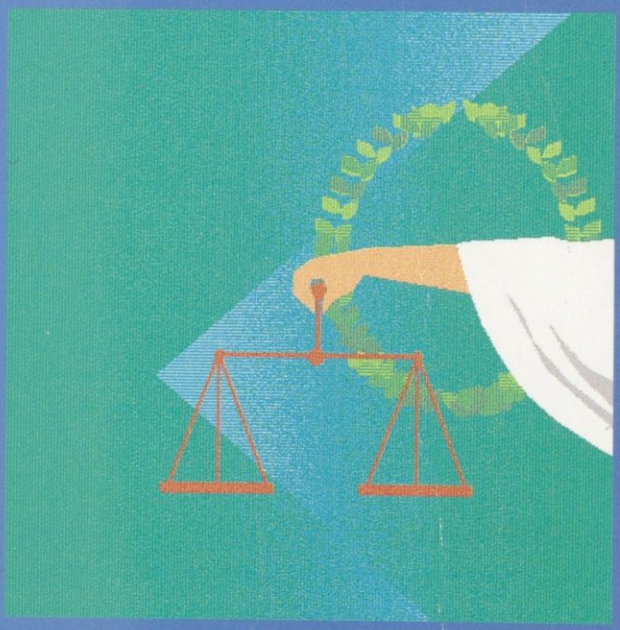
JEAN-JACQUES BARBIERI

Contrats civils
Contrats commerciaux



NOUVEAUTÉ

MASSON / ARMAND COLIN

Contrats civils
Contrats commerciaux

Du même auteur

Droit commercial, avec A. Couret, Sirey, 1991.
Droit agraire, avec C. Dupeyron et J.-P. Theron, Économica, 1994.
La procédure civile, PUF, Que sais-je ?, 1995.

Dans la même série

Droit civil

Introduction à l'étude du droit, par A. Piédelièvre.
Droit civil, 1re année, par Y. Buffelan-Lanor *(9e édition).*
Droit civil, 1re année, méthodes, par Y. Buffelan-Lanore *(2e édition).*
Droit civil, 2e année, par Y. Buffelan-Lanore *(5e édition).*
Le pouvoir judiciaire et les tribunaux, par A. Pouille.
Voies d'exécution et procédures de distribution, par M. Véron.
Droit des biens, par A. Piédelièvre.

Droit constitutionnel et sciences politiques

Droit constitutionnel. Institutions politiques, par P. Pactet *(14e édition).*
Exercices de droit constitutionnel, par P. Pactet *(3e édition).*
Introduction à la sociologie politique, par P. de Laubier.
Histoire de la pensée politique, par J.-L. Chabot.
Droit de l'homme, par Y. Madiot *(2e édition).*

Droit administratif

Grands services publics, par J.-F. Lachaume.
Droit de la fonction publique, par T. Ben Salah.
Le contentieux administratif, par E. Langavant.
Droit administratif des biens, par Ph. Godfrin *(4e édition).*
L'aménagement du territoire, par Y. Madiot *(2e édition).*

Droit pénal

Droit pénal des affaires, par M. Véron.
Droit pénal général, par P. Conte et P. Maistre du Chambon.
Droit pénal spécial, par M. Véron *(4e édition).*
Droit pénal des mineurs, par J.-F. Renucci.

Droit social

La protection sociale, par P.-M. Clair.

Droit rural

Droit rural, par L. Lorvellec.

Droit international et européen

Droit international

Institutions internationales, par A. Gandolfi *(2e édition).*
Les relations internationales, par D. Colard *(5e édition).*
Droit des relations internationales : documents fondamentaux, par D. Colard.
Organisations économiques internationales, par J. Fontanel *(2e édition).*
Droit international privé, par D. Holleaux, J. Foyer, G. Geouffre de la Pradelle.
Droit international public, par Pierre-Marie Martin.
Le droit de la sécurité internationale, D. Colard et J.-F. Guilhaudis.
Droit des activités spatiales, par P.-M. Martin.

Droit européen

Les institutions européennes, par Ch. Philip.
Droit communautaire général, par G. Isaac *(4e édition).*
Droit social européen, par Ch. Philip.

Sciences économiques — Finances

Analyse économique. Comptabilité nationale, par D. Flouzat *(5e édition).*
Exercice de micro-économie, par S. Percheron *(5e édition).*
Théories macro-économiques : fondements et controverses, par M. Dévoluy.
Le cycle Kondratieff. Théories et controverses, par E. Bosserelle.
Comptabilité nationale. Exercices résolus, par S. Percheron *(2e édition).*
La monnaie, par M. Béziade *(2e édition).*
La vie comptable dans l'entreprise en exercices corrigés, par J. Jaussaud et Y. Vivet.
Gestion des ressources humaines. Principes généraux et cas pratiques, par J.-P. Citeau.
Finances publiques, par A. Paysant *(3e édition).*

Série «Droit »
sous la direction de Gérard DACIER

Contrats civils
Contrats commerciaux

par

Jean-Jacques BARBIERI

Professeur agrégé à l'Université de Toulouse I
Avocat à la Cour

MASSON / ARMAND COLIN

ISBN : 2-225-84933-1
ISSN : 0335-8690

MASSON S.A. 120, bd Saint-Germain, 75280 Paris Cedex 06
MASSON S.p.A. Via Statuto, 2/4, 20121, Milano
MASSON S.A. Avenida Principe de Asturias 20, 08012 Barcelona

Table des matières

Sous-titre troisième : Le prix

Deuxième partie
LES CONTRATS CONFÉRANT LA MISE À DISPOSITION D'UNE CHOSE

*Livre premier : **Le prêt à usage***

*Livre deuxième : **Le dépôt régulier***

*Livre troisième : **Le louage de choses***

Titre premier – LE LOUAGE D'IMMEUBLES

Sous-titre premier : Le bail d'immeuble dans le Code civil

Sous-titre second : Le bail d'immeuble d'après la loi du 6 juillet 1989

Troisième partie
LES CONTRATS ORGANISANT DES PRESTATIONS DE SERVICES

Livre premier : ***Les contrats ayant pour objet des prestations matérielles ou intellectuelles***

Titre premier – RÈGLES GÉNÉRALES

Titre deuxième – LES CONTRATS ORGANISANT LE FAÇONNAGE DE LA CHOSE

Sous-titre premier : Fragmentation des modes opératoires

Sous-titre second : Concentration des techniques réparatrices

Titre troisième – LES CONTRATS ORGANISANT DES PRESTATIONS SUR CHOSES PRÉEXISTANTES

Sous-titre premier : Prestations d'entretien et de réparation

Sous-titre second : Prestations de déplacement

Titre troisième – EXTINCTION DU MANDAT

Avant-propos

De toutes les sources du droit, la plus vivifiante est sans doute celle que l'on contribue soi-même à faire surgir. Aussi, au sein des formes symboliques de communication, le contrat procure-t-il la combinaison de signes la plus variée dans une société civile libre et responsable, reposant pour partie sur une régulation spontanée par convenances accordées et paroles données. En cheminant dans les institutes coutumières, Loisel exprimait cette idée de façon imagée : « On lie les bœufs par les cornes, et les hommes par les paroles. »

Comment exprimer mieux la place essentielle que les conventions tiennent dans un ordre juridique où le consentement est le corollaire de la liberté?

Parmi tant d'ouvrages récemment consacrés aux contrats spéciaux, après une longue période de silence dans l'édition sur ce domaine, pourtant essentiel malgré son excessive diversité, nous n'avons pas voulu ajouter une note discordante ou supplémentaire. La grande qualité de leurs développements, la richesse de leurs enseignements et la personnalité de leurs auteurs, nous ont imposé à juste titre une sage modestie.

C'est la raison pour laquelle l'objet de ce manuel tente principalement de fournir, à ceux qui découvrent une matière, leur paraissant trop souvent foisonnante, quelques pistes dont les contours sont imposés par la nécessité pédagogique, elle-même révélée par le regard inquiet de plusieurs générations d'étudiants, à l'évocation d'une masse infinie d'informations. A n'en pas douter, Loisel ajouterait au tableau l'aiguillon qui devrait susciter, tout au moins peut-on l'espérer, la curiosité pour un monde sensible — celui des obligations contractées — dans un univers où le cuir de l'indifférence devient si dur.

Introduction

Contrahere : rassembler, resserrer, réunir, conclure…

Convenire : venir ensemble…

L'étymologie permet de mieux comprendre la vitalité normative du phénomène volontaire. La technique contractuelle est à la fois un instrument de prévisions et le support d'opérations utiles ou présumées conformes à la justice, car elle permet d'ajuster librement les intérêts particuliers.

Dans une société consacrant pour partie un modèle d'autorégulation par ses acteurs, et préservant la liberté individuelle en vue de garantir la diversité des objectifs ainsi poursuivis, le contrat exprime le pouvoir des sujets de droit d'organiser eux-mêmes l'équilibre de leurs préoccupations affectives et morales, ou de réaliser, par l'échange de biens et de services, une fonction économique essentielle.

Fruit de la négociation ou de l'adhésion, résultant fréquemment de la combinaison provisoire d'intérêts opposés, parfois d'une coopération loyale, souvent de la mutuelle confiance, toujours d'un concours de volontés, il crée des effets juridiques dont la reconnaissance et la sanction dépendent du droit objectif.

En étudiant les obligations conventionnelles en général, on aborde le domaine *du* contrat. Toutefois, la seule connaissance de la théorie générale des obligations ne suffit pas aux juristes, car elle serait totalement détachée de la réalité pratique. Le droit *des* contrats fournit la substance concrète, c'est-à-dire le laboratoire où sont mis en œuvre les concepts abstraits. Dans le même temps, l'étude des contrats vécus fournit des occasions de synthèses plus modernes.

Le nombre des « mini-législateurs » installés sur le socle de l'article 1134 du Code civil étant illimité, l'abondance de la production de normes privées est évidente. Des contrats, il y en a beaucoup, partout, sur tout.

En présence d'une surproduction contractuelle, l'observateur doit s'efforcer de procéder à une reconstruction, ne serait-ce que pour tracer des perspectives pédagogiques, car, selon la loi d'entropie, connue des physiciens, la matière existant dans l'univers tend à s'uniformiser (voir P. Jestaz, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », *in : L'évolution contemporaine du droit des contrats*, journée Renée Savatier, 24-25 octobre 1985, PUF, 1986, p. 134).

Il est dès lors indispensable de saisir des régularités et des mécanismes à l'étage supérieur d'une simple description. Il existe des points d'ancrage qui permettent de construire si ce n'est un modèle vérifiable, tout au moins une grammaire donnant un certain nombre de clefs. Le domaine contractuel n'étant pas simplement répétitif, il est le champ privilégié des nuances et des subtilités.

En enrichissant autoritairement la norme contractuelle dans des hypothèses où les conventions des parties étaient par trop elliptiques, la jurisprudence, lorsqu'elle apprécie notamment les conditions dans lesquelles le contrat doit être

exécuté de bonne foi, procède d'une certaine manière à une *analyse utilitaire* du contrat, en ce sens que celui-ci doit nécessairement procurer aux partenaires la contrepartie prévue (voir G. Virassamy, note sous Cass. com., 3 novembre 1992, *JCP*, 1993, II, 22164, n° 7).

Cette vision d'utilité permet de rechercher une classification des contrats mettant en premier plan leur fonction économique, c'est-à-dire l'opération qu'ils permettent de réaliser. Certes, le passage à la catégorie peut déformer la réalité car il n'existe pas de classification naturelle, tout contrat étant formé de nombreuses variables. Mais il faut bien choisir quelques éléments essentiels ou caractéristiques pour qualifier l'ensemble, en étant simplement conscient que tous les régimes juridiques ne sont pas nécessairement contenus dans les seuls contrats nommés existants. Le juge ne peut préciser ce qu'est l'élément essentiel d'un contrat qu'à travers l'analyse qu'il aura faite de l'objet de l'obligation ou plus exactement de l'objet de la prestation de chacune des parties.

Dans la définition de Ripert et Boulanger (*Traité élémentaire de droit civil*, tome II, p. 99, n° 241), l'objet du contrat désigne la prestation à propos de laquelle l'accord des volontés intervient, et autour de laquelle s'ordonne l'économie du contrat. Cette prestation, ajoutent-ils, est l'élément en l'absence duquel les parties n'auraient pas songé à former le contrat : elle absorbe l'utilité économique du contrat. C'est dire que le contrat a pour objet l'opération souhaitée par les partenaires. Il a pour effet la création d'obligations qui ont elles-mêmes pour finalité des prestations : transférer une chose, faire ou ne pas faire quelque chose.

La nécessité et l'utilité d'une classification rationnelle sont évidentes. Dans la typologie présentée par G. Farjat, il y a lieu de distinguer, selon la fonction économique qu'ils remplissent, entre d'une part les contrats translatifs de biens ou de droits, d'autre part les contrats relatifs à l'usage, à la jouissance ou à la garde d'une chose, de troisième part, les contrats relatifs à l'activité humaine (travail, service d'abstention), de quatrième part les contrats constitutifs de personnes morales, enfin les contrats cadres et les contrats normatifs (*Droit privé de l'économie*, tome II, PUF, 1975, p. 191-192). Dans une perspective, également fort instructive, J.-F. Overstake souligne que le contrat est la transposition juridique d'une opération économique, le titre onéreux et le titre gratuit constituant les deux pôles de l'activité. Le contrat est alors l'instrument technique qui permet à l'homme d'atteindre le résultat recherché au sein de son activité économique générale (voir *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969).

Le critère tiré de l'objet économique, s'il ne permet pas toujours de déterminer des familles, a l'utilité certaine de désigner la fin pour laquelle les moyens sont rassemblés. Certes, il est vrai que le contrat n'a pas à proprement parler d'objet, en ce sens qu'il engendre des obligations qui elles-mêmes ont un objet : donner, faire ou ne pas faire. Mais il y a tout de même une opération juridique que les parties cherchent à réaliser. Certaines prestations étant plus importantes que d'autres, il y en a une qui transcende l'ensemble, et par laquelle se comprend l'économie du contrat. Du reste, la prestation caractéristique est également un critère en droit international privé lorsqu'il y a lieu de rechercher la loi applicable à un contrat international, ce qui montre l'efficacité du procédé au regard des questions les plus complexes. A l'intérieur des différentes obligations au cœur

d'un contrat, il y en a une que l'on peut qualifier de principale et qui apparaît comme celle à propos de laquelle l'accord des volontés intervient. C'est elle qui constitue l'objet du contrat et qui peut servir de critère de classification.

Sur la base d'une répartition ainsi fondée sur l'obligation principale autour de laquelle s'ordonnent les alvéoles du contrat, c'est-à-dire à partir de l'opération que chaque contrat permet de réaliser, il paraît pertinent de proposer la présentation suivante :

– une première série de contrats a pour finalité de transférer la propriété ;

– un deuxième groupe de contrats organise une simple mise à disposition de la chose à charge de restitution ;

– une troisième famille crée des prestations consistant en l'accomplissement d'un travail matériel ou intellectuel, ou en la réalisation d'actes juridiques.

Bibliographie

A. BENABENT, *Droit civil, les contrats spéciaux*, Montchrestien.

F. COLLART-DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, précis Dalloz.

B. GROSS et P. BIHR, *Contrats*, tome I : *Ventes civiles et commerciales; baux d'habitation; baux commerciaux*, Thémis, PUF.

J. GHESTIN, Traité des contrats :
– *La vente* par J. GHESTIN et B. DESCHE, LGDJ.
– *Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, par Y. GUYON, LGDJ.

P. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil, les contrats spéciaux*, Éditions Cujas.

J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, F. Lefebvre.

Première partie

Les contrats transférant la propriété d'une chose

Si l'échange a historiquement précédé la vente, parce qu'il était le moyen privilégié de communication entre les hommes avant l'apparition de la monnaie, la vente n'en est pas moins devenue le contrat de référence. C'est un moyen technique permettant en effet, de réaliser des relations économiques, qu'elles soient ponctuelles ou qu'elles s'insèrent dans la vie des affaires. La vente est fondée sur l'existence d'un prix, d'une chose et d'un transfert de propriété. Elle s'applique naturellement au transfert de droits réels, c'est-à-dire de droits qui portent sur des choses (voir J. Ghestin et B. Desché, *La vente*, LGDJ, 1990, p. 45, n° 51). En tant que contrat impliquant un transfert de propriété, la vente est devenue le véritable point d'ancrage, en raison notamment des développements substantiels consacrés par le Code civil à cette convention. Il existe néanmoins d'autres contrats ayant vocation de transférer la propriété. Il s'agit non seulement de l'échange, mais encore du dépôt irrégulier et du prêt de consommation.

Lorsqu'une chose est confiée à une personne, à charge de restitution par celle-ci, le dépositaire doit rendre, en principe, la chose même qu'il a reçue. Mais les parties ont pu convenir que le dépositaire restituerait, non pas la chose même qui était déposée, mais une chose semblable. Le dépôt irrégulier est celui qui porte sur des choses que les parties ont considérées comme fongibles. Le déposant perd son droit réel sur la chose. Il y a transfert de propriété au dépositaire simplement tenu de la restitution d'une chose à l'identique. Quant au prêt de consommation, il est lui-même la branche d'une distinction posée par l'article 1874 du Code civil. Le prêt à usage, ou commodat, ne confère que la détention de la chose prêtée avec obligation, à la charge de l'emprunteur, de restituer la chose elle-même. Le prêt de consommation, également appelé *mutuum*, est le contrat par lequel une personne, l'emprunteur, s'engage à restituer à une autre, le prêteur, une chose semblable à la chose consomptible et fongible qui lui a été remise pour son usage.

Dans ce dernier cas de figure, l'emprunteur devient propriétaire de la chose prêtée, et le prêteur, créancier de la restitution d'une chose pareille. Le prêt d'argent est une variété du *mutuum*. Il est très connu en pratique. Il est du reste, assez souvent, associé à une vente, parce qu'il assure le financement de la chose acquise, par exemple lorsqu'un accédant à la propriété d'un immeuble, se procure auprès d'un établissement bancaire, les sommes indispensables pour payer le vendeur de l'immeuble. Le prêt d'argent est un contrat par lequel un emprunteur s'engage à restituer une somme en contrepartie de celle qu'il a reçue. Il y a prêt à intérêt, si a été mise en place une rémunération proportionnelle à la somme prêtée et à la durée de la mise à disposition de cette somme.

Livre premier

La vente

D'après l'article 1582 du Code civil, la vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé.

Le Code civil ajoute dans son article 1583 que trois éléments essentiels concourent à la perfection de la vente : le consentement des parties, un prix et une chose. La vente ne doit pas nécessairement emprunter une forme sacramentelle. Elle est formée dès que les parties sont convenues de la chose et du prix. Il suffit que les contractants aient exprimé un accord sur les éléments essentiels qui font la structure du contrat. Le défaut d'accord définitif sur des éléments simplement accessoires, comme les modalités de livraison ou les garanties de paiement, ne peut empêcher le caractère parfait de la vente, à moins que les parties n'aient entendu reporter la formation du contrat jusqu'à la fixation de ces modalités. Dans cette dernière hypothèse, il leur appartient de le préciser dans leur contrat.

Un premier constat permet donc de rappeler que la vente est un contrat onéreux, synallagmatique, consensuel, commutatif et à finalité translative. Dans une perspective classique, on le classe dans la catégorie des contrats à exécution instantanée. Mais la réalité en fait un instrument beaucoup plus ambigu, notamment en y insérant la notion de temps. Il peut y avoir dans les relations d'affaires complexes, une succession d'accords qui servent d'étapes en direction de l'accord final. Cela correspond à la mise en place d'avant-contrats. Aussi convient-il d'exposer le droit commun de la vente, c'est-à-dire la structure générale de ce contrat, avant d'aborder le processus de la vente, c'est-à-dire l'influence de la durée et l'appréciation des relations, dans le temps qui précède ou qui suit la concrétisation de l'accord. Puis, il conviendra de terminer sur les régimes particuliers qui confirment la complexité de la vente.

Titre premier

La structure de la vente

Il s'agit ici de procéder à une sorte de cliché instantané de ce contrat. L'article 1583 du Code civil précise que 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, quoique la chose n'ait pas encore été livrée, ni le prix payé. Trois éléments apparaissent, qu'il convient d'examiner successivement : le consentement, la chose et le prix.

Sous-titre premier

Le consentement

Il est inutile de reprendre à ce stade la question des vices du consentement : erreur, dol et violence. On peut relever néanmoins dans le prolongement de la théorie des vices du consentement, que la rescision pour cause de lésion est admise par la loi (article 1674 du Code civil) lorsque le vendeur a été lésé de plus des 7/12es dans le prix d'un immeuble. Mais cela relève plutôt de la justice du prix. En l'état des développements, il s'agit d'évoquer la démarche du vendeur, puis celle de l'acquéreur, et les modalités de rencontre de leurs consentements.

Il est utile de partir de l'idée de liberté qui est affirmée par l'article 1594 du Code civil : tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas, peuvent acheter ou vendre. C'est un rappel de l'article 1123 qui dispose que toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi. Une rapide observation de la réglementation contemporaine de la vente permet de faire l'inventaire des limites à la liberté de vendre. Ces contraintes sont fort nombreuses, alors que dans le même temps, il semble que soit rehaussée la liberté d'acheter. Ce mouvement de balancier est dominé par la diversité des méthodes pour contracter une vente.

Chapitre 1

Les limites à la liberté de vendre

Les contraintes sont si nombreuses qu'elles peuvent paraître contradictoires. Ainsi, tantôt est créée une véritable obligation de vendre, tantôt au contraire, c'est une interdiction de vendre qui s'impose. Cela s'explique par les finalités protectrices de la réglementation en cause : la technique change selon le type d'intérêt pris en considération et selon le destinataire de la règle qui a été édictée.

Section première
L'obligation de vendre

L'idée de libre circulation obligatoire des produits et des services qui inspire autant le droit interne que le droit communautaire, justifie l'existence de cette obligation. Cela concerne avant tout les professionnels. Dans un système de liberté absolue du commerce, tout professionnel devrait être en droit de refuser de vendre ses produits à tel ou tel acheteur sans avoir à motiver sa décision. En réalité, le droit des professionnels de choisir leurs clients, d'accepter ou de refuser de vendre leurs produits, a été limité par une ordonnance du 30 juin 1945 aujourd'hui abrogée. Cette restriction trouve sa justification dans la nécessité d'assainir la concurrence entravée par certaines concertations entre professionnels, et dans le souci de contrôler les prix. Pour assurer l'équilibre des mécanismes du marché, l'ordonnance du 1er décembre 1986 a maintenu le principe d'interdiction des pratiques restrictives de concurrence, au nombre desquelles on compte le refus de vente.

I. Dans les relations entre professionnels et consommateurs

L'article 30 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service sauf motif légitime. L'article 33 du décret du 29 décembre 1986 assortit cette interdiction de peines d'amendes contraventionnelles. C'est ainsi par exemple, qu'a été condamné le restaurateur qui avait refusé de servir un croque-monsieur à une table, au motif que cette consommation n'était servie qu'au bar, alors que le client était accompagné d'une personne qui avait commandé le plat du jour, et qu'il aurait été donc obligé de se séparer d'elle pour venir au bar consommer sa propre commande. A titre de nuances, l'ordonnance fonde l'éventuelle justification du refus sur la notion de motif légitime. Cela donne au juge un large pouvoir d'appréciation, soit parce que le commerçant n'a plus en stock le produit demandé, soit parce que le service ou le produit n'entre pas dans sa spécialité professionnelle.

Par ailleurs, le législateur a incriminé le refus de vente pour cause de discrimination. Toute personne qui refuserait la fourniture à raison de l'origine, du sexe, des mœurs, de la situation de famille, de l'état de santé ou de la nationalité du demandeur, s'exposerait aux sanctions prévues par l'article 416 du Code pénal, qui sont fondées sur un délit.

II. Dans les relations entre professionnels

La prohibition du refus de vente est affirmée par l'article 36 de l'ordonnance. Ce texte dispose qu'engage la responsabilité de son auteur, et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan, de refuser de satisfaire aux demandes des acheteurs de produits ou aux demandes de prestations de service, lorsque ces demandes ne présentent aucun caractère anormal, qu'elles sont faites de bonne foi, et que le refus n'est pas justifié par les dispositions d'un autre article de l'ordonnance (article 10). Cela n'entraîne pas de qualification pénale, mais justifie la mise en œuvre de la responsabilité civile de l'auteur du refus. On peut observer que la demande peut porter aussi bien sur un produit que sur une prestation de service. C'est une constante dans les textes de droit économique, que de mélanger le transfert de propriété de biens et les prestations. Bien évidemment, seules les cessions de biens sont en relation avec le droit de la vente ; s'il y a prestation de service on entre dans le canevas du contrat d'entreprise.

L'obligation de vendre n'est pas absolue. Elle peut n'avoir pas à être obéie lorsque le refus est légitimé par des circonstances particulières. L'auteur d'un refus de vente ou de prestations de service est en effet susceptible d'échapper à toute responsabilité lorsque sa réaction est fondée sur le caractère anormal de la demande qui lui a été présentée, ou sur la mauvaise foi de celui qui l'a formulée. De plus, les textes autorisent l'auteur du refus à invoquer l'existence de pratiques anticoncurrentielles qui sont à l'origine de son attitude, mais qui sont éventuellement elles-mêmes justifiées. Le caractère anormal d'une demande peut provenir, soit de son mode de formulation (par exemple une commande présentée par voie d'assignation en justice), soit de la quantité inhabituelle sollicitée, qu'elle soit excessive, ou à l'inverse insuffisante. Un refus de vente peut également être fondé lorsque l'acheteur ne présente pas la qualification professionnelle requise pour transformer ou distribuer le produit dans des conditions satisfaisantes. Tel peut être le cas lorsqu'il s'agit de produits de luxe constituant des articles de prestige qui exigent d'être présentés dans des établissements disposant d'un cadre approprié et d'un personnel de vente qualifié. D'autre part, si la demande présentée au vendeur résulte de l'intention délibérée de gêner ou d'entraver son activité commerciale, il y a mauvaise foi, et le refus opposé à celui qui se présente est légitime. Tel est le cas lorsque le demandeur souhaite se procurer un produit dans le seul souci de le dénigrer par la suite. Dans le même sens, le refus de vente est justifié lorsque l'acheteur pratique des méthodes de distribution qui ne sont pas conformes aux usages, par exemple lorsque des produits revêtus d'une marque de prestige sont vendus dans un magasin à libre service, retirés de leur emballage d'origine.

L'article 36 de l'ordonnance de 1986 évoque une autre cause de justification ancrée sur les dispositions de l'article 10 de cette même ordonnance. L'article 10

précise que ne sont pas soumises aux dispositions des articles prohibant les ententes et les abus de domination, les pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire, et celles dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Le texte ajoute : ces pratiques ne doivent imposer des restrictions à la concurrence que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès. On le voit, la réglementation est touffue et répétitive puisque les agissements constitutifs de refus de vente ou de refus de prestation de service, sont le plus souvent le résultat, soit d'une entente, soit d'un abus de domination, qui constituent eux-mêmes des pratiques anticoncurrentielles prohibées dans les termes des articles 7 et 8 de l'ordonnance, et éventuellement justifiées dans les termes de l'article 10. C'est dire que les refus de vente peuvent être fondés, dans la mesure où ils résultent de l'existence d'entente ou d'abus de domination, eux-mêmes justifiés par une des causes prévues à l'article 10. En l'absence de décision du conseil de la concurrence, autorité administrative indépendante créée par le dispositif de l'ordonnance de 1986, le juge judiciaire sera amené à consulter ce conseil, compte tenu des difficultés qu'il éprouvera pour apprécier l'objet ou l'effet anticoncurrentiel de l'entente. Lorsqu'un fournisseur s'est engagé à n'approvisionner que certains distributeurs, le respect de cette convention le conduit naturellement à refuser d'honorer toute commande n'émanant pas d'un distributeur exclusif. Il est donc indispensable d'apprécier la validité des accords de distribution au regard de l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles. C'est ainsi que la convention d'exclusivité sera valable, et les refus de vente qu'elle entraîne ne seront pas condamnables, lorsque cet accord a pour effet de favoriser l'innovation ou la conquête d'un marché ou l'amélioration du service rendu au consommateur. Cette appréciation repose sur un bilan économique par lequel sont mis en balance les aspects favorables et les aspects négatifs de l'opération convenue. C'est à partir de là que les refus de vente consécutifs seront condamnés ou justifiés. Mais, à partir du moment où un fournisseur a reconnu l'aptitude d'un distributeur à commercialiser ses produits, il ne peut pas refuser de renouveler l'accord de distribution, sauf à établir que le distributeur ne remplit plus les critères de sélection, ou que ses conditions de distribution ont été modifiées. A défaut, un refus de vente pourrait être caractérisé à l'encontre du fournisseur. Bien que le distributeur ne puisse contraindre le fournisseur à renouveler son contrat de distribution sélective, les relations contractuelles existantes peuvent se poursuivre par le biais des commandes adressées par le distributeur au fournisseur (voir Cass. com., 27 avril 1993, *Lamy*, « Droit économique », fascicule H, 1993, n° 6049).

Section 2
L'interdiction de vendre

Sans anticiper sur la question des choses dont l'aliénation est prohibée, il s'agit en l'état, de souligner la réaction du législateur en présence de certains

comportements. Une fois encore, on peut constater un mouvement de balancier entre des tendances libérales et une volonté d'encadrer certaines initiatives. Ce sont les impératifs liés à la protection de la partie la plus faible qui expliquent ce mouvement pendulaire.

I. Libéralisation dans les relations de famille

Il est un domaine qui est à la périphérie des incapacités et qui touche à la notion de consentement : les ventes entre époux. L'article 1595 du Code civil, dans sa rédaction primitive, les prohibait. Portalis disait : « On a craint avec raison l'abus que le mari peut faire de son autorité, et celui qui aurait sa source dans l'influence que la femme peut ménager par les douces affections qu'elle inspire... » L'article 1595 a été abrogé par la loi du 23 décembre 1985, à compter du 1er juillet 1986. Cette abrogation correspond à un vœu des notaires. Elle élargit la liberté contractuelle des époux, mais il peut en résulter certains abus, notamment au regard de la réalité et de la sincérité du prix. Les ventes entre époux doivent permettre dans certaines situations de clarifier les rapports patrimoniaux. Cette remise en ordre sera notamment utile pour les époux séparés de biens, qui achètent assez fréquemment des biens immobiliers de façon indivise sans trop se soucier de l'origine des fonds. A un moment donné du mariage, il peut être opportun de répartir plus exactement les biens, et de rétablir l'équilibre en procédant à des ventes ou à des échanges. La vente entre époux peut être fort bien venue lorsqu'un des conjoints exerce une activité professionnelle dans des locaux appartenant à l'autre. Cette libéralisation incontestable en droit patrimonial de la famille, ne se retrouve pas dans le cadre de la répression de certaines méthodes de vente dont les contractants, notamment les consommateurs, sont victimes.

II. Prohibition de certaines méthodes incitatives

Le législateur considère que certaines pratiques commerciales doivent être considérées comme illicites, parce qu'elles reposent sur la volonté de « forcer la main » d'une partie présumée faible, voire ignorante, à tout le moins dans une situation ne lui permettant pas d'exercer un esprit critique suffisant. A cet égard, l'habileté et l'imagination de certains professionnels sont sans limite : tantôt certains avantages sont proposés, tantôt, ils sont imposés.

A. Ventes avec primes

L'ajout d'un supplément aux produits ou aux services proposés est une technique promotionnelle traditionnelle. L'article 29 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 interdit toute vente ou offre de vente de produits ou de biens ou toute prestation ou offre de prestation de services, faite aux consommateurs et donnant droit, à titre gratuit, immédiatement ou à terme, à une prime consistant en produits, biens ou services sauf s'ils sont identiques à ceux qui font l'objet de la vente ou de la

qui ne sont pas nécessairement tous bilatéraux. Par exemple, un conseil juridique, ayant reçu mandat d'effectuer d'urgence un paiement, a manqué à son obligation de prudence et de diligence en envoyant par la poste, la veille de son départ en vacances, un chèque au créancier, en omettant de prendre toutes dispositions utiles pour que soit vérifiée l'arrivée du pli à destination, et pour que soit assuré, en cas de retour de ce pli, un nouvel acheminement (voir Cass. 1re civ., 2 octobre 1984, *Bull. civ.*, I, n° 243 ; *RTD civ.*, 1986, n° 134, obs. J. Huet). Ainsi encore, un agent immobilier, ayant reçu mission de vendre un terrain, doit en vérifier le caractère constructible. Pour autant, il n'a pas à procéder lui-même au mesurage du terrain et à l'examen des titres de propriété des riverains (voir Cass. 1re civ., 3 janvier 1985, *JCP*, éd. N, 1985, II, 209, note C. Atias). Mais, s'il se voit confier la gérance d'un immeuble, il est tenu en tant que mandataire salarié de s'assurer, par des vérifications sérieuses, de la solvabilité réelle du preneur. En d'autres termes, le mandataire doit s'entourer de toutes les précautions pour s'assurer que son partenaire sera satisfait.

Pour mesurer cette satisfaction, le juge va se fonder notamment sur les instructions qui avaient été données. Ceci impose au mandataire d'agir avec habileté dans le choix du partenaire ou dans la recherche de l'aptitude du bien qu'il choisit, à l'usage qu'en attend le donneur d'ordres. On exige également du mandataire qu'il accomplisse tous les actes de sauvegarde qui s'imposent pour conserver les droits du mandant. En outre, le mandataire normalement diligent doit être prompt à agir. Toutes les gênes dans les affaires du mandant, toutes les difficultés rencontrées par lui avec ses fournisseurs, tout paiement tardif peuvent être à l'origine d'un préjudice. L'obligation d'exécuter le mandat avec diligence est traditionnellement analysée comme une obligation de moyens. L'article 1992 alinéa 2 donne une directive en cette matière en disposant que la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit, qu'à celui qui reçoit un salaire. La charge de la preuve pèse sur le mandant, mais dans des conditions différentes selon qu'il y a inexécution de l'obligation ou mauvaise exécution de celle-ci. En cas d'inexécution de l'obligation, la faute est présumée, hors cas fortuit. Toutefois, cette présomption n'est pas étendue à l'hypothèse d'une mauvaise exécution du mandat, la faute de gestion devant être alors démontrée par le mandant. Pour apprécier la faute, la jurisprudence s'inspire de l'attitude d'un individu de références comparables au mandataire, en se plaçant dans les mêmes circonstances que le mandataire. La suggestion de modération par l'article 1992 invite le juge à apprécier la faute par référence à un mandataire moyen, intervenant également à titre gratuit lorsqu'aucune rémunération n'a été stipulée.

La présence d'un aléa permet d'établir plus exactement une ligne de partage entre obligation de moyens et obligation de résultat. Le devoir d'exécuter la mission peut se subdiviser en la nécessité de rassembler tous les moyens et en la recherche d'un résultat déterminé. En présence d'un aléa de gestion, la responsabilité du mandataire ne sera établie que si le partenaire démontre une faute. En revanche, s'agissant d'actes dont le dénouement relève de la pure technique (accomplir un acte de procédure pour un avocat ; obtenir des titres de transport pour une agence de voyages), la satisfaction du mandant ne fait l'objet d'aucune incertitude. L'impossibilité d'obtenir le résultat promis constitue la défaillance fautive du mandataire. Car ce dernier doit garantir la régularité et l'efficacité des

actes qu'il est chargé de dresser dans la sphère de compétence technique qui est la sienne. C'est pourquoi, dans la perspective proposée par le Code civil lui-même (sévérité plus grande pour le mandataire rémunéré), la jurisprudence met plus volontiers à la charge du professionnel l'accomplissement d'une obligation déterminée. On retrouve la distinction professionnel-profane. Le mandant est en situation passive lorsqu'il contracte avec un mandataire spécialisé. Le professionnel doit donc lui apporter la certitude que la mission sera menée à bonne fin.

La distinction est difficile à mettre en œuvre dans la mesure où les prestations d'une même personne peuvent avoir une double nature (l'avocat s'engage à accomplir les actes de procédure dans les délais qui sont impartis ; il ne s'engage pas à gagner le procès car sur ce point, il ne maîtrise pas l'issue). En outre, les possibilités d'exonération restent de portée incertaine à raison de l'imprécision du vocabulaire (« présomption de faute » ; « présomption de responsabilité »). Il faut rappeler à cet égard que le débiteur d'une obligation de résultat ne peut se libérer qu'en établissant une cause étrangère et non pas seulement son absence de faute.

III. Devoir de conseil

Le mandataire est non seulement tenu de montrer sa célérité et sa persévérance dans la réalisation concrète des instructions qu'il a reçues, mais encore il doit suggérer à son cocontractant les solutions propres à l'éclairer.

Cet élargissement de la portée des obligations du mandataire se manifeste surtout lorsque l'intéressé est intervenu à titre professionnel. Par exemple, l'article 412 du nouveau Code de procédure civile dispose que la mission d'assistance en justice accomplie par l'avocat emporte pouvoir et devoir de conseiller la partie.

Dans son contenu, le devoir de conseil consiste à mettre en garde le mandant à l'encontre des choix malencontreux et à lui présenter les éléments les plus opportuns pour obtenir satisfaction. C'est une véritable conscience secondaire du client qui, si besoin est, doit être fermement invité à ne pas agir si l'opération projetée est susceptible de se retourner contre ses propres intérêts (ardeur spéculative inconsidérée que le banquier aurait dû modérer ; voie de recours manifestement dilatoire que l'avocat aurait dû tempérer). Comme le souligne à juste titre P. Petel (préc., p. 155), c'est d'une information orientée qu'il s'agit : son objet est d'infléchir le comportement du mandant.

Dans son intensité, le devoir de conseil peut dépendre de la personnalité du mandant. Pour peu que l'opération projetée ait à ses yeux un caractère habituel, l'étendue du devoir de conseil de son partenaire sera réduite dans les mêmes proportions. Si le mandant est homme d'expérience, il ne pourra rejeter sur le mandataire la responsabilité du préjudice consécutif à sa témérité. A lui de veiller à ses propres intérêts (voir P. Le Tourneau, *De l'allégement de l'obligation de renseignements ou de conseil*, D. 1987, chron., p. 101 et suiv.). Une éventuelle défaillance d'un donneur d'ordres spécialement averti, permet au juge d'écarter en tout ou partie la responsabilité du mandataire.

Que le devoir de conseil s'applique principalement au professionnel ne met pas pour autant le mandataire ordinaire à l'abri de toute nécessité d'informer