à une analyse précise des conditions d'exécution de la prestation (horaires de travail, lieu d'exécution, rapports avec les clients...), méthode qui laisse une impression de casuistique.

La subordination juridique du salarié trouve sa justification causale dans la protection que procurent au salarié sa position et son statut, là où l'employeur est exposé aux aléas du marché, aux risques de l'impayé ou de la responsabilité civile liée à son activité.

### SECTION 3 : SANS REPRESENTATION

Les intérêts de la distinction contrat d'entreprise et le contrat de mandat ne manquent pas. Citons à nouveau les principaux. Le maître de l'ouvrage n'a aucun lien avec les tiers qui contractent avec l'entrepreneur, sous réserve des règles relatives à la sous-traitance alors que le mandant est normalement tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire auprès des tiers. Le maître l'ouvrage n'a pas à indemniser l'entrepreneur des pertes subies pendant l'exécution du contrat, alors que le mandat peut en être tenu sous certaines conditions. Enfin, la réfaction du prix n'a pas encore dans les deux contrats la même ampleur.

La distinction entre le contrat d'entreprise et le contrat de mandat repose sur deux éléments. En premier lieu, l'entrepreneur effectue des prestations d'ordre matériel ou intellectuel, alors que le mandataire accomplit des actes juridiques. En second lieu, le contrat ne confère à l'entrepreneur aucun pouvoir de représentation, alors que le mandataire agit au nom et pour le compte du mandant. A nouveau, la pratique relève des situations plus

complexes où une même personne peut effectuer des prestations de nature fort différente en agissant de surcroît pour le compte d'autrui. Il est, d'une part, des situations où il y'a un véritable cumul d'un contrat d'entreprise et d'un contrat de mandat. Ainsi en est-il classiquement de l'avocat, qui, dans sa mission de conseil, se comporte comme un entrepreneur, alors qu'il est mandataire de son client pour les actes de procédure. Il en va de l'architecte, lié en principe à son client par un contrat d'entreprise, mais qui peut être chargé d'une mission plus large, qui le conduit à représenter son client auprès des tiers. Même amalgame à propos de l'agence de voyages, alors que le législateur qualifie malheureusement la prestation procurée de vente de voyage. Il est d'autre part, des situations où une seule qualification l'emporte. Ainsi en est-il du contrat de promotion immobilière qualifié par l'article 1831-1 du code civil de mandat d'intérêt commun, alors pourtant que l'objet du contrat relève visiblement plus de l'entreprise, au point d'y voir plutôt <<un mandat mélangé de louage d'ouvrage>>.

## **CHAPITRE II : LA FORMATION DU CONTRAT D'ENTREPRISE**

Au-delà du respect des conditions de validités de l'article 1108 du Code civil, le contrat d'entreprise se forme par l'échange des consentements des parties sur le travail à réaliser, sans qu'un accord préalable sur le montant de la rémunération ne soit un élément essentiel à la formation du contrat. Cette indifférence contraste avec le régime de la vente où l'exigence d'un prix déterminé apparaît comme structurelle au contrat à la raison de la préexistence de la chose au consentement ; dans l'entreprise, au contraire, la richesse naît de l'exécution du contrat : il est alors difficile de prévoir à l'avance le temps nécessaire à l'ouvrage ou la qualité de celui-ci une fois réalisé. Il en ressort qu'un accord préalable sur le montant exact de la rémunération n'est pas un élément essentiel du contrat de louage d'ouvrage ; en l'absence d'un tel accord, il appartient au juge du fond de fixer la rémunération compte tenu des éléments de la cause.

Le prix peut néanmoins être arrêté à l'avance de manière forfaitaire (marché à forfait). C'est d'ailleurs l'un des intérêts du devis. Si la formule garantit le cout global de l'opération, elle peut inciter l'entrepreneur à limiter ses coûts, on la réservera de préférence aux prestations standardisées.

La preuve du contrat d'entreprise est également soumise au droit commun, encore plus que le première chambre civile de la Cour de cassation ait un temps affirmé que l'existence du contrat d'entreprise peut être établit par tous moyens de preuve, avant de revenir à une application orthodoxe de l'article 1341 du code civil. L'exigence d'écrit est toutefois tempérée par une admission fréquente du commencement de preuve par écrit. Par ailleurs, les difficultés d'ordre probatoire concernent parfois plus le contenu que l'existence du contrat. Or, la preuve de l'existence ne se confond pas avec celle du contenu. La Cour de cassation admet alors que le contenu peut être établi par interprétation, << les juges ayant la possibilité de recourir à tous les moyens de preuve pour interpréter la volonté des parties>> ; il appartiendra néanmoins à l'entrepreneur de convaincre le juge de la réalité de sa prestation et du montant de sa créance.

Le contrat d'entreprise liant un consommateur à un professionnel relèvera comme la vente des dispositions protectrices du Code de la consommation.

Ainsi, tout professionnel prestataire de service doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du service ainsi qu'un certain nombre d'informations relatives à ce prestataire. Il doit aussi, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières du contrat. Par ailleurs le professionnel doit indiquer la date limite à laquelle à laquelle il s'engage à exécuter la prestation lorsque la fourniture de cette dernière est immédiate et que le prix convenu excède un certain seuil.

L'importance et /ou la complexité de la prestation à exécuter conduisent bien souvent les parties à un contrat d'entreprise à ne pas échanger

rapidement leur consentement. Une phase de négociation, ponctuée parfois d'actes préparatoires, précède la conclusion du contrat principal.

Ainsi, en est-il des procédures d'appels d'offre obligatoires en présence d'un marché public, mais dont s'inspirent parfois certains maîtres d'ouvrage, et qui peuvent, selon les circonstances, constituer de véritables promesses unilatérales. Mais c'est la pratique du devis qui est de loin la plus courante ; le devis est un véritable contrat préparatoire.

Faute d'identifier clairement la volonté des parties, on s'accorde à reconnaître que le devis est gratuit lorsque c'est l'entrepreneur qui a pris l'initiative de l'établir. Dans le cas contraire, c'est l'importance des travaux à réaliser qui permet de savoir si le devis est payant. Doivent être pris en compte les usages professionnels.

### **CHAPITRE III : LES EFFETS DU CONTRAT D'ENTREPRISE**

Présentons successivement les obligations de l'entrepreneur (section 1) et celle du maître de l'ouvrage (section 2).

#### **SECTION I : LES OBLIGATIONS DE L'ENTREPRENEUR**

En dehors de l'obligation de l'entrepreneur qui consiste à exécuter la prestation (sous-section 1), le contrat d'entreprise n'a pas échappé à un certain forçage contractuel consistant à le rendre débiteur d'une obligation de conseil et d'information (sous-section 2) et d'une obligation de sécurité (sous-section 3).

##### **SOUS-SECTION I : EXECUTER LA PRESTATION**

Si par principe il lui incombe d'exécuter lui-même le travail demandé (§1), il faut envisager la situation où cette exécution est confiée à un tiers (§2).

## §1.- L'exécution par l'entrepreneur

### A.- Contenu de l'obligation

Il n'est à priori, pas difficile de déterminer le contenu de l'obligation essentielle de l'entrepreneur. Ce dernier doit exécuter la prestation qui lui est demandée en respectant les modalités convenues. Plus le contrat sera complexe, plus le contrat devra être précis. Ainsi il doit être vigilant sur le délai d'exécution. Fort justement cette stipulation est obligation dans les contrats de consommation. Faute de précisions, les règles de l'art et d'usages de la profession permettent de délimiter l'étendue de l'exécution.

Lorsque le contrat porte sur une chose, outre l'exécution de la prestation, l'entrepreneur doit livrer la chose en respectant les délais convenus. Si l'entrepreneur livre dans le délai un ouvrage qui n'est pas achevé, <<l'exécution de l'obligation de livraison n'a aucun effet libératoire>>. Lorsqu'une chose a été confiée à l'entrepreneur, ce dernier devient alors débiteur à l'instar d'un dépositaire, d'une obligation de conservation, sans que la présence de cette obligation modifie la nature du contrat.

Lorsque l'entrepreneur fournit la matière, on s'interroge sur l'existence d'une obligation de garantie des vices cachés au titre de ce contrat.

Cette question a été renouvelée par un auteur qui discerne la présence d'un effet translatif de propriété, analogue à la vente, dans ce genre de contrat, ce qui expliquerait le jeu de la garantie des vices. Prenant appui sur la dualité d'objet du contrat d'entreprise qui vise à la réalisation d'une chose, cette

thèse suggère d'expliquer l'acquisition de la propriété par le maître de l'ouvrage au titre d'un tel effet contractuel. La doctrine n'y paraît pas hostile en matière mobilière, mais l'idée passe mal pour l'entreprise de construction immobilière où le transfert de la propriété de l'immeuble reste expliqué par le jeu de l'accession immobilière.

Il reste que dans le cadre d'une succession de contrats de vente et d'entreprise, le maître de l'ouvrage peut exercer une action directe <<nécessairement contractuelle>> en garantie des vices cachés contre le fabricant qui a vendu les matériaux défectueux à l'entrepreneur.

## B- Inexécution de l'obligation

### 1° Exécution forcée et exécution par remplacement

Si, en cas d'inexécution, un réflexe naturel conduit à envisager la responsabilité civile de l'entrepreneur, la voie de l'exécution forcée est chronologiquement la sanction la plus appropriée. La demande d'exécution forcée est d'autant plus efficace, qu'elle sera assortie d'une astreinte dont on connaît la vertu comminatoire.

La jurisprudence écarte le procédé de l'astreinte, lorsque l'exécution de la prestation est subordonnée aux qualités de l'entrepreneur.

L'entrepreneur peut aussi être condamné à refaire les travaux.

### 2° La responsabilité

L'examen de la responsabilité civile contractuelle de l'entrepreneur défaillant tourne autour de la question de l'intensité de l'obligation inexécutée : obligation de moyen ou de résultat ?

Il faut mettre à part le régime particulier à la responsabilité de l'entrepreneur qui assure une prestation de construction immobilière et qui a justifié des règles spécialement protectrices du maître d'ouvrage.

En dehors de la construction immobilière, la qualification d'obligation de résultat n'est pas discutable lorsque l'entrepreneur a manqué de livrer la chose façonnée dans les délais convenus. Seule la force majeure peut l'exonérer. L'obligation est de moyen en présence d'une prestation intellectuelle ; en revanche présence d'une prestation qui porte sur une chose corporelle l'entrepreneur est tenu d'une obligation de résultat. Une distinction s'impose cependant ; lorsque l'entrepreneur fournit la matière , la jurisprudence retient une obligation de résultat pour sanctionner les défauts de la chose , cette qualification se justifie par le fait que l'entrepreneur est vu comme un professionnel qualifié et que à ce titre il est censé connaître les défauts de la matière qu'il utilise ou de l'objet qu'il façonne.

Lorsqu'il fournit un travail sur une chose qu'il a reçue, la jurisprudence ne retient pas vraiment une obligation de résultat. Elle l'autorise ici à se libérer par la preuve de son absence de faute, il s'agit alors d'une obligation dite de résultat atténuée ou d'une obligation de moyens renforcée.

Force est, en pratique, de tenir compte des clauses relatives à la responsabilité souvent présentes dans les contrats d'entreprise. Outre les traditionnelles clauses pénales, les parties insèrent parfois une clause baptisée d'«astreinte conventionnelle» prévoyant, le modèle de l'astreinte judiciaire, des pénalités de retard. Sont également utilisées les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilités qui obéissent au droit commun. Il faut vérifier qu'elles ne portent pas atteinte à l'obligation essentielle du contrat, qu'elles ne concernent pas les dommages corporels causés au client, que l'entrepreneur n'ait pas commis de faute lourde et qu'elles ne soient pas soumises aux règles relatives aux clauses abusives lorsque le contrat lie un professionnel à un consommateur.

Le secteur particulier de la construction immobilière aux particuliers a justifié l'application de règles spéciales protectrices du maître de l'ouvrage.

La combinaison de l'article 1792 du Code vil et de l'article 1792-4-1 du même code établit une responsabilité décennale, d'ordre public. Conformément à la théorie des chaînes de contrats, cette action peut être invoqué par tous ceux qui succède au maitre de l'ouvrage en tant qu'ayants cause, même à titre particulier. D'autres éléments d'équipement qui ne touchent pas à la construction sont l'objet d'une garantie de bon fonctionnement de deux ans (garantie biennale). Enfin la garantie dite de parfait achèvement couvre pendant une année à compter de la réception de tous les désordres signalés par le maitre de l'ouvrage.

Est réputé constructeur de l'ouvrage, donc astreint aux garanties précédentes, toutes personnes liées au maitre de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage mais celui qui vend, après achèvement, un ouvrage qu'il a construit ou fait construire ou encore le mandataire du propriétaire de l'ouvrage qui accomplit une mission assimilable à celle d'un locataire d'ouvrage.

Les sous-traitants sont exclus de la liste précédant leur responsabilité relève du droit commun sauf les délais de prescription calqués sur ceux des constructeurs : 10 ans à compter de la réception pour les travaux relevant de la garantie décennale, é ans pour la garantie biennale et dix ans pour les autres travaux.

### C- La perte de la chose

En l'absence de clause réglant la question, le Code civil distingue selon que l'entrepreneur fournit ou non la matière.

Jusqu'à la réception ou la mise en demeure, c'est donc l'entrepreneur qui supporte les risques de la perte de la chose. Le maître d'ouvrage à le choix soit il opte pour la résolution, et les acomptes sont restituer ; soit il demande

à ce dernier d'exécuter à nouveau les travaux à ses frais, sans pouvoir exiger plus que les conditions initiales du marché ; selon la cour de cassation le fait que la chose soit détruite par un évènement de force majeure ne modifie pas l'attribution des risques.

Selon l'article 1789 :<<Dans le cas où l'ouvrier fournit seulement son travail ou son industrie, si la chose vient à périr, l'ouvrier n'est tenu que de sa faute>>.

La jurisprudence impose à l'entrepreneur de démontrer l'absence de faute s'applique aussi au cas de la perte de la chose.

## § 2.-L'exécution par un tiers

Tout dépend de la nature de la prestation. Contracté avec un entrepreneur en raison de ses qualités, confère au contrat un fort intuitu personae. C'est moins lorsque l'entrepreneur est une personne morale. Si les parties sont attachées à cette condition, il est prudent de l'indiquer dans le contrat. L'entrepreneur ne peut non plus faire exécuter la prestation par un tiers à sa convenance au sens de l'article 1237 du Code civil. L'entrepreneur peut changer, suite à une cession de contrat, soit que celle-ci est d'origine conventionnelle ou qu'elle soit judiciaire résultant d'une procédure collective ouverte à l'endroit de l'entrepreneur. Dans le cas d'un sous-contrat d'entreprise l'entrepreneur initial reste lié au maître de l'ouvrage, mais conclu un contrat avec un tiers permettant d'exécuter en partie ou en totalité la prestation initiale. Cette sous-entreprise doit être distinguée de la coentreprise ou contrat conjonctif d'entreprise conclut entre le maître d'ouvrage et plusieurs entrepreneurs. Dans ce cas tous les entrepreneurs sont engagés à l'égard du maître d'ouvrage.

La sous-traitance est règlementée par de deux corps de règles qui sont à distinguer. Le Code du travail s'occupe de la protection des salariés du sous-entrepreneur. La loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-

traitance à quant à elle, pour ambition de de protéger le sous-traitant contre le risque de non-paiement de ses prestations en cas de défaillance de l'entrepreneur principale.

Le recours à un tiers pour exécuter le contrat d'entreprise n'écarte pas la responsabilité de l'entrepreneur. L'article 1797 du Code civil dispose en effet que : <<l'entrepreneur répond des personnes qu'il emploie>>. Quant au sous-traitant, il engage à l'égard de l'entrepreneur principal sa responsabilité civile contractuelle dans les termes du droit commun. La nature de sa responsabilité à l'égard du maître de l'ouvrage l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a tranché la dispute en posant que <<le sous-traitant n'est pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage>> : sa responsabilité est délictuelle.

## SOUS-SECTION 2 : CONSEILLER ET INFORMER

Une distinction s'impose d'emblée. L'obligation de conseil est pour certains professionnels l'obligation essentielle du contrat d'entreprise. Exécuter la prestation convenue consiste précisément à conseiller son client.

Nombreux sont aujourd'hui les professionnels tenus à titre accessoire de délivrer dans le cadre de l'exécution de leur prestation. Le contenu de cette obligation n'est certes pas uniforme ; il varie selon la nature et la complexité de la prestation délivrée mais également selon la qualité du client.

Le conseil devient sommaire, voire inutile, en présence d'un client dont les compétences sont avérées dans le domaine de la prestation effectuée. C'est sans doute, en matière de construction, que cette situation est la plus fréquente, au point que l'immixtion fautive d'un maître d'ouvrage compétent peut-être pour le constructeur une cause d'exonération de responsabilité. Dans d'autres domaines, l'immixtion du client peut aussi conduire à ne retenir qu'une obligation de moyen. Reste qu'au-delà de cette diversité, il est légitime que le client profane attende au minimum du prestataire un conseil

sur l'adéquation de la prestation à sa demande, tant sur le plan technique que sur le plan financier. Le contentieux en violation de l'obligation de conseil ou d'information se situe souvent sur le terrain de la preuve. En présence d'un client insatisfait, appartient-il à l'entrepreneur de prouver qu'il a bien exécuté son obligation ?

La Cour de cassation répond par l'affirmative en appliquant à la lettre l'article 1315, alinéa 2, du Code Civil.

Le même régime s'applique pour le devoir de conseil. La jurisprudence tend désormais à insister sur le régime légal de cette obligation pour sanctionner son manquement par une responsabilité professionnelle extracontractuelle.

### SOUS-SECTION 3 : ASSURER LA SECURITE

A l'instar de l'obligation de conseil, l'obligation de sécurité a trouvé dans le contrat d'entreprise un terrain propice à son développement. Elle est présente lorsque la prestation porte sur une chose : l'entrepreneur tenu d'exécuter un ouvrage sans vice doit réparer tous les dommages et singulièrement les dommages corporels causés par une malfaçon. L'obligation de sécurité existe aussi lorsque le contrat ne porte pas sur une chose ; elle est d'autant plus importante, que la prestation se réalise sur une personne. Largement promue par la jurisprudence, singulièrement pour les entrepreneurs qui exécutent leurs prestations dans leurs locaux, cette obligation a trouvé un relais législatif dans l'article premier de la loi n° 83-600 du 21 JUILLET 1983 et figure désormais à l'article 221-1 du Code de la consommation.

L'obligation de sécurité constitue un champ d'application privilégié de la distinction des obligations de moyen et des obligations de résultat. En matière d'obligation de sécurité, le critère de distinction entre obligation de moyen et obligation de résultat réside le plus souvent dans le rôle actif ou passif du client. Ainsi, l'exploitant d'un télésiège est tenu d'une obligation de résultat pendant le trajet, alors que l'obligation << n'est plus que de moyen lors des opérations d'embarquement et de débarquement en raison du rôle

actif qui y tiennent les usagers>>. Or, un utilisateur d'auto-tamponneuse ne t'il décider librement de la trajectoire ? De la même manière, la jurisprudence a été amenée à préciser la nature de l'obligation de sécurité pesant sur les centres de contrôle technique de véhicules automobiles : leur responsabilité ne peut être recherchée qu'en cas de négligence fautive.

Au-delà de ces exemples paradoxaux, force est de constater la promotion de l'obligation de sécurité-résultat.

## **SECTION 2 : LES OBLIGATIONS DU MAITRE DE L'OUVRAGE**

La nature de la prestation influence les obligations du maître de l'ouvrage. Toujours tenu de payer le prix de la prestation (sous-section 1), ce dernier doit, lorsque le contrat porte sur une chose en prendre réception (sous-section 3) et livraison (sous-section 2). Qui plus est, l'obligation de coopération (sous-section 4) prospère en matière d'entreprise.

### **SOUS-SECTION 1 : LE PAIEMENT DU PRIX**

#### **§1.- LA DETERMINATION DU PRIX**

##### **A.- La détermination contractuelle**

Des lors que l'accord sur le prix, n'est pas un élément indispensable à la formation du contrat, la détermination de celui-ci pourra n'intervenir qu'en suite à l'exécution de la prestation de l'entrepreneur. La liberté dont bénéficient les parties dans la détermination du prix est alors largement utilisée. Le prix, qui faute de précision, comprend la taxe sur la valeur ajoutée, peut être diversement déterminé. La technique du forfait est souvent

privilegiée. Dès la conclusion du contrat, le prix est définitivement fixé, toute modification ultérieure du coût des éléments de la prestation n'ayant pas d'incidence, sauf stipulation d'une clause de révision. Deux situations peuvent être alors envisagées. Les travaux supplémentaires nécessaires à l'exécution de la prestation convenue, et qui résulte de difficultés imprévues apparues lors de la prestation, sont, par principe, compris dans le forfait. En revanche, le paiement de travaux supplémentaires se distinguant de la commande initiale nécessite l'accord préalable du client ; il faut donc un nouvel accord de volonté qui constitue un avenant au contrat d'entreprise, dont la preuve obéit aux règles précédemment examinées.

Le Code civil prévoit une règle particulière pour la construction d'un bâtiment stipulée à forfait en son article 1793. Ce texte met ainsi en place un formalisme qui protège le client. Dérrogatoire au droit commun, cette règle qui suscite tout de même un important contentieux est strictement interprétée par la jurisprudence. Il doit s'agir d'un forfait <<pur et simple >> selon une expression jurisprudentielle, ce qui implique une intangibilité des travaux convenus et du prix. Il faut un plan convenu et arrêté, ce qui exclut les situations où aucun document sérieux n'a été préparé, où le devis est imprécis et les plans n'ont aucun caractère contractuel. Il doit s'agir d'une véritable construction et non pas de simples travaux d'aménagement d'intérieur et de décoration. La construction doit être effectuée pour le propriétaire du sol, ce qui implique que l'article 1793 ne soit pas applicable à la convention de sous-traitance entre deux entreprises.

Est également utilisée, surtout dans le domaine de la construction, la technique du marché sur série. Le prix est fixé par référence à la valeur de l'article, il dépend donc du nombre d'articles, et ne peut être définitivement qu'à l'achèvement du travail.

Autre technique, privilégiée dans les professions libérales : la facturation au taux horaire, fixée par les parties, ou par référence à des barèmes, qui intervient à l'achèvement de la prestation.

B.- La détermination judiciaire

La cour de cassation autorise le juge à fixer la rémunération, soit que la prestation n'ait pas été correctement ou complètement réalisée, soit que le prix s'avère excessif.

## §2.- Le règlement du prix

Si les parties ont, en principe, toute liberté pour fixer des modalités de paiement, on admet que le prix est, en principe exigible lors de la réception. C'est toutefois, le plus souvent la nature de la prestation et les usages qui comptent.

Dans certains secteurs, le paiement échelonné est de mise. Le client verse d'abord avant le début de l'exécution une somme qui a généralement la nature d'un acompte et le solde à la fin.

Il n'y a pas que le sous-traitant qui bénéficie de garantie de paiement. Au-delà de la mise en place de sureté conventionnelle, l'entrepreneur principal qui n'est pas payé en partie ou en totalité peut compter sur divers mécanismes. En présence d'acompte prévue et impayé, il peut exercer l'exception d'inexécution lui permettant ainsi de suspendre l'exécution de la prestation. Face à un défaut de paiement plus ample à l'achèvement du travail, la jurisprudence lui reconnaît parfois un droit de rétention sur la chose qui lui a été remise, pour autant qu'il n'ait pas commis une faute. L'entrepreneur peut, selon son activité, compter aussi sur des privilèges légaux.

La faiblesse de ces privilèges a conduit le législateur à introduire en 1994 dans le Code civil un article 1799-1 qui prévoit que le maître d'ouvrage qui conclut un marché de travaux privés visés au 3<sup>e</sup> degré de l'article 1779 pour la satisfaction de besoin ressortissant à une activité professionnelle en rapport avec ce marché, doit garantir à l'entrepreneur le paiement des sommes dues, lorsque le montant du prix convenu au titre du marché déduction faite des arrhès et des acomptes versés lors de la conclusion de celui-ci, est supérieur à un seuil visé par degré en conseil d'état. Tant qu'aucune garantie n'a été fournie, et que l'entrepreneur demeure impayé

des travaux exécutés, ce dernier peut suçoirs à l'exécution du contrat après mise en demeure resté sans effet à l'issu des délais de quinze jours.

La prescription en paiement est soumise au régime de droit commun. Autrefois de trente ans ou de dix ans si le prestataire est commerçant, la prescription est désormais quinquennale depuis la réforme du 17 Juin 2008. Seule l'action exercée par un entrepreneur professionnel contre un maître de l'ouvrage consommateur se prescrit par deux ans.

### §3.- La réfaction du prix

La cour de cassation les tribunaux<< quand une convention a été passé en vue de l'exécution de travaux donnant lieu à honoraires, à réduire ces derniers lorsqu'ils paraissent exagérés pourvue qu'il n'ait pas versés en connaissance de travail effectué et après services fait>>. Cette solution, qui traduit une extension de la technique de la réfaction judiciaire, est-elle réservée aux seules professions libérales habituées à pratiquer des honoraires ? La doctrine est divisée. Là où certain ne voit qu'une exception, d'autres généralise la règle, estimant qu'il n'Ya guère de raison de la cantonner aux professions libérales, le terme << honoraire>> n'ayant pas, au demeurant, de signification judiciaire précise.

Autre motif de réfaction utilisé par le juge : la mauvaise exécution du contrat. Le juge s'inspire ici de la réfaction de la vente commerciale.

## SOUS-SECTION 2 : PRENDRE LIVRAISON

Lorsque la prestation porte sur une chose le client doit, à l'achèvement de la prestation, en prendre livraison, pour autant que les parties n'aient pas expressément prévues que la livraison est à la charge de l'entrepreneur. Il s'agit là d'un acte purement matériel, distincte de la réception et pouvant donc intervenir avant ou après cette dernière. Le défaut de retirement n'est pas sans conséquence lorsque le contrat concerne des objets mobiliers

confiés à un professionnel pour être travaillés, façonnés, repérés ou nettoyés. Si ces objets ne sont pas en effet retirés dans le délai d'un an, l'entrepreneur peut se faire autoriser par le juge d'instance, à la vendre aux enchères publiques et se faire payer le prix.

### SOUS-SECTION 3 : PRENDRE RECEPTION

La réception est un acte juridique par lequel le maître de l'ouvrage approuve le travail réalisé. Elle peut être expresse ou tacite, total, ou partielle, c'est-à-dire avec réserves. Dans ce cas, la garde et les risques sont transférés et le maître de l'ouvrage ne procède qu'à paiement partiel du prix, l'entrepreneur étant quant à lui tenu de satisfaire aux réserves. La réception emporte des conséquences importantes :

Le prix ou le solde restant dû devient exigible ;

Il y a transfert des risques au maître de l'ouvrage ;

Il y a transfert de la garde au maître de l'ouvrage ;

La réception couvre tous vices ou défaut de conformité apparent qui n'a pas fait l'objet de réserve.

Bien que la réception soit une obligation pour le maître de l'ouvrage, ce dernier peut parfaitement la refuser. Mais en présence d'un refus injustifié, l'entrepreneur peut demander au juge de prononcer la réception.

En matière de construction, la réception est organisée par l'article 1792-6 du Code civil.

### SOUS-SECTION 4 : COOPERER

La promotion contemporaine de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil n'a pas fait halte aux frontières du contrat d'entreprise. Aussi, déduit-on au nom de l'exécution de bonne foi du contrat, une obligation de coopération à la charge

du maître d'ouvrage. Cette obligation n'a pas un contenu vraiment précis. Les comportements qu'elle impose dépendent de l'opération contractuelle. On admet toutefois, qu'en général, l'entrepreneur doit faciliter l'exécution du travail demandé.

Cela peut le conduire à solliciter des autorisations, à fournir des renseignements à l'entrepreneur sur les difficultés de réalisation. Ce devoir de coopérer qui incombe tant au professionnel qu'au profane, prend, en pratique, d'autant plus d'importance, que l'opération est complexe. Il n'est pas rare de trouver à cet égard des clauses organisant la coopération des partenaires contractuels.

#### **CHAPITRE 4 : L'EXTINCTION DU CONTRAT D'ENTREPRISE**

Les causes d'extinction du contrat d'entreprise sont variées. C'est l'exécution des obligations qui entraîne la fin normale du contrat.

L'inexécution conduit à envisager une action en résolution soumise aux dispositions de l'article 1184 du Code civil. Le rendement ou la liquidation judiciaire de l'une des parties au contrat peut aussi entraîner la fin de celui-ci, dans le respect des règles propres au droit des procédures collectives. La présence d'un consommateur peut, par ailleurs, conduire à la mise en œuvre d'une solution particulière. L'article 114-1 du Code de la consommation permet, en effet, au consommateur de résilier unilatéralement le contrat, si le délai d'exécution de la prestation excède, sauf cas de force majeure, de plus de sept jours de la date indiquée. Mais des causes d'extinction spécifiques au contrat d'entreprise sont prévues par le Code civil.

L'intuitu personae du contrat d'entreprise explique l'article 1795 du Code civil qui dispose que « le contrat de louage d'ouvrage est dissout par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou l'entrepreneur ». Le décès de l'entrepreneur entraîne donc la caducité du contrat sans que ces hérités puissent s'y opposer. Le maître de l'ouvrage est toutefois tenu de leur payer la valeur des ouvrages faits et celle des matériaux préparés lorsque ces travaux ou matériaux peuvent lui être utiles. La règle posée par l'article 1795 a perdu de

son autorité, tant sont nombreux les contrats d'entreprise ou l'intuitu personae n'est plus vraiment présent. Dans un tel cas, on estime alors que la règle doit être écartée.

Le contrat d'entreprise est concerné par la jurisprudence qui admet que la gravité du comportement d'une partie à un contrat justifie que l'autre y met fin de façon unilatérale, à ces risque et péril peu importe la durée du contrat. On relèvera surtout dans la marche à forfait, l'article 1794 du code civil prévoit une règle en offrant au maître de l'ouvrage la possibilité de résilier unilatéralement le contrat.

Comme l'a justement rappelé la cour de cassation, la mise en œuvre de cette faculté de résiliation n'est pas subordonnée à une faute de l'entrepreneur. Mais l'exercice de l'article 1794 ne prive pas le maître de l'ouvrage de la possibilité de se prévaloir des manquements de l'entrepreneur à ses obligations mise en place dans un souci de protection du maître de l'ouvrage, cette règle dérogatoire, réserver au marché de forfait, joue aussi bien en matière immobilière qu'en matière mobilière sans qu'il y ait au demeurant à tenir compte du fait que la matière a été ou non fournie par le prestataire. Susceptible d'être exercé lorsque l'exécution du contrat a commencé, et donc, à fortiori, lorsque l'ouvrage n'a pas débuté, la résiliation par le maître ne saurait, en revanche être invoquée à un moment où l'entrepreneur a exécuté ses engagements. L'article 1494 ne saurait, par ailleurs, contrarier le droit moral d'un artiste. Ainsi l'entreprise Renault qui commande une œuvre artistique à Dubuffet pour décorer son siège social ne peut exercer l'article 1494 du code civil pour rompre prématurément le contrat.

