

UNIVERSITÉ DES ANTILLES

FACULTÉ DE DROIT ET D'ÉCONOMIE DE MARTINIQUE

ED 588 : Milieu insulaire tropical : dynamiques de développement, sociétés, patrimoine et culture
dans l'espace Caraïbes-Amériques

L'HÉSITATION EN DROIT DES CONTRATS

(Contribution à l'étude des situations d'attente en droit privé)

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue publiquement par :

Madame Gaëlle GUSTAN

Le 26 novembre 2021

Membres du jury :

Madame Martine BEHAR-TOUCHAIS

Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Madame Stéphane GERRY-VERNIÈRES

Professeur à l'Université de Grenoble-Alpes

Monsieur Alain GHOZI

Professeur à l'Université Paris II

Monsieur Grégoire LOISEAU

Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Monsieur Georges VIRASSAMY

Professeur à l'Université des Antilles

INTRODUCTION	9
1. L'ANTINOMIE DE L'HÉSITATION ET DU DROIT DES CONTRATS	9
2. LES MANIFESTATIONS DE L'HÉSITATION DANS LA VIE CONTRACTUELLE.....	12
3. LES EFFETS	19
PREMIÈRE PARTIE - LE DROIT À L'HÉSITATION	27
1. TITRE 1 - HÉSITATION ET DÉCISION : ÉLÉMENTS INTRINSÈQUES À LA VIE CONTRACTUELLE.....	28
<i>CHAPITRE 1 - HESITATION ET BLOCAGE DU PROCESSUS DECISIONNEL</i>	<i>29</i>
Section 1 – La détermination du processus décisionnel	29
§ 1 – La généalogie du processus décisionnel.....	29
I. Au commencement, l'acte volontaire.....	29
A. Les prémices de la théorie philosophique de la décision	30
1. La conceptualisation de la volonté par Aristote	30
2. Le processus de volonté rationnel et linéaire de Descartes	32
B. L'ajout de Paul Ricoeur à l'œuvre de Descartes : l'hésitation	33
II. De l'acte volontaire à la théorie de la décision	36
A. La théorisation rationnelle de la décision.....	37
1. L'identification des problèmes de décision	37
2. La théorie classique de l' <i>homo œconomicus</i>	39
B. Les limites de la rationalité pure.....	42
1. Les critiques	42
2. La théorie de la rationalité limitée.....	43
§ 2 – Le désintérêt initial du droit des contrats	46
I. La conception lacunaire de la notion de « décision »	47
A. L'appréhension juridique de la notion psychologique de volonté.....	47
1. La prégnance de la volonté en droit des contrats.....	47
2. L'apparente fongibilité de la volonté et du consentement	50
B. L'appréhension juridique de la notion de décision.....	54
1. La notion limitée de décision juridique.....	54
2. La détermination de la notion de décision en droit des contrats	57
II. La détermination de la notion de décision et de son processus de formation	61
A. Le juge et l'hésitation	62
1. L'exemple du processus décisionnel du juge.....	62
2. La réception normative de l'hésitation du juge	67
a. Les doutes relatifs aux faits d'espèce	67
b. Les doutes relatifs à la solution juridique	70
B. L'adaptation du processus décisionnel au droit des contrats.....	72
Section 2 - Le blocage du processus décisionnel.....	78
§ 1 – Les problèmes de décision affectant le contractant	78

I.	Les divergences de la théorie de la décision en droit et en économie	78
II.	Les causes d'hésitation	82
A.	L'incertitude.....	82
B.	Le risque	88
C.	La certitude.....	94
§ 2 -	La génération d'une situation d'attente, corollaire de l'hésitation	97
I.	Une profusion de situations d'attente	97
A.	Les contours imprécis de la notion de situation d'attente	97
B.	La détermination de la notion de situation d'attente	104
II.	Les dangers et inconvénients de la situation d'attente	110
CONCLUSION		114
CHAPITRE 2 - AFFIRMATION DU DROIT A L'HESITATION.....		115
Section 1 - Les fondements extra-juridiques du droit à l'hésitation		116
§ 1 -	La reconnaissance des vertus morales et sociales du droit à l'hésitation.....	116
I.	Hésitation et sens de la prudence.....	116
A.	Le devoir de prudence	116
B.	Prudence et bonne décision	120
II.	Hésitation et équité	122
A.	L'impact de l'inégalité des parties sur la prise de décision	122
B.	Le droit à l'hésitation, instrument d'équité	127
§ 2 -	La reconnaissance des vertus économiques du droit à l'hésitation.....	131
I.	Droit à l'hésitation et consumérisme effectif	131
A.	L'hétéronomie dans la prise de décision du consommateur	131
B.	La reconquête de l'autonomie décisionnelle du consommateur, acteur économique	139
II.	Droit à l'hésitation et liberté de prendre des risques	142
A.	L'entrepreneur face à la prise de risques	143
B.	Droit à l'hésitation, droit au risque.....	147
Section 2 - Les fondements juridiques du droit à l'hésitation.....		152
§ 1 -	Droit à l'hésitation traditionnel et liberté contractuelle.....	152
I.	Les mécanismes fondateurs du droit à l'hésitation	152
A.	Le fondement législatif	152
B.	L'innovation de la pratique contractuelle.....	154
II.	Le renforcement grâce à la réforme du droit des contrats et du régime général de la preuve des obligations	158
A.	L'enrichissement du droit à l'hésitation législatif	158
B.	Le droit à l'hésitation et l'efficacité juridique	162
§ 2 -	Droit à l'hésitation moderne et protection du consentement.....	164
I.	La protection classique <i>a posteriori</i> du consentement	164
A.	Le consentement, expression de la décision centrale de la vie contractuelle	165
B.	La sanction de la viciation du processus décisionnel.....	167
II.	La protection contemporaine <i>a priori</i> du consentement.....	175

A.	La genèse, le droit à l'hésitation spécial	175
B.	L'évolution, le droit à l'hésitation commun	182
1.	L'obligation générale d'information	182
2.	La généralisation regrettable des délais de réflexion et de rétractation	184
CONCLUSION.....		188
TITRE 2 - RÉCEPTION NORMATIVE DE L'HÉSITATION.....		189
<i>CHAPITRE 1 – LES MECANISMES PROPHYLACTIQUES</i>		190
Section 1 – L'information relative au contrat envisagé.....		190
§ 1 –Le problème de l'asymétrie d'information.....		190
I.	L'asymétrie d'information, consubstantielle de l'hésitation.....	191
II.	La correction autonome de l'asymétrie d'information	199
§ 2 – Les mécanismes extra-correctifs		206
I.	Les correctifs de protection	207
A.	L'obligation d'information spéciale	207
B.	L'obligation de mise en garde.....	214
II.	Les correctifs fonctionnels	216
A.	Les informations pertinentes.....	216
B.	Les informations personnalisées	222
Section 2 – L'expérimentation du contenu du contrat envisagé.....		224
§ 1 – Une conception antique limitée à la vente		224
I.	Une mise en situation préalable à la décision.....	224
A.	Les principes de l'expérimentation.....	225
1.	Un but informatif.....	225
2.	Une mise en situation du projet envisagé	227
B.	Un traitement pragmatique de l'hésitation.....	229
II.	Les mécanismes initiaux d'expérimentation.....	231
A.	L'expérimentation perceptive	231
B.	L'expérimentation vérificative.....	237
§ 2 - Une conception contemporaine plus générale.....		241
I.	La généralisation de la période d'essai	242
A.	Du contrat de travail	242
1.	Un objet spécifique.....	242
2.	Les mécanismes analogues.....	245
B.	Aux contrats d'affaire : l'exemple du contrat de distribution.....	246
II.	Les autres modèles d'expérimentation.....	250
A.	L'essai exprès.....	250
B.	L'essai tacite	255
CONCLUSION.....		257
<i>CHAPITRE 2 – LES MECANISMES CURATIFS</i>		258
Section 1 - Le polymorphisme du traitement initial de l'hésitation		258
§ 1 - Le droit de réflexion.....		258
I.	Le temps de réflexion lors de la conclusion du contrat	259

A.	L'offre, matérialisation du projet.....	260
B.	L'aspect fonctionnel des délais de maintien et d'irrévocabilité	263
II.	Le temps de réflexion dans le processus de formation du contrat	266
A.	L'exemple spécifique du contrat préliminaire de réservation	266
B.	L'exemple usuel de la promesse unilatérale.....	270
§ 2 -	Le devoir de réflexion	273
I.	Un contractant particulier : le consommateur.....	274
A.	Un contexte décisionnel complexe	274
1.	La vulnérabilité du décideur-consommateur.....	274
2.	L'impact sur son processus décisionnel	276
B.	L'impuissance du droit commun.....	277
II.	Une mesure coercitive exorbitante	280
A.	Une approche collective	280
B.	Le gel du processus décisionnel.....	283
Section 2 –	Le traitement de la résurgence de l'hésitation.....	287
§ 1 -	Le traitement légal.....	288
I.	Le délai de rétractation	288
II.	Un correctif à l'altération du processus décisionnel	294
§ 2 –	Le traitement conventionnel.....	301
I.	L'anticipation conventionnelle de la résurgence de l'hésitation	302
II.	Les confusions autour de la clause de dédit	307
CONCLUSION.....		315
SECONDE PARTIE - LE DROIT DE L'HÉSITATION		316
TITRE 1 - SÉCURISATION DE LA PÉRIODE D'HÉSITATION.....		317
CHAPITRE 1 - ENCADREMENT TEMPOREL DE LA PERIODE D'HESITATION.....		318
Section 1 -	L'imposition verticale et rigide de la durée d'hésitation	318
§ 1 -	La fixation autoritaire de délais minimaux.....	319
I.	La durée longue de préparation à la décision	319
A.	L'exemple des contrats de distribution	320
B.	L'exemple des contrats de consommation	323
II.	La durée brève de réflexion <i>stricto sensu</i>	326
A.	L'imposition d'un temps d'hésitation	326
B.	La présomption d'un consentement vicié	329
§ 2 -	La fixation autoritaire de délais maximaux	333
I.	Le délai de rétractation	333
A.	La justification d'une durée maximale.....	333
B.	Les difficultés de computation.....	338
II.	L'encadrement temporel de la précarisation.....	342
A.	Un temps d'hésitation pragmatique.....	343
B.	La superposition de deux propositions contractuelles	346
Section 2 -	La modulation de la durée d'hésitation	348

§ 1 - La modulation par les parties.....	349
I. La durée expresse	349
A. Un délai maximum conventionnel.....	349
B. Un délai contraignant pour le débiteur du droit à l'hésitation	353
II. L'inertie du bénéficiaire	357
A. Dans le cadre d'un essai	357
B. Dans le cadre d'un droit de réflexion.....	360
1. L'offre	361
2. La promesse unilatérale.....	363
§ 2 – L'imprécision des parties.....	364
I. L'engagement aux termes d'une offre.....	365
A. L'existence obligatoire d'un délai	366
B. Le raisonnable, instrument conciliatoire et empirique.....	370
II. L'engagement aux termes d'une promesse unilatérale.....	373
A. Un contrat à durée indéterminée.....	374
B. L'application <i>a priori</i> curieuse du délai raisonnable	378
CHAPITRE 2 - AMENAGEMENT DES RELATIONS DES PERSONNES CONCERNEES PAR LA SITUATION	
D'ATTENTE	383
Section 1 - La situation du créancier du droit à l'hésitation.....	384
§ 1 – Une acquisition imparfaite de droits.....	384
I. La corrélation entre mécanisme d'hésitation et éventuel	384
A. La notion floue de droit éventuel	385
1. La théorie de Demogue	385
2. La théorie de M. Verdier.....	387
B. L'utilisation par les textes et la jurisprudence	390
II. Une échelle de droits actuels.....	394
A. Dans les phases préparatoires de la décision	395
1. Dans les mécanismes de réflexion.....	395
a. Les droits limités du temps d'hésitation de l'offre	395
b. Les droits sécurisants du temps d'hésitation de la promesse unilatérale	397
2. Les mécanismes d'essai	399
B. Dans le contrat projeté.....	401
1. Le droit de ne pas exécuter ses obligations	401
2. La confusion des droits actuels et éventuels	404
§ 2 – Des obligations minimales	405
I. Le paiement du droit à l'hésitation	405
A. Le principe : la gratuité	405
1. Les usages et la volonté des parties	405
2. Un objectif de protection	407
B. L'exception : l'onérosité	408
1. Le prix de l'hésitation	409
2. La fixation de son montant	411

II.	Des obligations dérisoires	414
A.	La période d'essai du contrat de travail	414
1.	La situation de l'employeur	414
2.	La situation du salarié	415
B.	La vente à l'essai	418
Section 2 –	La situation du débiteur du droit à l'hésitation	419
§ 1 –	Dans les relations <i>inter partes</i>	420
I.	Une altération de ses droits	420
A.	L'atteinte à la libre disposition de son bien	420
B.	Les actes de disposition	422
II.	Une concentration d'obligations	426
A.	La charge des risques	426
B.	La charge du coût d'acquisition de l'information	429
§ 2 –	Dans les relations avec les tiers	432
I.	Les créanciers du débiteur du droit à l'hésitation	432
A.	Les prérogatives des créanciers du débiteur du droit à l'hésitation	433
B.	La volonté de faire cesser la situation d'attente	435
II.	L'introduction du tiers dans la situation d'attente	437
A.	Le tiers de mauvaise foi	437
B.	Le concours de propositions contractuelles	439
CONCLUSION		443
TITRE 2 -	DÉNOUEMENT DE LA SITUATION D'ATTENTE	444
CHAPITRE 1 -	DÉNOUEMENT PAR DECISION POSITIVE	445
Section 1 –	La manifestation de la décision	445
§ 1 –	Une manifestation polymorphe	446
I.	La liberté de forme	446
II.	La contrainte de forme	452
A.	Les règles de forme légales	453
B.	Les règles de forme conventionnelle	456
§ 2 –	Les caractères de la décision	459
I.	Une décision univoque	459
II.	Une décision pure et simple	463
Section 2 –	Les effets	466
§ 1 -	La formation du contrat projeté	466
I.	Les exigences préalables	466
A.	L'existence de la proposition contractuelle	466
B.	La capacité et le pouvoir du décideur	470
1.	La capacité	470
2.	Le pouvoir	472
II.	La conclusion effective du contrat projeté	474
A.	La consolidation des droits nés de la situation d'attente	474
B.	Le contrôle du respect du droit à l'hésitation par le juge	477

§ 2 – Les traces d’hésitation dans le contrat formé	482
I. La contractualisation de l’incertitude	483
II. La protection contre le risque financier	488
A. Les sûretés	488
B. Les clauses de garantie	493
<i>CONCLUSION</i>	498
<i>CHAPITRE 2 - DENOUEMENT PAR DECISION NEGATIVE</i>	499
Section 1 – La décision négative à une proposition de contrat.....	499
§ 1 – L’expression du refus	499
I. Le silence éloquent	500
A. L’abstention comme expression du refus	500
B. Les limites à la liberté de refuser	504
II. La supériorité ponctuelle du verbe	508
§ 2 - Les conséquences pécuniaires	513
I. Le paiement de l’attente vaine	513
II. La diminution ou la restitution du prix de l’attente vaine	520
A. La diminution du prix	520
B. La restitution du prix.....	523
Section 2 – La décision négative dans les prémices du contrat projeté.....	526
§ 1 – Une décision discrétionnaire.....	527
I. Le principe du discrétionnaire	527
A. Le plein usage du droit à l’hésitation.....	527
B. Une décision exempte de justification	531
II. La moralisation de la décision négative	534
§ 2 – Les conséquences pratiques	540
I. Les conséquences pécuniaires modiques	540
A. Dans la mise en œuvre d’une faculté de rétractation légale	540
B. Dans la mise en œuvre d’une rupture de période d’essai	544
II. L’indemnisation compensatoire	545
A. La dépréciation d’un bien	545
B. La sortie payante du contrat.....	548
<i>CONCLUSION</i>	552
<i>CONCLUSION GÉNÉRALE</i>	553
BIBLIOGRAPHIE	555

INTRODUCTION

1. L'antinomie de l'hésitation et du droit des contrats

1. L'hésitation dans le droit des contrats... Dit autrement, les effets que le droit des contrats attache à l'hésitation. La formulation affirmative semble ne laisser peser aucun doute : le droit des contrats attache des effets à l'hésitation. La surprise est manifeste, l'affirmation, elle, téméraire. Manifeste parce que l'hésitation n'est pas une notion juridique. Pis, ce terme est peu usité en la matière, voire ignoré par elle. Sans doute cela s'explique-t-il par le fait que l'hésitation a trait aux sentiments, quand le droit a trait, lui, à la raison. C'est dire leur antinomie. « *Que l'on décline leurs caractères et tout semble opposer le droit et les sentiments : le droit est objectif, les sentiments sont subjectifs ; le droit est contrôle, les sentiments sont spontanéité ; le droit est ordre, les sentiments sont confusion*¹ ».

2. L'antinomie est d'autant plus criante pour ce qui concerne l'hésitation et le droit des contrats que la première est synonyme d'incertitude, d'atermoiement alors que le second recherche stabilité et sécurité². Il est vrai que le droit des contrats cherche à exclure toute forme d'insécurité ou d'instabilité³. Il est également vrai que l'hésitation est intrinsèque à l'Homme ; cet Homme de raison qui se distingue des autres êtres vivants par sa capacité à faire des choix basés sur la raison, des choix délibérés⁴. Qui dit choix raisonné implique réflexion, doute, peur et partant, hésitation. Il est dès lors indubitable que chaque fois que l'homme doit prendre une décision et singulièrement, chaque fois qu'il est face à une multitude de choix⁵, l'hésitation

¹ BOLLERI-SCHENIQUE L., GHELFI F., LANZARA D., *Le droit et les sentiments*, L'Harmattan, 2015, p. 15.

² PIAZZON Th., *La sécurité juridique*, Thèse, Defrénois, 2009.

³ Grâce notamment aux règles de droit. Voir sur ce point, DUFOUR G., *Sécurité juridique et règle de droit : illustration en droit des contrats*, Thèse, Lille, 2005.

⁴ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque* (1990), I, 6 et III, 4, Paris, Vrin.

⁵ L'abondance de choix provoque la paralysie de l'action. C'est ce que démontre le psychologue Schwartz B. dans *Le paradoxe du choix*, éd. Michel Lafon, 2006.

existe potentiellement. La relation entre le droit des contrats et l'hésitation apparaît plus énigmatique encore.

3. Au surplus, la recherche de la définition du terme « hésitation » dans la rubrique juridique, révèle, sans grande surprise, qu'il n'existe pas de définition de l'hésitation. La littérature juridique n'est pas d'une plus grande aide. Par ailleurs, deux articles contiennent le vocable « hésitation¹ », étant précisé que seul l'un d'entre eux pose l'hésitation comme présumé juridique. Il s'agit de l'article L.532-1 du Code de l'environnement qui dispose *in fine* : « *En cas d'hésitation quant à la classe la mieux adaptée à l'utilisation confinée prévue, les mesures de protection les plus strictes sont appliquées, à moins que des preuves suffisantes soient apportées, en accord avec l'autorité administrative, pour justifier l'application de mesures moins strictes.* » L'apparition, à tout le moins formelle, de l'hésitation est pour le moins succincte. Par conséquent, l'affirmation résultant de l'intitulé de cette étude sembler en effet téméraire. Il faut cependant se garder de tirer des conclusions trop hâtives et préférer une recherche étymologique du terme « hésitation » laquelle permettra d'en cerner plus précisément les contours.

4. Terme banal s'il en est, le mot hésitation est de ceux si largement utilisés dans la vie courante qu'ils deviennent d'une effrayante banalité, ne provoquant plus ni questionnement, ni remise en question bien que, curieusement, chacun serait bien mal aisé de le définir. Du latin *haesitatio* qui signifie « *hésitation, incertitude ; embarras de langue, bégaiement* », historiquement, l'hésitation était l'action d'hésiter et notamment en parlant². Au Moyen Âge déjà, hésitation et doute étaient synonymes et revêtaient l'acception d'indécision³. Aujourd'hui, l'hésitation est définie comme l'« *état d'incertitude, d'irrésolution ou de crainte qui retarde le moment d'une action, d'une décision* » et comme le « *doute, incertitude qui*

¹ Art. Annexe à l'art. R 4312-1 du Code du travail et art. L 532-1 du Code de l'environnement.

² « Hésitation ». Étymol. et Hist. TLFi : Trésor de la langue Française informatisé, <http://www.atilf.fr/tlfi>, ATILF - CNRS & Université de Lorraine, 1971-1994.

³ Doute vient du latin *dubius* : qui hésite, qui est incertain. « *Par conséquent, le mot dubitare indique d'abord l'idée de l'hésitation entre deux choses, qu'il s'agisse de deux pensées ou de deux actions* », « Le doute : introduction », MICHEL S. et MONTORSI Fr., *Le doute* (Dir. MICHEL S. et MONTORSI Fr.), Revue pluridisciplinaire d'études médiévales, 2012, n°23, <https://journals.openedition.org/questes/204> ; CASEVITZ M., Les mots du doute en grec, *Raison présente*, 2014/1 (N° 189), p. 107-116. DOI : 10.3917/rpre.189.0107. URL : <https://www.cairn.info/revue-raison-presente-2014-1-page-107.htm>

empêche quelqu'un de se déterminer carrément ». Mais encore comme le « *temps d'arrêt, interruption dans le cours d'une action, qui manifeste un doute, une défaillance, une difficulté* »

¹. Incertitude, irrésolution, crainte, défaillance, difficulté : autant de mots qui ont une forte valeur négative, témoignant de la mauvaise presse dont souffre l'hésitation.

5. Pour aussi négative que soit l'hésitation, elle est un état. Autrement dit, la manière d'être d'une personne. Ainsi, l'on peut affirmer sans se tromper que l'hésitation concerne la personne, le sujet et ne revêt que cette acception. Plus encore, nous savons que l'hésitation est causée par un doute, une incertitude. Ces derniers termes, synonymes de l'hésitation, ont ceci de différent qu'ils revêtent, eux, deux acceptions : soit il s'agit du caractère d'une chose ou d'un fait, autrement dit un aspect particulier, une qualité d'une chose ou d'un fait qui n'est pas établi avec exactitude, connu avec certitude, qui n'est pas sûr de se produire² c'est-à-dire une incertitude ou un doute objectif ; soit il s'agit d'un état, d'une attitude et donc cela concerne une personne : être incertain sur ce qu'on doit faire ou dire³, c'est-à-dire une incertitude, un doute subjectif. L'hésitation est, elle, toujours subjective mais est causée par une incertitude objective⁴. Outre la subjectivité de l'hésitation, celle-ci a toujours trait à la prise de décision : « *état de crainte qui retarde le moment d'une action, d'une décision* » ou « *incertitude qui empêche quelqu'un de se déterminer carrément* ». Il faut donc distinguer l'hésitation de l'incertitude qui, elle, porte sur un fait, un événement « *qui n'est pas déterminé, fixe, sûr, qui peut ne pas advenir* »⁵.

6. Ainsi, nous savons désormais que trois éléments majeurs caractérisent l'hésitation : elle est subjective, elle est causée par l'incertitude et a trait à la prise de décision. De là, la corrélation entre droit des contrats et hésitation se révèle. Le contrat est en effet un acte humain. Le droit des contrats concerne les personnes, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales ; la personne morale n'étant finalement qu'une marionnette qui prend vie grâce à la personne physique. Les relations contractuelles sont mêmes « *l'essence des relations humaines* »⁶. Pour

¹ « Hésitation ». Def. 1^e. et 2^e. *Larousse*

² Autrement dit, un fait incertain.

³ Être incertain, hésiter.

⁴ C'est la raison pour laquelle, dans la suite de nos développements, nous n'utiliserons indifféremment les termes doute ou incertitude que pour exprimer les causes de l'hésitation.

⁵ THIBIERGE L., Le contrat face à l'imprévu, Thèse, Économica, 2011, p.22.

⁶ GHESTIN J., La notion de contrat, Recueil Dalloz 1990, p. 147

autant, peut-on aller jusqu'à affirmer que le droit des contrats accorde des effets à l'hésitation ? Avant de répondre à cette question, il reste encore à se demander comment se manifeste l'hésitation dans le droit des contrats.

2. Les manifestations de l'hésitation dans la vie contractuelle

7. L'hésitation survient lorsqu'il y a une décision à prendre mais que celle-ci est retardée en raison d'une incertitude. Or, des décisions sont prises quotidiennement, plusieurs fois par jour même. Toute action d'un individu a pour origine une décision. L'existence est finalement formée de l'addition de décisions : du vêtement à acheter, l'organisation des vacances, en passant par les courses, l'achat d'un véhicule, se marier, acheter ou louer un bien mais également les mille et une décisions qui sont prises chaque jour au travail, qu'il s'agisse du salarié ou du dirigeant. Chaque jour, ce sont de multiples décisions qui sont prises. Dans les cas anodins, l'intéressé tranche aisément, bien souvent sans même s'en rendre compte.

8. En revanche, certaines décisions s'avèrent être plus difficiles à prendre en raison de leur complexité par exemple. Prenons l'hypothèse du propriétaire d'un immeuble, qui pour rentabiliser son bien, souhaiterait le louer. Doit-il opter pour une location à usage d'habitation qui lui offrirait une sécurité financière en ce qu'il est certain que son bien sera loué pour une période minimale de trois ans, mais qui présente l'inconvénient d'être soumise des dispositions législatives très strictes¹ ? Ou doit-il plutôt opter pour une location saisonnière qui lui assure, certes, un rendement plus important, mais qui l'expose à des revenus moins réguliers, outre la gestion du turn-over de locataires. Au surplus, l'intéressé doit prendre en considération les avantages fiscaux des deux options.

9. De même, l'achat d'un bien onéreux n'est pas sans poser de difficultés. Trouver le financement est la condition préalable indispensable. Des questions d'ordre juridique peuvent également impacter la prise de décision. Ainsi, l'intéressé qui apprend qu'il est appelé à une succession est confronté à des règles juridiques complexes qu'il ne maîtrise pas. Tout aussi

¹ Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986.

délicate est la position de l'investisseur qui envisagerait l'acquisition d'une parcelle aux fins d'y exercer une activité qui est soumise à une autorisation préalable. Ou encore, l'intéressé qui envisage la création d'une entreprise. Le seul choix de la forme sociétaire peut s'avérer cornélien mais il faut également s'interroger quant aux chances de succès de l'entreprise. Les exemples sont infinis mais partagent un point commun. La décision complexe génère une interminable réflexion durant laquelle le pour et le contre, les avantages et les inconvénients s'affrontent. Et quand la « bonne » décision semble se dessiner, un flot de questionnements peut, de nouveau, tout faire vaciller.

10. Reste que, parmi les nombreuses décisions prises chaque jour, seules certaines pénètrent la vie juridique parce qu'elles se matérialisent par un contrat. Dès lors, *« on établit très aisément un parallèle entre la prise de décision et la conclusion d'un contrat (qui en soi ne fait rien d'autre qu'exprimer la prise d'une décision)¹. »* Contrat de vente, de prêt, de prestation de service, *« les relations économiques entre les hommes s'accomplissent au moyen de contrats d'une grande diversité. Plus se développe l'activité humaine, plus divers sont les contrats² »* tant dans leur objet que dans leurs clauses³. Somme toute, le contrat est l'un des modes d'organisation des relations humaines⁴.

11. *« Conclure un contrat, une convention, c'est se mettre d'accord sur quelque chose. On s'accorde à définir la convention comme un accord de volontés, entre deux ou plusieurs personnes, en vue de produire des effets de droit ⁵ »*. Classiquement, le contrat est défini comme la rencontre de deux volontés, résultat d'une offre et d'une acceptation. Simplifié à l'extrême, le contrat est le résultat d'une offre de contracter émise par un pollicitant, laquelle fait l'objet

¹ MICHAUX S., La formation du contrat : pour un rapprochement entre psychologie et droit, in Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen, FONTAINE M (dir.), LGDJ 2002, p. 831.

² MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., Droit des obligations, L.G.D.J., 11^e éd., 2020, spé. p.205.

³ HELLERINGER G., Les clauses du contrat. Essai d'une typologie, Thèse, L.G.D.J., 2012.

⁴ L'idée, très ancienne, selon laquelle le contrat est prépondérant dans les relations humaines demeure toujours aussi vivace, il y a une *« hypertrophie de la figure contractuelle dans les relations entre les hommes »*. DEROUSSIN D., Le contrat à travers le Code civil des Français, Histoire de la justice 2009/I (n°19), p. 247-289.

⁵ GHESTIN J., La notion de contrat, Recueil Dalloz 1990, p. 147.

d'une acceptation par le destinataire. Cette simplification de la conclusion du contrat résulte du Code civil de 1804 qui se focalisait sur les conditions de validité du contrat et son exécution. Rien en revanche sur la formation du contrat, laissant plutôt à penser qu'elle se réalisait en un trait de temps¹. Cette analyse allait de pair avec une conception des contractants, libres et égaux, non seulement en droit, mais également en fait.

12. Cependant, la réalité contemporaine est tout autre. Les relations contractuelles se sont complexifiées à cause de la haute technicité des produits, des clauses contractuelles et plus généralement à cause du consumérisme ambiant. En outre, il existe une « *diversité des inégalités naturelles entre parties contractantes*² », inégalités de pouvoir mais également de savoir et ce, qu'il s'agisse de deux professionnels ou d'un professionnel et un profane. C'est dire que contracter n'a jamais été aussi complexe. Dit autrement, donner son consentement n'a jamais été aussi complexe.

13. La complexification contractuelle en est la principale cause, il va sans dire. Mais il faut également tenir compte du fait que le contrat est, par essence, un acte grave en ce qu'il est la loi des parties³, ce que ne manque pas de rappeler l'article 1103 du Code civil⁴, tel que le faisait déjà l'ancien article 1134. Contracter, c'est en effet promettre. Le respect de la parole donnée est un principe essentiel au droit des contrats, les canonistes avaient d'ailleurs fait de la *pacta sunt servanda*, un principe juridique. Ce principe n'est pas seulement une exigence morale, c'est également un impératif social et économique parce qu'une société repose, partiellement

¹ Selon M. CHÉNEDÉ, le silence des rédacteurs du Code civil de 1804 concernant la période précontractuelle, ne résulte pas tant de la perception instantanéiste de la formation du contrat, mais davantage du soin laissé à la jurisprudence de réglementer cette période. CHÉNEDÉ Fr., *Le nouveau droit des obligations et des contrats* 2019/2020, Dalloz, 2018, p. 31. Voir également, SAFATIAN S., *La rédaction du Code civil*, *Napoleonica*, La Revue, 2013/1 (n°16), p. 49-63.

² GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y.-M., *La formation du contrat*, Tome 1, L.G.D.J., 4^e éd., 2013, p. 275.

³ LEQUETTE Y., TERRÉ Fr., SIMLER Ph., CHÉNEDÉ Fr., *Droit civil Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, p. 671 ; MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op. cit.*, p. 250.

⁴ Art. 1103 du Code civil : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.* »

en tout cas, sur la confiance¹. « *Les prévisions contractuelles ne doivent pas être déjouées*² », les parties sont tenues à leurs obligations respectives et le contrat ne peut être révoqué que pour les cas strictement prévus par la loi ou par les parties elles-mêmes³. Autrement dit, la gravité de l'engagement contractuel commande une décision réfléchie. Il n'est donc pas surprenant que la vie contractuelle constitue un terreau fertile pour l'hésitation, et singulièrement au moment de la formation du contrat.

14. D'évidence, la conclusion du contrat n'est pas la seule décision dans le contrat. Son exécution est potentiellement émaillée de décisions, qui elles aussi peuvent être paralysées par l'hésitation. L'on pense ici par exemple à une renégociation. La rupture du contrat résulte, elle aussi, d'une décision⁴. Partant, il faut admettre que l'hésitation et le droit des contrats sont intrinsèquement liés parce que la vie du contrat est ponctuée de décisions : de sa naissance à sa mort et évidemment tout au long de son exécution. Il existe ainsi diverses hypothèses dans lesquelles l'hésitation trouble le contrat, bien que la pratique et la complexification des

¹ EDEL V., La confiance en droit des contrats, Thèse, Montpellier, 2006 ; TISSEYRE S., Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai à la lumière du droit anglais et du droit européen, Thèse, P.U.A.M., 2012 ; DEROUSSIN D., Le contrat à travers le Code civil des Français, Histoire de la justice 2009/I (n°19), p. 247-289.

² MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op. cit.*, p. 250.

³ Art. 1193 du Code civil : « *Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise.* »

⁴ Prenons l'hypothèse du créancier qui face à l'inexécution de ses obligations par le débiteur envisagerait la résolution du contrat. L'art. 1217 du Code civil lui offre un panel de sanctions :

« *La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :*

- *refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;*

- *poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;*

- *obtenir une réduction du prix ;*

- *provoquer la résolution du contrat ;*

- *demandeur réparation des conséquences de l'inexécution.*

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter. »

Il doit donc faire un choix, autrement dit, arrêter une décision, dont les conséquences peuvent lui être préjudiciables comme le rappelle l'art. 1226 al. 1^{er} du même code : « *Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification.* »

relations économiques ont rendu la période précontractuelle riche en faits et actes¹ qui multiplient les chances d'apparition de l'hésitation. En effet, « *l'esprit des parties n'est pas toujours habile à mesurer d'un seul coup toute la portée de l'acte, sa valeur et ses conséquences*² ».

15. Ce faisant, l'on pressent que la conclusion du contrat mérite une attention particulière. Pour cette raison simple que la conclusion du contrat est une projection dans l'avenir, lequel est par essence incertain. Contracter, c'est prendre un risque³, source d'hésitation. Prenons l'hypothèse d'un contrat consensuel de prêt d'une somme d'argent ; la remise de la somme d'argent devant intervenir par virement. Cependant, le prêteur exige une reconnaissance de dette préalablement à la remise des fonds. Si le débiteur fait droit à cette exigence, il prend un risque. En effet, le prêteur malicieux pourrait finalement refuser de lui remettre les fonds. Il prendrait alors le risque de se voir réclamer une somme qu'il n'a jamais reçue. Ou, *a contrario*, le prêteur qui n'aurait pas exigé la reconnaissance de dette préalable s'expose à ce que le débiteur malicieux refuse de la lui remettre après le virement. Il se retrouverait alors fort dépourvu si son débiteur argue de ce que la remise des fonds constitue une libéralité. L'on pourrait répliquer qu'il suffirait pour les parties de rédiger un contrat qui aurait alors force probatoire. Néanmoins, ce serait ignorer que nombre de contrats conclus entre particuliers sont consensuels. Quoi qu'il en soit, cet exemple illustre le fait que les obligations respectives des parties s'exécutent rarement de façon concomitante.

¹ Pour preuve, elle fait l'objet d'une littérature abondante : notamment COLLART DUTILLEUL F., Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles, Thèse, Sirey, 1988 ; DEMOGUE R., Des contrats provisoires, in *Mélange Capitant*, Dalloz, 1939, p. 159 ; MOUSSERON J.-M., La durée dans la formation du contrat, in *Mélange A. Jauffret*, Faculté de Droit d'Aix-Marseille, 1974, p. 50 ; MAZEAUD D., Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, in *Mélange Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 637 ; DESHAYES O., L'avant-contrat, *Actualité du processus de formation des contrats*, Puf, 2008 ; SCHMIDT-SZALEWSKI J., Le processus précontractuel, *RID comp.* 1990. 545; La force obligatoire à l'épreuve des avants contrats, *RTD civ.* 2000. 25. D'ailleurs, depuis la réforme de 2016, une section intitulée « La conclusion du contrat » lui est consacrée. La période précontractuelle est en effet une phase, certes préalable au contrat, mais qui pour autant, fait naître des droits et des obligations lesquels doivent être réglés.

² BOYER L., La clause de dédit, in *Mélange offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, 1985.

³ Voir sur ce point, BARBIER H., La liberté de prendre des risques, Thèse, PUAM, 2010.

16. Le contrat est donc avant tout, quel que soit son contenu, un acte de confiance¹. Or, faire confiance, c'est prendre un risque. Prendre le risque que cette confiance placée en son cocontractant tout d'abord, soit trahie². Prendre le risque que cette confiance placée en l'avenir également, soit déçue. Par exemple, l'intéressé qui s'engage au remboursement d'une dette sur le long terme, mise sur l'avenir et espère que l'entreprise qui l'emploie ne sera pas amenée à le licencier ou qu'un accident de la vie ne le privera pas de ses revenus. Il en est de même pour le dirigeant qui prend le risque de réaliser des investissements qu'il souhaite rentables. Car le vrai est que, outre tout ce que les parties ont pu imaginer dans le contrat pour se prémunir du risque, il reste encore l'imprévisible³ qui expose les parties en cas de conflit, à un procès long et coûteux. La crise sanitaire mondiale de 2020 liée à la COVID-19 illustre parfaitement les limites de l'imagination⁴. En somme, décider de contracter n'est pas sans danger et ce sont ces dangers qui rendent la décision si délicate.

¹ EDEL V., La confiance en droit des contrats, Thèse, Montpellier, 2006. « *C'est le nœud des volontés, le courant de confiance qui passe entre les parties qui forme le contrat* ». LEQUETTE Y., TERRÉ Fr., SIMLER Ph., CHÉNEDÉ Fr., op. cit., p. 183.

² L'évaluation du comportement individuel se fait ainsi à l'aune de la bonne foi qui constitue un principe fondamental du droit des contrats comme le rappelle l'art. 1104 du Code civil dont les dispositions sont d'ordre public. Celle-ci commande notamment de ne pas trahir la confiance de son cocontractant singulièrement lorsqu'il s'agit d'un contrat marqué par l'*intuitus personae*. L'arrêt « Galliano » en est une parfaite illustration (Paris, 7 mai 2015, n° 14/01588, RTD civ. 2016. 118, obs. H. Barbier) : « *La société Christian Dior était fondée à rompre immédiatement la relation commerciale qu'elle entretenait avec la société Cheyenne dans la mesure où celle-ci n'avait d'activité que par la personne de son représentant, M. Galliano et que, par son comportement, il avait trahi la confiance qui lui avait été faite, rendant ainsi impossible la poursuite des relations avec sa société* ». L'exigence du respect de la confiance accordée apparaît expressément dans le Code civil : art. 1112-1 (relatif à l'obligation d'information).

³ Le Code civil prévoit d'ailleurs cette hypothèse aux termes de l'art. 1195 : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.* »

⁴ S'agit-il d'une imprévision ou d'un cas de force majeure ? Les recours sur la question seront sans nul doute abondants. Voir notamment DISCOURS A., QU S. et BUHART J., Coronavirus - L'impact du covid-19 sur l'exécution des contrats Étude comparative droit chinois / droit français, La Semaine Juridique Edition Générale

17. C'est dire que donner son consentement peut générer une hésitation pour le futur contractant et ce, indépendamment de sa qualité. Il en va ainsi du consommateur qui envisage l'achat d'un téléphone, d'un téléviseur, d'un véhicule, d'une maison, et ce d'autant que ces achats onéreux s'accompagnent souvent d'un contrat de prêt¹. Le choix de tel opérateur téléphonique ou internet peut aussi se révéler être une opération périlleuse au regard de la durée de l'engagement. L'intéressé ne voudrait pas s'engager pour plusieurs années auprès d'un opérateur dont le réseau serait approximatif².

18. La vie professionnelle n'est pas en reste, bien au contraire. L'hésitation peut aussi bien affecter le salarié que le dirigeant d'entreprise dont les décisions peuvent être lourdes de conséquences. L'on pense au recrutement d'un nouveau salarié. Ce dernier peut hésiter à accepter le poste parce qu'il ne connaît pas le fonctionnement interne de l'entreprise pas plus qu'il ne sait si les fonctions qui seront les siennes lui conviendront ou encore en raison du salaire³. Le futur employeur hésite lui aussi mais pour des raisons différentes. Le salarié potentiel sera-t-il compétent ? La seule lecture d'un *curriculum vitae* ne permet pas de répondre à cette question cruciale⁴ ; et ce d'autant qu'il peut être difficile et onéreux de licencier un salarié.

n° 12, 23 Mars 2020, 329 ; GRIMALDI C., Quelle jurisprudence demain pour l'épidémie de Covid-19 en droit des contrats ?, D. 2020. 827 ; LANDIVAUX L., contrats et coronavirus : un cas de force majeure ?, D. actu. 20 mars 2020. Pour la Cour d'appel de Grenoble, il ne s'agit d'un cas de force majeure, cette épidémie n'ayant pas de conséquences irrésistibles (Grenoble, 5 nov. 2020, RG n° 16/04533).

¹ CHARDIN N., Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté, thèse, L.G.D.J, 1988 ; CATTALANO-CLOAREC G., Le contrat de prêt, Thèse, L.G.D.J, 2015. Pour une approche sociologique, voir notamment, DUCOURANT H., Du crédit à la consommation à la consommation de crédits : autonomisation d'une activité économique, Thèse, Lille, 2009.

² Voir en ce sens, Cass. Civ. 1^{ère}, 19 nov. 2009, n°08-21.645.

³ Cass. Soc., 13 avril 2005, n° 02-46.666.

⁴ Ce d'autant que « *N'est pas constitutive d'une manœuvre frauduleuse la mention litigieuse, même imprécise et susceptible d'une interprétation erronée, qu'un salarié a fait figurer dans son curriculum vitae, selon laquelle il a bénéficié d'une expérience professionnelle d'une année au sein d'une société importante, à un poste d'assistant de responsable de formation, alors qu'il n'avait effectué qu'un stage de formation de 4 mois dans cette société.* » (Cass. Soc. 16 fév. 1999, n° 96-45.565). N'est pas non plus constitutif d'un dol mais d'un mensonge aisément décelable le fait pour une salariée d'avoir fourni à l'employeur, lors de son embauche, des renseignements inexacts en indiquant sur son curriculum vitae qu'elle était titulaire d'un certificat d'aptitude professionnelle. (Montpellier,

19. La vie des affaires n'est pas épargnée¹. Loin s'en faut. L'on pense par exemple à la souscription à un contrat de franchise. Le franchisé peut hésiter à investir car il doute de la réussite du projet. Les opérations de fusion-absorption peuvent tout autant être sujettes à hésitation. Au surplus, ce sont des opérations dont la réalisation s'étire dans le temps, avec le risque que des événements surviennent entre le moment de la signature et celui de la réalisation effective². Ou même à l'achat d'un fonds de commerce ou à l'ouverture d'une usine, d'un hypermarché ou d'un centre commercial, pour lesquels les coûts sont exorbitants et les risques importants. Quoi qu'il en soit, le contrat n'est que l'habillage de décisions économiques ou de consommation. L'hésitation qui touche le décideur est prégnante. L'on constate alors que l'hésitation est intrinsèquement liée à la vie contractuelle.

3. Les effets

20. Il est désormais indubitable que l'hésitation est omniprésente dans la sphère contractuelle, singulièrement durant la période précontractuelle. Reste que, l'hésitation est perçue comme une tare, pour la raison que l'intéressé met du temps à se décider et tarde à donner son consentement. *« Le consentement est d'abord, fondamentalement, une opération mentale, une disposition intérieure. Après avoir délibéré en elle-même, pesé le pour et le contre, chaque partie va décider, ou non, de s'engager. La lumière de l'intelligence vient*

5 févr. 2002, Juris-Data n° 168631). En somme, il appartient à l'employeur de se renseigner (Cass. Soc. 3 juil. 1990, n° 87-40.349).

¹ En ce sens, TESTU F-X, Dalloz référence Contrats d'affaires, Dalloz 2010.

² Le risque est important puisque la Cour de cassation décide désormais que *« Il se déduit de l'article 121-1 du code pénal, interprété à la lumière de la directive n° 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978 relative à la fusion des sociétés anonymes, codifiée en dernier lieu par la directive (UE) n° 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qu'en cas de fusion-absorption d'une société par une autre société entrant dans le champ de la directive précitée, la société absorbante peut être condamnée pénalement à une peine d'amende ou de confiscation pour des faits constitutifs d'une infraction commise par la société absorbée avant l'opération. »* Cass. Crim., 5 nov. 2020, n° 18-86.955 (FS-P+B+I), Société I.M.F. SAS c/ SA E. Ce faisant, *« la chambre criminelle qui, depuis vingt ans, décidait qu'en cas de fusion-absorption, la société absorbante ne pouvait pas être responsable pénalement des délits commis par l'absorbée n'ayant plus d'existence juridique, vient de décider sur la base d'une interprétation de la directive européenne sur les fusions que la société absorbante peut être déclarée responsable pénalement des infractions commises par la société absorbée. »* BOULOC B., Un revirement innatendu à propos d'une fusion-absorption, Revue des sociétés 2021, p.79.

éclairer l'énergie de la décision. En bref, le consentement est une volition précédée d'une réflexion. C'est dire qu'il requiert l'aptitude à comprendre, c'est-à-dire, l'intelligence, et l'aptitude à se décider, c'est-à-dire la volonté¹. »

21. Lorsque la réflexion s'éternise en raison de l'hésitation du contractant, la décision est reportée. Cette procrastination décisionnelle² n'est pas sans conséquence et donne naissance à une situation d'attente. Il y a en effet deux parties au contrat. C'est dire que si l'une des parties hésite, l'autre subit son hésitation. Prenons l'hypothèse de celui qui hésiterait au moment de la formation du contrat. L'autre partie, celle qui subit son hésitation, se retrouve bloquée dans une situation d'attente dont elle ne sait trop si elle durera. Elle n'a aucune certitude sur la formation effective du contrat, ni même si son attente sera récompensée par un heureux dénouement. Cette situation d'attente est évidemment préjudiciable pour celui qui subit l'attente et conduit à sanctionner l'hésitation du bénéficiaire. C'est ainsi que la troisième chambre civile a pu juger qu'une acceptation intervenue neuf ans après la pollicitation ne pouvait former le contrat³. La première chambre civile, elle, a pu juger qu'était valable la reconnaissance de dette signée par le destinataire d'une offre de vente qui l'avait refusée après des atermoiements ; l'offrant avait en effet été obligé d'immobiliser son bien pendant la durée de l'offre, ce qui lui avait causé un préjudice que le destinataire de l'offre a pu valablement vouloir réparer⁴.

22. La situation d'attente résultant de l'hésitation soulève nombre de difficultés pratiques. Quels sont les droits respectifs de chacune des parties ? Le pollicitant se trouve partiellement privé de ses droits en raison des droits éventuels dont est déjà titulaire le bénéficiaire hésitant⁵. Évidemment, la durée de la situation d'attente pose question. Il faut en effet mettre en balance des intérêts opposés : ceux du pollicitant qui l'estimera toujours trop longue et ceux du bénéficiaire, qui lui, entend prendre son temps pour arrêter sa décision⁶. Mais la situation

¹ LEQUETTE Y., TERRÉ Fr., SIMLER Ph., CHÉNEDÉ Fr., *op. cit.*, p. 183.

² DARPY D., *La procrastination du consommateur : une contribution à l'explication du report d'achat*, Thèse, Paris, 1999.

³ Cass. Civ. 3^{ème}, 21 oct. 1975, n° 74-11.599.

⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 19 janv. 1977, Bull. civ. I, n°36 ; D., 1977.593, n. J. Schmidt-Szalewski.

⁵ VERDIER J.-M., *Les droits éventuels : contribution à l'étude de la formation successive des droits*, Thèse, Rousseau, 1955 ; MERLAN L., *Recherche sur le provisoire en droit privé*, Thèse, PUAM, 2001.

⁶ L'appréciation d'un tel délai est faite par les juges du fond, Cass. com. 27 avr. 2011, n° 10-17.177.

d'attente ne préjudice pas seulement à ce dernier. En effet, par nature provisoire - sans pour autant que l'on sache combien de temps elle durera - et donc précaire, elle est évidemment source d'insécurité juridique pour les parties, mais également pour les tiers¹.

23. Or, cette recherche systématique de la sécurité juridique tend à garantir et à protéger sans surprise la bonne exécution des obligations, à exclure ou au moins à réduire l'incertitude dans leur réalisation². L'objectif est clair : « *l'appareil du droit donne aux projets humains l'irrévocabilité qu'imposerait la « sécurité des relations juridiques* »³ ». Il est dès lors aisé de comprendre que le droit contractuel puisse être mal à l'aise avec l'hésitation. Comment admettre que le contrat, instrument de gestion de l'avenir, acte de prévision, puisse être fragilisé par l'hésitation, temple des incertitudes et de l'inaction ? De même, comment imaginer la paralysie dans la formation ou l'exécution d'un contrat pour la seule raison que le contractant n'arriverait pas à se décider⁴ ? Ce contractant annihilé par son hésitation pourrait même être assimilé à un incapable, dépouillé de tout discernement. Celui qui hésite est perçu comme une personne faible, peu sûre d'elle, voire influençable. Qui souhaiterait s'engager avec pareil cocontractant ? L'hésitation entraîne par conséquent une insécurité juridique.

24. L'aspect négatif de l'hésitation n'est plus à démontrer, notamment en raison de la paralysie qu'elle génère. Elle est dangereuse car elle est synonyme de précaire, de vacillant. Pour autant, l'hésitation ne revêt pas seulement un aspect négatif. Hésiter c'est également faire montre de prudence, de réflexion car la personne hésitante prend le temps de peser le pour et le contre et prend du recul. L'hésitation met en évidence un discernement, une pénétration et

¹ Notamment en cas de « *télescopage d'avant-contrats* », BARBIER H., Peut-on conclure une promesse sur un bien faisant l'objet d'un pacte de préférence en cours ?, RTD Civ. 2019 p.96. Voir Cass. Civ. 3^{ème}, 6 déc. 2018, n° 17-23.321.

² Il a ainsi pu être reproché à l'employeur est d'avoir artificiellement maintenu le salarié, pendant plusieurs mois, dans une situation d'attente et d'incertitude quant à son avenir professionnel au sein de l'entreprise, « *ce qui est incompatible avec les exigences légales posées en matière disciplinaire impliquant une célérité dans la réaction de l'employeur et ce qui constitue un détournement du pouvoir disciplinaire* » (Douai, 31 janv. 2017, RG no 15/3920).

³ LORVELLEC L., Remarques sur le provisoire en droit privé, in Etudes dédiées à Alex Weill, Dalloz-Litec, Paris, 1983, p.385 et s.

⁴ Par exemple dans l'hypothèse d'une offre non assortie d'un délai qui place le pollicitant dans une situation d'attente indéterminée qu'il pourrait avoir des difficultés à éteindre en raison d'un délai raisonnable auquel il est tenu au titre des art. 1116 al.1^{er} et 1117 du Code civil.

une évaluation approfondie d'une situation dans sa complexité. Ne jamais être soumis à l'hésitation, c'est en quelque sorte être incapable de tout jugement moral, improprie à peser le pour et le contre dans un contexte donné et incompetent pour prendre des décisions raisonnées et réfléchies. *« Le doute est constructif, qu'il est une garantie de notre capacité d'adaptation au monde et d'adaptation aux autres. Par là même, il favorise la bonne décision, puisqu'il permet d'être attentif aux opinions d'autrui afin d'améliorer les nôtres. On peut donc dire : « Douter c'est décider ». (...) Son destin est étrange. On le pourchasse, mais on ne conçoit pas sans lui la vie ni le progrès¹. »*

25. L'hésitation apparaît alors salvatrice en ce qu'elle permet de garantir la sérénité de la réflexion et par conséquent, de prendre une décision que l'on aura mûrie. Le consentement sera libre et éclairé. Or, l'on sait que le droit des contrats est sensible à la question de la protection du consentement lequel constitue le fondement même de l'existence du contrat. Le législateur autant que les juges en ont fait leur cheval de bataille. L'on en veut pour preuve l'évolution des vices du consentement mais également la consécration textuelle du devoir précontractuel d'information². Il ressort de tout ce qui précède que bien que l'hésitation soit parfois opportune, elle est dans le même temps dangereuse en raison des situations d'attente qu'elle génère.

26. Quoi qu'il en soit, l'hésitation témoigne d'une inquiétude. L'intéressé pétri de doutes s'inquiète de faire le bon choix parce qu'il a peur des conséquences négatives que pourrait engendrer son choix et du risque que cela représente. D'évidence, le droit de réflexion tout autant que le droit de rétractation apparaissent comme des mécanismes pertinents pour le traitement de l'hésitation. Le temps s'avère en effet salvateur pour une prise de décision sereine. Le législateur ne l'ignore pas. D'autres exemples de décision en droit, inévitablement sources d'hésitation au regard de leurs conséquences, le démontrent.

27. C'est le cas par exemple de l'option successorale. Le risque réside dans le fait qu'opérant une transmission universelle du patrimoine, les successions font également entrer de plein droit dans le patrimoine de l'héritier acceptant les dettes du défunt. Le législateur, conscient de l'importance de cette décision pour l'héritier, traite ici l'hésitation de celui-ci et

¹ TUNC A., in *Le doute et le droit*. Sous la direction de TERRÉ F., In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 46 N°4, Octobre-décembre 1994. pp. 1219-1220.

² Art. 1112-1 du Code civil.

lui accorde un temps de réflexion. Ainsi, l'article 771 du Code civil dans son alinéa 1^{er} dispose que : « *L'héritier ne peut être contraint à opter avant l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de l'ouverture de la succession.* » Reste que, toujours soucieux de garantir la sécurité juridique, le législateur enferme cette hésitation dans un temps limité et passé le délai de quatre mois, permet à certaines personnes de sommer l'héritier hésitant à se décider¹. Et si d'aventure ce dernier demeurait dans l'hésitation, il serait réputé avoir purement et simplement accepté la succession. Autrement dit, son hésitation persistante est sanctionnée par une déchéance de son pouvoir décisionnaire².

28. À l'aune de tout ce qui a été évoqué précédemment, nous avons d'ores et déjà des indices du traitement de l'hésitation par le droit des contrats. Est-ce à dire pour autant que l'hésitation en droit n'est organisée qu'autour du temps de réflexion et du droit de changer d'avis ou existe-il des mécanismes prévoyants qu'un texte édicte le choix à retenir en cas d'hésitation comme le fait l'article L.532-1 du Code de l'environnement ?

29. Il convient toutefois d'apporter une précision. S'il est vrai que le droit appréhende l'hésitation, cette appréhension ne saurait être illimitée. Car le vrai est que le droit ne se saisit pas de tous les « travers » et « défauts » des êtres humains. Le droit ne s'y intéresse que si ce travers est susceptible de déstabiliser le système juridique en créant une insécurité. C'est le cas de la dépendance économique par exemple ; le droit ne sanctionnant que l'abus de cette dépendance³. Même s'il est moralement regrettable qu'un individu ou une société soit en situation de dépendance, pour autant, tel ne sera pas le cas juridiquement, sauf en cas d'abus

¹Art. 771 du Code civil al. 2 : « *A l'expiration de ce délai, il peut être sommé, par acte extrajudiciaire, de prendre parti à l'initiative d'un créancier de la succession, d'un cohéritier, d'un héritier de rang subséquent ou de l'Etat.* »

² Art. 772 du même code : « *Dans les deux mois qui suivent la sommation, l'héritier doit prendre parti ou solliciter un délai supplémentaire auprès du juge lorsqu'il n'a pas été en mesure de clôturer l'inventaire commencé ou lorsqu'il justifie d'autres motifs sérieux et légitimes. Ce délai est suspendu à compter de la demande de prorogation jusqu'à la décision du juge saisi.*

A défaut d'avoir pris parti à l'expiration du délai de deux mois ou du délai supplémentaire accordé, l'héritier est réputé acceptant pur et simple. »

³ Art. 1143 du Code civil : « *Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif.* »

de la partie dominante. Il en est de même pour le mensonge. Le droit n'interdit pas de mentir¹. En revanche, il sanctionne les manœuvres dolosives visant à obtenir un consentement. Il en est de même pour l'hésitation. Bien qu'elle soit intrinsèque aux êtres humains, elle ne peut de façon générale ou systématique recevoir un traitement juridique. Encore faut-il que cette hésitation ait une incidence juridique, autrement dit, qu'elle crée une situation d'attente. *« Le droit des contrats doit être conçu en fonction de l'homme tel qu'il est et non tel que l'on voudrait qu'il fût ; il n'a, au reste, pas pour objet la perfectibilité de l'être humain laquelle relève de la morale². »*

30. Le vrai est que l'hésitation est consubstantielle au droit et singulièrement au droit des contrats. Ses manifestations dans cette dernière matière sont variées et recouvrent des hypothèses tout aussi variées. Concept psychologique, dont nous n'avons pour l'instant que quelques prémices, il est délicat d'en définir les contours. Il faut pourtant faire un effort de définition afin de faire du terme « hésitation », une notion juridiquement utilisable. À ce stade de notre étude, nous nous limiterons à définir l'hésitation comme l'état d'une personne qui suspend sa prise de décision relative à la conclusion, l'exécution ou à la terminaison d'un contrat en raison d'un doute et qui génère une situation d'attente. Cette définition provisoire aura évidemment vocation à évoluer au cours de nos développements.

31. Si la nécessité de l'organisation de l'hésitation est évidente en raison de la situation d'attente qu'elle génère, il convient de ne pas négliger l'aspect salvateur de l'hésitation. Il suit de là que l'hésitation doit également être préservée. Ne peut-on pas considérer en effet que l'hésitation participe à la liberté contractuelle ? En outre, ne serait-il pas parfois opportun de la provoquer ? La présente étude aura pour objectif de démontrer qu'il est possible d'appréhender de façon cohérente les diverses manifestations et effets juridiques de l'hésitation en droit des contrats, aussi bien le droit commun de contrats, que celui des contrats spéciaux.

32. Cependant, les manifestations d'hésitation étant variées, il nous paraît opportun de circonscrire notre champ d'étude à la période de formation du contrat. Cette limitation se

¹ Ainsi, dans un arrêt remarqué du 13 décembre 1994, la chambre commerciale de la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que lorsque le mensonge consiste en une simple exagération qui ne dépasse pas *« ce qui est habituel dans les pratiques commerciales »*, il ne tombe pas sous le coup du dol. Il s'agit du *dolus bonus*.

² LEQUETTE Y., TERRÉ Fr., SIMLER Ph., CHÉNEDÉ Fr., *op. cit.*, p. 54.

justifie à deux égards. D'abord parce que si le moment de la formation du contrat est précis et ponctuel¹, le préalable à ce moment ne constitue plus, dans nombre d'hypothèses, un bref instant. Tout au contraire, il s'agit d'une véritable période, autrement dit, un espace de temps. Que cette période soit nommée « phase précontractuelle » est révélateur. Il y a ainsi un cheminement afin d'aboutir à la création du consentement. « *Il y a là un phénomène progressif plutôt qu'instantané. Il y a dilution de la conclusion de la convention dans le temps.* »² En témoigne l'introduction par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, d'une section consacrée à la conclusion du contrat qui comprend notamment des dispositions relatives aux négociations³ ou encore à la promesse unilatérale⁴. En effet, « *d'abord, la promesse unilatérale peut être conclue en cas d'indécision de l'acquéreur potentiel. Le délai qu'elle comporte permet au bénéficiaire de réfléchir sur l'opportunité de la vente projetée. Ensuite, la promesse peut être appréhendée comme une « mesure » de prudence qui donne au contractant potentiel le temps nécessaire de s'informer sur l'état du marché immobilier et de solliciter l'avis de ses conseils sur les risques et les avantages de l'opération qui lui est proposée.* »⁵ Il ainsi est permis de considérer que le temps qui s'insinue dans la conclusion du contrat est révélateur de l'hésitation, laquelle constitue un retardateur dans la prise de décision de contracter⁶. En effet, « *la phase d'échange des consentements est souvent faite d'indécision et de revirements* »⁷.

33. Ensuite, précisément parce que l'hésitation est un retardateur, elle génère une situation d'attente certes, mais qui ne signifie pas pour autant que tout est gelé, figé. Sans pour autant avoir basculé dans la réalité contractuelle, des droits et obligations existent déjà⁸. Cela n'est

¹ MICHAUX S., La formation du contrat : pour un rapprochement entre psychologie et droit, in Le processus de formation du contrat (dir. M. Fontaine), L.G.D.J, 2002, p. 831.

² MICHAUX S., *op. cit.*, p.833.

³ Art. 1112 à 1112-2 du Code civil.

⁴ Art. 1124 du Code civil.

⁵ MAZEAUD D., PIEDELIEVRE S., Fasc. 20 : avant-contrat – Promesse de vente – Formation du contrat, JurisClasseur Notarial Formulaire > V° Avant-contrat, 2020 (Mise à jour 2021), n°3.

⁶ Si l'on analyse la lettre de l'art. 1124 du Code civil qui définit la promesse unilatérale comme un « *droit d'opter* ». Or, opter signifie faire un choix, se décider. Voir « *Opter* ». Def. 1°. *Larousse*.

⁷ GENICON Th., Contrat entre absents : quelle efficacité, à quel instant, pour la rétractation brutale d'une offre erronée ?, RDC 2013, n° RDCO2013-2-006, p. 516.

⁸ Par exemple la cession de promesse unilatérale qui est de principe sauf pour les professionnels de l'immobilier (art. 52 loi no 93-122 du 29 janvier 1993).

pas sans conséquence, plus encore dans l'hypothèse où le contrat n'est finalement pas conclu. C'est dire que la situation d'attente constitue une situation embryonnaire présentant un fort enjeu.

34. Nous verrons ainsi qu'il existe un véritable droit à l'hésitation (Partie 1). En contrepartie, l'exercice de ce droit est encadré et organisé par le législateur afin de préserver les intérêts de chacune des parties mais singulièrement de celle qui subit cette hésitation, grâce au droit de l'hésitation (Partie 2).

PREMIÈRE PARTIE - LE DROIT À L'HÉSITATION

35. La vie contractuelle est constituée de décisions¹, lesquelles n'échappent pas à l'hésitation, eu égard notamment à leur gravité. Nous démontrerons que, par conséquent, hésitation et décision sont des éléments intrinsèques à la vie contractuelle (Titre 1). Il conviendra ensuite de déterminer comment le droit des contrats a normalisé l'hésitation (Titre 2).

¹ La principale étant celle de contracter. L'art. 1123 du Code civil définit ainsi le pacte de préférence comme « *le 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.* »

1. TITRE 1 - HÉSITATION ET DÉCISION : ÉLÉMENTS INTRINSÈQUES À LA VIE CONTRACTUELLE

36. « On peut dire que l'action de décider, c'est une opinion exprimée, un jugement prononcé¹. » En droit des contrats, la principale décision est celle de contracter avec la conséquence que le consentement tient une place prépondérante dans le droit des contrats puisqu'il désigne tant désigne la manifestation de volonté de chacune des parties² que l'accord des volontés des parties³. Autrement dit, le consentement exprime la décision de contracter. Il figure d'ailleurs au nombre des conditions exigées pour la validité du contrat⁴ et y tient même la première place. Pourtant, la manière dont le contractant parvient à ce consentement n'a pas réellement été étudiée alors même que l'on entend s'assurer que ledit consentement soit libre et éclairé⁵. L'hésitation, qui retarde la prise de décision, affecte le processus conduisant à la manifestation du consentement et, partant, peut également affecter la qualité du consentement. Il est dès lors fondamental d'analyser comment se réalise ce processus. L'étude de la formation de la décision permettra de déterminer comment la conclusion du contrat met en jeu le processus de décision. La question est d'autant plus cruciale que l'hésitation entraîne le blocage du processus décisionnel (Chapitre 1). Il s'agira ensuite, parce que l'hésitation est inévitable et, à certains égards, salvatrice, d'affirmer l'existence d'un droit à l'hésitation (Chapitre 2).

¹ HEITZ J.-M., La décision : ses fondements et ses manifestations, RIMHE, n°5 - janvier/février 2013, p. 106 et s.

² Art. 1113 du Code civil.

³ Art. 1101 du Code civil.

⁴ Art. 1128 du Code civil.

⁵ Aucun vice déterminant ne doit l'avoir affecté précise l'art. 1130 du Code civil : « *L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné.* »

CHAPITRE 1 - HESITATION ET BLOCAGE DU PROCESSUS DECISIONNEL

37. « *Se décider, c'est trancher le débat en faisant sienne une des options considérées*¹. » De quel débat s'agit-il ? Nous évoquons ici le débat interne qui agite l'esprit de chaque être humain toutes les fois qu'il doit prendre une décision, autrement dit l'hésitation. Reste que certaines décisions sont des consentements, faisant de l'intéressé, un contractant. Ce dernier est alors projeté dans la vie contractuelle, plus ou moins bien armé. Cependant, le débat qui précède la décision peut s'avérer houleux, voire interminable parce qu'empreint d'incertitude, ou parce qu'il apparaît risqué, ou les deux à la fois. Partant, il n'est pas excessif d'affirmer que prendre une décision constitue « *une faculté complexe*² ». De là, la nécessité de déterminer le processus décisionnel (Section 1) et ce, afin de recenser les causes pouvant conduire à son blocage (Section 2), ceci évidemment toujours sous le prisme du contrat.

Section 1 – La détermination du processus décisionnel

38. La détermination du processus décisionnel commande d'étudier, initialement, sa généalogie (§1), laquelle révèle un désintérêt initial du droit (§2).

§ 1 – La généalogie du processus décisionnel

39. Ce sont les philosophes qui ont eu la primeur de l'étude la volonté³. Ainsi, au commencement, il y avait l'acte volontaire (I), suivi d'un glissement vers la décision (II).

I. Au commencement, l'acte volontaire

40. Les prémices de la théorie philosophique de la décision (A) ont été largement enrichies par l'ajout de Paul Ricœur : l'hésitation (B).

¹ RICOEUR P., *Soi-même comme un autre*, Éditions du seuil, 1990, p. 117.

² ALLAIN P., *La prise de décision : aspects théoriques, neuro-anatomie et évaluations*, Rev Neuropsychol, 2013, 5 (2) : 69-81, p. 69.

³ RICŒUR P., « VOLONTÉ », Encyclopædia Universalis [en ligne], URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedia/volonte/>, qui évoque une psychologie de la volonté.

A. Les prémices de la théorie philosophique de la décision

41. La théorie philosophique de la décision est initialement constituée de la conceptualisation de la volonté par Aristote (1) puis a été enrichie par le processus de volonté rationnel et linéaire de Descartes (2).

1. La conceptualisation de la volonté par Aristote

42. À dire le vrai, s'intéresser à la décision relève, à bien des égards, d'une traversée d'un sentier tortueux dont l'issue paraît aussi inatteignable qu'incertaine. Cela n'est pas sans rappeler les vicissitudes auxquelles peut être soumis le décideur face à un choix complexe... Il ne s'agit pas là d'une comparaison fortuite et encore moins arbitraire. La littérature plus qu'abondante en la matière¹ concerne en effet des domaines variés tels que la décision relative aux diagnostics médicaux, aux thérapeutiques médicales, à la gestion, l'économie, le sport, la politique, l'assurance, les arts de la guerre, à la justice, etc. En outre, philosophie, psychologie, psychologie cognitive, mathématiques, économie, sociologie, neurosciences, neuropsychologie, sciences politiques, autant de matières qui rajoutent à cette impression de foisonnement, quoique épars qui, dans le meilleur des cas, semble s'entremêler mais plus souvent, s'opposer. En effet, sujet controversé s'il en est, la décision fait couler beaucoup d'encre tant elle est l'objet de visions divergentes tout autant que de constantes critiques et de remises en cause².

¹ Not. BERTHOZ A., La décision, Odile Jacobs, 2003 ; SFEZ L., La décision, PUF, 2004, 4^{ème} éd. ; SFEZ L., Critique de la décision, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1992, 4^{ème} éd. ; SCHWARTZ B., Le paradoxe du choix, éd. Michel Lafon, 2006 ; KAST R., La théorie de la décision, Paris : La Découverte, 2010 ; BÉRARD C., Le processus de décision dans les systèmes complexes, Thèse, Paris, 2009 ; BOULEUC C. et POISSON D., La décision médicale partagée, Laennec 2014/4 (Tome 62), p. 4 à 7.

² SFEZ L., Critique de la décision, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1992, 4^{ème} éd. ; GRÉMION C., Vers une nouvelle théorie de la décision ? In : Sociologie du travail, 11^e année n°4, Octobre-décembre 1969, Politique urbaine, p. 463-471 ; BOUQUET B., Les temporalités de la décision, Vie sociale 2013/2 (N°2), p. 123-131 ; PIERRON J.-Ph., Imagination et décision. L'anticipation entre la prospective et la perspective, Revue française d'éthique appliquée, 2016/2 (N°2), p. 99-108 ; ITZ J.-M., La décision : ses fondements et ses manifestations, RIMHE, Revue Interdisciplinaire sur le Management et l'Humanisme n°5 - janvier/février 2013 – VARIA ; ALLAIN Ph., La prise de décision, aspects théoriques, neuro-anatomie et évaluation, Revue de neuropsychologie, 2013/2 (Volume 5), p. 69 à 8 ; LEMOINE C., Décision et non-décision dans les organisations,

43. Cet engouement pluridisciplinaire pour la décision n'est pas surprenant puisque celle-ci rythme la vie humaine et est à l'origine de toute action. Elle est partout. Reste que cette abondance souffre d'un paradoxe : il s'agit pour l'essentiel d'approche normative. Dit autrement, les spécialistes ont axé leurs recherches sur la détermination des techniques permettant de prendre la « meilleure décision » en s'appuyant sur les fondements de la décision tels que le cerveau, les émotions ou encore la raison. Mais qu'en est-il de la manière dont la décision est prise ? Il est en effet plus délicat de trouver des informations relatives au processus même qui forme la décision.

44. Parce que « *la décision concerne l'individu et est l'expression d'un choix personnel*¹ », la philosophie, discipline privilégiée du questionnement sur la nature de l'homme et sur l'analyse de concepts, a très tôt porté un intérêt particulier à la décision. Oserait-on attribuer aux philosophes l'origine de la théorie de la décision ? Nous ne saurions avoir cette prétention qui serait d'ailleurs mal à propos dans notre étude. Cette présentation de la décision vue par les philosophes, quoi que brève, est pourtant nécessaire pour la compréhension des développements suivants. Cependant, nous évoquerons le temps de quelques paragraphes la volonté, pour la raison simple que volonté et décision sont liées. En effet, dès l'Antiquité, il a été établi que l'homme pouvait marquer l'univers de son empreinte par sa volonté et que partant, il était amené à prendre des décisions. C'est ainsi que Platon, grâce au mythe d'Er², illustre le fait que chaque homme doit choisir à tout moment de sa vie.

45. Cette capacité propre de décision dénommée « volonté » sera encore développée par Aristote qui établit une analyse du volontaire et de l'involontaire dans le livre III de l'*Ethique à Nicomaque*, avec la distinction des actes accomplis « de plein gré » qui dépendent de celui qui agit et ceux qui sont accomplis contre le gré de l'agent et relèvent d'une contrainte extérieure ou de l'ignorance des circonstances. Aristote conceptualise ainsi la volonté et distingue parmi les actes accomplis « de plein gré », une sous-catégorie qui est celle des actes accomplis « de préférence », qu'il appelle « *pro-areisis* », terme grec signifiant « choix délibéré ». Ce choix délibéré est l'équivalent de ce que l'on nomme aujourd'hui décision. « *La décision s'étend*

Connexions 2014/1 (n°101), p. 19-30 ; GARELLO P., Perception et théorie de la décision, *Journal des Économistes et des Études Humaines*, Vol. 3, N°1, Mars 1992, p. 49-78 pour ne citer qu'eux.

¹ HEITZ J-M., *op. cit.*

² PLATON, Le mythe d'Er, Livre X de La République, 620a-621c.

aussi loin que l'homme peut « prédélibérer » et, plus précisément, prédélibérer des moyens en vue des fins que le souhait propose. Ainsi, le volontaire proprement dit pourra se définir comme « désir délibéré », la délibération portant sur les moyens plutôt que sur les fins¹. »

46. Bien que l'analyse d'Aristote s'inscrivait dans une optique d'éthique, sa définition de la volonté comme désir délibéré, le place à l'origine des deux grandes lignes d'évolution de l'analyse de la décision qui se révéleront par la suite : le volontarisme et l'intellectualisme. Quoiqu'il en soit, l'analyse philosophique de la volonté selon Aristote distingue un processus en deux temps : délibération et choix.

2. Le processus de volonté rationnel et linéaire de Descartes

47. Le volontarisme qu'Aristote avait déjà mis en exergue, consiste à reconnaître une existence autonome à la volonté et partant, à la décision. Pour Descartes², bien que la possibilité de décider suppose ce pouvoir inconditionné, absolu et infini de la volonté, la décision concrète repose sur un ajustement de celle-ci aux bornes de notre entendement. Dit autrement, le pouvoir de l'entendement se limite à concevoir des idées et il revient à la volonté de les affirmer ou de les nier. *« Le concept de volonté est désormais solidaire de la quête du fondement du savoir et de l'acte qui place ce fondement dans la certitude réflexive³. »* Descartes a ainsi donné une nouvelle impulsion à la psychologie de la volonté en s'interrogeant sur les causes de l'erreur.

48. Cependant, l'essentiel pour nous ici, est la fragmentation par Descartes de l'acte volontaire en quatre étapes : conception, délibération, décision, exécution. Ce modèle a inspiré les nombreuses théories modernes de la décision⁴ même si d'aucuns ont pu lui reprocher sa linéarité⁵. Lucien Sfez souligne ainsi dans son célèbre ouvrage *« La décision »* : *« linéarité, rationalité et liberté sont les trois éléments essentiels de la décision cartésienne⁶ »*. Selon celui-

¹ RICŒUR P., « VOLONTÉ », *op. cit.*

² DESCARTES R., Méditations métaphysiques, IV, in Œuvres, Paris, Gallimard, 1951, Édition électronique, v.: 1,0 : Les Échos du Maquis, 2011.

³ RICŒUR P., « VOLONTÉ », *op. cit.*

⁴ Voir infra n° 65 et s.

⁵ SFEZ L., Critique de la décision, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1992, 4ème éd., p. 52 et s.

⁶ SFEZ L., La décision, PUF, 2004, 4ème éd., p. 25.

ci, « cette linéarité consiste en l'obligation, pour atteindre un point, d'en passer par les autres, suivant un certain ordre : « L'ordre consiste en cela seulement que les choses qui sont proposées les premières doivent être contenues dans l'ordre des suivantes et que les suivantes doivent être disposées de telle façon qu'elles soient démontrées par les seules choses qui les précèdent. » (Descartes)¹. » La critique de l'auteur du schéma linéaire, d'une rigoureuse intangibilité qui ne considérerait qu'une seule possibilité de formation de la décision nous paraît légitime. Pour s'en convaincre, Lucien Sfez soulève très justement la question de l'apparition de « *maladies*² » qui pourraient tronquer la ligne de ce schéma : l'abandon, le regret ou encore la délibération et l'exécution qui s'interpénétreraient « *au point que le schéma se concentre en un point*³ ». La plupart des philosophes du XVIIe siècle n'ont pas partagé les analyses cartésiennes⁴ et d'autres reproches plus modernes ont été formulés⁵. Il convient néanmoins de souligner le travail de Descartes à qui l'on doit l'élaboration de la psychologie de la volonté, laquelle a fondé le processus décisionnel.

B. L'ajout de Paul Ricœur à l'œuvre de Descartes : l'hésitation

49. Descartes a ouvert la voie, Paul Ricœur l'a enrichie. Dans son ouvrage « *Le Volontaire et l'Involontaire*⁶ », il mène un travail minutieux visant à comprendre l'essence du vouloir au sein de la décision qui, selon lui, met fin à l'hésitation, comme dans l'exécution d'une action qui met le corps en mouvement, ou encore dans le consentement, cette forme originale du vouloir face à l'inévitable auquel se heurte le pouvoir de la volonté. Il formule un premier reproche à la psychologie éclectique, que nous partageons, qui donne « *de la réalité une image artificielle en distinguant des phases différentes dans le processus volontaire*⁷. » Bien que selon lui, le processus de décision soit marqué par des étapes différentes, il met en garde contre le fait de considérer que l'intervalle qui les sépare soit nécessairement le temps. En effet, « *ce rapport peut être instantané, c'est-à-dire que le projet et son exécution peuvent être simultanés,*

¹ SFEZ L., Critique de la décision, *op. cit.*, p.54.

² *ibid.*, p. 52.

³ SFEZ L., *ibid.*, p. 53.

⁴ SPINOZA B., Ethique I, in Œuvres 2, Paris, Garnier-Flammarion, 1967 ; LEIBNIZ G.W., Essais de Théodicée, tr. fr. Paris, Garnier-Flammarion, 1969.

⁵ Voir infra n° 71 et s.

⁶ RICOEUR P., Philosophie de la volonté, I, Le volontaire et l'involontaire, Aubier, 1950.

⁷ *Ibid.*, p. 38.

(...), on dira alors que l'action est projetée à mesure que l'action elle-même est dessinée par le corps dans le monde. » Cette correction apportée au reproche de linéarité du processus décisionnel cartésien, voyons plus en détails chacune des différentes phases.

50. La conception tout d'abord. C'est « *l'intentionnalité de la décision, le projet*¹ ». Il s'agit ici pour l'intéressé, en faisant appel à l'imagination, de se représenter l'acte envisagé. Avec le projet, le décideur anticipe sur l'avenir. « *Décider, c'est anticiper* » explique Ricœur qui poursuit : « *Le projet est donc la détermination pratique de ce qui sera*². » Le philosophe souligne à nouveau que ce futur envisagé n'est pas pour autant astreint à un ordre continu. Nicole Chardin qui s'est intéressée à la question de l'autonomie de la volonté dans les contrats de consommation³, définit cette phase comme « *la représentation la plus nette, la plus complète et la plus rapide possible de l'acte à accomplir ou plus précisément de soi en train d'accomplir l'acte. C'est la représentation du but à atteindre*⁴. » Elle la considère comme primordiale car « *il faut qu'il y ait une prise de conscience du but et des problèmes subséquents, faute de quoi tout le processus volontaire sera faussé*⁵. »

51. Vient ensuite l'hésitation. La phase que d'autres avant et même après lui, nomment « délibération », Ricœur lui préfère le terme « hésitation » car moins intellectualiste ou rationnel. Ce choix terminologique exprime selon lui les deux aspects de cette phase ; à savoir les failles, « *les tempêtes sous le crâne*⁶ » mais également, la rationalité de la délibération. Ricœur consacre ainsi tout un chapitre à l'hésitation qu'il nomme « *Histoire de la décision : de l'hésitation au choix*⁷ ». La décision, qui rappelons-le n'est pas entendue par l'auteur dans son acception moderne⁸, est le fruit d'une histoire, d'une certaine temporalité « *dont le choix*

¹ *Ibid.*, p. 40.

² *Ibid.*, p. 48.

³ CHARDIN N., Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté, Thèse, Strasbourg, 1987.

⁴ *ibid.*, p. 63.

⁵ *ibid.*

⁶ BOYER A., Le phénomène de l'hésitation selon Paul Ricoeur, *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 14 February 2011, Issue 4, pp.479-494, p. 487.

⁷ RICOEUR P., *op. cit.*, p. 129 et s.

⁸ Il faut garder à l'esprit que la décision chez les philosophes n'avait pas la même acception que la décision telle qu'on l'entend aujourd'hui. Elle avait une connotation plus étroite et était une étape de l'expression de la volonté.

*est le dénouement¹ ». « La volonté qui décide ne se réduit pas à un acte terminal à un Fiat ultime qui surgirait soudain au sein d'une situation intérieure qui ne la comportait pas². » Concept peu analysé³, l'hésitation est pourtant la phase centrale⁴ que l'on retrouve unanimement dans toutes les matières et qui avait déjà retenu l'attention d'Aristote qui parlait de « *choix délibéré*⁵ ». C'est un temps d'arrêt durant lequel le sujet examine les conséquences à court, moyen et long terme du projet envisagé, les moyens à mettre en œuvre pour y parvenir, les avantages et les inconvénients. Le choix est reporté. « *La volonté commence et recommence sans cesse par l'indétermination*⁶ ». L'hésitation qu'il nomme « *in-décision*⁷ » est « *un choix qui se cherche* ». « *L'hésitation se donne à la fois comme un défaut de choix et comme une amorce, une esquisse de choix*⁸ ». L'hésitation est un moment où l'intéressé se sent perdu, envahi de doutes : « *Mon projet n'est pas encore là, il est « contaminé » par le doute. Je suis « embarqué » dans un monde où je dois choisir, « dénouer », « résoudre »*⁹, métaphores pleines de sens. Ricœur explique que l'hésitation est le fruit de la confusion du projet, confusion elle-même liée à la confusion des motifs en général¹⁰. « *C'est dans l'imbrication entre facteurs contextuels et leur propre positionnement que les personnes vont porter un certain regard sur le contexte, sur ce qui leur paraît possible et faisable, les ressources dont elles disposent, les stratégies qu'elles peuvent mettre en place. (...) Ce temps est tensionnel*¹¹. »*

52. C'est dire finalement que la phase d'hésitation est celle durant laquelle les doutes et la réflexion coexistent, c'est-à-dire la confusion et la délibération lesquelles caractérisent la phase d'hésitation. Il s'ensuit que plus la décision est simple, plus cette phase sera courte et ira même jusqu'à se confondre avec la phase précédente ou la suivante. Inversement, plus l'acte envisagé sera complexe et partant, la confusion importante, plus la phase d'hésitation durera. Cette

¹ RICOEUR P., *op. cit.*, p. 129.

² *Ibid.*, p. 130.

³ FORTI, La décision, essai d'analyse psychologique, P.U.F, Paris, 1926, pp. 9 et s., cité par CHARDIN N., *op.cit.*, p. 63.

⁴ Comme le souligne Alain Boyer, *op. cit.* : « *envisager les possibles puis en élire un pour tenter de la réaliser* ».

⁵ Voir supra n° 42.

⁶ RICOEUR P., *op. cit.*, p. 136.

⁷ *ibid.*, p. 131.

⁸ *ibid.*

⁹ BOYER A., *op. cit.*, p. 487.

¹⁰ RICOEUR P., *op. cit.*, p. 149

¹¹ BOUQUET B., Les temporalités de la décision, Vie sociale 2013/2 (N°2), p. 126.

analyse très fine de Ricœur nous permet de déterminer plus précisément ce qu'est l'hésitation, en dehors de l'usage galvaudé qui en est fait dans le langage courant, mais prise en tant qu'étape dans le processus décisionnel. Reste à savoir si nous conserverons cette approche éminemment philosophique de l'hésitation.

53. La décision, autrement appelée choix, est la phase suivante du processus décisionnel. Elle fait cesser l'indécision, met fin à l'hésitation. L'intéressé a fait un choix plutôt qu'un autre. « *Hésiter c'est avoir des raisons confuses, délibérer c'est débrouiller et clarifier ces raisons, choisir c'est faire apparaître une préférence dans les raisons*¹. » Le terme « décision » pour la dénomination d'une étape du processus, n'est pas surprenant, ni ne prête à confusion puisque qu'il s'agit de la formation de l'acte de volonté. La décision n'est cependant pas l'ultime étape.

54. Car vient ensuite, l'exécution qui est la phase active. « *Vouloir c'est agir. La volition est avant tout le passage à l'acte*² ». Ainsi que le souligne Ricœur, « *autre chose est de projeter, autre chose de faire.* » Il poursuit en expliquant qu' « *un vouloir qui projette est un vouloir incomplet : il n'est pas mis à l'épreuve et il n'est pas sanctionné ; l'action est le critère de son authenticité ; (...) qui ne réalise pas n'a pas vraiment voulu*³. » La décision n'est donc pas seulement raison, elle est aussi et surtout, action ; l'exécution marquant le point final.

55. L'étude de l'acte volontaire révèle son caractère séquentiel, dont l'hésitation, telle que la nomme Ricœur, est une phase obligatoire et qui dure plus ou moins longtemps selon l'action envisagée et la personnalité du sujet. Cette perception de l'hésitation, hautement philosophique, requiert sans doute une appréhension plus objective afin d'être utilisable en droit des contrats. C'est d'ailleurs l'objectivisation qui a conduit de l'acte volonté à la décision.

II. De l'acte volontaire à la théorie de la décision

56. La théorisation rationnelle de la décision (A) a mis en exergue les limites de la rationalité pure (B).

¹ RICOEUR P., *op. cit.*, p. 160.

² CHARDIN N., *op. cit.*, p. 66.

³ RICOEUR P., *op. cit.*, p. 187.

A. La théorisation rationnelle de la décision

57. Les économistes, qui ont des préoccupations plus pragmatiques, ont su rendre le concept d'acte volontaire opérationnel. L'on est ainsi passé de la volonté à la décision mais mieux encore, à une véritable théorie de la décision. Il s'agissait pour ces derniers d'identifier les problèmes de décision (1) surmontés grâce à la théorie classique de l'*homo æconomicus* (2).

1. L'identification des problèmes de décision

58. Nombre de spécialistes dans les matières les plus variées se sont intéressés à la décision. Bien que s'appuyant sur le concept de volonté de Descartes, la théorie moderne de la décision s'est développée dans le courant du XXe siècle. Cependant, dès le XVIIe siècle, ont débuté les mathématiques de la décision¹. Ainsi, selon cette approche dite classique, les décisions seraient prises sur la base d'une analyse rationnelle de la situation. Le décideur se livre à des calculs de probabilités recherchant une combinaison alliant au mieux les conséquences d'un choix et son intérêt pour ces conséquences².

59. Néanmoins, c'est aux économistes que l'on doit la théorie de la décision. « *Pour un grand nombre d'économistes la compréhension des phénomènes économiques passe par une bonne compréhension des choix individuels. La décision revêt donc un intérêt tout particulier*³. » Lorsque le décideur est face à une situation dont les conséquences méritent réflexion et qu'il éprouve le besoin d'analyser, de rationaliser, voire de se faire aider, « *une théorie sur laquelle peuvent se fonder les choix – une théorie de la décision – répond à ce besoin : elle permet de rationaliser les décisions*⁴. » Grâce à la théorie de la décision, le décideur peut analyser les problèmes mais peut également justifier les solutions proposées. La théorie de la décision, résultat de « *plusieurs siècles de recherches sur la formalisation du*

¹ Le célèbre pari de Blaise Pascal puis au XVIIIe siècle, Buffon et Bernoulli qui tenteront de résoudre le fameux paradoxe de Saint-Petersbourg mais encore le théorème de Bayès.

² ALLAIN Ph., La prise de décision, aspects théoriques, neuro-anatomie et évaluation, Revue de neuropsychologie, 2013/2 (Volume 5), p. 70.

³ GARELLO P., Perception et théorie de la décision, Journal des Économistes et des Études Humaines, Vol. 3, N°1, Mars 1992, p. 49.

⁴ KAST R., La théorie de la décision, Éditions La Découverte, Paris, 2010, p. 3.

hasard et sur l'étude des jeux de société, sur l'analyse des problèmes économiques et politiques, et, plus récemment, sur les problèmes de gestion, mais aussi sur les fondements psychologiques de la représentation du comportement¹ », a pour objectif principal de donner un cadre de référence à la résolution de problèmes de décision.

60. Il faut entendre par « problèmes de décision », le contexte de la prise de décision : certain, incertain ou face au risque. Ces trois situations ont un point commun : elles concernent les conséquences de l'action envisagée, donc l'avenir. C'est ce dont il s'agit puisque, comme l'a indiqué Ricœur, « *décider, c'est anticiper*². » Et sur quoi anticipe-t-on ? Sur l'avenir qui par essence même est inconnu. Cependant, l'on pourrait s'étonner de ce que la certitude peut constituer un problème de décision. Il est vrai que connaître toutes les conséquences de l'action envisagée est rassurant mais encore faut-il qu'il n'y ait qu'une option possible. En effet, plus compliquée est l'hypothèse dans laquelle le décideur est face à deux, voire davantage, d'options. Mais imaginons encore que ces options présentent des avantages similaires. Ce peut être le cas par exemple d'un investissement dont les taux de rendement sont connus. Il n'y a, en pareil cas, aucune incertitude et pas plus qu'il n'y a de difficulté s'il n'y a qu'un choix. Reste que si l'on rajoute une proposition supplémentaire d'investissement au même taux de rendement, le problème de décision apparaît. Et quand bien même l'un des investissements présente un taux supérieur à l'autre mais que le second, lui, présente d'autres caractéristiques avantageuses comme les dates d'échéance de remboursement ou encore une imposition plus favorable, il n'y aura toujours pas d'incertitude mais malgré tout, un problème de décision. Comment prendre la meilleure décision en pareil cas ?

61. La décision en situation d'incertitude est, elle aussi, d'évidence, tout aussi complexe. C'est l'hypothèse dans laquelle le décideur n'a aucune information sur l'environnement. C'est dire qu'il n'a aucune idée de ce qui pourrait arriver. Le manque de connaissance des choix possibles et/ou de leurs conséquences entraîne l'incertitude chez le décideur, mettant par là même en danger l'efficacité et la rapidité de décision.

¹ *Ibid.*, p. 4.

² RICOEUR P., *op. cit.*, p. 48.

62. Le risque est, lui, défini comme « *les situations dans lesquelles les conséquences des décisions prises dépendent d'aléas dont la distribution de probabilité est connue*¹. » C'est l'hypothèse dans laquelle le sujet fait des choix dont les conséquences dépendent de la réalisation d'événements auxquelles des probabilités sont attachées. Ces probabilités sont des données objectives et sont extérieures à l'individu.

63. Ainsi, en cas de certitude, d'incertitude ou de risque, il y a un problème de décision qu'il faut régler. Notre intérêt pour la théorie de la décision se révèle tout à coup. L'étude de la théorie de la décision est intéressante en ce qu'elle vise à régler les problèmes de décision. En effet, pourquoi ces éléments sont-ils considérés comme des problèmes de décision ? Parce qu'ils perturbent la prise de décision, voire l'empêchent carrément. Autrement dit, ils génèrent une hésitation. Rappelons que dans le langage commun, l'hésitation est un état d'indécision causé par des doutes, des incertitudes. Ce sont « *les tempêtes sous le crâne*² ».

64. S'éloignant de ces considérations philosophiques et psychologiques, les économistes ne se sont pas attachés à trouver comment régler les causes d'hésitation, qu'ils nomment « problèmes de décision ». D'ailleurs, s'ils ont identifié ces problèmes de décision, ce n'est pas parce qu'ils génèrent une hésitation de l'agent. Ces problèmes de décision sont perçus uniquement comme des facteurs complexifiant la prise de la meilleure décision. Ils se sont donc attachés à élaborer divers systèmes permettant de prendre une décision, la meilleure d'ailleurs, et ce, quel que soit le contexte. Autrement dit, il ne s'agit pas, par exemple, de transformer l'incertitude en certitude. Il s'agit davantage de faire le meilleur choix avec l'existant.

2. La théorie classique de l'*homo œconomicus*

65. Comment parvenir à prendre la meilleure décision nonobstant les problèmes de décision ? Grâce à la théorie de la décision. Le vrai est que l'on évoque souvent la théorie de la décision alors qu'en réalité, il y a une théorie des décisions³. Les économistes n'ont accordé qu'une attention limitée au schéma de la décision. C'est donc le schéma traditionnel

¹ KAST R., *op. cit.*, p. 82.

² BOYER A., *op. cit.*, p. 487.

³ KAST R., *op. cit.*, p. 8.

préparation¹, décision, exécution, qui perdure ; les économistes ne s'embarrassant pas des errements et états d'âme du décideur hésitant. Seule la cause, ou plus justement les causes d'hésitation sont prises en compte, c'est-à-dire, la multiplicité de choix, l'incertitude ou le risque, dans l'unique but de prendre la meilleure décision. Ils ont une approche purement rationnelle de la prise de décision et partant, du décideur, avec deux grandes écoles que nous présenterons brièvement.

66. La première est l'école classique du choix rationnel, que l'on dénomme « rationalité substantive » dont voici les étapes :

- Phase d'analyse :
 1. Diagnostic de la situation
 2. Définition du problème
 3. Collecte des faits pertinents liés au problème
 4. Analyse des faits
- Phase de décision :
 5. Exploration des options possibles
 6. Évaluation des options possibles
 7. Choix d'une option
- Phase de mise en œuvre :
 8. Exécution de la décision
 9. Évaluation de la décision et suivi

67. Selon cette école, chaque décideur connaît bien le problème à résoudre. Il est convaincu de l'existence d'une solution unique qui serait la meilleure. L'information et les ressources nécessaires pour trouver une solution sont toujours disponibles. Le décideur a une capacité illimitée de traitement de l'information. Il s'agit de l'orientation la plus ancienne. Elle a donné lieu aux travaux les plus abondants et les plus connus dans les disciplines les plus variées comme les praticiens de l'organisation, les spécialistes du management, les politistes, les sociologues, les mathématiciens, les économistes, les psychosociologues. « *Ses utilisateurs prétendent à la fois donner sous une forme très formalisée une bonne représentation de la*

¹ Qui comprend la conception et la délibération.

réalité, et ainsi pouvoir mieux en analyser les mécanismes, et, dans une optique plus normative, dégager les règles de la « meilleure » prise de décision¹. »

68. Cette théorie, bien qu'ancienne, demeure pourtant vivace. Elle perçoit le décideur comme « *un acteur unique dont le comportement est non seulement intelligent, mais rationnel. La décision est le choix qu'effectue cet acteur entre toutes les alternatives qui s'offrent à lui, dans une pleine conscience, en vue de maximiser ses avantages. Il envisage donc toutes les alternatives ainsi que les conséquences qui découleraient de tous les choix possibles, range ces conséquences en fonction d'une échelle de préférences fixe, et choisit l'alternative qui lui procure le gain maximum². »* Il faut entendre par rationalité, aptitude à classer « *pour choisir la meilleure décision (ou l'une parmi les meilleures)³. »*

69. Le choix de la meilleure décision se fera en fonction d'un critère défini par lui, lequel lui permettra de classer ses préférences⁴. En cas de certitude et de choix multiples, le critère portera sur les conséquences. En cas d'incertitude ou de risque, le critère peut être élaboré sur la base de considérations pratiques du décideur⁵, ou encore sur le comportement du décideur avec le critère de l'utilité espérée⁶ sur la base de questionnaires et sur l'observation de décisions prises auparavant. Cet *homo æconomicus* est le décideur parfait, qui fait toujours le meilleur choix parce qu'il a toujours les idées claires, a toutes les informations, connaît toutes les conséquences possibles. C'est le décideur idéal. C'est dire si nous sommes loin d'un décideur hésitant incapable de se déterminer.

¹ GRÉMION C., Vers une nouvelle théorie de la décision ? In : Sociologie du travail, 11^e année n°4, Octobre-décembre 1969, Politique urbaine, p. 463-471.

² *Ibid.*

³ KAST R., *op. cit.*, p. 42.

⁴ « *Mathématiquement, un critère est une fonction à valeur numérique, et la représentation de préférences par un critère consiste à trouver une fonction, disons V , telle que si la conséquence de la décision « a » est préférée à celle de la décision « b », alors $V(a) \geq V(b)$. »* KAST R., *ibid.*, p. 46

⁵ KAST R., *ibid.*, p. 49-63.

⁶ *ibid.*, p. 64-81.

B. Les limites de la rationalité pure

70. Les nombreuses critiques de la première école (1), ont conduit à faire émerger la seconde école, celle de la rationalité limitée (2).

1. Les critiques

71. Cette approche a reçu nombre de critiques¹, certaines très anciennes et notamment de la sociologie² ou encore en philosophie³. « *Ses limites apparaissent dès l'analyse de ses présupposés théoriques : elle ne constitue pas en effet (et bien souvent, il faut le souligner, ne prétend pas constituer), un instrument adéquat pour une appréhension satisfaisante de la réalité*⁴. » Et pour cause, selon l'auteur, elle considère le décideur comme un acteur unique alors que nombre de décisions sont collectives. En outre, la possibilité pour un décideur de connaître la totalité des alternatives et leurs conséquences peut matériellement être impossible outre le coût exorbitant que cela représenterait. De même, la rationalité du décideur peut être remise en cause. L'auteur lui reproche enfin son caractère normatif-déductif ; « *l'existence d'un modèle idéal des choix, incarnation d'une rationalité universelle, conduit à « forcer » en permanence le réel : tous les éléments non conformes au modèle sont tenus pour perturbateurs et doivent être négligés tant au niveau de l'analyse que de la pratique.* »

72. Reinhard Stelten⁵, qui, en 1994 a reçu le Prix Nobel d'économie avec John Harsanyi et John Nash pour leurs travaux sur la théorie des jeux, considère ainsi que « *le principal courant théorique moderne en économie se fonde largement sur une image irréaliste de la prise de décision par l'homme. Les agents économiques sont décrits comme des maximiseurs bayésiens de l'utilité subjective pleinement rationnels. Cette conception de l'économie n'est pas étayée*

¹ FELDMAN J., KANTER H. E., Organizational Decision Making, in Handbook of Organizations, March, J. G., Chicago, Ed., Rand McNally, 1965, cité par GRÉMION C., Vers une nouvelle théorie de la décision ? In : Sociologie du travail, 11^e année n°4, Octobre-décembre 1969, Politique urbaine, p. 463-471.

² LEMOINE C., Décision et non-décision dans les organisations, Connexions 2014/1 (n°101), p. 19-30.

³ PIERRON J.-Ph., Imagination et décision. L'anticipation entre la prospective et la perspective, Revue française d'éthique appliquée, 2016/2 (N°2), p. 99-108.

⁴ GRÉMION C., *op.cit.*

⁵ Il est également connu pour ses travaux sur la rationalité limitée, et peut être considéré comme l'un des pères fondateurs de l'économie expérimentale.

*sur des preuves empiriques, mais plutôt sur l'axiomatisation de l'utilité et de la probabilité subjective*¹. » Si l'approche classique de la rationalité substantive connaît un succès certain pour la décision individuelle en situation de certitude, ses limites sont incontestables ; limites révélées par les paradoxes comme le paradoxe d'Allais ou encore le paradoxe d'Ellsberg². Les économistes, faisant preuve d'une adaptabilité remarquable, ont fait évoluer leur approche. D'aucuns considèrent d'ailleurs que c'est qui fait le succès toujours aussi vif de leur théorie de la décision³.

2. La théorie de la rationalité limitée

73. C'est à Herbert Simon que l'on doit la seconde école. Il a, dès 1950, développé la théorie de la « rationalité limitée » qui, loin d'être une critique de la théorie des choix rationnels est en réalité un complément à celle-ci. Cette théorie répond aux hypothèses dans lesquelles les capacités de calculs du décideur sont limitées en raison d'un manque d'information, le manque de temps, etc.

74. Ainsi, rationalité limitée ne signifie pas absence de rationalité mais autre modalité de rationalité. Elle est communément appelée « modèle IMC » pour les initiales des trois premières phases :

¹ Cité par Alain Berthoz, La décision, éd. Odile Berthoz, p. 11.

² KAST R., *op.cit.*, p. 105-108.

³ VIDAILLET B., d'ESTAINTOT V., ABECASSIS P., La décision - Une approche pluridisciplinaire des processus de choix. Louvain : De Boeck Université, Collection Méthodes & Recherches, 2005, p. 5 à 9 : « *Force est de constater que la théorie économique de la décision — dite théorie du choix rationnel — a progressivement réussi à imposer ses modèles de référence pour juger de la qualité d'une décision, qu'elle soit individuelle, mais également sociale ou collective. Deux raisons au moins peuvent être trouvées à cette domination. D'une part, les économistes ont systématiquement cherché à formaliser, à l'aide notamment du langage mathématique, des modèles de décision adossés à ces postulats qui, comme nous l'avons souligné, sont eux beaucoup plus anciens. En ce sens, ils ont tiré profit d'un courant de réflexion développé depuis l'Antiquité, auquel ils ont ajouté la légitimité et la modernité des mathématiques. Le caractère relatif et discutable de ces postulats s'est ensuite effacé devant la complexité et le raffinement croissants des modèles développés. D'autre part, les économistes, à partir d'une théorie centrée sur le décideur individuel face à un environnement inerte, ont su développer leur réflexion sur des décisions plus sophistiquées, impliquant notamment d'autres décideurs — en théorie des jeux et en économie politique. Il semble alors que ce soit la cohérence et la capacité d'évolution de la théorie du choix rationnel qui soient à l'origine de son succès.* »)

- Intelligence : c'est l'étude de l'environnement de la décision et l'identification du problème posé ;
- Modélisation : cette phase consiste à trouver l'ensemble des modes d'action possibles ;
- Choix : il faut sélectionner une décision parmi l'ensemble des alternatives.

75. Ces trois phases sont complétées par une dernière, essentielle au processus : l'évaluation. C'est le contrôle et le bilan de l'opération. Si la décision est validée, elle se poursuit. Autrement, le décideur reprend le problème à l'une ou l'autre des étapes en fonction des dysfonctionnements.

76. L'idée principale de la théorie de Simon est simple. Tout décideur est rationnel en cas de choix simple : s'il préfère le choix A au choix B et le choix B au C, il optera pour le choix A. Cependant, lors d'un choix plus complexe en situation d'incertitude ou de risque, le décideur cherchera plutôt à « *trouver une solution dite raisonnable, en l'occurrence une solution dont la valeur atteint un certain seuil de satisfaction ou d'aspiration¹* » et non sur un choix optimal au sens classique. Sa théorie a d'ailleurs eu un large impact et notamment en économie ce qui lui a d'ailleurs valu de recevoir le prix Nobel d'économie en 1978 pour son analyse de la prise de décision individuelle dans les administrations et les entreprises.

77. Une autre théorie a un impact plus retentissant encore. Il s'agit de celle de Kahneman et Tversky qui eux « *affirment que nous ne sommes pas rationnels dans nos prises de décision. En situation d'incertitude, nous sommes plus guidés par l'intuition que par la raison, avec une très forte aversion pour la perte. Dans les situations d'incertitude, nous élaborons nos jugements sur la base de règles heuristiques. (...) Ils définissent les heuristiques comme des jugements courts et approximatifs se substituant aux raisonnements longs ou aux analyses statistiques dans l'explication des événements et qui, contrairement à la règle de Bayès (fondée sur un schéma mathématique rigoureux), ne permettent pas d'obtenir une réponse précise. (...) Nous utilisons des heuristiques qui, contrairement à une règle algorithmique, ne donnent pas infailliblement la bonne réponse².* » Ils ont, d'une part, démontré que les décideurs ont une

¹ ALLAIN Ph., La prise de décision, aspects théoriques, neuro-anatomie et évaluation, Revue de neuropsychologie, 2013/2 (Volume 5), p. 69.

² ALLAIN Ph., *op. cit.*, p. 71.

aversion pour le risque et, d'autre part, ont proposé une méthode alternative au modèle de l'utilité espérée : la théorie des perspectives qui est, elle, plus descriptive que normative. Ils ont ainsi proposé de représenter le processus mental de la prise de décision au travers de deux phases : une phase d'édition et une phase d'évaluation. « *La phase d'édition est une phase de préparation qui consiste en une analyse préliminaire des perspectives offertes. Elle correspond le plus souvent à une simple représentation de ces perspectives. Sa fonction est d'organiser, de trier, de reformuler et de simplifier les différentes options, et ce dans le but d'en faciliter l'évaluation*¹. » Dans la seconde phase, la phase d'évaluation, « *les perspectives éditées sont évaluées et celle présentant la plus grande utilité subjective est choisie, selon le même principe de maximisation que celui de la théorie de l'utilité attendue. Cependant, la théorie des perspectives se différencie de la théorie de l'utilité attendue en intégrant deux fonctions dans le calcul de l'utilité subjective d'une perspective, à savoir une fonction de la valeur subjective et une fonction de pondération des probabilités*². »

78. Quelles que soient les critiques qui ont pu être formulées à l'encontre de la théorie de la décision et aux économistes, le vrai est que « *toutes les théories ont leurs limites ; les exemples où une théorie ne correspond pas à la réalité de comportements observés n'invalident pas la théorie : ils suggèrent qu'elle doit être étendue, généralisée ou révisée pour rendre compte des observations*³. » C'est ainsi que la théorie de la décision a évolué et continuera, sans doute, d'évoluer encore. Elle se développe en effet « *au fur et à mesure des besoins de l'analyse des problèmes de décision. En l'état actuel, elle sert de référence à la représentation du comportement d'agents économiques qui sont cohérents avec ses hypothèses, ce qui a permis des avancées importantes dans la compréhension de phénomènes économiques*⁴. »

79. Finalement, les économistes ont modélisé le comportement d'un agent. En situation de certitude, d'incertitude ou de risques ; décision individuelle, décision collective avec ou sans interactions avec d'autres individus. Ils ont su formaliser les problèmes de décision en utilisant des valeurs, des fonctions, des graphes dans le seul but de simplifier la prise de décision. Mais

¹ MARTINEZ Fr. « L'individu face au risque : l'apport de Kahneman et Tversky », Idées économiques et sociales, vol. 161, n° 3, 2010, pp. 15-23.

² *ibid.*

³ KAST R., *op.cit.*, p. 113.

⁴ *Ibid.*, p. 114.

comment leur reprocher leur « mathématisation » de la décision quand l'on sait les relations étroites qui existent entre l'économie et les mathématiques¹. Quoi qu'il en soit, il faut leur reconnaître le mérite de s'être saisis de la question de la décision, bien qu'ils ne perçoivent pas le décideur comme un agent engourdi par son hésitation, un indécis paralysé dans sa prise de décision.

80. Tout au contraire, il est actif et est capable d'identifier le problème de décision auquel il est confronté et d'appliquer le critère adéquat. Mieux encore, l'hésitation du consommateur est une unité de mesure. « *Le « degré d'hésitation », est une nouvelle mesure de concurrence entre marque qui présente la particularité d'être recueillie immédiatement après l'achat. Elle ajoute à la panoplie des modélisations de la structure du marché la notion d'ensemble d'hésitation, proche mais néanmoins différente de celle d'ensemble de considération qui regroupe les marques acceptables avant l'achat. Cette nouvelle mesure de concurrence présente l'avantage d'intégrer les actions du vendeur, la mise en avant des marques au point de vente et l'influence des personnes accompagnant l'acheteur. Le degré d'hésitation permet de hiérarchiser les marques présentes dans l'ensemble d'hésitation du consommateur. C'est donc une mesure de concurrence plus fine que l'ensemble de considération. Sur la base du degré d'hésitation il est possible d'obtenir une représentation graphique permettant un diagnostic de la position concurrentielle*². » Qu'en est-il en droit et singulièrement en droit des contrats ?

§ 2 – Le désintérêt initial du droit des contrats

81. La littérature juridique, nous l'avons vu, est quasiment muette sur l'hésitation. Il nous appartient donc de déterminer à quelles occasions l'hésitation pénètre la sphère contractuelle et quel traitement lui est réservé. Eu égard à son rapport étroit avec la décision, l'étude de cette dernière en droit des contrats nous aiguillera. Cependant, force est de constater la conception lacunaire de la notion de décision en droit (I). Or, si l'on veut se saisir pleinement de la question

¹ Voir notamment, de VROEY M., La mathématisation de la théorie économique. Le point de vue de l'histoire des théories économiques, in Reflets et perspectives de la vie économique, 2000/4 (Tome XLI).

² ZINE-DANGUIR S. et CHANDON J.-L., Ensemble d'hésitation et degré d'hésitation : Un apport à la compréhension du processus du choix du consommateur ?, Acte du XXII^e Congrès AFM- 11 et 12 mai 2006, p. 1.

de l'hésitation en droit des contrats, il est avant tout nécessaire de conceptualiser la décision afin de déterminer le processus décisionnel le plus adapté à la matière (II).

I. La conception lacunaire de la notion de « décision »

82. Le travail de recherche a ceci de particulier qu'il exige une minutie et une méthodologie irréprochable. Nous ne saurions entendre conceptualiser la décision en affirmant que le droit, contrairement aux économistes, a été un mauvais élève sur cette question, et faire fi du donné. Respectant la généalogie de la décision, nous nous sommes d'abord intéressés à l'appréhension par le droit de la volonté, notion psychologique (A), puis à la notion de décision (B).

A. L'appréhension juridique de la notion psychologique de volonté

83. Il est indubitable que la volonté est une notion prégnante en droit des contrats (1), à un point tel que l'on serait tenté de considérer que volonté et consentement sont fongibles (2).

1. La prégnance de la volonté en droit des contrats

84. La volonté « *est la cause première du Droit¹* » disait Alfred Rieg. « *Il ne paraît pas exagéré d'écrire que, du système politique dont dépend l'application du droit jusqu'au plus humble contrat de donation ou d'entreprise, tout en droit est affaire de volonté²* . » Le lien qui unit la volonté et le droit devient même intangible lorsqu'il s'agit spécifiquement du droit des contrats³. Le nouvel article 1101 du Code civil⁴ ne parle-t-il pas d' « *accord de volontés* » pour définir le contrat ? Illustration parfaite du lien indissoluble entre la volonté et le contrat, « *nulle*

¹ RIEG A., Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en Droit civil français et allemand, Paris, L.G.D.J., 1961, p. 1

² CALAIS-AULOY M.-T., L'importance de la volonté en droit, Petites affiches, 1994, n°243 - page 14.

³ Voir notamment, GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y.-M., La formation du contrat, Tome 1, 2013, 4ème éd. ; MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op. cit.* ; LEQUETTE Y., TERRÉ Fr., SIMLER Ph., CHÉNEDÉ Fr., *op.cit.*

⁴ Art. 1101 du Code civil issu de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 : « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.* » alors que l'ancien article 1101 définissait le contrat comme la « *convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.* »

définition du contrat où il ne soit fait mention du concept de volonté : le contrat est et reste un accord de volontés produisant des effets de droit¹. » La volonté est érigée en exigence. Son autonomie² est sacralisée au nom de la liberté contractuelle, celle qui garantit un consentement librement donné et des obligations librement décidées par les parties.

85. La volonté, si sacrée en droit des contrats, n'a pourtant aucune définition précise. *« Cette notion psychologique a pris une large place dans l'univers juridique sans jamais être assimilée par lui. Elle a été acceptée en tant que pièce rapportée ; acceptée comme un bloc monolithique, insusceptible d'être entamé. Les juristes n'ont jamais cherché à percer les secrets de ce terme ; pour eux, la volonté relève du for intérieur. (...) En un mot, la volonté n'est pas devenue juridique ; parallèlement à la volonté psychologique ne s'est pas rajouté une volonté juridique³. »* Car le vrai est que si la volonté agit depuis fort longtemps la doctrine, ce n'est non pas pour la définir mais sur la question de savoir si c'est elle qui confère force obligatoire au contrat⁴. Le débat s'est cristallisé sur l'autonomie de la volonté comme fondement de la force obligatoire du contrat. *« On a donné à cette volonté présumée autonome un pouvoir créateur. Et ce pouvoir créateur d'obligations s'entend même comme un pouvoir exclusif. Toute obligation contractuelle n'aura et ne pourra avoir pour source que la volonté des parties⁵. »*

86. Cette volonté qui revêt deux aspects, un interne⁶ et qui a davantage trait à la psychologie, au for intérieur, n'est appréhendée que selon son second aspect, à savoir la

¹ CHARDIN N., Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté, Thèse, L.G.D.J, 1987, p. 50

² RANOUIL V., L'autonomie de la volonté : Naissance et évolution d'un concept, Presses universitaires de France, 1980.

³ CHARDIN N., *op.cit.*, p. 50.

⁴ D'aucuns considéraient que c'est la volonté qui donne au contrat force de loi entre les parties (Notamment CHAZAL J.P., « L'autonomie de la volonté » et la « libre recherche scientifique », RDC 2004, p. 621. Sans oublier Grotius, Hobbes, Kant, Fouillée), quand d'autres ont exclu ce principe (ROUHETTE G., Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, Thèse, Paris, ronéo, 1965 - MARTIN X., Nature humaine et Code Napoléon, Droits, 2, 1985).

⁵ CHARDIN N., *op.cit.*, p. 25.

⁶ FRISON-ROCHE M-A, Rapport de synthèse de « L'échange des consentements », RJCom. 1995, n° spécial, p. 153 : *« La volonté est au cœur de l'humanisme et marque l'intériorité incommensurable de l'homme tandis que le consentement est un objet, conséquence de la volonté, symbole et extériorisation de la volonté, mais distinct de la volonté. »*

déclaration et cela, sous le prisme du consentement. Le droit des contrats, faisant fi de la gestation du consentement et partant, du processus volontaire¹, ne s'intéresse qu'au consentement, qu'il lie indiscutablement à la volonté. Sans doute cela s'explique-t-il par le fait que, bien que le terme consentement revêt deux acceptions en droit, d'une part, la manifestation de la volonté de chacune des parties² et d'autre part, l'accord de volontés des parties³, il a toujours trait à la volonté. De là, l'assimilation de la volonté et du consentement. Mais seule l'extériorisation de la volonté retient l'attention. Cela ne signifie pas pour autant que la volonté interne, celle que l'on nomme « volonté psychologique », est ignorée par le droit des contrats. Nous en voulons pour preuve les vices du consentement qui révèlent que le droit des contrats n'est pas sourd à ce que la volonté extériorisée ne soit pas pleinement conforme à la volonté interne. Il serait donc plus juste de dire que si elle est admise, reconnue, pour autant, les juristes ne se sont pas octroyé le droit de s'emparer d'une notion ô combien philosophique et psychologique. Il serait donc faux d'affirmer que le droit n'a pas pris en considération cette notion. Il l'a appréhendée sous le prisme juridique.

87. À dire le vrai, cette appréhension de la psychologie par le droit que l'on pourrait *a priori* juger insuffisante ou timide, est pourtant aussi importante qu'ancienne⁴. La situation d'attente légitime en est une parfaite illustration ; « *un phénomène purement psychologique que le droit, au travers de la notion de réitération, accepte de prendre en considération* »⁵. Il en est de

¹ Voir supra n° 47.

² Art. 1113 du Code civil : « *Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager.*

Cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur. » ou encore, art. 1118 al. 1^{er} du même code : « *L'acceptation est la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre. »*

³ Art. 1101 du Code civil : « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. »*

⁴ Les chercheurs se sont intéressés à la question dès le 19^{ème} siècle et depuis de nombreux travaux ont été menés notamment en droit pénal mais pas uniquement. L'on pense évidemment ici aux travaux de l'éminent juriste français Jean Carbonnier, en 1949, dans les « Etudes de psychologie juridique ».

⁵ VIRASSAMY G., Regard sur le phénomène de la réitération en droit privé français, D. 1989, Chronique, XLIV, p. 282, MORÉTEAU O., L'estoppel et la protection de la confiance légitime : éléments d'un renouveau du droit de la responsabilité : droit anglais et droit français, Thèse, Lyon, 1990 ; AUBRY H., Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime, Revue internationale de droit comparé

même pour la volonté. En réalité, le droit a su trouver des concepts juridiques adaptés à chaque domaine pour exprimer cette notion purement psychologique. Ainsi, en droit pénal, l'on parlera d'élément moral en référence à l'attitude psychologique de l'auteur vis-à-vis de la commission des faits réprimés. L'article 121-3 du Code pénal dans son premier alinéa dispose ainsi qu'« *il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.* » L'intention n'est ni plus ni moins que la volonté de l'auteur de l'infraction de commettre des faits qu'il sait infractionnels. En droit des sociétés, l'on parlera cette fois, d'*affectio societatis* défini comme « *comme la volonté des associés de collaborer ensemble à l'entreprise commune sur un pied d'égalité*¹ ». La notion de consentement quant à elle, n'a pas seulement trait au droit des contrats, il va sans dire, et l'on pense ici au mariage. L'article 146 du Code civil rappelle énergiquement qu'« *il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement.* » Pour autant, le droit ne confond pas volonté et consentement.

2. L'apparente fongibilité de la volonté et du consentement

88. Il est unanimement admis que la manifestation de la volonté est le consentement². « *L'être humain passe ainsi de la volition (vouloir vouloir) à la volonté (vouloir quelque chose, vouloir faire quelque chose, ce qui renvoie à la catégorie des contrats) à l'extériorisation de celle-ci vis-à-vis de quelqu'un : le consentement*³. » Il faut que la volonté soit exprimée par un comportement actif ou passif, lequel est apprécié objectivement c'est-à-dire par un tiers ou plus justement, par le cocontractant et son appréciation objective de la volonté de l'autre partie de s'engager juridiquement⁴. « *Un accord purement verbal peut ainsi constituer un contrat, ou encore un simple échange de courriers électroniques, dès lors qu'on est certain de la réalité*

Année 2005 57-3 pp. 627-651 ; BLIN N., Le principe de cohérence en droit judiciaire privé, Thèse, Paris, 2015 ; DUDEZERT Fr., De l'existence d'un principe de confiance légitime en droit privé, Thèse, La Rochelle, 2016.

¹ DONDERO B., Société en participation, Répertoire des sociétés, Dalloz, 2006 – actualisation nov. 2019.

² Notamment, MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op.cit.* ; GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y.-M., *op.cit.* ; LEQUETTE Y., TERRÉ Fr., SIMLER Ph., CHÉNEDÉ Fr., *op.cit.*

³ FRISON-ROCHE M.-A., Oui au principe de la volonté, Non aux consentements purs, document de travail pour une contribution aux Mélanges dédiés à Pierre Godé, 2018, accessible à <http://mafr.fr/fr/article/oui-au-principe-de-la-volonte-non-aux-consentement/>

⁴ Comme le double-clic pour les contrats électroniques.

*des volontés exprimées*¹. » L'article 1109 du Code civil définit ainsi le contrat consensuel comme celui formé par « *le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression*². » C'est dire finalement l'importance de l'extériorisation de la volonté et singulièrement pour former le consentement. Il appert également que le droit des contrats lie, indiscutablement, la volonté et le consentement.

89. Cela est si vrai que l'on serait même tenté de penser que la volonté s'est dissoute dans le consentement, comme si les deux ne formaient plus qu'un. Cette impression est renforcée par la difficulté à trouver, dans la littérature juridique, une définition, tant de la volonté que du consentement. Chaque terme renvoie à l'autre et semble aussi insondable que l'autre. Le lien entre volonté et consentement est indéniable : « *le consentement est fils de la volonté et ce lien ne doit être brisé, faute de quoi un vice du consentement est constitué*³. »

90. Pour autant, la volonté ne se réduit pas au consentement, pas plus que le consentement à la volonté. La nécessité de distinguer la volonté et le consentement avait déjà été soulevée par Marie-Anne Frison-Roche qui indiquait à ce propos qu'« *il faut ainsi rappeler et tirer tout profit du fait que volonté et consentement ne peuvent se réduire l'un à l'autre, qu'échange et rencontre ne doivent pas s'assimiler. La volonté est au cœur de l'humanisme et marque l'antériorité incommensurable de l'homme tandis que le consentement est un objet, conséquence de la volonté, symbole et extériorisation de la volonté, mais distinct de la volonté. Ainsi, par la volonté, la personne manifeste sa puissance, sa capacité à poser par elle-même sa propre loi, sa liberté. Tandis que le consentement est signe d'une sorte de capitulation. Il y a toujours de l'aliénation dans le consentement*⁴. » Le consentement oblige celui qui le donne. Plus encore, « *la volonté peut vouloir tout tandis que le consentement ne peut porter que sur le possible, que sur ce que je peux donner. Le consentement a partie liée avec le patrimoine,*

¹ FABRE-MAGNAN M., « Chapitre II. La volonté », Muriel Fabre-Magnan éd., Le droit des contrats. Presses Universitaires de France, 2018, pp. 17-47.

² Art. 1109 al. 1^{er} du Code civil : « *Le contrat est consensuel lorsqu'il se forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression.* »

³ FRISON-ROCHE M.-A., Remarques sur la distinction entre la volonté et le consentement en droit des contrats, Revue trimestrielle de droit civil, 1995, p. 573 s.

⁴ FRISON-ROCHE M.-A., *ibid.*

alors que la volonté y est naturellement étrangère¹. » L'auteur démontre ainsi que, parce qu'ayant deux objets différents, volonté et consentement doivent être distingués.

91. Preuve si besoin était encore que le consentement n'est pas la volonté, il y a différentes manifestations de volonté. Cette dernière ne se traduit pas nécessairement par un consentement. Ainsi, dans certains avant-contrats, il y a deux volontés manifestées mais un seul consentement, un engagement. En effet, de ce point de vue, le bénéficiaire de la promesse unilatérale, en acceptant d'être partie au contrat, autrement dit, en acceptant le « rôle » de bénéficiaire, a manifesté une volonté mais sans pour autant donner son consentement à l'acte définitif, ce qui n'est pas le cas du promettant. Jean-Marie Verdier avait d'ailleurs déjà démontré qu'« *une partie peut s'engager « au principal », pour reprendre l'expression de Demolombe, et s'obliger à passer le contrat lorsque le partenaire le demandera. Puisque cet engagement, pour avoir effet, implique en droit français, quand l'autre partie n'est pas indéterminée, que celle-ci l'accepte, il y a accord de volontés sur le fond : les conditions du contrat sont fixées, une partie s'engage fermement et définitivement à conclure le contrat, l'autre manifeste sa volonté en en prenant acte, mais sans s'engager elle-même. À la différence de l'offre assortie d'un délai d'acceptation, il y a ici convention formée sur le fond même du droit* »².

92. Il peut même ne pas y avoir consentement du tout. Tel est le cas dans les actes unilatéraux. Ici, l'extériorisation de la volonté ne se traduit pas par un consentement contrairement à l'acte bilatéral. Si nous prenons l'exemple des actes unilatéraux réceptices comme les résiliations, les révocations, les renonciations, les retraits, les oppositions, les mises en demeure, etc., c'est leur caractère réceptice qui leur permet de produire des effets dans la sphère juridique. « *De manière générale, l'acte réceptice est l'acte qui nécessite une notification. Celle-ci conditionne sa validité* »³. Il ne fait dès lors aucun doute que la volonté se distingue du consentement.

¹ *ibid.*

² VERDIER J.-M., Les droits éventuels : contribution à l'étude de la formation successive des droits, Rousseau, 1955, p. 97 §116.

³ RBII J., L'acte unilatéral réceptice, in Métamorphose de l'acte juridique, Marc Nicod (dir.), Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ - Lextenso Editions, 2011, p. 88-126.

93. C'est dire finalement que la volonté est largement appréhendée par le droit. Le droit des contrats, loin de la réduire au consentement pour les raisons que nous avons évoquées précédemment, s'en saisit mais du point de vue de sa manifestation extérieure. C'est ainsi que l'article 1100-1 du Code civil définit les actes juridiques comme « *des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux.* » La notion de manifestation de volonté est en effet, beaucoup plus large que la notion de consentement et recouvre des hypothèses plus variées comme les actes unilatéraux ou les contrats. Par ailleurs, la volonté interne autrement dit la volonté psychologique, est, à n'en pas douter, largement prise en considération par le droit des contrats français, contrairement au droit allemand qui lui, privilégie la volonté déclarée¹. C'est ainsi que la volonté réelle est privilégiée et que « *la simulation est en principe juridiquement neutre : l'acte apparent ne correspondant pas à la volonté réelle des parties, c'est l'acte secret qui doit normalement recevoir application entre elles*² ». De même, c'est encore la volonté interne qui prime afin d'élucider l'ambiguïté présente dans une convention. Partant, le droit réserve un traitement juridique à un phénomène éminemment psychologique. Le rapprochement avec l'hésitation est tentant.

94. En résumé, nous ne pouvons que constater que le droit des contrats a pris en compte la question de la volonté, tout autant que sa manifestation. La difficulté qui retient notre attention est finalement celle de la période entre la volonté interne et l'extériorisation de celle-ci. Autrement dit, la période de gestation entre le vouloir et la manifestation de ce vouloir. Dit autrement encore, le processus décisionnel. Car l'acte juridique ne saurait résulter du seul vouloir, « *volonté considérée comme un état psychique essentiellement fluctuant*³ ». Il faut encore que cette volonté se transforme en une volonté juridique, « *produit achevé d'une réflexion, d'une délibération éclairée par l'intelligence*⁴ » qui donnera lieu finalement à une extériorisation. Rappelons en effet que toutes les volontés ne sont pas admises dans la sphère contractuelle⁵. Il faut donc en conclure que la volonté en droit n'est pas la décision. Or, nous

¹ RIEG A., *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1961.

² BRENNER Cl., LEQUETTE S., *Acte juridique – Théorie générale de l'acte juridique*, Répertoire de droit civil, Dalloz, Fév. 2019.

³ BRENNER Cl., LEQUETTE S., *ibid.*

⁴ *ibid.*

⁵ Nous évoquons ici l'incapacité des mineurs ou des majeurs protégés.

cherchons à déterminer comment le droit s'est saisi de la question de la décision et par conséquent, des problèmes de décision générant l'hésitation. L'analyse de la volonté s'étant révélée inopérante dans la réponse à nos interrogations, voyons si, comme en économie, il y a eu un glissement de la volonté à la décision et partant, si la notion de décision en droit peut nous aider dans nos recherches.

B. L'appréhension juridique de la notion de décision

95. L'étude de la notion de décision en droit en révèle ses limites (1). De là, la nécessité de la déterminer en droit des contrats (2).

1. La notion limitée de décision juridique

96. Dans le vocabulaire juridique, la décision est définie comme « *l'action de décider (par une autorité ou un particulier), de prendre parti (en général après une délibération) ; par ext., soit le parti adopté, la décision prise (par ex. acceptation ou refus, admission ou rejet), soit l'acte (instrumentum) qui la contient*¹. » Trois éléments notables ressortent de cette définition. D'abord, la qualité du décideur qui peut être une autorité ou un particulier. Ensuite, la décision est aussi entendue comme le résultat de la délibération ; autrement dit une étape de processus décisionnel. Enfin, la décision peut également être un acte, sans précision toutefois de la nature de l'acte dont il peut s'agir. Le vrai est que, généralement, le terme décision renvoie à la décision de justice. L'on en veut pour preuve le fait que le terme « décision » dans le vocabulaire juridique fait référence pour l'essentiel à la procédure : « *Terme générique englobant tout jugement, quel que soit son auteur (arbitre, tribunal de première instance, cour d'appel, Cour de cassation), son objet (décision contentieuse ou gracieuse)*² » et « *en un sens plus large, englobe même les décisions d'ordre administratif (et non juridictionnel) émanant d'un juge : mesure d'administration judiciaire*³ ».

97. La décision est autrement définie comme le « *terme général utilisé en procédure, pour désigner les actes émanant d'une juridiction collégiale ou d'un magistrat unique. Les actes*

¹ « Décision. » Déf. 1^e, Vocabulaire juridique, CORNU G., Association Henri Capitant, PUF, 12^e éd., 2016.

² « Décision. » Déf. 2^e, *ibid.*

³ « Décision. » Déf. 3^e, *ibid.*

juridictionnels émanant du Conseil constitutionnel ont ainsi reçu le nom de décision. Ce mot s'applique également au résultat des discussions d'un organisme collectif¹ » et renvoie aux termes arrêt, assemblée générale, délibération, jugement, ordonnance. Une autre définition est donnée, cette fois pour ce qui concerne le droit constitutionnel : « *Nom officiel des mesures prises (sans contreseing ministériel) par le président de la République en vertu de l'article 16 de la Constitution* ». Nous avons ainsi une précision supplémentaire quant au type d'actes qui peuvent être l'*instrumentum* de la décision, à savoir un jugement ou encore un arrêt pour la décision rendue par une autorité. Il nous reste à définir de quel *instrumentum* s'agit-il pour la personne privée.

98. Le même lexique définit d'autres types de décision comme la décision contentieuse, la décision de non-admission, la décision de principe ou d'espèce, la décision gracieuse, la décision implicite ou encore la décision préalable. Toutes ces décisions ont trait à la procédure qu'elle soit civile ou administrative, en ce qu'il s'agit d'un type de décision rendue par une juridiction ou d'une règle de procédure mais également aux décisions collectives d'un organisme communément appelées « délibération ». Ce dernier terme revêt deux acceptions : d'une part comme « *l'examen et la discussion d'une affaire d'un organe collectif avant qu'il prenne une décision* » et d'autre part comme le « *résultat de cette décision : la décision prise. Ce terme est spécialement employé pour désigner les décisions prises par les assemblées des collectivités territoriales².* » Ici encore, ce terme est relatif au droit administratif. Il faut également noter que la définition du terme délibération laisse apparaître qu'il existe un processus décisionnel en droit administratif dont la délibération est une étape³. C'est comme si la décision était l'apanage des institutions ou des organismes. Il est vrai que l'étude de la décision administrative est très vivace. Toutes ces décisions ont cela de particulier qu'elles sont la manifestation d'un pouvoir. Est-ce à dire que la décision est seulement « rendue », en ce sens qu'elle soumet le destinataire de la décision ?

99. La réponse à cette question est nuancée quand l'on se tourne vers les textes. Ce ne sont pas moins de 14 928 articles qui contiennent le terme « décision » comme le Code de commerce, le Code de la propriété intellectuelle, le Code de la consommation, le Code général

¹ « Décision », GUINCHARD S., DEBARD Th., Lexique des termes juridiques, 27^e éd., Dalloz, 2019-2020

² « Délibération », GUINCHARD S., DEBARD Th., Lexique des termes juridiques, 27^e éd., Dalloz, 2019-2020

³ Cf. infra n° 131 et s.

des impôts, le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, le Code des communes, etc., étant précisé que c'est le Code de commerce qui contient la majorité des dispositions relatives à la décision. Il n'est pas si surprenant que le droit de l'entreprise soit le terrain privilégié de la décision puisque pour fonctionner et se développer, la vie quotidienne de l'entreprise est faite de décisions¹. Ainsi, « *la gérance des sociétés civiles s'opère en effet par des « décisions » tout comme l'acte de révocation est conçu comme une « décision »*² ». En outre, « *nombre de décisions sont reconnues par l'ordre juridique sous d'autres vocables. Parmi les notions équivalentes à celles de décision, figure celle de « mesure ». Les règles de non-discrimination ont ainsi pour objet « les mesures » du chef d'entreprise tout comme l'exclusion d'un associé est caractérisée par une « mesure d'exclusion »*). L'« acte » constitue un autre équivalent fonctionnel de la décision, ce qu'illustrent les « actes » de l'autorité parentale, parfois d'ailleurs qualifiés de « décisions »³. » C'est dire finalement la prégnance de la décision dans les textes législatifs et ce, dans tout ce que peut recouvrir la notion de décision, à savoir la décision des institutions tout autant que la décision des personnes privées. La littérature juridique se montre, elle, plus lacunaire, à tout le moins pour ce qui concerne le droit des contrats.

¹ Par exemple, art. L233-5-1 du Code de commerce : « *La décision par laquelle une société qui possède plus de la moitié du capital d'une autre société au sens de l'article L. 233-1, qui détient une participation au sens de l'article L. 233-2 ou qui exerce le contrôle sur une société au sens de l'article L. 233-3 s'engage à prendre à sa charge, en cas de défaillance de la société qui lui est liée, tout ou partie des obligations de prévention et de réparation qui incombent à cette dernière en application des articles L. 162-1 à L. 162-9 du code de l'environnement est soumise, selon la forme de la société, à la procédure mentionnée aux articles L. 223-19, L. 225-38, L. 225-86, L. 226-10 ou L. 227-10 du présent code.* » ; art. Article L228-72 : « *A défaut d'approbation par l'assemblée générale des propositions visées aux 1° et 4° du I. de l'article L. 228-65, le conseil d'administration, le directoire ou les gérants de la société débitrice peuvent passer outre, en offrant de rembourser les obligations dans le délai fixé par décret en Conseil d'Etat. La décision du conseil d'administration, du directoire ou des gérants de passer outre est publiée dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, qui détermine également le délai pendant lequel le remboursement doit être demandé.* » ; pour les sociétés civiles, art. 1852 du Code civil al. 1^{er} : « *Sauf disposition contraire des statuts le gérant est révocable par une décision des associés représentant plus de la moitié des parts sociales. Si la révocation est décidée sans juste motif, elle peut donner lieu à dommages-intérêts.* »

² LOKIEC P., La décision et le droit privé, Dalloz, 2008, p. 2293

³ LOKIEC P., *op. cit.*, p. 2293.

2. La détermination de la notion de décision en droit des contrats

100. Nous avons vu précédemment que chaque action réalisée est le résultat d'une décision prise au préalable, elle-même manifestation d'une volonté interne¹. S'il est vrai que tout est décision, seules certaines décisions pénètrent la sphère juridique parce qu'elles créent des effets juridiques et sont sources d'obligations. Certaines actions deviennent en effet des faits juridiques parce que bien que voulues au demeurant, les conséquences juridiques que la loi attache à ces actions n'ont pas forcément été recherchées par le décideur, comme les fiançailles par exemple². D'autres décisions vont plus spécifiquement pénétrer la sphère contractuelle parce qu'elles se matérialiseront par un contrat. Dès lors, « *on établit très aisément un parallèle entre la prise de décision et la conclusion d'un contrat (qui en soi ne fait rien d'autre qu'exprimer la prise d'une décision)* »³. Le contrat est donc l'illustration même de l'*instrumentum* contenant une décision, un choix préalable. Il a cela de particulier qu'il est le résultat de deux décisions, en ce qu'il est bipartite. Il est un « *accord de volontés* »⁴. Youssef Guenzoui indique ainsi que « *pour former un contrat, il faut d'abord être d'accord, l'accord résidant dès lors dans la rencontre de deux consentements donc dans la rencontre de deux manifestations de volonté* »⁵.

101. Le modèle contractuel est le modèle phare du droit des contrats. Néanmoins, l'article 1100-1 du Code civil issu de l'ordonnance de 2016⁶, a introduit une autre catégorie de source d'obligations soumises au droit des contrats. Il s'agit des actes juridiques unilatéraux dont l'existence est ancienne mais qui a été consacrée récemment. S'il est pourtant un fait persistant, c'est la soumission de ces actes unilatéraux aux règles prévues pour le contrat⁷, ce que d'aucuns

¹ Cf. supra n° 41 et s.

² Art. 1100-2 du Code civil al. 2 : « *Les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit.* »

³ MICHAUX S., *op. cit.*, p. 831.

⁴ Art. 1101 du Code civil : « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.* »

⁵ GUENZOU Y., La notion d'accord en droit privé, Thèse, L.G.D.J, 2009, p. 100.

⁶ Art. 1100-1 du Code civil : « *Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux.*

Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats. »

⁷ L'alinéa 2 de l'art. 1100-1 du Code civil est sans appel : *Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats.* »

regrettaient déjà bien avant l'ordonnance¹. Pascal Lokiec², relevant « *la montée de l'unilatéralisme* », regrettait la soumission inappropriée des actes unilatéraux au régime général du droit des contrats. Cette autorité quasi absolue du contrat avait, selon lui, ses limites. « *D'une part, les mécanismes de contrôle de la prérogative contractuelle, ne permettent pas un contrôle efficace des actes unilatéraux. (...) D'autre part, le contrat et son régime, conçus pour régir un accord, ne peuvent sans risque de forçage appréhender des actes de caractère unilatéral*³. » Pour pallier ces insuffisances, il proposait « *l'élaboration d'une théorie générale de la décision* ». L'auteur expliquait que « *la montée de l'unilatéralisme, qui trahit les limites de la logique contractuelle, met en avant une tout autre figure, dont le régime traverse aujourd'hui tout un pan du droit privé (motivation, contradictoire, proportionnalité, motif légitime...) : la décision*⁴. » Ainsi, le concept de décision, « *par opposition au contrat, exprime un accord de volontés, la décision constitue la principale manifestation du pouvoir, entendu comme la faculté d'imposer sa volonté à autrui*⁵. » Il nous semble néanmoins que la décision ne se limite pas à la faculté d'imposer sa volonté à autrui⁶.

102. D'abord, l'auteur ne distingue pas la décision de l'*instrumentum* qui la contient. Autrement dit, il ne distingue pas la décision et de l'acte unilatéral. Or, tout comme le contrat n'est qu'un type d'*instrumentum* de la décision, l'acte unilatéral en est un autre. Car il est évident que la décision est unilatérale. Elle l'est toujours. Sa manifestation juridique l'est également⁷. Ainsi, le consentement est unilatéral « *puisque'il se définit comme l'émission objective de la volonté, laquelle n'a son siège que dans l'unicité de la conscience*⁸. » Le contrat résulte donc de la rencontre de deux décisions manifestées par deux consentements. D'ailleurs,

¹ Et même après, en ce sens MORON-PUECH B., Contrat ou acte juridique ? Étude à partir de la relation médicale, Thèse, Paris, 2016.

² LOKIEC P., La décision et le droit privé, Dalloz, 2008, p. 2293.

³ *ibid.*

⁴ *ibid.*

⁵ *ibid.* Voir également, CROZE H., Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision, in Mélanges J. Normand, Litec 2003, p. 127, n° 12.

⁶ La Cour de cassation utilise d'ailleurs le terme de décision sans qu'il ne soit question de pouvoir sur autrui. Elle parle de « manifestation de volonté » Cass. Soc., 12 nov. 1997, Bull. civ. V, n° 375, p. 270 ou « d'engagement unilatéral », Cass. Soc., 6 déc. 2005, n°03-46538.

⁷ Voir DABOSVILLE B., L'information du salarié, Thèse, Dalloz, 2013, spé. p. 32 et s.

⁸ FRISON-ROCHE M-A, Unilatéralité et consentement, in L'unilatéralisme et le droit des obligations, Economica, sous la dir. de C. Jamin, et D. Mazeaud, 1999, p. 21

ce n'est pas parce qu'il y a pluralité de consentements qui se rejoignent qu'il y a contrat. L'on en veut pour preuve les décisions collectives des associés ou actionnaires qui sont effectivement des concours de consentements mais qui pour autant, ne donnent pas lieu à des contrats¹.

103. Il est ensuite permis de regretter que l'auteur analyse la décision comme les définitions que nous avons évoquées à savoir la décision qui soumet l'autre, la décision qui impose et s'impose à l'autre. C'est ainsi que selon lui, « *le principal siège de la décision dans le rapport contractuel est situé dans la phase d'exécution du contrat, plus précisément lors de l'exercice de prérogatives contractuelles*² » comme la fixation du prix, la modification de tel ou tel élément ou de se substituer un tiers. La rupture est également selon lui la manifestation du pouvoir de décision. Il est vrai que la décision permet d'imposer sa volonté à autrui. Mais, elle est aussi selon nous, la faculté de choisir de se soumettre comme la volonté de se soumettre à une obligation en donnant son consentement³.

104. Partant, le principal siège de la décision dans le contrat n'est plus l'exécution mais bel et bien la conclusion du contrat. Il suit de là que la décision en droit des contrats est évidemment unilatérale et qu'il s'agit d'une manifestation unilatérale de volonté générant des effets de droit. Il peut, à cet égard, s'agir d'un contrat, et en pareil cas, il y aura réunion de deux décisions. Il peut autrement s'agir d'un acte juridique unilatéral comme la résiliation, la résolution, le licenciement, la confirmation d'un acte nul, la renonciation ou un engagement unilatéral. Ainsi, la décision existe au moment de la conclusion de l'acte mais également durant l'existence du contrat⁴ jusqu'à la rupture éventuelle de celui-ci. Avec la particularité que ces deux dernières

¹ Certains considérant d'ailleurs que l'acte fondateur de toute société n'est pas un contrat. En ce sens, DIDIER P., Le consentement sans l'échange : contrat de société, in FRISON-ROCHE, Marie-Anne (dir.), L'échange des consentements, Revue de Jurisprudence commerciale, n° spécial, n° 11, 1995, p. 74-80.

² LOKIEC P., *op. cit.*, p. 2293.

³ Sur la distinction volonté/consentement, cf. supra n° 88 et FRISON-ROCHE, M.-A., Remarques sur la distinction entre la volonté et le consentement en droit des contrats, Revue trimestrielle de droit civil, 1995, p. 573 s.

⁴ Pour un exemple, l'art. 1223 du Code civil : « *En cas d'exécution imparfaite de la prestation, le créancier peut, après mise en demeure et s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix. L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit.* » ou encore, l'art. 1195 al. 1^{er} du Code civil : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution*

périodes concernent essentiellement mais pas uniquement, des décisions unilatérales, ce qui, de ce point de vue, rejoint la vision de M. Lokiec. En outre, chaque période révèle ses propres préoccupations : ainsi, les tourments de l'entrée dans la vie contractuelle ne sont pas forcément les mêmes que ceux que génèrent une décision relative à l'exécution ou la rupture du contrat mais peuvent, pour autant, générer une hésitation. Il serait donc en réalité plus juste de dire que les actes juridiques sont les *instrumentum* de décisions, qu'ils soient unilatéraux ou conventionnels.

105. C'est dire que tout est décision mais que tout n'est pas décision juridique. Il serait tentant de considérer que l'offre est une décision, comme l'acceptation. Tel n'est pourtant pas systématiquement le cas. En réalité, pour qu'une décision soit considérée comme une décision juridique, il ne suffit pas qu'il s'agisse d'une manifestation de volonté. Encore faut-il que cette manifestation de volonté ait un effet juridique. Or, l'offre, comme l'acceptation, ont besoin d'être reçues par une tierce personne, pour créer des effets juridiques¹. Cela témoigne en outre, si besoin était encore, de la prégnance de l'unilatéralisme dans le concept de décision.

106. Le vrai est que le droit des contrats ne s'est pas réellement saisi de la notion de décision, pas plus qu'il ne s'est intéressé au processus décisionnel. Il se borne uniquement à vérifier la conformité de ces décisions aux règles de droit, c'est-à-dire leur régime. Il nous semble évident que si ce processus n'est pas déterminé, la vérification de sa conformité aux règles présentera, de fait, des lacunes. Pour le dire autrement, l'application de la théorie des vices du consentement pourrait s'en trouver affaiblie. En outre, l'absence de systématisation de la décision conduit à un traitement épars et ponctuel parfois en décalage entre la théorie et la pratique. C'est dire les conséquences fâcheuses de l'ignorance du processus décisionnel. Le doyen Carbonnier avait d'ailleurs souligné cet oubli, ou plus justement cette négligence : « *Une notion semble s'offrir, qui pourrait rayonner dans les trois directions où la sociologie du droit*

excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. »

¹ L'offre est l'exemple parfait de l'acte unilatéral réceptice. L'art. 1115 du Code civil dispose ainsi que : « *Elle peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire.* » C'est dire que la lettre du texte privilégie le moment de la réception au moment de la connaissance de l'offre. Voir en ce sens GENICON T., Articles 1115, 1118 et 1119, 1122 : à propos de la date d'effet de la rétractation et de la caducité des manifestations de volonté (offre et acceptation), RDC 2015, n° 112h0, p. 740.

cherche ses applications pratiques : la notion de décision. » Il relève ainsi que « *parmi les applications possibles de la sociologie du droit, les plus significatives se rencontrent autour de décisions, car la déclaration de volonté contractuelle, le jugement, la loi sont par nature, des décisions juridiques*¹. »

107. De tout ce qui précède, nous pouvons déduire qu'en droit des contrats, la décision peut être contenue dans un acte juridique, qui en est alors l'*instrumentum*. Nous savons, en outre, que la décision s'exprime par une manifestation de volonté. Les économistes ont, pour leur part, nous l'avons vu², recouru au terme de décision, pour s'affranchir des contingences psychologiques et se concentrer sur le moyen de prendre une décision optimale. Leur objectif est de déterminer les moyens permettant à l'agent de prendre la « meilleure » décision. Conceptualiser la décision en droit des contrats est également nécessaire. Cela d'autant plus que le décideur peut avoir à justifier de son choix comme le contractant qui peut devoir motiver sa décision de refus ou de rupture. Pis, ses décisions peuvent engager sa responsabilité ou l'exposer à certains risques comme le prévoit par exemple l'article 1226 du Code civil³. La conceptualisation de la décision commande également la détermination de son déroulement de formation, afin de mieux appréhender l'hésitation et son traitement.

II. La détermination de la notion de décision et de son processus de formation

108. Eu égard à la prégnance de la notion de décision dans le domaine juridictionnel, il apparaît pertinent d'étudier le processus décisionnel du juge et ce d'autant que, « *l'échange des consentements, comme bien d'autres mécanismes juridiques, s'étire, se processualise. Le temps interfère alors dans l'appréhension de l'échange des consentements et attire l'observateur vers une comparaison entre contrat et procès*⁴ ». Bien que notre analyse de la décision ne se limite pas au seul moment de la formation du contrat⁵, le parallèle entre le

¹ CARBONNIER J., Sociologie juridique, PUF, 2ème éd., juin 2017, p. 257.

² Cf *supra*

³ Art. 1226 du Code civil al. 1 : « *Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.* »

⁴ FRISON-ROCHE M-A, Rapport de synthèse de « L'échange des consentements », *op.cit.*

⁵ Il est vrai que nous avons limité notre champ d'étude à la formation du contrat. En revanche, pour les besoins de notre étude, il est nécessaire d'étudier la décision. Il suit de là qu'il nous paraît plus opportun de l'appréhender

processus décisionnel du juge et celui du contractant est évident. En outre, son processus décisionnel étant formellement établi, son hésitation est traitée (A). Cela nous aiguillera dans l'élaboration du processus décisionnel en droit des contrats (B).

A. Le juge et l'hésitation

109. « *Impossible [...] de définir l'expression "dire le droit" si l'on élimine les hésitations, le parcours sinueux, les méandres de la réflexion ; ce n'est pas pour rien que l'on représente la justice aveugle et la balance à la main : c'est qu'elle hésite en effet et qu'elle procède à tâtons*¹ ». Les sociologues qui se sont intéressés au travail du juge ont mis en évidence son hésitation, considérant même qu'il s'agit « *d'un devoir d'hésitation*² ». Cela est d'ailleurs confirmé à l'étude du processus décisionnel du juge (1). Il convient, par conséquent, de s'interroger sur la réception normative de l'hésitation de ce dernier (2).

1. L'exemple du processus décisionnel du juge

110. Dans le domaine juridique, la décision a trait au juge. Sans doute le profane songera davantage au juge de première instance, principal acteur de la justice quotidienne. Les juridictions du premier degré connaissent en effet des litiges les plus variés, rendant généralement, des décisions en premier ressort, autrement dit, qui peuvent faire l'objet d'un appel devant une cour d'appel³, second degré de juridiction.

111. Ces juridictions ont pour point commun de juger en fait et en droit contrairement à la Cour de cassation qui est appelée, pour l'essentiel, non à trancher le fond, mais à dire si, en fonction des faits qui ont été souverainement appréciés dans les décisions qui lui sont déférées, les règles de droit ont été correctement appliquées. Dit autrement, elle juge les décisions des juges du fond. Partant, il nous apparaît opportun de circonscrire notre étude à la décision de

de façon plus générale, afin que le processus décisionnel soit utilisable quelle que soit la décision (celle de contracter, celle de rompre le contrat, etc.).

¹ LATOUR B., *La fabrique du droit : une ethnographie du Conseil d'État*, La Découverte, 2004, p. 161.

² WELLER J.-M., *Comment décrire ce qu'on ne voit pas ? Le devoir d'hésitation du juge de proximité au travail*, *Sociologie du travail*, Vol. 53 - n° 3 | 2011, 349-368 ; LATOUR B., *op.cit.*

³ Art. 543 du Code de procédure civile.

ces derniers¹. Leur situation se rapproche davantage de celle du contractant décideur. En outre, nous ne nous intéresserons qu'à la prise de décision des juridictions de l'ordre judiciaire. En effet, les décisions de l'ordre administratif font l'objet de nombreuses particularités qu'il nous serait matériellement impossible d'aborder ici.

112. Le juge rend formellement sa décision aux termes d'un jugement ou d'un arrêt. C'est dire que ceux-ci constituent l'*instrumentum* de la décision² au même titre que l'acte juridique l'est pour celle des personnes privées. Afin de prendre sa décision et de respecter l'obligation de statuer prévue par l'article 4 du Code civil³ tout autant que celle imposée par l'article 12 du Code de procédure civile⁴, le juge est tenu de réaliser un certain nombre d'opérations prévues par le Code de procédure civile lui-même⁵.

113. Celui-ci débute par la constatation des faits. Opération de fait, elle consiste pour le juge, à vérifier l'existence des faits allégués par les parties et conduit ensuite à la qualification juridique desdits faits⁶. Il s'agit cette fois d'une opération de droit qui consiste à faire entrer les faits dans la sphère juridique grâce à une appellation juridique spécifique. Pour y parvenir, le juge doit identifier les faits constatés comme correspondant à une notion juridique spécifique. Ces deux premières étapes aboutissent ensuite à la déduction des conséquences légales, autrement dit, la solution. C'est parce que les faits constatés correspondent à une catégorie juridique particulière que la règle qui lui est propre doit être appliquée⁷. Toutes ces étapes

¹ Art. L. 311-1 du Code de l'organisation judiciaire.

² L'exigence d'un écrit résulte des mentions obligatoires édictées par les art. 455 à 456 du Code de procédure civile devant figurer aux termes du jugement ; l'art. 456 précisant qu'il peut être établi sur support papier ou électronique. La forme écrite de la décision permet, outre la conservation, la publication et l'exécution, de prouver son contenu.

³ Art. 4 du Code civil : « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.* »

⁴ Art. 12 du Code de procédure civile al. 1 et 2 : « *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.*

Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.(...) »

⁵ Chapitre 1^{er} du Titre 1^{er} du Livre 1^{er} du Code de procédure civile.

⁶ ANCEL J.-P., La rédaction de la décision de justice en France, *Revue internationale de droit comparé*, 1998, 50-3, pp. 841-852, p. 846

⁷ JANVILLE Th., La qualification juridique des faits, 2 volumes, PUAM, 2004.

constituent en réalité le processus décisionnel que doit suivre le juge pour parvenir à une décision.

114. Il peut se dérouler rapidement et sans encombre lorsque les faits soumis à son appréciation et la règle de droit applicable sont évidents et limpides. C'est le cas par exemple d'un divorce pour faute lorsque l'adultère de l'époux fautif est clairement établi ou dans l'hypothèse de l'inexécution manifeste d'une obligation contractuelle. Reste que les choses sont rarement d'une telle simplicité. En effet, juger est avant tout, œuvre humaine et partant, le juge peut être sujet à l'hésitation. Cela d'autant plus que des incertitudes et des doutes peuvent s'inviter aux débats.

115. L'hésitation du juge peut d'abord résulter d'une incertitude relative aux faits¹. Or, la constatation des faits revêt une importance cruciale en ce qu'elle constitue la base de son processus décisionnel et conduira à la qualification juridique, étape tout aussi cruciale puisqu'elle permet de déterminer la règle juridique applicable. Il est évident qu'une fondation flageolante rend le reste de la structure du raisonnement tout aussi chancelant, l'ensemble pouvant s'effondrer sous les critiques de la partie insatisfaite. L'incertitude relative à la véracité des faits entraîne² une difficulté dans la qualification des faits dont dépend le choix de la règle applicable et par conséquent, la résolution du litige.

116. En outre, bien que constituant une opération de fait, il existe pas moins de six cas d'ouverture à cassation correspondant à une critique de celle-ci³. Au surplus, bien que les faits puissent être clairement établis, l'hésitation du juge peut encore survenir au moment de

¹ Saisi sur le fondement de la garantie des vices cachés, le juge du fond ne peut se borner à déclarer la demande irrecevable comme tardive sans rechercher si les faits par lui relevés ne devaient pas s'analyser en un manquement du vendeur à son obligation de délivrance. Cass. Civ. 1^{ère}, 14 févr. 1989, n° 87-13.539.

² L'incertitude peut d'ailleurs persister : « La cour d'appel, tant par ses motifs propres que par l'adoption de ceux des premiers juges, a constaté " l'incertitude qui (subsistait) quant aux motifs réels de retard dans la remise des comptes (et que) Jules X... (n'apportait) à l'appui de son appel aucun élément permettant d'imputer à sa mère et à son beau-père le retard de la reddition du compte " » Cass. Civ. 1^{ère}, 21 juil. 1970, n° 67-10044.

³ WEBER J-F., Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile, BICC n° 702, 15 mai 2009, p. 6 et s. ; Le pouvoir souverain des juges du fond, Communication du 02 février 2009 de la Cour de cassation dans le cadre du cycle « Droit et technique de cassation 2009 » ; AUBERT J-L., La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile, Dalloz 2005, Chron. p. 1115 ; BORÉ J. et L., La cassation en matière civile, Dalloz, 2015, 5^{ème} éd.

trancher le litige, autrement dit lors de l'application de la règle de droit¹. « *L'hésitation qui concerne le règlement judiciaire d'un contentieux démarre dès la prise du dossier, et s'achève avec la signature de la note d'audience dûment rédigée*² ». La motivation assure, en pareille hypothèse, un rôle crucial.

117. En effet, afin de s'assurer de la conformité de la réalisation de son processus décisionnel, l'*instrumentum* doit contenir un certain nombre de mentions obligatoires³ au rang desquels la motivation tient une place d'importance. « *La motivation du jugement est l'exposé des raisons qui ont conduit le juge à prendre la décision qu'il va exposer dans le dispositif*⁴ ». À cet égard, elle sert de rempart à l'arbitraire et permet à la Cour de cassation d'opérer son contrôle. Pour une raison simple : c'est la motivation qui énonce le raisonnement par lequel le juge se livre à l'analyse des faits, à leur qualification juridique, à l'appréciation des moyens de preuve, à l'application des règles de droit utiles à la solution du litige et à l'expression de cette solution. Il s'agit donc d'une motivation en fait et en droit. Il suit de là que la motivation peut révéler les faiblesses de son raisonnement⁵. En effet, elle est révélatrice de l'hésitation qui a pu perturber le processus décisionnel du juge lorsque les motifs sont dubitatifs ou hypothétiques.

¹ Il est de principe que, tenu de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables, le juge doit vérifier, même d'office, que les conditions d'application de la loi sont remplies. Cass. Civ. 2^{ème}, 18 mars 1975, n° 74-10.455.

Par ailleurs, un revirement de jurisprudence ou une divergence entre les chambres de la Cour de cassation, ou un texte manquant de clarté peut complexifier le choix de la règle applicable.

² WELLER J.-M., *op.cit.*

³ Art. 455 à 456 du Code de procédure civile.

⁴ EUDIER F., GERBAY N., Jugement – Mentions relatives au fond du procès, Répertoire de procédure civile, octobre 2018 (Mise à jour 2019), n°251.

⁵ « *Les enjeux de la motivation d'une décision sont cruciaux. Moralement la motivation est censée garantir de l'arbitraire, mais ses vertus sont aussi d'ordre rationnel, intellectuel, car motiver sa décision impose à celui qui la prend la rigueur d'un raisonnement, la pertinence de motifs dont il doit pouvoir rendre compte. Le cas échéant, la motivation donnera l'appui nécessaire pour contester de façon rationnelle la décision. C'est rappeler ainsi que la motivation, en ce qu'elle livre à autrui les raisons qui expliquent la décision, constitue également une information.* » Rapport annuel de la Cour de cassation, Étude : Le droit de savoir, 2010 ; Voir également, GRIMALDI M., in *La motivation*, Travaux de l'association Henri Capitant, L.G.D.J, 2002.

118. Le motif dubitatif qui équivaut à un motif inexistant¹, « *révèle un doute ou une hésitation du juge quant à la solution à adopter*² ». Ce dernier « *exprime un doute à propos de l'existence du fait qu'il tient cependant pour fondement de sa décision*³ ». Ainsi en est-il du juge qui hésite quant à l'étendue de la responsabilité d'un conducteur de véhicule tirant une remorque entré en collision avec une motocyclette et qui « *énonce que les impacts relevés sur la remorque laissent à penser que M. X... ne tenait pas scrupuleusement sa droite, alors qu'il se trouvait dans une courbe au volant d'un ensemble occupant une place importante*⁴ ». L'emploi de l'expression « laissent à penser » trahit l'hésitation du juge. De même lorsque celui-ci, hésitant en raison de l'incertitude portant sur l'authenticité d'une signature, indique que « *la signature litigieuse semblait avoir été réalisée par monsieur X...*⁵ ». En somme, les expressions telles que « il semblerait que »⁶ ou « peut-être »⁷ ou « paraît »⁸ manifestent l'hésitation du juge. C'est dire qu'en pareille hypothèse, en raison d'une incertitude persistante portant sur les faits, son hésitation concerne le fondement de la règle juridique applicable. Pour autant, il ne peut refuser de trancher sauf à s'exposer à un déni de justice. Autrement dit, l'hésitation ne peut paralyser son processus décisionnel. Par conséquent, il fige son incertitude par le recours d'expressions exprimant le conditionnel.

119. En revanche, l'expression « dans le doute »⁹ révèle un motif hypothétique. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle « *le juge tient pour certain un fait qui ne relève que d'une supposition*

¹ Cass. Civ. 2^{ème}, 3 nov. 1993, Bull. civ. II, n° 303 ; Cass. Civ. 2^{ème}, 6 déc. 1995, n° 93-21.748, Bull. civ. II, n° 302 ; JCP 1996. II. 22719, note Puigelier.

² EUDIER F., GERBAY N., *op.cit.*, n°251.

³ EUDIER F., GERBAY N., *op.cit.*, n°299.

⁴ Cass. Civ. 2^{ème}, 6 déc. 1995, *op.cit.*

⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 14 mai 2009, n° 08-12.345.

⁶ Cass. Civ. 3^{ème}, 26 nov. 1974, Bull. civ. III, n° 439., Cass. Com. 30 juin 1980, Gaz. Pal. 1980. 2. Somm. 556. ; Cass. Civ. 1^{ère}, 7 mars 1984, Bull. civ. I, n° 91 ; Cass. Civ. 2^{ème}, 3 nov. 1993, *op.cit.*

⁷ Cass. Com. 29 mars 1966, Bull. civ. III, n° 180.

⁸ Cass. Com. 27 janv. 1998, no 94-21.178.

⁹ « *Attendu que, pour accueillir sa demande, la décision, après avoir énoncé qu'il existe une possibilité en vertu de l'article 689 du Code de procédure pénale, alinéa 2, que l'infraction punie par la législation espagnole puisse être poursuivie et jugée par les juridictions françaises dans l'hypothèse où l'un des trois agresseurs de Mme X... serait de nationalité française, énonce que, dans le doute, les agresseurs n'ayant pu être identifiés, il convient de faire bénéficier la victime de l'hypothèse la plus favorable à la protection de ses droits* ». Cass. Civ. 2^{ème}, 14 nov. 1990, n° 88-15.816.

*de sa part*¹». Le motif hypothétique exprime donc une éventualité, une supposition. Ici encore, le juge fige son incertitude afin de dépasser son hésitation pour parvenir à une décision. « *La distinction entre le motif dubitatif et le motif hypothétique est sans réelle portée pratique puisque, dans les deux cas, la Cour de cassation prononce une censure pour défaut de motifs.* »²»

120. Afin d'éviter pareils écueils, se pose alors la question de savoir quels sont les moyens dont dispose le juge pour surmonter son hésitation ?

2. La réception normative de l'hésitation du juge

121. Les règles organisant l'hésitation du juge visent à traiter les doutes relatifs aux faits d'espèce (a) et les doutes relatifs à la solution juridique (b).

a. Les doutes relatifs aux faits d'espèce

122. Loin de subir l'hésitation, celle-ci est aussi pour le juge un « *élément de sa méthode de réflexion* »³. Elle est même un devoir et sans elle, « *la justice ne saurait se dire* »⁴. « *L'hésitation apparaît incontournable au travail judiciaire* »⁵ en raison d'incertitudes relatives aux clauses d'un contrat⁶ par exemple mais également à cause d'un manque de preuves ou *a contrario*, trop de preuves. Pourtant le juge ne peut refuser de trancher au motif que la vérité judiciaire lui apparaît trop lointaine ou trop incertaine car empreinte de doute. C'est ainsi qu'un ensemble de règles organise le traitement de l'hésitation qui pourrait entraver la décision du juge et prévoit des prérogatives permettant de dissiper tout doute et singulièrement celui portant sur les faits.

¹ EUDIER F., GERBAY N., *op.cit.*, n°299.

² *Ibid.*, n°301.

³ ANCEL J.-P., *op.cit.*

⁴ WELLER J.-M., *op.cit.*

⁵ WELLER J.-M., *ibid.*

⁶ Par exemple sur la qualification d'une clause contraignant les vendeurs d'un immeuble, dans le délai de trois mois à compter de la signature de l'acte authentique, de faire enlever une jardinière établie sur le domaine public, sous astreinte journalière. Cass. Civ. 2^{ème}, 3 sept. 2015, n° 14-20.431.

123. Le processus décisionnel du juge est un enchaînement logique et linéaire dont la base est la constatation des faits¹. C'est dire que la phase fondamentale du processus est en même temps, le terrain d'élection des doutes. C'est la raison pour laquelle le législateur a prévu plusieurs règles pour enrayer les doutes qui pourraient survenir durant cette phase : l'information d'une part (*a*) et le choix édicté (*β*).

a. L'information

124. Ainsi, le juge « *peut inviter les parties à fournir des explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige*² » voire prendre en considération des faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués³. Le juge peut encore « *ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles*⁴ » comme des expertises judiciaires⁵. Les parties elles-mêmes participent à la dissipation des incertitudes, volontairement ou sous la contrainte du juge⁶. C'est dire que la phase initiale de son processus décisionnel, sert au recensement des informations lesquelles fonderont sa décision. De là, l'obligation pour lui de s'informer, grâce

¹ Cf supra n° 113.

² Art. 8 du Code de procédure civile.

³ Art. 7 al. 2 du Code de procédure civile : « *Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions.* » Le juge peut, en matière contractuelle, relever, pour déterminer la nature et l'étendue des obligations des parties, le contenu de clauses qui n'avaient pas été spécialement invoquées. (Cass. Civ. 1^{ère}, 19 mai 1981: Bull. civ. I, n° 170). Il peut également, s'agissant action en nullité pour erreur, relever des inexactitudes ou omissions des documents contractuels, bien que les parties ne les aient pas invoquées dans leurs conclusions. Cass. Civ. 3^{ème} 29 nov. 1978: JCP 1979. IV. 48. Sur ce point, voir notamment BOLARD G., Les faits tirés du dossier, in Mélanges. J. Normand, Litec, 2003, p. 43.

⁴ Art. 10 du Code de procédure civile.

⁵ « *Tantôt négligeable, tantôt décisive, l'expertise judiciaire contribue très inégalement à la formation du verdict, mais fait varier d'autant le rôle du magistrat. Maître de la décision, le juge peut n'en être que l'organisateur* ». DUMOULIN L., L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte, Droit et Société, 2000, 44-45, p. 199 à 223.

⁶ Art. 11 du Code de procédure civile

aux expertises par exemple¹, mais également le droit pour lui d'être informé par les parties². En cas de manquement de ces dernières, « *le juge peut toujours inviter une partie à fournir des éléments de nature à l'éclairer* »³. Les parties ont ainsi une obligation de concours aux mesures d'instructions⁴, autrement dit, une obligation d'information.

β. Le choix édicté

125. De même, les articles 1188 à 1192 du nouveau chapitre III du Code civil relatif à l'interprétation du contrat révèlent que le doute est pensé comme un élément à part entière du processus d'interprétation du contrat par le juge. Ces articles indiquent⁵ expressément à ce dernier quel choix opérer en cas d'hésitation. Ainsi, l'article 1188 dispose qu'en cas d'incertitude portant sur l'intention des parties, « *le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation.* » De même, l'article 1190 invite le juge à opérer un choix spécifique selon le type de contrat : « *Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé.* » L'article 1191, lui, tranche pour le sens qui confère un effet à une clause dans l'hypothèse où celle-ci est susceptible de deux sens⁶. Ainsi, le traitement réservé à l'hésitation peut résulter d'un choix qui n'appartient plus au juge, mais qui est édicté comme le fait également l'article L.532-1 du Code de l'environnement.

¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 14 mars 2000, n° 97-21.581 : « *eu égard à la contestation sur la cause du décès de Yannick Y..., il était de l'office du juge d'ordonner une expertise judiciaire, en autorisant l'expert à accéder au dossier médical, afin de la déterminer ; que dès lors qu'il n'est pas contesté que les opérations d'expertise furent réalisées contradictoirement, les griefs du moyen, qui, soit ne tendent qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine de la cour d'appel quant à la nécessité d'ordonner une mesure d'instruction nécessaire à la manifestation de la vérité, soit sont inopérants en ce qu'ils concernent des clauses du contrat d'assurance relatives aux certificats médicaux, ne peuvent être accueillis* ».

² L'art. 6 du Code de procédure civile dispose à cet égard que : « *A l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder.* »

³ Cass. Civ. 2^{ème}, 12 oct. 2006, n° 05-12.835.

⁴ Art. 11 du Code de procédure civile.

⁵ Il s'agit en effet d'une simple indication en ce que la règle ne présente pas de caractère impératif. Voir en ce sens Cass. Civ. 1^{ère}, 6 mars 1979 : Bull. civ. I, n° 81.

⁶ Art. 1191 du Code civil : « *Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun.* »

126. Le droit civil n'est pas le seul à se saisir aussi vigoureusement du doute qui perturberait la décision du juge en engendrant son hésitation. « Le bénéfice du doute » est un autre exemple de la circonscription du doute par le juge par le choix à opérer. Il existe évidemment en droit pénal où le doute profite à l'accusé. « *Le bénéfice du doute est la conséquence opérationnelle de l'impossibilité, pour qui en a la charge, d'apporter la preuve de l'élément matériel ou de l'élément moral de l'infraction et d'emporter ainsi la conviction du juge répressif. L'innocence, n'est plus seulement présomption, mais devient vérité judiciaire*¹. » Il existe également en droit du travail. « *Le code du travail prévoit lui aussi que s'agissant de la cause du licenciement, « si un doute subsiste, il profite au salarié » (article L. 1235-1 du code du travail)*². » Toutes ces règles révèlent d'ores et déjà que bien que n'apparaissant pas formellement dans les textes, l'hésitation reçoit un traitement pour ce qui concerne la sphère judiciaire. Ce traitement porte sur le fait générateur de l'hésitation, à savoir le doute. Il s'agit donc d'un traitement objectif. Mais des incertitudes d'un autre genre peuvent encore générer l'hésitation du juge.

b. Les doutes relatifs à la solution juridique

127. En réalité, le processus de décision du juge comprend trois étapes mais deux grandes phases : une phase préparatoire et une phase de délibération. La phase préparatoire comprend les deux premières étapes, à savoir la constatation des faits et leur qualification juridique. La délibération, elle, correspond à la phase des conséquences légales, autrement dit à la solution. Reste que cette dernière étape peut, elle aussi, être perturbée par l'hésitation du juge. Le délibéré est la phase secrète du jugement pendant laquelle, ayant en sa possession tous les éléments de l'espèce, le juge forme sa conviction et élabore sa décision.

128. Le principe du secret du délibéré est une règle traditionnelle en droit français auquel la Cour de cassation reconnaît une portée générale³ et qui a parfois posé question⁴ mais qui entend garantir l'indépendance et l'impartialité des juges. Quoi qu'il en soit, décision d'un juge unique ou en formation collégiale, l'hésitation peut troubler cette phase. Mais parce qu'il est obligé de

¹ Cour de cassation, *La preuve*, Rapport annuel 2012.

² *ibid.*

³ Cass. Crim., 9 juin 1843, D. 1843, p. 718.

⁴ BOURDOISEAU J., Le secret de la délibération, Procédures n°3, Mars 2011, dossier 6

statuer, le juge doit dépasser son hésitation, même face à une loi peu claire. L'article 4 du Code civil dispose ainsi que « *le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ». C'est dire si la sanction peut s'avérer sévère. Ainsi, en cas de défaillance ou d'une insuffisance de la loi, le juge devra pour appliquer la règle au litige, interpréter celle-ci. Par exemple, lorsque la loi pénale est ainsi obscure ou imprécise, le juge est tenu par le principe d'interprétation stricte rappelé à l'article 111-4 du Code pénal. Autrement dit, la marge de manœuvre laissée au juge est extrêmement réduite en cas d'incertitude sur le texte, bien que pèse sur lui un devoir d'interprétation¹.

129. Par ailleurs, « *le juge est parfois confronté à une question inédite, car générée par des évolutions ou des situations non anticipées par le législateur : ainsi des premiers juges confrontés aux procréations médicalement assistées (PMA), bien avant que le législateur n'intervienne en la matière*² ». Le juge peut en outre saisir la Cour de cassation pour avis³. Il peut également s'aider de recherches jurisprudentielles⁴ ou doctrinales⁵.

130. Quoi qu'il en soit, l'analyse du processus décisionnel du juge laisse apparaître un enchaînement logique, autrement dit une linéarité qui a été reprochée à l'approche rationnelle

¹ Cass. Crim., 18 sept. 2001, n° 00-87.674.

² DEUMIER P., Jurisprudence, Élaboration de la jurisprudence, Répertoire de droit civil, Nov. 2017 (actualisation : Juil. 2019).

³ Articles L. 441-1 à L. 441-4 et R. 441-1 du code de l'organisation judiciaire.

⁴ L'évolution de la jurisprudence s'applique immédiatement aux contrats en cours, en l'absence de droit acquis à une jurisprudence figée et de privation d'un droit d'accès au juge. Voir en ce sens Cass. Civ. 1^{ère}, 19 mai 2021, n° 19-25.749 : « *Après avoir admis que les professionnels non médecins ne pouvaient réaliser d'épilations à la lumière pulsée, la Cour de cassation, revenant sur sa jurisprudence, a retenu que les personnes non médecins pratiquant l'épilation à la lumière pulsée ne pouvaient être légalement condamnées pour exercice illégal de la médecine (Crim., 31 mars 2020, pourvoi n° 19-85.121, Bull. crim. 2020, (cassation sans renvoi)). Il s'en déduit que la pratique par un professionnel non médecin d'épilations à la lumière pulsée n'est plus illicite et que, si elle peut être soumise à des restrictions pour des motifs d'intérêt général, elle ne justifie pas l'annulation des contrats que ce professionnel a pu conclure au seul motif qu'ils concernent une telle pratique. Cette évolution de jurisprudence s'applique immédiatement aux contrats en cours, en l'absence de droit acquis à une jurisprudence figée et de privation d'un droit d'accès au juge* ». Précédemment, Cass. Soc., 17 déc. 2004, n° 03-40.008.

⁵ GAUTIER P.-Y., L'influence de la doctrine sur la jurisprudence, Texte de conférence en la Grand'Chambre de la Cour de cassation, 16 oct. 2003.

des économistes¹. Pourtant et pour aussi subjective qu'une décision puisse être, même celle du juge², la décision de justice a cela de particulier qu'elle doit avant tout être rationnelle. Elle doit dire le droit pour assurer une cohérence et une sécurité juridique. Si l'on tente de rapprocher ce processus de celui utilisé en économie et de s'affranchir des reproches qui ont été formulés à son encontre telle que sa linéarité, ce rapprochement apparaît aussi vain qu'artificiel. En outre et parce qu'il s'agit d'un enchaînement logique, aucune confusion ou inversion des étapes n'est possible. Preuve si besoin était de la nécessité d'adapter le processus de décision à la matière concernée et ce d'autant, que cette adaptation permet de déterminer avec précision les problèmes de décision pouvant générer l'hésitation.

B. L'adaptation du processus décisionnel au droit des contrats

131. Quelques auteurs se sont déjà intéressés, de façon indirecte, à la question du processus décisionnel. D'aucuns évoquaient le processus volitif³, quand d'autres entrevoyaient plus justement la nécessité de mettre en parallèle le processus de décision avec la conclusion du contrat⁴. Toutefois, ces deux analyses présentent plusieurs insuffisances. Elles ont pour axiome que la décision n'a trait qu'à la conclusion du contrat. Or, nous savons désormais que la décision peut concerner une autre étape de la vie du contrat⁵. En outre, et c'est la conséquence du premier écueil, elles ne visaient pas à établir expressément le processus menant à la décision, notion plus vaste que le consentement, mais se limitent à déterminer comment se forme le contrat. Les travaux d'un auteur méritent néanmoins une attention particulière.

¹ Cf. supra n° 71 et s.

² Voir sur la question, Cour de cassation, L'exigence d'impartialité du juge dans le procès civil et les procédures de récusation et de renvoi pour cause de suspicion légitime, BICC, communication avril 2008 ; BRUNIN L., Vers une meilleure connaissance des facteurs d'influence dans le processus de décision judiciaire, Les cahiers de la justice, 2015, p. 501 ; ANCEL J.-P., La rédaction de la décision de justice en France, Revue internationale de droit comparé, 1998, 50-3, pp. 841-852, p. 842.

³ CHARDIN N., Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté, Thèse, Strasbourg, 1987 ; ATTUEL-MENDES L., Consentement et actes juridiques, Thèse, Lexis-Nexis, 2008, p. 62 et s. ; HAUSER J., L'apport du droit économique à la théorie générale de l'acte juridique, in Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derupé, G.L.N. Joly éd. et Litec, 1991

⁴ MICHAUX S., La formation du contrat : pour un rapprochement entre psychologie et droit, in Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen, FONTAINE M (dir.), LGDJ 2002, p. 831.

⁵ Les hypothèses sont nombreuses telles que la rupture, la reconduction, la modification, etc.

132. Léon Duguit¹ s'est intéressé à la volonté tant en droit public qu'en droit privé et a donc retenu le terme « acte juridique » lequel concerne les deux matières. L'auteur étudie d'abord l'acte de volonté, s'inspirant des travaux réalisés en psychologie et répertorie les quatre phases classiques à savoir, la conception, la délibération, la décision, puis enfin l'exécution. Il poursuit en déterminant cette fois le processus de l'acte juridique précisant que, « *l'acte juridique étant un acte de volonté, on doit y retrouver tous les moments et tous les éléments de l'acte de volonté en général, qui ont été étudiés dans le paragraphe précédent*². » Ainsi, bien que les étapes soient les mêmes que pour l'acte de volonté que nous avons étudié précédemment³, leur contenu diffère puisque l'acte juridique lui-même diffère du simple acte volontaire en ce qu'il modifie l'ordonnancement juridique. C'est ce que nous nommons le processus décisionnel, terme plus pertinent car l'acte juridique n'est finalement que l'*instrumentum* qui contient la décision.

133. La conception, première étape qu'il associe à l'intelligence, demeure la représentation du vouloir, avec cette particularité que, pour l'acte juridique, ce sont ses effets de droit que l'agent se représente. « *Cependant, il faut marquer que le rôle de la conception n'est pas de même importance dans tous les actes juridiques*⁴ » précise-t-il et est, par exemple, d'une importance particulière pour le contrat en ce que ce dernier crée des obligations déterminées par l'agent lui-même et ce, « *sous une sanction sociale*⁵ ». Le décideur doit se montrer particulièrement vigilant car l'étendue de la situation juridique qu'il créera n'est déterminée que par lui. Nous partageons la conception de cette étape par Duguit.

134. Sans doute pourrait-on se poser la question de sa pertinence pour les hypothèses où l'intéressé est sollicité. Laurence Attuel-Mendes considère sur ce point que, « *de façon plus discutable, la phase de conception de la volonté n'est plus toujours présente chez le consommateur partie à l'acte dans les contrats de consommation. Cette phase est alors le fait du professionnel par le biais de différentes sollicitations qu'il fait parvenir au consommateur,*

¹ DUGUIT L., Traité de droit constitutionnel, t. I, La règle de droit, le problème de l'État, 2è. éd. en 3 vol., Paris, 1921, pp. 212 et s.

² *Ibid.*, p. 220.

³ Cf. supra n° 49 et s.

⁴ DUGUIT L., *op.cit.*, p. 227.

⁵ *Ibid.*

*notamment par la publicité et le démarchage*¹. » Il est permis de ne pas partager cette analyse. En effet, s'il est vrai que le professionnel est concerné par cette phase, le consommateur l'est tout autant. Autrement, cela revient à considérer le consommateur uniquement comme l'éternelle victime des assauts du professionnel. L'on ne saurait imaginer que, même sollicité par le professionnel, le consommateur n'envisagerait jamais les effets juridiques de son choix. Ce serait considérer qu'il agirait sur un coup de tête, soumis à ses émotions et échappant à sa raison. Si cette hypothèse existe, il serait plus juste de dire que parfois, cette phase peut être mal réalisée en ce sens que le consommateur n'aurait pas pleinement apprécié les effets de droit attachés au contrat².

135. Il faut en outre garder à l'esprit que le contrat est le résultat de la rencontre de deux décisions distinctes, avec la conséquence que chacune des parties réalise son propre processus de décision bien que la phase de conception n'aura pas le même objet. Celui qui émet l'offre part d'une feuille blanche pour sa représentation, alors que l'objet de la représentation de celui qui la reçoit est plus concret. Cela est si vrai que si celui qui reçoit l'offre n'est pas satisfait, la phase de conception peut durer car il y aura des négociations. La phase de conception, aussi importante pour l'acte unilatéral que l'acte bilatéral, est donc la phase de préparation de l'acte envisagé, préparation de son contenu mais également dans les effets juridiques répertoriés. Ici, pas d'hésitation parce qu'il s'agit d'une phase d'imagination d'abord, qui se traduit ensuite par un inventaire des possibles et de leurs effets juridiques. Point encore d'analyse.

136. L'auteur évoque ensuite ensemble les étapes de délibération et décision. Sans doute cela s'explique-t-il par le fait que, comme il l'indique, « *dans une foule de cas le moment de la délibération n'apparaît pas, que rien ne sépare la conception et l'exécution. Le sujet pense l'acte et l'accomplit immédiatement*³. » Cela est vrai. Pour autant, il apparaît opportun de s'attarder sur cette phase de délibération pour la raison simple qu'elle est le siège de l'hésitation. En effet, durant cette phase d'analyse, « *le sujet pose et oppose les différents objets possibles de son vouloir et les effets que le droit objectif y attache*⁴. » « *Cette*

¹ ATTUEL-MENDES L., *op.cit.*, p. 64.

² Cela est si vrai que le législateur a instauré une obligation d'information au bénéfice du consommateur afin de pallier cette erreur d'appréciation ou d'information, allant parfois même jusqu'à la reproduction de textes législatifs *ad validitatem* (Par exemple, l'article L. 331-1 du Code de la consommation)

³ DUGUIT L., *op.cit.*, p. 212.

⁴ *Ibid.*, p. 228.

délibération va consister en une suite d'examens : examen des conséquences à courte et longue échéance, examen des moyens à employer pour réaliser l'acte et surtout examen des désagréments que l'acte pourrait entraîner¹. »

137. C'est cette phase de délibération, qui n'est autre qu'une phase de réflexion finalement, qui fait de l'acte juridique un acte raisonnable et prémédité. Comme l'a très justement souligné Nicole Chardin, après s'être représenté l'acte envisagé, « *il y a toutes les chances qu'apparaissent un certain nombre d'ambiguïtés*². » L'intéressé peut se rendre compte qu'il lui manque des informations par exemple ou *a contrario*, doit-il traiter un nombre important d'informations. C'est donc une phase cruciale où le choix est suspendu, retardé et durant laquelle le sujet débat. Dit autrement, le sujet hésite parce que c'est ici que se révèle les incertitudes, la multiplicité des choix et que l'intéressé analyse les risques de l'acte envisagé. La délibération peut alors s'éterniser ou pire encore, survenir à nouveau.

138. L'on pourrait penser que la phase suivante, celle de décision, est la phase principale du processus de décision. Mais il n'en est rien en réalité. Cette impression vient selon nous de la dénomination de cette phase qui laisse penser qu'il s'agit de l'ultime étape du processus. Sans grand suspens, tel n'est pas le cas. Le choix du terme « décision » pour nommer cette phase ne prêtait à aucune confusion lorsqu'il s'agissait pour les philosophes ou les psychologues de déterminer le processus de volonté ou comme Duguit, du processus de l'acte juridique. Il en va différemment lorsqu'il s'agit du processus de décision. La confusion est telle qu'elle a conduit certains à considérer que cette phase est la décision elle-même, c'est-à-dire le résultat du processus, et que partant, elle met fin à l'hésitation. Nicole Chardin indique d'ailleurs, que à tort, elle est prise pour « *la fille de la volonté*³ ».

139. Afin de mettre fin à toute confusion, il nous semble opportun de renommer cette phase « le choix ». Car c'est ce dont il s'agit. L'intéressé fait un choix plutôt qu'un autre. Reste que ce choix peut ne pas être franc. Il peut ne pas être complètement arrêté, l'hésitation peut

¹ CHARDIN N., *op.cit*, p. 64.

² *Ibid.*, p. 63.

³ *Ibid.*

persister. « *En pratique, cette décision n'est souvent qu'une résolution provisoire*¹. » Le débat mental de la délibération peut redémarrer parce que l'hésitation a persisté.

140. C'est la raison pour laquelle l'exécution est la phase marquant le point final du processus décisionnel. C'est elle qui met fin à l'hésitation en ce qu'elle matérialise la décision. C'est par cette phase que la volonté interne, finissant son parcours, se matérialise et devient une volonté juridique. Car l'exécution ne revêt pas la même acception qu'en droit des contrats, à savoir l'exécution de l'acte. Il s'agit en fait de la manifestation extérieure du choix qui a été fait. De là, la nécessité, une fois encore afin d'éviter toute confusion, de renommer cette étape et ce d'autant que la décision, nous l'avons dit, ne concerne pas uniquement la formation du contrat. Mais pour ce qui concerne cette dernière, la manifestation peut être orale, tacite ou résulter d'un comportement comme la tradition² ; le principe étant le consensualisme³. C'est dire que généralement, la manifestation résultera d'une action comme l'exécution directe du contrat. Reste qu'il faut préciser que le consensualisme étant la liberté de la forme⁴, les parties peuvent, en conséquence, s'imposer une forme particulière tel que l'écrit. En pareille hypothèse, tout comme pour les contrats solennels, la manifestation ne sera complète⁵ qu'avec la signature d'une part, et d'autre part, l'exécution des obligations de l'intéressé⁶. Tout ceci révèle que la notion de décision est plus vaste que celle de consentement.

¹ *Ibid.*, p. 65.

² LEQUETTE Y., TERRÉ Fr., SIMLER Ph., CHÉNEDÉ Fr., *op.cit.*, spé. 183.

³ « *On lie les bœufs par les cornes, et les hommes par les paroles, et autant vaut une simple promesse ou convenance, que les stipulations du droit romain.* » disait A. Loisel, *Institutes coutumières ou manuel de plusieurs et diverses règles, sentences, et proverbes, tant anciens que modernes, du droit coutumier et plus ordinaire de la France*, Paris, 1611, rééd. M. Reulos, Sirey, 1935, n° 342 (III, I, II). Voir sur ce point, FORRAY V., *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Thèse, Université de Savoie, 2005.

⁴ NUYTTEN B., LESAGE L., *Formation des contrats : Regards sur les notions de consensualisme et de formalisme*, Defrénois, avril 1998, n°8, page 497.

⁵ Cf. *Infra* n° 594 et s.

⁶ Il va sans dire que même lorsque les parties décident de reporter l'exécution des obligations, la décision est pour autant prise. Le report de l'exécution est en effet leur volonté et non le résultat d'une hésitation quelconque.

141. La manifestation peut parfois résulter du silence¹. Pour l'acte unilatéral, elle résultera de la notification par le destinataire². C'est dire que la décision pour être complète exige un passage à l'action, c'est-à-dire sa mise en œuvre. C'est elle qui marque la terminaison effective du processus décisionnel ; la décision n'étant pas seulement raison, mais aussi action. Ensuite, l'hésitation ne revient pas. C'est le regret qui peut surgir. Reste que le droit n'admet pas, en principe³, qu'il soit possible de revenir sur cette manifestation, cela évidemment au nom de la sécurité juridique et parce que cela contrevient à la force obligatoire du contrat.

142. Ce sont donc ces quatre étapes ; conception, délibération, choix et manifestation qui forment le processus et donnent naissance à la décision. Ce processus existe qu'il s'agisse d'un décideur unique ou d'une décision collégiale comme ce peut être le cas dans une entreprise ou une association. D'un point de vue temporel, le processus de décision est une succession d'avancées et d'attentes. A chaque étape du processus de décision, il y a potentiellement temporalisation en raison de l'hésitation du décideur. Le processus est ainsi soumis à une succession de séquences d'accélération et de décélération. Nous avons vu précédemment que la psychologie place le sujet au cœur de son approche de la prise de décision. Sans complètement l'écarter, les économistes ont une approche davantage objective et mathématique, autrement dit rationnelle. Nous considérons que le droit des contrats doit se situer dans l'entre deux. Il s'agissait ici pour nous d'analyser la façon dont une décision est prise et non de prescrire un mode opératoire. Ce, afin d'identifier les failles qui peuvent entamer ce processus et trouver ainsi, dans les mécanismes existants en droit, tout comme pour le juge quels sont ceux qui peuvent pallier ces failles.

¹ Par exemple pour le consentement Art. 1120 du Code civil : « *Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières.* » Si, en principe, le silence ne vaut pas à lui seul, acceptation, il n'en est pas de même lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation. (Cass. Civ. 1^{ère}, 24 mai 2005, n° 02-15.188) ; comme la remise partielle de dettes échues (Req. 29 mars 1938: DP 1939. 1. 5, note Voirin) ou les relations habituelles des parties (Cass. Com. 15 mars 2011). Autrement, après une mise en demeure, le silence de l'intéressé constitue sa réponse.

² Ce qui a pu poser difficulté quant à savoir quelle date devait être retenue pour l'extériorisation de la volonté, à savoir la date d'envoi ou la date de réception par le destinataire. Par exemple, Cass. Com., 11 mai 2005, n° de pourvoi : 03-40650 03-40651.

³ Cf. infra n° 581.

Section 2 - Le blocage du processus décisionnel

143. Le lien entre la complexité de la décision à prendre et l'hésitation est établi. Une décision complexe est une décision, selon les économistes, pour laquelle apparaissent des problèmes de décision, à savoir, la certitude assortie de multiplicité de choix, l'incertitude et le risque. En droit, nous avons analysé les problèmes de décision auxquels est confronté le juge. Le problème de décision de ce dernier est le doute. Autrement dit, le doute génère l'hésitation du juge qui, partant, est bloqué à l'une des étapes de son processus décisionnel. Il en est de même pour le contractant. Nous inspirant une fois encore du travail des économistes, nous identifierons les problèmes de décision qui peuvent affecter le contractant (§1). Il reste que, naissent alors des situations d'attente, corollaires de l'hésitation de celui-ci (§2).

§ 1 – Les problèmes de décision affectant le contractant

144. Le droit des contrats et l'économie partagent des similitudes. Ils s'opposent toutefois sur différents points et notamment s'agissant de la théorie de la décision en droit des contrats (I) avec la conséquence, qu'il convient de spécifiquement déterminer, en droit, les causes d'hésitation (II).

I. Les divergences de la théorie de la décision en droit et en économie

145. Les économistes distinguent le contexte de décision selon que l'intéressé soit en situation de certitude, d'incertitude ou de risque. Cela, pour la raison que l'analyse des problèmes de décision utilise le langage mathématique puisqu'il s'agit de décisions économiques, par nature quantifiées et quantifiables. Il y a donc une formule reposant sur des critères établis par problème de décision, conduisant même un auteur à parler de « théorie des décisions »¹. Cependant, se pose la question de savoir si nous devons reprendre le même triptyque qu'en économie et distinguer, pour le droit des contrats, l'hésitation causée par une certitude assortie d'une multiplicité de choix, par l'incertitude et par le risque. Sans grand suspens, nous dirons que non.

¹ KAST R., La théorie de la décision, Paris : La Découverte, 2010, p. 8

146. D'abord parce que l'objectif des deux matières diverge. Celui des économistes est de permettre au décideur, dans un contexte complexe, d'optimiser la prise de décision. L'agent n'est pas perçu subjectivement et partant comme potentiellement sujet à l'hésitation. C'est la meilleure décision qui doit être prise, au surplus d'un point de vue économique. Pour y parvenir, ils ont recours à des modèles de décision qui ont pour point commun qu'ils s'appuient sur une vision économique. Il s'agit, en réalité, des représentations simplifiées des problèmes de décision qui permettront tant de faire le choix le plus optimal que de pouvoir justifier la décision.

147. Tout au contraire, le droit des contrats doit avant tout s'assurer qu'une décision soit prise. En effet, pour des raisons de sécurité juridique¹, il ne peut être admis que le processus décisionnel de l'un des contractants s'éternise². C'est également pour assurer la sécurité juridique que le droit des contrats entend permettre à l'intéressé de prendre sa décision en pleine connaissance de cause, s'agissant singulièrement du consentement afin, notamment, de garantir la parfaite exécution du contrat. Le contractant est libre³, autonome et raisonnable et partant, capable par lui-même de prendre la décision qu'il juge la meilleure. Il apparaît dès lors artificiel de calquer les problèmes de décision de l'économie sur le droit des contrats.

148. Cette imitation serait d'autant plus impossible que le contrat est l'instrument de la plupart de des décisions économiques qui deviennent des décisions juridiques. Dans ces conditions, les décisions juridiques contenues dans des actes juridiques, doivent avant tout répondre aux règles fixées par le droit des contrats visant à permettre aux agents de bâtir des prévisions et que celles-ci soient respectées. Le droit des contrats s'inquiète de ce que le consentement donné et plus largement, la décision prise, soit libre et éclairée, illustration de la confiance accordée au contractant. Le droit des contrats s'inquiète davantage de la moralisation

¹ Le temps qui s'écoule alors que l'intéressé réalise son processus décisionnel est créateur d'événements qui peuvent causer difficulté quant au maintien de l'offre de contrat. Par exemple, le changement des organes de direction de la société offrante (Cass. Soc. 30 mai 2018, n° 17-10.888, n° 17-11.072) ou la mort de l'offrant (Cass. Civ. 1^{ère}, 25 juin 2014, n° 13-16.529).

² Cf. infra n° 204.

³ Art. 1102 du Code civil : « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.* »

des rapports entre les acteurs économiques¹ qui contractent et plus généralement de tous les acteurs de la vie contractuelle, autrement dit, que les droits et devoirs de chacun soient respectés. Il a un rôle de gardien et édicte des règles fondées sur ses grands principes directeurs² qui encadreront les relations des parties.

149. L'on entrevoit dès lors que l'étude du processus de décision en économie et en droit des contrats n'obéit pas à la même motivation. Pour ce dernier, il s'agit, non de modéliser la décision, mais de s'attacher à dégager un système cohérent qui assurera la prise de décision en respectant les droits, parfois divergents, de chacune des parties au contrat, et ce, de la naissance à la mort du contrat. Autrement dit, là où l'économie propose des solutions calculées, le droit des contrats, lui, encadre. Cet encadrement visant à garantir une décision libre et éclairée, recommande sans nul doute de placer, autant que faire se peut, le décideur contractuel en situation de certitude. Or, rappelons que les économistes n'entendent pas régler les problèmes de décision en transformant l'incertitude en certitude. Il s'agit pour eux de faire avec cette incertitude.

150. Des divergences notionnelles nous conduisent également à ne pas retenir la distinction opérée par l'économie pour les problèmes de décision. Ainsi, en économie, le risque est un sous-genre de l'incertitude. Il s'agit d'une incertitude mesurable ; le qualificatif de risque étant réservé à l'incertitude probabilisable, chiffrable. « *La différence pratique entre les deux catégories, le risque et l'incertitude, est que, s'agissant de la première, la distribution du résultat parmi un ensemble de cas est connue (soit par le calcul a priori, soit par des statistiques fondées sur les fréquences observées), tandis que ceci n'est pas vrai de l'incertitude en raison de l'impossibilité de regrouper les cas, parce que la situation à traiter présente un degré élevé de singularité*³ ». Utiliser les probabilités permet d'étendre à l'univers incertain le calcul et donc l'optimisation.

¹ Voir notamment TEFFO Fr., L'influence des objectifs gouvernementaux sur l'évolution du droit des sociétés, Thèse, Dalloz, 2014 ; FENOUILLET D., BUREAU D. et DRUMOND Fr., Droit et morale, Dalloz, 2011.

² GOUBINAT M., Les principes directeurs du droit des contrats, Thèse, Grenoble, 2016.

³ KNIGHT Fr. H., Risk, Uncertainty, and Profit, 1921, p. 223, cité par MOUREAU N. et RIVAUD-DANSET D., L'incertitude dans les théories économiques, La Découverte, Collection Repères n°379, 2004, p.7

151. En droit, en revanche, le risque présente plusieurs acceptions selon le concept. Dans la première, le risque trait au dommage et à la responsabilité. Le concept de risque converge alors « *vers la satisfaction d'un besoin de sécurité, à corriger les déséquilibres qu'est susceptible d'engendrer la survenance de l'événement redouté*¹ ». Il s'agira d'attribuer la charge des conséquences dommageables d'un événement à un sujet de droit. Ainsi, le risque est un événement dommageable redouté dont la survenance même est incertaine. Si comme en économie, les deux notions ont trait à l'incertitude, cette acception du risque en droit n'a aucun rapport avec la décision mais plutôt avec un événement dont les conséquences sont redoutées et dont il convient d'organiser la garantie. À cet égard, dans le domaine spécifique de l'assurance, « *le risque est généralement défini comme l'événement qui entraîne, s'il survient, l'obligation pour l'assureur d'exécuter sa promesse*² ». En réalité, la pratique désigne par le vocable « risque » diverses notions : la nature de l'événement aléatoire, le siège de cet événement, et les conséquences de celui-ci. Le risque dans ce domaine, n'est pas totalement étranger à celui des économistes, en ce que l'assureur a également recours au chiffrage pour mesurer la probabilité de réalisation de l'événement. La survenance potentielle du risque, est alors non, une cause d'hésitation, mais un aléa que les parties organisent.

152. Enfin, n'oublions pas que l'un des principaux objectifs du développement de la théorie de la décision est d'établir un cadre de référence pour les théories économiques et les modèles de gestion des entreprises publiques ou privées. C'est dire finalement qu'il s'agit de décrire le comportement d'agents économiques. Il n'est pas certain que cette théorie soit applicable aux décisions prises par les particuliers, les consommateurs, qui n'ont d'ailleurs pas les mêmes motivations que celles des agents économiques. Il faut pourtant que, s'agissant du droit des contrats, l'appréhension de l'hésitation et de ses causes, concerne tous les acteurs de la vie contractuelle, quels qu'ils soient.

153. Tout ce qui précède à vocation à expliquer, pourquoi, pour ce qui concerne le droit des contrats, nous ne retiendrons pas la même classification des sources d'hésitation. Les divergences sont majeures, c'est indiscutable. Au surplus, il faut garder à l'esprit que nombre de décisions de gestion du dirigeant d'entreprise sont, en réalité, des décisions juridiques : embauche, licenciement, investissements, etc. Il suit de là que deux appréhensions distinctes

¹ Cour de cassation, Le risque, Rapport annuel 2011, La documentation française, 2011, p. 119

² GROUTEL H., Droit des assurances, Dalloz, 14^e éd., 2018, p.23.

de la prise de décision peuvent lui être utiles en ce que cela sécurise celles-ci. En effet, d'une part, grâce à la théorie de la décision, il s'assure de prendre la meilleure décision d'un point de vue économique et d'autre part, grâce aux règles juridiques encadrant la décision et notamment le droit à l'hésitation, il renforce la sécurisation de ses prises de décision.

II. Les causes d'hésitation

154. L'hésitation est un état, une manière d'être de la personne. Nous avons également pu déterminer que l'hésitation peut résulter de causes subjectives elles aussi, telles que la personnalité de l'individu, son histoire, etc. L'utilité des sciences comportementales pour fonder certaines règles de droit est indubitable¹ et il ne fait aucun doute que le droit et singulièrement, le droit des contrats, prend en considération l'humain et ses comportements. Cependant, l'hésitation peut également avoir des causes objectives, c'est-à-dire extérieures à l'individu.

155. D'emblée, il convient de préciser que les causes d'hésitation n'obéissent à aucune hiérarchie. Leur présence ou leur absence, voire leur cumul dépend en réalité, du contexte décisionnel. Autrement dit, de la qualité du décideur, profane ou non ; de la décision à prendre, décision grave ou courante. C'est dire que l'incertitude (A), tout autant que le risque (B) en raison de son omniprésence dans la vie quotidienne mais également la certitude (C) constituent des causes d'hésitation.

A. L'incertitude

156. L'incertitude correspond à l'hypothèse dans laquelle le décideur n'a pas ou peu d'informations sur l'environnement. En effet, durant la phase de conception du processus décisionnel, il recense celles nécessaires à sa prise de décision. Ces informations sont cruciales en ce qu'elles fondent sa décision, notamment au regard du projet qu'il entend réaliser. D'ailleurs, l'adéquation entre le projet imaginé et le contrat finalement conclu est révélatrice

¹ ANCEL P., Le droit in vivo ou plaidoyer d'un membre de la doctrine pour la recherche juridique empirique, in Mélanges en l'honneur de P. Jestaz, Dalloz, 2006, p. 1-17 ; ALEMANNO A., HELLERINGER G. et SIBONY A-L., Brève introduction à l'analyse comportementale du droit, Recueil Dalloz 2016, p. 911 ; CARBONNIER, Sociologie juridique, PUF, 2ème éd., juin 2017.

du bon déroulement du processus décisionnel. Reste que l'environnement de décision et partant, la phase de conception, peuvent être perturbés par un manque d'information.

157. Il en est ainsi de la caution qui ignore la situation financière du débiteur¹. La mise en œuvre du cautionnement, qui n'est qu'hypothétique, devient certaine si la situation du débiteur est d'ores et déjà obérée. Il s'agit donc d'une information déterminante pour sa prise de décision dont le défaut conduit l'intéressé à délibérer longuement eu égard à l'enjeu financier. De même pour l'intéressé qui envisage l'achat d'un véhicule d'occasion². Au demeurant, ce dernier ne dispose d'aucune information relative à l'état du véhicule, à son historique ou à sa situation administrative³ et s'expose à acheter un véhicule qui aurait par exemple subi un lourd sinistre. Le prix, quoi qu'attractif, peut s'avérer insuffisant à dissiper son hésitation, ce d'autant que son recours peut être vain car pèse sur lui une obligation de vigilance accrue⁴ outre l'exigence d'un vice d'une particulière gravité pour les véhicules d'occasion⁵. Ou encore, celui qui envisage l'achat d'un fonds de commerce. Les contrats en lien avec l'activité revêtent une importance particulière pour sa pérennité comme le contrat de bail⁶ ou les contrats de distribution⁷ ce qui explique que l'incertitude quant à leur cession soient source d'hésitation pour le décideur.

¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 26 nov. 1991, n° 90-14.978 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 13 mai 2003, n° 01-11.511 ; Cass. Com. 16 mars 2010, n° 09-12.226.

² Par exemple sur le niveau d'usure de la courroie de distribution, Cass. Civ. 1^{ère}, 13 fév. 2019, n° 17-12.580.

³ Cass. Civ. 1^{ère}, 19 juin 1985 : Bull. civ. I, n° 201. D'où la création d'un site officiel, Histovec.

⁴ « Mais attendu qu'ayant énuméré les multiples défauts du camion acheté par M. Y..., l'arrêt relève souverainement que, même profane en la matière, M. X... pouvait, à la seule vue du véhicule, se convaincre de son mauvais état et de son usure importante, qui rendait " parfaitement prévisible pour tout acheteur normalement avisé " le défaut de compression du moteur ; que la cour d'appel a par là même retenu, en réponse aux conclusions, à la fois que les défauts apparents de cet autocar " le rendaient impropre à tout usage " et que M. X... n'avait pas été trompé par des manœuvres ou par une réticence imputable au vendeur ». Cass. Civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, n° 91-12.311, Bull. civ. I, n° 111.

⁵ CA Nancy Ch. 02, 2 avril 2015, n° 14/01087.

⁶ Cass. Com., 4 mai 1993, n° 91-17.321

⁷ Cass. Com., 14 nov. 1995, n° 92-18.140 : un litige opposant le vendeur du fonds aux propriétaires des locaux concernant l'existence même du droit au bail. Cass. Com. 6 janv. 2021, n° 18-25.098 : règlement de copropriété qui comporte une clause restrictive d'activité excluant les commerces de nature à provoquer une gêne « par le bruit ou par les odeurs » mais qui accord une tolérance pour le local en cause, en autorisant l'installation d'une salle de dégustation de plats cuisinés à emporter, mais écartant toute fabrication des plats sur place et donc toute activité de restauration traditionnelle alors même qu'il s'agit d'un fonds de commerce de restaurant.

158. L'incertitude peut également être le manque de connaissance des choix possibles et/ou de leurs conséquences. Aujourd'hui, il faut compter avec un développement massif de la technologie dont la complexité n'a d'égal que la rapidité de développement, contraignant les entreprises à des investissements constants si elles veulent rester compétitives. Le particulier n'est pas épargné et son manque de connaissance en la matière est aggravé par les sollicitations continues des professionnels. Dans les deux cas, bien que poursuivant des objectifs différents, ces deux types de contractants sont confrontés aux mêmes difficultés, à savoir leur incertitude relative aux qualités de l'objet qu'ils envisagent d'acquérir. Cet objet sera-t-il suffisamment performant ? Répond-t-il aux objectifs attendus ? Comment se situe-t-il par rapport aux autres produits du marché ? Ces questions seront d'autant plus prégnantes que les investissements financiers seront importants. Par exemple, la conclusion d'un contrat de fourniture d'un matériel informatique et d'accès à un service collaboratif et de sécurité informatique¹ est, par conséquent, source d'hésitation. D'évidence, le niveau d'information d'un client profane comme un dentiste² n'est pas le même qu'un client averti³. Mesurer l'exacte portée d'un acte authentique peut s'avérer être tout aussi complexe pour un profane notamment en raison des termes utilisés⁴.

159. L'incertitude peut également porter sur la personne avec laquelle l'intéressé envisage de contracter singulièrement dans les contrats empreints d'un fort *intuitus personae*⁵ et pour

¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 2 juil. 2014, n°13-10.076.

² Paris, 5^{ème} ch. B, 18 oct. 2007, n° 2004/18739, Visiodent c/Soussan, Dell, RJDA 2008, n° 116 ; CCÉ 2008, n° 70, obs. Ph. Stoffel-Munck.

³ T. com. Créteil, 16 juin 1998, Expertises 1998, p. 316 ; DIT 1998/4, p. 83 : client utilisant le logiciel depuis dix ans, qu'il avait contribué à mettre au point ; Cass. Com. 19 juin 2007, n° 06-13.868, Faiveley c/Ateme, préc. : client disposant d'une structure le « rendant apte à prendre en compte les conseils prodigués » ainsi que « d'une expérience certaine en matière de développement de logiciels » ; Poitiers, 1^{ère} ch. civ., 25 nov. 2011, RG n° 10/00285, IBM c/MAIF, Expertises 2012, p. 28 ; RLDC 2012/92, p. 57, obs. V. Fauchoux : client disposant d'une « division informatique très étoffée », et qui n'ignorait pas, « compte tenu de l'échec du projet préalablement confié à la société [S...] en 2002 les difficultés et les risques associés au projet ».

⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 29 juin 2016, n° 15-15.683.

⁵ Voir notamment, KOSTIC G., *L'intuitus personae* dans les contrats de droit privé, Thèse, Paris, 1997 ; KRAJESKI D., *L'intuitus personae* dans les contrats, Thèse, Toulouse, 1998 ; DRÉANO M., *La non-discrimination en droit des contrats*, Thèse, Dalloz, 2016, spé. p. 102 et 103 ; VIANDIER A., *Les contrats conclus intuitu personae face à la fusion des sociétés*, in *Mélanges C. Mouly*, Litec, t.2, p. 193 et s. ; ANDRÉ M.-E.,

lesquels les qualités de la personne du futur cocontractant sont déterminantes¹. Les incertitudes portant sur celles-ci peuvent générer l'hésitation du décideur. L'on pense évidemment à la relation employeur/salarié². Il est primordial pour l'employeur de connaître les compétences et aptitudes du candidat qu'il envisage de recruter³, d'une part, afin de s'assurer que ce dernier correspond au profil recherché, et d'autre part, parce que ces informations peuvent conditionner le montant du salaire qui lui sera proposé⁴. Le salarié, peut également avoir des incertitudes portant sur le poste qui lui est proposé mais également sur la solidité ou la réputation de l'entreprise. Méconnaître la réputation de son contractant est en effet source d'incertitude pour une entreprise qui souhaiterait nouer de nouvelles relations d'affaires avec un autre acteur du marché⁵. De même pour l'intéressé qui envisage l'acquisition d'une franchise⁶. Le futur franchisé comme tous les contractants potentiels peut manquer d'informations relatives à

L'intuitu personae dans les contrats entre professionnels, IN Mélanges Cabrillac, 1999, Dalloz-Litec, p. 23 et s., le TOURNEAU Ph. et KRAJESKI D., *Contrat intuitus personae*, J.-Cl. Contr. Distr., fasc. 200, , 2012, n° 65.

¹ Dans l'hypothèse où la considération de la personne a déterminé le consentement du contractant, le contrat est annulable pour erreur sur la personne, Aix-en-Provence, 21 déc. 1870, DP 1871. 2. 79 ; Civ. 2e, 13 avr. 1972, Bull. civ. II, n° 91 ; Saint-Denis de La Réunion, 6 oct. 1989, JCP 1990. II. 21504.

² Une forte majorité de la doctrine considère que le contrat de travail est un contrat *intuitu personae*. Voir notamment, COUTURIER G., *Droit du travail*, tome 1, PUF, 16e éd., 1990, n° 166 ; JAVILLIER J.-C., *Droit du travail*, 4e éd. LGDJ, 1992 ; ORLIAC C., *Le contrat de travail d'après la loi et la jurisprudence*, tome 1, *Entreprise moderne d'édition*, 1969, p. 20 ; RIVERO J. et SAVATIER J., *Droit du travail*, 13e éd. PUF, 1993, p. 80 ; PEANO M.-A., *L'intuitus personae dans le contrat de travail*, *Droit social*, 1995, p.129.

³ S'il est vrai que l'article L 1132-1 du Code du travail édicte un principe de non-discrimination du salarié qui doit également s'appliquer au moment du recrutement, il n'est pas impossible pour l'employeur, en pratique, d'avoir accès à des informations supplémentaires sur le passé, les opinions ou le mode de vie du candidat grâce à internet. La e-réputation est désormais un élément auquel les candidats doivent être attentifs. Voir notamment, SAVAÏDES S. et WALLE E., *L'e-réputation sous le prisme du droit du travail*, *Gazette du Palais*, n°288, p. 26.

⁴ « *En pratique, l'employeur n'accepte de conclure le contrat de travail qu'avec le candidat à l'emploi qui justifie, selon lui, des compétences requises pour accomplir efficacement les tâches afférentes au poste à pourvoir. C'est d'ailleurs ce que reconnaît le code du travail lorsqu'il impose à l'employeur, en matière d'embauche, de fonder son appréciation exclusivement sur les qualités personnelles et les aptitudes professionnelles (diplômes ou titres équivalents et expérience professionnelle) du candidat à occuper l'emploi proposé (C. trav., art. L. 1221-6 , al. 1er)* ». AUBRÉE Y., *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2014 (actualisation 2020), spé. n°18

⁵ Cass. Com. 7 févr. 2012, n° 11-10.487 : dissimulation, à l'occasion de la conclusion d'un partenariat commercial, de la condamnation d'un salarié exerçant des fonctions de responsabilité et ayant un rôle essentiel vis-à-vis des tiers, ce qui avait entraîné le retrait des investisseurs du cocontractant.

⁶ MALAURIE-VIGNAL M., *Droit de la distribution*, Dalloz, 2017, 4e éd., spé. p. 56 et s.

l'étendue du contrat¹. Certaines clauses peuvent lui apparaître floues. Mais surtout, les informations relatives à l'étude du marché local sont cruciales en ce qu'elles impactent les chances de réussite du projet².

160. Le droit positif peut pareillement être source d'incertitude et compliquer la détermination du contenu contractuel³. Il existe en outre des hypothèses où les incertitudes des futurs contractants portent sur le même objet. C'est par exemple le cas où l'incertitude porte sur un élément extérieur aux parties en ce sens qu'il s'agit d'un événement dont la réalisation ne dépend d'aucunes d'entre elles⁴ et qui s'avère être crucial pour la formation du contrat. Autre hypothèse, celle d'une faute contractuelle qui aurait été commise. Le contractant lésé pourrait hésiter à saisir le juge en raison d'un doute sur l'issue de la contestation⁵. Également, l'incertitude peut porter sur l'attitude qu'adoptera le cocontractant. Il peut par exemple s'agir

¹ Art. L. 330-3 du Code de commerce fait ainsi peser sur le franchiseur une obligation d'information. Cass. com. 7 mars 1995, n° 93-10.368.

² Pourtant la Cour de cassation admet une information a minima de l'organisateur du réseau, nonobstant les termes des art. L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce. Cass. Com. 19 janv. 2010, Epoux X C/ Stés groupe Expert, LPA, 22 juin 2010, n° 123, p. 11, note O. TIQUANT ; Cass. Com. 28 mai 2013, n° 11-27.256 : « *l'arrêt retient que M. X... a eu à sa disposition le document d'information précontractuelle, qu'il a disposé d'un délai supérieur aux usages pour s'informer sur les potentialités économiques du fonds et, plus généralement pour compléter d'éventuelles insuffisances dans l'information fournie et que si le document ne comportait pas d'état local du marché et s'il appartenait effectivement au franchiseur de présenter l'état général et local du marché, le candidat à la franchise devait réaliser lui-même une étude précise du marché local et que, compte tenu du temps dont M. X... avait disposé pour affiner son appréciation du marché local, les éventuels manquements à telle ou telle exigence légale n'auraient pu, de toute façon, être constitutifs d'un dol ou d'une erreur de nature à vicier son consentement ; que de ces constatations et appréciations souveraines, la cour d'appel a pu déduire que M. X... ne rapportait pas la preuve d'un vice du consentement ;* ». Voir également VIRASSAMY G., Implantation commerciale et réseau de distribution, in L'implantation commerciale, Travaux du CERJDA, L'Harmattan, 2013, p. 107 et s.

³ L'on pense par exemple à l'étendue du domaine de la réticence dolosive instituée par le nouvel article 1137 du Code civil. Ou encore à la révision pour imprévision de l'article 1195 et singulièrement son second alinéa (voir notamment, MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op.cit.*, spé. p. 407 et s., BROCHIER E., Le point de vue de l'avocat sur le nouveau droit des obligations après ratification, Revue des contrats, n° hors série, p.37. Gageons que la pandémie du Covid-19 constituera un terreau fertile pour la mise en œuvre de cet article.

⁴ Art. 1304 du Code civil relatif à la condition et singulièrement la condition suspensive, comme une autorisation administrative préalable à la cession d'une clinique à un centre hospitalier, Cass. Com. 14 mai 1996, n° 93-18.453.

⁵ MAYOUX S., Les conventions d'abandon amiable du contrat, Thèse, L.G.D.J., 2012.

d'un contrat qui ne remplirait pas les conditions de validité exigée. Le contractant qui pourrait se prévaloir de la nullité et qui n'agit pas, fait peser une incertitude sur l'autre partie¹.

161. Dit plus simplement, le décideur ne sait rien ou que très peu de choses. Ce contexte d'incertitude met en danger l'efficacité et la rapidité de décision puisque, hésitant, il reportera la décision dans l'attente d'une nouvelle information réductrice de l'incertitude afin d'orienter son choix vers une option. Envisager ensemble l'incertitude et le contrat, et de façon plus générale, l'acte juridique, peut sembler paradoxal. Le cœur de la pratique contractuelle ne consiste-t-il pas notamment à réduire, autant que possible, la marge de l'incertitude dans le contenu et les effets des engagements? L'on pourrait même penser que le contrat est imperméable à l'incertitude. Mais ce serait faire fi des modèles contractuels précisément organisés autour de l'incertitude, comme le contrat aléatoire défini aux termes de l'alinéa 2 de l'article 1108 du Code civil comme celui pour lequel « *les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain.* » Ainsi, le jeu ou le pari ou encore le contrat de rente viagère. Reste que ces incertitudes ne causent pas l'hésitation du décideur contractuel puisque justement, il fonde le contrat sur cette incertitude. Comme l'indique la lettre de l'article 1108 sus cité, les parties « *acceptent* » cette incertitude. Elles en font leur affaire. Tel n'est pas toujours le cas.

162. Toutes ces hypothèses représentent une liste non exhaustive des cas d'incertitude pour le décideur contractant. En effet, parce que le contrat concerne l'avenir, par essence incertain, l'incertitude est inhérente aux relations contractuelles. Concrètement, l'incertitude porte sur un élément pourtant nécessaire à la détermination du choix du décideur contractant comme l'objet du contrat, le cocontractant ou encore les conséquences juridiques de l'acte envisagé. Elle se traduit par une absence totale d'information, une incomplétude de l'information, une ambiguïté de l'information, une contradiction de l'information ou encore une volatilité de l'information.

¹. L'article 1183 du Code civil dispose ainsi : « *Une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé.*

L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé. »

Voir sur ce point, notamment de FONTMICHEL M., Les nouvelles actions interrogatoires, D. 2016, p. 1665 ; LAGARDE X., Entre action et procédure : les actions interrogatoires, D. 2017, P. 715 ; VEYRE L., L'action interrogatoire en matière de nullité : personnes intéressées, soyez vigilantes !, AJ Contrat 2017, p. 74.

Face à l'incertitude, c'est comme si le décideur était plongé dans le noir ou, au mieux, avançait dans la pénombre. Autrement dit, il ne peut se projeter et déterminer les possibles de l'acte envisagé ou ses conséquences juridiques.

B. Le risque

163. Décider, c'est passer à l'action. Or, toute action humaine, de la plus banale à la plus exceptionnelle, comporte des risques irréductibles. Simplement, le niveau oscille du risque minimale au risque plus élevé¹. Le contrat n'y fait pas exception. « *Chaque contrat est risqué, la différence entre contrats commutatifs et aléatoires se tempérant par l'observation que tout contrat comporte une part d'aléa. En bref, tout acte ou fait juridique comporte un risque*² ». En effet, instrument de projection dans l'avenir, « *le contrat semble à la fois défier l'avenir tout en se retrouvant soumis au flux futur*³ ». Par suite, il oblige à l'anticipation : l'anticipation de l'heureux mais également du moins heureux. Dit autrement, le risque, en ce qu'il « *désigne une contingence future*⁴ » et le contrat sont consubstantiellement liés. « *La part de l'incertitude dans le risque est irréductible, son absence exclusive de la notion : l'événement redouté est affecté d'une incertitude dans sa survenance*⁵ ».

164. Le risque est défini dans le langage courant comme le « *fait de s'engager dans une action qui pourrait apporter un avantage, mais qui comporte l'éventualité d'un danger*⁶ ». Sera-t-elle heureuse ? Autrement dit, apportera-t-elle la satisfaction recherchée ? Ou, au contraire, sera-t-elle malheureuse ? Autrement dit, apportera-t-elle échec et insatisfaction ? Il comporte de fait une incertitude laquelle porte sur l'issue du choix⁷. Le droit ne retient pas cette dualité du risque lequel désigne davantage « *un événement futur et incertain dont la survenance aurait des conséquences négatives*⁸ ». En somme, il a trait aux pertes, au néfaste. Partant, l'on

¹ Le placement en actions en est une parfaite illustration.

² BARBIER H. La liberté de prendre des risques, Thèse, PUAM, 2010, p. 62.

³ DOWNE A., La gestion des risques contractuels par le contrat (Étude du droit français à la lumière du droit anglais), Thèse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2021, p.26.

⁴ *Ibid.*, p.32.

⁵ MOURY M. Avant-propos – Étude : Le risque, Cour de cassation, Rapport 2011.

⁶ « Risque », *Larousse* 3°.

⁷ VOIDEY N., *op. cit.*, p. 86.

⁸ DOWNE A., *op. cit.*, p. 40.

perçoit la complexité de la prise décision. Il s'agit pour le décideur de se représenter l'ensemble des risques tout autant que les bénéfices puis de mettre en balance ces deux éléments ; cette opération s'effectuant à l'aune de la gestion possible des risques identifiés¹.

165. Pour autant, risque et incertitude ne se confondent pas en tant que cause de l'hésitation. En effet, l'incertitude qui cause l'hésitation est entendue comme une absence totale d'information, une incomplétude, une ambiguïté, une contradiction ou encore une volatilité de celle-ci. L'incertitude porte ainsi sur les éléments sur lesquels s'appuie le décideur pour opter, alors que le risque, lui, concerne les conséquences du choix arrêté. En dépit des informations nécessaires à la prise de décision, les options présentent un risque ; c'est-à-dire que l'un des choix peut avoir une issue négative. Ainsi en est-il de l'acquéreur d'un terrain pour lequel l'obtention des autorisations administratives nécessaires pour construire demeure incertaine². Faute pour lui de les obtenir, son acquisition sera inutile. Pour le dire différemment, son choix peut se solder par un échec. La part d'incertitude du risque porte sur le résultat dont il ignore s'il sera positif ou négatif. Il convient toutefois de préciser que le risque peut se cumuler à l'incertitude en ce la probabilité de sa survenance peut être ignorée du contractant³.

166. L'entrepreneur est sans doute l'exemple le plus illustre du décideur face au risque. Les économistes ont été les premiers à relier la fonction d'entrepreneur à l'action de prise de risque⁴. Entreprendre est un risque : succès ou échec cuisant avec les conséquences financières

¹ *Ibid.*, p. 83.

² Cass. Civ. 3^{ème}, 18 juil. 1972, n° 71-12.827.

³ « *ayant exactement énoncé qu'un agent immobilier qui s'entretient habituellement dans des opérations immobilières de placement se doit d'informer et de conseiller l'acquéreur éventuel sur les caractéristiques de l'investissement qu'il lui propose et sur les choix à effectuer, la cour d'appel constatant que les termes employés dans la plaquette publicitaire distribuée par l'agence annonçant la perception de loyers « nets de charge », « garantis par un bail minimum de neuf ans, quel que soit le taux d'occupation de la résidence », étaient de nature à convaincre les époux X, investisseurs non avertis, que ce type de montage présentait des caractéristiques de sécurité et de rentabilité certaine, a pu en déduire que l'agence, qui avait été leur seul interlocuteur dans cette opération, avait manqué à son obligation d'information et de conseil en s'abstenant de les alerter sur les risques de non-perception des loyers auxquels ils se trouveraient exposés en cas de déconfiture du preneur à bail commercial, risques dont les stipulations du bail ne permettaient pas de mesurer l'impact sur la fiabilité annoncée du placement* ». Cass. Civ. 1^{ère}, 2 oct. 2013, n° 12-20504.

⁴ BARBIER H., *op.cit.*, p.90.

malheureuses ou heureuses qui en découleront¹. Le risque est constant car « *l'entrepreneur est sans cesse obligé de prendre des risques, d'investir, sous peine de voir son avance fondre ; et le monopole qu'il avait créé sur un produit étant amené à disparaître rapidement.* »² Prenons quelques exemples. Lors de la création de l'entreprise, le dirigeant doit décider de réaliser ou non des investissements lesquels présentent un risque car ils peuvent s'avérer inadaptés et conduire à une insuffisance d'actif, attitude potentiellement constitutive d'une faute de gestion³. En outre, il doit faire le choix « *de la politique du client unique ou de la diversification de la clientèle de la société* »⁴. La cour d'appel de Paris retient que « *la dépendance économique dont a été victime la société ne constituait pas une faute de M. P. (le gérant) mais une prise de risque* »⁵. Quant au choix inverse, la cour d'appel de Rouen réforme un jugement aux motifs que « *il ne peut être imputé à faute à M. H (le gérant), d'avoir pris le risque d'une diversification dont il était difficile de prévoir la réussite* ».⁶ Le dirigeant est face à un choix et doit opter pour l'un ou l'autre lequel sera déterminant pour le succès de l'entreprise. L'hésitation est d'autant plus compréhensible que, outre la faute de gestion, la prise de risque peut fonder une qualification d'abus de biens sociaux⁷. C'est dire que chacune de ses décisions est empreinte de risques et partant, d'hésitation. D'ailleurs, l'article L144-1 du Code de commerce dispose que le gérant qui exploite une location-gérance le fait « *à ses risques et périls* ».

¹ « *Sans être un jeu de société, le contrat de société participe au jeu du hasard ; on ne gagne pas à tous les coups et il faut savoir perdre.* » COZIAN M., VIANDIER A., DEBOISSY F., Droit des sociétés, LexisNexis, 29^e éd., n°155. Voir également, BARBIER H., *op. cit.* ; Le risque participe également de l'éthique du profit. Voir en ce sens, Travaux Cerjda, L'entreprise face à l'éthique du profit, L'Harmattan, 2008.

² BARBIER H., *op.cit.*, p.91.

³ Cass. Com., 19 mars 1996, n° 94-12.004 ; Cass. Com. 29 oct. 2002, n° 99-13.882.

⁴ BARBIER H., Éclairages. La liberté de prendre des risques : ses implications en droit des sociétés, BJS juill. 2010, n° JBS-2010-07-eclair, p. 622.

⁵ CA Paris, 17 juin 2005 : Juris-Data n° 278918.

⁶ CA Rouen, 2 juin 1994 : Juris-Data n° 048598.

⁷ Cass. Crim., 27 oct. 1997, n° 96-83.698 ; Cass. Crim. 10 nov. 1964, JCP 1965. II. 14146. Sur la responsabilité du dirigeant voir notamment KIRRY A. et MONSALLIER-SAINT MLEUX M.-C., Dirigeant de société et prise de risque, JCP E 2009, 1123 ; DEMEYRE D., Les fautes de gestion dans la responsabilité pour insuffisance d'actif des dirigeants sociaux, Gaz. Pal. 6 avr. 2013, Doctr. 13.

167. L'expression « risques et périls » que l'on retrouve dans divers textes¹ exprime le fait pour l'intéressé de prendre une décision dont il doit assumer le risque en cas d'issue malheureuse, en cas de péril. Ainsi en est-il d'une banque qui a choisi de traiter les chèques de manière informatique. « *La banque tirée est tenue de vérifier la régularité formelle du titre et qu'en s'en abstenant elle prend un risque dont elle doit assumer les conséquences*² » assène la Haute juridiction. De même pour le contractant qui a recours à l'exception d'inexécution de l'article 1219 du Code civil³. « *L'exception d'inexécution est en effet un mécanisme frustré qui relève de la justice privée : le contractant qui suspend ses obligations prend une décision unilatérale au motif, et peut-être au prétexte, que son contractant n'exécute pas les siennes. Mettant en œuvre une prérogative unilatérale, il prend donc un risque*⁴ ».

168. En effet, le juge opère, *a posteriori*, un contrôle de l'opportunité de sa décision⁵ et apprécie si son cocontractant a commis une faute justifiant la suspension de ses obligations. Par exemple, un locataire qui, en raison d'une propagation éventuelle d'amiante durant les travaux réalisés par le propriétaire, avait non seulement pris la décision de suspendre le paiement des loyers mais de quitter les lieux alors qu'il n'y était nullement contraint, le fait à

¹ Art. L144-1 du Code de commerce relatif à la location-gérance : « *Nonobstant toute clause contraire, tout contrat ou convention par lequel le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce ou d'un établissement artisanal en concède totalement ou partiellement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls est régi par les dispositions du présent chapitre.* »

Art. L 511-28 du Code de commerce relatif à la lettre de change : « *Le tiré qui paie avant l'échéance le fait à ses risques et périls.* »

Art. 1226 du Code civil : « *Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification.* »

Art. 1326 du Code civil relatif à la cession de créance : « *Celui qui cède une créance à titre onéreux garantit l'existence de la créance et de ses accessoires, à moins que le cessionnaire l'ait acquise à ses risques et périls ou qu'il ait connu le caractère incertain de la créance.* »

Art. 1629 du Code civil relatif à la garantie d'éviction : « *Dans le même cas de stipulation de non-garantie, le vendeur, en cas d'éviction, est tenu à la restitution du prix, à moins que l'acquéreur n'ait connu lors de la vente le danger de l'éviction ou qu'il n'ait acheté à ses périls et risques.* »

² Cass. Com., 9 juil. 2002, n° 00-22.788.

³ Art. 1219 du Code civil : « *Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave.* »

⁴ SEUBE J.-B., Le risque au cœur de l'exception d'inexécution, RDC 2016, n° 113c7, p. 249.

⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 5 mars 1974, n° 72-11884 : JCP G 1974, II, 17707, rapp. M. Voulet : le contractant « *a toujours le choix entre la contestation judiciaire et l'exercice à ses risques et périls de l'exception d'inexécution qui ne représente qu'un refus provisoire d'exécuter.* »

ses risques et périls¹. « *Le débiteur qui refuse d'exécuter son engagement parce que, selon lui, l'autre partie a manqué à ses propres obligations, doit savoir que le juge peut lui imputer une défaillance injustifiée ; le tribunal saisi peut notamment estimer, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, que l'inexécution adverse était insuffisamment grave ou caractérisée* »². De même pour le créancier qui entend résoudre le contrat par voie de notification³. Dans le cas de la résolution ou de l'exception d'inexécution, l'intéressé a le choix entre saisir le juge ou agir par lui-même. Si la seconde option est plus rapide, elle présente en revanche le risque pour ce dernier de se voir, notamment, condamner au paiement de dommages et intérêts⁴ outre l'obligation pour lui de justifier de l'opportunité de sa décision⁵.

169. Les conséquences éventuellement malheureuses d'une décision sont donc source d'hésitation en ce qu'elles représentent un risque. Il y a en pareille hypothèse une part d'inconnu dont l'intéressé doit s'affranchir pour prendre sa décision. La prise d'acte de la rupture du contrat est typiquement une décision présentant un risque. Une société qui a pris acte de la rupture du contrat la liant à un agent commercial « *assumait le risque qu'elle ne soit pas considérée comme valable* »⁶. De même pour le salarié qui prend acte de la rupture du contrat de travail⁷. Il le fait à ses risques et périls⁸. Le risque est d'autant plus grand qu'il ne peut se rétracter⁹ et que par ailleurs, la Cour de cassation pose deux exigences cumulatives afin de qualifier la rupture de licenciement sans cause réelle et sérieuse¹⁰ : des faits suffisamment

¹ Cass. Civ. 3^{ème}, 19 nov. 2015, n° 14-24612.

² ATIAS C., Les «risques et périls» de l'exception d'inexécution (limites de la description normative) : D. 2003, p. 1103.

³ Art. 1226 du Code civil. Avant l'ordonnance déjà Cass. Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, n° 96-21.485.

⁴ Art. 1228 du Code civil : « *Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts.* »

⁵ Art. 1226 *in fine* : « *Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution.* »

⁶ CA Bordeaux - ch. civile 04, 3 mars 2021, n° 18/05575.

⁷ Cette possibilité n'est ouverte qu'au salarié depuis les arrêts retentissants de 2003 : Cass. Soc. 25 juin 2003, n° 01-40.235 et 01-41.150.

⁸ Cass. Soc. 29 janv. 2020, n° 17-13.961. Sans pour autant que l'art. 1226 du Code civil, dans sa rédaction issue de l'Ord. N° 2016-131 du 10 févr. 2016, ne lui soit applicable (Cass. Soc., 3 avr. 2019, n° 15003).

⁹ Cass. Soc. 14 oct. 2009, n° 08-42.878.

¹⁰ Cass. Soc. 25 juin 2003, *op.cit*

graves imputables à l'employeur d'une part¹, lesquels doivent, d'autre part, empêcher la poursuite du contrat de travail². Faute pour lui d'y parvenir, il s'expose à ce que la prise d'acte soit qualifiée de démission³, le privant, par suite, d'allocations chômage d'aide au retour à l'emploi.

170. Le risque peut autrement résulter du coût. Réaliser un investissement coûteux présente un risque indéniable. Tel est le cas pour un couple qui acquiert un appartement dépendant d'une résidence touristique à construire dans une zone de revitalisation rurale dans le but de le louer⁴. La rentabilité, loin d'être certaine, en fait un investissement risqué. L'hésitation sera d'autant plus importante que les potentiels contractants ne sont pas des investisseurs avertis⁵. Mais mêmes ces derniers n'échappent pas à l'hésitation. Prenons l'hypothèse de celui qui, pour diversifier son patrimoine, fait l'achat d'œuvres d'art. Le risque est certain eu égard au montant investi alors même que parfois, l'authenticité l'est moins⁶. Pareillement, le franchisé réalise d'importants investissements.⁷ Or, l'exploitation peut ne pas être rentable⁸ ou le contrat peut être résilié prématurément en application d'une clause d'essai ne permettant pas au franchisé d'amortir son investissement⁹, lequel est généralement financé par un prêt. L'on perçoit dès lors l'enjeu financier qui préside à la conclusion d'un tel contrat, ce d'autant que 72% des franchisés sont issus du salariat¹⁰. Le coût représente en effet un élément primordial dans la prise de décision. Prenons l'exemple d'une société d'une certaine importance qui désire s'informatiser ou modifier son informatique. *« Le prix n'est qu'un élément, sans doute important, parmi d'autres, dont l'ensemble constitue l'investissement. Ils doivent tous entrer*

¹ Cass. Soc. 19 janv. 2005, n° 03-45.018.

² Cass. Soc. 30 mars 2010, n° 08-44.236 : « La prise d'acte permet au salarié de rompre le contrat de travail en cas de manquement suffisamment grave de l'employeur qui empêche la poursuite du contrat de travail. »

³ *Ibid.*

⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 2 oct. 2013, *op.cit.*

⁵ Comme le souscripteur d'un contrat d'assurance-vie libellé en unités de comptes. Cass. com., 10 mars 2021, n° 19-16302.

⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 21 oct. 2020, n° 19-10.536.

⁷ Les articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce imposent d'ailleurs une obligation d'information précontractuelle sur ce point.

⁸ CA Paris, 4 déc. 2003, RG n° 2001/10382 ; Cass. com., 10 juin 2020, no 18-21536.

⁹ Cass. com., 21 juin 2017, n° 16-15365 : quelques mois après la signature du contrat.

¹⁰ Enquête annuelle sur la franchise réalisée par la Fédération française de la franchise pour 2020, v. le site www.franchise-fff.com.

en ligne de compte dans le calcul de rentabilité qu'il effectue avant d'accepter le prix que lui soumet la société d'informatique. Il lui faut évaluer correctement son investissement, afin d'arrêter sa décision en toute lucidité et en ayant une stratégie des risques.¹»

171. En somme, le risque est un facteur d'hésitation car les options, à tout le moins l'une d'elles, peut entraîner de lourdes conséquences. Il s'ensuit que le déroulement du processus décisionnel s'étire dans le temps.

C. La certitude

172. S'il est vrai que l'incertitude complique la décision, la certitude ne la facilite pas nécessairement. Tel est le cas si l'on a le choix entre plusieurs options positives, c'est-à-dire dont les bénéfices sont équivalents. L'excès de choix cause l'embarras comme le révèle l'âne de Buridan. Nous connaissons cet animal affamé qui, placé à égale distance de deux quantités semblables de nourriture, ne parvient pas à choisir, et se laisse donc mourir de faim. Son hésitation a été mortelle. Le choix, plus précisément la multiplicité de choix, est une figure problématique de décision². Prenons l'hypothèse de l'achat d'un véhicule. Ici, pas de difficulté quant à l'opportunité d'achat puisque la décision est commandée par la satisfaction d'un besoin. La décision d'acheter est prise. Ce qui pose question ce sera le choix du modèle. L'acheteur peut hésiter parce qu'il a le choix entre plusieurs véhicules de même catégorie, au prix sensiblement identique et qui sont tous assortis d'une garantie équivalente. Comme l'âne de Buridan, il repousse sa décision parce qu'il ne parvient pas à opter.

173. La multiplicité de choix n'a pas trait uniquement à l'objet du contrat ou du cocontractant. Cette multiplicité peut également résulter d'options offertes par le législateur lui-même. Dans cette hypothèse, il n'y aura pas d'incertitude puisque l'intéressé connaît les conséquences juridiques des différentes options. Le choix de la forme sociétaire est complexe pour les futurs associés car il s'agit pour eux, *« d'apprécier l'adéquation des possibilités offertes par chaque type de société aux besoins de la société nouvelle et aux objectifs des futurs associés ou, durant la vie sociale, aux besoins nouveaux de la société existante qui conservera,*

¹ le TOURNEAU Ph., Contrat numérique, Dalloz, 2021/22, Chap. 121, n°121.62.

² Voir notamment COCHOY F., De l'embarras du choix au conditionnement du marché. Vers une socio-économie de la décision, Cahiers Internationaux de Sociologie Nouvelle série, Vol. 106, Janv.-Juin. 1999, pp. 145-173.

*malgré le changement de forme, sa personnalité morale*¹ ». Doivent-ils opter pour une société à responsabilité limitée ou une société par actions simplifiée, qui bien que présentant des points communs, divergent sur la fiscalité ou encore le statut social du dirigeant². De même pour le régime fiscal de la société en création³ lequel influe grandement sur le résultat économique de l'opération. Ou encore le choix de l'implantation commerciale qui peut s'avérer cornélien lorsqu'aux critères fondés des préoccupations commerciales ou industrielles, s'ajoutent des incitations fiscales nombreuses⁴.

174. Ce peut également être le cas d'obligations alternatives. Ainsi, l'article 1307 du Code civil définit l'obligation alternative comme celle qui « *a pour objet plusieurs prestations et que l'exécution de l'une d'elles libère le débiteur.* » L'article 1307-1 du même code précise que « *le choix entre les prestations appartient au débiteur* »⁵. Cet exemple est intéressant en ce que l'hésitation n'affecte pas le créancier de l'obligation mais bien le débiteur de celle-ci. Le second alinéa précise que « *l'autre partie peut, après mise en demeure, exercer ce choix ou résoudre le contrat* ». C'est dire que l'hésitation persistante du débiteur peut conduire à une déchéance de son droit de décider.

175. Les exemples législatifs de choix laissé au contractant sont multiples. L'article 1644 du Code civil par exemple qui dispose que « *Dans le cas des articles 1641⁶ et 1643, l'acheteur*

¹ COUDERT M.-A., Fasc. C-10 : DROIT DES SOCIÉTÉS. – Choix de la forme sociétaire, JurisClasseur Sociétés Formulaire, Juin 2021, n°1.

² Par exemple, La SARL offre dans une certaine mesure le choix entre le statut TNS ou celui de dirigeant assimilé salarié, alors que le président de SAS est obligatoirement assimilé salarié.

³ Art. 239 du Code général des impôts. Voir CA Douai, 22 janvier 2009, n° 07/03765.

⁴ Voir en ce sens, VIRASSAMY G., Implantation commerciale et réseau de distribution, in L'implantation commerciale, Travaux du CERJDA, L'Harmattan, 2013, p.98.

⁵ La décision est d'autant plus importante qu'elle est définitive. Cass. Civ. 1^{ère}, 3 juin 1966 : Bull. civ. I, n° 329; RTD civ. 1967. 384, obs. J. Chevallier (possibilité pour le créancier de demander soit l'application de la clause d'échelle mobile dont la rente était assortie, soit l'application des majorations légales et option exercée en faveur des majorations légales).

⁶ Art. 1641 du Code civil : « *Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus.* » et art. 1643 : « *Il est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie.* »

a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix. » De même, l'article 1217 du même code¹ propose un éventail de sanctions en cas d'inexécution du contrat.

176. La connaissance des conséquences juridiques de la décision envisagée est également génératrice d'hésitation. Lorsqu'elles sont connues, elles peuvent être d'une importance telle qu'elles paralysent l'intéressé, qu'elles soient prévues par le contrat ou par le législateur. Par exemple l'indemnité prévue en cas de résiliation du contrat qui correspond à l'intégralité des sommes qu'aurait dû supporter le souscripteur si le contrat s'était poursuivi². Nonobstant le fait qu'elle puisse être révisée par le juge, encore faut-il que l'intéressé le saisisse. Ou le montant élevé d'une indemnité d'immobilisation qui fait peser une contrainte sur le bénéficiaire qui peut hésiter à ne pas lever l'option, sauf à éventuellement s'exposer à perdre celle-ci³. Rappelons que la phase de délibération est marquée par l'appréhension des conséquences de la décision envisagée.

177. Toutes ces hypothèses ne sont, une fois encore, pas exhaustives. Il faut en outre préciser qu'elles peuvent se superposer. L'incertitude peut être aggravée par une multiplicité de choix par exemple. Quoi qu'il en soit et pour aussi complexe que soit la décision, l'intéressé ne peut demeurer dans l'hésitation en raison de l'inconfort, voire de la gravité de la situation qu'elle génère : une situation d'attente.

¹ Art. 1217 du Code civil : « *La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :*

- *refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;*
- *poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;*
- *L. n° 2018-287 du 20 avr. 2018, art. 10) «obtenir [ancienne rédaction: solliciter]» une réduction du prix ;*
- *provoquer la résolution du contrat ;*
- *demander réparation des conséquences de l'inexécution.*

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter. »

² CA Grenoble, 23 mars 2021, ° 19/00077.

³ Cass. Civ. 3^{ème}, 26 sept. 2012, n° 10-23.912 : « *Qu'en statuant ainsi, sans relever que la promesse de vente était assortie d'une indemnité si importante par rapport au prix de vente qu'elle privait la société France Invest de sa liberté d'acheter ou de ne pas acheter, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

§ 2 - La génération d'une situation d'attente, corollaire de l'hésitation

178. L'hésitation agit comme un retardateur. L'intéressé qui la subit, repousse inlassablement sa prise de décision et partant, allonge le déroulement de son processus décisionnel. Reste que, son hésitation devient problématique lorsque sa décision est attendue par une autre partie qui se trouve alors en situation d'attente. Or, nous avons démontré la consubstantialité entre hésitation et vie contractuelle. L'on présume dès lors la pléthore de situations d'attente qui en découle. La difficulté tient en pareil cas aux conséquences pratiques. Doit-on considérer que la situation est totalement figée en ce sens que la partie qui attend est totalement bloquée ? Ou au contraire, demeure-t-elle libre d'agir ? Combien de temps peut raisonnablement durer cette attente ? Celui qui attend peut-il y mettre fin ? Autant de questions qui illustrent la complexité et l'aspect négatif que revêt la situation d'attente, spécialement lorsque la décision attendue est celle qui pourrait former le contrat. Pourtant, la notion de situation d'attente n'a fait l'objet d'aucune étude formelle. Elle est cependant nécessaire car d'une part, force est d'observer une profusion de situations d'attente (I) et d'autre part, il est indéniable qu'elles sont source de dangers et d'inconvénients (II).

I. Une profusion de situations d'attente

179. Les contours imprécis de la notion de situation d'attente (A) explique ce recours excessif. D'où la nécessité de remédier à cet écueil en la déterminant précisément (B).

A. Les contours imprécis de la notion de situation d'attente

180. Le terme « situation d'attente » ne reçoit aucune définition juridique qui permettrait d'en définir les contours précis. Dans le langage commun, l'attente est définie comme le fait d'attendre¹, verbe signifiant : « *Rester en un lieu jusqu'à ce que quelqu'un arrive, que quelque chose soit prêt ou se produise* », « *patienter* »². Ces quelques indications nous conduisent d'emblée à préciser que la situation d'attente est sans rapport avec l'attente légitime que

¹ « Attente ». Larousse. (2020). Dans *Le Dictionnaire Larousse*.

² « Attendre ». *ibid.*

Georges Virassamy avait depuis longtemps déjà évoquée¹. L'attente, notion psychologique, peut être définie comme le fait qu' « *une personne s'attend à pouvoir exercer un droit envers une autre, à obtenir un bien ou un service ayant telle ou telle qualité, à ne pas subir de dommages du fait des produits mis sur le marché*² ». Cette notion devient juridique uniquement si l'attente est légitime³, autrement dit si elle est justifiée. « *Par exemple, si elle se fonde sur une apparence qui masque la réalité, ou sur les déclarations faites avant la conclusion d'un contrat ou encore sur l'opinion du public concernant la sécurité*⁴. » Il s'agit donc de ce qu'espère un créancier en vertu des dispositions du contrat, ce à quoi il estime avoir droit.

181. Une analyse de la littérature juridique nous éclairera sans doute davantage. Le terme « situation d'attente » n'apparaît dans aucun texte mais est régulièrement employé dans les situations les plus variées⁵ par la jurisprudence et la doctrine. Le droit du travail fourmille de référence à ce terme, singulièrement dans la jurisprudence. La chambre sociale a eu l'occasion

¹ VIRASSAMY G., Regard sur le phénomène de la réitération en droit privé français, D. 1989, Chronique, XLIV, p. 282.

² CALAIS-AULOY J., L'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif ?, in Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Y. Guyon, Paris, Dalloz, 2003, p. 179.

³ AUBRY H., Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime, Revue internationale de droit comparé, Année 2005, 57-3, pp. 627-651, spé. p. 632.

⁴ CALAIS-AULOY J., L'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif ?, in Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Y. Guyon, Paris, Dalloz, 2003, p. 179.

⁵ Notamment, concernant la promesse unilatérale : BENABENT A., Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, Domat droit privé : Montchrestien, 11e éd. 2015, n°93 ; l'exception d'inexécution : DESHAYES O., Exception d'inexécution, Répertoire de droit civil, juillet 2018 (actualisation nov. 2019), spé. n°139 ; un bien grevé : PIEDELIÈVRE St., Usage-habitation, Répertoire de droit civil, avril 2015, spé. n°84 ; le droit de préemption : PILLET G., Préemptions et retraits, Répertoire de droit immobilier, mars 2010, spé. n°73 ; l'option successorale : ÉGÉA V., Succession – Recueil de la succession, Répertoire de procédure civile, décembre 2011 (actualisation : décembre 2019), spé. n°104 ; l'enfant confié provisoirement à un tiers : GOUTTENNOIRE A., Autorité parentale – Retrait de l'autorité parentale, Répertoire de droit civil, octobre 2017 (actualisation décembre 2019), spé. n°434 ; la période entre la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié et le jugement : PATRIGEON B., La procédure de prise d'acte de la rupture du contrat de travail depuis la loi du 1^{er} juillet 2014, Les Cahiers Sociaux - n°274 - page 289, le sursis à statuer : MAYAUD Y., Dénonciation calomnieuse – Répression, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Avril 2016 (actualisation : Juin 2020), n°242 ; la suspension du droit de poursuite des créanciers dans le cadre de l'ouverture d'une procédure collective : PIEDELIÈVRE S., GUERCHOUN F., Saisie immobilière, Répertoire de droit immobilier, Octobre 2018 (actualisation : Juin 2020), n°40 ; la suspension provisoire de la force exécutoire du titre de créance, PERROT R., Saisie-attribution : suspension de la force exécutoire du titre de créance, RTD civ. 2004. 144.

de qualifier la « mise en situation d'attente » du salarié par son employeur de comportement discriminatoire¹. Il a pu être jugé que l'employeur qui ne fixe pas le salarié quant à son avenir professionnel le met en situation d'attente, attitude constitutive de harcèlement moral, « *ce qui est incompatible avec les exigences légales posées en matière disciplinaire impliquant une célérité dans la réaction de l'employeur et ce qui constitue un détournement du pouvoir disciplinaire*² ». Il en est de même pour la période de temps s'écoulant entre la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié en raison de manquements graves de l'employeur et le jugement du Conseil de prud'hommes devant qualifier la rupture soit de licenciement sans cause réelle et sérieuse, soit, de démission. « *L'employeur se trouve également, tout le temps de la procédure, dans une situation d'attente, particulièrement inconfortable pour les petites structures, le coût d'un licenciement sans cause réelle pouvant avoir d'importantes répercussions sur la santé de l'entreprise*³. » Ou encore, la situation d'attente que subit le salarié qui n'est pas encore fixé quant à la mise en œuvre d'une clause de non-concurrence qui pourrait l'amener à décliner des offres d'embauche⁴.

182. La situation de l'absent que l'article 112 du Code civil définit comme une « *personne (qui) a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence sans que l'on en ait eu de nouvelles* » et qui voit ses intérêts figés en attendant son retour, est également qualifiée de situation d'attente⁵. Ou encore l'attente de l'exercice par l'héritier de son droit d'opter prévu par l'article 771 du Code civil. « *Une telle expectative peut s'avérer pour le moins regrettable, pour l'héritier lui-même, mais aussi et surtout pour les autres cohéritiers, les héritiers d'un*

¹ Cass. Sociale, 11 janvier 2012, 10-27.109 : « *Mais attendu que la cour d'appel a retenu à bon droit que le seul fait de laisser le salarié en situation d'attente d'un poste de travail depuis décembre 2007, compromettant ainsi nécessairement les conditions d'exercice du mandat dont il est titulaire, constitue de la part de la société Groupe Cayon un comportement discriminatoire, l'employeur ne démontrant pas que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination et que l'employeur ne saurait exciper des refus successifs opposés par le salarié à ses propositions, alors qu'il n'a saisi l'autorité administrative d'aucune demande d'autorisation de licenciement.* »

² CA Douai, 31 janv. 2017, RG n° 15/3920.

³ PATRIGEON B., La procédure de prise d'acte de la rupture du contrat de travail depuis la loi du 1er juillet 2014, Cah. soc. mai 2015, n° 116b2, p. 289

⁴ SECHIER-DECHEVRENS J., Vers un déséquilibre contractuel de la clause de non-concurrence, D. 2006. 1357.

⁵ LAROCHE-GISSEROT Fl., Absence, Répertoire de droit civil, janvier 2016, spé. n°13 ; GOUBEAUX G., A propos de la preuve de l'existence de la personne, in Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr, Dalloz, p. 343, spé. p. 352.

rang subséquent, ainsi que pour les créanciers de la succession. ¹» C'est dire que ces derniers sont en situation d'attente tant que l'intéressé ne s'est pas décidé.

183. Dans sa thèse consacrée à la remise de dette, Nathalie Picod qualifie l'extinction de dette de fait² de situation d'attente « *précaire qui a vocation, à terme, à connaître un dénouement que ce soit par la consolidation de cette situation ou par l'éventuelle manifestation de la volonté contraire du débiteur* ³ ». L'extinction de fait est l'hypothèse dans laquelle le créancier s'abstient « *d'engager des poursuites à l'encontre son débiteur ou de recourir à l'exécution forcée et ce, jusqu'au délai de prescription* ⁴ » comme un père ayant prêté une somme d'argent à sa fille et qui s'abstient de le lui réclamer ou encore un fournisseur qui n'exige pas d'un client de longue une somme due, ce, dans un intérêt commercial⁵. Reste que, cette situation de fait ne concerne que la renonciation à son droit de poursuite et échoue à produire un effet extinctif de droit. En somme, il s'agit d'une paralysie temporaire du pouvoir de contrainte du créancier, laquelle par conséquent, pour être définitive, doit être consolidée. Autrement dit, tant que le créancier n'a pas manifesté de volonté contraire ou que le temps n'a pas eu son effet extinctif, le débiteur se trouve dans une situation d'attente dont il ignore tant la durée que l'issue. Elle peut être positive si le créancier confirme sa renonciation aux termes d'une convention ou s'il y a finalement prescription. Elle peut être négative si le créancier réclame la somme due. C'est dire qu'en pareille hypothèse, il se trouve sous le joug du créancier.

184. L'exception d'inexécution définie aux termes de l'article 1219 du Code civil⁶ est, elle aussi, qualifiée de situation d'attente. « *L'exception d'inexécution crée une situation d'attente et de pression dont l'issue demeure incertaine : elle remplit pour le créancier une fonction de garantie en faisant pression sur le débiteur, dans le but de parvenir à l'exécution complète des*

¹ EGEA V., Succession – Recueil de la succession, Répertoire de procédure civile, 2011 (actualisation 2020), n°104.

² Au contraire de la définition de l'art. 1350 du Code civil qui la définit comme une convention.

³ PICOD N., La remise de dette en droit privé, Thèse, Dalloz, 2013, p. 337.

⁴ *Ibid.*, p. 335.

⁵ PICOD N., *op. cit.*, p. 335.

⁶ « Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave. »

obligations.¹ » L'excipiens, « en gelant provisoirement l'exigibilité d'une obligation que celui qui l'invoque doit fournir² », subit en effet une situation d'attente indéterminée, à tout le moins, « jusqu'à ce qu'un événement nouveau ou un comportement nouveau du partenaire contractuel mette fin au blocage³ ». Il en est de même pour le droit de rétention qui permet au créancier de retenir un objet nonobstant son obligation de restitution, jusqu'à ce qu'il ait été intégralement payé par son débiteur⁴. Ainsi, dans l'intervalle, existe une situation d'attente.

185. De même pour le pacte de préférence à durée indéterminée qui « fait naître une situation d'attente singulière » selon Suzanne Lequette⁵, s'agissant singulièrement du délai pendant lequel le droit de préférence conserve sa vigueur⁶. La jurisprudence considère en effet que « tant que le promettant n'a pas fait connaître sa décision de vendre, le bénéficiaire du pacte de préférence est dans l'impossibilité absolue d'exercer ses droits et, en conséquence, la prescription ne court pas contre lui⁷ ». Cette imprescriptibilité place par conséquent le promettant dans une situation d'attente contraignante qui résulte de l'obligation négative pesant sur lui « de ne pas contracter avec un tiers avant d'avoir proposé au bénéficiaire du pacte de conclure le contrat⁸ ».

¹ STORCK M., Fasc. unique : CONTRAT – Inexécution du contrat – Exception d'inexécution, JurisClasseur Civil Code > Art. 1219 et 1220, 2020, n°11 ; voir également DESHAYES O., Exception d'inexécution, Répertoire de droit civil, 2019, n°138.

² Le pouvoir accru du juge : une ingérence dans la relation entre partenaires commerciaux, Revue Lamy Droit de la concurrence, n°49, 1^{er} avril 2019.

³ *Ibid.*

⁴ MESTRE J. (dir.), Lamy droit des sûretés, 2018, n°227-51.

⁵ LEQUETTE S., Réflexions sur la durée du pacte de préférence, RTD civ. 2013. 491 ; voir aussi MIGNOT M., Fasc. unique : Contrat – Formation du contrat – Pacte de préférence, févr. 2018 (actualisation 2020), n°41.

⁶ Il faut en effet distinguer deux délais dans le pacte : d'une part, le délai pendant lequel le droit de préférence conserve sa vigueur et d'autre part, le délai d'option une fois que la décision de vendre a été prise par le promettant et qu'une offre est faite au bénéficiaire. Voir, LEQUETTE S., *op. cit.*

⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 22 déc. 1959 : Gaz. Pal. 1960. 1. 251.

⁸ LEQUETTE S., *op. cit.*

186. Pareillement pour l'offre non assortie d'un délai d'acceptation.¹ Le pollicitant est en effet tenu de maintenir son offre durant un délai raisonnable². C'est dire que l'intéressé se trouve en situation d'attente tant que le bénéficiaire de l'offre ne se manifeste pas ; situation d'attente dont il ignore la durée³ laquelle « *variera en fonction du domaine considéré et des circonstances. Il suit de là que c'est seulement a posteriori que le pollicitant, faisant l'objet d'une procédure judiciaire à l'initiative du destinataire de l'offre révoquée, saura s'il a procédé ou non à cette révocation dans un délai exclusif de toute faute de sa part. De ce point de vue, la notion de délai raisonnable, qui autorise une incontestable souplesse et favorise la prise en considération des circonstances de fait de chaque espèce, est néanmoins également un facteur d'incertitude et d'insécurité.* »⁴

187. Pour Jean-Maurice Verdier, certaines hypothèses sont des « *situations d'attente privilégiées* » lesquelles correspondent à la période précédant la naissance future du droit envisagé. Par exemple, la vente d'une chose future, le droit d'un héritier réservataire, les promesses de contrat, les contrats soumis à homologation ou autorisation ainsi que les droits nés de la responsabilité⁵. Elles sont privilégiées en ce que, bien qu'elles ne soient pas encore aptes à faire naître le droit envisagé, autrement dit le droit éventuel, elles produisent néanmoins immédiatement certains effets.

188. S'agissant singulièrement de la promesse unilatérale, un auteur relève que « *précisément, le propre de la situation du promettant est que, dès lors qu'il a consenti à la promesse unilatérale de contrat, il n'a... rien à faire ; au contraire, il se trouve alors dans une situation d'attente. Situation qui procède de la définition même de la promesse unilatérale de*

¹ VIRASSAMY G., Caducité d'une offre de vente du fait du silence du bénéficiaire pendant un délai raisonnable, D. 1993. 443.

² Art. 1116 du Code civil. Mais déjà Cass. Civ. 3^{ème}, 20 mai 1992, n° 90-17.647 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 20 mai 2009, n° 08-13.230.

³ Des années par exemple. Voir en ce sens Cass. Soc. 30 mai 2018, n° 17-10.888.

⁴ VIRASSAMY G., *op. cit.* Voir également, KHAIRALLAH G., Le raisonnable en droit privé français. Développements récents, RTD civ. 1984, p. 439 et s ; LAGELEE-HEYMANN M., Le raisonnable dans le nouveau droit des contrats, RDC 2018, n° 115k2, p. 473 ; RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA H., Le raisonnable en droit des contrats, Thèse, L.G.D.J, 2009.

⁵ VERDIER J.-M., Les droits éventuels : contribution à l'étude de la formation successive des droits, Thèse, Rousseau éditeur, 1955, p.127.

contrat, avant-contrat par lequel le promettant consent au bénéficiaire une exclusivité quant à la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés et pour la formation duquel fait simplement défaut le consentement de ce dernier. Concrètement, donc, en vertu d'une telle promesse, le promettant n'a rien d'autre à faire que d'attendre, pendant la durée de l'option contractuellement prévue, la décision du bénéficiaire relativement à la formation du contrat promis. ¹ » La doctrine s'accorde en effet sur cette qualification².

189. Somme toute, force est d'observer que cette expression qualifie les situations les plus diverses qui ont pour point commun d'être temporaires mais dont la durée peut être prévue³ ou non⁴. Néanmoins ce critère ne peut être déterminant puisque par nature l'attente est provisoire et qu'au surplus, les situations temporaires prolifèrent en droit⁵. Par ailleurs, l'incertitude est omniprésente car qu'elle existe à des degrés divers dans toute attente. En effet, l'attente correspond à une projection dans l'avenir, lequel est par essence, incertain. L'attente vague suscite davantage d'incertitudes quand l'attente de l'inévitable, elle, n'aura d'incertain que le moment de sa survenance. Reste qu'à ce prix, tout peut être situation d'attente car l'incertitude est partout dès lors que l'on admet que même l'intelligence la plus fine ne peut tout prévoir.

190. Une tentative de classification des hypothèses évoquées précédemment révèle que pour certaines, l'intéressé est dans l'attente d'une décision. Tel est le cas du salarié qui ignore quel poste lui sera attribué ou la sanction qu'il subira. De même pour l'employeur et le salarié qui attendent la décision du Conseil de prud'hommes ou le propriétaire d'un bien grevé. Le pollicitant et le promettant sont dans une situation similaire, tout autant que les cohéritiers et les créanciers de l'héritier qui doit opter ainsi que le débiteur dans le cadre d'une extinction de

¹ MAZEAU D., Révocation unilatérale du contrat, RDC 2004, n° RDCO2004-2-008, p. 270.

² BENABENT A. Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, Domat droit privé : Montchrestien, 11e éd. 2015, n°93 ; MOLFESSIS N., De la prétendue rétractation du promettant dans la promesse unilatérale de vente, Recueil Dalloz 2012 p.231 ; MIGNOT M., Fasc. 20 : Vente – Nature et forme – Promesse unilatérale de vente, JurisClasseur Civil Code > Art. 1589 à 1589-2, févr. 2018 (actualisation 2020), n°125 ; MAINGUY D., Contrats spéciaux, Dalloz, 12^e éd., p.84.

³ Par exemple l'attente d'une décision de justice.

⁴ Pour le pacte de préférence, l'offre sans durée précise, le salarié dans l'attente de sa sanction ou encore l'exception d'inexécution.

⁵ Comme la suspension temporaire d'exercer prévue par les art. R. 4221-5 et s. du Code de la santé publique ; le droit au logement temporaire de l'époux survivant prévu par l'art. 763 du Code civil ; le prêt de main d'œuvre organisé par l'art. L. 8241-2 du Code du travail.

dette de fait. D'autres hypothèses en revanche, constituent des mesures de suspension comme celle du droit de poursuite des créanciers lors de l'ouverture d'une procédure collective ; étant précisé que cette suspension peut être coercitive comme l'exception d'inexécution et le droit de rétention. D'autres enfin constituent des mesures provisoires comme le sursis à statuer.

191. Par conséquent, il est nécessaire de préciser les caractères de la situation d'attente.

B. La détermination de la notion de situation d'attente

192. Si la situation d'attente est le corollaire de l'hésitation, c'est parce qu'elle entraîne la procrastination dans le processus décisionnel¹. L'intéressé ajourne sa prise de décision. Le processus décisionnel est alors suspendu. Reste que, le contrat étant l'affaire de deux parties au moins, l'attitude de l'un des contractants impacte nécessairement l'autre. Prenons l'hypothèse d'un pollicitant qui, pour s'assurer du paiement de dettes urgentes, aurait adressé une offre de vente à une personne déterminée. Dans cette hypothèse, le décideur est évidemment le destinataire de l'offre. Il va sans dire que le pollicitant, pressé de conclure la vente, espère qu'il lui donnera réponse rapidement². Néanmoins, les jours passant, le pollicitant s'impatiente de son silence. Ses créanciers se font de plus en plus pressants alors qu'il est contraint d'attendre³, espérant une réponse positive du destinataire. Ce dernier quant à lui, hésite car il s'agit d'une somme importante. Cette illustration résume la situation dans laquelle se trouve celui qui subit l'hésitation du décideur. En effet, la situation que provoque l'hésitation est contraignante, gênante. Elle bloque l'intéressé et le soumet à l'autre.

¹ Voir sur ce point les recherches de DARPY D. et notamment, La procrastination du consommateur : une contribution à l'explication du report d'achat, Thèse, Paris, 1999 ; Le report d'achat expliqué par le trait de procrastination et le potentiel de procrastination, Recherche et Applications En Marketing (French Edition), 17(2), 1-21 ; Une variable médiatrice du report d'achat : la procrastination, XIIIème Congrès de l'Association Française de Marketing, May 1997.

² Il en est de même pour l'offre aux termes de laquelle le pollicitant précise sa volonté de réaliser à bref délai son projet de vente et qui reçoit réponse quasiment un an après, Cass. Civ. 3^{ème}, 20 mai 1992, n° 90-17.647.

³ Comme nous l'avons indiqué précédemment, il est contraint de maintenir son offre durant un délai raisonnable Art. 1116 du Code civil. Mais déjà Cass. Civ. 3^{ème}, 20 mai 1992, n° 90-17.647 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 20 mai 2009, n° 08-13.230. Dans l'hypothèse où un délai a été précisé, il est tenu à la même obligation, faute de quoi, il s'expose à voir engager sa responsabilité extracontractuelle précise le second alinéa.

193. Il ressort de ce qui précède que la situation d'attente a trait à la décision. Elle correspond à la période résultant de l'hésitation dans la prise de décision d'une personne physique ou morale relative à la mise en œuvre d'un droit légal ou conventionnel et qui est subie par celui qui attend cette décision. Autrement dit, pour qu'une attente soit qualifiée de situation d'attente, il faut d'abord qu'elle résulte d'une hésitation laquelle doit porter sur une décision. Au surplus, cette décision doit concerner la mise en œuvre d'un droit que l'intéressé tient de la loi ou de la convention, décision qui est attendue par un autre.

194. Au regard de cette définition, d'emblée, l'on serait tenté de qualifier le pacte de préférence de situation d'attente, s'agissant singulièrement du délai pendant lequel le droit de préférence conserve sa vigueur ; c'est-à-dire celui pendant lequel, en cas de décision de contracter, pèse sur le promettant une obligation de « *proposer « prioritairement » au bénéficiaire de traiter avec lui* ¹ ». Pourtant, cette qualification doit être écartée. Pendant ce délai, la décision de contracter du promettant n'est qu'hypothétique ; la lettre du texte précisant « *pour le cas où* »². Il y a donc incertitude et non hésitation. Son utilisation en pratique permet de s'en convaincre. Il est ainsi largement utilisé en droit patrimonial de la famille³, notamment « *dans les actes de partage et tend à la conservation des biens dans la famille* ⁴ » ou encore en droit de la distribution « *pour conférer au franchiseur la préférence en cas de vente du fonds de commerce du franchisé* ⁵ ». Il est indéniable que « *le temps apparaît inhérent à cet avant-contrat* ⁶ », qui « *par essence, à vocation à durer* ⁷ » en raison de l'incertitude quant à la décision de contracter. Il n'y a donc pas de situation d'attente subie par le bénéficiaire pas plus que pour le promettant, même en cas de pacte à durée indéterminée, même s'il est vrai que sa situation

¹ Le TOURNEAU P., POUMAREDE M., Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 2021-2022, n°3112.161.

² La Cour de cassation a pu la qualifier de promesse unilatérale conditionnelle. Cass. Civ. 3^{ème}, 16 mars 1994, n° 91-19.797. « *Il crée en effet une sorte d'obligation latente à la charge du promettant qui ne s'engage que s'il décide de contracter.* » Le TOURNEAU P., POUMAREDE M., *op. cit.*

³ NICOD M., Le pacte de préférence en droit patrimonial de la famille, Dossier spécial Dr. et patr. 2006.

⁴ BLANC N., Le pacte de préférence et le temps, in Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphanie Payet, Dalloz, 2012, p. 55 et s., spé. p. 57. Voir par exemple, Cass. Civ. 1^{ère}, 11 juil. 2006, n° 03-18.528.

⁵ *Ibid.* Voir par exemple, Cass. Com., 4 nov. 2014, n° 12-25.419 ; 6 sept. 2011, n° 10-16.071.

⁶ BLANC N., *op. cit.*, p. 58.

⁷ *Ibid.*

est contraignante en raison des difficultés pour lui de mettre fin au pacte en pareille hypothèse¹. Au surplus, il ne peut être en situation d'attente de sa propre décision.

195. Si la situation d'attente concerne la décision, doit-on alors considérer que le salarié et l'employeur qui attendent d'être fixés par le Conseil de prud'hommes suite à la prise d'acte par le salarié de son contrat de travail en souffrent ? Il convient de répondre négativement ici. En effet, nous avons déterminé que l'hésitation qui pourrait affecter le processus décisionnel du juge est rigoureusement encadrée par les textes² car il est tenu à une obligation de décision³. Sa prise de décision est encadrée ; il ne peut ni déroger à une phase, ni les inverser. Tout est fait pour qu'il parvienne à une décision et ce, dans un certain délai⁴. C'est dire que son hésitation est évacuée et n'impacte pas par conséquent son processus décisionnel. Ainsi, il y a certes une attente mais celle-ci n'est pas constitutive pour autant d'une situation d'attente.

196. Pour les mêmes raisons, tous les droits de préemption ne sont pas des situations d'attente. Le droit de préemption qui « *peut être défini comme le droit reconnu à certaines personnes, publiques ou privées, d'acquérir, par préférence à tout autre acheteur, un bien qui est mis en vente*⁵ », affecte la libre aliénation du bien. Il faut en réalité distinguer selon la qualité du bénéficiaire : personne physique ou morale et personne publique. S'il s'agit d'une personne publique⁶, il n'y a pas de situation d'attente car son processus décisionnel, comme pour le juge, répond à des règles formelles et rationnelles⁷ dans lesquelles l'hésitation est circonscrite⁸. D'ailleurs, les textes enferment sa décision dans de stricts délais et son silence vaut renonciation⁹. De même, l'option présente en principe un caractère irrévocable. Le législateur, qui a pourtant formellement organisé le processus décisionnel, n'a pas prévu l'hypothèse d'une

¹ Sur ces difficultés voir LEQUETTE S., *op. cit.* et BLANC N., *op. cit.*

² Cf. supra n° 110 et s.

³ Art. 4 du Code civil : « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.* »

⁴ Art. 450 du Code de procédure civile.

⁵ BARRET O., BRUN Ph., Vente : formation – aliénabilité de la chose, Répertoire de droit civil, oct. 2019 (actualisation 2020), n°346.

⁶ Par exemple art. L. 621-39 du Code de patrimoine ; Art. L. 210-1 du Code de l'urbanisme ; Art. L. 123-1 du Code du patrimoine.

⁷ Pour une illustration, voir l'art. L. 213-2 du Code de l'urbanisme.

⁸ SIMON H., Administration et processus de décision, Broché, 1983 ; CHARDIN N., *op. cit.*, p. 86 et s.

⁹ Art. L. 213-2 al. 4 du Code de l'urbanisme.

possible résurgence de l'hésitation par une faculté de rétractation. Au surplus, la jurisprudence est inexistante sur la question. *A contrario*, il y a situation d'attente pour les droits de préemption du locataire¹ par exemple ou celui du coindivisaire². Nous sommes en effet dans l'hypothèse où le préempteur peut hésiter en raison d'un risque financier par exemple. Cette hésitation, génératrice d'une situation d'attente pour le vendeur, est cette fois prévue par le législateur. Ainsi, l'article 815-14 du Code civil permet de mettre en demeure l'intéressé de mettre en œuvre sa décision ; seule la manifestation mettant un point final à la réalisation du processus décisionnel³.

197. L'on comprend dès lors que doit être classé dans la catégorie des situations d'attente, l'hypothèse du salarié qui est dans l'attente de la décision de son employeur de renoncer ou pas au bénéfice d'une clause de non-concurrence⁴. Ce dernier peut hésiter en raison du coût par exemple. Quoi qu'il en soit, son hésitation place le salarié en situation d'attente dans l'intervalle de sa prise de décision. Il en est de même pour les héritiers et indivisaires qui attendent la décision du successible lequel doit choisir entre l'acceptation pure et simple, l'acceptation à concurrence de l'actif net ou la renonciation⁵. Son hésitation peut être due à l'incertitude relative à l'inventaire de la succession⁶ qui est pourtant décisif pour l'option à retenir, s'agissant singulièrement de l'acceptation pure et simple ; option des plus risquées⁷. En effet, elle « *suppose que le successible n'ait aucune raison de redouter la dangerosité d'un passif successoral qu'il devrait, en raison même de son acceptation sans nuance, assumer sur l'ensemble de son patrimoine et donc, le cas échéant, au-delà des forces de la succession*⁸ ». Au surplus, elle est irrévocable⁹. Cette situation d'attente dure au minimum quatre mois

¹ Article 15-II de la loi n° 89-642 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

² Art. 815-14 et 815-15 du Code civil.

³ Cf. supra n° 140.

⁴ Voir par exemple Cass. Soc. 25 fév. 2003, n° 00-46.263.

⁵ Art. 770 et s. du Code civil.

⁶ Art. 772 du Code civil.

⁷ Voir par exemple Cass. Civ. 1^{ère}, 4 janv. 2017, n° 16-12.293 à propos d'un légataire qui n'a pas été informé de la créance revendiquée par la banque avant son acceptation pure et simple de la succession.

⁸ CHABOT G., LE GUIDEC R., Succession : transmission, Répertoire de droit civil, 2011 (actualisation : 2021), Dalloz, n°166.

⁹ Art. 786 du Code civil. Voir également Cass. Civ. 1^{ère}, 11 févr. 2015, n° 14-14.419.

puisque l'article 771 du Code civil dispose qu'il n'y a qu'à l'issue de ce délai que le successible peut être sommé de se décider.

198. Ces dernières hypothèses remplissent les caractères de la situation d'attente tout comme la remise de dette de fait ainsi que la promesse unilatérale et l'offre¹. « *Pendant la durée de vie de la promesse on se trouve essentiellement dans une situation d'attente*² » qui sera subie par le promettant, situation d'attente particulièrement contraignante pour lui puisqu'il a d'ores et déjà donné son consentement³.

199. En revanche, au regard de la définition retenue pour la situation d'attente, il convient d'exclure le cas du propriétaire d'un bien grevé d'un droit d'usage et d'habitation⁴. S'il est vrai que l'intéressé attend le terme dudit droit d'usage, en réalité, il diffère l'exercice de certains de ses droits⁵ sur le bien en attendant une échéance. Dans l'intervalle, l'exercice de ses droits est suspendu. Même si l'échéance n'est pas connue avec précision, l'intéressé sait qu'elle surviendra. Il n'y a donc lien avec une quelconque décision. Il s'agit d'une situation provisoire même s'il existe une incertitude quant à sa durée.

200. Les créanciers qui voient l'exercice de leur droit de poursuite suspendu à compter du jugement d'ouverture de la procédure collective⁶ ne sont pas davantage en situation d'attente. Tout autant que l'exception d'inexécution qui autorise l'*excipiens* à suspendre l'exécution de son obligation tant que l'autre partie ne s'est pas elle-même exécutée ou n'a pas offert de le faire⁷. De même dans l'hypothèse du débiteur rencontrant des difficultés de paiement et qui

¹ Cass. Civ. 3^{ème}, 20 mai 2009, n° 08-13.230.

² BENABENT A. Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, Domat droit privé : Montchrestien, 11^e éd. 2015, n°93.

³ Art. 1124 al. 2 du Code civil : « *La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.* » Voir par exemple Cass. Civ. 3^{ème}, 26 juin 1996, n° 94-16.326.

⁴ Art. 625 et s. du Code civil.

⁵ Les droits d'usage et d'habitation s'analysent en effet comme un démembrement de propriété. Voir sur ce point, PIEDELIEVRE S., Usage-habitation, *op. cit.*, n° 14. Seule la possession a été transférée à l'usager.

⁶ Art. L. 622-21 du Code de commerce.

⁷ Cass. Com. 3 déc. 1979, n° 78-12.368, Bull. civ. IV, n° 318 : « *Par le jeu de l'exception d'inexécution [...], les relations contractuelles suivies entre les parties ont été suspendues mais non rompues* ». Voir notamment, DESHAYES O., L'exception d'inexécution, Répertoire de droit civil, 2018.

solliciterait un délai de grâce au titre de l'article 1343-5 du Code civil. Le créancier qui voit son paiement retardé, tout comme la suspension des procédures d'exécution qu'il aurait engagées outre le fait que « *les majorations d'intérêts ou les pénalités prévues en cas de retard ne sont pas encourues pendant le délai fixé par le juge*¹ », n'est pas en situation d'attente.

201. C'est dire finalement que ne doivent pas être qualifiées de situation d'attente, toutes les hypothèses de suspension de l'exercice d'un droit ou d'une obligation résultant de l'attente de la survenance d'un fait pour lequel la date de survenance est incertaine ou celles pour lesquelles l'incertitude porte sur la survenance même du fait. La situation attendue est simplement différée dans l'attente de la survenance du fait, étant précisé qu'en raison de la sécurité juridique, le droit organise ces périodes grâce à des mesures provisoires² qui n'ont donc pas vocation à durer, là encore pour des raisons de sécurité juridique. Il en est ainsi par exemple, des mesures provisoires de divorce³. Il s'ensuit que des solutions sont prévues pour le cas où l'attente s'éterniserait. Tel est le cas pour l'absent dont l'exercice des droits est suspendu à titre personnel mais qui est représenté par une personne désignée dans l'exercice

¹ Art. 1343-5 du Code civil : « *Le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues.*

Par décision spéciale et motivée, il peut ordonner que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit au moins égal au taux légal, ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital.

Il peut subordonner ces mesures à l'accomplissement par le débiteur d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette.

La décision du juge suspend les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier. Les majorations d'intérêts ou les pénalités prévues en cas de retard ne sont pas encourues pendant le délai fixé par le juge.

Toute stipulation contraire est réputée non écrite.

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux dettes d'aliment. »

² LORVELLEC L., Remarques sur le provisoire en droit privé, in Études dédiées à Alex Weill, Dalloz-Litec, 1983, p. 385-40 ; MERLAND L., Recherches sur le provisoire en droit privé, Thèse, PUAM, 2001

³ RUBELLIN-DEVICHI J., Fasc. 1300-85 : Procédure de divorce – Mesures provisoires, JurisClasseur Procédure civile, mai 2017 (actualisation août 2019 par REBOURG M.), n°13.

de ses droits¹ dans l'attente de son retour² pour des raisons de sécurité juridique et qui, pour les mêmes raisons, peut faire l'objet d'une déclaration d'absence qui a alors les effets du décès³.

202. Il convient d'apporter une précision s'agissant de la condition suspensive. L'article 1304 du Code civil définit l'obligation conditionnelle comme celle dépendant « *d'un événement futur et incertain* ». Il ne s'agit donc pas d'une situation d'attente car il n'y a pas d'hésitation mais une incertitude. Cette dernière peut cependant générer une hésitation chez les parties qui peuvent alors l'insérer dans le contrat afin d'organiser l'incertain. En pareil cas, cela témoigne des traces d'hésitation dans le contrat⁴.

203. Quoiqu'il en soit, la situation d'attente n'est pas sans incidence. Elle revêt en effet un aspect péjoratif car, situation provisoire, elle est par conséquent précaire et dangereuse pour la sécurité juridique.

II. Les dangers et inconvénients de la situation d'attente

204. La situation d'attente s'apparente à une situation juridique intermédiaire. Elle représente le flou, le précaire, le vacillant. Qu'est censé faire celui qui attend ? Est-il supposé demeurer dans l'inaction en attendant que l'événement vienne mettre fin à son attente ? Ou est-il au contraire, libre de faire tout ce qu'il veut durant ce laps de temps ? Combien de temps est-il supposé attendre ? Peut-il l'obliger à se décider plus rapidement ? La situation d'attente soulève nombre de questions et a une incidence à plusieurs égards. Elle affecte d'abord celui qui la subit, autrement dit celui qui attend la décision. Le terme « subit » est employé à dessein car l'intéressé supporte contre son gré une situation pénible et n'a d'autre choix que de s'y

¹ Art. 113 du Code civil : « *Le juge peut désigner un ou plusieurs parents ou alliés, ou, le cas échéant, toutes autres personnes pour représenter la personne présumée absente dans l'exercice de ses droits ou dans tout acte auquel elle serait intéressée, ainsi que pour administrer tout ou partie de ses biens ; la représentation du présumé absent et l'administration de ses biens sont alors soumises aux règles applicables à l'administration légale sous contrôle judiciaire telle qu'elle est prévue pour les mineurs, et en outre sous les modifications qui suivent.* »

² Art. 118 du Code civil : « *Si un présumé absent reparaît ou donne de ses nouvelles, il est, sur sa demande, mis fin par le juge aux mesures prises pour sa représentation et l'administration de ses biens ; il recouvre alors les biens gérés ou acquis pour son compte durant la période de l'absence.* »

³ Art. 122 et s. du Code civil.

⁴ Cf. infra n° 1049 et s.

soumettre. Il est contraint d'attendre, qu'un délai déterminé¹ ou non², peu important que les circonstances laissent présager un dénouement négatif. Par exemple, un bailleur qui, en application de l'article 15-II de la loi du 6 juillet 1989, fait délivrer un congé pour vendre à son locataire le 11 janvier 2002, a effet du 19 août 2002 et qui trois semaines plus tard, anticipant sur une réponse négative du locataire en raison de son impossibilité matérielle d'acquérir le bien (bénéficiaire du revenu minimum d'insertion), l'assigne aux fins de voir faire déclarer ce congé valable et obtenir son expulsion³. Cette contrainte est renforcée par l'incertitude sur l'issue qui peut lui être défavorable. Le pollicitant n'a, par exemple, aucune certitude sur la formation effective du contrat. Partant, son attente peut être vaine.

205. Ensuite, parce qu'elle est empreinte d'incertitudes, elle est source d'insécurité juridique et contrevient à « *la finalité sécuritaire du droit*⁴ ». Si les personnes concernées se trouvent dans une situation figée, une forme de statu quo, pour autant, en pratique, la vie poursuit son cours. Ainsi, nombre d'événements peuvent se produire, fragilisant par la même cette situation déjà précaire comme la destruction d'une partie du bien objet de la vente⁵, une expropriation⁶ ; la mort de celui qui attendait la décision⁷ ou une incapacité de disposer⁸, sa mise en liquidation judiciaire⁹ ; l'ouverture d'une procédure collective contre le décideur¹⁰. En

¹ Voir par exemple, Cass. Civ. 3^{ème}, 23 fév. 1994, n° 91-22.298 : « *ayant délivré congé avec offre de vente, Mme Y... était liée par cette offre, jusqu'à l'expiration des deux premiers mois du délai de préavis de 3 mois prenant fin à la date d'effet du congé* » ; Cass. Civ. 3^{ème}, 7 mai 2008, n° 07-11.690.

² Cass. Civ. 3^{ème}, 25 mai 2005, n° 03-19.411.

³ Cass. Civ. 3^{ème}, 8 fév. 2006, n° 04-17.512. Il s'agit ici pour le bailleur de se protéger d'un éventuel refus du locataire de quitter les lieux à l'expiration du préavis. Il anticipe ainsi sur le parcours judiciaire afin de se prémunir de la lenteur judiciaire. Voir de la VAISSIERE F., Nullité d'un congé pour vendre prématuré, AJDI 2006 p.641.

⁴ PIAZZON Th., La sécurité juridique, Thèse, Defrénois, 2009, p. 58

⁵ TGI Hazebrouck, 19 oct. 1983, D. 1984. 379, note Contamine-Raynaud.

⁶ Cass. Civ. 19 juin 1924, S. 1927. I. 58

⁷ Mort de l'offrant par exemple. Cass. Civ. 1^{ère}, 25 juin 2014, n° 13-16.529 ; du promettant en présence d'un héritier incapable, Cass. Civ. 3^{ème}, 8 sept. 2010, n° 09-13345.

⁸ Cass. Civ. 3^{ème}, 30 nov. 1971, JCP 1972. II. 17018.

⁹ Cass. Com. 7 mars 2006, n° 05-10.371.

¹⁰ Cass. Com., 1^{er} févr. 2000, n° 97-21.642.

somme, la situation d'attente est un terreau fertile pour l'imprévu¹, ce d'autant lorsque sa durée est indéterminée².

206. Par ailleurs, la situation d'attente engendre la paralysie contractuelle, laquelle est source d'insécurité juridique tant pour les parties que pour les tiers. Or, la sécurité juridique cherche à garantir et à protéger sans surprise la bonne exécution des obligations, à exclure ou au moins à réduire l'incertitude dans la réalisation d'un droit³ car « *l'appareil du droit donne aux projets humains l'irrévocabilité qu'imposerait la « sécurité des relations juridiques*⁴ ». Il est dès lors aisé de comprendre que le droit contractuel puisse être mal à l'aise avec cette oppressante hésitation qui génère des situations d'attente. Quels sont les droits de chacune des parties durant cette période ? Par définition, cette situation n'a pas vocation à durer certes, mais pour autant quel est le délai raisonnable ? Cette attente doit-elle être gratuite ? Plus délicate encore est la période précontractuelle.

207. Le contrat est au stade embryonnaire et sa formation définitive est incertaine. Pourtant, les prémices du contrat futur existent bel et bien puisque l'une des parties est déjà engagée à un degré plus ou moins important. Cette phase d'attente doit être sécurisée pour les deux parties. Reste qu'il existe un véritable dualisme. Pour celui qui subit l'attente, celle-ci ne doit pas trop durer dans le temps. Autrement dit, il doit pouvoir savoir combien de temps il va devoir patienter. Il en est de même pour celui qui hésite en ce qu'il doit bénéficier d'un temps suffisant pour prendre sa décision sereinement. Il doit être mis fin à la situation d'attente non le plus rapidement possible mais dans le délai le plus opportun possible. Opportun car comme le disait William Shakespeare, « *le temps n'a pas la même allure pour tout le monde*⁵ ». Il doit sembler s'égrener lentement pour celui qui subit l'attente comme un goutte à goutte au bruit

¹ Pour l'incertain évidemment, autrement dit pour ce que les parties ont pu prévoir ; mais également pour l'imprévu qui correspond à ce qu'elles n'avaient pas imaginé et qui a un caractère négatif. Voir sur ce point THIBIERGE L., La notion d'imprévu, *op.cit.*, spé. p. 20 et s.

² Georges VIRASSAMY évoquait déjà la délicate situation d'attente dans laquelle se trouve un pollicitant qui n'a pas assorti son offre d'un délai d'acceptation, voir VIRASSAMY G., Caducité d'une offre de vente du fait du silence du bénéficiaire pendant un délai raisonnable, *op. cit.*

³ CORNU G. (dir), Vocabulaire juridique, *op. cit.*, p. 951, V° *sécurité*

⁴ LORVELLEC L., Remarques sur le provisoire en droit privé, *op. cit.*, p.385.

⁵ SHAKESPEARE W., Comme il vous plaira, 1623.

entêtant, douloureux mais, pour celui qui hésite, le temps doit sembler lui échapper, filant sans que jamais il ne puisse le rattraper. Quel est le temps juste en pareil cas ?

208. Par ailleurs, la sécurisation passe aussi par l'encadrement des droits et obligations des parties qui pour certains ne sont qu'éventuels¹. Il faut alors préserver les droits de celui qui subit l'attente et qui a cédé une partie de ses droits mais qui pourraient éventuellement lui revenir en cas d'échec de la formation du contrat. Dans le même temps, il faut préserver les droits que pourraient potentiellement acquérir celui qui hésite en cas de décision positive. Ces droits potentiels et acquis doivent coexister et être respectivement protégés.

209. Parce l'hésitation n'est pas exclusive du contractant qui doit prendre la décision, la situation d'attente est une situation précaire pour celui qui subit l'attente car elle n'offre aucune garantie, ni de durée, ni de stabilité, ni de sécurité. C'est une situation qui peut être remise en cause à tout moment. C'est la raison pour laquelle, en droit, et singulièrement en droit des contrats, elle doit être encadrée afin de la sécuriser.

¹ VERDIER J.-M., Les droits éventuels : contribution à l'étude de la formation successive de droits, Thèse, Rousseau, 1955.

CONCLUSION

210. Déterminer avec précision la relation entre hésitation et droit des contrats n'a pas été sans peine. Pour la raison simple que l'hésitation est un terme absent de la littérature juridique. Il nous a donc fallu sortir du champ juridique pour découvrir ce que recouvre cette notion et vérifier ainsi sa prégnance dans le droit des contrats. La recherche de l'hésitation nous a amené à la rencontre de la volonté. Nous avons ensuite délaissé la volonté, notion antique et philosophique, au profit de la décision, notion plus moderne qui pense s'affranchir des contingences psychologiques et philosophiques. Car le vrai est que bien que « mathématisée » au possible, la décision est l'affaire de l'homme et de ses travers, de ses failles, comme l'hésitation. Quoi qu'il en soit, la décision s'est finalement révélée être une notion phare du droit des contrats, pourtant délaissée. Elle est en effet au cœur de la vie contractuelle, dirons-nous même, son essence ; les actes juridiques et singulièrement le contrat, sont en effet ses *instrumentum*. De là, le lien entre hésitation et droit des contrats est devenu certain, inévitable.

211. Nous inspirant des autres matières, nous avons mis en lumière le processus décisionnel en droit des contrats afin de voir à quels moments et pourquoi l'hésitation venait perturber celui-ci. La conception, la délibération, le choix et la manifestation de ce choix sont les quatre étapes de ce processus, lequel peut être perturbé par l'hésitation dès la seconde phase. Seule la terminaison du processus, autrement dit la décision, met fin à l'hésitation. Reste que, l'hésitation crée des situations d'attente dont les inconvénients et les risques sont indéniables. Fort heureusement, le droit ne manque pas de ressources quant à l'encadrement de ces situations d'attente. Débarrassés de cette inquiétude, nous pouvons apprécier les aspects bénéfiques de l'hésitation, justifiant d'ailleurs la consécration d'un droit à l'hésitation qui permet une décision libre et éclairée.

CHAPITRE 2 - AFFIRMATION DU DROIT A L'HESITATION

212. Si le droit de l'hésitation procède du besoin de sécurisation judiciaire en raison de la situation d'attente que génère l'hésitation, plus délicate est la justification d'un droit à l'hésitation. En effet, comment justifier que le droit prévoit des mécanismes qui concèdent aux acteurs la prérogative d'hésiter. Dit autrement, comment imaginer que le droit des contrats autorise ses acteurs à prendre leur temps, à tout le moins, un temps suffisant pour prendre leurs décisions ? Cela revient, somme toute, à créer une véritable prolifération de situations d'attente dont les conséquences ont été démontrées¹. Cela semble d'autant plus invraisemblable dans un monde des affaires gouverné par la rapidité. N'est-ce pas là une mise à mal de l'efficacité économique du droit des contrats² ? Néanmoins, et pour aussi curieux que cela puisse paraître, l'existence d'un droit à l'hésitation est indéniable. Loin d'être un droit nouveau, nous le verrons³, il demeure pourtant résolument moderne en ce qu'il se situe dans le droit fil de l'objectif affiché de justice contractuelle de la récente réforme du droit des contrats⁴. Son ancienneté et son renforcement contemporain s'expliquent par la multiplicité de ses fondements tant extra-juridiques (Section 1) que juridiques (Section 2).

¹ Cf. supra n° 204 et s.

² Voir notamment BOLLEE S., LAITHIER Y.-M. et PERES C. (dir.), *L'efficacité économique en droit, Economica*, coll. « Etudes juridiques », 2010 ; ROUVIERE Fr., *Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats*, RDC 2016, n° 113m3, p. 600 ; ALESSANDRELLO I., *L'efficacité dans le droit des contrats*, Thèse, Paris, 2016. L'efficacité économique du contrat a par ailleurs été l'une des inspirateurs du législateur dans le cadre de la réforme du droit des obligations. Voir en ce sens, Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préambule.

³ Cf. Infra n° 435 et s.

⁴ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Section 1 - Les fondements extra-juridiques du droit à l'hésitation

213. Pourquoi consacrer un droit à l'hésitation ? L'hésitation revêt un caractère péjoratif, *a fortiori* dans le droit des contrats. Il semble ubuesque qu'il existe un droit à se montrer indécis, lent à se décider voire incapable de se décider. Cependant, percevoir l'hésitation uniquement sous le prisme d'une lenteur ou d'une incapacité à se décider est fortement réducteur. L'hésitation est plus que cela. Elle est la réflexion, la prise de recul ; elle est l'intelligence et la raison. Elle est le questionnement, le calcul et partant, s'affranchit, ou à tout le moins, dompte l'émotionnel. De ce point de vue, elle représente un attrait pour le droit des contrats et justifie la consécration d'un droit à l'hésitation. Il faut en effet lui reconnaître des vertus morales et sociales (§1) mais, et pour aussi curieux que cela puisse paraître, des vertus économiques (§2).

§ 1 - La reconnaissance des vertus morales et sociales du droit à l'hésitation

214. D'évidence, l'hésitation renforce le sens de la prudence des acteurs de la vie contractuelle (I). Au surplus, l'existence d'un droit à l'hésitation concourt à la justice contractuelle car source d'équité (II).

I. Hésitation et sens de la prudence

215. En droit, la prudence a une importance telle qu'elle est un devoir (A) qui doit gouverner toutes les décisions. Cet attrait pour la prudence s'explique par le fait qu'elle est gage de « bonne » décision (B).

A. Le devoir de prudence

216. Première des quatre vertus cardinales, avant la justice, la force et la tempérance, la prudence ne saurait être étudiée sans évoquer Aristote, considéré comme son père concepteur¹, « auteur de la plus fabuleuse réflexion sur celle-ci² ». Pour ce dernier, la prudence est une manière d'être et de se conduire. Elle s'exerce sur le terrain de l'action. Selon lui, l'homme

¹ DELANNOI G., Éloge de la prudence, Paris, Berg international, 1993.

² DELANNOI G., La prudence en politique, concept et vertu, Revue française de science politique, Vol. 37, n°5 (octobre 1987), p. 597-615

prudent est celui capable de prendre une décision appropriée après une délibération bien conduite¹. *« La prudence (en grec phronêsis, en latin prudentia) est une disposition intellectuelle réfléchissant à la portée des actes dans une situation concrète, permettant de délibérer correctement sur ce qui est bon ou mauvais, et d'agir après un choix portant sur des moyens adaptés à la fin recherchée. Être prudent, c'est délibérer le temps nécessaire, s'efforcer de mesurer toute chose, toute situation et toute activité à l'aune du « bien moral », prendre des décisions, considérer les conséquences de ses actes². »*

217. La prudence et le droit entretiennent une étroite relation. Avec la justice d'abord. *« La prudence, est l'intime de la justice, à tel point qu'elles se fondirent dans le terme de "jurisprudence"³. »* La préséance de la prudence sur la justice s'explique par le fait que *« pour juger, il faut au préalable discerner. L'on peut discerner (prudence) sans juger. L'on ne peut juger sans discerner⁴. »* La prudence est en effet au cœur de l'office du juge et garantit son bon exercice. L'on attend en effet du juge qu'il rende des décisions justes, qu'il démêle le faux du vrai et qu'il fasse éclater la vérité judiciaire. *« La prudence, c'est la perspicacité elle-même, c'est la connaissance en même temps que l'expérience, la clairvoyance, cette disposition qui vient nourrir l'autorité, ce « plus » que les autres n'ont pas. La prudence est, par l'ensemble de ce qui précède, une aptitude du juge (mais qui n'habite pas que le bon juge) à « discerner le bien, le mal et ce qui n'est ni bon ni mauvais » (Cicéron). Le juge doit faire preuve de discernement en poursuivant le seul intérêt qui mérite son attention : le bien juger, qui consiste en un choix avisé issu de l'expérience et du savoir. Ainsi, « la prudence du juge consiste à bien choisir, et circumspectement discerner parmi tant et tant de contraires preuves, et raisons et circonstances, [...] pour ne s'arrêter point à la clameur du peuple, ni à l'avis du plus grand nombre des assistants, mais simplement suivre la vérité et avec jugement choisir et remontrer l'équité et justice de la cause ». »⁵*

¹ Aristote, Éthique à Nicomaque, Traduction, préface et notes par Jean Voilquin, Paris, GF-Flammarion, 1992, Livre VI

² BOUQUET B., Les temporalités de la décision, Vie sociale 2013/2 (N°2), p. 123-131, spé. P. 131

³ FRISON-ROCHE M.-A., La justice comme sainte vertu cardinale, en équilibre et corrélation avec la prudence, la tempérance et la force, 2017, <https://mafr.fr/fr/article/la-justice-comme-vertu-sainte/>

⁴ Ibid.

⁵ GARAPON A., PERDRIOLLE S., BERNABÉ B. et KADRI Ch., La prudence et l'autorité : l'office du juge du XXI^e siècle, Rapport de l'IHEJ, mai 2013, p. 147 et s.

218. Le juge doit, il est vrai, rendre des décisions délicates, difficiles. Il sanctionne, parfois même lourdement. Il est amené à chiffrer l'incalculable comme l'évaluation du dommage moral¹. Le juge doit trouver une réponse acceptable. Il doit donc faire montre de prudence mais ne pas être timoré. Il suit de là qu'« *une décision juste est à la fois une décision raisonnable, qui rend justice aux parties en litige, mais aussi une décision juridiquement correcte, satisfaisant aux critères de rationalité (techniques d'interprétation, d'argumentation, de raisonnement...) qui garantissent la cohérence et l'unité du système juridique en cause*² ». Pour parvenir à une décision juste, le juge est soumis à un « *devoir d'hésitation*³ » lequel lui garantit la prudence requise. Il appert alors que « *l'hésitation ne relève en rien d'un manque de savoir-faire ou d'un déficit d'habileté*⁴ ». Bien au contraire.

219. Néanmoins, la prudence n'est pas exclusivement l'apanage du juge. Le droit attend de l'ensemble de ses acteurs qu'ils agissent avec prudence, que celle-ci commande leurs actions. Il s'agit même d'un devoir. Il y a ainsi un devoir général de prudence dont le non-respect engage la responsabilité de son auteur comme le prévoit l'article 1241 du Code civil qui dispose en ce sens que « *chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.* » Il s'agit ici de toutes les actions ou omissions qui, bien que non prohibées par un texte particulier, ne seront pas moins jugées fautives dans la mesure où elles apparaissent déraisonnables et manifestent un comportement que n'aurait pas adopté un individu normalement prudent et avisé. En outre, « *le fait que la loi ou le règlement autorise un acte, en le subordonnant à certaines conditions dans l'intérêt des tiers, n'a pas pour effet de relever ceux qui accomplissent cet acte, de l'obligation générale de prudence et de diligence civilement sanctionnée par la disposition de l'article 1382*

¹ RIPERT G., Le prix de la douleur, D. 1948. Chron. 1 ; ISAAC G., Après l'arrêt Tisserand : dix années de la réparation de la douleur morale par le Conseil d'État, Mél. Couzinet, PU Toulouse, 1975, p. 387 ; KAYSER P., Remarques sur l'indemnisation du dommage moral dans le droit contemporain, Mél. Macqueron, Faculté d'Aix-en-Provence, 1970, p. 411.

² THUNIS X., La sagesse du juge : le devoir avant la vertu, Éthique publique [En ligne], vol. 3, n° 2 | 2001, mis en ligne le 15 mai 2016.

³ WELLER J.-M., Comment décrire ce qu'on ne voit pas ? Le devoir d'hésitation du juge de proximité au travail, Sociologie du travail, Vol. 53 - n° 3 | 2011, 349-368.

⁴ *Ibid.*

*ancien (1240 nouveau) »*¹. À cet égard, l'abstention est une faute sanctionnée² comme par exemple la négligence du maître d'œuvre qui n'a pas clôturé un chantier pour en interdire l'accès aux enfants du quartier qui s'en servaient de terrain de jeux³.

220. Plus spécifiquement, en droit pénal, il existe un devoir de prudence relatif à la mise en danger d'autrui dont le non-respect est constitutif du délit de risques causés à autrui⁴. Ce délit suppose la violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement. La distinction entre l'obligation générale de prudence et l'obligation particulière réside dans le fait que la première pèse de façon large et subjective sur tout un chacun, tandis que la seconde pose des règles objectives précises immédiatement perceptibles et clairement applicables de façon obligatoire sans faculté d'appréciation individuelle du sujet. Un devoir de prudence s'impose également aux professionnels comme le banquier⁵ ou l'avocat⁶. Le Code de commerce quant à lui, instaure un certain nombre de principes comptables et notamment un principe de prudence rappelé aux termes de l'article L. 123-20⁷.

¹ Cass. Civ. 2^e, 14 juin 1972, D. 1973. 423.

² Cass. Civ. 27 févr. 1951 (arrêt Branly) ; L'absence de visite médicale d'embauche avant la fin de période d'essai, Cass. Soc., 17 déc. 2013 ; La méconnaissance d'un droit de préemption du locataire, Cass. Civ. 3^e, 3 juill. 2013

³ Cass. Civ. 2^e, 6 janv. 2000, Bull. civ. II, n°4.

⁴ Art. 223-1 du Code pénal : « *Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.* »

⁵ CA Versailles 12e ch. 1re sect., 17 sept. 1998, n° 7733/96, Robialle c/ SA BNP

⁶ L'article 1^{er} du règlement intérieur national de la profession d'avocat a été complété suite à une décision à caractère normatif (n° 2011-002 adoptée par l'AG du CNB le 17 et 18 juin 2011, JORF du 21/07/2011) : « *En toutes circonstances, la prudence impose à l'avocat de ne pas conseiller à son client une solution s'il n'est pas en mesure d'apprécier la situation décrite, de déterminer à qui ce conseil ou cette action est destiné, d'identifier précisément son client.*

A cette fin, l'avocat est tenu de mettre en place, au sein de son cabinet, une procédure lui permettant d'apprécier, pendant toute la durée de sa relation avec le client, la nature et l'étendue de l'opération juridique pour laquelle son concours est sollicité.

Lorsqu'il a des raisons de suspecter qu'une opération juridique aurait pour objet ou pour résultat la commission d'une infraction, l'avocat doit immédiatement s'efforcer d'en dissuader son client. A défaut d'y parvenir, il doit se retirer du dossier. »

⁷ Art. L. 123-20 du Code de commerce : « *Les comptes annuels doivent respecter le principe de prudence. Pour leur établissement, le commerçant, personne physique ou morale, est présumé poursuivre ses activités.*

221. Somme toute, il ressort de tout ce qui précède que, quelle que soit la matière concernée, le droit exige que les décisions de ses acteurs soient gouvernées par la prudence, autrement dit, qu'ils soient capables de prendre la décision la plus avisée. C'est dire finalement que prudence et raison vont de pair.

B. Prudence et bonne décision

222. La prudence a toujours trait à la prise de décision. C'est même elle qui doit dicter la décision. Pour ce faire, avant toute décision, l'intéressé doit délibérer car toute décision implique nécessairement une part d'incertain, d'approximatif. La décision aura en effet des conséquences sur un avenir qui comporte inévitablement une part d'incertitude. La prudence exige donc la délibération. Cette dernière, étape centrale du processus décisionnel¹, a trait à la réflexion, au calcul, à l'anticipation et fait appel à la raison. « *La raison permettrait en effet de connaître immédiatement la conduite à tenir, par exemple parce que cette conduite serait seule conforme aux valeurs vraies (raison matérielle) ; elle permettrait non de connaître cette conduite, mais de la décider au terme d'une déduction logique à partir de certains principes incontestables (raison formelle)*². » Selon Aristote, l'œuvre de la prudence est de bien délibérer. Or la délibération est une recherche pour laquelle, partant de certaines données, on tend vers des conclusions. Telle est l'œuvre de la raison. Il est donc nécessaire à la prudence que le décideur sache bien raisonner ; la raison faisant partie intégrante de la prudence. Reste qu'il s'agit là du scénario idéal, du déroulement parfait.

223. Il est possible que l'étape de délibération soit avortée parce que la décision à prendre est simple et dans ce cas, cela est sans conséquence³. Mais plus délicate est l'hypothèse où la délibération est absente parce que le décideur a pris sa décision impulsivement⁴. L'hésitation joue alors un rôle de garde-fou en ce qu'elle tempore la prise de décision, la ralentit et accroît

Même en cas d'absence ou d'insuffisance du bénéfice, il doit être procédé aux amortissements et provisions nécessaires.

Il doit être tenu compte des risques et des pertes intervenus au cours de l'exercice ou d'un exercice antérieur, même s'ils sont connus entre la date de la clôture de l'exercice et celle de l'établissement des comptes. »

¹ Cf. supra n° 137.

² TROPER M., Le droit, la raison et la politique, Le Débat, vol. 64, n° 2, 1991, pp. 181-186.

³ Cf. supra n° 136.

⁴ Voir sur ce point DECROP A., Portrait-robot du touriste-consommateur, JT 2014, n°167, p.19.

finalement la prudence dans la prise de décision parce qu'elle pousse systématiquement à la délibération¹. L'hésitation rejette la prise de décision par instinct ; la prudence exhorte elle aussi à rejeter l'instinct « *car il lui faut le temps de mener ses calculs et plus généralement le temps d'acquiescer de l'expérience. La prudence est une domestication du temps. (...) Ce qui importe à la prudence, c'est que la délibération soit suffisamment lente pour être bonne et que l'exécution soit suffisamment rapide pour intervenir à temps*². » Grâce à l'hésitation, le décideur est nécessairement prudent. Celui qui hésite cherche. Il cherche à transformer ses incertitudes en certitudes, ses méconnaissances en informations. Celui qui hésite vérifie, prend son temps, prend du recul. Il réfléchit, pèse le pour et le contre. Il fait appel à sa raison et ne se laisse pas submerger par ses émotions. Sa délibération est pleine et efficace ; elle se fait dans le temps.

224. L'hésitation permet ainsi de lutter contre l'expérience majeure de la modernité qu'est l'accélération. Tout devient toujours plus rapide, même la décision. L'on en veut pour preuve l'acceptation des conditions générales sur les sites internet. D'un simple clic, les utilisateurs affirment avoir lu d'interminables conditions générales et s'y soumettre. L'instantané prolifère ; la rapidité et voire la précipitation ont pris le pas sur la prudence et la réflexion. « *Patience et longueur de temps font plus que force ni que rage* », enseigne la fable « Le Lion et le Rat » de La Fontaine. Précipitation, promptitude, empressement, impatience : à l'époque moderne se déploie une vaste constellation lexicale qui dénonce le rapport dévoyé au temps³, à l'opposé des attitudes vertueuses de patience, de modération, de prudence, de circonspection ou de conseil. Selon Thomas d'Aquin, et conformément à la pensée d'Aristote, la précipitation est une forme d'imprudence, un vice causé par « *l'impétuosité de la volonté ou de la passion* » et qui a pour conséquence fâcheuse de conduire à « *mépriser les degrés de la prudence* », jusqu'à produire la ruine des hommes⁴. Le vrai est que la précipitation trahit la maladresse du décideur contractant⁵. Son défaut de délibération l'expose à de fâcheuses conséquences comme

¹ Les délais de rétractation et réflexion jouent un tel rôle.

² DELANNOI G., La prudence en politique, concept et vertu, *op. cit.*

³ HARTMUT R., Accélération, une critique sociale du temps, La Découverte, coll. « Théorie critique », 2010

⁴ Saint-Thomas d'Aquin, Somme théologique, IIa, IIae, q. 47 et s.

⁵ Par exemple un employeur qui néglige de procéder à des investigations qui lui auraient permis de découvrir que, président-directeur général d'une société, il venait de déposer le bilan de cette société aussitôt mise en liquidation de biens. Cass. Soc., 3 juill. 1990, n° 87-40.349 : D. 1991. 507 (2^{ème} esp.)

un contrat dont il n'aurait pas apprécié correctement les effets avec le risque, pour la sécurité juridique, que ce contrat ne soit pas exécuté.

225. En somme, l'hésitation renforce le sens de la prudence. La prudence est le fait d'être capable de faire le bon choix, à tout le moins un choix réfléchi, grâce à la délibération. Lors de la délibération, étape cruciale empreinte d'hésitation et qui marque le questionnement et finalement, la prudence, le décideur sera en mesure de faire un choix raisonnable, même s'il décide sciemment de prendre un risque car cette prise de risque sera mesurée, calculée¹. Reste que, « *la prudence est une pratique, que l'on perfectionne avec le temps et les occasions de l'exercer*². » La prudence est l'un des principes du droit qui en a fait, tantôt un devoir, tantôt une obligation, mais toujours une valeur qui doit gouverner tous les acteurs de la vie juridique, et singulièrement, les contractants. Partant, le droit des contrats doit leur offrir les moyens de s'exercer à la prudence. Or, la prudence va de pair avec l'hésitation. Il suit de là que le droit des contrats doit garantir à ses acteurs la possibilité de pleinement délibérer, autrement dit, avoir le droit d'hésiter.

II. Hésitation et équité

226. Les relations contractuelles modernes reposent, pour la plupart, sur une inégalité entre les parties, ce qui n'est pas sans conséquence sur la prise de décision (A). Le droit à l'hésitation intervient alors en qualité d'instrument d'équité (B).

A. L'impact de l'inégalité des parties sur la prise de décision

227. Le droit des contrats exige que tout acteur contractuel se montre prudent et raisonnable dans sa prise de décision³. Cependant, le peut-il toujours ? Dit autrement, est-il toujours en position de le faire ? D'évidence non, tant l'asymétrie entre les parties contractantes est

¹ BARBIER H., La liberté de prendre des risques, Thèse, PUAM, 2010, p. 70 : « *La prise de risque peut être le choix prudent et le renoncement à la prise de risque peut être imprudent.* »

² *Ibid.* p. 71

³ Le raisonnable est mobilisé comme standard d'appréciation des comportements des acteurs contractuels. Le Code civil en donne diverses application (Par ex., Art. 1728 ; Art. 1806 ; Art. 1880). Voir également, FAGES B., Comportement raisonnable, in *Regards croisés sur les Principes du Droit européen du contrat et sur le Droit français*, C. PRIETO (dir.), Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p. 127.

prégnante. Pour reprendre les propos de Jacques Ghestin, il existe une « *diversité des inégalités naturelles entre parties contractantes*¹ », qu'il s'agisse de deux professionnels ou d'un professionnel et un profane. Au rang des inégalités entre professionnels, le professeur Ghestin évoque d'abord celles entre employeurs et salariés et qui sont de plusieurs ordres. Reprenant l'analyse de Gérard Couturier², il relève d'abord « *l'inégalité-conainte, qui atteint le consentement du salarié dans sa liberté*³ ». L'infériorité du salarié contrarie tant le juste déroulement des négociations que l'exécution du contrat ; « *la crise économique actuelle, rendant plus vulnérable les entreprises, mais plus encore les salariés craignant de perdre leur emploi*⁴ ». Il existe également une « infériorité-ignorance » qui, elle, a trait au « *manque d'informations sur les conditions d'embauche et les caractéristiques de l'emploi qui lui est proposé*⁵ », infériorité aggravée en présence d'un « *contrat précaire ou intermittent*⁶ ». Mais il peut encore s'agir d'une « infériorité vulnérabilité ». « *Le contrat de travail emporte une maîtrise de l'activité du salarié, physique et/ou intellectuelle, au point que l'on a pu considérer que son corps devenait un objet*⁷ » avec la conséquence qu'il est devenu nécessaire de veiller au « *respect de la dignité de sa personne et de ses libertés fondamentales*⁸ ». C'est dire finalement que deux éléments majeurs conduisent à perturber le bon déroulement du processus décisionnel du salarié : la subordination juridique d'une part, et la dépendance économique⁹ d'autre part.

228. Les relations entre producteurs et distributeurs ne sont pas épargnées par l'asymétrie de pouvoir. Elle se traduit par une dépendance économique¹⁰ résultant de « *la concentration*

¹ GHESTIN J., La formation du contrat : le contrat, le consentement, Tome 1, L.G.D.J., 4^e éd., 2013, p. 275

² COUTURIER G., Les relations entre employeurs et salariés en droit français, in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges, L.G.D.J., 1996, p. 159.

³ GHESTIN J., La formation du contrat : le contrat, le consentement, Tome 1, L.G.D.J., 4^e éd., 2013, p. 277.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*, p. 278.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ Voir sur ce point, LECLERC O., La dépendance économique en droit du travail : éclairage en droit français et en droit comparé, Revue de droit du travail, 2010, p. 83 et s.

¹⁰ Voir notamment, VIRASSAMY G., Les contrats de dépendance : essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique, Thèse, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1986 ; COURTÈS M., Dépendance économique et abus de dépendance économique en droit de la concurrence et en droit

*des capitaux et des moyens de production*¹ ». Les contrats de dépendance économique, d'une grande diversité, sont définis comme les « *contrats régissant une activité professionnelle dans laquelle, l'un des partenaires, l'assujetti, se trouve tributaire pour son existence ou sa survie, de la relation privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans sa dépendance économique et sous domination*². » À titre d'exemple, nous pouvons citer les contrats entre franchiseurs et franchisés ou encore les contrats de concession exclusive ; autrement dit les contrats de distribution. Reste que la dépendance économique n'est pas le seul élément caractérisant l'inégalité des parties, il existe également une subordination de fait de l'assujetti à l'égard de son cocontractant. C'est dire que, tout comme le salarié, l'assujetti peut voir son processus de décision perturbé par son infériorité. Pour tenter de pallier cet asservissement, les salariés comme les assujettis unissent leurs actions lors de négociations collectives grâce aux syndicats. Cependant, les négociations collectives ne sont pas toujours possibles et les décisions individuelles demeurent vivaces avec toujours le risque pour les parties faibles de se voir imposer des décisions. C'est la raison pour laquelle l'article L. 420-2 du Code de commerce sanctionne l'abus de dépendance économique³ et que désormais le Code civil, aux termes de

des contrats, thèse, Montpellier, 1999 ; LE BESCOND DE COATPONT M., La dépendance des distributeurs, Thèse, Lille, 2015.

¹ GHESTIN J., *op. cit.*, p. 280.

² VIRASSAMY G., Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique, *op. cit.*

³ Art. L. 420-2 du Code de commerce : « *Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme.* »

l'article 1143¹, sanctionne de façon plus générale l'abus de dépendance et en a fait un vice du consentement².

229. Ce faisant, le législateur admet que la position de dépendance de l'une des parties peut perturber voire empêcher le déroulement de son processus décisionnel et prévoit la possibilité qu'une décision prise en pareille circonstance, soit annulée. Reste que ces textes ont la particularité de n'intervenir qu'*a posteriori*, présentant de ce point de vue, une limite regrettable. En effet, encore faut-il que le juge soit saisi de la question, dit autrement, encore faut-il que la partie faible prenne la décision d'engager une action. Or, il peut hésiter en raison du coût de la procédure mais également en raison des conséquences pécuniaires pour lui, du temps de la procédure notamment en présence de clauses contractuelles entravant l'action en justice³, tout cela, sans certitude qu'il sera fait droit à ses demandes.

230. Les consommateurs sont également en situation d'infériorité face aux professionnels et peuvent voir la réalisation de leur processus décisionnel troublée. « *La diversité contemporaine des produits et des services et leur complexité technique donnent aux professionnels une supériorité évidente dans les relations contractuelles*⁴ », souligne Jacques Ghestin. Sans doute faut-il préciser que le professionnel peut être considéré comme un consommateur ; l'article liminaire du Code de la consommation définissant le consommateur comme « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* » et le non professionnel comme « *toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles* ». Soumis à des

¹ Art. 1143 du Code civil : « *Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif.* »

² Voir notamment MAZEAUD D. et PICOD Y. (dir.), *La violence économique*, Trav. Assoc. H. Capitant, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2017 ; EDELMAN B., *De la liberté et de la violence économique*, D. 2001. Chron. 2315 ; LATINA M., *abus de dépendance : premiers enseignements des juridictions du fond*, D. 2020. 2180 ; BARBIER H., *La violence par abus de dépendance*, JCP 2016. 421.

³ Par exemple, l'obligation d'avoir recours à un mode alternatif de résolution des conflits avant toute action ou encore une clause attributive de compétence territoriale. La validité de la clause de conciliation a été reconnue par la Cour de cassation (Ch. mixte, 14 févr. 2003, Bull. civ. ch. mixte, n° 1). Voir sur ce point CADIET L., JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, 11e éd. ; CAYROL N., *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, Economica, 2001, n° 280 ; BRETZNER J.-D., REYNIER Q., *Le régime de la clause de conciliation préalable*, AJCA 2015. 117.

⁴ GHESTIN J., *op. cit.*, p. 282.

sollicitations constantes qui sont désormais accrues avec les nouveaux moyens de marketing comme le marketing digital, la volonté des consommateurs est orientée, leur choix n'est plus réellement libre. En outre, ils sont soumis à une multitude de choix mais dans le même temps, sont invités à se décider rapidement. C'est dire la pression à laquelle ils sont soumis. Comment imaginer en pareil cas que leurs décisions soient raisonnées et prudentes ?

231. Du reste, quelle que soit la partie faible concernée, personne physique ou personne morale, trois « *causes générales d'inégalité* » ont été répertoriées par Jacques Ghestin¹. D'abord le défaut d'information et/ou la faiblesse. Il explique ainsi qu' « *une personne adulte et en pleine possession de ses facultés intellectuelles n'en est pas moins en situation d'infériorité lorsqu'elle ignore des éléments déterminants de l'échange auquel elle désire procéder*² ». Il peut s'agir de l'ignorance de circonstances de fait, par exemple les intentions de son cocontractant, ou d'une ignorance de droit comme le régime juridique applicable au contrat. Évidemment, ces mêmes ignorances n'entachent pas uniquement la décision de conclure le contrat. Elles peuvent gêner une prise de décision durant l'exécution ou la rupture du contrat.

232. Vient ensuite la nature du contrat. Reprenant les travaux menés avec M. Fontaine³, le professeur Ghestin démontre la nature variée des contrats causant une inégalité entre les parties. Il y a évidemment les contrats comportant « *comme élément caractéristique essentiel la subordination*⁴ » comme le contrat de travail. En revanche, il existe des contrats pour lesquels, au demeurant, il n'existe pas d'asymétrie entre les parties et qui pourtant placent l'un des contractants en état d'infériorité : « *ainsi le locataire à l'égard du bailleur ou l'assuré devant l'assureur*⁵. » L'auteur prend également l'exemple du contrat de vente. « *Le vendeur qui connaît son objet est normalement mieux placé. Le vendeur peut toutefois se trouver en situation d'infériorité lorsque l'écoulement de ses produits, spécialement agricoles, est vital*

¹ GHESTIN J., *op. cit.*, p. 285 et s.

² *Ibid.*

³ FONTAINE M., Rapport de synthèse, in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges, dir. M. Fontaine et J. Ghestin, L.G.D.J., 1996, p.619

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

pour la survie de son entreprise ou, plus simplement pour la subsistance et celle de sa famille¹. »

233. Enfin, le mode de conclusion du contrat est également une cause d'inégalité. L'on en veut pour preuve les contrats d'adhésion que l'alinéa 2 de l'article 1110 du Code civil définit comme « *celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties.* » Ces contrats, d'importance majeure aujourd'hui, ont ceci de particulier que le contenu contractuel est décidé unilatéralement par l'offrant et partant, excluent toute négociation. Il exerce une contrainte de fait sur son cocontractant qui n'a donc pas son mot à dire². Il accepte ou il refuse, sans autre forme de procès. Tout aussi vivaces, les contrats conclus « *en dehors des locaux des vendeurs, soit par démarchage, soit surtout, aujourd'hui, par voie électronique³* » sont également le terreau de décisions précipitées.

B. Le droit à l'hésitation, instrument d'équité

234. Il peut sembler inapproprié d'affirmer que le droit à l'hésitation est un instrument d'équité. Il est vrai en effet que le droit à l'hésitation est formé de règles et de mécanismes gouvernant les décisions relatives à la formation et à la terminaison du contrat et prises en dehors de toute action judiciaire. Aucun rapport, *a priori*, avec l'équité qui évoque l'intervention du juge. Il est vrai que le droit des contrats a généralement une vision restrictive de l'équité, qui serait un « *tempérament de la loi⁴* », « *l'élément qui permet d'atténuer la rigueur de la loi pour atténuer la justice⁵* ». Le juge serait ainsi le gardien de l'équité et aurait notamment recours à l'interprétation des conventions pour la mettre en œuvre. Grâce à l'équité, le juge peut « *écarter l'application du droit strict pour adopter une solution davantage*

¹ *Ibid.*

² Voir sur ce point, PAYET M.-S., *op. cit.*, n°90 ; BERLIOZ G., Le contrat d'adhésion, *op. cit.*, n°47.

³ GHESTIN J., *op.cit.*, p. 291. Sur les contrats conclus à distance, voir SHANDI Y., La formation du contrat à distance par voie électronique, Thèse, Strasbourg, 2005 ; FARAJ E., Le contrat électronique, Thèse, Paris, 2016.

⁴ FERRIERE C.-J., Dictionnaire de droit et de pratique, t. I, Paris, 1769, p. 556-557, art. « Équité » ; DENISART J.-B., Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle, Desaint, 1777, t. 2, p. 249, art. « Équité », cité par DRAND C., L'équité en matière contractuelle selon les auteurs de droit français du XVIe au XVIIIe siècle, RDC 2015, n°03, p. 611.

⁵ DRAND C., *op. cit.*

conforme à la justice¹ ». L'équité désigne « tantôt un idéal de justice, tantôt une dérogation à l'application stricte de la loi pour tenir compte de circonstances particulières² ».

235. Sans doute doit-on à Aristote cette vision prépondérante de l'équité qui la considère comme la rectification du droit quand celui-là comporte des failles en raison de son universalité. « *Et voici la nature de ce qui est équitable, une correction du droit lorsque celui-ci est imparfait en raison de son universalité*³. ». Selon ce dernier, il existe toujours des situations où la loi, par essence générale, se révèle être inadéquate : « *la nature propre de l'équité consiste à corriger la loi, dans la mesure où celle-ci se montre insuffisante, en raison de son caractère général*⁴ ». « *L'équité, qui se dit d'un jugement rendu dans un cas particulier, permet de faire justice lorsque la loi ne remplit pas correctement son rôle, en la corrigeant dans son application*⁵. L'équité est ainsi un mode d'application de la justice et singulièrement de la justice corrective et donc par le juge.

236. Cependant, Aristote ne limite pas l'équité à la seule justice corrective ; elle peut également répondre à « *des impératifs de justice distributive ou à des principes plus généraux encore*⁶ ». Bien qu'il serait en effet tentant de réduire l'équité à un principe d'interprétation des lois ou des conventions et partant, à cantonner sa mise en œuvre au juge, le vrai est que l'équité est aussi l'affaire du législateur. En droit des contrats, les règles ont essentiellement pour « *mission de structurer les engagements et les échanges volontaires entre les individus*⁷ ». Cependant, s'il est vrai qu'au demeurant, les règles faisaient peu cas des injustices susceptibles d'exister dans les relations contractuelles et qui pouvaient entacher la formation du contrat, l'équité et la recherche de justice contractuelle ont progressivement teinté ces règles⁸ à rebours du libéralisme du XIX^e siècle : qui dit contractuel, ne dit plus juste⁹). « *La loi n'est pas toujours*

¹ CUMYN M., La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles, Thèse, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 51.

² *Ibid.*, p. 56.

³ ARISTOTE, Éthique à Nicomaque, Livre 3, Chap. 10.

⁴ *Ibid.*

⁵ CUMYN M., *op. cit.*, p. 57.

⁶ *Ibid.*, p. 60.

⁷ *Ibid.*, p. 87.

⁸ L'on pense ici par exemple à l'obligation précontractuelle d'information (art. 1112-1 du Code civil).

⁹ Contrairement à la formule de Fouillée A., Science sociale, Paris, 2^e éd., p. 410.

*insensible à la justice contractuelle. Le législateur intervient souvent, surtout dans le dernier siècle, pour tenter, par diverses mesures d'information et de protection, de favoriser la justice contractuelle¹ ». C'est dire finalement que l'équité n'est plus uniquement un instrument de justice contractuelle mis en œuvre *a posteriori* par le juge, mais fait partie du fondement des règles contractuelles qui elles, assurent *a priori* la justice contractuelle². Ces deux visions de l'équité, loin de s'opposer, sont en réalité complémentaires. L'on peut donc considérer, de façon plus générale, que l'équité est la recherche du juste. Dit autrement, cela revient à permettre à chacun de disposer des mêmes chances.*

237. Or, s'il est un fait indéniable, c'est l'inégalité qui existe désormais entre les parties contractantes. Comme le souligne Jacques Ghestin, « *d'une façon générale, l'inégalité entre les parties doit être corrigée lorsqu'elle est excessive. Comme l'observe encore M. Molfessis, en 2012, « il faut être soit naïf, soit nostalgique d'un hypothétique âge d'or contractuel où tout aurait été simple et accessible à chacun, pour blâmer le fait que l'on vienne, dans nombre d'hypothèses, à assister les contractants. La complexité des mécanismes contractuels, dont se jouent précisément les grandes entreprises qui font la masse des actes juridiques, est une source de domination pour les uns et de sujétion pour les autres³. »* Le vrai est que ces inégalités sont des perturbateurs de prise de décision. La partie faible n'est pas en mesure de prendre librement et sereinement sa décision. Le consentement à un contrat dont elle ne peut discuter les clauses exprime-t-il une décision raisonnée et prudente ? Le consentement précipité à un contrat exprime-t-il une décision raisonnée et prudente ? Le consentement donné par dépit à un contrat parce que l'intéressé n'a pas le choix exprime-t-il une décision raisonnée et prudente ?

238. Ainsi, là où la pratique déséquilibre, le droit des contrats, animé par un objectif d'équité, doit rééquilibrer⁴. Il s'agit d'ailleurs d'un des objectifs visés par la réforme du droit des contrats intervenue en 2016 : « *conformément aux 1° et 2° de l'article 8 de la loi d'habilitation, l'ordonnance propose des solutions propres à assurer un équilibre des droits et*

¹ CUMYN M., *op. cit.*, p. 89.

² Voir notamment, CADIET L., Une justice contractuelle, l'autre, in *Le contrat au début du XXI^e siècle*, Mélanges Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 177 et s. ; ALBIGES C., De l'équité en droit privé, Thèse, Paris, L.G.D.J., 2000.

³ GHESTIN J., *op. cit.*, p. 291.

⁴ Voir notamment, GHESTIN J., La notion de contrat, Dalloz, vol. 2, 1990, chron. 27, p. 147 ; GHESTIN J., L'utile et le juste dans les contrats, Dalloz, vol. 1, 1982, chron. 1, p. 1.

devoirs entre les parties. (...) Ce mouvement vers un droit commun des contrats français plus juste le rapprocherait des autres droits et projets d'harmonisation européens, qui proposent des dispositions similaires¹. » Le droit à l'hésitation participe à ce rééquilibrage des parties contractantes. Il corrige l'asymétrie existant entre les parties en redonnant à la partie faible un certain pouvoir : celui de réellement décider. Garantir un droit à l'hésitation, c'est garantir à la partie faible de disposer des moyens de prendre ses décisions parce qu'elle disposera des moyens nécessaires à l'effectivité de son processus décisionnel. Quand l'on sait que le défaut d'informations est l'une des principales causes d'inégalité, alors même que ces informations sont le fondement de la première étape du processus décisionnel, l'on comprend aisément qu'en leur absence, le processus soit vicié. De même, la faiblesse de l'une des parties en raison de sa dépendance à l'autre partie, peut engendrer une précipitation excessive dans la prise de décision car l'intéressé ne s'autoriserait pas à prendre le temps de la décision ou pire encore, n'y serait pas autorisé. Il est une chose de ne pas pouvoir discuter des termes du contrat mais de s'engager en pleine connaissance de cause, il en est une autre de s'engager sans savoir. Mais dispose-t-il seulement du temps nécessaire pour étudier les termes du contrat ?

239. L'hésitation, qu'elle soit provoquée chez un contractant irréfléchi, ou respectée chez un contractant plus prudent, est nécessaire pour le bon déroulement du processus décisionnel et partant, pour une bonne décision. Le droit à l'hésitation veille à ce que la partie faible puisse, elle aussi, prendre la décision qu'elle estime bonne. Il ne s'agit donc pas de faire preuve d'un paternalisme infantilisant mais tout au contraire, de placer chacun des contractants dans une position similaire, autrement dit, de permettre à chacune des parties d'être autonome dans sa prise de décision. En ce sens, le droit à l'hésitation encourage les décideurs à être actifs dans la décision, à ce que celle-ci soit raisonnable, raisonnée et réfléchie. « *L'essence de l'équité est la recherche d'une conciliation raisonnable d'intérêts opposés, selon les circonstances de chaque cas².* » Le droit des contrats doit être motivé par la recherche de la prise en considération des intérêts de chacune des parties mais également la protection de ces intérêts. Pour ce faire, il tend à privilégier « *la mise en œuvre de procédures contractuelles qui favorisent une rencontre équilibrée des volontés et par là même une certaine justice*

¹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

² NEWMAN R., La nature de l'équité en droit civil, Revue internationale de droit comparé, 1964, 16-2, p. 289-295, spé. p. 290.

*contractuelle*¹. » Le droit à l'hésitation répond à cette nécessité en ce qu'il garantit le bon fonctionnement de la procédure contractuelle et singulièrement en cas d'inégalité entre les parties. Cette même préoccupation est également présente dans le domaine économique.

§ 2 - La reconnaissance des vertus économiques du droit à l'hésitation

240. Le droit à l'hésitation repose sur un fondement économique incontestable², qui concerne tant les consommateurs que les professionnels. En effet, il sera d'abord démontré que le droit à l'hésitation participe à un consumérisme effectif (I), tout autant qu'il encourage la liberté de prendre des risques (II).

I. Droit à l'hésitation et consumérisme effectif

241. Envisager l'influence du droit à l'hésitation sur la qualité du consumérisme, c'est d'abord reconnaître l'hétéronomie affectant la prise de décision du consommateur (A), laquelle est combattue par le droit à l'hésitation qui permet la reconquête de l'autonomie décisionnelle du consommateur (B) redonnant ainsi à celui-ci son véritable rôle d'acteur économique.

A. L'hétéronomie dans la prise de décision du consommateur

242. Dans une société où les libertés tiennent une place importante, voire fondamentale³, chaque individu est réputé pouvoir librement et partant, de façon autonome, faire ses choix. Cette affirmation vaut pour tous les domaines. En matière médicale par exemple, « *aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la*

¹ LEQUETTE Y., TERRÉ Fr., SIMLER Ph., CHÉNEDÉ Fr., Droit civil Les obligations, Dalloz, 12ème éd., 2018, p.54.

² Plus le droit et l'économie tendent vers des objectifs même s'ils présentent certaines différences. Ces dernières expliquent sans doute leur relation compliquée. Voir sur ce point BIENAYME A., Droit et économie : *Je t'aime, moi non plus*, in Mélanges Paul Didier, Economica, 2008, p. 11.

³ Des textes solennels consacrent ces libertés : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, préambule de la Constitution de 1946, Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (ONU), Convention européenne des droits de l'homme de 1950 (CEDH), la Charte de l'environnement (intégrée dans le préambule de la Constitution en 2005). En outre, elles sont protégées par le Conseil constitutionnel et les juges de façon plus générale.

personne et ce consentement peut être retiré à tout moment¹. » D'ailleurs, « lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté » précise l'alinéa suivant. La même liberté de choix est laissée en matière contractuelle : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi². »

243. Cependant, l'on est conduit à constater que cette liberté de choix est amenuisée par une certaine hétéronomie qui affecte la prise de décision de l'individu. « *L'hétéronomie consiste pour la volonté à ne pas être sa propre législatrice mais à recevoir une influence étrangère à elle-même, le principe de son activité³* ». Ainsi, le patient s'en remettra aux préconisations de son médecin. Cette intrusion dans le processus décisionnel se justifie évidemment par le fait que le médecin est le sachant en pareille hypothèse. Reste que, parfois, l'hétéronomie ne constitue pas une simple préconisation mais une obligation, de sorte que l'intéressé ne dispose plus d'aucune autonomie dans sa prise de décision. Elle lui est imposée. Par exemple, l'article R. 2132-1 du Code de la santé publique impose un certain nombre d'examens médicaux au cours des dix-huit premières années de l'enfant. En droit des contrats, ce peut-être la dépendance économique qui oriente la prise de décision d'un contractant. Somme toute, l'hétéronomie comprend tous les facteurs internes ou externes à l'individu qui influencent son choix lors de la prise de décision ; ces facteurs pouvant être plus ou moins contraignants.

244. Il est une autre catégorie d'individus particulièrement soumis à l'hétéronomie lors de la prise de décision. Il s'agit des consommateurs. Ces derniers représentent en nombre le groupe économique le plus important⁴. Ce sont donc des acteurs économiques de premier ordre⁵. Pourtant, il est évident que leur importance numéraire ne reflète pas leur poids en tant

¹ Art. L. 1111-4 al.3 du Code de la santé publique.

² Art. 1102 al. 1 du Code civil.

³ CHARDIN N., *op. cit.*, p. 34.

⁴ BERNHEIM-DESSAUX S., Le droit de la consommation, entre protection du consommateur et régulation du marché, *Revue Lamy Droit des Affaires*, n°69, 2012, p.91.

⁵ « *Le consommateur, parce qu'il assure la fonction économique identifiée sous le terme de « demande », joue un rôle majeur. Il est donc logique qu'on ait pu observer, comme les professeurs Lucas de Leyssac et Parleani le relèvent, que « le consommateur était l'alpha et l'oméga de la concurrence : celui vers lequel est orientée la*

qu'acteur économique. Leur processus décisionnel, largement étudié¹, ne l'a néanmoins pas été afin de l'aider à prendre la meilleure décision comme leurs cocontractants, les professionnels. Au contraire, objet de toutes les convoitises, il a été étudié afin d'orienter leur décision². *« En effet, le choix des consommateurs se distribue aujourd'hui entre des alternatives très spécifiques et fortement contrôlées par les acteurs du marché³. »*

245. La première cause de l'hétéronomie affectant la prise de décision du consommateur est la publicité et plus largement, le marketing⁴. Ils ont une influence forte sur l'hésitation du consommateur. Soit ils le placent face à une multiplicité d'options dont l'appréhension peut s'avérer complexe⁵. En pareille hypothèse, sa délibération s'éternisera. Soit, au contraire, ils annihilent toute délibération, ne permettant pas à l'hésitation d'assurer sa fonction de prudence ; le processus décisionnel est bâclé. Cela est d'autant plus vrai qu'il y a une uniformisation et une standardisation des biens et services où la concurrence est réduite au seul prix, *« les autres critères, tenant principalement aux variétés des produits, aux variétés des*

compétition des entreprises et celui qui la sanctionne par ses décisions. » De quelles décisions s'agit-il ? Décisions de contracter. CAVINET G. et CHAMPALAUNE C., Le comportement du consommateur dans la définition du marché, in Mélanges Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 227.

¹ Notamment, COCHOY F., De l'embarras du choix au conditionnement du marché. Vers une socio-économie de la décision, Cahiers internationaux de sociologie, 1999, Vol. 106, p. 145-173 ; FILSER M., Décision, expérience et valeur de consommation-esquisse d'un nouveau cadre théorique pour l'analyse du comportement du consommateur, Revue Sciences de gestion, Déc. 2007, Issue 64, p27-41 ; THILL J.-C. and TIMMERMANS H., Analyse des décisions spatiales et du processus de choix des consommateurs : théorie, méthodes et exemples d'applications, L'Espace géographique, Vol. 21, No. 2 (1992), pp. 143-166 ; DELACROIX E. et JOURDAN Ph., La tendance à regretter du consommateur : Validation d'une échelle de mesure, Recherche et Applications En Marketing (French Edition), 22(1), 25-44.

² LADWEIN R., Le comportement du consommateur et de l'acheteur, 2^e éd., Économica, 2003 ; LEMOINE J.-Fr., Le rôle de l'interaction " situation x émotion " dans l'étude du comportement du consommateur, 1998-05, LEG - CERMAB, CNRS UMR 5118, Université de Bourgogne ; DERBAIX Ch., Le comportement de l'acheteur : voies d'études pour les années à venir, Recherche et Applications En Marketing (French Edition), 1987, 2 (2), 81-92 ; GRAILLOT L., Émotions et comportement du consommateur, Recherche et application en marketing, vol. 13, n°1/98, p. 5-23.

³ DUBUISSON-QUELLIER S., De la souveraineté à la gouvernance des consommateurs : l'espace du choix dans la consommation, Économie politique, 2008/3, n°39, p.21-31

⁴ TEDLOW R.S, L'audace et le marché, l'invention du marketing aux États-Unis, Éditions Odile Jacob, 1997

⁵ Par exemple, lorsqu'il s'agit d'un produit de haute technologie.

services, et à l'innovation sont détruits, seuls restent des éléments secondaires et trompeurs pour le consommateur, attaché à l'image d'une marque ¹».

246. Les praticiens du marketing mettent tout en œuvre afin d'influencer, voire de contrôler, les choix du consommateur². « *Une manipulation mentale des individus les force à ces contrats de consommation*³. » Il n'est d'ailleurs pas exagéré de dire que le consommateur subit un véritable matraquage publicitaire⁴, lequel n'est pas de nature à favoriser la délibération du consommateur et qui a conduit le législateur à encadrer les sollicitations qu'il subit. L'article L. 121-1 du Code de la consommation pose ainsi un principe général d'interdiction des pratiques commerciales déloyales aux termes de ses premiers alinéas : « *Les pratiques commerciales déloyales sont interdites. Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service.* » Ces dispositions révèlent la seconde cause de l'hétéronomie qui affecte la prise de décision du consommateur : le professionnel.

247. Le vrai est que le professionnel est un sachant, le sachant. En technique, en vente, en droit, en marketing. En somme, il domine la relation et n'hésite pas à abuser de cette position dominante. La Haute juridiction a eu l'occasion de sanctionner un tel comportement et a pu décider que viole l'article L. 121-1 du code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi du 3 janvier 2008, tel qu'interprété à la lumière de la Directive 2005/29/CE du Parlement et du Conseil du 11 mai 2005, la cour d'appel qui énonce qu'une société

¹ BINCTIN S., *op. cit.*, spé. p. 35 qui donne deux exemples de paupérisation de la concurrence en raison de clause d'exclusivité. L'affaire Orange TV (Avis 09-A-42 du 07 juil. 2009 sur les relations d'exclusivité entre activités d'opérateurs de communication électroniques et activités de distribution de contenus et de services, CCC 2009. Comm. 229, note D. Brosco) et l'affaire Iphone (Décis. N° 08-MC-01 relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones ; Décis. N° 10-D-01 du 11 janv. 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones).

² LADWEIN R., *op. cit.*, spé. p. 6.

³ CHARDIN N., *op.cit.*, p. 34.

⁴ L'on pense également aux publicités comparatives, voir sur ce point FOURGOUX J.-Cl., La publicité comparative, tout à fait licite, contorsionnellement licite ou manifestement illicite, Gaz. Pal., 1985 I., Doct. 135 ; aux loteries organisées dans le cadre d'opérations publicitaires, Crim. 26 févr. 1964, JCP 1964. II. 13688, obs. de Lestang ; Crim. 18 juill. 1985, Bull. crim. N° 271. ; Cass. Crim., 14 nov. 2000, n° 99-84.520.

distribuant des ordinateurs équipés d'un logiciel d'exploitation et de différents logiciels d'utilisation n'avait pas à fournir au consommateur les informations relatives aux conditions d'utilisation des logiciels et pouvait se borner à identifier ceux équipant ces ordinateurs, alors que ces informations, relatives aux caractéristiques principales du produit, sont de celles que le vendeur professionnel doit au consommateur moyen pour lui permettre de prendre une décision en connaissance de cause¹. En effet, le défaut d'informations qui constitue une incertitude, cause l'hésitation du consommateur.

248. De même, le législateur considère que les méthodes de sollicitation du consommateur peuvent réellement influencer sa prise de décision. Tel est le cas lorsque le consommateur est sollicité. Le premier écueil est qu'il n'est pas à l'origine du projet et que partant, le professionnel se substitue complètement à lui dans la phase de conception de son processus décisionnel. Il s'agit ici de la vente hors établissement², pratique commerciale qui consiste de la part d'un commerçant ou de son représentant, à solliciter le consommateur en dehors d'un établissement commercial c'est-à-dire soit à son domicile, à son travail, dans un espace public, ou encore dans un espace privé non habituel pour le commerce (hôtels, par exemple). Ce type de vente peut être dangereuse pour le consommateur parce qu'il n'a aucun choix d'article et qu'il peut se laisser influencer plus facilement par le vendeur. Sollicité à l'improviste, le consommateur se trouve en situation de vulnérabilité par rapport au professionnel dont les méthodes de vente sont souvent agressives, faisant miroiter un prix exceptionnel ou des facilités de paiement, offre d'une durée prétendument très limitée³. Le consommateur est donc sommé de se décider rapidement. Le second écueil est donc que ces méthodes ont pour effet de précipiter le déroulement du processus décisionnel, et d'empêcher l'hésitation d'assurer sa fonction de prudence et de réflexion.

¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 6 oct. 2011, n°10-10.800.

² Art. L. 221-1 et suivants du Code de la consommation.

³ Par exemple : allégations d'une mission officielle, d'un changement de législation rendant les travaux obligatoires ou de risque pour les habitants à défaut de réalisation des travaux, harcèlement des personnes contactées majoritairement âgées et en état de faiblesse, multiplication de commandes qui par ailleurs n'étaient pas remises au client, recherche et confiscation de documents personnels par le commercial. CA Paris, 22 mai 2014, n° 12/21200.

249. La prolifération des contrats d'adhésion¹ participe également à l'hétéronomie du consommateur. Convention de masse² par excellence, le contrat d'adhésion est désormais défini aux termes du second alinéa de l'article 1110 du Code civil comme « *celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties.* » Ce type de contrat trouve un terreau fertile dans le consumérisme ; « *en droit de la consommation, le contrat d'adhésion fait figure de modèle*³ ». Pour autant, le droit de la consommation ne fait pas référence à une telle qualification de ce type de contrat. Cette qualification lui est même indifférente, le droit de la consommation se souciant « *d'avantage de la transparence générale de l'offre du professionnel que de sa négociabilité individuelle*⁴ ». Le consommateur qui consent à un contrat d'adhésion, un contrat type, ne dispose d'aucune force de négociation. Dit autrement, les clauses stipulées au contrat entament l'autonomie du consommateur dans sa prise de décision en ce qu'il n'a pas réellement le choix, si ce n'est celui d'accepter ou de refuser⁵. L'hésitation est d'autant plus prégnante dans ce type de contrat qu'outre

¹ Baptisés ainsi par Saleilles qui les définit comme ceux « *dans lesquels il y a prédominance exclusive d'une volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà, par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat, et s'emparer de cet engagement déjà créé sur soi-même* », SALEILLES R., De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand, 1901, Pichon, spéc. p. 229.

² DOMERGUE M., Étude d'ensemble sur le contrat d'adhésion, Thèse, Toulouse, 1935 ; BERLIOZ G., Le contrat d'adhésion, Thèse, L.G.D.J., 1976 ; CHENEDE Fr., Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion, RDC 2012, n°03, p. 1017 ; CHENEDE Fr. Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil, JCP G, n°27, 4 juil. 2016, p. 1334-1338 ; MARTIN A.-C., Le contrat d'adhésion en droit de la consommation et de la concurrence, dossier « Le contrat d'adhésion », RDC 2019, n° 116, p. 128.

³ MARTIN A.-C., *op. cit.*

⁴ *Ibid.*

⁵ Encore que, nous l'avons vu, le consommateur peut ne pas être en mesure de refuser une proposition commerciale.

l'impossibilité de négocier, le consommateur maîtrise peu ou pas la portée des clauses¹, singulièrement de clauses accessoires².

250. Par ailleurs, l'hétéronomie de la prise de décision du consommateur peut provenir de lui-même. En effet, il convient de prendre en considération l'aspect psychologique du consommateur³. Ce dernier est soumis à ses émotions et ce d'autant que les contrats de consommation se distinguent par le fait qu'ils ne répondent pas uniquement à la nécessité de satisfaire un besoin. Ils répondent également à la satisfaction de désirs⁴, désirs qui sont fortement provoqués par la publicité⁵. Le besoin se distingue du désir par le fait qu'il est de l'ordre de la nécessité quand le désir lui, a trait au plaisir, au superflu. En outre, il est largement admis que leurs émotions influencent les consommateurs dans leur prise de décision⁶. C'est

¹ Voir par exemple Cass. Civ. 1^{ère}, 14 avr. 2016, n° 15-19.107 : « *Ayant fait ressortir que la clause litigieuse n'était pas claire et compréhensible en ce qu'elle ne définissait pas précisément l'ITT, de sorte qu'entraînant une restriction substantielle de garantie, elle avait pour objet ou pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment du non-professionnel ou du consommateur, la cour d'appel a retenu, à bon droit, qu'elle présentait un caractère abusif.* »

² Comme la clause étendant la notion de force majeure (TGI Paris, 4 févr. 2003) ; les clauses de la convention de compte liant la banque à son client et ne reconnaissant aucune valeur au ticket de remise dans un automate bancaire (Cass. Com., 24 janv. 2018, n° 16-19.866).

³ GRAILLOT L., *op. cit.*

⁴ CHARDIN N., *op. cit.*, spé. p. 34 et suiv.

⁵ Les contrats de consommation « *concernent ce que l'on pourrait appeler des objets de désir très puissants, des objets qui déclenchent un désir d'immédiate satisfaction, tels que l'envie d'avoir immédiatement de l'argent, par spéculation ou par emprunt, d'acquérir immédiatement l'objet vanté par les émissions de télé-achat, de contacter à tout prix le conjoint idéal présenté sur papier glacé ! Sur le moment, l'individu tenté ne peut attendre et son consentement n'a plus pour source la volonté délibérante, la rationalité économique de calcul, s'exprimant par une pesée des intérêts, mais un désir qui capture, qui ravit le consentement par l'attraction trop forte que les objets contractuels exercent sur l'esprit de la personne sollicitée.* » FRISON-ROCHE M.-A., Unilatéralité et consentement, in *Unilatéralisme et droit des obligations*, Économica, 1999, pp.21-30, p. 26 ; voir également FRISON-ROCHE M.-A., Oui au principe de la volonté, Non aux consentements purs, document de travail pour une contribution aux Mélanges dédiés à Pierre Godé, 2018, accessible à <http://mafr.fr/fr/article/oui-au-principe-de-la-volonte-non-aux-consentement/> aux termes duquel l'auteur explique que nous sommes des « machines désirantes » obnubilées par un besoin constant de consommation.

⁶ Initialement, ce sont Holbrook et Hirschman qui, en 1982, dans leur article « The Experiential Aspects of Consumption : Consumer Fantasies, Feelings and Fun », mettent en avant le fait que la compréhension du comportement du consommateur nécessite au-delà de la simple information, la prise en compte d'éléments

dire finalement que, non seulement le consommateur est soumis au besoin impérieux de satisfaire des désirs mais au surplus, il est en proie à ses émotions, lesquelles peuvent fausser son jugement. Il peut alors faire des achats impulsifs où l'hésitation n'a pas pu permettre la réflexion.

251. Finalement, il est permis de constater que les causes d'hétéronomie impactent l'hésitation du consommateur, soit en l'augmentant, soit en l'empêchant. Ainsi, l'incertitude, la peur, la complexité de l'achat envisagé génèrent l'hésitation et suspendent le processus décisionnel. C'est ce que l'on appelle en marketing la procrastination décisionnelle¹. « *Elle consiste à remettre à une date ou un moment ultérieur la prise de décision ou la réalisation d'une action, et ce de façon répétée. La procrastination concerne aussi bien le début de la décision ou de l'action que sa fin*². » Dit autrement, l'hésitation entraîne une procrastination de la décision³. En réalité, le consommateur se trouve bloqué face à la difficulté de la décision, ce qui conduit à l'évitement de la décision de consommer⁴. Il reporte donc sa décision. Reste que, « *lorsque l'échéance devient incontournable et inéluctable, un caractère d'urgence naît*⁵. » Le consommateur a tant repoussé le moment de la prise de décision, qu'il est désormais en situation d'urgence avec la conséquence que sa décision ne sera ni rationnelle ni prudente, mais précipitée, et partant, sans doute empreinte de regrets. Autrement, les causes d'hétéronomie empêchent l'hésitation. La prise de décision est alors bâclée avec les mêmes conséquences que précédemment, les regrets.

252. Somme toute, ces éléments témoignent de l'hétéronomie accrue qui existe dans la prise de décision du consommateur. La conséquence est qu'il ne peut pleinement jouer son rôle d'acteur économique. Or, il ne faut pas perdre de vue « *le phénomène de la consommation en tant que fonction économique se situant dans le cycle « production-distribution-échange-*

complémentaires tels que les caractéristiques multi-sensorielles du produit, les expériences vécues, les émotions, les sentiments, la contrainte temps dans la poursuite du plaisir, le rôle du jeu en matière de divertissement.

¹ DARPY D., Importance de la procrastination dans le processus de décision d'achat. Approche sémiotique et mesure, Congrès de l'AFM, Mai 2000, Montréal, Canada, pp.16.

² CONTENSOU O., Décisions et perspectives, Thèse, Montréal, 2013, p. 291.

³ KUHL J., A theory of action and state orientations. In J. Kuhl & J. Beckmann (Eds.), *Volition and Personality*, 1994, pp. 9-46.

⁴ DARPY D., *op. cit.*

⁵ *Ibid.*

consommation »¹ ». Se pose alors la question de savoir comment le droit à l'hésitation participe à l'effectivité du consumérisme.

B. La reconquête de l'autonomie décisionnelle du consommateur, acteur économique

253. Non livraison des produits commandés, peur de se tromper ou d'être trompé, portée juridique des engagements, la prise de décision du consommateur se fait dans un contexte particulièrement complexe en raison d'une hétéronomie accrue. Celle-ci, qui affecte l'hésitation du consommateur et donc, sa prise de décision, est causée par les méthodes de sollicitation employées par les professionnels, qu'il s'agisse de la publicité, des techniques marketing, des sollicitations directes mais également par l'asymétrie d'information et de pouvoir. La conséquence en est que le consommateur hésite longuement ou tout au contraire, fait l'impasse de la délibération et prend des décisions hâtives, ou encore se trouve brusqué dans sa prise de décision. Il s'expose donc au regret² et peine alors à jouer son rôle d'acteur économique³. Ce constat est révélateur de deux écueils : d'une part, un dysfonctionnement du marché et d'autre part, l'insuffisance des instruments de régulation existants⁴ et singulièrement du droit de la concurrence⁵ qui peinait à assurer une fonction protectrice.

254. Il fallait en effet des mesures protectrices⁶, grâce au droit de la consommation, sans perdre de vue que le consommateur est avant tout un acteur économique, « *le destinataire des*

¹ DELVAX G. et BOURGOIGNIE Th., La fonction de consommation et le droit de la consommation : l'enjeu réel, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1981/2 (Volume 7), pages 1 à 71.

² Le regret consiste en une évaluation post décision par la comparaison entre la décision prise et celle qui aurait pu être prise. Il existe une certaine tendance au regret des décisions de consommation, avec la conséquence que le consommateur, déçu de son expérience précédente, répugne à réitérer. DELACROIX E. et JOURDAN Ph., La tendance à regretter du consommateur : validation d'une échelle de mesure, *Recherches et applications en marketing*, Vol. 22, n° 01 (mars 2007), pp. 25-44.

³ CHANDON J.-L. et ZINE-DANGIR S., Ensemble d'hésitation et degré d'hésitation : Un apport à la compréhension du processus de choix du consommateur ?, *Actes du XXII^e Congrès AFM*, 11 et 12 mai 2006.

⁴ Comme l'arbitrage. Voir en ce sens FRISON-ROCHE M.-A., Arbitrage et droit de la régulation, *Droit et économie de la régulation*. 3 (2005), p. 223.

⁵ Voir notamment MOUGEOT M., NAEGELEN F., La concurrence pour le marché, *Revue d'économie politique* 2005/6 (Vol. 115), p. 739.

⁶ Voir notamment CALAIS-AULOY J., DEPINCE M., TEMPLE H., *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 10^e éd., 2020 ; AUBERT DE VINCELLES C., *Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du*

*biens et des services qui circulent sur le marché. Or, sur ce marché, il va être nécessaire de trouver un juste équilibre entre libre concurrence et libre consentement du consommateur. Si le marché ne peut pas être laissé à la seule liberté de concurrence entre professionnels, la protection des consommateurs ne doit pas constituer un frein au développement économique. Le droit de la consommation doit permettre de réaliser cet équilibre entre libéralisme économique et dirigisme économique de protection*¹. » C'est dire que l'intervention législative vise à la fois à protéger le consommateur mais également à servir d'outil de régulation du marché.

255. Si la protection est assurée par la sanction², la prévention joue un rôle majeur singulièrement dans le traitement de l'hétéronomie du consommateur. Ainsi, les délais de réflexion et de rétractation³ visant à protéger le consommateur de ses décisions précipitées ont proliféré. Au surplus, l'obligation d'information précontractuelle a été renforcée⁴. Il est vrai en effet que « *le consommateur n'a pas tant besoin d'être protégé que d'être mis en mesure de prendre une décision en connaissance de cause*⁵ ». À cet égard, le droit de la consommation qui comporte une part substantielle de dispositions organisant le droit à l'hésitation, permet au consommateur de retrouver l'autonomie dans sa prise de décision en ce qu'elle constitue une condition fondamentale à la rationalité nécessaire à la prise de décision. Ce faisant, le consommateur dispose des outils nécessaires pour assurer sa fonction de moteur de la

consommateur, D. 2014, p. 879 ; LE GAC-PECH S., Le consommateur vulnérable, la nouvelle effigie du droit de la consommation, Revue Lamy Droit civil, N° 99, 1er décembre 2012.

¹ BERNHEIM-DESVAUX S., *op. cit.*

² Sanction des comportements et des clauses abusives. Voir par exemple Art. L. 212-1 al. 1^{er} du Code de la consommation : « *Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.* » Ces dernières sont listées aux termes des art. R. 212-1 et R. 212-2 du même code.

³ Par exemple pour les contrats portant sur des services financiers art. L121-20-12 du Code la consommation ; pour les contrats conclus hors établissement art. L. 221-18 du même code ; pour les contrats relatifs aux assurances vie art. L132-5-1 du Code des assurances.

⁴ Art. L. 111-1 du Code de la consommation, enrichie ensuite par la loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire.

⁵ BERNHEIM-DESVAUX S., *op. cit.*

concurrence¹ grâce au droit à l'hésitation qui, par conséquent, constitue un instrument de régulation du marché.

256. La qualité de la décision du consommateur a en effet une véritable incidence économique et de ce point de vue, ne doit pas être négligée. *« Au regard de l'importance de la prise en compte du choix effectif exercé par le consommateur entre les biens et les services qui lui sont offerts pour la délimitation du marché pertinent, au regard de l'attention portée à la subjectivité du consommateur dans l'exercice de cet arbitrage, on comprend que la protection du fonctionnement libre de la concurrence repose aussi sur un choix éclairé du consommateur, sur son information précise et exacte, sur la réglementation des signes de qualité de nature à influencer son choix, sur la prévention des pratiques faussant son jugement, sur la préservation, enfin et surtout, de son libre consentement. Le droit de la consommation qui doit assurer l'expression de ce choix libre et éclairé vient ainsi conforter le droit de la concurrence dans la préservation du fonctionnement efficace du marché². »*

257. Cette fonction économique est depuis plusieurs années appliquée par la Commission européenne au marché intérieur de l'Union. *« L'idée assénée est que, pour développer la croissance, il faut favoriser la consommation en assurant la libre circulation des biens et des services au sein de l'Union³. »* Cela, grâce à l'harmonisation des lois nationales. Le droit de la consommation, au service de cette nouvelle politique, a évolué pour devenir un instrument de régulation du marché intérieur devant participer activement à la circulation des biens de consommation⁴. Jusque-là perçu *« comme un droit « perturbateur » du droit commun⁵ »*, la loi du 17 mars 2014, dite loi Hamon, a apporté un nouveau souffle au droit de la consommation,

¹ Le législateur a en effet entendu permettre aux consommateurs de participer encore plus activement au développement économique par la mise en œuvre de la compétitivité. En effet, *« lorsque des entreprises sont en situation de monopole sur un marché, le consommateur ne peut pas faire jouer la concurrence, entraînant ainsi des rigidités économiques et notamment des prix plus élevés qu'ils ne le seraient sur un marché ouvert »*. AUBRY H., *op. cit.*, p. 3.

² CANIVET G. et CHAMPALAUNE C., *Le comportement du consommateur dans la définition du marché*, in Mélanges Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 243.

³ *Ibid.*

⁴ BINCTIN N., *Droit de la concurrence et consommation : le sort de l'exclusivité*, in Mélanges en l'honneur de Stéphane Payet, Dalloz, 2012, p. 33 et s., spé. p. 34.

⁵ AUBRY H., *Avant-propos : Enjeux de la réforme du droit de la consommation*, LPA 27 juin 2014, n° PA201412801, p. 3.

donnant au consommateur le premier rôle qu'il mérite sur la scène du marché économique, l'objectif étant de « *créer de nouveaux outils de régulation économique pour rééquilibrer les pouvoirs entre consommateurs et professionnels, rétablir une forme d'égalité des armes entre les acteurs économiques et agir sur les dépenses contraintes des français pour libérer du revenu disponible* », le tout aux fins de « *restaurer la confiance des consommateurs en tant qu'acteurs de la relance économique*¹ ».

258. En somme, nous pouvons affirmer que le droit à l'hésitation, en ce qu'il permet de corriger l'asymétrie d'information et de pouvoir constitue un véritable outil de régulation du marché. Par ailleurs, l'ensemble de ces dispositions favorise la confiance des consommateurs qui peuvent alors être des acteurs pleinement actifs sur le marché. La vision du consommateur vulnérable, voire incapable, avec le risque que ce dernier demeure dans la situation de faiblesse dans laquelle il se trouve en raison de l'asymétrie de pouvoir et de savoir existant entre le professionnel et lui, est délaissée au profit d'un consommateur autonome et réfléchi, véritable acteur économique² qui tient l'un des premiers rôles sur la scène du marché. Enfin, le droit à l'hésitation favorise la consommation car le consommateur plus confiant, est actif et tout comme un autre acteur central du marché, prend des risques car il sait que ceux-ci sont mesurés.

II. Droit à l'hésitation et liberté de prendre des risques

259. Sur la scène du marché, l'autre acteur tenant l'un des premiers rôles est évidemment l'entrepreneur. Ce dernier évolue néanmoins dans un contexte particulier : il est constamment soumis à la prise de risques (A). Le droit à l'hésitation lui permet de mettre en œuvre cette liberté de prendre des risques (B).

¹ Extraits du Portail de l'Économie et des Finances sur la loi Hamon, <http://www.economie.gouv.fr/loi-consommation>.

² AUBRY H., *op. cit.*

A. L'entrepreneur face à la prise de risques

260. S'il est un domaine où la prise de risques est omniprésente, voire inévitable, c'est celui des affaires. Le risque est inhérent à l'entrepreneuriat¹ et participe de l'éthique du profit². La première prise de risque est la création d'entreprise. Entreprendre expose en effet le dirigeant à de multiples risques. Le premier est l'investissement financier. Reste qu'il court le risque de ne pas être en mesure de récupérer son investissement si l'activité périclité. En outre, prendre le risque d'entreprendre, c'est renoncer au statut protecteur de salarié³ et partant aux allocations en cas de chômage. Par ailleurs, durant les premiers mois d'activité, voire parfois les premières années, il peut être impossible pour le dirigeant de percevoir une rémunération. Au surplus, nonobstant le recours à la forme sociétaire qui limite la responsabilité des associés à leurs apports, en pratique, le dirigeant est souvent contraint de se porter caution à titre personnel des engagements financiers de la société⁴. Cela revient, à malgré tout engager son patrimoine personnel⁵, à telle enseigne qu'il peut être en situation de surendettement⁶.

¹ BARBIER H., La liberté de prendre des risques, *op. cit.*

² Voir sur ce point, Travaux CERJDA, L'entreprise face à l'éthique du profit, *op. cit.*

³ Si le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail ne fait l'objet d'aucune interdiction de principe, il est de jurisprudence constante que ce cumul n'est possible qu'à de strictes conditions, à savoir que les fonctions de salarié correspondent à un emploi effectif, distinct des fonctions de gérant, et que l'intéressé soit dans un lien de subordination à l'égard de la société (Cass. Soc., 26 nov. 1970, n° 69-40.574 ; Cass. Soc., 20 sept. 2018, n° 16-14.155). Sur la question du cumul de mandat social et de contrat de travail voir notamment, MERLE Ph., FAUCHON A., Droit commercial. Sociétés commerciales, Précis Dalloz, 23^e éd., p. 230 ; COZIAN M., VIANDIER A., DEBOISSY, Droit des sociétés, LexisNexis, 34^e éd. ; SAYAG A., Mandat social et contrat de travail : attraits, limites et fictions, *Rev. sociétés* 1981. 1 ; DESLANDES M., Réflexion sur le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail, *D. 1982. Chron. 19* ; AUZERO G. et FERRIER N., Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social, *Répertoire de droit social*, Dalloz, Janv. 2010 (actualisation, Fév. 2020).

⁴ Ce faisant, il se porte « otage » d'une gestion qu'il assume. PICOD N., La remise de la dette en droit privé, Thèse, Dalloz, 2013, p. 118. Voir également, HUPRELLE L., La caution dirigeante, Thèse, Montpellier, 2014 ; DEVÈZE J., Les dirigeants-cautions, *Cah. dr. entr.* n° 3, 2001. 27.

⁵ En outre, sauf pour lui à avoir expressément stipulé que son cautionnement cesserait de plein droit de produire effet à la cessation de ses fonctions, le dirigeant n'est pas libéré de son engagement en pareil cas et ce, peu important qu'il ait ou non notifié au créancier la cession de ses parts, d'être tenu des dettes nées après la cessation de ses fonctions, Cass. Com., 15 oct. 1991, n°89-19.122.

⁶ Cass. Civ. 2^{ème}, 6 juin 2019, n° 18-16.228. Dans cette espèce, la majeure partie des dettes de l'intéressé étaient professionnelles en ce qu'il avait été amené à donner sa caution pour les besoins ou à l'occasion de l'activité de ses sociétés. En conséquence, le juge du tribunal d'instance a déclaré irrecevable sa demande de traitement de sa

261. Pour autant, l'entreprise participe à la croissance économique¹, est créatrice de richesses mais également d'emplois. Il s'agit même d'une liberté depuis 1791², reconnue comme une liberté constitutionnelle³ qui procède de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen selon lequel : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* ». La jurisprudence relative à la liberté d'entreprendre a certes connu quelques fluctuations, mais semble désormais assurée⁴. Dès 2010, le professeur Hugo Barbier affirmait

situation financière. Cependant, fort heureusement, la Haute juridiction, au visa de l'ancien art. L. 330-1 du Code de la consommation, aux termes d'un attendu de principe, indique que : « *caractérise une situation de surendettement l'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner la dette d'une société, qu'elle en soit ou non la dirigeante* ».

¹ FACCHINI F., Entrepreneurs et croissance économique : développements récents, *Revue d'économie industrielle*, 119/3^e trimestre 2007, p. 55-89.

² Art. 7 de la Loi du 2-17 mars 1791 portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des droits de patente : « *A compter du 1er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix suivant les taux ci-après déterminés et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits.* »

³ Cons. Const., 16 janvier 1981, n° 81-132 DC : « (...) *Considérant que, si postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique ; que la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre (...)* »

⁴ Il y a eu initialement une formulation protectrice (Cons. Const., 16 janvier 1981, n° 81-132 DC, op. cité) puis une tendance à minorer cette protection (notamment Cons. Const., 04 juillet 1989, n° 89-254 DC). Ce n'est qu'à partir de 1997, que la liberté d'entreprendre a été fermement protégée (Cons. Const., 20 mars 1997, n° 97-388 DC ; 10 juin 1998, n° 98-401 DC : « (...) 26. *Considérant, en deuxième lieu, qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, les limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles, à la condition que lesdites limitations n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée ; qu'il revient par ailleurs au législateur de fixer les principes fondamentaux du droit du travail, et notamment de poser des règles propres à assurer au mieux, conformément au cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi, tout en ouvrant le bénéfice de ce droit au plus grand nombre d'intéressés...* »). Cette position est depuis largement confirmée (Cons. Const., 13 janvier 2000, n° 99-423 DC ; 27 juillet 2000, n° 2000-433 DC ; 16 janv. 2001, n°

qu'elle comprend deux objets¹, anticipant sur la position du Conseil constitutionnel qui, aux termes de la décision n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012, a indiqué que : « *la liberté d'entreprendre comprend non seulement la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique mais également la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité* ». La liberté d'entreprendre est ainsi constituée de deux pendants, d'une part, la liberté d'établissement et d'autre part, la liberté d'exploitation.

262. La liberté d'établissement, premier objet de la liberté d'entreprendre, signifie que l'agent est libre de prendre la décision de créer son entreprise. « *C'est affirmer l'idée que personne ne peut se voir empêcher de prendre le risque d'entreprendre*². » Il y a en réalité une véritable volonté du législateur d'encourager la prise de risque d'entreprendre. L'auteur en veut pour preuve « *le mouvement de libéralisation du droit des sociétés et la possibilité de créer une société à responsabilité limitée ou une société par actions simplifiée sans capital social minimal, ou encore dans les différentes incitations fiscales à la création d'entreprise*³ ». Ce faisant, le législateur redonne toute son autonomie à l'agent économique⁴. Ce dernier est perçu comme capable de mesurer le risque encouru et de prendre la décision de créer une entreprise nonobstant ce risque. Pour autant, s'il est vrai que les risques que représentent la décision d'entreprendre sont générateurs d'hésitation, celle-ci est sans incidence juridique car elle n'impacte aucune autre partie. C'est dire que sauf à garantir l'exercice de cette liberté d'établissement, le droit n'a pas à se soucier de prévoir des mesures relatives à l'hésitation du

2000-439 DC : « (...) 13. Considérant qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ; (...) »

¹ BARBIER H., *op. cit.*, p. 115 : « Il nous semble cependant, que lorsque le Conseil constitutionnel a censuré en 2002 au nom de la liberté d'entreprendre la loi sur la modernisation sociale car elle restreignait trop fortement la possibilité de licenciement, c'est la liberté d'entreprendre et non la liberté d'établissement. C'est ce dernier élément qui nous conduit à adopter une présentation différente incluant dans la liberté d'entreprendre à la fois la liberté d'établissement et la liberté d'exploitation. »

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ L'on songe également à la création du statut de micro-entrepreneur qui encourage les projets même les plus modestes. Les immatriculations d'entreprises individuelles sous le régime du micro-entrepreneur ont augmenté de + 9 % par rapport à 2019. En 2019, 815 257 entreprises ont été créées, parmi lesquelles 386 326 micro-entreprises, soit près de la moitié (Source Insee).

futur entrepreneur. Il en est autrement s'agissant du second versant de la liberté d'entreprendre, la liberté d'exploitation.

263. La liberté d'exploitation est « *celle qui confère à un entrepreneur le droit de gérer ses affaires comme il l'entend, c'est-à-dire de choisir ses fournisseurs, ses clients, choisir telle ou telle méthode de distribution, d'exporter ou non, etc.*¹ ». Si elle profite d'une ferme protection du juge constitutionnel², dans le même temps, le Conseil d'État se montre plus frileux et l'affaiblit par le principe de précaution³, au grand regret de la doctrine⁴. Évolution du marché, gestion de la trésorerie, gestion des investissements, concurrence, sont autant de facteurs que doit gérer un entrepreneur qui souhaite développer ou pérenniser son activité. Pour y parvenir, tous les entrepreneurs sont soumis à la même difficulté, la prise de risques et ce, quelle que soit la taille de l'entreprise ou le secteur d'activité concerné. Il est d'ailleurs plus juste de dire que la prise de risque est une obligation pour tout entrepreneur qui vise la réussite.

264. Il ne serait pas exagéré de résumer l'entrepreneuriat ou plus généralement la gestion de société à une prise de risques constante. Extérieurs ou intérieurs à l'entreprise, les risques sont partout : risques financiers évidemment, mais également risques organisationnels avec notamment le recrutement ou encore risques environnementaux liés à la concurrence. La prise de risque qui permet la maximisation des gains est même encouragée, notamment par des incitations tels que des bonus ou autres primes pour les dirigeants⁵. La liberté d'exploiter c'est finalement « *la liberté de créer des risques*⁶ ».

265. Le risque est omniprésent dans chacune des décisions prises par l'entrepreneur et est d'ailleurs, au cœur du questionnement économique. « *À l'orée du XXIème siècle, l'économie se définit de plus en plus comme la science de la gestion des risques du marché* » et analyse

¹ LUCAS F.-X., La liberté de commerce et d'industrie, in le Droit des affaires, PUF, 2005, p. 85.

² Cons. Const., 20 juillet 1988, n° 88-244 DC relative au droit de choisir ses collaborateurs ; 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC relative au droit de licencier ; 16 janvier 1991, n° n° 90-287 DC relative au droit de fixer ses tarifs ; etc.

³ CE 17 juin 2015, Association Plastics Europe, n°387805.

⁴ BARBIER H., *op. cit.*, p. 116 ; FERRIER D., La liberté de commerce et d'industrie, in Droits et Libertés fondamentaux, Dalloz, 2001.

⁵ DI GIACOMO A., Rémunération du dirigeant et politique financière de l'entreprise, Thèse, Lille, 2014.

⁶ BARBIER H., *op. cit.*, p. 116.

« l'entrepreneur avant tout comme celui qui prend le risque afin d'innover »¹. L'entrepreneur tel qu'il est perçu depuis Schumpeter², est à la recherche permanente d'innovation et par conséquent, n'hésite pas à prendre des risques. Cela se vérifie évidemment au moment de la création d'entreprise mais singulièrement dans la gestion de celle-ci. Reste que pour y parvenir, « l'entrepreneur est sans cesse obligé de prendre des risques, d'investir, sous peine de voir son affaire fondre ; et le monopole qu'il avait créé sur un produit étant amené à disparaître rapidement, il se doit d'en recréer de nouveau³ ». Pour Schumpeter, l'entrepreneur se définit par la prise de risques, « condition sine qua none de l'innovation⁴ » et qui permet de produire des richesses. Cependant, la perception d'un entrepreneur tout puissant et omniscient telle que l'avait décrit Schumpeter n'a pas résisté à une réalité inéluctable, celle « de la grande incertitude qui frappe tout acteur économique et l'oblige à avancer à l'aveugle⁵ ». Le principe de l'incertitude est devenu à partir du XXe siècle, le fondement de la modélisation en économie et singulièrement s'agissant de la théorie de la décision. L'incertitude acquise comme « principe indépassable⁶ » a conduit par l'œuvre de Hayek⁷, à une justification de la liberté maximale de prendre des risques⁸. Reste que, comme le souligne le professeur Barbier, Hayek néglige un élément essentiel, « le besoin d'existence d'un minimum de sécurité dans le marché pour donner confiance aux opérateurs⁹. » Cette nécessaire sécurité a été apportée par le droit.

B. Droit à l'hésitation, droit au risque

266. La sécurité est une condition nécessaire à l'exercice de toute liberté afin de prévenir tout excès ou débordement. L'encadrement juridique a permis le passage d'une liberté

¹ *Ibid.*, p. 30. Cette recrudescence de l'analyse du risque par les économistes a d'ailleurs débuté dès la fin du XXe siècle. Voir pour une analyse PRADIER P.-Ch., La notion de risque en économie, La Découverte, 2006, p. 107 et s.

² SCHUMPETER J., Capitalisme, socialisme et démocratie, Broché, 1990.

³ BARBIER H., *op. cit.*, p. 91.

⁴ *Ibid.*, p. 92.

⁵ *Ibid.*, p. 93.

⁶ BARBIER H., *op. cit.*, p. 95.

⁷ HAYEK F., La route de la servitude, PUF, 2013, spé. p. 127-142 ; MOUREAU N. et RIVAUD-DANSET D., L'incertitude dans les théories économiques, La Découverte, « Repères », 2004, spé. p. 6-20 ; DOSTALER G., Hayek et sa reconstruction du libéralisme, Cahiers de recherche sociologique, 1999, n°32, p. 119-141.

⁸ BARBIER H., *op. cit.*, p. 95.

⁹ *Ibid.*, p. 97.

maximale de prendre des risques à une liberté optimale¹. Ainsi que l'explique le professeur Barbier, le droit est intervenu comme un modérateur, initialement afin d'encadrer le risque et plus récemment, afin de réguler le risque. La fonction initiale du droit est d'encadrer les pratiques commerciales, avec notamment une moralisation de la vie des affaires visant à fixer des limites aux libertés contractuelles, d'entreprendre ou de concurrencer autrui², mais également avec le renforcement de l'exigence de bonne foi, l'expansion d'un ordre public de protection au profit des consommateurs, l'abus de position dominante, etc.³. Ce faisant, il y a eu une limitation de la liberté de prendre des risques. « *Ainsi, la mission d'encadrement confiée au droit, fait de lui, un système périphérique au système économique, il cerce ce dernier, sans y pénétrer vraiment, afin de laisser au centre du cercle, libre cours à la main invisible*⁴. »

267. Cette intermédialité recherchée dans l'exercice de la liberté de prendre des risques se recommande du fait que les risques encourus par l'entrepreneur ne lui sont pas exclusifs. Ce dernier « *crée aussi des risques pour ses salariés, exposés potentiellement aux accidents du travail, ou au licenciement*⁵. » Si l'on peut admettre que chacun est libre de s'exposer volontairement à des risques, il est cependant inadmissible d'imposer des risques à autrui comme les fournisseurs, les clients, « *voire même la communauté toute entière lorsqu'il introduit des risques environnementaux ou sanitaires, ou des risques systémiques économiques*⁶. » C'est ce qui explique que cette liberté de prendre des risques soit constamment rattrapée par un besoin de sécurisation.

268. Pour autant, cette sécurisation apportée par le droit n'a pas constitué un obstacle à une mutation de celui-ci vers « *une préoccupation du développement du commerce*⁷ ». Le droit s'est alors positionné en régulateur. Se pose la question de savoir quelle est la différence entre

¹ *Ibid.*, p. 100.

² VIRASSAMY G., La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 déc. 1989 (art. 1^{er}), JCP 1990 ed. G. II 1589.

³ BARBIER H., *op. cit.*, p. 101.

⁴ *Ibid.*, p. 101.

⁵ *Ibid.*, p. 116.

⁶ BARBIER H., *op. cit.*, p. 116. Par exemple, des contraintes d'urbanisme ou environnementales interdisent certains choix d'implantation commerciale qui présentent des risques pour les biens et les personnes. VIRASSAMY G., Implantation commerciale, aménagement du territoire et réseau de distribution, *op. cit.*, p. 98.

⁷ BARBIER H., *op. cit.*, p. 102.

régulation et limitation. Comme le souligne le professeur Barbier, « *la régulation limite moins la liberté de prendre des risques qu'elle ne la crée et l'oriente*¹. » Dit autrement, « *le Droit de la Régulation va alors s'appuyer sur la science économique pour produire les bonnes "incitations", laissant les agents - producteurs, offreurs, demandeurs, consommateurs, contribuables, parties prenantes les plus diverses - libres de faire des choix, mais les incitant à faire des choix qui produiront d'une façon isolée ou d'une façon globale ou croisée, immédiatement ou à terme, un résultat correspondant à celui qui a été voulu dès le départ par celui qui a conçu la norme*². » En pratique, cette régulation s'opère par la mise en place de mécanismes incitatifs et dissuasifs³ mais également, de façon plus classique, par « *l'éclairage du marché*⁴ », c'est-à-dire par l'information car « *informer rend libre*⁵ ». « *Cette sécurité créée par le droit au sein du marché est la seule apte à donner une effectivité à la liberté de prendre des risques, à lui permettre d'exister économiquement. À défaut de sécurité, aucun titulaire de cette liberté théorique n'osera l'exercer, figé par la peur des dysfonctionnements du système*⁶. »

269. L'élément fondamental à ne pas perdre de vue est que le risque existe parce que l'entrepreneur doit prendre quasiment toutes ses décisions dans un contexte incertain. Or, l'incertitude est source d'hésitation⁷. Il suit de là que l'entrepreneur est de fait, soumis à l'hésitation et partant, peut être lors de la prise de décision, soit paralysé, soit précipité. La théorie de la décision lui apporte une partie de la solution face à cette difficulté. Une partie seulement car elle vise à permettre au décideur de prendre la meilleure décision mais uniquement d'un point de vue économique. Reste que la prise de la meilleure décision d'un point de vue économique implique nécessairement la prise d'une décision en pleine

¹ BARBIER H., *op. cit.*, p. 102.

² « Droit de la Régulation », Déf., FRISON-ROCHE M.-A., *Analyse économique du droit*, Dictionnaire bilingue du Droit de la Régulation et de la Compliance, Janv. 2016.

³ « *Dans ce modèle des incitations, toute norme, notamment toute norme juridique est perçue comme un encouragement ou au contraire, un dissuasif de prendre tel ou tel risque.* » L'auteur poursuit en expliquant que le droit tend à « *élaborer des règles de droit propres à faire apparaître le risque le plus souhaitable pour la société, le risque optimal* ». BARBIER H., *op. cit.*, p. 106.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*, p. 107.

⁷ Cf. *supra* n° 156 et s.

connaissance de cause et la sécurisation de celle-ci. C'est ici qu'intervient le droit car il est désormais acquis que l'entrepreneur n'est pas omniscient. Et parce que la plupart des échanges économiques, et donc des décisions de l'entrepreneur se matérialisent par des contrats¹, le droit des contrats a un rôle de première importance à jouer².

270. Au demeurant, les règles de droit relatives au risque convergent vers la satisfaction d'un besoin de sécurité et visent à corriger les déséquilibres qu'est susceptible d'engendrer, au sein de relations individuelles ou dans un cadre collectif, la survenance de l'événement redouté. Ce faisant, il s'agit de déterminer la charge des conséquences dommageables de l'événement par des règles attributives³. Néanmoins, le droit tend aujourd'hui à reconnaître que le risque ne doit pas être appréhendé uniquement sous le prisme de l'organisation de ses conséquences dommageables. Bien que cette organisation du risque demeure utile et ne perd pas de sa vivacité, pour autant, le risque n'est plus uniquement subi. Les acteurs contractuels et singulièrement les acteurs économiques tel que l'entrepreneur, eux, vont à l'avant du risque. Ils s'en saisissent. Le droit des contrats ne demeurant pas sourd à cette réalité, la liberté de prendre des risques est désormais un nouvel enjeu du droit⁴.

¹ GHESTIN J., Le contrat en tant qu'échange économique, Revue d'économie industrielle, 2000, n°92, p. 81-100

² Selon E. BROUSSEAU, le contrat a d'ailleurs pour rôle principal de surmonter les incertitudes qui caractérisent les échanges économiques. L'auteur relève deux types d'incertitude : d'une part, une incertitude sur les caractéristiques de l'objet de l'échange et d'autre part, une incertitude sur le déroulement de l'échange. Le cadre institutionnel étant parfait, c'est par le contrat que les parties peuvent garantir le niveau efficace de leur investissement. BROUSSEAU E., L'économiste, le juriste et le contrat, in Le Contrat au début du XXI^e Siècle ; Mélanges en l'honneur de M. Jacques Ghestin", L.G.D.J, 2000.

³ Par exemple, l'art. 1996 al. 3 du Code civil : « *Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. Toutefois le débiteur de l'obligation de délivrer en retrouve la charge à compter de sa mise en demeure, conformément à l'article 1344-2 et sous réserve des règles prévues à l'article 1351-1.* » Art. 1344-2 : « *La mise en demeure de délivrer une chose met les risques à la charge du débiteur, s'ils n'y sont déjà.* » Ou encore, l'art. 1722 du Code civil : « *Si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit ; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement.* »

⁴ MESTRE J., « Avant-propos », in Le droit face à l'exigence contemporaine de sécurité, Actes du colloque de la faculté de droit d'Aix-Marseille, PUAM, 2000, p. 9 ; BARBIER H., La liberté de prendre des risques, Thèse, PUAM, 2010 ; BARBIER H., Éclairage. La liberté de prendre des risques : ses implications en droit des sociétés, Bulletin Joly Sociétés, n°07, p. 622. L'on en veut pour preuve par exemple, l'article 1126 du Code civil al. 1^{er} : « *Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit*

271. L'aversion pour le risque s'estompe peu à peu au profit de la prise de risques certes, mais mesurée, réfléchie. L'on pourrait nous reprocher d'avoir précédemment fait l'apologie de la prudence¹ et prôner maintenant la liberté de prendre des risques. Cependant, prudence et prise de risques ne sont pas antinomiques. Tout au contraire, elles se complètent car la prise de risques n'est efficace que si elle est réfléchie et le risque parfaitement mesuré. Autrement, il ne s'agit que de « pure folie ». Il faut, pour bien prendre des risques, une once de prudence, de réflexion. C'est ce que permet le droit à l'hésitation.

272. Le droit à l'hésitation permet de prendre des risques mais des risques mesurés et réfléchis et partant, d'avoir prévu les ressources nécessaires pour assumer les éventuelles conséquences fâcheuses pour l'entreprise². L'entrepreneur se voit pleinement restitué l'initiative quant au choix de prendre des risques. *« C'est alors pour promouvoir la figure d'un individu détenant l'initiative de ses choix propres, que le droit s'est attaché, ces derniers temps, à organiser une redistribution des savoirs et des pouvoirs de décision. Si c'est à l'individu qu'il incombe de choisir le risque, il doit être informé de sa nature, de son ampleur, des moyens éventuels de s'en prémunir³. »*

273. Ainsi, le droit à l'hésitation rassure les acteurs qui seront moins méfiants et pourront user pleinement de leur liberté de prendre des risques en investissant. Le droit à l'hésitation offre un minimum de sécurité dans le marché aux acteurs et leur donne confiance grâce notamment à l'information et à la transparence. En outre, le droit à l'hésitation garantit l'effectivité de l'exercice de la liberté d'exploitation qui passe par une liberté de prendre des décisions nonobstant le fait qu'elles soient risquées. Il s'ensuit qu'outre la protection *a posteriori* de cette liberté par le juge, le législateur doit, en amont, veiller à l'effectivité de cette liberté grâce notamment, au droit à l'hésitation. En somme, le droit à l'hésitation participe à la gestion stratégique de l'entrepreneur en lui permettant de pleinement exercer sa liberté de prendre des risques de façon optimale.

préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. »

¹ Cf. supra n° 216 et s.

² Comme les assurances.

³ NOIVILLE Ch., Du bon gouvernement des risques, PUF, 2003, p. 116.

Section 2 - Les fondements juridiques du droit à l'hésitation

274. Les bénéfices économiques du droit à l'hésitation sont indéniables et justifient sa reconnaissance. Reste que juridiquement, il présente d'emblée une antinomie avec le droit des contrats, synonyme de sécurité juridique. Pourtant, loin de lui être préjudiciable, le droit à l'hésitation a des origines anciennes remontant pour certaines au Code civil de 1804. Il a néanmoins su évoluer pour s'adapter à la vie contractuelle contemporaine. Force est alors d'observer que le droit à l'hésitation plus ancien est au service de la liberté contractuelle (§1), tandis que le droit à l'hésitation moderne participe lui, à la protection du consentement (§2).

§ 1 - Droit à l'hésitation traditionnel et liberté contractuelle

275. Les mécanismes qui ont fondé le droit à l'hésitation (I) ont, fort opportunément, été renforcés par la réforme du droit des contrats et du régime général de la preuve des obligations (II).

I. Les mécanismes fondateurs du droit à l'hésitation

276. S'il est vrai que le droit à l'hésitation a d'abord un fondement législatif (A), il faut cependant admettre que l'innovation de la pratique n'a pas été en reste (B).

A. Le fondement législatif

277. « *Le contrat est l'entreprise la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision*¹. » Par le contrat, les parties entendent s'approprier le futur. Reste que le futur représente l'incertain. Or, c'est précisément contre l'incertain qu'elles veulent se prémunir en réduisant, autant que faire se peut, la marge d'incertitude dans le contrat. Pour y parvenir, elles s'attachent à définir minutieusement le contenu du contrat avec l'indication détaillée de la nature des obligations de chaque partie, des hypothèses de comportement les plus diverses et

¹ HAURIOU M., Principes de droit public, 1^{ère} éd., p. 206, cité par LECUYER H., Le contrat, acte de prévision, in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François TERRE, Dalloz, Paris 1999, p. 643.

des remèdes pour contrer leurs effets. Elles envisagent ainsi leur avenir commun et ont, par conséquent, une incertitude commune. Pour le dire autrement, leur incertitude est commune car elle porte sur le même objet, à savoir l'avenir, dont elles ignorent toutes deux la teneur. En outre, même l'intelligence la plus fine ne peut tout prévoir, et une part d'incertitude demeure toujours. Cette incertitude est évidemment source d'hésitation.

278. Bien que l'hésitation n'apparaisse pas formellement dans les textes, les prémices du droit à l'hésitation sont néanmoins anciennes. Le droit à l'hésitation est au demeurant codifié. Ainsi, dès 1804, les rédacteurs du Code civil avaient déjà envisagé le fait que le contrat doive évoluer dans un brouillard d'incertitudes. L'ancien article 1168 du Code civil¹ permettait aux parties de faire dépendre l'existence de l'obligation de la réalisation d'un événement futur et incertain. Illustration parfaite de la gestion de l'hésitation résultant de sa cause principale, l'incertitude, la condition suspensive « *est une modalité très employée car elle permet d'anticiper l'avenir en s'assurant contre ses aléas*². » Autrement dit, les parties pouvaient ainsi subordonner la naissance de l'obligation à la levée de l'incertitude, « *aménagement adventice de l'obligation*³. » Il s'agit là de l'organisation de leur hésitation⁴. Celle-ci ne pouvant être surmontée car sa cause elle-même ne peut l'être, l'hésitation persistera dans le contrat. Elle ne sera plus subie par les parties grâce à leur liberté contractuelle.

279. De même, le Code civil a très tôt pris en compte l'incertitude individuelle. L'organisation scrupuleuse de l'avenir est également commandée par la recherche de l'évitement de conséquences négatives mais cette fois, à titre individuel. Chacune des parties souhaite expressément savoir à quoi elle s'engage et singulièrement, si le contrat lui permettra de satisfaire son besoin. Cette incertitude, source d'hésitation, impacte la prise de décision de contracter de l'intéressé, qui par conséquent, s'éternise. Il peut paraître surprenant que le Code civil de 1804 comporte des dispositions visant à remédier aux hésitations précontractuelles du contractant, car il ne s'intéressait que peu ou prou à la phase précédant la conclusion du contrat. Ce manque d'intérêt n'était pas uniquement dû à une vision instantanéiste du contrat. Il illustre

¹ Désormais Art. 1304 du Code civil.

² MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op. cit.*, p. 727.

³ *Ibid.*

⁴ Par exemple, la cession de parts d'une SARL conditionnée à la transformation de celle-ci en société anonyme non encore décidée, Cass. Com., 9 févr. 1999, n° 97-10.907 ; ou la purge d'un droit de préemption, Cass. Civ. 3^{ème}, 16 juin 1999, n° 97-16.764 ; l'obtention d'un prêt, Cass. Civ. 1^{ère}, 9 déc. 1992, n° 91-12.498.

également la confiance accordée aux parties et en leurs capacités à déterminer le contenu du contrat de la façon la plus satisfaisante pour chacune d'elles¹. La liberté contractuelle atteignait son apogée. Il suit de là que le Code civil ne prévoyait que de façon lapidaire des outils de gestion de l'hésitation et dans le domaine exclusif du contrat de vente. Ainsi, pour rassurer l'acheteur quant à ses incertitudes sur la qualité des produits, l'article 1587 subordonnait la vente de certains aliments² à une dégustation préalable³. La décision d'achat devait nécessairement être précédée d'une dégustation laquelle visait à ôter toute hésitation au futur acheteur. L'article 1588 avec un domaine plus vaste⁴, remédiait l'hésitation du futur acheteur par un essai préalable. Ces articles n'ont, depuis lors, subi aucune modification et constituent les prémices du droit à l'hésitation.

B. L'innovation de la pratique contractuelle

280. Parce que la liberté contractuelle était la règle et le contrat l'affaire des parties, il était loisible à ces dernières d'user de la plus fertile imagination afin de créer les outils dédiés à l'organisation ou à la remédiation de leur hésitation. La nécessité de tels outils était d'autant plus criante que les relations commerciales ont évolué et se sont complexifiées. La conclusion des contrats s'en est trouvée, elle aussi, complexifiée. L'hésitation a perturbé le jeu contractuel et pas uniquement dans les contrats de vente. Les parties ont alors eu besoin de temps pour réfléchir à l'engagement envisagé et à son étendue. Elles ont eu besoin de temps pour rechercher un financement, obtenir une autorisation administrative préalable, faire jouer la

¹ Si nous rejoignons M. Chénédé qui considère que « *ce silence est souvent présenté comme la conception instantanéiste du contrat (c'est le fameux « coup de foudre contractuel »), il traduit plutôt la volonté de laisser la réglementation de la période précontractuelle à la jurisprudence* », il est permis de penser que cela n'ait pas été la seule motivation des rédacteurs du Code civil de 1804. Il faut en effet prendre également en considération que les relations contractuelles étaient moins complexes à l'époque. CHÉNEDÉ Fr., *Le nouveau droit des obligations et des contrats* 2019/2020, Dalloz, 2018, p. 31.

² Art. 1587 du Code civil : « *A l'égard du vin, de l'huile, et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées.* » Pour le vin par exemple, Cass. Civ. 1^{ère}, 24 mars 1998, n° 96-12.645.

³ Pour une étude plus détaillée, cf. infra n° 437 et s.

⁴ Art. 1588 du Code civil : « *La vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive.* » Achat d'une jument pour lequel le solde du prix sera acquitté « si la jument fait l'affaire ». Cass. Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, n° 96-19.611.

concurrence, réaliser un audit. En somme, les causes d'hésitation, fort nombreuses, commandaient que les parties organisent cette période.

281. C'est ainsi que la pratique contractuelle a, comme à l'accoutumée, devancé les textes. Les parties ont su élaborer des actes répondant à leurs besoins et ont créé les avant-contrats. Promesse unilatérale, contrat d'essai, contrat de réservation, les modèles de contrat préparatoires ont proliférer. Il est donc revenu à la doctrine d'en faire un ensemble cohérent et de théoriser les avant-contrats. Nombre d'études ont ainsi été consacrées aux contrats préparatoires¹ dont certains révèlent une organisation contractuelle de l'hésitation².

282. La jurisprudence n'a pas été en reste. Elle a même été foisonnante révélant l'attrait particulier de la pratique pour la promesse unilatérale³. C'est ainsi que le régime des avant-contrats a fait l'objet d'une construction jurisprudentielle. Reste que cette dernière n'a pas été sans heurts. D'aucuns ont ainsi souligné qu' « *on peut légitimement s'étonner de constater que plus l'on s'approche de la conclusion du contrat définitif, notamment lorsque les volontés des négociateurs se sont d'ores et déjà cristallisées dans un acte juridique unilatéral ou bilatéral irrévocable, et plus le besoin de sécurité juridique se révèle donc important, plus la jurisprudence se montre laxiste en reconnaissant à la liberté unilatérale d'un des partenaires*

¹ Pour une liste non exhaustive, COLLART DUTILLEUL F., Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles, Thèse, Sirey, 1988 ; GENINET M., Théorie générale des avant-contrats en droit privé, Thèse, Paris II, 1985 ; DEMOGUE R., Les contrats provisoires, Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant, Dalloz, 1938, p. 139 s. ; MAZEAUD D., Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, in Mélanges Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 637 ; SCHMIDT-SZALEWSKI J., La force obligatoire à l'épreuve des avants contrats », RTD civ. 2000, p.25 ; MAZEAUD D., Exécution des contrats préparatoires, RDC 2005, p. 61 ; COLLART DUTILLEUL F., Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble : vingt ans après, in Mélanges Aubert, Economica, 2005, p.67.

² Par exemple, Cass. Com., 15 janv. 1975, n° 73-12.736 : Le fournisseur d'un matériel loué en vertu d'une opération de crédit-bail s'était engagé envers le locataire à reprendre l'appareil si celui-ci ne donnait pas satisfaction à l'expiration d'une période d'essai, et que le bailleur, qui avait adhéré à cette condition d'essai et obtenu du fournisseur, dans cette éventualité, un engagement de rachat, avait mis en œuvre cette dernière convention à la suite de la demande de reprise du locataire, une cour d'appel estime souverainement, sans méconnaître l'effet relatif des contrats, que dans la commune intention du bailleur et du locataire la réalisation de la condition d'essai mettait fin au contrat de location.

³ MESTRE J., Petits glossaires des promesses contentieuses, RTD Civ., 1994, p. 584.

*le pouvoir de réduire à néant tout l'édifice précontractuel*¹. » En cause, des hésitations jurisprudentielles qui portaient sur des questions cruciales en pratique, s'agissant singulièrement des conséquences de la révocation d'une promesse unilatérale. L'on évoque ici l'emblématique jurisprudence Consorts Cruz².

283. S'attirant les foudres de la doctrine, la troisième chambre civile décidait que dans une promesse de vente, l'obligation du promettant constitue une obligation de faire tant que les bénéficiaires n'ont pas déclaré acquérir et la levée d'option, postérieure à la rétractation du promettant mais pendant le délai contractuellement prévu, exclut toute rencontre des volontés. « *Sentiment de malaise* »³, « *cet arrêt heurte le bon sens et menace la sécurité du commerce juridique* »⁴ ; la doctrine n'a pas manqué de fustiger cette décision considérant que la promesse unilatérale « *donne naissance à un droit d'option spécifique qui a pour but de permettre au bénéficiaire d'exercer ce droit en toute liberté et en toute sérénité pendant le délai stipulé. Il doit être respecté dans son entier* »⁵. La promesse a en effet pour fonction d'assurer au bénéficiaire un temps de délibération, autrement dit un temps pour hésiter. Un temps ferme, gage d'une délibération sereine car le promettant s'étant lui, d'ores et déjà engagé. Or, la jurisprudence vidait de sa substance la promesse unilatérale, malmenée par des décisions incongrues qui la privaient de toute efficacité⁶. Et ce d'autant que la chambre sociale, elle, retenait que la promesse d'embauche valait embauche⁷. Une divergence au sein des chambres qui renforçait l'insécurité juridique.

¹ MAZEAUD D., *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle*, in Mélanges Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 637, spé. p. 640.

² Cass. Civ. 3^{ème}, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, Cts Cruz c/ Mme Godard, D. 1994. 507, note BENAC-SCHMIDT Fr., ibid. 230 ; obs. TOURNAFOND O., ibid. 1995. 87, obs. AYNES L., AJDI 1994. 384 ; ibid. 351, étude AZENCO M. ; ibid. 1996. 568, étude STAPYLTON-SMITH D. ; RTD civ. 1994. 584, obs. MESTRE J.

³ TOURNAFOND O., *La révocation d'une promesse unilatérale de vente, obligation de faire*, D. 1994.230.

⁴ AYNÈS L., *Dans une promesse de vente, l'obligation du promettant est une obligation de faire*, Recueil Dalloz 1995, p. 87.

⁵ BENAC-SCHMIDT Fr., *Dans une promesse de vente, l'obligation du promettant est une obligation de faire*, Recueil Dalloz 1994 p.507.

⁶ LEQUETTE Y., TERRÉ Fr., SIMLER Ph., CHÉNEDÉ Fr., *op. cit.*, p. 285.

⁷ Cass. Soc., 15 déc. 2010, n° 08-42.951, Sté Compagnie antillaise de matériel automobile c/ Perinet, D. 2011. 170, RDT 2011. 108, obs. AUZERO G., RDC 2011. 804, note GENICON T. ; JCP S 2011. 1104, note PUIGELIER C. ; Soc. 25 nov. 2015, n° 14-19.068, Dr. soc. 2016. 288, obs. MOULY J., JS 2016, n° 160, p. 8, obs. LAGARDE F.

284. Se retrouvant privée de toute efficacité, la promesse unilatérale se confondait dans son régime, avec l'offre¹. Cette dernière pouvait, elle aussi, être rétractée par le pollicitant tant qu'elle n'avait pas été acceptée². En outre, en pratique, les parties se retrouvaient privées d'un outil juridique sûr qui leur permettait de répondre effectivement à leur volonté et à leur objectif, car, si elles avaient choisi de conclure une promesse unilatérale et non une offre, c'était à dessein. La première en ce qu'elle contient le consentement du promettant, témoigne de la fermeté de sa décision, aucune hésitation de sa décision de contracter ; quand la seconde, elle, laisse une porte de sortie, payante certes, au pollicitant qui pourrait être indécis et revenir sur son offre. Autrement dit, elles illustrent « *la hiérarchie au sein de la période précontractuelle*³ ». Or, la jurisprudence opérait un dévoiement de leur volonté en donnant les mêmes effets que l'offre à la promesse unilatérale. Leur liberté contractuelle, pourtant si vivace en cette période⁴, s'en trouvait mise à mal. « *Insécurité, incohérence et imprévisibilité*⁵ », ce sont là les termes qui décrivaient la période précontractuelle, laquelle n'est finalement que l'organisation par les parties de leur hésitation.

285. En somme, la liberté contractuelle des parties et partant leur volonté contractuelle, s'est trouvée malmenée par une jurisprudence qui peinait à saisir les enjeux des contractants⁶. Reste qu'un tel chaos ne pouvait persister, au nom de la sécurité juridique, évidemment, mais également au nom de l'efficacité de la liberté contractuelle, qui est indispensable à une véritable efficacité économique⁷. Pour être efficace, le contrat a besoin de souplesse dans son contenu car il constitue un instrument de prévision de l'avenir, qui par essence, est incertain. Or, c'est l'incertitude qui génère principalement l'hésitation. En tentant de dompter l'incertitude, les parties domptaient l'hésitation. Cette souplesse n'est possible que par la liberté contractuelle.

¹ Pour une étude plus détaillée, cf. infra n° 534 et s.

² Civ. 3 févr. 1919, DP 1923. 1. 126 : « *Une offre étant insuffisante pour lier par elle-même celui qui l'a faite, elle peut en général, être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée verbalement* » ; également, Cass. Civ. 1^{ère}, 13 janv. 1984, Bull. civ. I, n°193, p. 164.

³ ATTIAS B., L'inefficacité de la promesse unilatérale de contrat, AJ contrat 2020. 23.

⁴ MAZEAUD D., Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, in Mélanges Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 637

⁵ *Ibid.*, spé. p. 650.

⁶ M. Mazeaud s'exprimant sur la jurisprudence relative à la période précontractuelle : « *elle est au mieux instable, au pire critiquable, voire incohérente.* » MAZEAUD D., Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique, Rapport de synthèse, Defrénois - n°19 - page 1137

⁷ GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y.-M., La formation du contrat, Tome 1, 2013, 4^{ème} éd., n°504.

C'est grâce à elle que le droit à l'hésitation s'est enrichi. Mais pour que ce dernier joue pleinement son rôle, il était nécessaire que les écueils fussent corrigés.

II. Le renforcement grâce à la réforme du droit des contrats et du régime général de la preuve des obligations

286. La réforme a conduit à un enrichissement du droit à l'hésitation législatif (A), qui en fait un outil d'efficacité contractuelle (B).

A. L'enrichissement du droit à l'hésitation législatif

287. Le Code civil de 1804 se distinguait par l'absence quasi totale de dispositions relatives au processus de conclusion du contrat. À quelques exceptions près, le processus décisionnel qui engendre le consentement était délaissé. Ce sont donc les parties qui se sont appropriées le déroulement de ce processus au prix d'innovations contractuelles. Ce pan du droit à l'hésitation était donc entièrement prétorien avec les conséquences que des incertitudes jurisprudentielles le dévoyaient. L'importance pratique de ces hésitations a conduit le législateur à introduire des dispositions codifiées sur les contrats préparatoires¹. Il s'est limité aux conventions les plus fréquentes, à savoir la promesse unilatérale et le pacte de préférence².

288. S'agissant singulièrement de la promesse unilatérale, l'article 1124 fait preuve lui, d'innovation. Rompant avec la jurisprudence contestée sus évoquée, le second alinéa dispose que : « *la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.* » Ce faisant, la promesse unilatérale retrouve son intérêt pratique d'instrument de gestion de l'hésitation et sa force juridique. Cette clarification formelle était nécessaire et ce d'autant que la troisième chambre civile montrait un attachement tenace à sa position.

¹ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

² Art. 1123 du Code civil.

289. En effet, s'il est vrai que les dispositions transitoires de l'ordonnance de 2016 prévoient que les contrats antérieurs à son entrée en vigueur demeurent soumis à la loi ancienne¹, néanmoins, « *dans un souci de convergence des droits, la Cour de cassation a amorcé une application anticipée de la réforme, afin d'aligner progressivement son interprétation sur les nouvelles dispositions du code civil* ² ». C'est ainsi que la Chambre mixte dans un arrêt en date du 24 février 2017³ indiquait que « *l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment l'objectif poursuivi par les dispositions relatives aux prescriptions formelles que doit respecter le mandat, lesquelles visent la seule protection du mandant dans ses rapports avec le mandataire* ». La chambre sociale a, elle aussi, utilisé la même formule concernant cette fois, les offres et promesses de contrat de travail⁴. En revanche, la troisième chambre civile, choisissant de maintenir sa position, a décidé dans un arrêt rendu le 06 décembre 2018 que la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse unilatérale postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée⁵.

290. Fort heureusement, alors qu'elle a eu les honneurs de la première décision rendue à propos d'un contrat conclu postérieurement à l'entrée en vigueur de la réforme, elle a « *su faire la part des choses* ⁶ ». Cela est d'autant plus appréciable qu'il s'agissait d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 1124 alinéa 2 du Code civil⁷. « *Fort opportunément, par cet arrêt, la troisième chambre civile de la Cour de cassation refuse de transmettre la question au Conseil constitutionnel, retenant, d'une part, que « la question posée, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil*

¹ Art. 9 de l'Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

² ATTIAS B., L'inefficacité de la promesse unilatérale, AJ contrats 2020, p. 23.

³ N° 15-20.411

⁴ Cass. Soc. 21 sept. 2017, n° 16-20.103 et 16-20.104.

⁵ Cass. Civ. 3^{ème}, 06 déc. 2018, n° 17-21.170 (n° 1054 FS-D). Sans doute faut-il préciser qu'un arrêt de cassation témoignait déjà de la volonté de la troisième chambre civile de maintenir sa position, à tout le moins, pour ce qui concerne les contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la réforme (Cass. 3^e civ., 13 juill. 2017, n° 16-17625). Il s'agissait d'une cassation pour manque de base légale, cependant, l'arrêt rendu en 2018 confirme cette volonté.

⁶ BARBIER H., L'irrévocabilité de la promesse unilatérale de vente est conforme à la Constitution !, RTD Civ. 2019, p.851.

⁷ Cass. Civ. 3^{ème}, 17 oct. 2019, n° 19-40.028 QPC, à paraître au Bulletin ; D. 2019. 203.

*constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle », d'autre part que « celle-ci ne présente pas un caractère sérieux dès lors que, selon l'article 1124, alinéa 1er, du code civil, dans une promesse unilatérale de vente, le promettant donne son consentement à un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire, de sorte que la formation du contrat promis malgré la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter ne porte pas atteinte à la liberté contractuelle et ne constitue pas une privation du droit de propriété ».*¹ Il reste à espérer qu'elle conserve semblable position².

291. En outre, l'ordonnance du 10 février 2016 a introduit une section dédiée à « la conclusion du contrat ». Elle consacre le droit à l'hésitation législatif et l'enrichit. Ainsi, l'article 1112-1³ impose une obligation d'information. Il s'agit d'une mesure forte d'éradication de l'hésitation visant à lutter contre l'incertitude et le risque, en ce que les parties ne peuvent ni limiter ni exclure ce devoir précise l'alinéa 5. Il y a une prise en compte évidente de l'importance de l'information dans la prise de décision puisque l'article indique *in fine* que le manquement à ce devoir peut entraîner l'annulation du contrat. Autrement dit, il est admis que le défaut d'information impacte la qualité de la décision⁴ ; ce que confirme d'ailleurs la consécration textuelle de la réticence dolosive⁵.

¹ BARBIER H., L'irrévocabilité de la promesse unilatérale de vente est conforme à la Constitution !, *op. cit.*

² *Ibid.*

³ Art. 1112-1 du Code civil : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants. »

⁴ Cf. *infra* n° 306 et s.

⁵ Art. 1137 al. 2 du Code civil : « Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie. »

292. La même section, aux termes d'une sous-section 2 « L'offre et l'acceptation » clarifie le régime de l'offre. Au surplus, les articles 1116 et 1117 entérinent le double délai de l'offre¹ lesquels constituent des temps de délibération et partant, permettent l'hésitation. L'article 1122 définit les délais de réflexion et de rétractation, instruments d'hésitation largement utilisés par le droit spécial et qui peuvent désormais être contractuels. La sous-section suivante relative au contrat électronique détaille les règles de droit à l'hésitation spécifiques².

293. Par ailleurs, l'ordonnance prévoit des actions interrogatoires³ permettant au potentiel contractant de chasser le doute, source de son hésitation. Ainsi, l'article 1123 relatif au pacte de préférence prévoit que : « *Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir.* » De même, l'article 1158 dispose aux termes de son premier alinéa que : « *Le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte.* » De façon plus originale, l'ordonnance offre des moyens au cocontractant qui subit l'hésitation de l'autre partie. Par exemple, l'article 1183 lui permet d'enjoindre son cocontractant qui pourrait se prévaloir d'une nullité, de se décider⁴.

294. Somme toute, l'ordonnance de 2016 a permis un enrichissement du droit à l'hésitation législatif.

¹ GRIMALDI C., La durée de l'offre, D. 2013. 2871.

² Par exemple l'art. 1127-1 et l'art. 1127-2.

³ MAYER L., Défense des actions interrogatoires introduites par la réforme du droit des contrats, Gaz. Pal. 29 nov. 2016, p. 47 ; CROZE H., Une vision procédurale de la réforme des obligations, Procédures 2016. Étude 3, spéc. n° 11 ; LAGARDE X., Entre contrat et procédure : les actions interrogatoires, D. 2017. 715 ; SERINET Y.-M., Observations sur le projet de réforme du droit des contrats, LPA 2015, n° 177, p. 59 ; AMRANI-MEKKI S. et STRICKLER Y., Procédure civile, 2014, PUF, n° 67 ; CHAINAIS C., FERRAND F. et GUINCHARD S., Procédure civile, 33e éd., 2016, Dalloz, n° 182-183.

⁴ Art. 1183 du Code civil : « *Une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé.*

L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé. »

B. Le droit à l'hésitation et l'efficacité juridique

295. « Parmi les finalités poursuivies par l'ordre juridique, le souci d'efficacité a connu une expansion remarquable à l'époque contemporaine¹ ». L'efficacité juridique a été analysée sous les prismes les plus divers² notamment d'un point de vue économique³. Le contrat n'y a pas échappé tant au regard de ses règles⁴ que de ses effets⁵. L'efficacité du contrat peut également être analysée au regard des attentes des parties⁶. Pour le dire autrement, « lors de la conclusion du contrat, les parties recherchent la production d'effets à plusieurs niveaux », l'efficacité constitue la mesure de la réalisation des attentes du contractant, ou plutôt des contractants.⁷ » Le droit à l'hésitation permet d'atteindre cet objectif d'efficacité.

296. Le droit à l'hésitation renforce l'efficacité contractuelle en ce qu'il constitue un droit pragmatique. Que les parties s'inspirent des textes ou innoveraient dans leurs techniques, elles ont les moyens de répondre aux difficultés pratiques que soulèvent l'hésitation. « La définition juridique la plus compréhensive de l'efficacité peut être trouvée dans le Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit qui la définit comme « un mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent ». L'efficacité juridique renvoie à la recherche d'une meilleure adéquation des moyens aux fins poursuivies. Cette acception a le mérite de réunir la plupart des doctrines qui se sont

¹ OPPETIT B., Droit et modernité, PUF, 1998, p.179.

² MEKKI M., L'efficacité et le droit, essai d'une théorie générale, Revue de l'Université de Sapporo, 2009.

³ MACKAAY E. et ROUSSEAU S., Analyse économique du droit, Montréal-Paris, Thémis-Dalloz, 2^{ème} éd., 2008 ; MACKAAY E. , L'efficacité du contrat – une perspective d'analyse économique du droit, in L'efficacité du contrat (dir. G. Lardeux), Dalloz, 2011.

⁴ Not. LAITHIER Y.-M., Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, Thèse, LGDJ, 2004 ; OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES C., Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, Thèse Dalloz, 2002 ; BARRIERE BROUSSE I., Efficacité du contrat et arbitrage commercial international, in L'efficacité du contrat (dir. G. Lardeux), Dalloz, 2011 ; MEKKI M., Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2de partie)* : l'efficacité des clauses contractuelles, RDC 2007, n°02, p. 239.

⁵ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op. cit.* consacrent un sous-titre au « domaine d'efficacité du contrat ».

⁶ Sur la notion d'attente légitime, voir not. VIRASSAMY G., Regard sur le phénomène de la réitération en droit privé français, D. 1989, Chronique, XLIV, p. 282 ; AUBRY H., Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime, Revue internationale de droit comparé, 2005 57-3 pp. 627-651

⁷ CHANTEPIE G., L'efficacité attendue du contrat, RDC 2010, n°1, p. 347.

exprimées sur le contrat : elles cherchent les meilleurs moyens pour que le contrat atteigne certaines fins¹. »

297. Or, pour permettre l'efficacité contractuelle, le mécanisme utilisé doit faciliter la formation du contrat². Il en est ainsi des clauses qui « *parviennent utilement à faire converger l'intérêt concret des deux parties*³. » C'est le cas de la promesse unilatérale qui permet de retarder la formation du contrat, de la vente à l'essai qui permet à l'acheteur de vérifier en amont si le produit correspond à son besoin, etc. C'est une efficacité salvatrice du contrat en ce sens que le processus décisionnel mieux réalisé, le consentement donné n'est pas vicié donc aucun risque d'annulation du contrat. Au surplus, la partie satisfaite des termes du contrat sera plus encline à l'exécuter. Le risque d'inexécution contractuelle et les difficultés qui l'accompagnent s'en trouvent limités car l'efficacité du contrat se mesure à son exécution conforme⁴.

298. Composé de techniques en réalité très anciennes, loin d'être un droit poussiéreux, le droit à l'hésitation a su se réinventer. L'essai, par exemple, a su quitter le domaine exclusif de la vente et est désormais une pratique vivace⁵. Tout autant que la vente à l'agréage dont les dispositions pourraient pourtant sembler surannées. Ces techniques, nous le démontrerons⁶, ont su perdurer et évoluer pour devenir résolument modernes et s'inscrivent dans le mouvement de renouveau du contrat. Elles ont triomphé des épreuves du temps et résisté à l'usure. Le droit à l'hésitation a su s'adapter à la réalité contractuelle moderne. Les parties faisant montre d'une imagination fertile, organisent ou mieux encore remédient à l'hésitation. Elles ne subissent pas l'hésitation. Il s'agit là de l'expression d'une liberté contractuelle dont l'on redoute tant le recul⁷. Le droit à l'hésitation permet donc la liberté contractuelle car les parties peuvent

¹ LARDEUX G., Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat, in L'efficacité du contrat (dir. Lardeux G.), Dalloz, 2011, p.1 et s.

² MESTRE J., Rapport de synthèse, in L'efficacité du contrat (dir. Lardeux G.), Dalloz, 2011, p. 89 et s.

³ *Ibid.*

⁴ LARDEUX G., *op. cit.*

⁵ L'on pense par exemple à la période d'essai en droit du travail. Voir notamment, TOURNAUX S., L'essai en droit privé, Thèse, L.G.D.J, 2011 ; dans un contrat d'agence commerciale Cass. Com., 17 juil. 2001, n° 97-17.539.

⁶ Cf. infra n° 433 et s.

⁷ Voir notamment, FRISON-ROCHE M.-A., Oui au principe de la volonté, Non aux consentements purs, document de travail pour une contribution aux Mélanges dédiés à Pierre Godé, 2018 ; CLAUDE O., La liberté

librement décider de la manière elles organiseront l'hésitation qui peut survenir lors de la formation du contrat. En outre, les actions interrogatoires en ce qu'elles permettent d'évacuer le doute ou de limiter la situation d'attente du cocontractant¹, constituent des outils de lutte contre l'hésitation et ses effets néfastes² en ce qu'« *elles consistent à contraindre une personne qui dispose d'un délai pour lever une option, se prévaloir d'un droit ou exercer une action, à décider dans un délai relativement court du parti qu'elle entend adopter à cet égard*³ ».

299. Il convient par conséquent de reconnaître à la réforme d'avoir su tenir compte de l'évolution du contexte contractuel qui n'a eu de cesse de se complexifier, commandant un enrichissement du droit à l'hésitation, lequel participe d'une part, à la liberté contractuelle et d'autre part, à l'efficacité contractuelle. Reste que, cette évolution du contexte contractuel nécessite également qu'il soit remédié aux défauts du libéralisme.

§ 2 – Droit à l'hésitation moderne et protection du consentement

300. Classiquement, la protection du consentement est assurée *a posteriori* (I). Le droit à l'hésitation contemporain, lui, permet sa protection *a priori* (II).

I. La protection classique *a posteriori* du consentement

301. Le consentement en ce qu'il constitue l'expression de la décision centrale de la vie contractuelle (A) fait l'objet d'une protection grâce à la sanction du processus décisionnel (B) dont il est le résultat.

contractuelle des personnes morales, Thèse, Paris, 2005 ; BOBILLIER Ch., La liberté contractuelle à l'épreuve du droit des marchés financiers, Thèse, Lyon, 2015.

¹ Cf. supra n° 286 et s.

² Notamment d'insécurité juridique. « *L'objectif du législateur est de permettre à un contractant qui nourrit une inquiétude quant à la validité d'un contrat déjà conclu ou sur le point de l'être, de sécuriser sa situation en appelant son cocontractant à lever ses doutes, dans un sens ou dans un autre, dans un délai restreint, le silence éventuel de l'interpellé étant en outre doté d'un effet confortatif.* » MAYER L., *op. cit.*

³ *Ibid.*

A. Le consentement, expression de la décision centrale de la vie contractuelle

302. Il y a une décision qui mérite une attention particulière : c'est celle qui entraîne la formation du contrat. D'une part parce que c'est elle qui fait de l'intéressé un acteur contractuel désormais soumis à des obligations¹. À cet égard, cette décision est centrale en ce qu'elle est fondatrice de la vie contractuelle. D'autre part parce que sa qualité donnera le ton de la vie du contrat. Pleinement réfléchie, assumée, cette décision laisser présager une exécution du contrat sans heurts, une exécution qui se déroula de façon limpide. Précipitée, irréfléchie ou pire encore, extorquée, elle donne lieu aux regrets, à la déception, au ressentiment ; ces sentiments pouvant conduire l'intéressé à ne pas exécuter le contrat ou à saisir le juge. Quoi qu'il en soit, aucune des deux parties au contrat ne sera satisfaite². Cette décision, le droit des contrats la nomme consentement. Nous avons vu qu'en réalité, ce consentement est l'ultime étape d'un processus interne, propre au décideur³. Par la transmission de ce consentement à son cocontractant, le décideur extériorise la finalité de son processus décisionnel interne, autrement dit, rend publique sa décision. Il exprime sa volonté : « *contracter, c'est d'abord vouloir*⁴. »

303. Au premier rang des exigences cumulatives nécessaires à la validité du contrat, se trouve le consentement. Il doit être libre et éclairé⁵. Libre en ce qu'il reflète l'exacte volonté du contractant tant dans son contenu que dans sa transmission et éclairé du point de vue de l'intelligence, de la rationalité. Dit autrement, son processus décisionnel doit s'être parfaitement déroulé, faute de quoi, il ne peut engager son auteur. Mais parce que cette décision est cruciale pour le cocontractant qui l'espère, elle est l'objet de bien des convoitises. Il suit de

¹ Art. 1101 du Code civil : « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.* »

² Le contrat peut être considéré comme un gain de Pareto en ce qu'il vise à permettre une amélioration de la situation des cocontractants au regard de leur situation antérieure. Voir en ce sens, ROUVIÈRE Fr., *L'analyse économique des vices du consentement : une nouvelle vision d'une théorie classique*, RJJ : Cahiers de méthodologie juridique : analyse économique du droit, PUAM, 2008, p. 2485 et s.

³ Qui peut aussi bien être une personne unique, qu'un groupe de personnes ou une personne morale. Voir sur ce point, LEQUETTE Y., TERRÉ Fr., SIMLER Ph., CHÉNEDÉ Fr., *op. cit.*, spé. 183.

⁴ AUBERT J.-L., SAVAUX E., FLOUR J., *Droit civil. Les obligations*, Tome 1, L'acte juridique, 16^e éd., 2014, p. 112.

⁵ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op. cit.*, p. 282 ; AUBERT J.-L., SAVAUX E., FLOUR J., *op. cit.*, p. 112 et s.

là que le cocontractant malicieux¹ ou impatient peut vouloir s'en saisir, parfois de façon brutale, précipitée, plutôt que d'attendre qu'elle lui soit donnée.

304. Reste qu'historiquement, il y avait une présomption d'un contractant libre et autonome, réplique de l'*homo economicus* parfaitement rationnel, éclairé, intelligent, capable de défendre ses intérêts, de sorte que le contrat dont il est partie reflète cette perfection fondée sur un « *postulat volontariste reposant sur l'égalité des contractants*² ». « *Bien entendu, à l'époque, les effets du contrat ne pouvaient qu'être circonscrits entre les personnes qui l'avaient conclu. On ignorait ses incidences sur autrui. Le contrat était fort utile, dans sa diversité et sa liberté, aux échanges qui se multipliaient. On accrédita l'idée que le contrat était le plus sûr moyen de parvenir à la justice car un débiteur ne s'engagera jamais dans une promesse qu'il estimera pour lui injuste ou injustifiée. Il était l'outil de la libre concurrence qui était devenue le dogme de l'économie libérale*³. »

305. C'est donc uniquement *a posteriori* que le consentement était protégé et surtout, à l'initiative de la victime⁴, témoignant là encore de la perception désincarnée que l'on avait du contractant. Ce dernier capable de contracter, est également capable de reconnaître quand son consentement a été vicié et en pareil cas, de saisir le juge pour voir annuler ce contrat ne reflétant pas sa volonté. Autrement dit, jusqu'alors il semblait inutile de prévoir des outils permettant au futur contractant de parvenir à la meilleure décision selon ses critères et partant, à un consentement libre et éclairé. Il s'agissait davantage de vérifier que le consentement déjà donné l'était et en cas de besoin, annuler le contrat. Il y avait une présomption de consentement libre et éclairé. Le Code civil en a tiré trois vices du consentement⁵ : l'erreur⁶, le dol⁷ et la

¹ Un cédant qui présenterait des comptes falsifiés ou inexacts dans le cadre d'une cession de droits sociaux. Cass. Com., 3 avr. 1979, Rev. Sociétés 1980. 723, note Du Pontavice.

² LE GACH-PECH S., Les nouveaux remèdes contractuels au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil, LPA, 16 août 2016, n°119, p. 7 et s.

³ CALAIS-AULOY M.-Th., L'importance de la volonté en droit, LPA, 7 décembre 1999, n°243, p. 14 et s.

⁴ Art. 1131 du Code civil. La nullité d'une convention contractée par erreur ne peut être demandée que par la partie dont le consentement a été vicié. Cass. Civ. 1^{ère}, 1er mars 1988: Bull. civ. I, n° 56.

⁵ Art. 1130 du Code civil.

⁶ Art. 1132 et s. du Code civil.

⁷ Art. 1137 et 1138 du Code civil.

violence¹ lesquels se déclinent en sous-catégories comme l'erreur de droit ou de fait sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant, la dissimulation d'une information par le cocontractant dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie, l'abus de l'état de dépendance de l'autre partie. Un consentement vicié peut causer la nullité du contrat et en pareil cas, entraîner des restitutions si le contrat a reçu un commencement d'exécution, sans préjudice d'une potentielle action en responsabilité délictuelle contre l'auteur du vice². C'est dire son importance ! Il s'agissait davantage « *dans un double but de justice et de sécurité*³ », d'annuler un acte résultant d'une volonté altérée.

B. La sanction de la viciation du processus décisionnel

306. Le consentement est, rappelons-le, largement perçu en droit des contrats, comme la manifestation de la volonté, mieux encore, une volonté libre⁴. Nous concernant, nous allons plus loin et affirmons que le consentement est la volonté extériorisée, fruit de la décision résultant du processus décisionnel. Volonté, processus décisionnel, consentement sont indissolublement liés. La volonté déclenche le processus décisionnel qui aboutit à une décision qui se manifeste par un consentement. Autrement dit, ce n'est pas tant la volonté qui a été altérée, en ce sens que l'intéressé veut toujours ce qu'il a voulu initialement⁵, c'est plutôt son processus décisionnel qui a été altéré par son cocontractant par malice ou par imprudence et ce, afin de le conduire à prendre une décision bien précise, laquelle sera exprimée par son consentement.

¹ Art. 1140 et s. du Code civil.

² Art. 1778, al. 3 du Code civil.

³ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., Droit des obligations, L.G.D.J., 8^e éd., 2016, p. 282. De justice en ce qu'il s'agit de protéger le contractant qui n'a pu être libre et éclairé dans sa prise de décision et de sécurité, en ce qu'il s'agit de préserver la sécurité des transactions qui ne sauraient être annulés sur le fondement des regrets ou déceptions des contractants.

⁴ FRISON-ROCHE M.-A., Oui au principe de la volonté, Non aux consentements purs, document de travail pour une contribution aux Mélanges dédiés à Pierre Godé, 2018, accessible à <http://mafr.fr/fr/article/oui-au-principe-de-la-volonte-non-aux-consentement/>

⁵ Il voulait acheter une œuvre d'un grand peintre (erreur) ou, il ne voulait pas contracter (violence) et il saisit le juge parce qu'il veut toujours une œuvre d'un grand peintre ou ne veut toujours pas contracter avec untel.

307. L'erreur, le dol ou la violence vicie le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. C'est dire que les faits caractérisant de tels vices ont ostensiblement influencé la décision de l'intéressé, faute de quoi, ce dernier n'aurait pas pris la décision de contracter. Il faut ainsi considérer de façon plus exacte et précise, qu'il y a eu viciation du processus décisionnel. Or, seule la réalité des quatre phases est le gage d'un véritable consentement. Il suffit pour s'en convaincre de faire une analyse conjointe des vices du consentement et des phases du processus décisionnel.

308. Débutons par l'erreur, celui des trois vices du consentement le plus souvent invoqué¹. L'erreur est définie comme celle portant « *sur les représentations intellectuelles qui ont précédé la décision*². » La phase du processus décisionnel correspondant à la représentation du contrat envisagé est la première, la conception. C'est durant cette phase que le futur contractant envisage la conclusion du contrat en considération de la satisfaction d'un désir, d'un besoin³, qu'il formalise le projet, en arrête les détails, envisage ses effets et conséquences juridiques ; soit au regard d'une offre qu'il a reçu, soit au regard d'une offre qu'il entend faire.

309. Or, précisément, le droit des contrats, aux termes des articles 1132⁴ et 1133⁵ du Code civil, dispose que l'erreur n'est une cause de nullité que si elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou attendue, autrement dit celles « *entrées dans le champ contractuel*⁶ ». Bien qu'il n'y ait pas de linéarité dans le déroulement du processus décisionnel et que les phases puissent se confondre⁷, tout processus décisionnel a un fondement, une base, qui est la phase de conception, aussi courte soit-elle. Cette phase de conception formalise la volonté. Elle

¹ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op. cit.*, p. 283.

² GHESTIN J., SERINET Y.-M., *Erreur*, Répertoire de droit civil, Dalloz, Juillet 2017 (actualisation mars 2020)

³ Acheter une œuvre d'art, Civ. 1^{ère}, 13 janv. 1998 ; contracter avec une agence commerciale d'expérience, Saint-Denis de la Réunion, 6 oct. 1989 : JCP 1990. II. 21504, note Putman ; l'achat d'une pouliche de course, Civ. 1^{ère}, 5 fév. 2002.

⁴ Art. 1132 du Code civil : « *L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant.* »

⁵ Art. 1133 al. 1^{er} du Code civil : « Les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté. »

⁶ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op. cit.*, p. 283.

⁷ Cf. *supra* n° 136.

est donc fondamentale en ce qu'elle est le terreau de la réflexion existant dans les phases suivantes afin d'arrêter la décision. Prenons l'exemple de l'acquisition d'une œuvre d'art. La décision d'achat dépend fondamentalement des caractéristiques de l'objet envisagé. Ainsi, la présentation par un catalogue d'une table comme « *époque Louis XVI (accidents et restaurations)* » conduit le futur acquéreur à considérer qu'il achète un meuble n'ayant subi aucune transformation depuis l'époque Louis XVI de référence. Or, celui-ci a été substantiellement transformé au XIX^e siècle¹. Sa phase de conception est nécessairement viciée puisque basée sur des éléments erronés.

310. C'est dire que l'erreur qui vient vicier cette phase s'avère fatale pour le reste du processus puisque ce dernier, faussé par des éléments de représentation erronés produira nécessairement une décision non conforme à la volonté initiale et partant, à un consentement vicié². « *Elle fausse la délibération qui a emporté la formation d'un acte juridique. Elle est une erreur sur les motifs, les mobiles qui ont déterminé le consentement*³. » Il en est ainsi de la croyance erronée du vendeur en l'existence d'un droit de préemption qui conduit ce dernier à céder son bien⁴. Le processus décisionnel tend à ce que tout ce à quoi la volonté aspirait secrètement et qui a quitté l'intimité du vouloir pour pénétrer le monde contractuel avec la phase de conception de l'acte, se matérialise de la façon la plus analogue. Reste que, tel ne sera pas le cas si la phase initiale est viciée d'une erreur. La décision en résultant n'est alors plus intègre et le contrat doit être annulé, ce d'autant si l'intéressé se trouve sous la dépendance psychologique de l'autre partie⁵. L'erreur peut également vicier une autre étape du processus, celle de la manifestation du choix. En pareil cas, l'extériorisation par le consentement du choix arrêté ne correspond pas audit choix⁶. « *L'hypothèse, la plus caractéristique est celle du lapsus.*

¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-17.523.

² « *L'erreur doit être considérée comme portant sur la substance même de la chose, lorsqu'elle est de telle nature que, sans elle, l'une des parties n'aurait pas contracté* » : Civ. 28 janv. 1913, S. 1913. 1. 487

³ GHESTIN J., SERINET Y.-M., *Erreur*, Répertoire de droit civil, *op. cit.*

⁴ Civ. 3^{ème}, 5 juil. 1995, Bull. Civ. III, n° 174 ; RDI 1996. 80, obs. Groslière et Saint-Alary Houin, RTD Civ., 1996. 388, obs. Mestre.

⁵ Cass. Com., 29 avril 2002, n° 00-10.708.

⁶ Le pollicitant s'est trompé en faisant figurer dans son offre de cession de parts sociales, ultérieurement acceptée, le pourcentage de sa participation au capital au lieu du nombre de parts à céder, alors qu'il projetait de se retirer de la société et de céder l'intégralité de ses titres (Paris, 15 sept. 1989, JCP E 1990. I. 19407).

Le déclarant pense 100 et il prononce ou écrit 1 000, il pense blanc et il prononce ou écrit noir¹. »

311. L'erreur partage un point commun avec le dol² : ces vices affectent tous deux « *la lucidité du consentement*³ ». Le dol consiste en « *une manœuvre ayant pour but et résultat de surprendre le consentement d'une partie*⁴ ». La manœuvre dolosive peut prendre diverses formes⁵ et se distingue par le fait qu'elle est « *une atteinte délibérée à la perfection de la*

¹ GHESTIN J., SERINET Y.-M., *Erreur*, Répertoire de droit civil, *op. cit.*

² Voir par exemple Cass. Civ. 3^{ème}, 9 oct. 2013, n° 12-24.070 : « *Mais attendu qu'ayant souverainement retenu que la fausse déclaration initiale faite par les époux Y... sur la distance séparant le terrain litigieux des bâtiments de l'élevage le plus proche dans le but de tromper les acquéreurs afin de valider leur projet de construction avait, à la date de la signature de l'acte, conforté l'erreur des époux X... sur les qualités substantielles du terrain dont la constructibilité constituait un élément déterminant de leur consentement et rendu cette erreur excusable, la cour d'appel, qui n'a pas laissé incertain le fondement de sa décision, a pu déduire du comportement dolosif des époux Y... que la vente devait être annulée sur le fondement des vices du consentement.* »

³ DOURNAUX Fr., *La réforme des vices du consentement*, Dr. et patr., mai 2016, Dossier, p. 59.

⁴ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op. cit.*, p. 291.

⁵ Des actes positifs : « *pour se faire embaucher, M. X... s'était faussement prévalu d'un DESS technique et pratique des relations économiques extérieures Paris I (Dauphine) et d'une formation suivie à "SUB DE CO" à Bordeaux* » Cass. Soc., 17 oct. 1995, n° 94-41.239 ; le fait d'isoler le donateur de sa famille ou de ses amis, de dénigrer systématiquement ses parents et de provoquer la rupture de ses relations avec eux, T. civ. Abbeville, 6 juill. 1949, D. 1949. 508. ; pour un homme, de faire état d'un faux titre nobiliaire et de se faire passer pour plus riche que l'on est pour obtenir de la donatrice qu'elle l'épouse et lui consente l'abandon de tous ses biens, Cass. Civ. 1^{ère}, 5 mars 1980, Gaz. Pal. 1980. Pan. 343. Mais également des actes négatifs comme le vendeur qui masque aux futurs propriétaires les graves nuisances provoquées par le fonctionnement matinal d'un atelier d'imprimerie mitoyen de l'appartement. Cass. Civ. 3^{ème}, 1^{er} fév. 1995, n° 92-21.222. Pareillement, « *Il appartenait aux cédants, sur le fondement de la bonne foi et de la loyauté contractuelle et au titre de cette clause de gestion, d'informer les candidats à l'acquisition des opérations postérieures au 30 juin 2007, sans qu'ils puissent reprocher aux cessionnaires d'avoir limité l'audit à une période antérieure ; [l'arrêt d'appel] en déduit qu'en manquant à cette obligation, les cédants ont délibérément caché aux cessionnaires ces opérations, par des manœuvres dolosives destinées à masquer l'insuffisance de trésorerie et la situation financière de la société ; qu'en cet état, la cour d'appel, qui n'avait pas à effectuer la recherche invoquée par le moyen, que ses constatations et appréciations rendaient inopérantes, a légalement justifié sa décision [...]* ». Cass. Com., 05 juin 2019, n° 16-10.391 ; lorsque le créancier a délibérément dissimulé à la caution la situation gravement obérée du débiteur principal, Cass. Civ. 1^{ère}, 21 janv. 1981, n° 79-15.443.

*volonté*¹ ». Une atteinte délibérée de la part du contractant lui-même, de son représentant², de son gérant d'affaires, de son préposé ou porte-fort comme l'indique l'article 1138 du Code civil. Elle peut résulter d'un mensonge même s'il n'est pas appuyé d'actes extérieurs³ et en pareil cas, viciera la phase de conception, en ce que le mensonge donnera au contractant une représentation fausse de l'acte envisagé dans son contenu, son étendu, ses effets ou encore ses bénéfices⁴. Il en est ainsi des mensonges des dirigeants d'une franchise qui affirment être titulaires d'un DESS de gestion de patrimoine alors qu'il n'en est rien et qui ont permis de faire croire au franchisé que ceux-ci avaient les capacités nécessaires au succès du réseau⁵.

¹ BETOULLE J., L'aspect délictuel du dol dans la formation du contrat, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2001

² Par exemple, Cass. Com., 13 juin 1995 : « *Ayant retenu que le représentant d'une société chargé par un établissement de crédit de proposer ses financements aux clients potentiels, puis de les recommander à son approbation, n'est pas un tiers pour la conclusion des contrats, une cour d'appel décide à bon droit, pour annuler une vente de matériel, que les manœuvres dolosives de ce représentant, viciant le consentement des clients, sont opposables à l'établissement de crédit.* »

³ Cass. Civ. 3^{ème}, 6 nov. 1970, Bull. civ. III, n°587 ; JCP G, 1971.II.16942, n. Ghestin ; Defrénois 1971, art. 30005, n°82, p. 1264, obs. J.-L. Aubert.

⁴ Désormais l'art. L. 121-1 du Code de la consommation réprime la publicité trompeuse : « *Est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après ; existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires.* »

⁵ CA Paris, 29 octobre 2014, n° 13/24671.

312. Au rang des machinations et autres artifices¹, se trouve la réticence dolosive qui est « *le fait de garder le silence sur une information que l'on connaît et aurait dû communiquer*² ». Intentionnellement³, l'intéressé ne révélera pas à son cocontractant une information qu'il sait être déterminante pour lui, « *même si elle n'est pas entrée dans le champ contractuel*⁴. » Le nouvel article 1137 du Code civil, aux termes du second alinéa⁵, consacre la réticence dolosive, jusque-là cantonnée à la jurisprudence⁶. L'information est cachée dans le seul but d'amener l'autre partie à consentir.

¹ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., Droit des obligations, L.G.D.J., 8^e éd., 2016, p. 292 qui donnent une illustration tirée de Cicéron, De officiis, XIV, 3, 57-60. « *Pythius, banquier à Syracuse, avait une villa au bord de la mer et désirait la vendre à Cannius, qui souhaitait faire des parties de pêche abondantes aux abords de sa maison. Il imagine une mise en scène : le jour où Cannius fut invité à visiter la villa, la mer fut sillonnée par une flottille de barques simulant une pêche miraculeuse. Cannius acheta la maison pour un prix exorbitant.* » Pour une illustration, Cass. Civ. 1^{ère}, 3 juill. 2001, n° 99-18.694 : « *Mais attendu que l'arrêt relève, par motifs propres ou adoptés, qu'à la date du protocole, la société Midi salaisons et M. Henri Z... savaient et M. Robert Y... ignorait que la somme exigible de celui-ci, limitée à sa part virile, s'élevait seulement à 132 739,14 francs, majorés d'intérêts à calculer, mais diminués de 106 254,50 francs déjà acquittés par lui ; qu'ils avaient obtenu sa signature par l'effet d'un commandement aux fins de saisie de sa maison, délivré non pour le solde de sa part contributive mais pour le paiement de 1 112 571,27 francs, intégralité de la dette solidaire et de frais afférents, dans la perspective de l'effrayer, et en lui représentant volontairement, par fausse interprétation de l'article 1214 du Code civil, qu'il était redevable de la totalité de cette somme, sauf son action récursoire vis-à-vis des autres co-débiteurs ; que par ces motifs, qui établissent l'erreur de M. X... sur la nature et l'étendue de ses droits, mais aussi le dol et la crainte suscités par ses contractants pour déterminer son consentement, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* ».

² MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op. cit.*, p. 292.

³ La jurisprudence se montre intransigeante quant à l'intention dolosive. Ex. : Viole l'art. 1116 anc. la cour d'appel qui prononce une annulation pour dol sans constater des manœuvres destinées à provoquer une erreur de nature à vicier le consentement du contractant, Civ. 1^{ère}, 10 juil. 1995 ; Le manquement à une obligation précontractuelle d'information ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci, Cass. Com. 28 juil. 2005.

⁴ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op. cit.*, p. 293.

⁵ Art. 1137 al. 2 du Code civil : « *Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie.* » D'évidence, il existe une référence implicite à l'obligation générale d'information édictée par le nouvel art. 1112-1 du Code civil, ce qui n'est sans poser de question, singulièrement au regard de la sécurité juridique. Voir en ce sens DOURNAUX Fr., La réforme des vices du consentement, Dr. et patr., mai 2016, Dossier, p. 59 ; MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op. cit.*, spé. p. 294.

⁶ Le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêcher de contracter, Civ. 3^{ème} 15 janv. 1971, Bull. civ. III, n°38 ; Civ. 1^{ère}, 19 juin 1985,

313. La réticence dolosive affecte donc essentiellement la phase de délibération du processus décisionnel laquelle correspond au traitement des informations répertoriées durant la phase de conception. C'est une phase réflexive relative au projet représenté mais également aux effets et conséquences de celui-ci. C'est également durant cette phase que le défaut d'informations ou l'insuffisance d'informations se révèle et que, par conséquent, apparaît l'hésitation. Ce manque d'information est pallié par l'intéressé par une recherche des informations manquantes mais également par une transmission volontaire de son futur contractant. Reste que, précisément, ce dernier faisant preuve de malice, fera montre de réticence dolosive viciant le processus décisionnel de son contractant et par suite, son consentement résultant de la décision arrêtée. Ce n'est que postérieurement que l'intéressé réalise qu'une information lui a été cachée et que celle-ci l'a conduit à accepter le contrat¹.

Bull. civ. I, n° 201 (état d'un véhicule d'occasion) ; 11 mai 2005, Bull. civ. III, n°101 (dissimulation de l'existence d'un recours contre l'autorisation administrative de poursuite de l'activité de pisciculture) ; 25 mars 2010 (dissimulation d'une offre ferme présentée à un sous-acquéreur).

¹ Cass. Com. 6 janv. 2021, n° 18-25.098 : « *L'arrêt constate, d'abord, que le règlement de copropriété de l'immeuble dans lequel se trouve le fonds de commerce vendu à la société Les Griottines mentionne, concernant les locaux affectés à un usage commercial, que sont exclus les commerces de nature à gêner les autres copropriétaires par le bruit ou par les odeurs, que les baux consentis par les propriétaires devront contenir la déclaration par les locataires de ce qu'ils se soumettent à l'obligation de se conformer à toutes les dispositions du règlement de copropriété et du règlement intérieur sous peine de résiliation des baux, et qu'en cas d'inobservation par un locataire et après un deuxième avertissement donné par le syndic au copropriétaire, celui-ci sera tenu de donner congé à son locataire et d'en poursuivre l'expulsion. L'arrêt constate, ensuite, que l'assemblée générale des copropriétaires du 11 mai 1989 a décidé de tolérer, dans les locaux objet du bail litigieux, l'installation d'une salle de dégustation de plats cuisinés prêts à emporter, et donc l'exercice de l'activité de restauration, sous la réserve que les conditions de cet exercice ne soient pas modifiées et qu'il n'y ait pas de réception de clientèle après 20 heures. Il constate, en outre, que le procès-verbal de l'assemblée générale du 26 janvier 2000 mentionne, après rappel de la décision du 11 mai 1989, que « cette autorisation excluait donc toute fabrication de plats sur place et interdisait donc toute activité de restauration traditionnelle » et qu'à cette date, les copropriétaires ont décidé que le syndic adresserait au propriétaire des locaux une mise en demeure afin qu'il exige de ses locataires le respect de la décision du 11 mai 1989, ce à quoi se sont conformés les propriétaires du fonds de l'époque, qui n'ont pas ouvert le restaurant le soir.*

L'arrêt retient, ensuite, que Mme L... et M. O..., propriétaires des locaux, connaissaient le contenu du règlement de copropriété, ainsi que les termes de la décision de l'assemblée générale du 11 mai 1989, portée à leur connaissance lors de leur acquisition du fonds le 4 mars 2008, que Mme L..., à la fois bailleresse de la société Les Griottines et représentante de la société cédante Champignon, ne démontre pas avoir porté à la connaissance de la société Les Griottines que le fonds cédé ne pouvait être exploité qu'à certaines conditions et que l'obligation

314. La violence¹, vice plus rarement invoqué, « *consiste à exercer sur l'une des parties une pression physique ou morale à laquelle celle-ci ne peut résister afin d'obtenir son consentement* »². Qu'elle soit exercée par une partie ou par un tiers³, elle revêt diverses formes comme les menaces d'atteintes à la réputation⁴, une souffrance morale⁵ ou encore la dépendance à une secte⁶ et peut peser sur la personne morale par l'intermédiaire de ses représentants légaux⁷. Innovation majeure de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, l'abus de l'état de dépendance est une consécration élargie de la jurisprudence⁸ qui avait admis la notion de « violence économique »⁹. Reste que le texte exige, outre l'abus de l'état de dépendance aux fins d'obtenir un engagement que son cocontractant n'aurait pas souscrit autrement, que la partie en position de force en tire un avantage manifestement excessif, ajout visant à objectiver l'appréciation de cet abus¹⁰. Quelle que soit la forme que revêt la violence, le fait est qu'elle

légitime de loyauté contractuelle imposait à la société Champignon de porter à la connaissance de sa cocontractante la décision de l'assemblée générale qui avait une incidence directe sur les conditions d'exploitation du fonds, comme l'avaient fait à son égard les précédents propriétaires.

De ces constatations et appréciations, la cour d'appel a pu déduire que la société Champignon avait commis une réticence dolosive justifiant l'annulation des cessions du fonds de commerce et du bail commercial. »

¹ Art. 1140 à 1143 du Code civil.

² MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op. cit.*, p. 297.

³ Art. 1142 du Code civil.

⁴ Cass. Soc., 23 mai 2013.

⁵ Cass. Com., 28 mai 1991, Bull. civ. IV, n°180.

⁶ Cass. Civ. 3^{ème}, 13 janv. 1999, Bull. civ. III, n°11.

⁷ Cass. Soc. 8 nov. 1984, Bull. civ. V, n°423.

⁸ Juste avant la réforme, la Cour de cassation avait déjà reconnu l'abus de dépendance psychologique (Civ. 3^{ème}, 4 mai 2016).

⁹ Cass. Civ 1^{ère} 3 avr. 2002, n° 00-12932 : Bull. n° 108, JCP 2002 I. 184, obs. G. Virassamy ; Cass. Civ 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15242 : Bull. n° 169 ; Cass. Com. 3 mars 2004, Bull. civ. IV, n°44 : « *L'état de dépendance économique pour un distributeur, se définit comme la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou à ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans les conditions et techniques comparables* » ; CLAUDEL E., L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses cendres ? (Commentaire de l'article 1143 nouveau du code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique), RTD Com. 2016. 460

¹⁰ Malheureusement la notion d'« avantage manifestement excessif » reste à préciser, ce qui laisse présager une jurisprudence abondante et casuistique. Par exemple une cour d'appel a pu considérer que : « *exposée à une attitude de son employeur qui lui faisait craindre la poursuite de débordements de violence verbale, voire physique, affaiblie par un syndrome psycho pathologique, pressée par de sérieuses difficultés financières qui*

empêche le déroulement du processus décisionnel. Dit autrement, elle extorque la décision et supprime la liberté du consentement¹.

315. En somme, il est permis de constater que ces troubles vicient l'une ou l'autre des phases du processus décisionnel lequel, par conséquent, produit une décision altérée et donc un consentement vicié. C'est dire que la théorie des vices du consentement, fondée sur la volonté, vient en réalité sanctionner le résultat d'un trouble du processus décisionnel qui a donc généré un consentement vicié² en raison du non-respect du droit à l'hésitation. Il s'agit là d'une protection *a posteriori*.

II. La protection contemporaine *a priori* du consentement

316. Au demeurant, la protection *a priori* du consentement par le droit contemporain de l'hésitation était un droit spécial (A). Il fait depuis partie intégrante du droit commun (B).

A. La genèse, le droit à l'hésitation spécial

317. Jusqu'alors la protection du consentement n'était mise en œuvre que par la sanction. Le consentement était relégué à « *un fait dormant, dont on effectuera au besoin le rappel en examinant les vices qui avaient pu l'affecter pour démolir l'édifice contractuel que les consentements avaient produit*³. » Cependant, le problème de la protection *a posteriori*, c'est que le mal est déjà fait, de manière irréversible. D'où la nécessité d'une protection *a priori*.

rendaient urgent un accord permettant d'encaisser ce qui lui était dû et en tout cas de percevoir les indemnités de chômage, Madame X s'est trouvée dans la situation de dépendance décrite par l'article 1142 précité du code civil, don't l'employeur s'est emparé pour l'amener à signer une convention de rupture amiable, se dispensant, ce faisant d'une procédure de licenciement et de ses conséquences financières. » CA Colmar, 24 sept. 2020, n° 20/884.

Voir sur ce point, PELLET S., L'abus de dépendance est une violence !, LEDC mars 2016, n°03, p. 4. Les réserves sont nombreuses, voir notamment ROGUE F., Abus de dépendance : la « réforme de la réforme » du droit des contrats a-t-elle accouché d'une souris ?, D. 2018. 1559 ; MAZEAUD D., Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats, D. 2018. 912 .

¹ DOURNAUX Fr., *op. cit.*

² L'on regrette néanmoins, comme a pu le souligner M. Dournaux, que le nouvel art. 1130 du Code civil ne précise pas que l'appréciation du caractère déterminant des vices est cantonnée au moment de la conclusion du contrat. Cf. DOURNAUX Fr., *op. cit.*

³ FRISON-ROCHE M.-A., Unilatéralité et consentement, in Unilatéralisme et droit des obligations, Économica, 1999, pp.21-30.

L'essor industriel a en effet bouleversé les modes de production, entraînant dans son sillage un net recul de la liberté contractuelle. Rompant avec l'ordre libéral qui gouvernait jusqu'alors les relations contractuelles lesquelles étaient basées sur une vision égalitaire des contractants, les inégalités ont pris l'ascendant. Les contrats d'adhésion sont devenus légion, « *la seule liberté reste alors celle de contracter ou non*¹ ». Au surplus, la notion de dépendance économique s'est affranchie du giron des relations de travail², affectant également celles des fournisseurs et distributeurs. Est alors apparue une impérieuse nécessité de protéger l'intégrité du consentement de certains acteurs³ en usant de techniques dérogoires au droit commun. Le législateur n'est pas demeuré sourd au revers du consumérisme moderne déjà largement

¹ FRANC P., La réception par la jurisprudence de la législation sur le crédit à la consommation, thèse, Saint-Étienne, 2015, p. 19.

² VIRASSAMY G., Les contrats de dépendance (essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique, *op. cit.*

³ VIRASSAMY G., *op. cit* ; THREARD J., Le concessionnaire doit-il solliciter la protection du législateur ? Rev. trim. dr. com., 1972, p. 537 ; STOUFFLET J., La protection du consommateur faisant appel au crédit, in Etudes E. de LAGRANGE, 1978, 225.

décrié¹. Les consommateurs² bien que d'autres catégories tels que les salariés³ ou plus récemment, certains professionnels⁴ ont eux aussi bénéficié de règles visant à garantir l'intégrité de leur consentement. Toutes ces règles, se plaçant à contre-courant du droit commun qui jusqu'alors se limitait à vérifier *a posteriori* l'intégrité du consentement⁵, ont bouleversé l'ordre établi avec une protection *a priori* du consentement⁶, allant jusqu'à offrir la possibilité au contractant de se rétracter.

¹ Tant par les philosophes, les sociologues, les économistes que, évidemment, les juristes. Voir notamment, GALBRAITH J. K., *L'ère de l'opulence*, 2^{ème} éd. française revue et augmentée, Calman-Lévy, 1970 ; SUCHODOLSKI B., *L'homme dans les perspectives d'une société de consommation et d'une cité éducative*, Proceedings of the XVth World Congress of Philosophy, 1973, Vol. 1, p.233-237 ; DELVAX G. et BOURGOIGNIE Th., *La fonction de consommation et le droit de la consommation : l'enjeu réel*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques 1981/2 (Volume 7), pages 1 à 71 ; PINTO L., *Du « pépin » au litige de consommation, une étude au sens juridique ordinaire*, Actes de la recherche en sciences sociales, 1989, n°76-77, p. 65-81.

² Les années 70 marquent la naissance du droit de la consommation avec la loi pionnière relative au démarchage du 22 décembre 1972. S'en sont suivies les lois Scrivener de 1978 sur les clauses abusives et le crédit à la consommation, puis en 1979 sur le crédit immobilier, ensuite en 1983 relative à la sécurité des consommateurs, en 1988, la loi relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et l'information des consommateurs, sans oublier la loi Neiertz de 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, etc. La difficulté tenait à l'éparpillement et à la multiplication de ces lois spéciales. Un travail considérable de codification a donc été réalisé et le droit de la consommation, n'a depuis lors, cessé d'évoluer, s'enrichissant dès 1975 mais depuis 1992 de façon beaucoup plus marquée, de sources européennes. Voir notamment, CHARDIN N., *op. cit.* ; LEHMANN Fr., *Essai sur l'ordre public en droit de la consommation*, thèse, Paris, 1998 ; BAZIN-BEUST D. et LEGRAND V., *Droit de la consommation, droit des contrats : le bilan 20 ans après*, Petites affiches, n°75, p. 4 ; FRANC P., *La réception par la jurisprudence de la législation sur le crédit à la consommation*, thèse, Saint-Étienne, 2015.

³ FABRE-MAGNAN M., *Le forçage du consentement du salarié*, Droit ouvrier juillet 2012, pp. 459-470.

⁴ L'on pense ici par exemple à la loi n°89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social dite loi Doubin. Voir VIRASSAMY G., *La moralisation des contrats de la distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989*, *op. cit.*

⁵ Il a pu être soulevé que la théorie des vices du consentement telle qu'organisée par le Code civil présentait « *un médiocre rendement social* ». En témoignent « *les quelques vices du consentement accueillis par les tribunaux* » qui apparaissent dérisoires au regard des « *centaines de millions de contrats annuellement conclus* ». Pour autant, « *le rôle prophylactique du droit* » en ce qu'il exerce « *un rôle préventif* » ne doit pas être négligé. MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op. cit.*, p. 301.

⁶ « *Protection a priori. Là réside la véritable originalité des textes récents.* » a pu souligner MALINVAUD Ph., *La protection du consommateur en droit français*, D. 1981, 7, p. 49-56.

318. Mieux encore, ces règles nouvelles et originales ont opéré un dépassement du concept de consentement pour aller vers le concept de processus décisionnel, donnant naissance dans le même temps au droit à l'hésitation contemporain. Ce dernier, fruit de lois spéciales, visait à permettre un véritable processus décisionnel afin de permettre un consentement libre et éclairé¹. Il a été bâti sur trois mécanismes : l'information, la réflexion et la rétractation.

319. L'information est un élément majeur du droit à l'hésitation contemporain issu des lois spéciales². En effet, les deux premières phases du processus décisionnel, la conception et la délibération nécessitent pour une parfaite réalisation, une information complète et claire, soit qu'elle permette de lutter contre l'incertitude, soit qu'elle permette de parfaitement mesurer le risque encouru. Conscient de cet écueil particulièrement criant au regard de la situation d'infériorité de certains contractants tant au niveau économique, technique que juridique, le législateur a accordé une attention particulière à ce mécanisme. L'opportunité de légiférer était d'autant plus criante pour les distributeurs que la jurisprudence excluait du champ d'application de l'obligation précontractuelle de renseignement³. Ainsi, aux termes de l'alinéa 1er de l'article 1^{er} de la loi Doubin du 31 décembre 1989 désormais codifié à l'article L. 330-3 du Code de commerce : *« Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un*

¹ « « Le contractant du Code civil, écrit-elle, n'est pas un décideur car sa prise de décision se fait dans l'indifférence générale... » Selon elle, les lois consuméristes prennent en charge les deux premières phases en posant les conditions d'une véritable préparation de celle-ci, avec des aides à la décision que représentent les mécanismes légaux, « notamment cette institutionnalisation de l'hésitation destinée à permettre la délibération, à partir des données procurées par une information fermement imposée. » AUBERT J.-L., préface de CHARDIN N., Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté, thèse, L.G.D.J., 1988.

² Les intitulés des lois Scrivener par exemple parlent d'eux-mêmes en ce qu'ils débutent par le terme « information ». Le 1^{er} art. de la loi Doubin consacre, lui, un devoir d'information, lequel était d'ailleurs son unique objectif. Voir, VIRASSAMY G., La moralisation des contrats de la distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989, *op. cit.*

³ Voir par exemple, Cass. Com., 25 fév. 1986 Bull. civ.. IV, n° 33, p. 28 ; Rev. trim. dr. civ., 1987, p. 85, observ. J. Mestre ; Rev. trim. dr. com., 1987, p. 246, observ. Hémar et Bouloc ; J.C.P. 1988, éd. G, II, 20995 ; éd. E II, 15272, note G. Virassamy (arrêt Turco) ; Cass. Com., 10 fév. 1987 Bull. civ.. IV, n° 41, p. 31 ; J.C.P. 1988, éd. G, II, 20995 éd. E. II, 15272. note G. Virassamy.

document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause. » Ce faisant, en imposant une information écrite, dont le contenu est expressément prévu, « le but poursuivi est donc d'assurer au candidat une réelle et complète information, exclusive de toute erreur, incompréhension ou malentendu ¹».

320. Le droit de la consommation s'est montré plus foisonnant, en agissant simultanément, sur pas moins de trois axes², à savoir la réglementation de la publicité³, l'information imposée⁴

¹ VIRASSAMY G., La moralisation des contrats de la distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989, *op. cit.*

² MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op. cit.*, p. 302.

³ Art. L 121-1 du Code de la consommation : « *Les pratiques commerciales déloyales sont interdites.*

Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service.

Le caractère déloyal d'une pratique commerciale visant une catégorie particulière de consommateurs ou un groupe de consommateurs vulnérables en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité s'apprécie au regard de la capacité moyenne de discernement de la catégorie ou du groupe.

Constituent, en particulier, des pratiques commerciales déloyales les pratiques commerciales trompeuses définies aux articles L. 121-2 à L. 121-4 et les pratiques commerciales agressives définies aux articles L. 121-6 et L. 121-7. »

⁴ Art. L 111-1 du Code de la consommation : « *Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes :*

1° Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné ;

2° Le prix du bien ou du service, en application des articles L. 113-3 et L. 113-3-1 ;

3° En l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service ;

4° Les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte, ainsi que, s'il y a lieu, celles relatives aux garanties légales, aux fonctionnalités du contenu numérique et, le cas échéant, à son interopérabilité, à l'existence et aux modalités de mise en œuvre des garanties et aux autres conditions contractuelles. La liste et le contenu précis de ces informations sont fixés par décret en Conseil d'Etat.

Le présent article s'applique également aux contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ainsi que de chauffage urbain et de contenu numérique non fourni sur un support matériel. Ces contrats font également référence à la nécessité d'une consommation sobre et respectueuse de la préservation de l'environnement. »

et « *l'obligation de renseignements, de conseils et de mise en garde*¹ ». Ces éléments sont primordiaux en ce qu'ils permettent une réalisation efficace de la phase de conception car le contrat envisagé est précisé dans son contenu, ses effets mais également dans la personne du cocontractant.

321. Le délai de réflexion, lui, vient en renfort des informations. Pleinement informé sur les conditions du contrat, il est en outre nécessaire que l'intéressé dispose du temps nécessaire pour réfléchir. Il s'agit d'un temps imposé par le législateur qui permet la pleine réalisation du processus décisionnel. « *Temporisation dans la formation du contrat*² », le délai réflexion accorde le temps nécessaire pour l'analyse des informations et contraint l'intéressé à réellement délibérer et empêche la manifestation de la décision arrêtée. Il interdit finalement toute décision précipitée et empêche un déroulement bâclé du processus décisionnel. Autrement dit, il permet ou encourage en cas de besoin, l'hésitation. C'est dire finalement que le délai de réflexion participe activement à l'intégrité du consentement en ce qu'il écarte les décisions précipitées mais également en ce qu'il fait entrave aux pressions que voudrait mettre le professionnel sur le consommateur qui, lui, souhaiterait prendre son temps pour se décider³. Ainsi, le délai de réflexion permet une réalisation effective du processus décisionnel.

322. Le dernier mécanisme, le délai de rétractation, témoigne sans commune mesure, du caractère exorbitant des règles fondatrices du droit à l'hésitation contemporain. Mécanisme singulier, il permet au contractant de revenir sur son consentement⁴, pourtant irrévocable⁵. Considéré comme arbitraire, bizarre⁶, la détermination de sa nature juridique a fait débat⁷. La

¹ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op.cit.*, p. 302.

² *ibid.*

³ Par exemple, art. L. 313-34 al.1^{er} du Code de la consommation : « *L'envoi de l'offre oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle indique pendant une durée minimale de trente jours à compter de sa réception par l'emprunteur.* »

⁴ Par exemple, Art. L 312-19 du Code de la consommation ; Art. L 132-5-1 du Code des assurances ; Art. L 221-18 du Code de la consommation.

⁵ Art. 1193 du Code civil (art. 1134, al. 2, anc.) : « *Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise.* »

⁶ AYNÈS L. et STOFFEL-MUNK Ph., Mars-septembre 2008 : facteurs de fragilité dans la formation des contrats, Droit et Patrimoine, n°178, 1^{er} février 2009

⁷ D'aucuns considèrent que la formation du contrat est retardée. Voir en ce sens, CORNU G., La protection du consommateur et l'exécution du contrat, in La protection des consommateurs, t. XXIV, Travaux Association Henri

Cour de cassation a, pour sa part, tranché en faveur de cette dernière analyse, affirmant « *le contrat est formé* » dès la commande¹. Si le délai de rétractation pose question au regard de l'irrévocabilité du consentement, il pose également question dans son appartenance au droit à l'hésitation. En effet, nous sommes ici dans l'hypothèse où le processus décisionnel a été achevé puisque la décision a été manifestée. En principe, et puisque le droit à l'hésitation intéresse le processus décisionnel, quel serait l'intérêt d'un tel mécanisme alors même que la décision a déjà été prise ? Pour répondre à ces deux interrogations que soulève ce mécanisme, il faut en réalité l'analyser de la façon suivante.

323. Le consentement donné témoigne, *a priori*, de la fin de l'exécution du processus décisionnel relatif à la conclusion du contrat. *A priori* seulement car s'il est vrai que le contrat est formé, pour autant la décision, elle, est incomplète. En effet, il ne faut pas perdre de vue que décision et consentement ne se confondent pas. En réalité, pour que la décision soit complète, il faut un passage à l'action. C'est dire qu'il ne suffit pas qu'elle soit exprimée, encore faut-il qu'elle soit suivie de sa mise en œuvre. Autrement, le processus est incomplet, l'hésitation peut ressurgir. Ainsi, s'agissant singulièrement de la conclusion du contrat, généralement, la manifestation résultera d'une action comme l'exécution directe du contrat. Reste que dans d'autres hypothèses, il faudra la réalisation de deux étapes. D'une part, faire

Capitant, 1973, n° 22 ; GODÉ P., Décret n° 78-464 du 24 mars 1978, RTD civ. 1978, p. 438 ; ROUHETTE G., Droit de la consommation et théorie générale du contrat, in Mélanges Rodière, Dalloz, 1981, p. 247 ; BAILLOD R., Le droit de repentir, RTD civ. 1984, p. 227 ; CALAIS-AULOY J., TEMPLE H. et DEPINCÉ M., Droit de la consommation, Dalloz, 10^{ème} éd., 2020, n° 160 qui considère que : « *Certains voient là une faculté de rétractation qui porte atteinte à la force obligatoire du contrat. Nous croyons qu'il est plus exact de considérer que la signature ne suffit pas à conclure le contrat, car elle est donnée par un consommateur qui n'a pas encore une idée précise du contrat proposé et dont la volonté ne peut donc se rencontrer avec celle de l'offrant. Le contrat sera conclu à l'expiration du délai de réflexion parce qu'à ce moment la volonté du consommateur sera éclairée, ou du moins, censée l'être.* » C'est d'ailleurs cette conception que retenaient les avant-projets Catala et Terré. Le second courant doctrinal que le contrat est déjà formé mais que son efficacité est suspendue durant le délai de rétractation. En ce sens, PIZZIO J.-P., Un apport législatif en matière de protection du consentement. La loi du 22 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile, RTD civ. 1976, p. 66 ; CHRISTIANOS V., Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs, D. 1993, chron. p. 28 ; STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., Les obligations. Contrat, t. II, Litec, 6^{ème} éd., 1998, n°410 ; ; CARBONNIER J., Droit civil. Les obligations, t. IV, PUF, 22^e éd., 2000, n° 114 ; FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX É., Droit civil - Les obligations. L'acte juridique, t. 1, Armand Colin, 15^e éd., 2012, n° 188 ; JULIEN J., Droit de la consommation, L.G.D.J., 2^e éd., 2019, n° 165.

¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 10 juin 1992, n° 90-17.267, Contrats, conc. consom. 1992, comm. 195

parvenir l'acceptation et d'autre part, exécuter les obligations. Dans ces cas de figures, il y a un espace qui laisse la place à la rétractation. L'exigence de l'exécution des obligations du cocontractant protégé est retardée¹. Cet espace est imposé par le législateur car il prend la mesure de la possible résurgence de l'hésitation. Ainsi, bien que le choix ait été fait, l'intéressé peut se rendre compte qu'il n'a pas suffisamment pris la mesure de son engagement, ou qu'il n'a pas comparé, vérifié, pesé le pour ou le contre, voire qu'il n'a pu prendre le temps de réfléchir.

324. Autrement dit, le droit de rétractation trouve pleinement sa place au sein du droit à l'hésitation, en ce qu'il constitue un traitement de la résurgence de l'hésitation postérieurement à la phase de choix. *« C'est donc bien un droit de repentir, au sens éthique du terme, que le législateur attribue dans ces hypothèses, car c'est la volonté qui, attrapée par surprise, se ressaisit et retrouvant nature réflexive et calculante, peut alors reprendre le consentement ravi. En cela, la volonté ne reprend pas quelque chose, elle se reprend en elle-même, dans le sens qu'elle se ressaisit. Elle peut donc se rétracter. Il y a une référence implicite au vice de la séduction, c'est-à-dire au vice de la violence, dans ces dispositions particulières² »*. L'efficacité relative de la théorie des vices du consentement chez les consommateurs³ commandait donc d'instituer un mécanisme exorbitant du droit commun, permettant de mettre fin à un contrat issu d'un consentement non intègre puisque fruit d'un processus décisionnel vicié. L'intégrité du consentement n'était, ce faisant, plus uniquement limitée à un traitement curatif.

325. Puis, il a fallu considérer que l'inégalité contractuelle n'était pas l'apanage de certaines relations contractuelles⁴. *« Le principe de commutativité subjective ne saurait résister au piège de la vulnérabilité contractuelle et les contrats « structurellement déséquilibrés » ont progressivement envahis le décorum. Aux contrats échanges conçus entre partenaires d'égales forces qui s'exécutent en un trait de temps succèdent les contrats-organisation, contrats-*

¹ Ainsi, aux termes de l'art. L. 221-10 al. 1^{er} du Code de la consommation : *« Le professionnel ne peut recevoir aucun paiement ou aucune contrepartie, sous quelque forme que ce soit, de la part du consommateur avant l'expiration d'un délai de sept jours à compter de la conclusion du contrat hors établissement. »*

² FRISON-ROCHE M.-A., Unilatéralité et consentement, *op. cit.*, p. 26.

³ En raison notamment du coût, de la durée des actions judiciaires mais également des strictes conditions d'application des vices du consentement.

⁴ LASBORDES V., Les contrats déséquilibrés, Thèse, P.U.A.M, 2000 ; BOISMAIN C., Les contrats relationnels, Thèse, P.U.A.M, 2005.

alliance ou relationnels inscrits dans la durée et laissant davantage de prise aux abus de dépendance économique. Aussi le schéma idyllique brossé par le Code Napoléon était-il en passe de devenir une image d'Épinal¹. » C'est ainsi que progressivement, le droit à l'hésitation contemporain est passé de droit spécial à droit commun.

B. L'évolution, le droit à l'hésitation commun

326. S'agissant de la protection *a priori* du consentement, le droit à l'hésitation commun est constitué d'une part, d'une obligation générale d'information (1) et d'autre part, de façon néanmoins plus regrettable, des délais de réflexion et de rétractation (2).

1. L'obligation générale d'information

327. En considération de la vulnérabilité désormais de droit commun², la généralisation du droit à l'hésitation contemporain a débuté avec l'obligation d'information. Il s'agit sans doute de celui des mécanismes qui n'a eu de cesse de proliférer dans les domaines les plus divers³. *« De loi en loi, elle est devenue un procédé routinier que le législateur se complait à imposer⁴ »*. La jurisprudence n'a pas été en reste. Indépendamment des lois spéciales, elle a

¹ LE GACH-PECH S., Les nouveaux remèdes contractuels au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil, LPA, 16 août 2016, n°119, p. 7 et s

² « *La faiblesse ou la dépendance est, en effet, commune au « contractant de droit commun » - victime d'un vice du consentement -, au « contractant consommateur » - victime d'achats compulsifs ou irraisonnés - mais encore au « contractant professionnel » - victime de son partenaire commercial.* » LE GACH-PECH S., Bâtir un droit des contractants vulnérables, RTD civ. 2014, p. 581 et s.

³ Par exemple, art. L. 514-20 du Code de l'environnement imposant au vendeur d'informer l'acheteur de l'existence d'une installation classée exploitée antérieurement sur le terrain en vente et les risques en découlant ; art. L. 312-1 du Code de la consommation en matière de crédit mobilier à la consommation ; art. L. 330-3 du Code de commerce en matière de concession et de franchisage ; le décret n° 2012-655 du 4 mai 2012 relatif à l'étiquetage et à la traçabilité des produits vitivinicoles et à certaines pratiques œnologiques. Voir FABRE-MAGNAN M., De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie, Thèse, LGDJ, 1992 ; RIERA A., « L'obligation d'information précontractuelle dans les contrats de distribution après la réforme du droit des contrats », AJ contrat 2017. Dossier 155.

⁴ MOLFESSIS N., De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant, in Mélanges J. Hauser, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 927 et s.

instauré une obligation générale d'information¹ pour laquelle elle peinait à trouver un fondement textuel. L'obligation d'information a ainsi pu être rattachée à la responsabilité civile² ou encore à la bonne foi³. Elle fait désormais l'objet d'une codification à droit constant et d'une consécration autonome⁴.

328. Cette intégration dans le droit commun de ce mécanisme est révélatrice de ce qu'il y a eu un dépassement de la notion de consentement à celle de processus décisionnel. Désormais, le droit commun ne se limite plus à l'appréciation du seul résultat mais entend prévoir toutes les mesures nécessaires pour que chaque acteur contractuel puisse parvenir au résultat le plus satisfaisant, autrement dit, au consentement le plus intègre et ce, en prenant en considération l'inégalité des parties qui domine la vie contractuelle. Permettre le bon déroulement du processus décisionnel, c'est assurer que soient dispensés, dans la sphère contractuelle, autant que faire se peut, des consentements intègres et donc libres et éclairés. En outre, cela permet la confiance contractuelle et participe à la sécurité juridique puisqu'il y a davantage de stabilité si les consentements donnés sont réellement volontaires.

329. Cela passe évidemment par l'information, fondement primordial à la réalisation d'un processus décisionnel efficace⁵. De ce point de vue, il n'est donc pas surprenant que l'article 1112-1 du Code civil qui instaure une obligation précontractuelle générale d'information, précise *in fine* que le manquement à cette obligation peut, « *outre la responsabilité de celui qui en était tenu* », « *entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles*

¹ Ex : Cass. Civ. 1^{ère}, 4 oct. 1977, n° 75-10.473; Bull. civ. I, n° 351 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 16 mai 1995, n° 92-20.976 ; Civ. 1^{re}, 15 mars 2005, no 01-13.018 ; Cass. Com. 27 févr. 1996, n° 94-11.241. Voir sur ce point, MESTRE J., Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine, in Mélanges A. Breton et F. Derrida, L.G.D.J, 1991, p. 249 et s.

² Notamment Cass. Soc., 8 fév. 2012, Bull. civ. V, n°65, Civ. 2^{ème}, 20 déc. 2007, Bull. civ. II, n°277.

³ Encourt la cassation, l'arrêt qui déboute le cessionnaire d'une société, condamné à rembourser à la caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) les indemnités versées au titre d'un accident du travail survenu avant la cession litigieuse, de son action en garantie contre les héritiers du gérant de la société cédante sans rechercher si ce dernier, pénalement condamné pour blessures involontaires et infraction à la législation du travail, n'avait pas manqué à son obligation de contracter de bonne foi en omettant, lors de la cession de parts de sa société, d'informer le cessionnaire des conséquences probables de l'accident dont s'agit sur la situation active et passive de la société. Cass. Civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, n° 01-13.018, Bull. civ. I, n° 136.

⁴ Art. 1112-1 du Code civil.

⁵ Cf. supra n° 133.

1130 et suivants. » C'est dire que le défaut d'information résultant d'un manquement à cette obligation peut entraîner la nullité du contrat sur le fondement des vices du consentement¹. Il suit de là que la protection *a priori* et *a posteriori* du consentement, loin d'être autonomes et distinctes, se complètent.

2. La généralisation regrettable des délais de réflexion et de rétractation

330. Les délais de réflexion et de rétractation ont également intégré le droit commun. L'article 1122 du Code civil dispose ainsi : « *La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement.* »

331. Nous avons pu déterminer précédemment la nécessité de tels délais pour un processus décisionnel effectif. Ils remédient en effet à une prise de décision précipitée, l'un en retardant la prise de décision, l'autre en permettant la correction d'une décision précipitée. L'opportunité de ces délais est indéniable dans des cadres bien spécifiques. En revanche, elle pose question pour ce qui concerne le droit commun². Il suffit pour s'en convaincre d'analyser la lettre du texte.

332. Cet article lapidaire se limite à une définition des mécanismes. Reste que, nulle précision quant à leur nature juridique et leur régime juridique. Ce faisant, la question controversée de la nature juridique du délai de rétractation n'est pas expressément tranchée par le législateur. Tout au plus peut-on considérer son silence sur ce point, comme une consécration

¹ « C'est à l'étude des sanctions du manquement à ce devoir que qu'apparaissent les liens entre obligation d'information et vices du consentement. L'article 1112-1 du Code civil érige ainsi un pont entre les deux mécanismes. Car, si à proprement parler, le devoir d'information ne relève pas de la validité du contrat, il y projette son ombre puisque le manquement à ce devoir peut arracher à l'une des parties un consentement vicié : une erreur spontanée, ou, pire, provoquée par l'attitude trompeuse ou le silence coupable du contractant. » CATTALANO-CLOAREC G., Obligation d'information et réticence dolosive, in La réforme du droit des contrats en pratique (dir. Mathias Latina), Dalloz, 2017, p. 37 et s., spé. p. 38.

² Voir sur ce point CHANTEPIE G. et LATINA M., Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2^{ème} éd., 2018, spé. 211 et s. ; MOLFESSIS N., La formation du contrat, JCP 2015, suppl. au n°21, p. 6 ; contra : LOISEAU G., Observations, LPA 4 sept. 2015, n°177, p.51.

de la position de la Cour de cassation pour qui le contrat est déjà valablement formé¹. En outre, le texte prévoit que les parties peuvent conventionnellement prévoir un délai de réflexion ou de rétractation, qui jusque alors résultait de lois spéciales. Reste que ces lois spéciales se distinguent par leur caractère d'ordre public. Autrement dit, les parties ne peuvent y déroger. Or, l'article 1122 est muet quant à son caractère impératif. Le vrai est qu'il ne l'est pas. Le rapport est explicite sur ce point : « *En revanche, dans la tradition du code civil, l'ordonnance n'affirme pas expressément dans un article spécifique le caractère supplétif de volonté de ses dispositions. En effet, leur caractère supplétif s'infère directement de l'article 6 du code civil et des nouveaux articles 1102 et 1103, sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné.* »

333. C'est dire que l'article 1122, faute de mention explicite de sa nature impérative, est supplétif et permet aux parties de convenir d'un délai de réflexion ou de rétractation auquel le bénéficiaire peut renoncer. Ce faisant, d'une part, ces deux mécanismes sont vidés de leur essence puisqu'ils visaient, au demeurant, à imposer au bénéficiaire de réfléchir mais également à imposer au débiteur, de laisser son contractant réfléchir et pour ce faire, sont impératifs. D'autre part, les parties ne pourraient-elles conventionnellement parvenir au même résultat avec d'autres mécanismes tels que le délai de maintien d'une offre ou le dédit² ?

334. Si l'on entend malgré tout, considérer que les délais de l'article 1122 convenus contractuellement seraient toujours impératifs, l'hypothèse semble d'autant plus incongrue s'agissant d'un délai de réflexion contractuel. Cela reviendrait à considérer que le bénéficiaire, supposé avoir besoin d'être protégé³, serait pourtant capable d'exiger de son cocontractant une clause aux termes de laquelle il s'interdirait de donner son consentement avant un certain délai. Ou hypothèse plus altruiste, ce serait le cocontractant lui-même, qui déciderait d'insérer ladite clause afin de protéger l'autre partie d'elle-même et l'obligerait à prendre le temps de se décider à contracter... Invraisemblable !

335. Cet élargissement de la portée de ces mécanismes à tout contrat est d'autant plus curieux que le rapport lui-même précise que l'intention du législateur est de « *rappeler dans le*

¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 10 juin 1992, n° 90-17.267, Contrats, conc. consom. 1992, comm. 195.

² Pour une analyse plus détaillée sur ce point, cf. infra n° 579 et s.

³ De lui-même (précipitation) ou de son cocontractant (pression).

code civil l'incidence sur les règles de droit commun de tels délais prévus par des droits spéciaux, dans un souci de complète intelligibilité de notre droit. » Pourquoi alors avoir précisé qu'ils pouvaient résulter d'un contrat ? Et ce d'autant que les avant-projets Catala et Terré¹ limitaient ces mécanismes aux seuls contrats déterminés par la loi, tout comme dans le projet d'ordonnance. Faut-il plutôt interpréter ce texte comme donnant la possibilité aux parties de conventionnellement décider d'étendre certains textes légaux à une partie qui, au demeurant n'en était pas bénéficiaire ? Il a en effet pu être jugé que le droit de rétractation peut être conféré contractuellement à un acquéreur professionnel la faculté de rétractation prévue par l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation². Quoi qu'il en soit l'intérêt de cet article pose question³.

¹ Art. 1110-2 de l'avant-projet Catala : « *Dans certaines conventions déterminées par la loi, le consentement ne devient définitif et irrévocable qu'à l'expiration d'un délai de réflexion ou de repentir.*

Le délai de réflexion est celui jusqu'à l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut consentir efficacement au contrat.

Le délai de repentir est celui jusqu'à l'expiration duquel il est permis au destinataire de l'offre de rétracter discrétionnairement son consentement au contrat. »

² Cass. 3e civ., 5 déc. 2019, n° 18-24.152, FS-P+B+I, X c/ SARL Mitchun : JurisData n° 2019-021779 ; com. SIZAIRE Ch., Le droit de rétractation peut être conféré contractuellement à un acquéreur professionnel, Construction-urbanisme, n°2, février 2020, p.27

³ « *Finalement, l'article 1122 n'a donc guère de portée. L'accessibilité du droit ne devrait pas conduire à adopter des articles dont la charge normative est nulle* » sanctionnent CHANTEPIE G. et LATINA M., Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2^{ème} éd., 2018, p. 214 ; AUBERT DE VINCELLES C., Le processus de conclusion du contrat, in F. Terré (dir.), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, 2009, p.119, spé. p. 131.

CONCLUSION

336. L'opportunité et l'existence du droit à l'hésitation sont indéniables. Basé sur des fondements tant extra-juridiques, que juridiques, il constitue un outil performant d'aide à la décision. Droit ancien, il permet aux parties d'exercer leur liberté contractuelle en organisant et en remédiant à leur hésitation grâce au mécanisme qu'elles jugent le plus efficace pour elles. Droit résolument moderne, il joue un rôle efficace de protection du consentement.

337. Le droit à l'hésitation, libertaire, permet à ses bénéficiaires d'être en mesure de prendre la meilleure décision, c'est-à-dire celle qu'ils estiment être la meilleure pour eux, et d'en assumer les conséquences si d'aventure, ils n'avaient pas fait le bon choix. Car, contracter, c'est accepter de prendre des risques¹.

338. En outre, nonobstant les quelques écueils que nous avons soulevés et qui, certainement seront corrigés par la jurisprudence, il faut singulièrement saluer le droit à l'hésitation contemporain en ce qu'il constitue une protection *a priori* du consentement. Il s'agit d'une main tendue protectrice qui, pour autant, ne signe pas à la place du contractant. Bien au contraire, il renforce la liberté contractuelle et la responsabilisation des contractants car ces derniers se trouvent mieux armés. Il faut en outre considérer que le droit à l'hésitation contemporain, davantage commandé par une justice contractuelle, complète un droit à l'hésitation classique qui lui, a une portée beaucoup plus large. C'est cette diversité qui fait de lui un droit efficace.

339. Au surplus, cette diversité du droit à l'hésitation témoigne de ce que le droit des contrats n'a pas une approche uniquement rationnelle de la décision, faute de quoi, il n'envisagerait pas l'hésitation, notion éminemment psychologique et partant, subjective. Le traitement de l'hésitation est donc à la fois subjectif et objectif. Autrement dit, il propose des outils juridiques permettant au décideur d'être hésitant, mais également de remédier aux causes d'hésitation.

¹ BARBIER H., La liberté de prendre des risques, *op. cit.*

TITRE 2 - RÉCEPTION NORMATIVE DE L'HÉSITATION

340. S'il est vrai que l'hésitation peut survenir tout au long du processus décisionnel, il est encore plus vrai qu'elle peut être fortement réduite, voire évitée, ce, grâce à la mise en œuvre d'outils visant à enrayant les causes d'hésitation. Il s'agit en pareille hypothèse de prévenir l'hésitation.

341. Il faut néanmoins prévoir d'autres outils qui eux seront mis en œuvre en cas d'apparition de l'hésitation. Par suite, la réception normative de l'hésitation doit, pour être efficace, opérer à deux niveaux, en amont d'une part, et en aval d'autre part. En amont avec les mécanismes prophylactiques (Chapitre 1) et en aval avec les mécanismes curatifs (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 – LES MECANISMES PROPHYLACTIQUES

342. Les mécanismes prophylactiques¹ de l'hésitation visent à prévenir son apparition, sa propagation ou son aggravation. En d'autres termes, il s'agit de limiter les conséquences néfastes de l'hésitation, autrement dit, une situation d'attente.

343. L'information se révèle être un moyen particulièrement efficace pour remédier à l'hésitation. *Stricto sensu*, elle sera relative au contrat envisagé (Section 1). Mais elle peut également résulter de l'expérimentation du contrat envisagé (Section 2).

Section 1 – L'information relative au contrat envisagé

344. L'information a une incidence particulière sur les causes d'hésitation en ce que son défaut crée une incertitude. Elle est également nécessaire pour parfaitement mesurer le risque encouru, tout autant que sa complétude permet d'évaluer le meilleur choix possible. Dès lors, l'asymétrie d'information existant entre les deux futurs contractants est insidieuse. Cet aspect n'a pas échappé au législateur qui s'est pleinement saisi du problème de l'asymétrie d'information (§1) pour laquelle le contractant décideur a un rôle majeur à jouer. La correction de l'asymétrie d'information s'opère également par l'intervention de tiers au processus décisionnel du contractant décideur. L'on parle alors de mécanismes extra-correctifs (§2).

§ 1 –Le problème de l'asymétrie d'information

345. L'asymétrie d'information est consubstantielle de l'hésitation (I) parce qu'elle engendre quasi systématiquement l'incertitude et impacte l'appréciation du risque. La profusion des mécanismes extra-correctifs de l'asymétrie d'information n'exclut pas, indépendamment de toute aide extérieure, une correction autonome de celle-ci par le contractant décideur (II).

¹ MALAURIE Ph., L'effet prophylactique du droit civil, in Mélanges Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 669.

I. L'asymétrie d'information, consubstantielle de l'hésitation

346. L'incertitude et le risque partagent pour point commun, l'impact de l'information ou plus justement l'impact de son défaut. En effet, l'incertitude peut résulter d'un manque d'information, même si une part d'incertitude demeure toujours car le contrat concerne l'avenir, par essence incertain. C'est en ce sens que contracter c'est aussi accepter de prendre un risque¹. Mais le mieux reste encore que le risque pris par les contractants soit un risque maîtrisé. D'où la nécessité pour décider de contracter, d'avoir un maximum d'informations afin de résoudre autant que possible l'hésitation.

347. La difficulté vient de ce qu'il existe dans le contexte contractuel moderne une dissymétrie de pouvoirs entre les contractants : économique, technique, juridique. Que l'un des contractants soit économiquement plus puissant ne pose pas, en soit, difficulté². « *Obtenir une position dominante sur un marché est ce vers quoi tend l'activité de tout agent économique.* »³ Le droit n'a certainement pas vocation à rendre tous ses acteurs égaux économiquement. En revanche, il fixe une limite qui est celle de l'abus de cette position dominante⁴. Ainsi, l'article 1143 du Code civil érige au rang de violence le fait pour une partie à un contrat, « *abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant* » à son égard » d'obtenir « *de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif.* »⁵ Ce faisant, l'article 1143 va plus loin que la Cour de

¹ Cf. supra n° 259 et s.

² Voir notamment, PAYET M.-S., *op. cit.*, spé. n°69 et s., n° 123.

³ DREIFUSS-NETTER F., Droit de la concurrence et droit commun des contrats, RTD Civ. 1989, p. 375.

⁴ « *L'état de dépendance économique se définit comme l'impossibilité, pour une entreprise, de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées avec une autre entreprise.* » Cass. Com., 12 févr. 2013, n° 12-13603. Voir notamment Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, MAZEAUD D., PICOD Y., La violence économique, Dalloz, 2017.

⁵ Il ne s'agit pas donc plus uniquement de dépendance économique ; « *d'autres formes de vulnérabilités seront prises en compte : situations liées à l'âge, à l'état de santé, à la dépendance psychique ou psychologique* ». Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, MAZEAUD D., PICOD Y., La violence économique, *op. cit.*, p. 4. Voir également, BEHAR-TOUCHAIS M., VIRASSAMY G., Les contrats de la distribution, Traité des contrats (dir.) J. GHESTIN, L.G.D.J., 1999 ; MALAURIE-VIGNAL M., Droit de la concurrence interne et européen, Sirey, 8^{ème} éd., 2020 ; VOGEL L., Droit de la concurrence : droit français, Bruylant, 3^e éd., 2020 ; Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Violence

cassation qui, elle, exigeait la réunion de deux conditions cumulatives : d'une part, que le contractant ait abusé de la position de faiblesse de l'autre contractant, et d'autre part, que cela soit dans le but d'en retirer un avantage manifestement excessif¹. Le Code civil réformé participe ainsi au mouvement moderne de justice contractuelle². De même, l'article L. 420-2 du Code de commerce prohibe « *l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. (...)* ». Cet abus peut notamment résulter d'un « *refus de vente* » ou encore de « *conditions de vente discriminatoires* »³.

348. Il en va différemment pour ce qui est des deux autres pouvoirs, le pouvoir technique et le pouvoir juridique. Le point commun de ces derniers est l'information. Dit autrement, l'information technique relative à l'opération ou à l'objet du contrat⁴ mais également à sa portée juridique⁵, détenue par une seule des parties entraîne une asymétrie des pouvoirs. Reste que, outre l'asymétrie de pouvoirs, la possession inégale d'information entre les parties contractantes a d'autres conséquences néfastes, dont la première est l'hésitation puisque la phase de conception s'en trouve perturbée ce qui impacte le reste du processus décisionnel. Il

économique, *op. cit.* ; AYNÈS L., La contrainte en droit des contrats, in L. GRYNBAUM (dir.), La contrainte, Economica, 2007 ; PAYET M.-S., *op. cit.*

¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 03 avril 2002, n° 00-12.932, Bull. civ. I, n° 108 ; JCP G 2002, I, 184, n° 6, Virassamy ; Contrats, conc. consom. 2002, comm. 121, Leveneur ; D. 2002, p. 1862, note Chazal. : « (...) *seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement* (...) ». Cass. Civ. 2^{ème}, 5 oct. 2006 ; D. 2007, p. 2215, note Raoul-Cormeil.

² GESTHIN J., LOISEAU G. et SERINET Y.-M., Traité de droit civil : La formation du contrat, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n° 362 et s. ; FABRE-MAGNAN M., La justice in Le droit des contrats, 2018, pp. 103-125 ; SMORTO G., La justice contractuelle, Revue internationale de droit comparé, Vol. 60 N°3, 2008. pp. 583-602.

³ Voir par exemple, Cons. conc. N° 99-D-85 du 22 déc. 1999 (conf. par Com. 26 nov. 2003, n° 00-22.605).

⁴ Comme en matière de construction par exemple avec les art. R. 231-3 et suivants du Code de la construction et de l'habitation. Il a ainsi pu être jugé que la notice descriptive doit être suffisamment précise. Elle doit énoncer les caractéristiques de l'immeuble, les travaux d'équipement nécessaires à son édification, et indiquer le coût des travaux en précisant, si besoin est, ceux qui ne sont pas compris dans le prix convenu. (Cass. Civ. 3^{ème}, 6 nov. 1996). En matière informatique, il est largement admis que l'obligation de délivrance comporte une obligation accessoire d'information en raison de la technicité et de la complexité des outils informatiques (Cass. Civ. 1^{ère}, 25 juin 1996, n° 94-16.702 ; Cass. Com. 31 janv. 2018, n° 16-16.634 et 16-22.097).

⁵ Notamment en matière de prêt (par exemple, Cass. Com., 21 oct. 2020, n° 19-10.461).

faut pour s'en convaincre s'appuyer sur les travaux menés en économie sur l'asymétrie d'information.

349. Georges Akerlof est le premier économiste à avoir consacré ses recherches à l'asymétrie d'information sur les marchés révélant les imperfections de celui-ci¹. Avec la théorie des asymétries d'information, Georges Akerlof démontre les conséquences lorsque des acteurs détiennent des informations pertinentes que d'autres acteurs n'ont pas. Il prend l'exemple des voitures d'occasions, les *lemons*², pour lesquelles, les vendeurs connaissent mieux les produits vendus que l'acheteur. « *Apparaît donc une asymétrie par rapport à l'information disponible sur le marché de l'automobile, car les vendeurs possèdent désormais davantage de renseignements sur la qualité des voitures que les acheteurs.* » Il suit de là que, contrairement au modèle de la concurrence pure et parfaite (CPP) dans lequel tous les acteurs auraient une connaissance complète et parfaite de tous les facteurs significatifs du marché³, il en va autrement en pratique, ce qui influe nécessairement sur le marché.

350. En effet, parce que les acheteurs ignorent la qualité réelle du véhicule et afin de se prémunir de tous risques, ceux-ci proposent un prix d'achat délibérément bas. Cela conduit nécessairement à une détérioration du marché car les vendeurs se trouvent eux, contraints de proposer des prix moyens pour les bons comme pour les moins bons, voire mauvais véhicules (les « tacots ») ; « *les voitures, bonnes ou mauvaises, se vendent au même prix.* » Finalement, les propriétaires de bons véhicules préférant ne pas vendre à un prix aussi dérisoire, ou à tout le moins à un prix inférieur à la valeur réelle de leur véhicule, se retirent du marché sur lequel ne restent que des « tacots ». C'est ce que l'on appelle le phénomène de « sélection adverse ». La concurrence ne joue alors plus son rôle de moteur d'innovation, de diversité d'offres et de prix attractifs, au profit de la circulation de produits de médiocre qualité.

351. L'effet pervers de l'asymétrie d'information ne se cantonne pas au seul domaine de la vente. En témoignent les travaux réalisés par Georges Akerlof avec Michael Spence et Joseph

¹ AKERLOF G., « The market for « lemons » : Quality, Uncertainty and the Market Mechanism », 1970, traduction parue dans Idées, n°130, décembre 2002.

² Que l'on pourrait traduire « les tacots ».

³ Voir notamment ARROW K et DEBREU G., « *Existence of an Equilibrium for a Competitive Economy* », *Econometrica*, Vol. 22 n°03 (Juil. 1954), pp. 265-290.

Stiglitz avec la théorie des contrats avec asymétrie d'information¹. Ces derniers, en s'intéressant également aux marchés des contrats d'assurance ou encore aux marchés financiers et aux marchés du travail, ont posé les jalons de l'économie de l'information. Autrement dit, ils se sont intéressés à la question de savoir comment l'information structure les échanges économiques et ont cherché à déterminer en quoi l'information détenue par un acteur influe le marché. Outre l'asymétrie d'information, ils ont relevé deux autres phénomènes.

352. Le premier cité précédemment et mis en avant par Georges Arkelof, est celui de la sélection adverse ou antisélection. Ce problème d'asymétrie d'information se déclare au moment de la signature du contrat et a trait à la nature et à la qualité des produits offerts sur le marché. La sélection adverse se traduit par une possible surestimation de la qualité des produits proposés à la vente et partant, par un prix plus élevé ne correspondant pas nécessairement à la valeur réelle du produit. Le prix n'est alors plus un parfait signal de la valeur du bien² et ne joue plus son rôle d'information. Au surplus, les acheteurs ne peuvent plus avoir confiance dans les déclarations du vendeur. Il suit de là que les vendeurs qui auraient effectivement un produit de bonne qualité ne peuvent plus le vendre à un prix élevé, les acheteurs doutant de sa qualité. Comme nous l'avons vu précédemment avec l'exemple des voitures d'occasion, les vendeurs de produits de bonne qualité préfèrent en pareil cas quitter le marché.

353. Avec ce phénomène, ce ne sont plus les meilleurs produits qui restent sur le marché. Cela vaut pour les véhicules d'occasion mais également pour les adhérents des assurances médicales privées. Ici, ce sont les adhérents les plus rentables qui fuient le marché. De même pour le marché du crédit. Lorsque la banque ne dispose pas de suffisamment d'informations sur la solvabilité des emprunteurs, elle ne peut ajuster le taux du crédit dépendamment de la solvabilité de ceux-ci. Elle n'a alors d'autres choix que de fixer un taux moyen pour l'ensemble des emprunteurs. Finalement, les emprunteurs présentant une bonne solvabilité préfèrent refuser une offre avec un taux qu'ils estiment trop élevé, quand les autres, ceux présentant une piètre solvabilité, s'empresseront d'emprunter voyant dans ce taux peu élevé une aubaine ; tout comme les propriétaires de « tacots » ravis de se débarrasser de leur véhicule à un prix intéressant. Ici encore, les meilleurs quittent le marché. Force est alors de constater deux

¹ Leurs travaux leur ont valu de recevoir le prix annuel de la Banque de Suède en mémoire d'Alfred Nobel en 2001 en Science économique.

² Contrairement au modèle de la concurrence pure et parfaite (CCP).

conséquences majeures de l'asymétrie d'information : d'une part, la détention de l'information ne fait pas nécessairement de celui qui la possède la partie forte et d'autre part, l'agent souffrant d'un défaut d'information risque de sélectionner un produit qui ne correspond pas au prix affiché, avec la conséquence que cela peut entacher sa confiance et l'inciter à ne pas contracter.

354. Le second phénomène relevé par les trois prix Nobel d'économie est l'aléa moral. Pourquoi moral ? Parce que « *si l'information est asymétrique, l'équité dépend de la loyauté de celui qui peut cacher les tares du service offert en échange.* »¹ Contrairement à la sélection adverse, l'aléa moral concerne la période postérieure à la conclusion du contrat. Plus simplement, il s'agit du comportement de l'acteur après achat. Prenons l'hypothèse de l'assuré. Se pose la question de savoir comment se comportera ce dernier après avoir souscrit au contrat. Se sachant prémuni contre l'incendie par exemple, prendra-t-il autant de précautions que s'il n'avait pas été assuré ? L'incitation à se protéger ne se trouve-t-elle pas réduite du fait d'être assuré ? Pis encore, l'assuré ne pourrait-il pas en réalité être mal intentionné et envisager d'incendier volontairement son bien ? Il y a de ce fait une asymétrie d'information.

355. L'assureur ne peut donc pas définir parfaitement les risques qu'il assure. En effet, il ignore les potentielles décisions déviantes de son assuré - résultat par exemple de sa négligence volontaire - qu'il ne souhaite pas assurer. L'aléa moral n'est finalement que « *le risque que l'une des parties à une entreprise ou à un contrat profite abusivement d'une dissymétrie d'information aux dépens des autres.* »² En d'autres termes, l'acteur qui se sait assuré peut changer de comportement et adopter un comportement négligent. De même, l'assuré mal intentionné pourrait volontairement aller jusqu'à détruire le bien assuré. Le phénomène de l'aléa moral est davantage présent sur les marchés financiers. Les opérations de sauvetage étatiques en cas de défaillance des banques poussent ces dernières à prendre de plus en plus de risques parce qu'elles se savent protéger, quasiment prémunies contre le risque et ce, de façon illimitée.

¹ PERROT E., Les récents Nobel d'économie. Ce qu'ils peuvent nous apprendre, Études, vol. tome 396, n° 3, 2002, pp. 311-321.

² de LAROSIÈRE J. « L'aléa moral », Commentaire, vol. numéro 134, n° 2, 2011, pp. 389-396.

356. D'évidence, l'aléa moral n'a qu'une influence résiduelle, voire quasi inexistante, sur la décision de contracter, à tout le moins d'un point de vue juridique¹. En droit, les parties se prémunissent de l'aléa moral grâce par exemple à la clause résolutoire² qui sanctionne le comportement fautif ou répréhensible du contractant qui n'exécute pas ses obligations. De ce fait, l'aléa moral ne préjudicie pas le bon déroulement du processus décisionnel. Les parties au contrat se sentant plus confiantes, cet aléa ne perturbe pas leur décision de contracter.

357. En revanche, l'asymétrie d'information antérieure à la conclusion du contrat impacte lourdement le déroulement du processus décisionnel, pouvant aller de l'hésitation jusqu'à un consentement vicié. En effet, le contractant potentiel peut être paralysé dans sa décision ou s'engager en se méprenant notamment sur les qualités du produit objet du contrat³ ou sur les clauses de ce dernier⁴. Il faut en outre préciser que tout comme pour les acteurs du marché, l'asymétrie d'information génère un défaut de confiance⁵ qui est pourtant « *l'âme des contrats*⁶ », ce qui peut renforcer leur hésitation.

358. Outre ces impacts, il convient d'ajouter celui du « pouvoir informationnel ⁷ » entendu comme « *la capacité d'une entité économique de modifier le comportement d'autres unités et d'obtenir ainsi un avantage grâce à la possession inégale d'information*⁸ ». Ce phénomène,

¹ Cette affirmation doit toutefois être nuancée s'agissant du marché de l'art. Voir en ce sens, MOUREAU N., Authenticité et marché de l'art : une illustration de l'effet papillon, JAC 2013, n°5, p. 18.

² Art. 1225 du Code civil.

³ Par exemple terrain inconstructible, cession d'actions ou de parts d'une société « *privée de l'essentiel de son actif et devenue dans l'impossibilité manifeste de réaliser son objet social, de poursuivre une activité économique et donc d'avoir une rentabilité* » Cass. com., 7 févr. 1995, n° 93-14.257 ; la rentabilité de l'activité d'une entreprise de franchise Cass. com., 24 juin 2020, n° 18-15249 ; Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-19.047.

⁴ C'est ainsi que la Haute juridiction sanctionne l'asymétrie d'information entre les parties contractantes, en ce qu'elle peut engager la responsabilité du banquier dispensateur de crédit. (Cass. Com. 20 sept. 2005, D. 2005, p. 2588). Voir également sur ce point, BOUCARD Fr., Les obligations d'information et de conseil du banquier, Thèse, PUAM, 2002.

⁵ BENABOU V.-L. et CHAGNY M. (dir.), La confiance en droit privé des contrats, Dalloz, 2008.

⁶ CORNU G., cité par L. Aynès, « La confiance en droit privé des contrats », in La confiance en droit privé des contrats, dir. V.-L. Bénabou et M. Chagny, Dalloz, Actes, 2008.

⁷ Voir notamment PERROUX Fr., Pouvoir et économie, Bordas, Paris, 1973 ; THÉPAUT Y., Pouvoir, Information, Économie, Economica, 2002.

⁸ MUSSO P., Pouvoir, information, économie d'Yves Thépaut, Economica, 2002. In: Quaderni, n°53, Hiver 2003/2004. La convivialité, fable contemporaine. pp. 129-130.

également observé en économie¹, a été largement étudié en droit². La jurisprudence considère en effet que l'erreur doit toujours être tenue pour excusable lorsqu'elle est provoquée³, notamment par la réticence dolosive d'information⁴, ce qui est aujourd'hui confirmé par l'article 1139 du Code civil⁵. C'est dire que le droit considère que le pouvoir informationnel détenu par l'une des parties est de nature à vicier le consentement de l'autre partie lorsqu'elle en fait un usage abusif en privant volontairement son contractant d'une information dans le but de l'amener à contracter⁶.

359. Afin de pallier les phénomènes d'asymétrie d'information, les économistes ont recours à la théorie des signaux⁷. Il s'agit d'instituer par exemple une réglementation assurant la révélation de tout ou partie de l'information⁸. Sur le marché du travail, c'est le diplôme qui

¹ Dans ses travaux, Monsieur Thépaut analyse également l'importance de l'information dans l'économie contemporaine en tant que ressource productive qui participe de la performance des entreprises. La question de l'information en tant que valeur économique et du statut juridique de l'information a également été étudiée en droit. Voir sur ce point, HANCE P. O., L'information et le droit : la question du statut juridique de l'information, Revue Le Lamy Droit de l'immatériel, N° 75, 1er octobre 2011.

² Voir notamment FABRE-MAGNAN M., De l'obligation d'information dans les contrats, *op. cit.* ; BOYER Y., L'obligation de renseignements dans la formation du contrat, Thèse, PUAM, 1978 ; CHRISTIANOS V., Conseils, mode d'emploi et mise en garde en matière de vente de meubles corporels, Thèse, Paris, 1985 ; DABOSVILLE B., L'information du salarié, Thèse, Dalloz, 2013 ; GHESTIN J., La formation du contrat, *op. cit.*, p. 576 et s. ; Le droit de savoir, Rapport annuel 2010 de la Cour de cassation ; STRICKLER Y., La protection de la partie faible en droit civil, LPA, 25 oct. 2004, n° 213, p.6 ; LE GACH-PECH S., Bâtir un droit des contractants vulnérables, RTD civ. 2014, p. 581 et s. ; LE GACH-PECH S., Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil, LPA, 16 août 2016, n° 119, p. 7.

³ Cass. Civ. 1^{ère}, 27 juin 1973, Bull. civ. I, n° 221 ; Com. 29 oct. 2003, n° 02-11.592.

⁴ Cass. Com. 8 mars 2016, n° 14-23.135.

⁵ Art. 1139 du Code civil : « *L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat.* »

⁶ Art. 1137 al. 2 du Code civil : « *Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie.* » Par exemple, réticence dolosive à l'occasion d'une opération financière, Cass. Com. 7 fév. 2012, n°11-10.487.

⁷ Spence M.A., « *Market Signaling; informational; transfer in hiring and related screening process* », Harvard U.Press. 1974 ; Arrow K.J., « *Higher education as a Filter* », Journal of Public Economics, 2. 1973.

⁸ Par exemple une notice informative comme la notice d'information relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs ainsi qu'aux voies de conciliation et de recours qui est une annexe obligatoire des baux depuis la loi ALUR et l'arrêté du 29 mai 2015 ; ou encore le document d'information précontractuel en matière de franchise dont la remise est exigée aux termes de l'art. L. 330-3 du Code de commerce.

joue le rôle de signal et permet la sélection du bon candidat. Les vendeurs de voitures d'occasion, eux, proposeront une garantie. La publicité est également un signal en ce qu'elle est censée témoigner de la qualité des produits car les vendeurs ont engagé des dépenses publicitaires lesquelles représentent généralement un coût important. Ceci est supposé illustrer le fait qu'ils n'hésitent pas à engager des sommes importantes eu égard à la qualité de leurs produits.

360. Reste que nombre de ces signaux présentent un défaut majeur : ils ne sont pas nécessairement un gage d'information objective et juste. Ils permettent en réalité à ceux qui disposent de moyens financiers suffisants, d'être présents sur le marché. Prenons l'exemple du diplôme. Ce signal exclut nécessairement les non diplômés ou mal diplômés, ceux dont le diplôme est non reconnu ou mal reconnu¹. Autre exemple particulièrement révélateur : la publicité. La crédibilité de ce signal dépend des capacités financières du vendeur du produit et non de l'efficacité de celui-ci. Ce manque d'objectivité² qui peut aller jusqu'à des publicités trompeuses, a conduit à largement légiférer la publicité et ce d'autant qu'elle constitue la première source d'information³. Cette ingérence du législateur dans la publicité afin qu'elle joue véritablement son rôle de signal pour les consommateurs, témoigne de ce qu'en droit des contrats, la correction de l'asymétrie d'information répond à un tout autre objectif qu'en économie. D'ailleurs, la jurisprudence considère que la publicité peut provoquer une altération de la décision d'achat du consommateur, critère permettant de qualifier une pratique commerciale de trompeuse⁴.

¹ Voir sur ce point, GAMEL C., Le diplôme, un « signal » en voie de dépréciation ? : Le modèle de Spence réexaminé, *Revue d'Économie Politique*, Dalloz, 2000, pp. 53-84.

² Le *dolus bonus* en est une parfaite illustration. Voir en ce sens, Cass. Com. 13 déc. 1994, n°92-20.806 « *l'exagération commise dans la description publicitaire ne dépassait pas ce qui est habituel dans les pratiques commerciales (...)* »

³ La répression de l'information publicitaire trompeuse ou mensongère est ancienne. L'on peut notamment citer la loi du 1^{er} août 1905 sur la répression des fraudes. Au niveau européen, il a fallu attendre 1984 avec la directive n° 84/450 relative à la publicité trompeuse. Aujourd'hui, ce sont les articles L. 121-2 à L. 121-5 du Code de la consommation qui prohibent les pratiques commerciales trompeuses.

⁴ Voir Cass. Com., 27 avril 2011, n° 10-15.648 : « *Mais attendu qu'une pratique commerciale trompeuse au sens de l'article L. 121-1 I 2° a) et c) du code de la consommation, seul invoqué dans leurs écritures d'appel par les sociétés Univers pharmacie et Direct labo et par l'UGDPO, implique que la décision d'achat du produit par les consommateurs auxquels s'adresse la publicité litigieuse soit susceptible d'être altérée* ».

361. *« L'élément essentiel d'un choix rationnel, c'est l'information. Le défaut d'information porte atteinte à la capacité de faire les choix rationnels, c'est-à-dire "informés" qu'implique la théorie économique : les décisions se font alors dans l'incertitude, sinon l'erreur. Cette incertitude se présente comme une source d'inefficacité dont le remède est l'information ¹ ».* Ainsi, le futur contractant doit être en mesure d'apprécier que l'utilité que doit lui procurer le contrat correspond effectivement à ce qu'il souhaite ou dont il a besoin. Il faut en effet considérer que *« la décision de contracter résulte d'une appréciation de l'adéquation du contrat projeté à la satisfaction du besoin envisagé² »*. Par suite, les mécanismes juridiques correctifs de l'asymétrie d'information, source d'incertitude mais également nécessaire à l'évaluation du risque, visent à assurer la réalisation du processus décisionnel afin de générer des consentements éclairés et de limiter l'hésitation. C'est dire qu'outre la recherche de correction de l'asymétrie d'information, il y également un objectif de sécurité³. Il n'est donc pas surprenant que ceux-ci soient plus contraignants tant dans la forme que dans le fond. Reste que, le principe en droit est l'autonomie des acteurs contractuels et partant, un devoir de pallier leur défaut d'information de façon autonome.

II. La correction autonome de l'asymétrie d'information

362. Il pourrait sembler surprenant, voire peu orthodoxe, de débiter notre propos relatif à la correction juridique de l'asymétrie d'information entre les futurs contractants par la correction autonome de celle-ci. L'obligation d'information a pris une place importante dans le paysage juridique depuis le début du XX^{ème} siècle⁴ avec la conséquence que l'on serait tenté de la considérer comme le principe dès lors qu'il s'agit de déterminer les mécanismes correctifs de l'asymétrie d'information, relayant par là même le devoir de s'informer au ban des exceptions. Pourtant, il est permis de considérer qu'aujourd'hui encore le devoir⁵ de

¹ RUDDEN B., Le juste et l'inefficace pour un non-devoir de renseignements, RTD civ. 1985, I, p. 85.

² LUCAS de LEYSSAC, L'obligation de renseignements dans les contrats, in L'information en droit privé, Travaux de la conférence d'agrégation (dir. LOUSSARN Y. et LAGARDE P.), LGDJ, 1978, p. 306.

³ STRICKLER Y., La protection de la partie faible en droit civil, op. cité.

⁴ Cf. infra n°374 et s.

⁵ Madame Fabre-Magnan distingue entre le devoir et l'obligation expliquant qu'il est plus opportun de retenir le devoir de s'informer, *« un tel devoir n'étant nullement constitutif d'un lien de droit entre les deux contractants : le devoir de s'informer n'existe – comme l'indique la forme pronominal – que vis-à-vis de soi-même ; vis-à-vis du contractant, ce devoir implique simplement que ce dernier n'est pas tenu d'une obligation d'information sur*

s'informer demeure le principe « *dont l'obligation de s'informer ne représente qu'une exception*¹ ».

363. S'il est vrai que le « *schéma idyllique*² » que promouvait le Code Napoléon dont les acteurs, pendant de l'homo economicus³, seraient des « homo juridicus », rationnels, libres et égaux, fait sans doute désormais figure d'image d'Épinal, il est toutefois un élément qui résiste à l'usure du temps et au déséquilibre contractuel actuel : le rationalisme. Ce n'est d'ailleurs qu'à cette condition que le droit des contrats peut ne pas céder aux attrait d'un paternalisme juridique qui exempterait ses acteurs de toutes libertés ou de choix, les réduisant à un statut d'incapable qu'il faut protéger d'eux-mêmes. Le contractant doit en tout état de cause, demeurer cet « homme attentif et sage » dont Portalis faisait l'éloge⁴. « *L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison. S'il en était autrement, la vie des hommes, sous la surveillance de la loi, ne serait qu'une longue et honteuse minorité ; et cette surveillance dégénérerait elle-même en inquisition.* »⁵

364. Pour être cet homme attentif et sage, l'intéressé doit lors de sa prise de décision de contracter, user de sa raison et se montrer diligent dans la réalisation de son processus décisionnel. C'est ainsi qu'il lui appartient de faire preuve de la plus grande autonomie lors de la phase de conception et de mener les investigations nécessaires afin d'obvier aux incertitudes ou informations qui lui feraient défaut. La jurisprudence est inflexible sur ce point et affirme avec vigueur que « *le contractant qui s'est trompé parce qu'il a été trop crédule ou négligent*

ce point ». FABRE-MAGNAN M., De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie, Biblio dr. privé, t. 221, LGDJ, 1992, n° 257.

¹ « *Le devoir de se renseigner est un principe* » affirme JOURDAIN P., Le devoir de “se renseigner” (contribution à l'étude de l'obligation de renseignement), D. 1983, Chron., p. 139. Voir également le TOURNEAU Ph., Les professionnels ont-ils du cœur ? D. 1990. Chron. 21.

² Le GACH-PECH S., Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil, LPA 16 août 2016, n° 119, p. 6 et 7.

³ Cf. supra n° 73.

⁴ Portalis, Discours préliminaire sur le projet de code civil, Joubert, 1844, p. 53 d.

⁵ *Ibid.*

dans ses vérifications ne doit s'en prendre qu'à lui-même¹ ». De non vigilantibus non curat praetor² dit l'adage.

365. Le droit des affaires en est une parfaite illustration. Il exige de ses opérateurs économiques qu'ils se montrent particulièrement autonomes dans la correction de l'asymétrie d'information inhérente à toute prise de décision³. L'audit est à ce titre un outil incontournable de préparation à la décision, notamment lors d'opérations d'ingénierie financière. C'est un véritable outil de diagnostic et de prévention des risques. Lors de ces opérations, *« l'audit doit déterminer les éléments qui peuvent avoir un impact négatif sur l'opération envisagée, déceler les risques qui ne seraient pas traduits dans les comptes sociaux et, exercice beaucoup plus difficile, essayer de chiffrer la non-conformité. L'audit juridique est ainsi devenu en quelques années un outil de diagnostic, de prévention des risques faisant partie intégrante d'une analyse économique et financière et du processus de décision stratégique⁴. »* L'on parle plus généralement des *« due diligence »*. Elles sont conduites préalablement à l'acquisition des titres d'une société et *« s'entendent de l'ensemble des démarches entreprises par un acquéreur potentiel en vue d'obtenir une meilleure connaissance de cette société, d'évaluer ses risques et la valeur de ses actifs⁵. »*

¹ Req. 7 janv. 1901: D. 1901. I. 128 ; voir également Cass. Civ. 3^{ème}, 9 oct. 2012, n°11-23869, qui évoque le cas d'un acquéreur qui devrait être normalement vigilant. Ainsi, le créancier doit s'informer de la valeur des biens qu'il désire vendre, Nancy, 9 mai 2000, JCP E 2002. Pan. 203.

² Des insoucians, le prêteur [juge] n'a cure.

³ L'on en veut pour preuve les arrêts Turco (Cass. Com., 25 févr. 1986, *op. cit.*) et Couturier (Cass. Com., 10 févr. 1987, *op. cit.*) qui illustrent l'extrême rigueur de l'application du principe aux professionnels. Dans le premier, la Cour de cassation indique fermement que : *« en s'abstenant de préciser en quoi la société Turco, dont elle avait pourtant retenu la qualité de professionnel du marché de l'automobile n'aurait pas eu les éléments nécessaires pour contrôler le sérieux de la prévision faite par la société Talbot, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »* Dans le second, avec toujours autant de fermeté, elle considère que : *« au moment de décider si elle avait intérêt ou non à rester dans le réseau Talbot, il appartenait à la société Couturier, dont a été retenue la qualité de professionnel du marché de l'automobile de s'informer, en l'état de l'évolution de la conjoncture, et de s'entourer de tous éclaircissements lui permettant de mesurer les risques et de former raisonnablement son opinion »*.

⁴ SIMON Fr., L'audit juridique : une méthodologie au service d'une politique de prévention des risques, LPA 25 juin 2003, n°126, p. 4

⁵ SAUCIER L., Data room dans le cadre des *due diligence* préalables à l'acquisition des titres d'une société, LPA 30 mai 2012, n°108, p.12

366. Il nous semble d'ailleurs que l'on pourrait donner une définition plus large des « *due diligence* » afin de ne pas les cantonner au seul droit des affaires. Il s'agit de l'ensemble des démarches que doit entreprendre un futur contractant en vue d'obtenir une meilleure connaissance de son projet contractuel afin de préparer au mieux sa phase de délibération et de limiter l'hésitation. L'on pense par exemple à l'expertise de pré-achat immobilier. Il peut autrement s'agir de vérifications opérées par le futur contractant comme la solvabilité, l'identité ou l'adéquation du produit à ses besoins. En effet, tout contractant doit se montrer diligent et son cocontractant ne saurait se substituer à ce devoir fondamental qui lui incombe¹. Dit autrement, il pèse sur le contractant un devoir de se renseigner. Ce n'est qu'à cette condition que son ignorance, si elle venait à persister, serait légitime². C'est ainsi que celui qui prendrait la mauvaise décision, se tromperait parce qu'il aurait manqué à son devoir de se renseigner, commettrait une erreur inexcusable³. Ainsi que le soutenait Pothier, « *une personne n'est pas recevable à alléguer l'ignorance de son propre fait ou de quelque chose dont il lui aurait été facile de s'informer afin d'obtenir l'annulation*⁴ ». En pareil cas, son ignorance ne serait pas légitime et ne commanderait pas une annulation du contrat sur le fondement d'un consentement vicié.

367. En effet, l'erreur résultant d'une faute de l'*errans* qui sollicite l'annulation du contrat est inexcusable. L'erreur inexcusable est l'erreur fautive du contractant⁵ ; les juges du fond faisant une appréciation *in concreto* pour qualifier le comportement de l'*errans*⁶ et « *spécialement aux capacités personnelles de celui qui se prétend créancier d'une obligation d'information*⁷ ». Par exemple, un franchisé doit procéder lui-même à une analyse du marché

¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 25 mars 2003, n° 99-15.198 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 14 mai 2013, n° 12-22.459.

² le TOURNEAU Ph., POUMARÈDE M., Bonne foi, Répertoire de droit civil, Dalloz, Avril 2019.

³ FABRE-MAGNAN M., De l'obligation d'information dans les contrats, *op. cit.*, n° 259. Elle explique qu'il est « *possible d'inclure la notion d'erreur inexcusable dans celle, plus large, du devoir de s'informer* ».

⁴ GHESTIN J., SERINET Y.-M., Erreur, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2017.

⁵ Cass. Com. 26 mars 2002, n° 99-17.716 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 8 oct. 2014, n° 13-18.150.

⁶ FABRE-MAGNAN M., De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie, *op. cit.*, n°260 ; GHESTIN J., SERINET Y.-M., Erreur, *op. cit.*

⁷ FABRE-MAGNAN M., De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie, *op. cit.*, n°260.

de son implantation¹. De même, l'acquéreur d'un fonds de commerce qui était déjà commerçant, doit se renseigner sur la rentabilité de l'entreprise avant d'emprunter².

368. Le devoir de s'informer incombant à tout contractant est implicitement consacré par l'article 1112-1 du Code civil. D'aucuns ont d'ailleurs pu regretter que la réforme du droit des contrats³ ne fasse pas le choix d'une consécration explicite considérant que le Code civil « *fait la part belle au modernisme en consacrant le devoir d'information, il néglige le classicisme en ne disant pas un mot du devoir de se renseigner*⁴ ». Le même auteur rappelle que le devoir de se renseigner est loin « *d'être anodin* » et doit pour cette raison, « *figurer dans le Code civil* »⁵. Il faut pourtant admettre que l'article 1112-1 « corsette »⁶ l'obligation d'information et érige en premier rempart, le devoir de se renseigner aux termes de son premier alinéa : « *Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.* »

369. L'ignorance légitime d'une information est la première cause d'une obligation d'information au bénéfice de celui qui ne sait pas. Dit autrement, un contractant ne peut être créancier d'une obligation d'information que si, légitimement il ignore celle-ci. C'est dire que toute ignorance n'est pas recevable ; elle ne l'est que si elle est légitime. « *Pour apprécier l'ignorance légitime, il importe de tenir compte de la qualité et de l'état social du partenaire (client occasionnel ou professionnel) et, d'une façon plus large, de l'évolution des mentalités et de la vulgarisation des techniques.*⁷ » Dit autrement encore, un contractant ne peut être créancier d'une obligation d'information que s'il a lui-même satisfait à son devoir de se

¹ Cass. Com., 11 février 2003, n° 01-03.932.

² Cass. Com., 1er juill. 2003, n° 02-11.620.

³ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats et du régime général de la preuve des obligations

⁴ HAMELIN J.-F., Les devoirs de se renseigner et d'information, blog Dalloz obligations 2015.

⁵ *Ibid.*

⁶ Pour reprendre l'expression du commentaire sous l'art. 1112-1 du Code civil.

⁷ le TOURNEAU Ph. et alii., Droit de la responsabilité et des contrats 2021-2022, Dalloz action, 12^e éd., n°3124.302.

renseigner¹. Il est dès lors indubitable que le devoir de se renseigner est le principe. C'est lui qui préside à l'existence ou l'inexistence d'une obligation d'information. Le devoir de se renseigner, lui, existe sans condition. Rien ne peut le supprimer ; aucun contractant ne peut en être exempté.

370. Au surplus, le devoir de se renseigner est également un instrument de responsabilisation contractuelle en ce qu'il constitue un rempart à l'incurie du contractant qui n'aurait pas pris la peine de se renseigner et qui solliciterait l'annulation du contrat parce qu'il aurait commis une erreur². Un employeur est par exemple tenu d'effectuer des recherches sur le futur salarié³. C'est ainsi que *« l'erreur sur la personne n'est cause de nullité du contrat de travail que dans la mesure où elle est excusable. Est inexcusable la faute d'une société qui recrute un directeur sans procéder à des investigations qui lui auraient permis de découvrir que, président-directeur général d'une société, il venait de déposer le bilan de cette société aussitôt mise en liquidation de biens⁴. »*

¹ Par exemple, le vendeur d'un local commercial à usage de supérette n'était pas tenu d'informer l'acheteur du projet d'implantation à proximité d'un supermarché, celui-ci étant censé le connaître. Cass. Com. 17 juil. 2001, n°97-17.259 : *« Mais attendu qu'après avoir constaté que la SOMICA a vendu à M. Y... qui s'est substitué la SDBC, un local commercial à usage de superette, situé dans une "ZUP" de Marseille, l'arrêt relève qu'antérieurement à cette vente, le projet d'implantation d'un supermarché dans cette "ZUP" avait fait l'objet d'une délibération du conseil municipal de Marseille du 18 décembre 1972 et que celle-ci avait donné lieu à un article dans le journal "Le Provençal" du lendemain ; qu'il retient, encore, que le projet d'implantation du supermarché, présenté à l'époque comme le plus grand d'Europe, était de notoriété publique dans le monde des professionnels du commerce et que M. Y..., qui est un professionnel expérimenté du commerce, avait la possibilité de consulter les documents d'urbanisme à la Mairie ainsi qu'auprès de la commission départementale d'urbanisme commercial ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations d'où il résulte que le vendeur du local litigieux n'était pas tenu d'informer l'acheteur du projet d'implantation d'un supermarché que celui-ci était censé connaître, la cour d'appel qui a effectué les recherches prétendument omises, évoquées par la seconde branche, a ainsi fait ressortir que la SDBC et M. Y... n'ont pas rapporté la preuve qui leur incombait d'une faute ou d'un dol commis par la SOMICA ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ».*

² Art. 1132 du Code civil : *« L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant. »*

³ La loi l'y autorise d'ailleurs, Art. L. 1221-6 et L.1221-8 du Code du travail.

⁴ Cass. Soc. 3 juill. 1990, D. 1991. 507 (2ème esp.)

371. Chaque futur acteur de la vie contractuelle doit avant tout se montrer autonome et responsable dans son processus décisionnel et ce, en tout état de cause et quelle que soit l'attitude ou les manquements de son cocontractant. La jurisprudence est sans appel sur la question : « *le manquement d'un professionnel à son devoir de conseil et d'information ne dispense pas le client de son devoir de prudence et de diligence*¹. » Ce, pour la raison simple que le devoir de prudence et de diligence qui incombe à tout contractant est inhérent à la qualité de contractant.

372. Il s'ensuit qu'un contractant ne peut remettre sa décision entre les mains d'autrui². Autrement, cela conduirait à une infantilisation des acteurs contractuels, outre une insécurité juridique résultant de demandes massives d'annulation de contractants qui se targueraient d'avoir été mal renseignés ou mal conseillés³. En outre, le contractant potentiel demeure le plus au fait des éléments importants pour lui dans le cadre de son projet et des causes de son hésitation. Il s'ensuit qu'il est le mieux placé pour rechercher et vérifier que le projet qui lui est soumis correspond réellement à ses besoins⁴. « *Il appartient à chacun de défendre ses intérêts, chacun doit s'informer en puisant à toutes les sources d'information possible*⁵ ».

373. Certains auteurs considèrent que l'on assiste à un net recul de l'autonomie du contractant en tant que décideur au profit d'une conception, jugée « *trop extensive*⁶ », d'une obligation d'être informé « *favorisant abusivement la tendance de chacun à s'en remettre à autrui*⁷ ». Nous considérons que cette perception doit être nuancée et qu'il est préjudiciable

¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 25 mars 2003, n° 99-15.198.

² A tout le moins *a priori* car nous nous verrons que certains éléments justifient l'intervention de tiers dans le processus décisionnel (cf. infra n° 362 et s.)

³ Comme un pruniculteur qui, pour traiter ses vergers, mélangeait un produit phytosanitaire, contrairement aux prescriptions du fabricant, à deux autres produits sans essai préalable. Cass. Civ. 1^{ère}, 30 nov. 2004, n° 01-14.314.

⁴ S'agissant de l'achat d'un véhicule utilitaire par un entrepreneur de maçonnerie, qui invoquait l'insuffisance de charge utile du camion, le vendeur n'avait pas l'obligation de s'informer auprès de l'acquéreur des conditions de cette utilisation, ni à informer celui-ci des caractéristiques techniques dont cet acheteur était à même d'apprécier la portée. Dès lors, justifie légalement sa décision rejetant la demande de l'acquéreur en résolution de la vente, la cour d'appel qui retient souverainement que le camion livré était conforme à la commande et que la charge utile n'avait fait l'objet d'aucune définition contractuelle. Cass. Civ. 1^{ère}, 7 juin 1995, n° 93-13.187.

⁵ LARROUMET Ch. et BROS S., Traité de droit civil, Economica, 9^{ème} éd., p. 328.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

d'opposer le devoir de se renseigner et l'obligation d'information. Tout au contraire, ces mécanismes se complètent ; le second ne pouvant exister sans le premier qui en est le principe. Accompagner les futurs contractants en leur offrant des aides à la décision n'exclut nullement leur participation active dans leur processus décisionnel et se justifie au regard du contexte dans lequel ils évoluent désormais. À cet égard, les correctifs externes de l'asymétrie d'information présentent une utilité et une pertinence incontestables.

§ 2 – Les mécanismes extra-correctifs

374. Le premier concerné dans la correction de l'asymétrie d'information est le contractant décideur pour la raison simple qu'il est au demeurant, le seul acteur de la préparation de sa décision. C'est lui qui, lors de la phase de conception, recense les informations qui lui paraissent opportunes pour sa prise de décision. Il est le premier rempart contre son hésitation. Reste qu'il faut admettre qu'en raison de la complexité du contexte contractuelle, la correction de l'asymétrie d'information par le contractant décideur est insuffisante. Force est en effet d'observer les limites du devoir de se renseigner. Par exemple, certaines informations sont connues du cocontractant uniquement, en raison notamment du secret des affaires¹. De même, le décideur peut ne pas disposer des compétences requises pour apprécier l'étendue de son asymétrie informationnelle. Autrement dit, il ignore qu'il ignore. Ce défaut de compétences peut également impacter sa compréhension des informations recensées². Son hésitation ne peut alors être évacuée par sa seule initiative. Il suit de là que la correction de l'asymétrie d'information ne concerne pas uniquement le contractant décideur mais provient d'intervention extérieure. L'on parlera à cet égard de mécanismes extra-correctifs pour lesquels l'intervention du cocontractant est requise mais également, d'un tiers au contrat. Les interventions extérieures dans la préparation de la décision du contractant répondent à des objectifs spécifiques et ne visent nullement à le priver d'autonomie dans sa prise de décision. Tout au contraire, les mécanismes extra-correctifs à l'asymétrie d'information sont soit des correctifs de protection (I), soit des correctifs fonctionnels (II).

¹ VIRASSAMY G., La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989, *op. cit.*

² Un profane par exemple.

I. Les correctifs de protection

375. Certains contractants, en raison de leur qualité mais également en raison de la position dominante de leur cocontractant seront davantage soumis à l'hésitation. Leur processus décisionnel se déroule en effet dans un contexte particulier où l'information est peu accessible et plus complexe. Au surplus, ils disposent de peu, voire d'aucun moyen de négociation¹. Tel est le cas du consommateur, il va sans dire. Mais certains professionnels ne sont pas à l'abri en raison par exemple de leur inexpérience comme les futurs franchisés. Leur vulnérabilité, en raison de l'asymétrie de pouvoir, est renforcée par l'asymétrie d'information. Leur décision peut s'en trouver altérée. Par suite, le droit des contrats cherchera à rééquilibrer les forces en présence par la correction de l'asymétrie d'information qui assure alors une fonction de protection du contractant décideur, considéré comme la partie faible. Il s'agit, ce faisant, de lui permettre de disposer de toutes les informations nécessaires pour prendre la décision la plus adéquate. Parmi les correctifs de protection, l'on retrouve l'obligation d'information spéciale (A) et le devoir de mise en garde (B).

A. L'obligation d'information spéciale

376. Au demeurant, la correction de l'asymétrie d'information était perçue uniquement sous l'angle de l'asymétrie de pouvoirs et visait à remédier le déséquilibre contractuel existant dans certaines relations spécifiques. Il s'agissait, pour les droits spéciaux et singulièrement le droit de la consommation, de protéger la partie faible soumise à la puissance de la partie forte. La raison en est que celui qui sait, le « sachant », est en position de force par rapport à celui qui ne sait pas. Celui qui ignore, crédule, pourrait accepter une proposition qui lui serait défavorable. Son processus décisionnel est de fait altéré.

377. Le pouvoir informationnel est patent dans de telles relations², comme celle liant le consommateur au professionnel ou le fournisseur au distributeur. « *Beaucoup de documents contractuels sont rédigés à l'avance, standardisés, offerts à un groupe, une catégorie de*

¹ TERRE Fr. SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHENEDE Fr., Droit civil Les obligations, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 261.

² « *L'information est doublement liée au pouvoir : le pouvoir donne l'information, l'information donne le pouvoir.* » MALAURIE P., AYNES L. et STOFFEL-MUNCK P., *op. cit.*, n° 776, p. 421.

personnes, plutôt qu'à une personne déterminée. Ils sont élaborés la plupart du temps par un seul des contractants, le plus puissant économiquement ou techniquement¹ ». L'obligation précontractuelle d'information dont les origines remontent aux premières années du XXème siècle² est alors apparue comme un mécanisme extra-correctif de protection de l'asymétrie d'information.

378. Ce dernier consiste en l'intervention imposée d'un tiers dans le processus décisionnel du contractant profane, singulièrement durant la phase de conception. Ce tiers n'est autre que le potentiel futur contractant. La réalité est que la théorie des vices du consentement, méthode de protection *a posteriori*, est apparue insuffisante à pallier les difficultés liées au phénomène contractuel de masse³ sur la prise de décision. De là, la nécessité que la réponse apportée intervienne avant même la formation du contrat pour, non plus protéger en annulant un contrat résultant d'un consentement vicié, mais protéger en s'assurant que le consentement donné serait sain. Pour ce faire, une aide à la décision a été mise en place : la délivrance d'information imposée au professionnel au profit du consommateur⁴, profane tant au niveau technique, économique que juridique⁵. C'est ainsi que s'est opéré un glissement vers une protection *a*

¹ RAYSSAC M., L'adhésion en droit privé, Thèse, Bordeaux IV, 2004, p. 16. Voir également, BERLIOZ G., Le contrat d'adhésion, *op. cit.* ; VIRASSAMY G., Les contrats de dépendance : essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique, *op. cit.*

² Par exemple, la loi du 1er août 1905, relative à la répression des fraudes, intégrée au C. consom., art. L. 213-1 ou encore, celle du 13 juill. 1930, relative au contrat d'assurance, ou même celle 29 juin 1935, relative à la cession de fonds de commerce. Voir notamment, de JUGLART M., L'obligation de renseignements dans les contrats, RTD civ. 1945. 1.

³ Il s'agit ici d'une volonté affichée du législateur de lutter contre les pratiques commerciales trompeuses par commission et par omission. Voir sur ce point, SAUPHANOR-BROUILLAUD N., Information des consommateurs – Règles communes à l'obligation d'information précontractuelle et à l'information sur les prix, JCl. Concurrence-Consommation, Fasc. 845, 1^{er} février 2017 (Mise à jour 24 juin 2020).

⁴ Le consommateur est, depuis la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite Loi Hamon, défini comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole » (Art. liminaire, Code de la consommation).

⁵ Quelques exemples : Loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 et décret n° 73-784 du 9 août 1973 sur la vente et le démarchage à domicile ; Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 et décret n° 78-509 du 24 mars 1978, modifié par le décret n° 2011-136 du 1er février 2011 relatif à l'information précontractuelle et aux conditions contractuelles en matière de crédit à la consommation, pour le crédit mobilier à la consommation ; Loi n° 89-421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales ; La loi

priori de la décision avec des mesures préventives visant à favoriser l'information du contractant. Rompant avec le principe selon lequel *emptor debet esse curiosus*¹, une obligation d'informer s'est doucement dessinée au profit d'une catégorie particulière de décideurs.

379. De fait, l'obligation d'information a trouvé un domaine d'application naturel dans les relations entre le professionnel et le profane. Grâce à la jurisprudence d'abord² puis au législateur³ qui, d'abord contrat par contrat, a institué l'obligation précontractuelle d'information jusqu'à une obligation générale d'information au bénéfice des consommateurs contenue aux termes de l'article L. 111-1 du Code de la consommation. La consécration de cette obligation générale n'empêche pas que des dispositions particulières en matière d'information des consommateurs propres à certaines activités demeurent et pullulent⁴. Cependant, outre les consommateurs, certains professionnels sont également protégés. L'article L. 330-3 du Code de commerce impose au concédant, dans les contrats d'exclusivité ou de quasi-exclusivité, une obligation d'information.

380. Reste que, le législateur n'a pas donné un blanc-seing au contractant pour exécuter leur obligation d'information précontractuelle. Il édicte expressément les informations qui doivent être données et comment elles doivent être données. Illustration de l'objectif de sécurité, les obligations précontractuelles d'information spéciales ont en effet ceci de particulier qu'elles répondent généralement à des conditions de fond et de forme très strictes. Elles prennent des

n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ; Le décret n° 2011-1479 du 9 novembre 2011 relatif à l'étiquetage des produits ayant une incidence sur la consommation d'énergie, etc.

¹ L'acheteur doit être curieux.

² Voir notamment, Cass. Civ. 1^{ère}, 19 juin 1985, Bull. civ. I, n° 201.

³ Par exemple, Loi n°78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, dite loi Scrivener I ; Loi n°79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier, dite loi Scrivener II ; loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, dite loi ALUR.

⁴ Par exemple, art. L. 312-12 du Code de la consommation ; art. L. 224-60 du Code de la consommation ; plus récemment, la loi n° 2020-904 du 24 juillet 2020 visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux qui clarifie et complète les obligations d'information incombant au professionnel qui contacte un consommateur en vue d'un démarchage commercial.

formes variées comme la remise de notice d'information¹, l'étiquetage, le marquage², la rédaction obligatoire d'un contrat avec systématiquement un contenu précis³.

381. À titre d'exemple, l'article L. 111-1 du Code de la consommation liste les informations devant être portées à la connaissance du consommateur, notamment les caractéristiques du bien ou du service, le prix évidemment ou encore les informations relatives aux garanties légales. Des informations plus spécifiques peuvent s'ajouter lorsqu'il ne s'agit pas d'un contrat écrit par exemple⁴. Outre la liste contraignante des informations à transmettre au consommateur, le législateur exige trois critères cumulatifs : antériorité au contrat, lisibilité et intelligibilité⁵.

382. Autre exemple, l'article L. 313-6 du Code de la consommation qui impose aux prêteurs et intermédiaires de crédit d'assurer la disponibilité permanente, facile et gratuite « *des informations générales, claires et compréhensibles, sur les contrats de crédit* », « *sur papier, sur tout autre support durable ou sous forme électronique* »⁶. Les informations requises sont limitativement énumérées aux termes de l'article R.313-3 du même code. Il s'agit notamment de l'identité du prêteur, d'un exemple représentatif du montant total du crédit, du coût total de ce dernier, de l'indication des diverses modalités de remboursement possibles, notamment le nombre, la périodicité (mensuelle, trimestrielle, etc.) et le montant des échéances. Outre ces informations générales sur le crédit, l'article L. 313-7 du Code de la consommation impose aux prêteurs et intermédiaires de crédit de communiquer à l'emprunteur des « *informations personnalisées permettant à l'emprunteur de comparer les différentes offres de crédit disponibles sur le marché, d'évaluer leurs implications et de se déterminer en toute*

¹ Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, dite loi ALUR.

² Art. L. 112-1 du Code de la consommation

³ Comme celle à annexer au contrat de bail d'habitation conformément à l'arrêté du 29 mai 2015 relatif au contenu de la notice d'information annexée aux contrats de location de logement à usage de résidence principale, ou le document d'information précontractuel de l'art. L. 330-3 du Code de commerce.

⁴ Art. L. 111-2 du Code de la consommation

⁵ DIRRINGER J., L'information du consommateur : un droit chicaneur ou ingénu ?, RLDC 1er déc. 2014, n° 121.

⁶ Art. L. 313-6 du Code de la consommation : « *Le prêteur assure la disponibilité permanente des informations générales, claires et compréhensibles, sur les contrats de crédit visés à l'article L. 313-1. L'intermédiaire de crédit assure également la disponibilité permanente des mêmes informations. Ces dernières sont délivrées sur papier, sur tout autre support durable ou sous forme électronique. Elles sont facilement accessibles et sont fournies gratuitement à l'emprunteur.*

Un décret en Conseil d'État détermine la liste et le contenu de ces informations générales. »

*connaissance de cause sur l'opportunité de conclure un contrat de crédit*¹. » Ces informations dont le contenu est, une fois encore précisé par décret², doivent être fournies sous la forme d'une fiche standardisée dont le modèle est annexé au Code sus cité et pour lequel, le texte doit être reproduit tel quel. C'est dire l'ingérence du législateur dans l'exécution de l'obligation d'information pesant sur les prêteurs de crédit et illustre la fonction de protection de ce type de correctif.

383. Il s'agit finalement d'une véritable préparation à la décision dont le contenu est si étoffé qu'il prémunit le potentiel contractant de l'hésitation. En effet, la phase de conception est cruciale en ce qu'elle donne le ton du déroulement du processus décisionnel. Bien réalisée, autrement dit lorsque le décideur dispose de toutes les informations nécessaires, elle permet à l'intéressé de circonscrire l'hésitation qui pourrait étirer sa prise de décision. Plus généralement, par la transmission d'informations objectives³, le créancier professionnel a l'obligation de renseigner son cocontractant, néophyte, afin qu'il s'engage en connaissance de cause et sur la base d'un consentement parfaitement éclairé⁴. En faisant peser une obligation aussi contraignante sur le professionnel, le législateur implique celui-ci dans le processus décisionnel du consommateur et singulièrement dans la phase de conception. Le consommateur se trouve ainsi assuré d'avoir toutes les informations nécessaires à sa prise de décision, y compris celles qu'il ignore et que par conséquent, il n'aurait pas pensé à solliciter. La même protection est offerte à la caution en raison de l'importance de son engagement. *« Le banquier est débiteur d'obligations d'information parce qu'il est en situation de sachant et de*

¹ Art. L. 313-7 du Code de la consommation : *« Au plus tard lors de l'émission de l'offre de crédit, le prêteur ou l'intermédiaire de crédit fournit à l'emprunteur, sur support papier ou sur un autre support durable, sous la forme d'une fiche d'information standardisée européenne, les informations personnalisées permettant à l'emprunteur de comparer les différentes offres de crédit disponibles sur le marché, d'évaluer leurs implications et de se déterminer en toute connaissance de cause sur l'opportunité de conclure un contrat de crédit.*

Un décret en Conseil d'Etat fixe la liste et le contenu des informations devant figurer dans cette fiche d'information standardisée européenne à fournir pour l'offre de crédit ainsi que les conditions de sa présentation.

Toutes les informations complémentaires que le prêteur souhaite donner à l'emprunteur sont fournies dans un document distinct de la fiche mentionnée au présent article.

L'ensemble des informations fourni en application du présent article l'est gratuitement. »

² Art. R. 313-4 du Code de la consommation.

³ RAYMOND G., Information du consommateur, JCl. Concurrence – Consommation 2012, fasc. 966.

⁴ ZIO M., L'information du consommateur, LPA 30 avr. 2019, n° 138v1.

puissant¹». Ici également, le formalisme informatif pesant sur le banquier est lourd. Il doit ainsi remettre à la caution, un exemplaire de l'offre de crédit proposée à l'emprunteur comme le prévoit l'article L. 312-18 du Code de la consommation.

384. Autre exemple dans un tout autre domaine, celui des contrats d'exclusivité ou de quasi-exclusivité². L'article L. 330-3 du Code de commerce dispose ainsi que « *Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause. [...] Le document [...] ainsi que le projet de contrat sont communiqués vingt jours minimum avant la signature du contrat [...]* ». Ici également, les informations à fournir sont listées ainsi qu'il en ressort de l'article R. 330-1 du même code. Toutes ces informations visent à lui donner une idée précise du réseau³, de ses chances de succès⁴ et plus généralement de la portée de son engagement⁵. Il s'agit en effet d'un investissement important qui par conséquent présente un risque pour le potentiel concessionnaire.

¹ RODRIGUEZ K., L'obligation de la caution par le banquier, LPA 30 avr. 2019, n° 138v3, p. 97.

² Voir notamment, BEHAR-TOUCHAIS M., VIRASSAMY G., Les contrats de la distribution, op. cit. ; FERRIER D. et N., Droit de la distribution, LexisNexis, 9^e éd., 2020 ; MALAURY-VIGNAL M., Droit de la distribution, op. cit.

³ Par exemple, le 4° : « *La date de la création de l'entreprise avec un rappel des principales étapes de son évolution, y compris celle du réseau d'exploitants, s'il y a lieu, ainsi que toutes indications permettant d'apprécier l'expérience professionnelle acquise par l'exploitant ou par les dirigeants.* » ainsi que le 5° qui impose une présentation du réseau avec notamment la liste des entreprises qui en font partie ou encore « *Le nombre d'entreprises qui, étant liées au réseau par des contrats de même nature que celui dont la conclusion est envisagée, ont cessé de faire partie du réseau au cours de l'année précédant celle de la délivrance du document. Le document précise si le contrat est venu à expiration ou s'il a été résilié ou annulé ;* » précise le c).

⁴ Avec notamment une présentation de l'état général et local du marché (al.6). Ainsi, des informations irréalistes et dépourvues de toute vraisemblance économique ne permettent de remplir l'obligation d'information. Paris, 19 janv. 2011, n° 09-13.977, RJDA 2011, n° 409.

⁵ 6° : « *L'indication de la durée du contrat proposé, des conditions de renouvellement, de résiliation et de cession, ainsi que le champ des exclusivités.* »

Dernier alinéa : « *Le document précise, en outre, la nature et le montant des dépenses et investissements spécifiques à l'enseigne ou à la marque que la personne destinataire du projet de contrat engage avant de commencer l'exploitation.* »

385. Les juges se montrent intransigeants quant au strict respect des conditions de fond et de forme du formalisme informatif exigé¹. En outre, ce sont généralement des dispositions d'ordre public dont la violation peut être soulevée d'office par le juge². Autre illustration du caractère de protection de ces mécanismes extra-correctifs, il y a un renversement de la charge de la preuve. La charge de la preuve pèse donc sur le débiteur de l'obligation précontractuelle d'information³. En cas de manquement, il s'expose à des sanctions pénales⁴ ou administratives⁵ outre des sanctions civiles pouvant aller de la déchéance des intérêts⁶ à l'annulation du contrat⁷.

386. C'est ainsi que le législateur contraint le cocontractant à participer à la phase de conception du processus décisionnel de son contractant profane. Ce dernier est passif durant cette phase, à tout le moins s'agissant de l'accès à l'information⁸. Toutefois, cette obligation de renseignement est neutre en ce qu'elle constitue une aide à la décision⁹ avec des

¹ Il a ainsi pu être jugé que « *le document d'information précontractuelle (DIP) remis à un franchisé n'est pas conforme aux obligations légales lorsqu'il ne contient pas de présentation du réseau des affiliés, qu'il n'alerte pas sur la faible rentabilité des sites pilotes ni sur le fait que les résultats des affiliés faisaient apparaître des pertes au titre des deux premières années d'exploitation, qu'il ne mentionne pas la présence de quatre instituts « dépositaires » dans la zone d'implantation prévue au contrat, alors qu'ils bénéficiaient du même savoir-faire et avantages que les affiliés* ». Cass. Com. 13 juin 2018, n° 17-10.618 ; ou encore CA Paris, 26 oct. 2017, n° 16/05120 s'agissant de la fiche précontractuelle d'information exigée préalablement à la conclusion d'un contrat de crédit.

² Art. L. 111-8 du Code de la consommation.

³ Voir notamment, art. L. 111-5 du Code de la consommation.

⁴ La transmission de fausses informations ou de nature à induire en erreur est constitutive du délit de pratique commerciale trompeuse par commission. Cf. art. L. 121-2 du Code de la consommation.

⁵ Art. L. 131-1 du Code de la consommation.

⁶ Voir notamment Art. L. 341-1 du Code de la consommation.

⁷ Sur le fondement des vices du consentement. Par exemple, Cass. Civ.1^{ère}, 28 oct. 2009, n° 08-19.303 ; CA Nîmes, 12 oct. 2004 : JurisData n° 2004-255417 (erreur) ; CA Toulouse, 3^e ch., sect. 1, 14 juin 2011, n° 10/01687 (réticence dolosive). Les juges du fond vont même parfois jusqu'à prononcer la nullité du contrat en l'absence de vice du consentement (CA Rennes, 18 sept. 2008). Sur la position de la doctrine sur la question voir CALAIS-AULOY J., TEMPLE H. et DEPINCÉ M., Droit de la consommation : Précis Dalloz, 10^{ème} éd. ; AUBERT de VINCELLES C., Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, Dalloz coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses 2002, n° 230 s., spéc., n° 234)

⁸ CJUE, 3^e ch., 5 juill. 2012, aff. C-49/11, Content services ; voir également AUBERT de VINCELLES C., La mise en conformité du code de la consommation au droit européen par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : RDC 2014, p. 456, n° 18.

⁹ CHARDIN N., Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté, *op. cit.*, p. 147 et s.

informations objectives et générales ; le professionnel n'ayant pas vocation à se substituer au consommateur dans son rôle de décisionnaire. C'est dire que nonobstant cette abondance d'informations, il peut quand même hésiter. En effet, « *le flot d'informations peut aussi contrarier l'effet utile recherché et l'effectivité du droit à l'information du consommateur*¹ », ce dernier pouvant se sentir noyé par ce flot d'informations². C'est la raison pour laquelle, l'attention du contractant doit être attirée sur certaines informations, singulièrement celles présentant un risque. L'intéressé doit être mis garde.

B. L'obligation de mise en garde

387. « *La mise en garde consiste à attirer l'attention du contractant sur un aspect négatif du contrat, ou de la chose objet du contrat. C'est principalement contre un danger, un risque, que l'on est tenu de mettre en garde quelqu'un. Cependant, une mise en garde peut avoir pour objet de souligner un simple inconvénient d'un comportement particulier*³. » Le lien entre la mise en garde et la prévention de l'hésitation est évident. En effet, le risque est l'une des principales causes d'hésitation, tel que le risque financier par exemple⁴. Reste que mesurer le risque peut être complexe pour le contractant profane⁵. D'où la nécessité d'être spécifiquement accompagné. Création prétorienne⁶, l'obligation de mise en garde vise à protéger le contractant eu égard notamment à sa qualité⁷.

¹ DIRINGER J., L'information du consommateur : un droit chicaneur ou ingénu ?, RLDC 1er déc. 2014, n° 121.

² « *On peut se demander si la multiplication des obligations d'information et le pointillisme de leur contenu ne sont pas contreproductives (...) Ces exigences informatives consacrent une vision bureaucratique du droit ; elles mènent à un éclatement du droit commun et conduisent à une perte de vue des principes.* » souligne LARROUMET Ch. Et BROS S., Les obligations, Le contrat, Traité de droit civil, Tome 3, Economica, 3^{ème} éd., p. 321 et s. Fort heureusement, nous verrons que les mécanismes composant le droit à l'hésitation peuvent se cumuler. C'est ainsi que le législateur cumule l'obligation précontractuelle d'information aux droits de réflexion et/ou de rétractation.

³ FABRE-MAGNAN M., De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie, *op. cit.*, n°467.

⁴ Le risque d'endettement excessif est d'ailleurs l'une des conditions cumulatives pour mettre à la charge du banquier dispensateur de crédit une obligation de mise en garde. Cass. Civ. 1^{ère}, 18 févr. 2009, n° 08-11.221.

⁵ Comme l'emprunteur non averti tel que l'exploitant agricole, Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21.104 ou, chauffeur routier licencié, en chômage, et son épouse, aide ménagère qui sollicite un crédit pour l'achat d'un fonds de commerce d'hôtel et de restauration, Cass. Com., 20 juin 2006, n° 04-14.114.

⁶ Voir notamment Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, *op. cit.* ; Cass. Civ. 1^{ère}, 12 juill. 2005, n° 03-10.770.

⁷ Par exemple d'emprunteur non averti, Cass. Civ. 3^{ème}, 19 sept. 2019, n° 18-15.398.

388. Il faut cependant préciser que le Code de la consommation s'est affranchi du critère de la qualité du contractant s'agissant du contrat de crédit. Ainsi, dès lors que celui-ci est soumis aux dispositions dudit code, le prêteur est *de facto* débiteur de cette obligation¹. Sortie du droit de la consommation, la jurisprudence quant à elle demeure attachée à ce critère². La chambre commerciale de la Cour de cassation rappelle dans un arrêt en date du 1^{er} juillet 2020 que « *la banque est tenue à l'égard des cautions non averties d'un devoir de mise en garde à raison de leurs capacités financières et du risque d'endettement né de l'octroi du prêt ; que cette obligation n'est pas limitée au caractère disproportionné de leur engagement au regard de leurs biens et ressources* »³. Le devoir de mise en garde est particulièrement prégnant dans les opérations risquées telles que les opérations de crédit⁴.

389. Si généralement, le débiteur est le cocontractant lui-même, il peut également s'agir d'un tiers au contrat, comme le notaire. La Haute juridiction a ainsi pu décider que « *ayant relevé que la promesse de vente stipulant que les acquéreurs renonçaient expressément à toute condition suspensive d'obtention du permis de construire, il appartenait au notaire, eu égard à l'opération immobilière poursuivie par ses clients, de les mettre en garde sur les conséquences de cette renonciation en cas de refus de délivrance du permis de construire* »⁵.

390. Avec l'obligation de mise en garde, le débiteur opère une ingérence limitée dans la phase de délibération au cours de laquelle le décideur analyse les informations recensées. Phase durant laquelle l'hésitation peut surgir, elle est révélatrice des difficultés du décideur à appréhender les informations dont il dispose. En effet, cette difficulté d'appréhension est source d'hésitation. À titre d'illustration, le crédit-bail qui, en effet, « *est une opération particulière qui peut susciter des difficultés de compréhension chez le preneur non rompu à la pratique des affaires, fût-il un professionnel, notamment quant aux conséquences économiques que ce contrat suscite, dès à présent, pour les redevances à verser, mais également plus tard,*

¹ Art. L. 313-12 du Code de la consommation.

² La qualité de dirigeant ne fait pas nécessairement du preneur un « averti » au sens de la jurisprudence précitée, Cass. Com. 22 mars 2016, n° 14-20.216.

³ Cass. Com. 1^{er} juil. 2020, n° 18-24.435, com. PICOD Y., Devoir de mise en garde de la caution et exigence de proportionnalité : le chemin sinueux de l'autonomie, AJ Contrat, 2020, p. 572.

⁴ LEGEAIS D., Opérations de crédit, 2e éd., LexisNexis, 2018, n° 641 s. ; VALETTE D., Quelles obligations pour le banquier dans le domaine du financement professionnel ?, RDBF 2007. Dossier 29, nos 74 s.

⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n° 18-11240.

lorsqu'il conviendra de s'acquitter de la valeur résiduelle du bien ¹». C'est dire que l'obligation de mise en garde vise à corriger l'asymétrie de compréhension de l'information².

391. Il s'agit toutefois d'une ingérence limitée en ce qu'il attire l'attention de l'intéressée sur des informations particulières, à savoir les risques que présente le projet au regard de ses besoins mais également de sa situation. « *Avant l'émission d'un consentement par l'un des contractants, la mise en garde porte sur l'adéquation de la décision – par exemple la conclusion, la modification, ou encore la résiliation du contrat – à l'intérêt, aux besoins du créancier*³. » Il s'agit d'un mécanisme correctif de protection car cette obligation de mise en garde n'est pas générale et n'est due qu'à une catégorie particulière de contractants.

392. Reste que, tous les correctifs de l'asymétrie d'information n'ont pas d'objectif de protection et jouent davantage un rôle fonctionnel.

II. Les correctifs fonctionnels

393. Contrairement aux correctifs de protection, les correctifs fonctionnels sont destinés à n'importe quel contractant ; sa qualité de profane ou son infériorité économique étant sans importance. Le vrai est que les correctifs fonctionnels illustrent l'appréhension par le droit des contrats, de l'hésitation inhérente à la prise de décision de contracter qui peut affecter tout contractant. Néanmoins, il serait inexact de considérer que ces correctifs opèrent par la transmission d'informations objectives et générales. Seules sont concernées les informations pertinentes (A), qui peuvent en outre être personnalisées (B).

A. Les informations pertinentes

394. L'asymétrie d'information génère, pour la partie qui la subit, une incertitude ou une difficulté à mesurer le risque, qui perturbe le déroulement de son processus décisionnel ; ceci

¹ DE RAVEL D'ESCLAPON T. et M., *Crédit-bail immobilier*, Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2020 (actualisation : 2021), n°44.

² PERIN DUREAU A., *Variations sur l'obligation de mise en garde au terme de dix ans de décisions*, JCP E 2016. 1304.

³ FABRE-MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, *op. cit.*, n°468.

pouvant aller de l'hésitation à une décision affectée d'un vice. Pour autant, l'asymétrie d'information qui peut exister dans n'importe quel type de relations contractuelles, ne justifie pas que le mécanisme qui la corrige vise exclusivement à protéger celui qui ignore. C'est la raison pour laquelle l'obligation d'information peut aussi être fonctionnelle et « *permettre que le consentement au contrat soit donné en pleine connaissance de cause et de garantir que le service ou la chose qui fait l'objet du contrat correspondra à ce qui doit en être attendu*¹ ». À cet égard, elle ne peut répondre aux mêmes critères que l'obligation d'information de protection et singulièrement celle de la fourniture d'un contenu précis. Tout au contraire, le critère prépondérant de l'obligation d'information fonctionnelle est la fourniture d'une information pertinente².

395. L'information pertinente ne peut donc être générale et objective. Partant, son contenu ne peut être limitativement fixé par le législateur car il doit répondre aux besoins spécifiques du décideur. Cette obligation d'information résulte avant tout de la confiance³, de la loyauté et de la bonne foi⁴ qui « *président aux relations contractuelles*⁵ ». La bonne foi que l'on peut rattacher à l'idée de confiance dans les rapports contractuels commande que « *chaque partenaire est spontanément débiteur d'une obligation précontractuelle d'information*⁶ » et qu'il y a désormais, « *une exigence de transparence qui oblige chacun des négociateurs à informer l'autre de tous les éléments propres à l'éclairer dans sa prise de décision*⁷ ». En l'absence de fondement textuel, c'est d'ailleurs la bonne foi qui fondait l'obligation d'information initiée par la jurisprudence. Dans un arrêt rendu le 25 mars 2010, la première chambre civile décidait qu' « *au nom du devoir de bonne foi qui s'impose à lui, le dirigeant*

¹ LARROUMET Ch. Et BROS S., Les obligations, Le contrat, Traité de droit civil, Tome 3, Economica, 3^{ème} éd., p. 318.

² Pour une illustration, voir annexe à l'art. R. 313-4 du Code de la consommation relative aux informations précontractuelles européennes normalisées en matière de crédit immobilier qui précise que « *La mention la cas échéant signifie que le prêteur donne l'information requise si elle est pertinente pour le contrat de crédit.* »

³ EDEL V., La confiance en droit des contrats, Thèse, Montpellier I, 2006.

⁴ GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y.-M., La formation du contrat, *op. cit.*

⁵ Il y a en effet au demeurant une obligation morale d'information selon FABRE-MAGNAN M., De l'obligation d'information dans le droit des contrats, *op. cit.*, spéc. p. 38 et s.

⁶ le TOURNEAU Ph., POUMARÈDE M., Bonne foi, Répertoire de Droit civil, Dalloz, 2017.

⁷ MAZEAUD D., Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, in Mélanges J. Ghestin, 2001, LGDJ, p. 637, spéc. p. 642.

social auquel un associé cède ses parts dans la société qu'il dirige est tenu de l'informer de tous les éléments relatifs à la valeur des parts cédées dont il dispose¹ ».

396. S'affranchissant de l'exigence de loyauté ou de bonne foi, l'obligation d'information fonctionnelle est désormais expressément édictée par le Code civil. L'article 1112-1 du Code civil « érige au rang de principe l'obligation d'information lors de la conclusion du contrat sans faire la moindre distinction entre les contrats, ni entre contractants, ni encore entre les contenus du contrat² ». Le seul critère retenu est celui de la pertinence. Il faut pour s'en convaincre procéder à une analyse du texte, lequel dispose que : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants. »

397. Une première lecture du texte révèle le critère de pertinence lequel résulte d'un cadre limitativement fixé. D'abord quant au débiteur de l'obligation d'information : « Celle des parties qui connaît (...) ». Le premier alinéa précise en effet, il ne s'agit pas d'une obligation générale qui pèserait systématiquement sur tel type de contractant³. Il n'est alors plus question de partie faible ou de partie forte mais davantage de celle qui détient l'information.

¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 25 mars 2010, n° 08-13060.

² LARROUMET Ch. Et BROS S., Les obligations, Le contrat, *op. cit.*, p. 320.

³ Les professionnels n'ont pas l'apanage de l'obligation d'information. Elle peut aussi résulter de l'asymétrie d'information existant entre deux particuliers, Cass. Civ. 3^{ème}, 30 juin 1992, n° 90-19.093.

398. Ensuite quant à la nature de l'information. Toutes les informations ne sont pas exigées, pas plus qu'il ne s'agit de n'importe quelle information mais uniquement celles « *dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre* ». Dit autrement, seule l'information pertinente¹ pour le bon déroulement du processus décisionnel est requise. Autrement dit, l'information permettant de prévenir l'hésitation du potentiel contractant. Il s'agit là d'un trait marquant du caractère fonctionnel de l'obligation d'information du Code civil.

399. Pour être pertinente, l'information doit répondre à certains critères limitativement énumérés par le texte lui-même. Mieux encore, il s'agit de conditions cumulatives. D'abord, l'information n'est pertinente pour le potentiel contractant que s'il l'ignore effectivement. Le texte fixe une limite en précisant que l'obligation d'information n'est due que si « *légitimement* » le contractant « *ignore cette information* ». C'est dire qu'elle n'est pas systématique. L'information n'est pas due à celui qui sait² ou celui qui aurait dû savoir. Ce dernier point illustrant le devoir de savoir qui incombe quoi qu'il arrive à chaque contractant³. Outre la situation d'ignorance légitime, la confiance légitime⁴ est le second cas justifiant l'obligation d'informer. Il est vrai que le droit des contrats est désormais teinté d'« *une exigence de transparence qui oblige chacun des négociateurs à informer l'autre de tous les éléments propres à l'éclairer dans sa prise de décision* »⁵. Ce sont les deux seuls déclencheurs possibles d'une obligation d'information⁶.

¹ Madame FABRE-MAGNAN regrette d'ailleurs que le qualificatif « pertinent » n'ait pas été utilisé plutôt que celui de « déterminant », FABRE-MAGNAN M., Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme, in *Libres propos sur la réforme du droit des contrats, Analyse des principales innovations de l'ordonnance du 10/02/2016*, LEXIS NEXIS, 2016, spé. p. 31.

² Cass. Civ. 3^{ème}, 14 mai 2013, n° 12-22.459.

³ « *Ainsi le devoir de s'informer fixe-t-il la limite de l'obligation précontractuelle d'information* » comme précisé par le rapport au Président de la République, JO, 11 févr. 2016 ; voir aussi Cf. supra n° 362.

⁴ BÉNABOU V-L. et CHAGNY M. (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, 2008 ; pour un exemple voir Cass. Civ. 1^{re}, 25 mars 2010, n° 08-13060. L'on peut considérer que certains contrats comme le mandat sont particulièrement teintés de confiance.

⁵ MAZEAUD D., *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle*, in *Mélanges J. Ghestin*, 2001, LGDJ, p. 637, spéc. p. 642

⁶ « *Six attendus qui sont autant d'éléments-clés d'un devoir détaché de l'exigence de bonne foi et destiné à assurer une certaine transparence d'équilibre en pesant sur celui qui sait et profitant à celui qui, légitimement, (et donc*

400. Puis, vient le critère de la qualité de l'information. En effet, l'obligation d'information imposée aux termes de l'article 1112-1 du Code civil ne concerne que l'information « *susceptible d'exercer une incidence sur le consentement de l'autre partie, de telle sorte qu'elle n'aurait pas conclu le contrat, ou ne l'aurait conclu qu'à des conditions plus favorables, si elle en avait eu connaissance*¹ ». C'est donc la bonne réalisation du processus décisionnel qui est visée, et singulièrement la phase de délibération. Durant celle-ci, le tri des informations recueillies lors de la phase de conception s'opère au bénéfice de celles utiles² à l'appréciation de la décision envisagée, telles que celles définies aux termes du troisième alinéa comme celles « *qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* ». L'information utile présente un double intérêt : « *d'un côté et à titre principal, elle protège le débiteur en ne l'obligeant pas à fournir une quantité d'informations inutiles coûteuses en temps et en argent mais, d'un autre côté et à titre accessoire, elle pourrait être analysée comme une protection du créancier afin que des informations sans intérêt ne nuisent pas à celles qui sont nécessaires*³. » C'est dire que l'information pertinente n'est pas uniquement celle qui a une influence sur le consentement mais également celle qui a « *une influence quelconque*⁴ » sur la décision. Le créancier peut en effet, suite à la fourniture de l'information donner son consentement, et ce, aux conditions qui lui sont proposées. Il peut tout au contraire ne pas conclure le contrat. L'information pertinente détermine sa décision mais également les conditions dans lesquelles il la prend, en ce qu'elle permet d'éviter, autant que possible, l'hésitation. L'intéressé à la réponse à ses questions.

401. En revanche, l'obligation d'information ne porte pas sur le prix⁵, l'objectif étant de « *ne pas susciter une insécurité juridique et de répondre aux inquiétudes des entreprises*⁶ » et

sans manquer au devoir de s'informer par soi-même) ignore ou, précision intéressante du texte, fait confiance »
MESTRE J., Petit abécédaire de la réforme des contrats et des obligations, RLDC 2016, n° 136.

¹ GHESTIN J., Traité de droit civil, t.2, Le contrat, formation, *op. cit.*, n° 486.

² Sont inutiles et susceptibles de détourner l'attention du contractant les soixante-huit articles du Code rural relatifs aux baux ruraux reproduits aux termes d'un congé, Cass. Civ. 3^{ème}, 26 juin 1991, n° 89-21325.

³ MEKKI M., Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information, Gaz.Pal., 27/09/2016, n°33, p.17.

⁴ FABRE-MAGNAN M., Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme, *op. cit.*, spé. p. 31.

⁵ Art. 1112-1 al. 2 du Code civil, conformément à la jurisprudence BALDUS, Cass. Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, n°98-11.381.

⁶ Rapport au Président de la République, JO, 11 févr. 2016

de renforcer, ce faisant, l'efficacité économique du contrat¹. Tout n'a pas à être dit, le secret des affaires² constituant également une limite. En outre, encore faut-il que le contractant connaisse lui-même cette information. À rebours de l'exigence de la jurisprudence, il n'est pas tenu de s'informer pour informer³. Il est toutefois permis de se demander s'il est possible ou normal qu'un professionnel du secteur considéré ignore des informations essentielles⁴ ? Cela reviendrait à remettre en question les informations qu'il fournit, tant dans leur véracité que leur complétude. En somme, alors qu'il est supposé être détenteur des informations eu égard à sa qualité, son cocontractant ne peut finalement lui faire pleinement confiance. C'est dire qu'alors que ce mécanisme vise à éviter l'hésitation, il pourrait *a contrario* la générer en raison de remise en question et d'incertitudes persistantes. Cela n'est pas sans rappeler les conséquences insidieuses des jurisprudences Turco et Couturier qui aboutissaient à encourager les concessionnaires à se méfier de leur partenaire et à contrôler le sérieux de leurs informations⁵. Il reste à espérer que la jurisprudence fera une application circonstanciée de cette disposition en fonction de la qualité du débiteur de l'information, dans le droit fil de sa position actuelle.

¹ Il a ainsi pu être jugé que « *le cessionnaire n'est tenu d'informer le cédant ni des négociations tendant à l'acquisition par un tiers d'autres titres de la même société ni de celles qu'il conduit lui-même avec ce tiers en vue de lui céder ou de lui apporter les titres faisant l'objet de la cession* », Com., 12 mai 2004, n° 00-15618 : Bull. civ. IV, n° 94.

² Art. L. 151-1 du Code de commerce issu de L. n° 2018-670, 30 juil. 2018, relative à la protection du secret des affaires transposant la directive 2016/943/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites ; V. égal. D. n° 2018-1126, 11 déc. 2018, relatif à la protection du secret des affaires ; VIRASSAMY G., Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise, Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, 1988, p. 179 et s ; GARINOT J.-M., Le secret des affaires, Thèse, Dijon, 2011 ; MAGERAND B., Les relations d'affaires en droit des obligations, Thèse, P.U.A.M, 2003.

³ La jurisprudence se montrait particulièrement exigeante, s'agissant notamment du professionnel et imposait à ce dernier de se renseigner pour renseigner. Voir notamment Cass. Civ. 1^{ère}, 20 déc. 2012, n° 11-28202, M. et Mme X c/ EPIC Voies navigables de France : « *Celui qui a accepté de donner des renseignements a lui-même l'obligation de s'informer pour informer en connaissance de cause* ».

⁴ Comme un vendeur de béton quand bien même, il l'a commandé à un fournisseur. Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 2005, n° 04-10.063.

⁵ Voir en ce sens VIRASSAMY G., La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989, *op. cit.*

402. Enfin, s'il n'est pas possible pour les parties de limiter cette obligation d'information, en raison du caractère d'ordre public du texte¹, en revanche, il leur est loisible de l'accroître dans la limite qui leur semble opportune, notamment au regard de l'objet du contrat.

B. Les informations personnalisées

403. Eu égard à la complexité de la décision à prendre en raison notamment de la complexité même des informations qui la fondent², il est parfois nécessaire que le décideur reçoive une aide supplémentaire. En pareille hypothèse, l'intervention d'un tiers dans le processus décisionnel se fait au moment de la délibération. En général, durant celle-ci, le décideur réfléchit, analyse les informations recueillies durant la phase de conception afin notamment de vérifier la concordance entre le projet envisagé (son besoin) et le projet proposé. Ici, c'est le tiers qui procédera à ces opérations. Dit autrement, le décideur est conseillé³. Il s'agit là du mécanisme de prévention de l'hésitation le plus abouti.

404. L'obligation de conseil se distingue ainsi de l'obligation d'information en ce que « *le conseil a pour but d'orienter une décision*⁴ ». « *L'obligation de conseil implique une mise en lumière de l'opportunité même de certaines décisions, telles que celles de conclure – ou de ne pas conclure – le contrat envisagé, ou encore par exemple d'exercer ou non une option offerte par une convention. Le conseil correspond à la mise en relation du renseignement brut avec l'objectif poursuivi par le créancier de l'obligation d'information*⁵. »

¹ Illustration selon nous de ce que la correction fonctionnelle de l'asymétrie d'information constitue un fondement des relations contractuelles.

² « *Informations et conseils s'imposent entre un professionnel compétent et son cocontractant souvent profane, quel que soit le contrat qui les lie (vente, location, prêt, assurance...) et notamment dans les contrats de prestations de services intellectuels qu'ils soient juridiques et financiers (conclus par les notaires, avocats, établissements de crédit, gestionnaires du patrimoine...), commerciaux (conclus par les conseils en recrutement, en organisation d'entreprises, en informatique...), immobiliers (conclu par les ingénieurs-conseils, bureaux d'études...).* » BLOCH L., Devoir d'information et de conseil en matière d'assurance, JurisClasseur, Fasc. 6, 2018.

³ « *Le conseil traduit une opinion sur le comportement que devrait adopter le destinataire* ». BLOCH L., Devoir d'information et de conseil en matière d'assurance, JurisClasseur, Fasc. 6, 2018.

⁴ SAVATIER R., *Adde Com.*, 30 janvier 1974, B.C. IV, n°10, cité par LUCAS de LEYSSAC C., L'obligation de renseignements dans les contrats, in *L'information en droit privé*, L.G.D.J., 1978, p. 306.

⁵ FABRE-MAGNAN M., De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie, *op. cit.*, n° 471.

405. Le débiteur de l'obligation de conseil participe ainsi activement au processus décisionnel du futur contractant. Le conseil suppose en effet « *une appréciation qui oriente la décision de l'autre partie*¹ ». Il doit pour ce faire, grâce à son expertise, se projeter afin de déceler les éventuels écueils du projet, en alerter le futur contractant, lui faire part des solutions possibles, l'éclairer quant à l'opportunité du contrat et à la concordance entre ce dernier et son besoin. Le débiteur de l'obligation de conseil prépare la décision et anticipe les causes d'hésitation. Outre le recueil d'informations qui peuvent aussi bien être juridiques, économiques que techniques, il opère un traitement de celles-ci. Ce dernier consistant « *à mettre en relation les données du contrat et la situation du contractant*² ». C'est en sens qu'il y a ingérence dans la phase de délibération.

406. Obligation plus contraignante que l'obligation d'information, le devoir de conseil impose à son débiteur de se renseigner sur les besoins du futur contractant. Dans un arrêt en date du 17 juin 2018, la première chambre civile de la Cour de cassation rappelle par exemple qu'« *il incombe au vendeur professionnel de démontrer qu'il s'est acquitté de l'obligation de conseil lui imposant de se renseigner sur les besoins de l'acheteur afin d'être en mesure de l'informer quant à l'adéquation de la chose proposée à l'utilisation qui en est prévue*³».

407. L'article L. 312-14 du Code la consommation en est une parfaite illustration. Son premier alinéa dispose ainsi que « *Le prêteur ou l'intermédiaire de crédit fournit à l'emprunteur les explications lui permettant de déterminer si le contrat de crédit proposé est adapté à ses besoins et à sa situation financière, notamment à partir des informations contenues dans la fiche mentionnée à l'article L. 312-12. Il attire l'attention de l'emprunteur sur les caractéristiques essentielles du ou des crédits proposés et sur les conséquences que ces crédits peuvent avoir sur sa situation financière, y compris en cas de défaut de paiement. Ces informations sont données, le cas échéant, sur la base des préférences exprimées par l'emprunteur.* » C'est dire finalement que l'obligation de conseil est une information personnalisée.

¹ GHESTIN J., LOISEAU G. et SERINET Y.-M., La formation du contrat, *op. cit.*, n° 594.

² CHARDIN N., Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté, *op. cit.*, p. 157.

³ Cass. Civ. 1^{ère}, 17 janv. 2018, n° 16-27016.

408. Obligations d'information et de conseil vont généralement de pair. Elles sont fonctionnelles. S'il est vrai qu'avec l'obligation de conseil, le tiers est actif dans le processus décisionnel du futur contractant, pour autant cela ne signifie pas que ce dernier remet sa décision entre les mains d'un autre. Le contractant demeure libre de suivre ou de ne pas suivre les conseils qui lui ont été prodigués et ce, à ses risques et périls. Il est quoi qu'il arrive pleinement autonome et responsable dans la réalisation de son processus décisionnel. À cet égard, l'on est forcé de constater que les traitements de l'hésitation renforcent l'autonomie du contractant qui sera toujours le seul exécutant des dernières phases de son processus et partant de sa décision.

Section 2 – L'expérimentation du contenu du contrat envisagé

409. Outre la correction de l'asymétrie d'information, l'expérimentation participe au bon déroulement du processus décisionnel en ce qu'elle permet très efficacement de prévenir l'hésitation. Il s'agit d'ailleurs d'un mécanisme ancien du droit civil puisqu'il apparaît sous différentes formes dès 1804 dans le Code civil. Ainsi, la conception antique de l'expérimentation limitée à la vente (§1) a évolué en une conception moderne plus générale (§2).

§ 1 – Une conception antique limitée à la vente

410. L'expérimentation en ce qu'elle constitue une mise en situation préalable à la décision (I) est depuis longtemps utilisée par le droit et singulièrement la matière contractuelle de la vente. En témoignent les mécanismes initiaux d'expérimentation (II).

I. Une mise en situation préalable à la décision

411. Les critères de l'expérimentation (A) en font un traitement pragmatique de l'hésitation (B).

A. Les principes de l'expérimentation

412. L'expérimentation doit être réalisée dans un but informatif (1). Reste que, parce qu'elle résulte de la mise en situation du projet envisagé (2), c'est une information concrète.

1. Un but informatif

413. « *Qu'il s'agisse pour le juge de trancher, ou pour tout homme de se décider, il faut parfois, faute d'une apaisante certitude, affronter le doute*¹. » Le doute ou l'incertitude, est omniprésent dans la sphère juridique² et affecte nombre de ses acteurs tels que « *les autorités législatives et gouvernementales, le juge*³, *les particuliers*⁴ ». Il s'ensuit que le droit ne pouvait que se saisir de l'incertitude et singulièrement de son traitement, au premier rang duquel l'information. Reste que celle-ci, lorsqu'elle résulte de données abstraites, peut s'avérer insuffisante à épuiser les incertitudes génératrices d'hésitation.

414. L'hésitation est d'autant plus pernicieuse en droit des contrats que « *l'appareil du droit donne aux projets humains l'irrévocabilité qu'imposerait la « sécurité des relations juridiques »*. *Exclus les caprices, les remords, les regrets !*⁵ » C'est parce que les contrats ont ce caractère irrévocable qu'il peut être effrayant pour le futur cocontractant de se tromper. Au surplus, tout projet de contrat quel qu'il soit, répond à un besoin et en pareil cas, se tromper revient à ce que le besoin ne soit pas satisfait. Or, un contrat dans lequel l'intéressé se trouve engagé alors qu'il en est insatisfait devient une contrainte et partant, est susceptible d'être mal exécuté ou pire encore, de ne pas être exécuté. C'est dire que la concordance entre le projet de contrat qui lui est soumis et ses besoins est primordiale pour l'efficacité contractuelle.

415. D'ailleurs, pourquoi avons-nous ce geste réflexe de goûter le raisin au supermarché avant d'en acheter ? Pourquoi essayons-nous un vêtement avant de l'acheter ? Pourquoi

¹ CESARO J.-F., Le doute en droit privé, *op. cit.*

² Cf. supra n° 156.

³ Cf. supra n° 122 et s.

⁴ MERLAND L., Recherches sur le provisoire en droit privé, Thèse, PUAM, 2001, p. 57.

⁵ DETRAZ S., Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation, Contrats Concurrence Consommation n°5, Mai 2004, étude 7.

n'envisagerions-nous pas de faire l'acquisition d'un véhicule sans l'avoir essayé ? Pour la raison simple qu'en faisant cela, nous nous confortons dans notre choix. Nous vérifions si le produit satisfait nos attentes, se tromper n'est pas envisageable.

416. Les commerçants l'ont d'ailleurs très bien compris et nous le font savoir à grand renfort de slogans et de mentions telles que « essai gratuit ». Tester le produit avant de l'acheter est l'un des outils marketing les plus utilisés par le e-commerce pour pallier les faiblesses de l'achat en ligne, qui bien que plébiscité, est source de frustration et de questionnements pour les clients. Il en est de même pour les futurs contractants : *« parce que les destinataires d'une situation juridique sont face à un phénomène nouveau, à une relation nouvelle, il émerge un risque d'erreur découlant du caractère inconnu de cette situation¹. »*

417. L'expérimentation protège contre le risque d'erreur et limite l'hésitation en ce qu'elle permet de *« lever le doute sur le contenu du futur définitif² »*. Partant, elle présente un caractère informatif. En effet, *« si par le passé, les contrats portaient essentiellement sur des immeubles et sur quelques meubles au rang desquels les denrées alimentaires tenaient une place prépondérante, avec le développement de l'industrialisation et du consumérisme³ », les biens objet des contrats de vente se complexifient, complexifiant par là-même la prise de décision des futurs contractants.*

418. C'est le caractère informatif de l'expérimentation qui permet aux parties d'être confortées dans le contenu du contrat ou sur les qualités de la marchandise, et à l'issue, de décider de former ou non le contrat. Dès lors, l'on ne peut parler d'expérimentation si le contrat prévoit que son exécution sera soumise à l'agrément du contractant, autrement dit lorsque *« l'une des parties est autorisée à exiger de son partenaire une prestation qui lui convienne parfaitement⁴ »*. Car quand bien même la prestation serait insatisfaisante, le contrat serait, pour autant, d'ores et déjà formé. Il n'y a en pareille hypothèse aucune visée informative. Pas plus

¹ TOURNAUX S., L'essai en droit privé, Thèse, LGDJ, 2011, p.35.

² MERLAND L., Recherches sur le provisoire en droit privé, Thèse, PUAM, 2001, p. 56.

³ *Ibid.*, p. 64.

⁴ LORVELLEC L., L'essai dans les contrats, Thèse, Rennes, 1972, p. 75.

d'ailleurs que dans les contrats avec faculté de remplacement si l'objet est défectueux. « *Il s'agit en quelque sorte d'une garantie offerte par le vendeur à l'acheteur*¹ ».

419. Il n'y a expérimentation que si, dans un but informatif, un essai est réalisé préalablement au contrat définitif. Reste que, l'expérimentation se distingue des autres remèdes à l'asymétrie d'information en ce qu'il s'agit d'une information concrète.

2. Une mise en situation du projet envisagé

420. Le second critère de l'expérimentation résulte de la technique mise en œuvre. Pour qu'il y ait expérimentation, la condition *sine qua non* est la mise en situation du projet envisagé. Celui-ci est mis à l'épreuve de la réalité. « *L'expérimental est le fruit d'une hypothèse : le droit imaginé tel qu'il pourrait être définitif. Le définitif envisagé constitue ainsi le modèle de l'expérimental*² ».

421. Face à un futur cocontractant pétri de doutes et qui peine à prendre la décision de s'engager dans le contrat, la possibilité d'essayer le produit ou l'objet convoité est rassurante. Ainsi, « *lorsque le définitif ne peut venir liquider immédiatement ce doute, le droit préfère alors user d'un droit dérogatoire, provisoire, mais plus efficace : l'expérimental*³ ».

422. L'expérimentation permet aux parties de se trouver exactement dans la situation dans laquelle elles seront si elles s'engagent de manière ferme et ce, dans un unique but informatif. Monsieur Tournaux définit l'essai comme « *une expérimentation subjective destinée à se prémunir contre un risque, une mise en situation provisoire et précaire d'une situation projetée, dont la stabilité et les enjeux patrimoniaux ou personnels constituent un risque contre lequel il convient de se prémunir*⁴. » Il ressort de cette définition que l'expérimentation peut revêtir plusieurs formes et peut être utilisée dans plusieurs types de contrats. Mais surtout, l'expérimentation est une information concrète pour le futur contractant. Ce dernier peut éprouver le contrat envisagé.

¹ MERLAND L., Recherches sur le provisoire en droit privé, *op. cit.*, p. 69.

² *ibid.*, p. 72.

³ *Ibid.*, p. 56.

⁴ TOURNAUX S., L'essai en droit privé, *op. cit.*, p.35.

423. Il suit de là que certains types de contrat ne peuvent être considérés comme des contrats assortis d'une expérimentation. Tel est le cas de la vente sur échantillon. Dans ce type de vente, le vendeur remet un échantillon de la marchandise à l'acquéreur, c'est-à-dire une fraction de la chose, ce qui lui permet de juger des caractéristiques de la marchandise proposée. En agréant l'échantillon, l'acheteur forme la vente et se réserve ensuite le droit de refuser la marchandise si celle-ci n'est pas conforme à l'échantillon. La vente sur échantillon ne comporte pas de période d'expérimentation. S'il est vrai que la remise de l'échantillon a une visée informative, en revanche, le contrat est d'ores et déjà formé, seule la conformité de la livraison étant en cause¹. Cette dernière doit simplement correspondre à l'échantillon remis. Au surplus, il n'y a aucune hésitation, pas plus qu'il n'y a de situation d'attente.

424. La vente avec reprise d'invendus n'a pas davantage trait à l'expérimentation. En effet, ici, il n'y a pas d'expérimentation puisque les biens sont mis à la disposition de l'intermédiaire, qui est en réalité un distributeur, en vue de leur revente. Si ce dernier n'y parvient pas dans le délai fixé par les parties, alors il pourra les restituer au vendeur initial. C'est à cette technique qu'ont recours les dépôts-vente². Les critères de l'expérimentation sont inexistants en pareille hypothèse en ce qu'il n'y a pas mise en situation de la situation définitive et qu'il n'y a également aucun but informatif. Il ne s'agit pas davantage de remédier à l'hésitation mais d'organiser un mandat de vente³.

425. Somme toute, il faut considérer que l'expérimentation intervient toujours avant la situation définitive. Mieux encore, c'est le point de départ de la situation juridique envisagée.

¹ « Une Cour d'appel constatant qu'une société s'était engagée à livrer à un fournisseur des toiles destinées à l'Administration militaire sous réserve de l'agrément de celle-ci après examen d'échantillons dont plusieurs ont été refusés, ne peut, sans dénaturer les termes clairs et précis de la convention acceptés par la société qui s'était engagée à fournir une toile comportant des caractéristiques déterminées, dégager cette société de son obligation, au motif que l'obligation de fournir le tissu était subordonnée à la condition suspensive de l'agrément de celui-ci par l'Administration militaire, alors que le refus d'acceptation de celle-ci ne pouvait la dégager de son obligation de livrer une marchandise conforme à la commande. » Cass. Civ. 1^{ère}, 7 janv. 1981, n°79-12.061.

² Paris, 12 déc. 1980: D. 1981. IR 447, obs. Larroumet.

³ CA Montpellier, 26 juin 2002, Juris-Data n° 2002-193425 : preuve non rapportée par un garagiste considéré comme étant le propriétaire en raison de sa possession matérielle du véhicule et de la détention de l'acte de cession émanant du précédent propriétaire ; CA Colmar, 13 mai 1982, Juris-Data n° 1982-043916 : à défaut de preuves suffisantes, le garagiste qui a procédé à la vente d'une automobile est intervenu à titre d'intermédiaire ; c'est un mandataire et non pas un vendeur.

Parce que les parties se trouveront dans une nouvelle situation juridique, autrement dit, inédite pour eux¹, elles décideront expressément de cette expérimentation préalable. Partant, celle-ci est réalisée dans le seul but de les conforter dans le projet déjà établi mais qui reste à confirmer. C'est d'ailleurs ce qui distingue l'expérience de l'expérimentation².

426. « *Par l'expérimentation de la situation nouvelle, c'est-à-dire par la mise en situation de ses principaux protagonistes, les destinataires de la situation juridique vont pouvoir se rassurer et décider, en meilleure connaissance de cause, si la situation doit ou non devenir pérenne. L'essai manifeste alors « la nécessaire victoire de la réflexion sur l'engagement aveugle*³. » Il est, de ce point de vue, un traitement quasi parfait à l'hésitation.

B. Un traitement pragmatique de l'hésitation

427. Parce-que l'expérimentation place les parties dans la future situation en leur offrant malgré tout une porte de sortie, elle facilite la prise de décision. L'expérimentation qui peut, selon le domaine revêtir des formes différentes⁴, peut également intervenir lors de plusieurs phases du processus décisionnel ; soit durant la phase de délibération, soit postérieurement à la phase de choix.

¹ La nouveauté doit être appréciée, non au travers de l'essai, mais au travers de la situation définitive. C'est elle qui doit être nouvelle. Sans doute n'est-il pas inutile de préciser que ce n'est pas la nature d'acte qui doit être nouveau pour les parties mais uniquement la situation juridique qu'il va générer qui doit être nouvelle pour les parties. Prenons l'hypothèse d'une vente à la dégustation. Le contrat de vente est sans nul doute le contrat le plus couramment utilisé par tout contractant. En revanche, la vente de tel objet en particulier, de tel vin par exemple, est, elle, nouvelle, inédite. Voir en ce sens, TOURNAUX S., L'essai en droit privé, *op. cit.*, p.37.

² L'expérience « *visée à vérifier, grâce à diverses expériences, la véracité ou la validité d'une situation ou d'une hypothèse par l'obtention des données conformes ou non conformes à la situation initiale* », GAMALEU KAMENI Ch., Réflexions sur la méthode expérimentale dans la recherche juridique, *Revue libre de Droit*, 2015, pp. 12-24 ; MERLAND L., Recherches sur le provisoire en droit privé, *op. cit.*, p. 72.

³ TOURNAUX S., L'essai en droit privé, Thèse, *op. cit.*, p.36.

⁴ Comme des lois expérimentales, voir sur ce point CHEVALLIER J., Les lois expérimentales, in *L'écriture du droit*, Éditions Diderot, 1996, pp. 167 à 203 et CROUZATIER-DURAND Fl., Réflexion sur le concept d'expérimentation législative (à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République), *Revue française de droit constitutionnel*, 2003/4, n° 75, pp. 675 à 695.

428. Elle permet une réalisation plus concrète et plus efficace de la phase de délibération car le décideur n'a plus recours à la théorie et à la mise en situation imaginaire mais apprécie concrètement son futur projet. À cet égard, « *l'expérimental protège la formation d'un juste définitif*¹ ». Les parties savent alors parfaitement comment se déroulera l'opération finale et s'il est opportun de s'engager définitivement. En effet, « *le but de l'expérimental est informatif : il doit lever le doute sur le contenu du futur définitif*² ». L'expérimentation est, de ce point de vue, un mécanisme juridique dont la nature mécanique, autrement dit dont la technique utilisée et donc du résultat qu'elle produit, permet d'éviter l'hésitation.

429. En effet, l'expérimentation se justifie au regard des causes de l'hésitation. L'incertitude, évidemment, qui correspond à l'hypothèse dans laquelle le décideur n'a aucune information sur l'environnement mais qui peut également résulter du manque de connaissance des choix possibles et/ou de leurs conséquences. En outre, la certitude, avec notamment, l'hypothèse où l'on a le choix entre plusieurs options positives, c'est-à-dire dont les bénéfices sont équivalents. L'on songe ici à la multiplicité de choix relatifs à la chose objet du contrat. L'expérimentation se montre alors comme le moyen quasi infaillible pour le futur contractant de vérifier la concordance du projet avec ses besoins. Parce qu'il s'agit d'une méthode purement subjective, en ce sens qu'elle est réalisée par le décideur lui-même, elle ne peut être biaisée par le *dolus bonus* d'un cocontractant ou pis encore, par ses manœuvres dolosives.

430. Pourtant, force est de constater que le droit des contrats met davantage en avant la décision fondée sur la description. En économie, la théorie de la décision démontre que la décision peut être fondée soit sur les conséquences mais également en termes de vraisemblance des événements, c'est ce qu'on appelle la décision fondée sur la description, soit sur la décision fondée sur l'expérience, c'est à dire sur les réalisations observées de certains événements³. Rapprochons cela de la sphère juridique. L'on parle de décisions fondées sur la description lorsque l'intéressé bénéficie d'une obligation d'information, de conseils de professionnels, est avisé des conséquences de tel ou tel acte grâce à la loi. C'est donc généralement le cas en droit. En revanche, la décision fondée sur l'expérience n'a pas son pendant en droit. En économie,

¹ MERLAND L., Recherches sur le provisoire en droit privé, *op. cit.*, p. 56.

² *ibid.*

³ Voir notamment, L'HARIDON O. et PARASCHIV C., Choix individuel et décision fondée sur l'expérience. Une étude expérimentale, *Revue économique*, Vol. 60, n°4 (Juil. 2009), pp.949-978.

les agents économiques ont recours à un historique qui leur permet de savoir si dans le passé eux, ou leur entourage, ont réalisé des gains - ou des pertes - dans des situations comparables.

431. En somme, les individus utilisent leur propre expérience passée¹ et non des probabilités. D'évidence le droit des contrats qui n'est pas un droit de l'émotion ou du sentiment, mais un droit de raison, de réflexion qui répond à une fonction d'utilité, d'efficacité et d'économie, commande que les décisions qui y ont trait soient fondées sur l'analyse ; illustration même de la rationalité. Pourtant, certains contrats en raison de leur objet, ne peuvent être uniquement fondés sur l'analyse car sont empreints de subjectivité. En pareil cas, l'expérimentation s'avère nécessaire.

II. Les mécanismes initiaux d'expérimentation

432. En matière de vente, certains contrats portent sur des choses consommables. En pareille hypothèse, il y a une part importante, sinon exclusive, de subjectivité. L'expérimentation est d'une particulière efficacité pour enrayer l'hésitation relative à l'adéquation entre ce qu'attend le potentiel contractant et les qualités effectives du produit. Elle est alors perceptive (A) en ce qu'elle a trait à l'appréciation gustative des qualités et des défauts du produit fondés sur les critères subjectifs du décideur.

433. Dans d'autres contrats de vente en revanche, les critères attendus sont purement objectifs. L'objet de la vente devra d'une certaine manière, répondre à un « cahier des charges » préalablement établi par le potentiel contractant. Ainsi, le bien doit être conforme à l'usage attendu et pour ce faire, l'expérimentation vérificative (B) permet à l'intéressé de vérifier que tel est le cas.

A. L'expérimentation perceptive

434. Certains contrats de vente, en raison de la chose objet de la vente, sont générateurs d'hésitation. Il ne serait d'ailleurs pas exagéré d'affirmer que la formation de tels contrat ne peut échapper à l'hésitation. En effet, la décision de s'engager en pareille hypothèse n'est

¹ Mais également leur intuition, LEBRATY J.-F., *Décision et Intuition : un état des lieux*, Éducation et Management, 2007, pp. 33-37.

fondée sur aucun élément objectif et partant, la correction de l'asymétrie d'information ne sera d'aucun secours pour la raison simple que la cause de l'hésitation est purement subjective : le goût. La décision de contracter dépend uniquement du jugement de goût de l'intéressé. C'est dire que la seule observation de la chose objet du contrat est insuffisante et que, peu important la quantité d'informations qui pourraient lui être fournies, il ne peut arrêter sa décision, en proie à une hésitation qui le paralyse. Pour remédier à cette hésitation, seule une expérimentation perceptive est efficace.

435. Le Code civil a dès 1804 prévu la faculté d'une telle expérimentation. L'article 1587 relatif à la vente à la dégustation, autrement appelée, vente à l'agrée, dispose ainsi que « *A l'égard du vin, de l'huile, et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées.* » Si la lettre du texte évoque le vin, l'huile et les autres choses que l'on est dans l'usage de goûter, il serait regrettable pour autant de considérer qu'il s'agit uniquement de biens consommables. En effet, bien que le verbe « goûter » renvoie aux aliments et aux boissons, il convient d'en avoir une plus large acception.

436. Le vrai est que « *chaque fois que l'acquéreur éventuel a la possibilité de porter une appréciation subjective sur les qualités de la chose qu'il envisage d'acheter, et de se décider au terme de cette seule appréciation, il est permis de poser qu'on est en présence d'une telle vente* ». Ainsi, tous les produits alimentaires¹ peuvent être achetés au goûter, tels que la bière, le vinaigre, l'eau-de-vie et les alcools² mais également les parfums, un enregistrement

¹ Il ne suffit pas qu'il s'agisse d'un bien consommable, encore faut-il qu'il soit dans les usages de l'agréer avant l'achat. Ainsi, il a été jugé que plusieurs denrées alimentaires ne font pas l'objet d'une vente à la dégustation selon les usages. Tel est le cas du beurre (CA Paris, ch. corr., 29 nov. 1898 : Gaz. Pal. 1899, 1, p. 308 ; DP 1899, 2, p. 460 ; S. 1899, 2, p. 126) ou du fromage (CA Besançon, 1^{re} ch., 25 mai 1904, préc. n° 41, vente de meules de gruyère). Il a été jugé que l'avoine ne rentre pas non dans les marchandises dont il est d'usage de le goûter avant de les acheter. On peut supposer que la solution tient au fait que ce produit n'est pas destiné à l'alimentation humaine mais animale (Cass. req., 7 avr. 1908). En outre, encore faut-il que les parties en aient convenu.

² Cass. civ., 17 juin 1925 : Bull. civ. 1925, n° 121 ; DP 1927, 1, p. 29, 2^{ème} esp. ; Gaz. Pal. 1925, 2, p. 352 ; Journ. Trib. com. 1926, p. 503, alcool « bon goût » de rétrocession. – CA Limoges, 15 mars 1838 : S. 1838, 2, p. 474, 2^{ème} esp., vente de rhum.

musical, un chien de chasse, un cheval de course ou un vêtement sur mesure¹. Il faut ainsi considérer que la vente à la dégustation peut s'appliquer à tous les produits dont les qualités intrinsèques n'apparaissent qu'à l'expérimentation perceptive et partant, subjective, à l'exclusion de moyens ordinaires de vérification physiques ou chimiques.

437. La stipulation d'une clause d'agrée dans un contrat de vente² empêche celui-ci de se former. La lettre de l'article 1587 du Code civil précise en effet qu'« *il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne l'a pas goûté et agréé* ». La vente à la dégustation³ est fondée sur le seul goût de l'acheteur et suspend la décision de contracter à la réalisation de deux conditions cumulatives : d'une part, la dégustation et d'autre part, l'agrée. Pour ce qui concerne la dégustation, c'est elle qui remédie à l'hésitation. Elle permet au potentiel contractant, en ce qu'elle constitue une expérimentation perceptive, de constater que le produit correspond à ses attentes, à des critères subjectifs uniquement fondés sur ses goûts. L'agrée quant à lui, n'est ni plus ni moins qu'un jugement de goût, c'est-à-dire sa décision, qui s'exprimera en un consentement ou un refus.

438. L'article 1587 reprend le principe *emptio ad gustum*⁴ qui trouve son origine en droit romain. Il peut dès lors sembler curieux d'employer le terme d'agrée lequel désigne le fait pour l'acheteur d'examiner la marchandise pour laquelle il a passé commande afin de reconnaître si elle est ou non conforme. Il n'y a donc dans l'agrée aucun aspect subjectif.

¹ ESCARRA J. et E. et RAULT J. par HEMARD J., Traité théorique et pratique de droit commercial, Les contrats commerciaux : Sirey, 1953 ; MALAURIE Ph., AYNÈS L. et GAUTIER P.-Y., Droit civil. Les contrats spéciaux, 8e éd., 2016, Defrénois, n° 104.

² La clause d'agrée est présumée dans la vente de certaines marchandises, dont le vin et l'huile et d'autres choses selon les usages (Cass. 1re civ., 24 mars 1998 ; SA Magnien-Laguarrigue-Cairol (MLC) c/ Épx Lucas). Mais la clause d'agrée peut être stipulée dans d'autres hypothèses que celles visées par la loi et les usages. L'art. 1587 est supplétif de volonté et les parties peuvent y renoncer. La renonciation ne se présume pas : « *la renonciation aux dispositions de l'art. 1587, si elle ne peut résulter du seul silence des parties, peut être tacite dès lors que les circonstances établissent de façon non équivoque la volonté de celle-ci.* » (Cass. Civ. 1ère, 24 mars 1998, Bull. civ. I, n°127 ; Cass. Civ. 1ère, 12 juillet 2007, Bull. civ. I, n°273).

³ OLSZAK N., *Emploi ad gustum : la vente à la dégustation de l'Antiquité à l'article 1587 du Code civil*, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, Revue d'histoire du droit 1990, p. 361. Sur les origines de la règle de l'agrée, cf. aussi BAHANS J.-M., *L'apport du droit du vin au droit de la vente : l'exemple de la vente à l'agrée*, RD rur. 2005, p. 13.

⁴ Achat au goût.

Cette curiosité résulte de l'histoire de la vente à la dégustation qui permet de se rendre compte, qu'au demeurant, l'appréciation subjective de l'acheteur n'était pas déterminante pour la vente.

439. L'origine de la vente à la dégustation se trouve dans les pratiques du commerce en gros du vin à Rome¹. Les vins ordinaires en cuves devaient être goûtés à bref délai par les potentiels acheteurs car à l'époque, le produit était instable et fragile, les maladies du vin communes. Il fallait donc que le vin soit vendu rapidement. L'acheteur, après dégustation et acceptation, devait en prendre rapidement livraison car c'est désormais sur lui que pesait la charge des risques, autrement dit les maladies du vin. À cette époque, ce sont donc des éléments objectifs qui étaient recherchés, *« un refus fondé sur le déplaisir ne paraissait pas entrer en ligne de compte ici, mais il était prévu, pour d'autres marchandises, dans le cadre d'un pacte adjoint à la vente, le pactum displicentiae, qui est à l'origine de la vente à l'essai de l'art. 1588 c. civ². »* Ce n'est que plus tard que, poussée par la recherche d'une liberté de consentement, la manifestation subjective de l'acheteur est apparue. *« Mais, dans la pratique, on distinguait deux types de dégustation : la première qui intervenait avant la conclusion du contrat et pouvait laisser toute sa place à la subjectivité de l'acheteur et la seconde qui paraissait destinée à vérifier l'absence de défauts et l'identité du produit au moment de l'enlèvement³ ».*

440. Il apparaît en outre que Pothier distinguait deux types de vente à l'agréage : l'une pour laquelle l'acheteur goûte la marchandise pour savoir si elle est à son goût, son refus est alors discrétionnaire ; l'autre pour laquelle la dégustation a pour objet de vérifier si la marchandise est bonne, loyale, marchande et non gâtée et donc son refus fondé sur des faits objectifs⁴. Aucune de ces nuances n'a été retenue par le Code civil, *« sans doute parce qu'il était destiné aux consommateurs alors que la vente à l'agréage correspondait aux pratiques des marchands pour lesquels on allait rédiger un code de commerce⁵ »*. Pourtant, comme l'a relevé Monsieur

¹ OLSZAK N., *Emploi ad gustum : la vente à la dégustation de l'Antiquité à l'article 1587 du Code civil*, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, *op. cit.*

² OLSZAK N., *La survie de l'antique dégustation au temps des laboratoires d'œnologie*, Recueil Dalloz 2001 p.729.

³ *Ibid.*

⁴ BAHANS J-M., *op. cit.*

⁵ OLSZAK N., *La survie de l'antique dégustation au temps des laboratoires d'œnologie*, *op. cit.*

Bahans, « *le régime juridique de l'agrée est par ailleurs une illustration saisissante de la combinaison dialectique d'éléments subjectifs et objectifs dans la formation d'un contrat*¹ ».

441. Cette dualité subjectif/objectif de la vente à la dégustation a donné lieu à quelques discordes au sein de la doctrine sur le point de savoir si la vente à la dégustation peut être civile ou commerciale. D'aucuns considèrent qu'elle ne peut être que civile² et donc exclue en matière commerciale parce que lorsque l'achat de la marchandise est fait par un professionnel dans le but d'être revendue à des clients, son appréciation personnelle ne rentre pas en ligne de compte, le produit devant simplement être bon et loyal ; quand d'autres³ rétorquent qu'elle peut aussi bien être civile que commerciale. Si la jurisprudence a pu pencher en faveur de la première tendance doctrinale⁴, il est désormais admis que, conformément à la distinction de Pothier, l'on distingue deux types d'agrée⁵ : l'un, subjectif, pour les ventes civiles comme le

¹ BAHANS J-M., *op. cit.*

² COLLART DUTILLEUL Fr. et Ph. DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, Précis Dalloz, 11e éd., 2019, n° 81 : « (...) elle est exclue en matière commerciale, sauf clause contraire » ; GROSS B., commentaire Cass. 1re civ., 24 mars 1998 ; SA Magnien-Laguarrigue-Cairol (MLC) c/ Épx Lucas dans La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 25, 18 Juin 1998, p. 996 : « À suivre l'interprétation de la Cour de cassation, on est conduit à décider que pour le vin et l'huile, l'article 1587 joue systématiquement ». « L'arrêt du 24 mars 1998 est contraire à la tendance jurisprudentielle et doctrinale bien affirmée qui vise à écarter la vente à la dégustation en matière commerciale au nom de la sécurité des affaires ». « La solution de la Cour de cassation qui aboutit à donner une large portée à l'article 1587 tout au moins dans les ventes de vin paraît décalée par rapport à la pratique. La dégustation est certes très courante lorsque des achats de vin sont effectués par des professionnels ou par des particuliers auprès des viticulteurs. S'ensuit-il pour autant que la vente soit à la dégustation au sens de l'article 1587 ? Rien n'est moins certain. »

³ BAHANS J-M., *op. cit.*

⁴ Pour une clause d'agrée imprimée dans la formule de contrat d'un distillateur, la Cour de cassation a pu considérer d'une manière générale que « ces vins n'étaient assurément pas destinés à la consommation personnelle de l'acheteur, ce qui est le cas où l'agrée est surtout stipulé » (Cass. req., 31 mai 1923, S. 1923, 1, p. 351). Cette jurisprudence ancienne mais constante allait permettre à la Cour d'appel d'Agen de décider, dans un arrêt du 22 juill. 1987, que pour un vin ordinaire une clause d'agrée même stipulée expressément doit être réputée non écrite lorsque la vente intervient entre négociants et que la marchandise n'est pas destinée à la consommation personnelle de l'acheteur. (CA Agen, 22 juill. 1987 : Juris-Data n° 043018).

⁵ En ce sens, Cass. Com. 24 mars 1998, Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2007, n° 05-11.791, F-P+B, Sté GVA c/ Sté coop. Hauts de Gironde : JurisData n° 2007-040107 ; RJDA 2007, n° 1079, Cass. civ. 1^{ère}, 21 nov. 2006, n° 04-16. 271, FS-P+B, SCFED Landureau c/ Sté Borie-Manoux : Juris-Data n° 2006-036012. La question de savoir si la vente à la dégustation peut être commerciale ne se pose pas quant à l'agrée discrétionnaire ou pas de l'acheteur

consommateur qui goûte avant d'acheter, exclusion faite évidemment des vins vendus en bouteille en grande surface, l'autre, pour les ventes commerciales où le vin doit être « loyal ».

442. La nature juridique de la vente à la dégustation a également fait débat. Pour certains auteurs, la vente à la dégustation est considérée comme ayant été conclue sous la condition suspensive de l'agrée après dégustation¹. La vente à la dégustation s'analyse pour d'autres comme une promesse unilatérale de vente conférant au bénéficiaire la faculté de lever l'option après dégustation². Elle n'est formée et ne produit ses effets que lorsque l'acheteur a levé l'option après dégustation. Selon quelques auteurs, « *l'analyse est moins artificielle que celle classique mais pas pleinement satisfaisante*³ ». Les mêmes saluent l'abandon de la qualification de vente sous condition suspensive considérée comme « *largement dépassée*⁴ ».

443. Il faut surtout admettre que l'analyse classique ne résiste pas à la lettre de l'article 1587 lequel dispose « *qu'il n'y a point de vente...* ». Or, dans la vente sous condition suspensive, le contrat est déjà formé. Au surplus, « *la condition est un événement futur et incertain qui doit être extrinsèque et adventice à la vente. Or, l'agrée de la chose après dégustation est le*

professionnel, mais sur la question de la charge des risques. Quasiment toutes les espèces étaient relatives à la charge des risques lorsque le vin avait été abimé entre la dégustation et le retirement.

¹ RIPERT G., ROBLOT R., Traité de droit commercial, t. II, par DELEBECQUE Ph. et GERMAIN M., L.G.D.J., 2004, 17^{ème} éd., n°2513-1. La jurisprudence a parfois entériné cette analyse, non sans une certaine ambiguïté (CA Bordeaux, 26 juin 1854 : DP 1855, 5, coll. 464 ; S. 1855, 2, p. 25, qui analyse la vente à la dégustation comme une vente sous condition suspensive, tout en considérant qu'il n'y a pas de vente tant que la chose n'a pas été agréée... – T. civ. Tarascon, 22 juin 1906 et CA Aix, 11 juin 1908 : DP 1910, 2, p. 305, note J. Valéry, à propos d'une vente sur souche, il est jugé qu'une telle vente doit être qualifiée de vente en bloc et qu'il est admis, en droit, que les parties peuvent renoncer expressément ou tacitement à la condition suspensive de l'article 1587 du Code civil et qu'à cet égard les tribunaux sont autorisés à se prononcer suivant les conventions ou les usages établis.

² RAYNARD J., SEUBE J-B., Droit civil, Contrats spéciaux : LexisNexis, 8^e éd. 2015, n° 53 ; BENABENT A., Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, Domat droit privé : Montchrestien, 11^e éd. 2015 n° 106 ; MALAURIE Ph., AYNÈS L. et GAUTIER P.-Y., Droit civil. Les contrats spéciaux, 8^e éd., 2016, Defrénois, n° 104 ; COLLART DUTILLEUL Fr. et Ph. DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, Précis Dalloz, 11^e éd., 2019, n° 81 ; HUET J., DECOCQ G., GRIMALDI C. et LECUYER H. avec la collaboration de J. Morel-Maroger, Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, Les principaux contrats spéciaux : LGDJ, 3^e éd. 2012, n° 11168 ; GUETTIER Ch. et alii, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 12^e éd., 2020, n°3112.176.

³ MIGNOT M., JurisClasseur Civil Code, Art. 1585 à 1588, Fasc. Unique, 2016.

⁴ *Ibid.*

*consentement même au contrat de vente, donc un élément essentiel à ce dernier*¹. » La doctrine contemporaine considère en général que la vente à la dégustation est en réalité une promesse unilatérale de vente. Le promettant confère au bénéficiaire une option qu'il exerce par la dégustation. Si la chose est agréée, l'option est levée et la vente est formée ; si elle ne l'est pas, elle n'est pas levée et la vente n'est pas formée. Ce que confirme la jurisprudence².

444. La vente à la dégustation, demeure, quoi qu'il en soit, une technique encore très vivace : dégustation du vin au restaurant mais également dans les grandes surfaces où les distributeurs offrent leurs produits afin de convaincre les clients (fromage, charcuterie, alcool, café...) qui ne peut être étendue en tant que telle à d'autres produits puisque le Code civil l'a strictement réservée à un type de biens particuliers. Il existe néanmoins dans le Code civil un autre type de vente soumise à une expérimentation préalable, c'est la vente à l'essai, qui a elle, davantage une fonction de vérification et partant objective.

B. L'expérimentation vérificative

445. Tout comme l'apôtre Thomas³, le futur contractant peut se montrer sceptique quant au projet contractuel. L'incertitude relative à la concordance entre son besoin et la chose objet du contrat est génératrice d'hésitation parce que, dans certaines hypothèses, le besoin du futur contractant est particulièrement précis et doit, pour être satisfait, répondre à des caractéristiques objectives toutes aussi précises. Ici encore, la transmission d'informations aussi importante soit elle est insuffisante à pallier l'incertitude et le trouble du déroulement du processus décisionnel. En effet, seule la possibilité pour l'intéressé d'éprouver les caractéristiques techniques de l'objet s'avère efficace.

446. Le droit s'est très tôt doté d'un outil de ce type : la vente à l'essai. Malheureusement, l'article 1588 du Code civil se montre pour le moins laconique en disposant que : « *La vente*

¹ *Ibid.*

² Cass. Civ. 1^{ère}, 21 nov. 2006, n°04-16.271 : « *L'accord sur la chose et sur le prix intervenu en matière de vente de vin, après que celui-ci a été goûté et agréé, vaut vente, conformément aux dispositions de l'article 1587 du code civil, peu important que le vin ait été ensuite commandé en vrac ou en bouteille.* »

³ SCHMID G., Saint-Thomas : l'incrédulité à l'épreuve des sens, L'Actualité Nouvelle-Aquitaine, Espace Mendès France, 2019 qui reprend le récit de l'apparition aux disciples et l'incrédulité de l'apôtre Thomas, relaté dans l'Évangile de Jean, chapitre 20, versets 19 à 25.

faite à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive. » Il en ressort que certes, la vente peut être faite à l'essai mais sans davantage de précision quant à la définition de cette modalité. La vente à l'essai est « *une vente dont la conclusion définitive est subordonnée à la condition qu'après usage par l'acquéreur éventuel, la chose vendue sera reconnue apte au service auquel elle est destinée*¹. » Le domaine de la vente à l'essai doit par conséquent être réservé aux seuls contrats ayant pour objet la vente de biens pour lesquels l'expérimentation aurait pour fonction de permettre à l'acheteur potentiel de vérifier et non d'apprécier si les seules qualités techniques du bien, autrement dit ses propriétés ou ses performances, sont conformes à ses attentes.

447. Il s'agit d'un contrat par lequel l'acheteur est admis, avant tout engagement définitif, à contrôler par l'usage, les qualités d'un bien dont il envisage l'acquisition. C'est dire que le processus décisionnel n'est pas arrivé à son terme. L'intéressé en est à la phase du choix, c'est-à-dire la phase postérieure à celle de la délibération qui lui a permis d'arrêter son choix sur un produit en particulier. Pour autant, sa décision, elle, n'est pas arrêtée. Son choix n'est pas franc, l'hésitation persiste. L'acheteur aura donc la faculté d'essayer la chose dont il envisage l'acquisition, afin d'en vérifier les qualités et singulièrement si celles-ci permettront un usage conforme à ses besoins. Ainsi, au contraire de la vente à la dégustation, la vente à l'essai est objective et le bilan des vérifications techniques donnera lieu à la décision elle-même au terme de la phase de manifestation du choix arrêté.

448. La vente à l'essai est avant tout une vente et, à cet égard, les éléments essentiels prévus l'article 1583 du Code civil doivent être présents : chaque partie doit donner son consentement à la vente, l'une et l'autre doivent être d'accord sur la chose vendue et sur son prix² puisque la satisfaction de l'essai rendra la vente définitive. En principe, les parties doivent se prononcer expressément sur cette qualification. Cette forme de vente, depuis longtemps pratiquée à l'égard

¹ CORNU G. (sous la dir. de), Vocabulaire juridique H. Capitant, PUF., V° Essai.

² Cass. Civ. 1^{ère}, 08 juil. 1994, n°92-17.718 : « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si M. Y... avait accepté de payer un prix déterminé pour la moissonneuse-batteuse dans le cas où l'essai aurait été satisfaisant, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé.* »

des vêtements et des animaux¹, peut également concerner des machines-outils², un téléviseur³, des équipements informatiques⁴ et même des appareils auditifs⁵. On trouve aussi de exemples relatifs à la vente de bateaux⁶. Elle suppose que l'acheteur connaisse mal la chose achetée. Elle est aujourd'hui d'autant plus répandue que les objets présentent une technicité de plus en plus complexe, l'on pense notamment ici au matériel informatique par exemple⁷.

449. La singularité de la vente à l'essai est que le consentement définitif à la vente de l'acheteur potentiel est réservé à la réussite de l'essai. Dit autrement, la vente est provisoire. C'est dire que la vente à l'essai suppose d'une part, que cette vente ait pour objectif de permettre à l'acheteur de faire un essai, d'autre part, que cet acheteur dispose d'un droit d'usage direct sur cette chose⁸. Durant l'essai, il est placé exactement dans la même situation que la situation définitive envisagée. Prenons l'hypothèse de la vente à l'essai d'un cheval. Pendant une certaine période, généralement fixée par les parties, l'animal est remis à l'acquéreur potentiel qui vérifiera que celui-ci correspond à l'utilisation qu'il entend en faire, par exemple des courses hippiques⁹. À l'issue de la période d'essai, s'il est satisfait, la vente est conclue. Dans le cas contraire, l'animal est restitué au propriétaire et la vente n'est pas conclue. De façon plus originale, un fournisseur et un acheteur professionnel peuvent décider que ce dernier procédera à un essai du produit chez le client sous-acquéreur¹⁰.

450. L'article 1588 du Code civil posant une présomption, la qualification de vente à l'essai est au cœur de la plupart des contentieux en la matière ; les juges du fond ayant un pouvoir souverain d'appréciation pour déterminer si la vente est à l'essai. Il appartient à celui qui se

¹ CA Dijon, ch. civ. B, 10 avr. 2003, RG: n° 01/01722 pour un poney mais déjà Cass. req., 10 janv. 1928 : DP 1929, I, p. 128; CA Douai, Ch. 1, sect. 1, 19 septembre 2011, n° 10/06459, relatif à une vente à l'essai d'un cheval : RTD com. 2011, p. 789, obs. B. Bouloc.

² Cass. Civ. 1ère, 7 juil. 1964, Bull. Civ. I n°370 pour une machine à traire les vaches.

³ Cass. Civ. 1ère, 19 juil. 1965, Bull. civ. I, n° 490.

⁴ Cass. Com., 22 mai 1991, n° 89-13.817.

⁵ CA Aix-en-Provence, 11e ch. B, 17 avr. 2014 : JurisData n° 2014-010015.

⁶ Cass. Civ. 1ère, 12 juil. 2007, n° 06-15.63.

⁷ Voir en ce sens MERLAND L., Recherche sur le provisoire en droit privé, Thèse, PUAM, 2001, p. 64.

⁸ CA Douai, 2e ch. 1, 15 oct. 2015, n°15/00140.

⁹ Voir par exemple, CA Douai, 2e ch. 1, 15 oct. 2015, n°15/00140.

¹⁰ CA Caen, 2e ch. Civ. com., 4 févr. 2016, n° 14/02550.

prévaut d'une vente à l'essai d'en démontrer l'existence¹. Une vente ne peut être à l'essai lorsque les parties la considèrent comme définitive et procèdent aux formalités révélant le transfert de la propriété et qu'elles estiment que l'essai de la chose vendue participe de son exécution. En tout état de cause et en l'absence de précisions expresse des parties, les juges rechercheront si les parties avaient convenu de la chose et du prix².

451. Pour ce qui concerne la doctrine, le débat porte davantage sur le point de savoir si la vente à l'essai est une vente sous condition suspensive ou résolutoire. Un courant minoritaire penche en faveur de la qualification de vente sous condition suspensive³, ce qu'a pu confirmer la jurisprudence⁴. Si la doctrine majoritaire rejette cette qualification⁵, la motivation de ce rejet diverge⁶. D'aucuns sont favorables à la qualification de condition résolutoire⁷. Cette

¹ CA Nancy, 1^{ère} civ., 27 mars 2000, 99/01640 Ziegler c/ SARL du Destrier ; CA Douai, Ch. 1, sect. 1, 19 septembre 2011, n° 10/06459, relatif à une vente à l'essai d'un cheval : RTD com. 2011, p. 789, obs. B. Bouloc

² CA Lyon, Ch. 06, 26 mai 2011, n° 10/03061. Il ne peut y avoir de vente à l'essai sans stipulation d'un prix, Cass. Civ. 1^{ère}, 8 juil. 1994, n°92-17.718.

³ Notamment ANTONMATTEI P-H., RAYNARD J., Droit civil, Contrats spéciaux, Litec, 7^e éd., n° 69 ; BAUDRY-LACANTINERIE G. et SAIGNAT L., Traité théorique et pratique de droit civil, Broché, 1901, n° 166 ; COLLART DUTILLEUL Fr., DELEBECQUE Ph., *op. cit.*, n° 88 ; Escarra J. et E et Rault J., Traité théorique et pratique de droit commercial, Sirey, 1955, n° 165 ; MALAURIE PH., AYNES L., GAUTIER P.-Y., *op. cit.*, n° 105.

⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 8 juin 1959, n° 1184 : Bull. civ. 1959, I, n° 285 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 19 juill. 1965, n° 63-11.307 : Bull. civ. 1965, I, n° 490. ; Cass. Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, n° 96-19.611 : JurisData n° 1998-003824 ; Bull. civ. 1998, I, n° 304 ; CA Besançon, 2^e ch. civ., 11 janv. 2006, n° 05/01270 : JurisData n° 2006-296781. ; CA Lyon, 6^e ch. civ., 18 févr. 2010, n° 09/00010 : JurisData n° 2010-006807. ; CA Versailles, 3^e ch., 16 sept. 2010, n° 09/03211 : JurisData n° 2010-020362 ; CA Douai, 15 oct. 2015, n° 15/00140.

⁵ « *La qualification de vente sous condition suspensive de réalisation d'un essai satisfaisant n'est certainement pas la plus convaincante. Il faudrait déduire de cette qualification plusieurs conséquences qui ne cadrent pas du tout avec la réalité de celle-ci. D'abord, la vente ne produirait aucun effet tant que la condition suspensive est pendante ; elle en produirait seulement lors de la réalisation de la condition. Or, cette vente produit des effets dès sa conclusion, sans qu'il faille attendre la réalisation de l'essai. Le vendeur est tenu de délivrer la chose, l'acheteur de la retirer, de procéder à des essais et en principe de payer le prix. La production d'effets est totalement antinomique de la qualification de vente sous condition suspensive* » MIGNOT M., JurisClasseur Civil Code, Fasc. Unique : Vente, Mars 2016.

⁶ COLLART DUTILLEUL Fr. et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, p. 97.

⁷ MIGNOT M., JurisClasseur Civil Code, Fasc. Unique : Vente, Mars 2016 qui considère que, la qualification de vente sous condition suspensive n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent en changer et que « *même en*

qualification permettrait de justifier l'usage de la chose par l'acquéreur pendant l'essai mais également de justifier qu'il incombe à l'acquéreur de faire savoir s'il n'est pas satisfait, à défaut de quoi, la vente est définitive.

452. Un autre groupe d'auteurs rejette entièrement l'analyse conditionnelle et relève que la situation se rapproche de celle créée par la vente à la dégustation, la qualification de promesse unilatérale de vente consentie par le fournisseur étant préférable¹. « *Là encore, l'opération se déroule en deux temps : un accord de principe sur les caractères de la chose, une vérification ultérieure de l'acheteur.* » Le mieux reste encore que les parties organisent contractuellement les règles de leur essai car la jurisprudence n'est pas d'un très grand secours sur la question de la qualification et se montre hésitante. Si certains arrêts sont en faveur de la qualification de la condition suspensive, d'autres penchent en faveur de la condition résolutoire, ce qui témoigne de la difficulté en raison d'une grande variété de ventes à l'essai en pratique. La qualification résultera donc de l'économie du contrat, étant précisé que la vente est présumée faite sous condition suspensive, autrement dit, à défaut de preuve du contraire.

453. Reste que la pratique se montrant toujours plus ingénieuse, l'essai revêt des formes les plus variées.

§ 2 - Une conception contemporaine plus générale

454. L'expérimentation, bien que toujours vivace dans la vente, pullule aujourd'hui dans quasiment tous les domaines et dans des formes originales. La période d'essai en est la forme la plus générale (I), bien que d'autres modèles d'expérimentation existent (II).

l'absence de volonté en ce sens, il faudrait qualifier la vente à l'essai de vente sous condition résolutoire ou plus exactement de vente avec faculté de résolution attribuée à l'acheteur. »

¹ HUET J., DECOCQ G., GRIMALDI C. et LECUYER H. avec la collaboration de J. Morel-Maroger, *op. cit.*, p. 122.

I. La généralisation de la période d'essai

455. La période d'essai a acquis ses lettres de noblesse grâce au contrat de travail (A) et s'est immiscée dans nombre de contrats, jusque de façon plus étonnante, aux contrats de distribution et singulièrement le contrat de franchise (B).

A. Du contrat de travail

456. Parce qu'elle répond à un objet spécifique (1), la période d'essai doit être distinguée de mécanismes analogues (2).

1. Un objet spécifique

457. La pratique, toujours plus imaginative, a indéniablement participé à réinventer la grammaire de l'expérimentation. Les acteurs juridiques ont ainsi extirpé l'expérimentation du carcan archaïque que lui offrait le Code civil de 1804 à travers deux textes consacrés au seul contrat de vente, pour en faire un outil moderne utilisable dans des contrats variés. Le contrat de travail en est l'exemple parfait¹.

458. Le contrat de travail, plus encore celui à durée indéterminée, lie les parties dans une relation contractuelle, qui, si elle s'avère être insatisfaisante pour l'une ou pour l'autre, aura des conséquences lourdes, notamment pécuniaires. Prenons l'hypothèse du salarié dont les compétences ne correspondent pas à celles requises pour le poste ; la productivité s'en trouve de fait affectée. Par ailleurs, si l'employeur souhaite mettre un terme au contrat, il doit respecter une procédure lourde tant sur le fond que sur la forme², sauf à s'exposer à une procédure contentieuse³. Le salarié déçu quant à lui, n'a comme seul recours que la démission laquelle le

¹ AUBREE Y., Répertoire de droit du travail, Période d'essai, Dalloz, 2019 (actualisation : 2021) ; DOCKES E., AUZERO G., BAUGARD D., Droit du travail, Précis Dalloz, 34^e éd., 2020 ; DUQUESNE Fr., Droit du travail 2021, Gualino, 16^e éd., 2021 ; FAVENNEC-HERY Fr., VERDINKT P.-Y., Droit du travail, L.G.D.J., 7^e éd., 2020 ; MAZEAUD A., Droit du travail, L.G.D.J., 10^e éd., 2016 ; MARTINON A., Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée déterminée, Thèse, Dalloz, 2005 ; ROUSSEL M., L'évaluation professionnelle des salariés, Thèse, L.G.D.J., 2019.

² Art. L. 1231-1 et s. du Code du travail.

³ Art. L. 1235-1 et s. du Code du travail.

prive d'allocations chômage, outre une période de préavis à respecter. C'est dire que le risque financier est prégnant pour les deux parties et partant, source d'hésitation.

459. Pour obvier à cet écueil, les parties ont imaginé que, nonobstant la conclusion du contrat, elles se réservaient une période durant laquelle elles s'éprouvent en début de contrat. Cette technique, clairement inspirée de la vente à l'essai, s'en distingue en ce que l'expérimentation bénéficie aux deux parties. Il s'agit en outre de « *faciliter l'accès direct au CDI* » en le rendant « *suffisamment attractif sur le marché du travail pour dissuader l'offre d'emploi de recourir aux contrats précaires, entendus comme une sorte de super période d'essai, ou de parcours obligé avant d'atteindre la plénitude du CDI*¹ ».

460. Bien que très répandue en pratique², au demeurant, la période d'essai n'apparaissait pas dans le Code du travail. Avant 2008³, celui-ci était en effet silencieux à propos de celle-ci⁴. C'est donc la jurisprudence qui s'est attachée à lui fixer une définition ainsi qu'un régime. Elle la définissait comme la période permettant de « *tester un employé de telle catégorie*⁵ » ou encore « *d'apprécier l'aptitude du salarié à accomplir la tâche qui lui est confiée*⁶ ». Pour ce qui concerne son régime ensuite, une difficulté résidait dans le fait que les juges n'étaient saisis que de la même question ; « *la période d'essai n'a donné lieu qu'à de peu fréquents litiges portant sur l'abus du droit de rompre le contrat de travail durant la période d'essai*⁷ ». La Cour de cassation adoptait une position très stricte et n'acceptait que de rares entorses à son caractère discrétionnaire, ce qui limitait davantage les contentieux.

¹ MAZEAUD A., Un nouveau droit de la formation du contrat de travail dans la perspective de la modernisation du marché du travail ? : Dr. soc. 2008, p. 626.

² Comme la pratique sportive qui n'a pas été en reste. Il arrive fréquemment que l'option d'achat d'un joueur soit assortie du « prêt » de ce dernier. « *Le montage repose sur une promesse unilatérale de transfert. Mais le prêt est cette fois utilisé comme une sorte de période d'essai : si le joueur donne satisfaction au club "utilisateur" au terme d'une période donnée, ce dernier pourra lever l'option dont il bénéficie, moyennant le paiement de l'indemnité de mutation qui est prévue au contrat.* », BUY Fr., La préparation des transferts des sportifs professionnels, Revue Lamy Droit civil, n°22, 1er décembre 2005.

³ Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008

⁴ L'art. 122-4 du Code du travail se contentait de préciser que les règles classiques de rupture du contrat à durée indéterminée sont exclues lorsqu'il s'agit de rompre un contrat pendant la période d'essai.

⁵ Cass. Soc., 9 juin 1988, Bull. civ. V, n° 348.

⁶ Cass. Soc., 4 mars 1992, Bull. civ. V, n° 150.

⁷ TOURNAUX S., Le déclin de la finalité de la période d'essai, Droit social 2012, p.788

461. Finalement, reprenant le travail des partenaires sociaux avec l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008 relatif à la modernisation du marché du travail et celui de la jurisprudence, l'article L. 1221-20 du Code du travail dispose que : « *La période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent* ».

462. Cet article donne une « *définition fonctionnelle*¹ » de la période d'essai, laquelle constitue « *une assise sur la finalité de l'essai* ». « *C'est ainsi que la période d'essai constitue, pour l'employeur, une période de mise à l'épreuve du salarié et, pour ce dernier, une période d'approbation des conditions d'emploi qui lui ont été proposées*² » et de ce fait, doit, tout comme dans la vente à la dégustation et à la vente à l'essai, avoir été expressément prévue par les parties³. Son objectif est donc strictement limité et défini par le législateur.

463. Partant, la période d'essai qui permettrait à l'employeur de rompre la relation de travail sans appliquer les règles du licenciement est considérée comme abusive⁴. De même, si l'employeur a déjà eu l'occasion d'apprécier les compétences et l'aptitude du salarié dans le cadre de plusieurs contrats à durée déterminée successifs pour le même emploi ou si le salarié a déjà collaboré avec la société sous le statut d'indépendant sur les mêmes fonctions⁵. En effet, en pareil cas, il n'y a aucune incertitude relative à la compétence du salarié puisque celle-ci a déjà été vérifiée lors des précédents contrats. Rappelons que l'expérimentation ne se justifie que tant que la situation est nouvelle et a un but informatif afin de remédier à l'hésitation lors de la conclusion du contrat⁶. Il ne s'agit pas d'un avant-contrat mais d'un contrat déjà formé lequel comporte une période probatoire au cours de laquelle certaines dispositions du droit au licenciement ne s'appliquent pas encore permettant ainsi aux parties de chacune conforter leur

¹ *Ibid.*

² AUBRÉE Y., *op. cit.*

³ Art. L. 1221-23 du Code du travail ; Cass. Soc. 9 nov. 2011, n° 10-21.722.

⁴ Cass. Soc., 15 juin 1999, n° 97-40.088.

⁵ Cass. Soc., 21 janv. 2015, n° 13-21.875.

⁶ En effet, l'article 1221-20 du Code du travail contenu dans la section relative à la période d'essai, est inséré au sein d'un chapitre premier, lequel traite de la formation du contrat de travail.

choix et de prendre une décision définitive¹. En cas d'insatisfaction, chacune est alors libre de ne pas confirmer son choix initial et de reprendre son engagement.

2. Les mécanismes analogues

464. La période d'essai est l'un des mécanismes d'expérimentation permettant aux parties d'organiser leur hésitation et présente des critères cumulatifs. Elle doit être réalisée dans un but informatif grâce à une mise en situation au poste envisagé. Il suit de là que le salarié doit être placé dans les conditions normales de travail². Au surplus, elle ne se justifie que tant que le poste envisagé, dit autrement, la situation future est nouvelle. Ces critères précis permettent d'écarter des mécanismes qui présentent certaines similitudes.

465. L'un d'entre eux, le test professionnel, bien que se distinguant de la période d'essai, permet néanmoins à l'employeur de vaincre ses incertitudes source d'hésitation. Tel est le cas lorsqu'il intervient avant la conclusion du contrat de travail pour déterminer s'il convient ou non d'embaucher le salarié. Dans le cadre d'un test professionnel, contrairement à la période d'essai, le salarié n'est pas exactement placé dans des conditions normales de travail. Tel est le cas d'un chauffeur de car qui, engagé par contrat à durée déterminée de retour à l'emploi, n'a conduit un car de l'entreprise destiné au transport d'élèves que vide de passager, en présence du chauffeur habituel et ceci pendant quelques heures³. En revanche, il permet d'évacuer les incertitudes de l'employeur quant aux compétences du salarié afin de prendre la décision de lui proposer un contrat de travail.

466. Cependant, le stage professionnel ne vise pas à remédier à l'hésitation. Au surplus, parce que le salarié n'est pas placé dans des conditions normales de travail, le stage professionnel n'est pas une période d'essai. Ainsi, le stage professionnel rémunéré qui se déroule avant le recrutement du salarié et qui en est la condition ne constitue pas une période

¹ Tout comme pour la vente à l'essai, le débat doctrinal, aujourd'hui dépassé, s'est cristallisé autour de la nature juridique de l'essai et sur place par rapport au contrat de travail. Pour d'aucuns il s'agissait d'un avant contrat quand pour d'autres, le contrat était déjà formé et comportait, comme partie intégrante, une période d'essai. Voir sur ce point, AUBRÉE Y., *op. cit.* ; G.- H. CAMERLYNCK, *Traité de droit du travail*, t. 1, Le contrat de travail, 2e éd., 1982, Dalloz, p. 178 s.

² Cass. Soc. 4 janv. 2000, n° 97-41.154.

³ Cass. Soc. 4 janv. 2000, n° 97-41.154.

d'essai¹. Il faut pour qu'il y ait période d'essai, contrat de travail. Il suit de là que le militaire de carrière bénéficiaire d'un congé de conversion qui effectue un stage d'adaptation en entreprise en exécution d'une convention signée entre le ministre de la défense et un employeur et qui reste soumis au statut des militaires et qui est rémunéré par l'administration militaire ne peut être lié à l'entreprise d'accueil par un contrat de travail. Ce d'autant que l'exécution du stage implique nécessairement l'accomplissement de tâches professionnelles sous l'autorité fonctionnelle de l'entreprise d'accueil². Dans le même sens, un stage de formation professionnelle durant lequel le salarié est rémunéré par l'allocation de retour d'aide à l'emploi n'est pas une période d'essai³.

467. Enfin, s'agissant de la période probatoire, si dans les deux cas l'employeur cherche à vérifier que le salarié dispose des compétences nécessaires, contrairement à la période d'essai, la période probatoire, elle, se situe au cours de la relation contractuelle lors d'un changement de poste du salarié⁴. Par ailleurs, en cas d'échec, le salarié doit occuper l'emploi qu'il occupait précédemment ou un emploi équivalent assorti d'une rémunération équivalente⁵.

B. Aux contrats d'affaire : l'exemple du contrat de distribution

468. L'essai, traitement de l'hésitation, sécurise la décision et partant la relation contractuelle. En effet, toutes les *« hypothèses où l'une des parties au moins est mise en mesure d'utiliser le service ou le bien constituant l'objet d'une prestation attendue dans un contrat dont la conclusion définitive demeure incertaine et subordonnée aux enseignements de*

¹ Cass. Soc. 1er févr. 2000, n° 97-41.908.

² Cass. Soc. 4 oct. 2007, n° 06-44.106.

³ « Mais attendu que la cour d'appel a constaté que M. X... avait effectué chez son employeur, pendant une période de quatre mois avant son embauche, un stage de formation professionnelle, rémunéré par l'allocation d'aide de retour à l'emploi, sous l'égide de l'Assedic ; qu'elle a exactement décidé que ce stage ne constituait pas une période de travail impliquant que l'intéressé soit placé dans des conditions normales d'emploi. », Soc. 27 oct. 2009, n° 08-41.661.

⁴ Cass. Soc. 25 avr. 2001, n° 98-43.856.

⁵ « Si, en cours de contrat, les parties peuvent convenir, à l'occasion d'un changement de fonction du salarié, d'une période d'adaptation, celle-ci ne peut être qu'une période probatoire dont la rupture a pour effet de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures », Cass. Soc. 7 juil. 2015, n° 14-10.115.

l'expérience ainsi tentée » est un essai. La période d'essai se distingue en ce que ce sont les deux parties qui profitent de l'expérimentation du contrat définitif.

469. En somme, la période d'essai n'est ni plus ni moins qu'une technique particulière insérée aux termes d'un contrat. C'est dire que la liberté contractuelle permet aux parties d'y avoir recours dans des domaines autre que le salariat ou la vente comme dans les contrats de franchise par exemple. Le contrat de franchise, également qualifié de contrat de franchisage¹, est celui par lequel, « *le franchiseur, accorde à ses franchisés le droit d'exploiter un savoir-faire, à charge pour ces derniers de payer un droit d'entrée et des redevances périodiques et de respecter des exigences commerciales imposées par son franchiseur* ² ». Il s'agit donc d'un « *contrat synallagmatique à exécution successive par lequel une entreprise dénommée franchiseur, confère à une ou plusieurs autres entreprises dénommées franchisées, le droit de réitérer, sous l'enseigne du franchiseur, à l'aide de ses signes de ralliement de la clientèle et de son assistance continue, le système de gestion préalablement expérimenté par le franchiseur et devant, grâce à l'avantage concurrentiel qu'il procure, raisonnablement permettre au franchisé diligent de faire des affaires profitables* ³ ».

470. Il est en effet possible de trouver au sein des contrats de franchise, une « clause de résiliation pour simple convenance » qui est, en réalité, une période d'essai pour le franchisé. Monsieur Dissaux en donne un exemple dans son article consacré à l'essai en matière de franchise⁴ : « *Le contrat en vigueur à la date de sa signature par les deux parties et est conclu pour une durée initiale et ferme de trois ans (...). D'un commun accord entre les parties, la période initiale inclut une période probatoire de six (6) mois qui permet à chacune des parties de s'assurer de l'adéquation de ses attentes avec la pratique du contrat (...). À l'issue de la période probatoire, chacune des parties pourra décider, par envoi à l'autre partie d'une lettre recommandée avec accusé de réception, de ne pas poursuivre le contrat et de résilier son engagement de plein droit et sans indemnité, avec un préavis de trois (3) mois.* »

¹ GRIMALDI C., MERESSE S. et ZAKHAVORA-RENAUD O., Droit de la franchise, LexisNexis, 2017 ; le TOURNEAU Ph., Les contrats de franchisage, Litec, 2^e éd., 2007.

² MALAURIE-VIGNAL M., Droit de la distribution, Sirey, 4^e éd., 2017, p. 71.

³ Toulouse, ch. 2, sect. 2, 25 mai 2004, Jurisdata n° 2004-247226.

⁴ DISSAUX N., L'essai en matière de franchise, RTD Com. 2015, p. 403

471. Ainsi, tout comme la période d'essai du contrat de travail, celle-ci a pour objectif de permettre à chacune des parties de confirmer son choix et de vérifier l'adéquation de celui-ci avec ses attentes, préalablement à toute décision. Reste que, une telle clause dans ce type de contrat laisse pantois et appelle quelques critiques. Peut-on réellement considérer que le franchisé hésite et sa décision n'est pas encore prise ? Comment imaginer que tel ne serait pas le cas alors que ce dernier a d'ores et déjà réalisé d'importants investissements comme le droit au bail, le prix de la franchise, l'achat du matériel et du stock, l'aménagement du local ; ces derniers investissements étant spécifiques à la franchise qu'ils ne pourront être utilisés à une autre activité en cas de résiliation, sauf à exposer le franchisé à des poursuites judiciaires. Autrement dit, il a d'ores et déjà pris le risque financier. Pour cette raison, s'il est vrai que cette clause permet la résiliation du contrat de franchise par l'une ou l'autre des parties, il est peu probable, en pratique, qu'elle soit utilisée par le franchisé. Ce dernier se retrouve alors sous le joug du franchiseur, libre pendant plusieurs mois de résilier le contrat sans indemnité, privant par là-même le franchisé de toute stabilité.

472. Au surplus, « *qu'un franchiseur ayant sélectionné un candidat à l'intégration de son réseau se ménage encore la possibilité d'évincer ce partenaire, sans aucun motif, pendant les premiers mois d'exploitation d'un fonds : il y a là une dérive manifeste de la liberté contractuelle¹.* » Jugée « *illogique²* », ce type de clause précarise le contrat de franchise et se heurte à de nombreux obstacles juridiques pouvant aller jusqu'à la nullité en ce qu'elle constitue selon certains une condition potestative. Finalement, « *permettre au franchiseur de résilier un contrat de franchise à durée déterminée à sa simple convenance, dans les premiers mois de son exécution, c'est lui permettre de se délier à bon compte de sa parole, en violation du principe de la force obligatoire du contrat³* ».

473. Cette clause semble d'autant plus ubuesque que la durée de la période d'essai est longue. Pourtant et curieusement, la Cour de cassation a jugé valable une période d'essai de deux ans pour un contrat d'une durée de cinq ans. « *L'arrêt [d'appel] relève que les parties ont conclu un contrat d'une durée de cinq ans, dont l'article 14 prévoyait une période probatoire d'une durée de deux années, durant laquelle chacune des deux parties pouvait*

¹ DISSAUX N, *op. cit.*

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

mettre un terme à cette collaboration avec un préavis de trois mois, sans avoir à en justifier et sans indemnité d'aucune sorte ; qu'il retient, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que la société Dafy moto [l'enseigne] a procédé à la notification d'un préavis d'un mois, à la suite d'une erreur, rectifiée avant l'expiration de ce préavis, que la société Motostop [le franchisé] a bénéficié de l'intégralité du préavis de trois mois prévu au contrat et qu'elle n'établit pas le grief subi à raison de cette situation ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, faisant ressortir que le franchisé s'était engagé en connaissance du caractère précaire de son contrat, dont il avait accepté les modalités d'exécution, la cour d'appel [...] a pu retenir [...] que la résiliation n'était pas abusive et que la société Dafy moto ne pouvait être condamnée à rembourser à la société Motostop le montant de ses investissements initiaux¹ ».

474. Quoi qu'il en soit, il ne s'agit pas selon nous d'une véritable expérimentation. D'abord parce que la décision du franchisé est d'ores et déjà prise. Ensuite, parce qu'elle ne répond à aucun but informatif singulièrement pour le franchiseur, qui a sélectionné le franchisé. Or, quand bien même ce dernier ne se montrerait pas performant, ce serait à ses risques et périls ; le franchiseur, lui n'en prenant pas. Au mieux pourrait-il lui reprocher une faute grave laquelle justifierait alors la résolution du contrat et non une résiliation arbitraire tant dans sa mise en œuvre que dans son délai. L'expérimentation ne peut donc, au nom de la seule liberté contractuelle, recevoir un domaine illimité sauf à être détournée de son véritable objectif : organiser l'hésitation. Dans les contrats de franchise, elle permet en réalité au franchiseur d'avoir la liberté de rompre sans formalisme contraignant un contrat généralement à durée déterminée. Elle présente à cet égard un effet pervers².

¹ Cass. Com. 21 juin 2017, n° 16-15.365 – AJ contrat 2017, p.394.

² Le même dévoiement de la période d'essai est observé dans les contrats d'agents commerciaux. La Cour de cassation, à rebours des juges du fond qui la jugeaient non écrite (CA Paris, 6 sept. 2012, n° 10/16975 ; CA Paris, 30 avr. 2003, n° 2001/14017), considère que « *le statut des agents commerciaux, qui suppose pour son application que la convention soit définitivement conclue, n'interdit pas une période d'essai* » (Com., 23 juin 2015, n° 14-17.894). Ce faisant, elle se situe dans le droit fil de la position adoptée par que la Cour de justice, saisie sur question préjudicielle, qui affirme que « *Étant donné qu'aucune disposition de la directive ne régleme la stipulation d'une période d'essai, il y a lieu de considérer qu'une telle stipulation, qui relève de la liberté contractuelle des parties au contrat d'agence commerciale, n'est pas en soi interdite par ladite directive (...). Les dispositions de cette directive sont applicables dès qu'un tel contrat est conclu entre le commettant et l'agent commercial, quand bien même ce contrat stipulerait une période d'essai (...). Le droit à indemnité et à réparation du préjudice subi est applicable même si la cessation de la relation contractuelle entre le commettant et l'agent commercial se produit au cours de la période d'essai* ». (CJUE 18-04-2018) ; voir également CHAGNY M. (dir.),

II. Les autres modèles d'expérimentation

475. Les autres modèles d'expérimentation résultent soit d'un essai exprès (A), soit d'un essai tacite (B).

A. L'essai exprès

476. Parce que l'hésitation est consubstantielle à la prise de décision, l'essai est omniprésent en pratique. Reste qu'il pose difficulté car il prend des formes singulières, difficilement assimilables aux concepts plus courants de vente à l'essai ou de période d'essai. En effet, dans ces deux formes d'expérimentation, le contrat est déjà conclu. Le choix des intéressés est arrêté mais reste à confirmer afin que le contrat devienne définitif. Le processus décisionnel est d'ores et déjà engagé.

477. Pourtant, certaines ventes sont abusivement appelées vente à l'essai. Tel est le cas de la vente de véhicules ou de vêtements précédées d'un essai qui ne sont pas des ventes à l'essai au sens de l'article 1588 du Code civil et ce, à plusieurs égards. Prenons l'hypothèse de l'intéressé qui fait du lèche-vitrine, entre dans un magasin et essaie un vêtement. Doit-on pour autant considérer qu'il s'agit d'un essai dans le cadre d'une vente à l'essai ? Rien n'est moins sûr car pour qu'il y ait vente à l'essai, il faut avant tout, que chaque partie ait donné son consentement à la vente. L'une et l'autre doivent être d'accord sur la chose vendue et sur son prix puisque le caractère satisfaisant de l'essai rendra la vente définitive. Cependant, dans notre hypothèse, il manque un élément essentiel voire *sine qua non*, c'est la conclusion du contrat et donc le consentement de l'intéressé. Ce dernier qui fait simplement du lèche-vitrine, a-t-il seulement l'intention d'acheter ? Reste qu'il s'agit bien d'un essai en vue d'une vente.

478. Il en va de même pour celui qui fait le tour des concessionnaires automobiles et à qui l'on prête un véhicule pour un essai qui peut durer plusieurs jours¹. Ce dernier exemple est d'autant plus intéressant que le véhicule prêté pour l'essai devra être restitué et ne sera pas le

Concurrence Relations commerciales Distribution Consommation, Le Lamy droit économique, Nov. 2020, n° 4071.

¹ Il ne s'agit pas davantage d'un prêt à usage en raison du but intéressé poursuivi par le propriétaire. CA Nancy, 31 janv. 2000, n° 96/03615.

même en cas d'achat, *a fortiori* quand il s'agit d'un véhicule neuf dont la couleur, les options et les accessoires seront spécialement choisis par l'acheteur. Au surplus, il n'est pas certain que pour l'acheteur potentiel, le vendeur et lui soient déjà d'accord sur le prix ; la négociation du prix du véhicule intervenant souvent après l'essai.

479. Il en va de même lors de la vente d'un véhicule d'occasion. En effet, quand bien même le véhicule essayé sera celui qui sera acheté, il devra en tout état de cause être restitué avant d'être remis à l'acquéreur¹. La remise définitive peut d'ailleurs être reportée plusieurs jours en raison des formalités à accomplir pour l'achat comme la souscription d'un contrat de prêt puis le déblocage des fonds, outre l'assurance. La jurisprudence décide parfois qu'il n'y a pas de contrat conclu par un acquéreur éventuel qui essaye une voiture avant de l'acheter. Si un accident est causé à celui qui essaye, la responsabilité est délictuelle et le faux vendeur à l'essai est gardien s'il a le pouvoir de contrôle, d'usage et de direction de la chose².

480. Ainsi, force est d'admettre qu'il existe des hypothèses où la qualification de vente à l'essai est impossible. Ce sont toutes les hypothèses où un bien sera remis par un vendeur à une personne afin de l'essayer dans le but de la vendre³. Si la décision de vendre est d'ores et déjà prise par l'une des parties, le potentiel contractant en revanche, débute à peine son processus décisionnel. Il en est au stade du projet et prospecte ; son hésitation pouvant résulter de la multiplicité de choix ou encore du coût. Reste que, la vente à l'essai est une vente sous condition suspensive, autrement dit, les parties ont déjà donné leur consentement à la vente. Dans nos hypothèses, l'essai apparaît autonome, distinct du potentiel contrat de vente qui suivra et pour cette même raison, l'on ne peut parler de période d'essai. Reste que, parce que la remise du bien qui sera utilisé pendant un certain temps peut engendrer des difficultés comme la détérioration du bien ou des dommages à des tiers, il est nécessaire de qualifier juridiquement cette situation.

¹ CA Poitiers, 18 juin 2002, n° 00/00768.

² Cass. Civ., 2^{ème}, 19 mai 1969 : Bull. civ. 1969, II, n° 161 ; JCP G 1969, II, 16105 décidant que le garagiste « avait conservé sur la voiture, dont (il) était propriétaire les pouvoirs d'usage, de contrôle et de direction ».

³ CA Aix-en-Provence, 16 mars 2000, n° 97/04654.

481. Peut-on considérer qu'il s'agit d'un contrat de prêt à usage¹ ? Il serait tentant de répondre à cette question par l'affirmative et ce, à bien des égards. En effet, le prêt à usage que l'article 1875 du Code civil définit comme le « *contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi* » revêt nombre d'attributs de la remise d'un bien à titre d'essai : la remise d'une chose, la restitution de cette chose² et cela à titre gratuit³. Reste qu'un élément conduit à opter pour une réponse négative : le prêt à usage à vocation à rendre service à l'emprunteur⁴. Or, la remise d'un bien à titre d'essai ne constitue en rien un service rendu par le vendeur qui au contraire, est motivé par un désir de vendre son bien et ne voit dans la remise de la chose qu'un moyen de convaincre l'emprunteur⁵. Le prêt à usage présente au contraire un caractère désintéressé et est d'ailleurs classiquement appelé « contrat de bienfaisance ».

482. Par ailleurs, parce que le besoin de procéder à un essai indépendamment de tout contrat définitif peut se présenter dans d'autres hypothèses qu'une vente, comme une prestation de service par exemple⁶, la qualification de prêt à usage doit être définitivement écartée. De même, qu'en est-il de l'essai lorsque les parties ne se sont pas encore décidées sur les modalités du contrat définitif⁷ ? Et l'essai payant alors même qu'il n'y a pas encore d'intention de conclure un contrat définitif ? Toutes ces hypothèses aussi diverses que variées témoignent de ce que les qualifications ou à tout le moins, les tentatives de qualification proposées aujourd'hui sont

¹ BENABENT A., Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, L.G.D.J., 2019 ; MALAURIE Ph. et AYNES L., Droit des contrats spéciaux, L.G.D.J., 11^é éd., 2020 ; SEUBE J.-B. et RAYNARD J., Droit des contrats spéciaux, LexisNexis, 10^e éd., 2019.

² L'obligation de rendre la chose prêtée après s'en être servi est de l'essence du commodat. Cass. Civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, n° 96-19.549.

³ Art. 1876 du Code civil : « *Ce prêt est essentiellement gratuit.* » Le prêt à usage constitue un contrat de service gratuit, qui confère seulement à son bénéficiaire un droit à l'usage de la chose prêtée mais n'opère aucun transfert d'un droit patrimonial à son profit, notamment de propriété sur la chose ou ses fruits et revenus, de sorte qu'il n'en résulte aucun appauvrissement du prêteur. Cass. Civ. 1^{ère}, 11 oct. 2017, n° 16-21.419. Voir également SAVAUX E. et SCHÜTZ R.-N., Quelques renseignements sur le contrat de prêt fournis par la restitution de la chose empruntée, in Mélanges Payet, Dalloz, 2011, p. 493.

⁴ BENOS C., L'altruisme dans le contrat de prêt à usage, D. 2013. 2358.

⁵ CA Nancy, 31 janv. 2000, *op. cit.*

⁶ Par exemple, CA Bordeaux 2^{ème} ch. Civ., 13 févr. 2012, n° 10/03439. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat de prestation de service portant sur le gavage de canards.

⁷ CA Lyon, 6^{ème} ch., 26 mai 2011, n° 10/03061.

insuffisantes et mal adaptées à une opération relative à un essai que les parties ont voulu autonome.

483. Comment alors qualifier ces contrats ? À notre sens, il s'agit d'un contrat d'essai. Il faut d'abord admettre que le principe de la liberté contractuelle laisse aux parties le loisir de conclure un tel contrat parce qu'elles ont décidé de procéder entre elles à une phase d'essai avant de conclure, sur la base de termes comparables ou différents, un contrat définitif. Ainsi, deux contrats successifs seront créés. Autrement dit, il y a un véritable contrat d'essai, contrat autonome, qui précédera l'éventuel contrat définitif qu'un auteur propose de qualifier de contrat innomé¹. Cela n'est pas sans rappeler la théorie de contrats provisoires de René Demogue. Il a été l'un des premiers auteurs à s'être intéressé à la question du contrat provisoire. Selon lui, il y a contrat provisoire lorsque « *les parties ou du moins l'une d'entre elles, pour mieux se rendre compte des avantages et des inconvénients d'un contrat, l'exécutent pendant un certain temps, après quoi il sera décidé si la convention doit être transformée en un contrat définitif ou s'il convient d'en rester là (...)* »². Ce sont donc des « *contrats expérimentaux* » dont il exclut la vente à l'essai qui est selon lui, indiscutablement un contrat de vente sous condition suspensive.

484. Selon l'auteur, le contrat à l'essai est un contrat provisoire qui précède le contrat définitif et qui permet à l'une des parties d'apprécier son utilité réelle. Ce contrat provisoire donne naissance aux obligations ordinaires du contrat dont l'essai est réalisé. Il existe donc, selon lui, une dualité de conventions. Le premier contrat prévoit les modalités d'exécution du contrat provisoire et il contient en outre, selon Demogue, « *une promesse unilatérale d'un contrat définitif si l'épreuve est en faveur d'une seule partie* »³. La conclusion du second contrat, selon lui, n'intervient qu'après, de manière expresse ou tacite, et par la rencontre de deux consentements ou la manifestation d'une option personnelle, suivant le caractère réciproque ou unilatéral de l'essai. Cette conception dualiste a été vivement critiquée et rejetée en droit du travail où elle est apparue artificielle⁴, ce qui se justifie. Reste que, s'il est vrai

¹ V. MOUSSERON J-M ; GUIBAL M. ; MAINGUY D., L'avant-contrat, Éd. Francis Lefebvre, 2001, p. 109.

² DEMOGUE R., Des contrats provisoires, Mélanges Capitant, 1938, p. 159 et s.

³ *Ibid.*

⁴ LORVELLEC L., L'essai dans les contrats, *op. cit.* ; P. Durand et A. Vitu, Traité de droit du travail, Lib. Dalloz, Édition 1950, p.287.

qu'un contrat et pas seulement en droit du travail, peut comporter une période d'essai, il est tout aussi vrai selon nous, qu'une convention d'essai autonome existe et c'est à cet égard, que la vision dualiste de René Demogue ne doit pas être complètement écartée. En revanche, ces contrats ne doivent pas être considérés comme des contrats provisoires mais comme de véritables contrats, lesquels, parce qu'ils ont pour objet un essai, sont nécessairement des contrats à durée déterminée permettant au potentiel contractant de réaliser la phase de conception de son processus décisionnel et d'évacuer toute hésitation.

485. Quoi qu'il en soit, la pratique a largement recours au contrat d'essai. Le *shareware* qui est un « *contrat par lequel l'auteur d'un logiciel en autorise la reproduction à titre gratuit afin de le diffuser et de permettre à tout utilisateur de l'essayer avant d'acheter*¹ » est un contrat d'essai à titre gratuit. Il existe d'autres exemples encore comme un contrat de distribution à titre d'essai² ou encore un contrat d'essai pour étudier la possibilité de vente de catalogues dans un réseau de presse³. La jurisprudence a déjà reconnu l'existence de contrats d'essai : « *Les relations des parties s'analysent en un contrat d'essai du concept dans l'attente de la conclusion du contrat de franchise*⁴ ». Autre exemple, en Suède où la période d'essai s'effectue dans le cadre d'un contrat d'essai⁵ qui constitue une variété de contrat à durée déterminée.

486. Somme toute, le contrat d'essai est un contrat à durée déterminée ayant pour objet l'expérimentation d'un produit ou d'une prestation de service à titre gratuit ou onéreux. Il permet ainsi aux entreprises de remplir l'un de leurs principaux objectifs : « *convaincre le plus d'individus possible (ou de foyers) d'acheter le produit/service au moins une fois*⁶ ». Elles ont à cet égard recours à d'autres mécanismes.

¹ de LAMBERTERIE I., *JurisClasseur Contrats Distribution*, Fasc. 2410 : Contrats informatiques, 2001.

² CA Toulouse, Ch.2, 2 déc. 1986, *JurisData* : 1986-047174 ; CA Angers, 1ère ch. B, 23 sept. 2009, n°08/01019.

³ CA Paris, Ch.5 section C, 11 janv. 1985, *JurisData* : 1985-020293.

⁴ CA Nîmes, Ch. 2, section B, 17 avr. 2008, n°07/04694, SARL DG AVIGNON / SARL L.C. AMAZONIA, *JurisData* n° 2008-363533

⁵ *provanställning*

⁶ DARPY D., GUILLARD V., in *Comportements du consommateur*, Darpy D. (dir.), Dunod, 2020, p. 283-316.

B. L'essai tacite

487. Nous sommes ici dans l'assimilation *mutatis mutandis* de certains délais de rétractation à une expérimentation. Le délai de rétractation est « *le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement*¹ ». Absent jusqu'alors du droit commun, le délai de rétractation a fait son entrée dans le Code civil depuis la réforme du droit des obligations. L'article 1122 précise qu'un tel délai peut être prévu par la loi ou par les parties. Il est vrai qu'au demeurant le délai de rétractation est une technique typiquement consumériste et était cantonné aux seuls droits spéciaux et singulièrement le droit de la consommation. Il visait à protéger le consommateur contre un consentement donné de façon précipitée à un professionnel.

488. De là, le délai de rétractation se distingue par le fait que la situation contractuelle est figée. Ainsi que le prévoit l'article L. 222-13 du Code de la consommation : « *Les contrats pour lesquels s'applique le délai de rétractation défini à l'article L. 222-7 ne peuvent recevoir de commencement d'exécution par les parties avant l'arrivée du terme de ce délai sans l'accord du consommateur.* » En règle générale, il s'agit donc d'un droit de réflexion *a posteriori* en ce que le législateur interdit toute exécution du contrat pendant le délai. Pourtant, il constitue un essai dans certaines hypothèses. Tel est le cas lorsque le contrat est exécuté durant cette période. Cette dernière est alors utilisée par le consommateur pour conforter son choix grâce à l'utilisation qu'il fera du bien ou du service pendant ce laps de temps.

489. Grâce à cette mesure réversible d'une part, et provisoire d'autre part que constitue le délai de rétractation avec exécution, l'essai remplit son objectif informatif car il y a une véritable mise en situation préalablement à l'engagement définitif. Dit autrement, il convient de ne retenir que les hypothèses où le professionnel exécute son obligation. Ainsi, s'agissant des contrats conclus à distance et hors établissement, le Code de la consommation interdit tout paiement ou contrepartie de la part du consommateur avant l'expiration d'un délai de sept jours à compter de la conclusion du contrat². En revanche, rien n'interdit au professionnel d'exécuter son obligation durant ce délai. Pour ces contrats, le consommateur est titulaire d'un droit de rétractation d'une durée de quatorze jours à compter de la signature du contrat pour les contrats

¹ Art. 1122 du Code civil.

² Art. L. 221-10 du Code de la consommation.

de prestation de service et les contrats de fourniture d'eau, de gaz et d'électricité ou à compter de la réception du bien par le consommateur¹.

490. C'est dire que, puisque le professionnel, lui, exécute son obligation consistant en une prestation de service ou en la livraison d'un bien, immédiatement après la conclusion du contrat mais que durant une période de quatorze jours le consommateur peut se rétracter, ce délai permet alors au consommateur de tester la prestation de service ou le produit. De ce fait, le délai de rétractation, parce qu'il y a une mise en pratique du produit ou du service, permet de l'expérimenter. Les juges du fond font d'ailleurs une appréciation similaire et ont pu décider que le droit de rétractation « *permet au consommateur d'essayer l'objet commandé et d'en faire usage*² ». Ainsi, si d'aventure la déception l'emporte finalement sur l'enthousiasme du choix initial, le consommateur peut exécuter son droit de rétractation et ce, même s'il s'agit d'un véhicule déjà immatriculé au nom de l'acheteur³. Autrement dit, l'essai du contrat se fait exclusivement en faveur de l'une des parties, en l'occurrence la partie la plus faible, dans un souci de protection de celle-ci. Cette expérimentation tacite se justifie d'autant plus que les produits concernés ont été choisis à distance et singulièrement sur internet. Il ne s'agit pas uniquement, de ce point de vue, une mesure de protection du consommateur mais également une méthode d'incitation à la consommation, un véritable outil marketing.

¹ Art. L. 221-18 du Code de la consommation.

² TGI Paris, 04 février 2003, Association Familles de France / Sa Père-Noël.fr, Sa Voyage Père-Noël.fr.

³ Civ. 1^{ère}, 20 mars 2013, n°12-15.052 : « *Mais attendu qu'ayant relevé que les motocyclettes vendues aux termes d'un contrat conclu à distance avaient uniquement fait l'objet d'une immatriculation qui n'avait pu modifier leur nature ou leur destination, la juridiction de proximité en a exactement déduit que les biens vendus n'étaient pas nettement personnalisés, de sorte que l'exclusion du droit de rétractation prévue par l'article L. 121-20-2 du code de la consommation ne pouvait être opposée aux acquéreurs.* »

CONCLUSION

491. En somme, l'information est au cœur de la remédiation par anticipation de l'hésitation. Elle joue en effet un rôle déterminant car son défaut cause l'incertitude tout autant qu'elle ne permet pas de mesurer les risques du contrat. C'est dire que son défaut génère l'hésitation du potentiel contractant. S'assurer que ce dernier dispose de toutes les informations nécessaires, permet d'assurer le bon déroulement de son processus décisionnel.

492. L'information a par ailleurs ceci de particulier qu'elle peut s'obtenir par des moyens variés qui peuvent, en outre, se cumuler. Au surplus, elle peut prendre plusieurs formes. Elle peut d'abord être théorique. Il s'agit alors de données objectives dont la recherche est, en premier lieu et en tout état de cause, assurée par le décideur lui-même. Au support de cette recherche autonome, le législateur a institué une véritable ingérence d'un tiers à son processus décisionnel avec l'obligation d'information ; ingérence d'un tiers qui se justifie au regard de sa qualité de cocontractant.

493. Reste que parfois, le tiers ne sera pas partie au contrat. En pareil cas, c'est son expertise qui justifiera son ingérence. Pour autant, s'il est vrai qu'avec l'obligation de conseil, le tiers est actif dans le processus décisionnel du futur contractant, cela ne signifie pas que ce dernier remet sa décision entre les mains d'un autre. Le contractant demeure libre de suivre ou de ne pas suivre les conseils qui lui ont été prodigués et ce, à ses risques et périls. Il est quoi qu'il arrive pleinement responsable dans la réalisation de son processus décisionnel. À cet égard, l'on est forcé de constater que les traitements de l'hésitation renforcent l'autonomie du contractant qui sera toujours le seul exécutant des dernières phases de son processus et partant de sa décision.

494. L'information peut ensuite être pratique grâce à l'expérimentation qui revêt des formes aussi différentes qu'inventives. Cette approche pragmatique du traitement de l'hésitation se révèle être redoutablement efficace en ce qu'elle laisse peu de place à l'erreur. Au surplus, elle garantit la pleine autonomie du processus décisionnel. Reste que le processus décisionnel demeure avant tout un examen mental, au cours duquel la raison pour jouer pleinement son rôle, a besoin de temps.

CHAPITRE 2 – LES MECANISMES CURATIFS

495. Les mécanismes curatifs interviennent à un moment particulier du processus décisionnel : après la phase de conception. Les informations ont été recensées mais peuvent, soit être insuffisantes et ne comblent pas les incertitudes du futur contractant, soit leur importante quantité requiert une analyse supplémentaire. L'hésitation est alors prégnante, le processus décisionnel est en pareil cas suspendu. Il ne s'agit alors plus de l'éviter ou de limiter sa propagation mais de l'enrayer définitivement, faute de quoi, la situation d'attente perdurera.

496. La complexité tient en pareille hypothèse à ce que l'hésitation survient généralement durant la phase de délibération mais peut également perturber les autres phases du processus décisionnel. En conséquence, son traitement ne peut résulter d'une méthode unique. L'hésitation commande alors un polymorphisme de son traitement initial (Section 1) qui diffère du traitement de sa résurgence (Section 2).

Section 1 - Le polymorphisme du traitement initial de l'hésitation

497. Le traitement initial de l'hésitation doit, pour être efficace, être polymorphe afin de s'adapter aux divers contextes de formation du contrat. Il consiste alors soit en un droit de réflexion (§ 1), soit en un devoir de réflexion (§2).

§ 1 - Le droit de réflexion

498. Dans le droit fil de l'humanisation du contrat¹ et d'une nette tendance à protéger le consentement en s'assurant qu'il résulte d'une parfaite connaissance des données pertinentes, le droit de réflexion vient en complément de l'obligation d'information. Reste que ce mécanisme ne vise pas à protéger le contractant en raison d'une faiblesse dont il faudrait l'épargner. Il vise davantage à s'assurer que tout contractant, indépendamment de sa qualité, dispose d'un temps suffisant afin de décider librement et de façon éclairée de s'engager dans la relation contractuelle. Autrement dit, un temps pour hésiter. Dès lors, il s'agit d'une

¹ ROZES L., Quelques remarques sur l'évolution du droit des contrats, in Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit (M. Hecquard-Théron et J. Krynen (dir.)), Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole, L.G.D.J, 2005, p. 85-99.

prérogative consentie à l'intéressé qui peut ou non en user. C'est dire que le potentiel contractant sûr de son choix, qui, raisonnablement et dans un laps de temps très court, aura été en mesure d'arrêter sa décision de contracter, sera libre de donner son consentement sans qu'il ne soit contraint de respecter un délai de réflexion qui lui aurait été imposé. Pour autant, lors de la conclusion du contrat, ce dernier a droit, en tout état de cause, à un temps de réflexion (I). Dans d'autres hypothèses en revanche, le temps de réflexion résultera du processus de formation du contrat (II).

I. Le temps de réflexion lors de la conclusion du contrat

499. Le droit à l'hésitation comprend des mécanismes qui intéressent l'intégralité du processus décisionnel. Ainsi, parce qu'elle a trait à la conception du projet de contrat, la première phase requiert des mécanismes visant à prévenir l'hésitation grâce une information théorique et/ou pratique. Cependant, ces mécanismes peuvent s'avérer insuffisants. En effet, la seconde phase du processus décisionnel, la délibération, qui est davantage une phase de réflexion, d'analyse, éveille souvent une hésitation. C'est une phase qui soit, étire le processus décisionnel, soit l'interrompt carrément. Elle se distingue en ce qu'elle révèle la gravité du projet envisagé, les risques auxquels s'expose le potentiel contractant grâce à l'analyse des informations recueillies durant la phase de conception au regard du futur contrat proposé.

500. Il est dès lors évident que la phase de délibération requiert du temps¹ ; cet aspect se situant à rebours de la vision jusqu'ici instantanéiste de la formation du contrat qui prédominait au sein du Code civil. Jusqu'ici seulement, car l'Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a consacré l'emprise du temps et singulièrement le temps de réflexion, sur la formation du contrat et ce, à plusieurs égards. Dans l'offre évidemment qui demeure un élément essentiel de l'équation classique de formation du contrat retenue par l'ordonnance, celle-ci constituant la matérialisation du projet (A), objet du processus décisionnel. Cet aspect temporel s'exprime singulièrement à travers l'aspect fonctionnel des délais de maintien et d'irrévocabilité de l'offre (B).

¹ COCHOY F., De l'embarras du choix au conditionnement du marché. Vers une socio-économie de la décision, Cahiers Internationaux de Sociologie Nouvelle série, Vol. 106, Janv.-Juin. 1999, pp. 145-173.

A. L'offre, matérialisation du projet

501. La phase de délibération constitue le point d'orgue du processus décisionnel. En notation musicale, le point d'orgue a pour fonction de prolonger la durée de la note ou d'un silence sur ou sous lequel il est placé. De même, parce que la phase de délibération consiste en une phase de réflexion et d'analyse, elle a pour fonction de prolonger la réalisation du processus décisionnel. Elle l'étire dans le temps et peut même le suspendre en cas d'hésitation. La délibération s'opère sur les informations recensées préalablement mais surtout sur le futur contrat.

502. Ce dernier, si l'on se réfère au premier alinéa l'article 1113 du Code civil qui dispose que « *le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager* », résulte d'abord d'une offre. Précédé ou non de négociations¹ ou d'avant-contrat, le contrat est, quoi qu'il en soit, le résultat de deux volontés internes manifestées en volontés déclarées², autrement dit de deux décisions. L'une a généralement pour *instrumentum* une offre, quand l'autre s'exprime par un consentement.

503. La décision du pollicitant est ainsi matérialisée aux termes de son offre qui est somme toute la manifestation unilatérale de sa volonté. Celle-ci « *confère un pouvoir d'acceptation à son destinataire qui place corrélativement l'offrant dans un état de sujétion par rapport au titulaire de ce pouvoir. La sujétion est définie comme l'état d'une personne qui subit l'empiétement d'une autre personne dans sa sphère juridique, sans avoir à exécuter la moindre prestation*³. »

504. Reste qu'il convient de préciser que l'offre n'émane pas nécessairement de celui qui est à l'origine du projet. Le projet est le besoin qui a initialement conduit l'intéressé à envisager

¹ FABRE-MAGNAN M., Droit des obligations, 1 – Contrat et engagement unilatéral : PUF, coll. Thémis, 4^{ème} éd., 2016, n° 255 ; FAGES B., Droit des obligations : LGDJ, 7^{ème} éd., 2017, n° 75 ; DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, spéc. p. 89 et 90.

² FLOUR J., AUBERT J.-L et SAVAUX E., Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique : Dalloz-Sirey, 16^{ème} éd., 2014, n° 131.

³ MIGNOT M., Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (II), LPA, 7 mars 2016, n°47, p.7.

de contracter. C'est la volonté interne. Prenons l'exemple d'un futur restaurateur qui pour les besoins de son laboratoire de cuisine, se rend chez un vendeur de matériel de cuisine. Il sollicite du vendeur divers équipements. Il est de ce point de vue à l'initiative du projet. Pourtant, l'offre de vente émanera du vendeur.

505. D'ailleurs, en pratique, la distinction de l'offrant et de l'acceptant se révèle délicate dans de nombreux cas de figure. « *Il est des cas dans lesquels les parties ayant négocié et arrêté ensemble les conditions de leur engagement, il est difficile d'attribuer à l'une plutôt qu'à l'autre les qualités d'offrant et d'acceptant*¹ ». De même lorsque le contrat est rédigé par un tiers. L'on songe par exemple à la rédaction de la convention matrimoniale par le notaire conformément aux dispositions du premier alinéa de l'article 1394 du Code civil². D'autres fois, c'est la loi qui impose la qualité à chacune des parties comme pour le mandat. L'article 1984 du Code civil précise ainsi que l'acceptant est le mandataire.

506. Partant, l'on serait tenté de considérer que le schéma contractuel classique offre et acceptation, rend mal compte des diverses hypothèses pouvant exister en pratique³. Reste que, nonobstant la diversité de formes que peut prendre le schéma offre et acceptation, la formation du contrat résulte systématiquement, au préalable, d'une offre. Le Code civil, de façon fort regrettable, évoque l'offre uniquement sous l'une de ses formes, autrement dit comme une manifestation unilatérale de volonté du pollicitant. S'il est vrai que c'est sa forme la plus classique, ce n'est pas la seule. Les exemples précédents en témoignent.

507. En réalité, il serait plus juste d'appréhender l'offre dans un sens plus large, permettant ainsi d'englober les divers cas de figure possibles. Pour ce faire, il convient d'analyser l'offre du point de vue de la décision et singulièrement du processus décisionnel. Rappelons qu'à l'origine de tout processus décisionnel, il y a un projet en raison de la satisfaction d'un besoin,

¹ PETIT B., Fasc. Unique : Contrat – Formation du contrat – Offre et acceptation, JurisClasseur Civil code, Art. 1113 à 1122, 1^{er} octobre 2017 (Mise à jour : 1^{er} septembre 2020) ; FAGES B., Droit des obligations, LGDJ, 7^{ème} éd., 2017, n° 75.

² Art. 1394 al. 1^{er} Code civil : « *Toutes les conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire, en la présence et avec le consentement simultanés de toutes les personnes qui y sont parties ou de leurs mandataires.* »

³ Voir notamment MIGNOT M., Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (II), LPA, 7 mars 2016, n°47, p.7.

une volonté interne. L'offre n'est alors que la matérialisation juridique dudit projet¹. À cet égard, il importe peu de savoir de qui émane l'offre, le point crucial étant que, sans cette matérialisation juridique, le projet demeure au stade d'idée. Il suit de là qu'il n'entre pas dans la vie juridique.

508. Ainsi, notre futur restaurateur qui se contente de prospecter les vendeurs de matériel de cuisine de la place sans jamais solliciter de devis n'en est qu'au projet intellectuel ; une forme de repérage ni plus ni moins. Dans l'hypothèse où c'est l'une des parties qui est rédacteur, l'on considère qu'elle matérialise sa décision et qu'elle attend la décision de l'autre. Si la proposition de contrat est rédigée par un tiers, elle reflète alors les volontés internes respectives des parties, autrement dit leur projet. Évidemment, chacune des parties peut être animée d'une volonté, d'un projet différent. Ainsi, la volonté du vendeur est de vendre, quand celle de l'acheteur est d'acquérir. D'autres fois, les parties peuvent avoir un projet commun. C'est le cas des futurs époux qui sollicitent la rédaction de leur convention matrimoniale.

509. Selon le contexte, l'une des parties ne souffrira d'aucune hésitation, à tout le moins il y a peu de chances que cela se produise. C'est notamment le cas pour la partie à l'origine de l'offre. *« L'auteur de l'offre a ainsi une connaissance suffisante l'opération qu'il envisage, il a pu porter un jugement prudentiel sur son contenu, et surtout il souhaite parvenir à la conclusion d'un contrat en recherchant un partenaire² »*. Tel est le cas pour le vendeur. Il s'agit d'un type de contrat particulier qui présente peu de risques pour le vendeur. En effet, le risque prépondérant auquel il s'expose est que le client ne s'acquitte pas du paiement. C'est la raison pour laquelle il se prémunit en pratique avec une clause de réserve de propriété. Parce que le risque est mesuré, ce dernier ne va pas hésiter. Son but est d'ailleurs de vendre, sa décision est prise.

510. Quoi qu'il en soit, l'un a déjà pris sa décision. En revanche, il en va autrement pour ce qui concerne l'acheteur. S'il est vrai qu'il a besoin du matériel, la qualité du matériel peut le

¹ Sans doute faut-il préciser que la matérialisation juridique du projet ne se fait pas exclusivement par une offre. Il peut s'agir de négociations, d'avant-contrat ou de façon plus originale d'un projet d'acte juridique comme l'a démontré STOFFEL J.-N., *Le projet d'acte juridique (Étude de droit privé)*, Thèse, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2020.

² DUPRÉ M., *L'offre et le mystère de l'acte unilatéral*, Droit et Patrimoine, n° 284, 1^{er} octobre 2018.

conduire à hésiter tout comme le prix ou les moyens de financement. Il est évident que son processus décisionnel peut être perturbé par l'hésitation. Fort heureusement, le droit prévoit pour tous ses acteurs, un droit de pouvoir réaliser correctement son processus décisionnel, avec tout d'abord l'obligation générale d'information. Reste que cette obligation serait inefficace sans un temps laissé à l'intéressé pour analyser ces informations ; autrement dit, si l'intéressé devait être précipité dans sa décision.

B. L'aspect fonctionnel des délais de maintien et d'irrévocabilité

511. La décision « *implique un certain nombre d'opérations distinctes : la définition de l'objet (ce sur quoi porte la réflexion et portera la décision), la recherche, l'analyse et l'organisation des informations utiles, l'élaboration et l'évaluation d'hypothèses de décisions en prenant en particulier appui sur des connaissances et/ou des expériences antérieures, le choix d'une hypothèse de décision et sa mise en œuvre¹.* » Ce processus se déroule parfois en un trait de temps. L'émotion qui a une part non négligeable dans la prise de décision², est parfois prédominante, comme dans l'hypothèse où l'intéressé fait face à un danger immédiat. La prise de décision est alors extrêmement rapide. La peur envoie un signal de nécessité de protection au cerveau et permet à ce dernier de se mobiliser en une fraction de seconde. Dans d'autres hypothèses en revanche, les émotions s'effacent au profit de la raison. Le temps³ joue dans ce cas, un rôle incontestable dans le processus décisionnel. Un temps de gestation est en effet nécessaire pour qu'opère la raison, ceci grâce à la réflexion.

512. Les textes ne prévoient pas expressément de « droit de réflexion » dans le cadre de la conclusion des contrats, contrairement aux délais de réflexion, qui eux interdisent de donner tout consentement durant le délai prévu. Pourtant, un tel droit existe. Il faut pour s'en convaincre analyser certains textes mais également la jurisprudence. Ainsi, deux délais

¹ ALLAIN P., La prise de décision : aspects théoriques, neuro-anatomie et évaluations, *op.cit.*, p. 70.

² DAMASIO A., L'erreur de Descartes. La raison des émotions, Odile Jacob, 2^{ème} éd., 1994 ; VAN HOOREBEKE D., L'émotion et la prise de décision, *Revue française de gestion* 2008/2, n°182, pp. 33-44 ; ALEMANNO A., HELLERINGER G., SIBONY A.-L., Brève introduction à l'analyse comportementale du droit, Recueil Dalloz 2016 p. 911.

³ VIMON J., Facteur temps et normes sociales dans l'acte juridique conditionnel, Thèse, Orléans, 1991 ; CRESP M., Le temps juridique en droit privé : essai d'une théorie générale, Thèse, P.U.A.M, 2013.

constituent dans leur aspect fonctionnel un droit de réflexion : le délai de maintien d'une part et le délai d'irrévocabilité d'autre part.

513. C'est sous la plume du professeur Grimaldi¹ que la distinction des délais de maintien et d'irrévocabilité de l'offre s'est opérée. L'auteur distingue ces deux délais en fonction de l'effet de leur écoulement. Ainsi, le délai de validité « *est celui au terme duquel l'offre est caduque* » quand le délai d'irrévocabilité lui, « *est celui au terme duquel une offre en cours de validité peut être librement révoquée par son auteur* ». Dit autrement, avec le délai de validité, aucune manifestation de volonté de l'offrant n'est nécessaire pour que l'offre perde toute efficacité, contrairement au délai d'irrévocabilité qui nécessite la rétractation de l'offrant.

514. Les deux délais peuvent coïncider dans leur durée et dans ce cas se superposent. Ils peuvent autrement se cumuler. Il y a alors deux délais distincts, étant précisé que le délai d'irrévocabilité est nécessairement plus court. En effet, l'on ne rétracter une offre qui serait caduque. L'un seulement peut avoir été expressément prévu ; l'autre résulte alors d'un délai raisonnable. Aucun des deux peut n'avoir été prévu ; de même ce seront des délais raisonnables². Par ailleurs, le délai d'irrévocabilité oblige l'offrant alors que le délai de validité oblige le bénéficiaire³. En effet, le délai d'irrévocabilité est un délai minimal de maintien de l'offre qui interdit à l'offrant de retirer celle-ci avant une certaine période. Autrement dit, interdiction lui est faite de précipiter la décision du bénéficiaire. Le délai de validité est pour ce qui le concerne, un délai maximal de maintien de l'offre. Partant, il encadre temporellement la prise de décision du bénéficiaire. Il dispose certes d'un temps pour réfléchir à la proposition

¹ GRIMALDI C., La durée de l'offre, Recueil Dalloz 2013, p. 2871.

² Cass. Civ. 3^{ème}, 25 mai 2005, n° 03-19.411 : « *Attendu, d'autre part, qu'ayant constaté que l'offre faite par M. X... le 10 mai 1999 mentionnait "réponse immédiate souhaitée", la cour d'appel qui, par une interprétation souveraine que l'imprécision de ces termes rendait nécessaire, en a déduit que l'offre avait été faite sans stipulation de terme et qu'elle devait être acceptée dans un délai raisonnable (...)* » ; Cass. civ. 3^{ème}, 20 mai 2009, n° 08-13.230.

³ MATHEY N., Fasc. 25 : Période précontractuelle. Offre – Acceptation, JCl. Contrats – Distribution, 16 août 2019 ; PETIT B. et ROUXEL S., JCl. Civil Code, Art. 1113 à 1122, fasc. unique : Contrat. – Formation du contrat. – Offre et acceptation, n° 49 ; DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, LexisNexis, 2018, p. 134.

de contrat mais cette période ne saurait s'éterniser au détriment de l'offrant, lequel subit une situation d'attente¹. Il suit de là que les offres à durée indéterminée sont proscrites.

515. Les nouveaux articles 1116 et 1117 du Code civil opèrent la même distinction ; l'article 1116 le délai d'irrévocabilité et l'article 1117 lui, le délai de validité. Ils consacrent à cet égard le droit prétorien qui avait déjà pu décider que « *si une offre d'achat ou de vente peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée, il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque* ²(...) », ou encore que la caducité d'une offre demeurée sans réponse durant près de huit mois³.

516. Par ailleurs, nombre de textes prévoient soit, un délai de validité, soit un délai d'irrévocabilité avec cette particularité que la durée est expressément fixée⁴. Pourquoi contraindre l'offrant à maintenir son offre pendant un délai fixé autoritairement ? Afin de protéger le bénéficiaire de la pression de l'offrant qui résulterait d'un bref délai de maintien. Le législateur considère en effet que l'intéressé doit disposer d'un temps suffisant pour réfléchir à l'opportunité de son consentement. C'est-à-dire un temps pour réfléchir, analyser la proposition de contrat et les informations recueillies lors de l'étape précédente du processus décisionnel, la phase de conception : en somme, un temps pour hésiter. De même, dans le droit commun des contrats, il s'agit de la durée « *pendant laquelle il doit réfléchir à l'opportunité*

¹ Cf. Supra n° 178.

² Cass. Civ. 1^{ère}, 7 mai 2008, n° 07-11.690.

³ Cass. Civ. 3^{ème}, 20 mai 1992, n° 90-17.647.

⁴ C'est le cas de l'article L. 313-34 du Code de la consommation qui dispose aux termes de son premier alinéa : « *L'envoi de l'offre oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle indique pendant une durée minimale de trente jours à compter de sa réception par l'emprunteur.* » ; Art. L. 312-18 du Code de la consommation ; Art. L. 313-58 du Code de commerce ; Art. L. 145-46-1 du Code de la consommation ; Art. L. 330-3 du Code de commerce ; Art. L. 145-6 du Code de commerce ; Art. 1127-1 du Code civil qui impose aussi un maintien d'une offre faite par voie électronique al.2 : « *L'auteur d'une offre reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait.* » ; Art. L. 412-8 du Code rural et de la pêche maritime : « *Le preneur dispose d'un délai de deux mois à compter de la réception de la lettre recommandée ou de l'acte d'huissier pour faire connaître, dans les mêmes formes, au propriétaire vendeur, son refus ou son acceptation de l'offre aux prix, charges et conditions communiqués avec indication des nom et domicile de la personne qui exerce le droit de préemption.* » ; Art. L. 1233-65 du Code du travail.

d'accepter l'offre qui lui est faite pour finalement former le contrat ¹». Ce faisant, l'on interdit à l'offrant de précipiter la décision de son potentiel contractant. Reste que parce qu'il s'agit du droit commun des contrats, aucun délai n'est prévu, la liberté contractuelle permettant aux parties de fixer celui-ci au regard du contrat et du contexte dans lequel il se forme. Autrement, il appartient au juge de déterminer un délai raisonnable².

517. Quoi qu'il en soit, ces deux délais, dont le régime est distinct³, constituent un droit de réflexion général qui protège les deux parties. Le contractant potentiel, d'une part, en lui assurant un temps suffisant pour réaliser son processus décisionnel. Il prend le temps d'hésiter et de bénéficier des faveurs salvatrices de l'hésitation telles que la raison et la prudence. Pour le pollicitant d'autre part, qui lui, est protégé d'une acceptation tardive et donc d'une situation d'attente qui s'éterniserait.

518. Un tel droit de réflexion existe également s'agissant de la promesse unilatérale aux termes du second alinéa de l'article 1124 du Code civil⁴. Cependant, la promesse unilatérale ne constitue pas un droit de réflexion uniquement en raison de son délai de maintien.

II. Le temps de réflexion dans le processus de formation du contrat

519. Le droit de réflexion résulte parfois du processus même de formation du contrat. L'exemple spécifique du contrat préliminaire de réservation (A) est patent. Une autre illustration, plus usuelle est celle de la promesse unilatérale (B).

A. L'exemple spécifique du contrat préliminaire de réservation

520. L'hésitation peut affecter les deux parties et conduire à un processus spécifique de formation du contrat. En effet, le pollicitant, potentiel seulement, peut hésiter à s'engager par

¹ VIRASSAMY G., Caducité d'une offre de vente du fait du silence du bénéficiaire pendant un délai raisonnable, Dalloz 1993, n° 493.

² Cf. Infra n° 777.

³ GRIMALDI C., La durée de l'offre, *op. cit.*

⁴ Art. 1124 al. 2 du Code civil : « *La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.* »

une offre en raison de l'incertitude liée l'opération envisagée. Il peut s'agir d'un risque financier, administratif ou juridique. Le bénéficiaire, comme nous l'avons évoqué précédemment, peut lui aussi hésiter puisque la proposition de contrat n'émane pas de lui. C'est la raison pour laquelle les parties peuvent étaler le processus de formation du contrat.

521. Tel est le cas dans l'hypothèse, assez originale, de réservation dans la vente d'immeuble à construire¹. Le premier alinéa de l'article L. 261-15 du Code de la construction et de l'habitation prévoit la possibilité, dans la vente d'immeuble à construire, de conclure un contrat préliminaire à la vente. En contrepartie d'un dépôt de garantie effectué à un compte spécial, le vendeur s'engage à réserver à un acheteur un immeuble ou une partie d'immeuble. L'originalité de ce contrat réside dans le fait qu'il permet l'hésitation tant du réservant que du réservataire.

522. Avant-contrat, sa nature juridique a suscité une vive controverse. Le contrat préliminaire de réservation souffre en effet de troublantes similitudes avec le pacte de préférence². L'on pourrait ainsi dire par analogie : « Si je construis, je vous vends tel lot par préférence ». C'est également par analogie qu'il a été qualifié de promesse unilatérale³. Analogie tentante il est vrai en raison du dépôt de garantie que l'on pourrait assimiler à l'indemnité d'immobilisation et par l'option accordée au réservataire. Fort heureusement, la Cour de cassation a mis fin à ce débat en qualifiant le contrat de réservation de contrat *sui generis*.

523. Sanctionnant un arrêt de la Cour d'appel de Rennes qui avait qualifié un contrat préliminaire de promesse unilatérale de vente, dont elle avait, de ce chef, prononcé la nullité par application de l'article 1840-A du CGI pour défaut d'enregistrement dans les 10 jours, la troisième Chambre civile⁴ a indiqué que : « *Doit être cassé l'arrêt qui pour déclarer nul le*

¹ Voir notamment MASSIS Th., Le contrat préliminaire dans la vente d'immeuble à construire, Thèse dactyl., Paris II, 1979 ; BERGEL J.-L., Les contrats préliminaires de réservation dans les ventes d'immeubles à construire, unité ou dualisme ?, JCP 1974, I, 2669.

² SAINT-ALARY R., La vente d'immeuble à construire, JCP 1968, I, 2146, n° 47.

³ CORNU G., obs. RTD civ. 1972, p. 609 ; STEINMETZ F., Les ventes d'immeubles à construire, thèse dactyl., Montpellier, 1970.

⁴ Cass. Civ. 3^{ème}, 27 octobre 1975, JCP 1976, éd. N, II, 18340, obs. Meysson et Tirard ; D. 1976, p. 97, obs. Franck ; Defrénois 1976, art. 31050, obs. Franck.

contrat préliminaire de réservation à défaut d'avoir été enregistré dans les 10 jours et pour condamner le réservant à rembourser au réservataire son dépôt de garantie, admet que le contrat préliminaire constitue une promesse unilatérale de vente... alors qu'il s'agit d'un contrat sui generis essentiellement synallagmatique, lequel comporte des obligations réciproques, le vendeur s'engage en contrepartie d'un dépôt de garantie à réserver à l'acheteur éventuel un immeuble ou une partie d'immeuble. »

524. Le vrai est que l'assimilation à la promesse unilatérale ne résistait pas à la lettre des articles R. 261-25 et 26 du Code de construction et de l'habitation lesquels autorisent un objet et un prix qui peuvent n'être que prévisionnels. Or, la promesse unilatérale désormais codifiée à l'article 1124 du Code civil exige que les éléments essentiels du contrat soient déterminés. Au surplus, si la levée d'option dans le cadre d'une promesse unilatérale entraîne la conclusion du contrat, pour celle du contrat de réservation, le réservant doit faire une offre à l'acheteur en lui fournissant un projet d'acte de vente qui, s'il accepte, doit encore être conclu par acte authentique. Ainsi, le contrat de réservation est un « *contrat distinct et autonome*¹ » du contrat de vente.

525. Quoiqu'il en soit, ce contrat permet l'hésitation des deux parties. Du réservant d'abord. En effet, « *le législateur a entendu faire du contrat préliminaire un "instrument de prospection". On a voulu laisser au vendeur la possibilité de ne pas donner suite à son projet si l'étude de celui-ci révèle des obstacles d'ordre administratif, juridique ou financier, d'une façon générale si la "prospection" démontre que l'opération n'est pas viable commercialement*² ».

526. Face au risque que représente le projet de construction, le vendeur souffre nécessairement d'hésitation. Il s'en prémunit grâce au contrat de réservation lequel prévoit un dépôt de garantie à la charge du réservataire qui, bien que consigné³, est versé avant le démarrage du projet et sert à cet égard de levier de financement. Le risque financier et

¹ Cass. Civ. 3^{ème}, 12 avr. 2018, n° 17-13.118.

² SIZAIRE D., Nature et effet du contrat préliminaire de réservation, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 9, 1er Mars 1996, p. 339.

³ D'ailleurs, la consignation des sommes déjà versées constituent également un avantage pour le vendeur, qui, en cas de remboursement, n'a pas à s'inquiéter d'une trésorerie devenue inexistante si les fonds avaient déjà pu être engagés.

commercial est donc limité. Ce d'autant que, rappelons-le, le prix indiqué est prévisionnel, laissant une marge de manœuvre au vendeur si des difficultés techniques ou commerciales devaient conduire à l'augmentation des coûts. Par ailleurs, en ne s'engageant pas fermement à vendre, il se protège d'un éventuel refus administratif ou juridique qui empêcherait la construction.

527. Au surplus, « *le contrat préliminaire est aussi un contrat polyvalent, car il est très souple du fait de sa nature juridique extensive. Il peut remplir trois fonctions, à savoir : tester le marché ; fixer le client ; préparer la vente*¹. » Véritable test commercial, il permet au promoteur de disposer d'un temps d'hésitation avant de prendre sa décision de poursuivre l'opération ou d'y renoncer en restituant le dépôt de garantie. Sans doute faut-il préciser que le réservant peut décider d'étoffer les obligations minimales mises à sa charge², le contrat contenant alors des engagements fermes et définitifs, soit carrément une promesse unilatérale³.

528. Reste qu'en tout état de cause, s'agissant du réservataire, il n'a jamais l'obligation d'acheter ; sa seule obligation consistant en le versement du dépôt de garantie. « *Il est vrai que s'il ne donne pas suite alors même que la vente lui aura été proposée sans différence anormale par rapport au contrat préliminaire, il sera sanctionné par la perte du dépôt de garantie*⁴. » Ce droit de réflexion qui lui est accordé se justifie au regard de l'avantage que le contrat consent au réservant en raison de son extrême souplesse. Il permet ainsi de rééquilibrer le contrat.

529. La réservation joue indéniablement un rôle primordial dans le traitement de l'hésitation. Elle a en outre ceci de particulier, qu'elle peut revêtir diverses formes. En effet, si le contrat préliminaire en est une, et d'ailleurs pour le moins singulière, il en est une autre plus courante.

¹ TOURNAFOND O., Vente d'immeuble à construire – Formation de la vente d'immeuble à construire, Répertoire de droit civil, 2004 (actualisation avril 2021), n°61 et s.

² *Ibid.*

³ Le réservant abandonne en pareil cas la liberté que lui accorde la loi et s'engage à offrir la vente à des conditions déterminées, comme le promettant d'une promesse de vente. Ainsi Cass. Civ. 3^{ème}, 21 juin 1977 ; 10 oct. 1978 ; 29 janv. 1980.

⁴ SIZAIRE D., Nature et effet du contrat préliminaire de réservation, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 9, 1er Mars 1996, p. 339.

B. L'exemple usuel de la promesse unilatérale

530. Effectuer une réservation, banalité de la vie quotidienne, présente néanmoins une portée juridique variée. Obligatoire dans certains cas¹, facultative dans d'autres, le vrai est que la réservation porte très souvent sur des contrats de prestation de service. L'on songe ici au transport ferroviaire, maritime ou aérien, à l'hôtellerie, aux spectacles, etc. Elle est définie comme le « *contrat en vertu duquel le réservant promet au réservataire, en général moyennant rémunération, de lui assurer le bénéfice exclusif d'un droit (à une place dans un avion, un train, un théâtre, etc.), convention accessoire dont la conclusion, facultative ou obligatoire selon les cas, peut également être antérieure, concomitante ou postérieure à celle de la convention principale (contrat de transport, de spectacles, etc.)* »².

531. La réservation, si elle engage le réservant par sa promesse, n'engage pas systématiquement le réservataire. Ainsi dans l'hypothèse où ce dernier réserve par téléphone une place dans un avion. Hormis « *s'il en est stipulé autrement, en particulier dans le cas de certains billets jouissant d'un tarif très avantageux, qui doivent être payés lors de la réservation, sans possibilité de changement*³ », le réservataire a toujours la possibilité de renoncer à l'achat du billet. Ce faisant, il se ménage un temps de réflexion supplémentaire. Ce peut être le cas par exemple d'un homme d'affaires qui n'est pas encore certain de la date d'un rendez-vous. Dès lors, si l'on exclut les hypothèses où la réservation est concomitante ou postérieure à la conclusion de la convention principale⁴, mais également celles où elle est obligatoire⁵, la réservation antérieure constitue un droit de réflexion accordé au réservataire. Elle apparaît à cet égard comme une « *option limitée dans le temps à un partenaire encore indécis*⁶ ». Ce dernier prend acte de cette option qui lui est offerte sans s'être obligé ; « le

¹ La SNCF exige une réservation pour certains trains, comme le TGV par exemple.

² Association H. Capitant (dir. Doyen Cornu), *Réservation*, Vocabulaire juridique, PUF, 13^{ème} éd.

³ VEAUX D., Fasc. 3340 : Le contrat de réservation, *JurisClasseur Contrats – Distribution*, 15 juin 2004 (Mise à jour 2005 par BARDET-BLANVILLAIN A.), 5°.

⁴ Il n'y a en effet plus aucune hésitation puisque la convention principale est d'ores et déjà conclue. Voir sur ce point, VEAUX D., Fasc. 3340 : Le contrat de réservation, *JurisClasseur Contrats – Distribution*, *op. cit.*, 5°.

⁵ La réservation s'accompagne en pareille hypothèse d'une promesse synallagmatique. Le réservataire est de fait, déjà engagé. Voir sur ce point, VEAUX D., Fasc. 3340 : Le contrat de réservation, *JurisClasseur Contrats – Distribution*, *op. cit.*, 5°.

⁶ PONTON-GRILLET D., *Le contrat de réservation*, Recueil Dalloz 2015, p. 26.

*caractère temporaire et prévisionnel*¹ » - puisque le contrat de réservation lui donne une idée des conditions du futur contrat – lui accorde un temps de réflexion.

532. La réservation en pareille hypothèse n'est autre qu'une promesse unilatérale². Cette dernière qui a fait une entrée remarquée au sein du Code civil, est un mécanisme du droit commun des contrats largement utilisé en pratique et ce, dans des domaines variés. En effet, « *la conclusion d'un contrat ne se fait pas toujours en un trait de temps, par la seule rencontre d'une offre et d'une acceptation. Une succession d'étapes préliminaires peut conduire à la naissance d'un accord des parties sur les conditions essentielles de l'opération conclue*³. » Il s'agit d'un temps supplémentaire qu'elles se réservent pour réfléchir à l'opportunité de leur décision. En réalité, il serait plus exact de dire qu'il s'agit d'un temps supplémentaire accordé au cocontractant potentiel pour se décider⁴. Assurément, la promesse unilatérale se distingue par l'engagement définitif du promettant.

533. Désormais définie aux termes du premier alinéa de l'article 1124 du Code civil, elle accorde au bénéficiaire « *le pouvoir de conclure le contrat par l'exercice discrétionnaire de sa volonté*⁵ ». Le consentement du promettant est, lui, d'ores et déjà acquis⁶ et ce, bien que la jurisprudence se soit entêtée à prétendre le contraire. La troisième Chambre civile⁷ suivie par

¹ *Ibid.*

² Un arrêt a retenu implicitement la qualification de promesse unilatérale de bail pour « une convention de réservation » d'un logement en vue d'une location en ce qu'elle offrait la possibilité pour le bénéficiaire de lever ou non l'option offerte, en lui laissant le droit de se dédire à tout moment et que cet avantage était accordé moyennant une contrepartie qui en était le prix et ne pouvait être analysée comme une clause pénale. Cass. Civ. 3^{ème}, 10 mars 2015, n° 13-27.942.

³ STORCK M., Synthèse – Avant-contrats, JCl. Civil Code, Mai 2021.

⁴ L'art. 1124 du Code civil, aux termes de son second alinéa fait référence « *au temps laissé au bénéficiaire pour opter* », autrement dit pour se décider.

⁵ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op. cit.*, p. 240.

⁶ L'art. 1124 du Code civil dispose en effet in fine qu'il « *ne manque que le consentement du bénéficiaire* ». C'est dire qu'*a contrario*, celui du promettant a déjà été donné. Ce que confirme la jurisprudence récente, Cass. Civ. 3^{ème}, 17 oct. 2019, n° 19-40.028 : « *selon l'article 1124, alinéa 1er, du code civil, dans une promesse unilatérale de vente, le promettant donne son consentement à un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire* ».

⁷ L'arrêt rendu par la 3^{ème} Chambre civile (Cass. Civ. 3^{ème}, 15 déc. 1993, n° 91-10.199) a mis le feu aux poudres et a déclenché les foudres de la doctrine. Pour autant, elle a persisté. Voir notamment : (Cass. Civ. 3^{ème}, 11 mai

la Chambre commerciale de la Cour de cassation jugeaient ainsi que le promettant pouvait rétracter son engagement de vendre avant la levée de l'option. L'obligation du promettant ne constituait qu'une obligation de faire, de sorte que la levée d'option, postérieure à la rétractation du promettant, exclut toute rencontre des volontés réciproques. Ce faisant, elle opérait une confusion entre l'offre et la promesse unilatérale.

534. Pourtant, le choix par les parties de recourir à une promesse unilatérale n'est pas anodin. « *La promesse de contrat est distincte de l'offre de contracter, qui est une manifestation unilatérale de volonté, alors que la promesse est un contrat générateur d'obligations. Une offre repose sur une seule manifestation de volonté, celle de l'offrant ; au contraire la promesse unilatérale est un contrat qui naît de la rencontre de deux volontés : le bénéficiaire de la promesse accepte que le promettant lui promette la conclusion du contrat principal envisagé et lui confère un droit d'opter pendant une certaine période. La promesse de contrat est un moyen de fixer les conditions de l'offre pour une durée déterminée.* ¹ » Ce choix d'un avant-contrat plus contraignant pour le promettant qu'une offre témoigne de la certitude de celui-ci de souhaiter s'engager. Nulle hésitation de son côté. En effet, la certitude de la décision de contracter s'exprime par le choix de l'outil contractuel utilisé.

535. Alors que l'offre laisse une marge de manœuvre au pollicitant, qui s'expose en cas de rétractation à voir engager sa responsabilité extracontractuelle², il en va autrement pour la promesse unilatérale. Sa révocation n'empêche pas la formation du contrat promis a tranché l'article 1124 du Code civil. En revanche, elle accorde un droit de réflexion au bénéficiaire, durant le temps de l'option évidemment. Mais surtout parce qu'elle impose un ralentissement dans le processus de formation du contrat. Il peut ainsi négocier avec d'autres partenaires, rechercher un financement, ou encore réaliser un audit comptable³. La promesse unilatérale confère ainsi au bénéficiaire le droit de réfléchir à sa décision : « *c'est toujours un avantage que d'avoir du temps pour choisir, alors que les conditions du contrat, spécialement le prix, sont définitivement arrêtées* ⁴ ».

2011, n° 10-12.875 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 2 juin 2013, n° 12-19.105). Suivie ensuite par la Chambre commerciale : Cass. Com. 14 janv. 2014, n° 12-29.071.

¹ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op. cit.*, p. 240.

² Art. 1116 du Code civil.

³ STORCK M., *op. cit.*

⁴ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op. cit.*, p. 240.

536. D'ailleurs, dans certains cas, c'est le législateur lui-même qui impose ce ralentissement. Il est parfois obligatoire de recourir à une promesse unilatérale de vente. Il en est ainsi pour les immeubles devant faire l'objet d'un lotissement. L'article L. 442-4 du Code de l'urbanisme prévoit qu'« *aucune promesse de vente ou de location d'un terrain situé dans un lotissement ne peut être consentie et aucun acompte ne peut être accepté avant la délivrance du permis d'aménager* ». Une fois ce permis obtenu, l'article L. 442-8 prévoit que le lotisseur peut seulement consentir une promesse unilatérale de vente.

537. Somme toute, la promesse unilatérale est l'expression du projet final, oserait-on dire figée dans le marbre, à tout le moins pour un laps de temps. Dit autrement, il s'agit d'une offre irrévocable¹ en ce qu'elle lie l'une des parties qui a d'ores et déjà pris sa décision et permet de gérer l'hésitation de l'autre partie. « *L'une est prisonnière de la promesse, tandis que l'autre conserve sa liberté en disposant d'une option, c'est-à-dire de la liberté de conclure ou de ne pas conclure*². » C'est donc la promesse unilatérale elle-même qui constitue un droit de réflexion.

§ 2 - Le devoir de réflexion

538. Le devoir de réflexion est pour le moins, un mécanisme singulier. Le potentiel contractant concerné par celui-ci est entravé dans son processus décisionnel. Il perd en autonomie en ce qu'il y a une ingérence d'un tiers, le législateur protecteur, dans son processus décisionnel. Au surplus, la formation du contrat s'en trouve suspendue. Cette forme d'infantilisation contractuelle³ ne peut se justifier que parce qu'elle répond aux besoins d'un contractant particulier, le consommateur (I). Elle constitue en effet une mesure coercitive exorbitante (II).

¹ STORCK M., *op. cit.*

² *Ibid.*

³ Voir d'incapacité contractuelle. En ce sens, RAOUL-CORMER V. G., Le consommateur est-il un incapable, in 40 ans de droit de la consommation 1972-2012. Bilan et perspectives, dir. D. Mainguy et M. Depincé : éd. de la Faculté de droit et de science politique de Montpellier, 2013, p. 27.

I. Un contractant particulier : le consommateur

539. Dans la sphère contractuelle, le consommateur se distingue en raison d'un contexte décisionnel complexe (A) que le droit commun est impuissant à protéger (B).

A. Un contexte décisionnel complexe

540. La complexité du contexte dans lequel le consommateur est amené à décider de contracter résulte de la vulnérabilité de ce dernier (1) laquelle impacte nécessairement son processus décisionnel (2).

1. La vulnérabilité du décideur-consommateur

541. Au quotidien, pour nous procurer des biens et des services, « *nous sommes tous des consommateurs¹* » qui entrons en relation avec des professionnels. La difficulté vient de ce que cette relation est intrinsèquement déséquilibrée faisant des consommateurs « *à la fois les rois et les esclaves²* » du marché économique. Pourtant, le développement économique sans précédent des années 60 les a placés sur le devant de la scène économique conduisant à considérer que « *la consommation est l'unique but de toute production³* ». Reste que, bien qu'acteurs principaux, les consommateurs sont en situation d'infériorité ; « *de simples objets manipulés par les spécialistes du marketing ou des professionnels sans scrupule⁴* ».

542. « *La technicité des produits met l'ignorant à la merci du fabricant ou du vendeur ; les pratiques de distribution entament la qualité du consentement ; les conditions contractuelles échappent à toute négociation, la publicité crée des besoins et pèse sur la volonté ; l'ouverture du crédit donne l'illusion qu'il est possible de vivre au-dessus de ses moyens ; les structures institutionnelles rendent le contentieux indolore pour un professionnel, alors que le consommateur peine à identifier l'interlocuteur compétent, assume personnellement la saisine*

¹ Président J-F Kennedy.

² CALAIS-AULOY J., TEMPLE H., DEPINCE M., Droit de la consommation, Dalloz, 10^{ème} éd., 2020, p.2.

³ SMITH A., Richesse des nations, t. II, liv. IV, chap. 17.

⁴ CALAIS-AULOY J., TEMPLE H., DEPINCE M., *op. cit.*, p.1.

du tribunal, et hésite à déboursier de l'argent au regard d'un enjeu financier souvent modique¹.

» Évidemment, nous n'entendons pas dresser ici un portrait manichéen de la relation professionnel/consommateur au sein de laquelle la fourberie serait l'apanage du professionnel. Pour autant, il faut admettre l'inégalité intrinsèque à ce type de relation qui s'exprime à quatre niveaux².

543. Le premier est l'inégalité technique. Le consommateur, pour ses besoins, est aux prises avec des domaines extrêmement variés. Logiquement, il lui est impossible de maîtriser chacun des domaines concernés. Cette incompetence technique est d'autant plus criante aujourd'hui que la technicité des produits se complexifie.

544. Le second est l'inégalité juridique. Le consommateur est avant tout un contractant, bien que cela lui échappe parfois parce que nombre de prestations ne donnent pas à lieu à la signature d'un contrat. Pourtant, il n'a bien souvent aucune connaissance juridique et « *ne maîtrise pas non plus le processus de conclusion du contrat (contrat d'adhésion, contrat électronique, contrat à distance, intermédiation d'une plateforme...)*³ ». Il suit de là que les règles applicables lui sont inconnues, tout autant que la compréhension du contrat peut lui être difficile voire impossible.

545. Et quand bien même, il aurait quelques connaissances techniques ou juridiques, l'inégalité économique est, elle, inévitable. « *Le poids économique d'un consommateur individuel est nul sur le marché, si bien que le consommateur isolé ne pourra négocier le contrat ; la faiblesse de ses moyens financiers ne l'incitera pas à assumer les frais du procès⁴* ». En outre, la faiblesse économique du consommateur rajoute à l'inégalité psychologique existant entre les parties car celui-ci est particulièrement vulnérable et perméable aux méthodes marketing incitatives⁵.

546. Cette vulnérabilité du consommateur impacte de fait son processus décisionnel.

¹ PIEDELIEVRE S. et alii, Droit de la consommation 2021/22, Dalloz, 2020, p. 11.

² *Ibid.*, p. 12 ; GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y.-M., La formation du contrat, *op. cit.*

³ PIEDELIEVRE S. et alii, *op. cit.*, p. 12.

⁴ *ibid.*

⁵ Voir sur ce point MÉADEL C., L'impact de la publicité : de la manipulation à la médiation, Eric Maigret. Communication et médias, La documentation française, 2003, pp.86-90.

2. L'impact sur son processus décisionnel

547. Lorsque le consommateur contracte c'est dans le but de satisfaire un besoin ; soit un besoin suggéré par le biais de la publicité notamment, soit un besoin conscient comme l'achat d'un bien immobilier par exemple. D'emblée, l'on comprend aisément que la satisfaction d'un besoin suggéré peut conduire le consommateur à une prise de décision brutale, avide d'une recherche de satisfaction immédiate. En effet, outre la position de faiblesse du consommateur, celui-ci se distingue par son processus décisionnel particulier lequel est marqué par une forte influence des émotions¹. Or, une décision fondée sur l'émotion² exclut la réflexion, l'analyse des risques et conséquences, dit autrement exclut la raison. « *Les décisions de ce type, prises dans l'instant, au cœur de l'action, sans réflexion analytique consciente, sont appelées « intuitives » par opposition aux décisions « rationnelles »*³. » Sans doute ce mode de prise de décision explique-t-il que les consommateurs soient plus enclins au regret⁴. Pour autant, le consommateur réfléchi n'est pas davantage à l'abri car en proie à l'hésitation, son processus décisionnel s'étire dans le temps. Il doit alors faire face à l'insistance pressante du professionnel.

548. Le vrai est surtout qu'outre cet aspect, les inégalités juridiques, techniques et économiques créent un contexte de décision particulièrement risqué eu égard aux problèmes de décision⁵ qu'elles génèrent. La première cause d'hésitation est l'incertitude qui correspond à l'hypothèse dans laquelle le décideur n'a aucune information sur l'environnement. L'incertitude peut tout autant être le manque de connaissance des choix possibles et/ou de leurs conséquences. L'incertitude pour le consommateur peut aussi bien porter sur l'aspect juridique de la relation, que sur la technicité du produit.

¹ GRAILLOT L., Émotions et comportement du consommateur, Recherches et applications en marketing, Vol. 13, Issue 1, 1998, pp. 5-23 ; DARPY D. et GUILLARD V., Chapitre 8. Les émotions et les expériences d'achat, dans : Comportements du consommateur. Concepts et outils, (dir. Darpy D., Guillard V.), Paris, Dunod, « Management Sup », 2016, p. 225-249.

² VAN HOOREBEKE D., L'émotion et la prise de décision, Revue française de gestion 2008/2, n°182, pp. 33-44

³ COGET J.-Fr., HAAG Ch., BONNEFOUS A.-M., Le rôle de l'émotion dans la prise de décision intuitive : zoom sur les réalisateurs-décideurs en période de tournage, Management 2009/2, Vol.12, pp. 118-141.

⁴ DELACROIX E., La tendance à regretter du consommateur, Thèse, Paris 9, 2003.

⁵ Notamment l'incertitude et le risque. Cf. supra n° 156 et s.

549. L'incertitude qui peut également porter sur la personne avec laquelle l'intéressé envisage de contracter se traduit pour le consommateur sur la confiance qu'il doit ou non accorder à la marque ou professionnel avec qui il contracte. Il n'est donc pas exagéré de dire que l'incertitude est inhérente aux relations professionnel/consommateur. Au surplus, le risque financier est important pour le consommateur¹.

550. La multiplicité d'options positives, c'est-à-dire de choix dont les bénéfices sont équivalents, n'aide pas davantage le consommateur. D'ailleurs, les canaux marketing² sont aujourd'hui développés à un point tel qu'ils mettent le consommateur face à une quantité d'options impressionnantes.

551. C'est dire finalement que le consommateur est particulièrement vulnérable soit à cause de lui-même, prenant les traits d'un contractant impétueux, inconscient de la portée juridique de son engagement ; soit à cause de son cocontractant professionnel qui se montre pressant, fieffé coquin capable des pires fourberies pour le contraindre à contracter. La nécessité d'apporter une attention particulière à son processus décisionnel est dès lors indéniable.

B. L'impuissance du droit commun

552. Parce que le consommateur est un contractant vulnérable, il a besoin d'être protégé. En effet, le décideur-consommateur qui reçoit une offre n'a ni les armes juridiques, techniques ou économiques pour correctement réaliser son processus décisionnel, durant la phase de conception nous l'avons vu³, mais singulièrement durant la phase de délibération. Soit cette dernière est écourtée, en pareille hypothèse, la décision et donc le consentement qui en résulte ne sera pas éclairé. Soit en proie à l'hésitation, sa délibération s'étire dans le temps générant une situation d'attente durant laquelle il n'aurait pas seul, les moyens d'imposer à son cocontractant professionnel un délai suffisant à sa réflexion. C'est ordinairement le droit

¹ D'où le renforcement des informations relatives aux prêts à la consommation. Art. L. 312-12 du Code de commerce.

² Publicités télévisuelles, réseaux sociaux, fenêtres pop-up, emailing, etc. Voir sur l'influence de la publicité LANOTTE H, ROSSI D., Information versus persuasion : la controverse autour de l'impact de la publicité sur les préférences des consommateurs, L'Actualité économique, Vol. 90, Issue 1, Mars 2014, p. 47-75.

³ Cf. Supra n° 346.

commun qui pallie les difficultés rencontrées par ses acteurs. En effet, s'il est vrai que la protection du faible contre le fort¹ est l'un des piliers du droit, il est encore plus vrai que le droit commun se révèle impuissant à protéger le consommateur dans sa phase de décision de contracter.

553. En premier lieu, pour la raison simple que le droit commun accorde sa protection à tout contractant, sans distinction particulière notamment de la qualité du celui-ci. C'est un droit abstrait² et général. Le rôle de la loi est en effet, comme l'indiquait Portalis, « *de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit : d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière*³ ». Le Code civil n'est donc pas orienté vers la pratique qui seule révèle les inconvénients⁴ et partant, n'envisage pas la situation concrète, ou plus justement, la multitude de situations concrètes que rencontrent le consommateur et ses difficultés singulières.

554. Ainsi, les diverses hypothèses pouvant générer les problèmes de décision du consommateur ne sont pas envisagées. D'ailleurs, la décision exprimée par le consentement et singulièrement sa qualité, n'est envisagée qu'*a posteriori* par la protection des vices du consentement. Ces derniers s'avèrent pourtant inutiles à régler les problèmes de décision du consommateur. Tout au mieux pourrait-on admettre que le consommateur qui se sentirait floué y aurait recours. Encore faudrait-il qu'il exerce une action en justice avec la perspective de devoir affronter la machine judiciaire. Au surplus, le temps⁵ mais également le coût

¹ D'abord avec le Code civil : « *Inspiré du christianisme de Domat et de Pothier, ce code protège l'incapable, l'errans, le trompé, la victime de violence ; il exalte la bonne foi, admet des délais de grâce, etc.* » STOFFEL-MUNCK Ph., L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation, RTD com. 2012, 705.

² PICOD Y., Droit du marché et droit commun des obligations, RTD Com. 1998, p.1.

³ PORTALIS, Discours préliminaire sur le Code civil.

⁴ *Ibid.*

⁵ Avec notamment l'obligation de recourir à un mode de résolution amiable des différends, issue de l'article 4 du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, l'article 750-1 du Code de procédure civile dispose que, devant le Tribunal judiciaire, « *à peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la demande en justice doit être précédée, au choix des parties, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation ou d'une tentative de procédure participative, lorsqu'elle tend au paiement d'une somme n'excédant pas 5 000 euros ou lorsqu'elle est relative à l'une des actions mentionnées aux articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du code de l'organisation judiciaire.* »

disproportionné peuvent être décourageants. Ajouter à cela qu'en pareille hypothèse, la charge de la preuve pèse sur lui¹ et que les conditions d'admission d'un vice du consentement sont extrêmement strictes².

555. Pourtant, un consommateur souffrant d'une faiblesse technique ou juridique et qui ne serait pas accompagné spécifiquement voit son processus décisionnel faussé. En effet, ce dernier serait fondé sur une phase de conception incomplète ou comportant des erreurs. Il suit de là que la phase de délibération ainsi que l'intégralité de son processus décisionnel seraient de fait, faussés. Le contractant a alors de fortes chances d'avoir une représentation intellectuelle erronée ou contraire à la réalité et sa décision serait en pareil cas affectée d'une erreur. Par ailleurs, la sanction d'un vice du consentement qui est la nullité, n'est pas nécessairement satisfaisante pour le consommateur.

556. Quand bien même le Code civil a pris la mesure de l'importance du temps dans la formation du contrat, les mécanismes visant à assurer le bon déroulement du processus décisionnel et donc un consentement libre et éclairé, sont insuffisants. Le droit commun des contrats est en effet gouverné par la liberté contractuelle. Il suit de là que les règles sont supplétives de volonté et que partant, le professionnel a la pleine liberté d'insérer les clauses qu'il souhaite, le consommateur se retrouvant alors à sa merci.

557. L'on pourrait nous rétorquer que certaines règles sont d'ordre public comme l'obligation précontractuelle d'information. Cependant, telle que définie par l'article 1112-1 du Code civil, elle est strictement encadrée avec la conséquence que seule doit être délivrée, l'information pertinente, autrement dit l'information légitimement ignorée et qui a une incidence sur le consentement. Par conséquent, l'information ne peut être générale et objective. Par ailleurs, elle n'est pas systématiquement due. Une véritable aubaine pour le professionnel qui trouverait là de quoi s'affranchir de cette obligation, coûteuse faut-il le préciser. De même, si le Code civil institue un droit de réflexion, il n'est pas certain que le consommateur prendrait la précaution d'en user, eu égard à, nous l'avons indiqué précédemment, la prédominance des émotions dans sa prise de décision.

¹ Cass. Com., 11 oct. 2011, n° 10-21.698.

² Par exemple, il a pu être jugé que des méthodes de vente « agressives » (intervention de plusieurs vendeurs) ne sont pas assimilables à des manœuvres dolosives. CA Paris, 5 oct. 2001 : CCC 2002, n° 86, note Raymond.

558. Au surplus, « *le Code civil a une approche individuelle des problèmes juridiques*¹ ». Or, nous avons vu précédemment que le pouvoir d'un consommateur isolé est quasi nul tant pour ce qui concerne les négociations que pour l'aspect contentieux de la relation contractuelle. De là, l'exigence de protéger le consommateur du professionnel mais également de lui-même².

II. Une mesure coercitive exorbitante

559. Par une approche collective (A), une mesure particulière a été édictée par le législateur dans le cadre du processus décisionnel : le gel du consentement (B).

A. Une approche collective

560. Le consommateur est un contractant fort singulier à cause de la raison même qui le conduit à contracter. Il contracte pour des raisons domestiques. C'est d'ailleurs cette satisfaction d'un besoin personnel qui le conduit à être moins rationnel dans son appréhension de l'offre contractuelle. Pourtant, il faut admettre que tous les consommateurs ne sont pas égaux. Certains consommateurs ne se trouvent pas en position d'infériorité. Prenons à cet égard l'exemple caricatural mais ô combien caractéristique pris par M. Stoffen-Munck³. Bill Gates qui achète un ordinateur à des fins domestiques n'a sans aucun doute aucun problème de décision. De même que l'avocat qui souscrit un prêt immobilier. Mais le vrai est qu'il existe « *d'humbles consommateurs*⁴ », des profanes qui représentent le plus grand nombre et qu'il faut accompagner dans leur prise de décision.

561. Cependant, « *tenir compte des aptitudes particulières de chaque consommateur susciterait des litiges sans fin et enlèverait son efficacité au droit de la consommation*⁵. » C'est

¹ PIEDELIEVRE S. et alii, *op. cit.*, p. 28.

² PÉTEL-TEYSSIÉ I., Prêt à intérêt – Information et protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit (crédit à la consommation), *JurisClasseur Civil Code*, Art. 1905 à 1908, Fasc. 6 ; CALAIS-AULOY J., Les cinq réformes qui rendraient le crédit moins dangereux pour les consommateurs : D. 1975, chron. p. 19.

³ STOFFEL-MUNCK Ph., L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation, *RTD com.* 2012, 705.

⁴ *Ibid.*

⁵ CALAIS-AULOY J., TEMPLE H., DEPINCE M., *op. cit.*, p.11.

donc le consommateur entendu non comme un contractant isolé, mais comme une catégorie de contractants dans son ensemble qui est protégé. Ainsi, peu important que le destinataire final n'est nul besoin de protection¹. C'est en cela que le droit de la consommation se distingue du droit commun ; par son approche collective². Autrement dit, « *la protection de la partie faible n'intervient plus comme celle d'un individu, mais au nom d'un intérêt collectif : celui du fonctionnement du marché*³ ». En effet, plus confiant parce qu'accompagné dans la réalisation de son processus décisionnel, le consommateur est plus enclin à intervenir sur le marché⁴.

562. Le plus difficile a été de déterminer les contours de cette catégorie singulière⁵. Sans doute cela est-il dû au fait que la notion de consommateur est au demeurant purement économique. Il a donc fallu attendre, pour ce qui concerne le droit français, la loi Hamon du 17 mars 2014 puis l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 qui a procédé à la recodification de la partie législative du droit de la consommation pour avoir une définition. L'article liminaire du Code de la consommation dispose désormais que : « *Pour l'application du présent code, on entend par :*

- *consommateur : toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ;*
- *non-professionnel : toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles ; ».*

563. Il ressort de l'analyse de cette définition que la finalité de l'acte revêt une importance particulière. Ce faisant, l'on s'écarte de l'approche subjective initiale centrée sur la personne physique⁶, au profit d'une approche objective centrée sur l'acte de consommation et

¹ STOFFEL-MUNCK Ph., L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation, *op. cit.*

² PIEDELIEVRE S. et alii, *op.cit.*, p. 28.

³ ROCHFELD J., Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme, Mél. G. Viney, LGDJ, 2008, p. 835, n° 8.

⁴ GHOZI A., La conformité, in Faut-il recodifier le droit de la consommation ?, dir. Fenouillet et Labarthe, Economica, 2002, p. 104.

⁵ Il y avait d'ailleurs plusieurs définitions dans les textes, MESTRE J. Des notions de consommateurs, RTD civ. 1989, p. 62 s.

⁶ La jurisprudence était indécise sur la question de savoir si la personne morale pouvait être un consommateur (Cass. Civ. 1^{ère}, 2 avr. 2009, n° 08-11.231 ; Cass.Civ. 1^{ère}, 23 juin 2011, n° 10-30.465, SARL Pargest c/ SARL Somainnet ; Cass. Com., 6 sept. 2011, n° 10-21.583, Sté Klekoon c/ Sté Ozon'eco).

singulièrement sur le but de celui-ci¹. Cette approche dualiste nous semble opportune car elle permet d'étendre les règles protectrices à certains professionnels, c'est-à-dire aux personnes morales n'agissant pas à des fins professionnelles² même s'il faut admettre que « *les critères de la notion de non professionnel doivent être affinés*³ » afin de protéger le professionnel en situation d'inégalité juridique ou technique lorsqu'il intervient dans un autre domaine que le sien et qu'il est face à un contrat d'adhésion.

564. En pareil cas, celui qui n'a pas les moyens de s'informer ou de se protéger et qui est en proie à l'hésitation, se trouve dans la même situation que le consommateur personne physique. L'intéressé n'aura pas la qualité de consommateur mais est profane et partant, en situation d'infériorité face au vendeur. Or, un contrat qui justifie l'application d'une mesure protectrice en raison de la satisfaction d'un besoin familial ou personnel ne se révèle pas moins dangereux lorsque l'intéressé agit pour les besoins de son activité⁴.

565. L'exclure du régime protecteur reviendrait à une situation ubuesque et paradoxale où le plus fort serait protégé⁵, ce qui a conduit certains auteurs à suggérer que « *certaines actes soient, en raison de leur nature banale ou du fait qu'il s'agit de contrat d'adhésion de masse, considérés comme méritant, par nature, la protection du droit de la consommation : on pense au train, à l'autoroute, au compteur d'eau, au téléphone ; le médecin, l'enseignant ou le VRP n'ont à leur sujet aucun moyen particulier de vigilance même si ces situations surviennent dans le cadre du travail ou à des fins professionnelles*⁶. »

¹ Il a ainsi pu être jugé que même le consommateur représenté par un mandataire professionnel ne perdait pas sa qualité de non-professionnel. Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 2017, n° 16-14.157.

² Il y en effet certaines hésitations. Doit-on considérer comme le fait la jurisprudence que sont exclues les personnes morales concluant un contrat ayant un rapport direct avec leur activité professionnelles (Cass. Civ. 1^{ère}, 27 sept. 2005 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 16 sept. 2014) ou le texte vise-t-il les personnes morales dont l'activité statutaires n'est pas d'ordre professionnel ? Voir sur ce point PIEDELIEVRE S. et alii., *op. cit.*, p. 44 et s. ; CALAIS-AULOY J., TEMPLE H., DEPINCE M., *op. cit.*, p. 16.

³ PIEDELIEVRE S. et alii., *op. cit.*, p. 28.

⁴ MESTRE J., Des notions de consommateurs, RTD civ. 1989, p. 62 s.

⁵ Seules certaines personnes morales telles que les associations et les SCI peuvent être concernées à conditions qu'elles agissent en dehors de leur activité (SPA, Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 2016, n° 15-17.369).

⁶ CALAIS-AULOY J., TEMPLE H., DEPINCE M., *op. cit.*, p. 9.

566. Le législateur n'est pas demeuré sourd et a étendu le bénéfice des règles protectrices édictées aux « *contrats conclus à distance et hors établissement entre deux professionnels dès lors que l'objet de ces contrats n'entre pas dans le champ de l'activité principale du professionnel sollicité et que le nombre de salariés employés par celui-ci est inférieur ou égal à cinq*¹ ». « *Le texte manifeste la volonté de protéger « les petits entrepreneurs » démarchés dans des domaines dans lesquels ils ne sont pas compétents, tels que la création de portail internet ou l'insertion publicitaire dans les annuaires professionnels. On substitue à l'approche peu efficace du « rapport direct » un critère matériel objectif – le lien avec l'activité principale – conjugué avec un critère structurel lié à la taille de l'entreprise*² ».

567. Ainsi, le consommateur-décideur se distingue du contractant de droit commun par la destination du contrat mais également par son extrême vulnérabilité technique, économique et juridique face à un contrat complexe ou risqué³. Seule des mesures exorbitantes du droit commun peuvent donc le protéger. En effet, pour être efficace, « *le droit de la consommation remet en cause des principes fondamentaux du Code civil*⁴ ».

B. Le gel du processus décisionnel

568. La protection de ces contractants vulnérables résulte d'une immixtion intensive du législateur dans leur processus décisionnel. D'abord dans la phase de conception avec une obligation d'information fermement encadrée tant dans son contenu que dans sa forme⁵. Celle-ci se justifie évidemment par la qualité de profane du consommateur. Partant, « *il existe un risque certain à laisser le consommateur livré à lui-même pour cette élaboration*⁶ ». En sélectionnant les informations pertinentes pour le consommateur, le législateur interfère dans

¹ Art. L. 221-3 du Code de la consommation.

² PICOD Y. et N., Droit de la consommation, Dalloz, 5^{ème} éd., 2020, p.81.

³ Plus généralement même face à une décision risquée comme une opération de chirurgie esthétique (Art. L. 6322-2 du Code de la Santé Publique) où il y a un risque physique, voire létal ; la convention établie en cas de divorce par consentement mutuel (art. 229-4 du Code civil). Il y a rupture donc fragilité psychologique, la famille qui constitue un pilier est brisée et pas de passage devant le juge pour attirer l'attention des époux ;

⁴ RAYMOND G., Fasc. 902 : Domaine d'application du droit de la consommation, JurisClasseur Commercial, 31 janv. 2020, spé. n°5.

⁵ Cf. supra n° 375 et s.

⁶ CHARDIN N., *op. cit.*, p. 113.

la préparation de sa décision. L'on ne peut pour autant affirmer qu'il la réalise en ses lieu et place¹ car le consommateur se montre actif durant cette phase, notamment en consultant plusieurs professionnels et en comparant les offres, les qualités des produits, etc. Au surplus, le développement d'internet a permis une plus grande accessibilité à l'information.

569. Par cette technique, le législateur entend permettre la prise de décision du consommateur en situation de quasi-certitude² et prévient les vices du consentement tels que l'erreur ou le dol. L'erreur et singulièrement celle sur les qualités substantielles qui « *porte sur les représentations intellectuelles qui ont précédé la décision*³ » est évitée grâce à l'insertion de certaines mentions informatives obligatoires. Il en est de même pour le dol ; un contenu informatif précis limitant les manœuvres dolosives.

570. L'immixtion du législateur dans le processus décisionnel se poursuit durant la phase de délibération avec l'imposition d'un délai de réflexion. Il interdit alors au potentiel contractant de donner son consentement avant un certain délai. Le nouvel article 1122 du Code civil définit le délai de réflexion comme celui « *avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation* ». Le délai de réflexion répond alors à deux objectifs.

571. Le premier objectif est la protection contre lui-même du consommateur imprudent, soumis à ses émotions et à la satisfaction irréfléchie et immédiate de ses besoins. Avec le délai de réflexion, le législateur l'oblige à réfléchir à sa décision. Autrement dit, il l'oblige à hésiter⁴. Le second objectif est cette fois, la protection du consommateur contre le professionnel. En effet, le consommateur peut revêtir une autre image, celle du contractant réfléchi. Ce dernier ne prend pas sa décision sous le coup de l'émotion et hésite, analyse, se projette. Son processus décisionnel s'étire alors dans le temps. Nul besoin de l'y contraindre. En pareil cas, le délai de réflexion le protège de l'insistance et des pressions que pourrait exercer le professionnel et

¹ « *Le législateur a balisé le terrain du futur décideur, mais il n'a pas fait tout le travail* ». CHARDIN N., *op. cit.*, p. 115.

² Il faut en effet considérer qu'au demeurant, le consommateur prend sa décision en situation de risque. Voir sur ce point AYADI N., *Les déterminants et les chemins de la décision du consommateur en situation risquée*, Thèse, Toulouse 1, 2007 ; CHARDIN N., *op. cit.*, p. 115.

³ GHESTIN J., LOISEAU Gr., SERINET Y.-M., *op. cit.*, n° 371.

⁴ Rappelons qu'hésiter c'est débiter la réflexion.

interdit à ce dernier de précipiter la décision du consommateur. Partant, elle lui accorde le droit d'hésiter.

572. L'expression « délai de réflexion » fait partie de celles largement utilisées en droit et souvent de façon inappropriée comme lorsqu'elle désigne un droit de réflexion¹ ou encore un délai de rétractation². Pourtant le délai de réflexion se distingue du droit de réflexion par le fait qu'il interdit à son bénéficiaire de donner son consentement durant la période définie. Il s'ensuit qu'il ne peut être assimilé à un droit puisqu'il constitue une obligation de réflexion. Quant au délai de rétractation, il ne peut évidemment être confondu avec le délai de réflexion pour la raison simple que l'on ne peut rétracter que ce qui a déjà été donné. L'on ne peut dès lors que se réjouir que le législateur ait jugé opportun d'en préciser la définition aux termes de l'article 1122 du Code civil. Cette définition est d'autant plus opportune que rares sont les textes qui emploient expressément le terme de « délai de réflexion »³.

573. Le critère principal du délai de réflexion est l'interdiction de tout don de consentement du bénéficiaire. Cette interdiction se justifie notamment au regard de la gravité ou de la complexité du projet envisagé⁴ comme un contrat de prêt immobilier. L'article L. 313-34 alinéa 2 du Code de la consommation dispose à cet égard que : « *L'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçue.* » Elle se justifie également en raison des conditions de conclusion du contrat, parce qu'il est sollicité notamment. Par exemple, l'article L. 341-16 IV du Code monétaire et financier prévoit, en cas de prise de

¹ Voir par exemple, LE GUIDE R. et CHABOT G., Succession : transmission – Délai d'option du successible, Répertoire de droit civil, 2011, n° 88 à propos du droit de réflexion de 4 mois dont dispose le successible.

² Voir par exemple, CALAIS-AULOY J., TEMPLE H., DEPINCE M., *op. cit.*, p. 172 ou encore, CHRISTIANOS V., Délai de réflexion ; théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs, Recueil Dalloz 1993, p. 28.

³ Nous en avons répertorié 20 : 3 dans le Code de la santé publique, 3 dans le Code civil, 3 dans le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, 1 dans le Code de procédure civile, 1 dans le Code monétaire et financier, 2 dans le Code de la défense, 3 dans le Code de la consommation, 3 dans le Code de la construction et de l'habitation, 1 dans le Code de l'action sociale et des familles.

⁴ On pense ici une opération de chirurgie esthétique (art. L. 6322-2 du Code de la santé) ou une notification de licenciement qui n'est pas une décision anodine tant pour le salarié que pour l'employeur et qui, par conséquent, mérite que ce dernier mûrisse sa décision (art. L. 1232-6 al. 3 du Code du travail). De même, pour éviter un contentieux judiciaire et privilégier la conciliation (art. R. 145-27 du Code de commerce).

contact non sollicitée bancaire ou financier, autrement de démarchage, auprès d'une personne physique ou morale, un délai de réflexion de 48 heures.

574. Cette hésitation imposée vise à assurer une véritable délibération, entendue comme « *l'appréciation de la meilleure action*¹ » et présage de la qualité de la décision car « *la qualité volontaire du choix reflète la qualité volontaire du débat d'où il procède d'une façon ou d'une autre*² ». Phase davantage subjective, la délibération permet le traitement et l'analyse collectées lors de la phase de conception, elle plus objective. Reste que cette analyse suppose un questionnement qui jaillit grâce à l'hésitation. L'hésitation imposée grâce à l'obligation de réflexion constitue donc une mesure de prévention du consentement vicié par un consentement non éclairé. Le délai de réflexion combiné à l'obligation d'information, entend protéger le bénéficiaire de la conclusion d'un contrat qui ne lui serait pas favorable. En effet, l'obligation d'information n'est utile que si l'intéressé dispose d'un délai pour en prendre connaissance et réfléchir à l'opportunité de consentir à l'offre qui lui est proposée. « *Juridiquement cela signifie, lui donner le droit d'hésiter*³ ». Il peut ainsi étudier l'offre, la comparer, demander des précisions ou des explications sur le contrat, le projet technique, etc.

575. À titre d'exemple, l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation al. 5 relatif à la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation, la souscription de parts donnant vocation à l'attribution en jouissance ou en propriété d'immeubles d'habitation ou la vente d'immeubles à construire ou de location-accession à la propriété immobilière dispose que : « *Lorsque le contrat constatant ou réalisant la convention est dressé en la forme authentique et n'est pas précédé d'un contrat préliminaire ou d'une promesse synallagmatique ou unilatérale, l'acquéreur non professionnel dispose d'un délai de réflexion de dix jours à compter de la notification ou de la remise du projet d'acte selon les mêmes modalités que celles prévues pour le délai de rétractation mentionné aux premier et troisième alinéas. En aucun cas l'acte authentique ne peut être signé pendant ce délai de dix jours.* » C'est dire que le délai de réflexion n'est pas systématique dans le cadre de la conclusion de tel contrat. Il ne sera prévu que lorsque le contrat n'est pas précédé d'un avant-contrat, qui comme nous l'avons indiqué

¹ CHARDIN N., *op. cit.*, p. 113.

² RICOEUR P., *Philosophie de la volonté*, I, Le volontaire et l'involontaire, Aubier, 1950, p. 143.

³ CHARDIN N., *op. cit.*, p. 165.

précédemment¹, constitue un droit de réflexion. Autrement dit, dans l'hypothèse où l'intéressé n'aura pas bénéficié d'un droit de réflexion grâce à une promesse de vente, le législateur lui accorde un délai de réflexion avant la signature de l'acte de vente.

576. En somme, le législateur interdit au consommateur de se précipiter dans sa décision mais interdit au professionnel de précipiter sa décision, c'est-à-dire d'extorquer son consentement par la violence, évitant ainsi un autre vice du consentement. Il s'agit là d'une mesure curative des problèmes décisionnels spécifiques au consommateur et qui, par conséquent, constitue une mesure préventive de protection du consentement. Les tribunaux quant à eux, contribuent activement à une application ferme de cette interdiction. Ils considèrent, de façon excessive pour d'aucun², qu'il y a violation du délai de réflexion en cas de remise de chèque remis durant celui-ci mais encaissé après son expiration³. D'autres fois, le législateur prévoit des règles plus contraignantes notamment pour éviter les contrats antidatés et exige la remise de l'offre de contrat par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout autre moyen présentant des garanties équivalentes pour la détermination de la date de réception ou de remise⁴. C'est tout aussi sévèrement que la Cour de cassation condamne la remise en main propre comme mode de remise présentant des garanties équivalentes de date⁵.

577. Il faut cependant admettre que l'hésitation peut ressurgir.

Section 2 – Le traitement de la résurgence de l'hésitation

578. Le processus décisionnel a cela de particulier qu'il n'est pas linéaire, pour la raison simple qu'il concerne l'être humain qui, indubitablement, n'est pas uniquement rationalité. Toutes les phases peuvent se confondre, la décision sera alors prise en un trait de temps. Certaines d'entre elles seulement peuvent également se confondre. Autrement, certaines

¹ Cf. supra n° 535.

² BOULOC B., Démarchage à domicile – Remise d'un chèque avant l'expiration du délai de réflexion, RTD Com. 2004, p. 169.

³ Cass. Crim. 23 sept. 2003, Bull. crim. n° 169 ; Cass. Civ. 1^{ère} civ., 18 juin 1996, Bull. civ. I, n° 263.

⁴ Art. L. 271-1 al. 2 du Code de la construction et de l'habitation.

⁵ Cass. Civ. 3^{ème}, 27 fév. 2008, JDI 2009. 58, obs. Cohet-Cordey ; Cass. Civ. 3^{ème}, 18 juin 2008, AJDI 2009.

peuvent revenir parce qu'elles ont été mal, voire non réalisées. En pareille hypothèse l'hésitation ressurgit. Cette anarchie de l'hésitation est antinomique avec la formation du contrat qui admet mal que le contractant qui a déjà donné son consentement soit encore en proie à des atermoiements eu égard à l'insécurité juridique que cela entraîne. Le droit étant fait avant tout pour les hommes, la matière contractuelle ne pouvait ignorer cette pathologie de la décision. C'est donc à de strictes conditions qu'un traitement tant légal (§1) que conventionnel (§2) existe¹.

§ 1 - Le traitement légal

579. Parce que le droit spécial des contrats est celui qui a, au demeurant, appréhendé le processus de décision, il nous paraît opportun de débiter l'étude du traitement réservé à la résurgence de l'hésitation par ce domaine. L'analyse du délai de rétractation (I) révèle que celui-ci constitue un correctif à une altération du processus décisionnel (II).

I. Le délai de rétractation

580. Le consommateur est un contractant singulier. La singularité de ce dernier, nous l'avons vu, réside dans le fait que ses émotions sont particulièrement prégnantes et partant, affectent son processus décisionnel lequel se fait en situation d'incertitude importante, eu égard à la position d'infériorité économique, technique et juridique de l'intéressé face au professionnel. Conscient de cet écueil, le législateur impose qu'il soit destinataire d'informations techniques et juridiques relatives à son futur engagement. Reste qu'en réalité, la complexité de ces informations commande qu'un temps suffisant soit consacré à leur bonne compréhension. Or, ce temps, celui de la délibération, n'est pas nécessairement pris lorsqu'il n'est pas imposé aux termes d'un délai de réflexion. Ainsi, dans les cas où un délai de réflexion n'est pas imposé, un délai de rétractation est instauré. Sans doute faut-il préciser que *« l'économie que le législateur a fait de la technique de l'acceptation retardée tranche avec la prodigalité avec laquelle il a usé de celle du repentir ² »*.

¹ MIRABAIL S., La rétractation en droit privé français, Thèse, Toulouse 1, LGDJ, 1997.

² RZEPECKI N., Droit de la consommation et théorie générale du contrat, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002 (nouvelle édition), spé. n°102. Voir également sur ce point DECOCQ G., GRIMALDI C., HUET J. et LECUYER H., Les principaux contrats spéciaux, LGDJ, 2012.

581. Tel que défini par l'article 1122 du Code civil, le délai de rétractation¹ est « *le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement* ». Si le même texte précise qu'un tel délai peut être prévu par la loi ou par les parties, initialement, il s'agit d'une technique typiquement consumériste. C'est la loi du 12 juillet 1971² qui a, en premier lieu, permis au consommateur de se dégager d'un contrat d'enseignement à distance dans les trois mois de son entrée en vigueur, moyennant le paiement d'une indemnité plafonnée. D'autres lois se sont ensuite succédé et sont désormais codifiées au sein, notamment, du Code de la consommation.

582. Alors que « *le respect de la signature, c'est-à-dire l'obligation de ce qu'on a promis, d'exécuter les obligations que l'on a librement contractées, relève de la morale aussi bien que du droit*³ », le droit spécial des contrats permet au consommateur de rompre sa promesse. La fidélité contractuelle évoquée par Henri Capitant ne peut pourtant exister que tant que les parties ont librement consenti à leurs engagements. Or, il est des situations, où tel ne sera pas le cas notamment dans les situations manifestement déséquilibrées, soit en raison du savoir de l'un des contractants ou de son pouvoir. Le délai de rétractation permet alors de protéger la partie faible de son possible empressement⁴.

583. C'est le cas pour les contrats conclus à distance et hors établissement tel que prévu par l'article L. 221-18 du Code de la consommation. Le consommateur dispose de quatorze jours, à compter de la signature du contrat, s'agissant des contrats de prestation de service, pour exercer son droit de rétractation. Si l'article prévoit le même délai pour les contrats de vente, lequel débute à compter de la réception du bien par le consommateur, nous excluons ce délai en ce qu'il s'agit, nous l'avons démontré, d'un essai⁵. C'est également un délai de quatorze jours qui est prévu pour les contrats de crédit à la consommation⁶. Il est en revanche de dix

¹ MIRABAIL S., *op. cit.* ; BOSCO D., Le droit de rétractation, Mémoire Aix-Marseille III, 1999 ; DETRAZ S., Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation, *Contrat Concurrence Consommation* n°5, Mai 2004, étude 7.

² Loi n°71-556 du 12 juillet 1971 relative à la création et au fonctionnement des organismes privés dispensant un enseignement à distance, ainsi qu'à la publicité et au démarchage faits par les établissements d'enseignement.

³ CAPITANT H., Le régime de la violation des contrats, DH 1934

⁴ CHABAS C., Résolution - Résiliation, Répertoire de droit civil, Dalloz, oct. 2010 (actualisation 2018).

⁵ Cf. supra n° 488.

⁶ Art. L. 312-19 du Code de la consommation.

jours pour « *tout acte ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation, la souscription de parts donnant vocation à l'attribution en jouissance ou en propriété d'immeubles d'habitation ou la vente d'immeubles à construire ou de location-accession à la propriété immobilière*¹ » au bénéfice de l'acquéreur non professionnel.

584. Quelle que soit sa fonction, droit de reprendre son consentement ou essai, le vrai est que la nature juridique du délai de rétractation a fait couler beaucoup d'encre. Le débat doctrinal se cristallise autour de deux analyses. Selon une première conception, le droit de rétractation diffère la formation du contrat. Autrement dit, le droit de repentir serait une étape dans le processus de formation du contrat, de sorte que la faculté de renonciation ne remet pas en cause la force obligatoire du contrat, celui-ci n'étant pas définitivement formé. Ce serait une forme de *punctuation*² et ainsi, la formation du contrat serait retardée. Dans un premier temps, le consommateur donne un accord qui serait seulement embryonnaire et, dans un second temps, le droit de repentir met en mouvement un processus contractuel qui va se consolider en l'absence de rétractation ou s'interrompre par la rétractation du consommateur. Le contrat ne deviendrait donc parfait qu'à l'expiration du délai de rétractation. Pierre Godé considère ainsi que « *signer n'est plus une acceptation. Signer c'est seulement vouloir. Mais vouloir un instant est devenu insuffisant ; il faut vouloir pendant toute une semaine pour être engagé*³ ».

585. Le second courant doctrinal considère quant à lui que le contrat est parfait dès l'échange des consentements parce que l'« *on ne peut rétracter qu'un engagement pris, annuler qu'un acte préexistant, renoncer qu'à une convention établie, dénoncer qu'un accord passé*⁴ ». L'efficacité du contrat serait alors suspendue pendant le délai de rétractation. Par conséquent, il y aurait atteinte à la force obligatoire du contrat⁵. La Cour de cassation a pour sa part tranché en faveur de cette dernière analyse, affirmant que le contrat est formé dès la

¹ Art. L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation.

² RIEG A., La punctuation, contribution à l'étude du contrat, in Mélanges A. JAUFFRET, PUAM, 1974, p. 593.

³ GODÉ P., Protection des consommateurs – clauses abusives, RTD civ. 1978, p.438.

⁴ STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., Les obligations. Contrat, t. II, Litec, 6ème éd., 1998, n°410.

⁵ CHRISTIANOS V., *op. cit.*

commande¹. Le législateur n'est pas d'une très grande aide et se montre quant à lui indécis². Il parle tantôt de résiliation³, de résolution⁴, de perfection du contrat après l'écoulement du délai de rétractation⁵.

586. Au surplus, ce mécanisme surprend quant à son caractère potestatif⁶. Cependant, s'il est vrai que le délai de rétractation donne tout pouvoir au bénéficiaire d'anéantir le contrat, cela correspond pleinement à la volonté du législateur d'instituer des droits potestatifs dans le but de protéger une catégorie d'individus en contrecarrant la suprématie de certains cocontractants⁷. La finalité du délai de rétractation est donc de rééquilibrer les forces en présence. Par suite, toute l'efficacité de ce droit réside justement dans son caractère potestatif, puisque pour être efficace, il doit être indépendant de la volonté de la partie forte.

587. Son caractère exorbitant⁸ qui met à mal les principes du droit des contrats⁹ n'est pas sans soulever de vives critiques. Elle est ainsi qualifiée de « *toujours dérangeante faculté de*

¹ Civ. 1^{ère}, 10 juin 1992, 90-17.267 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 13 févr. 2008, n° 06-20.334, D. 2008.1530, note Y. Dagorne-Labbe et chron. C. ; Cass. Civ. 3^{ème}, 13 mars 2012, n°13-03-2012.

² BOUJEKA A., Le délai de réflexion et le délai de rétractation, RD bancaire et financier, 2004, n°3, dossier 100035.

³ Art. L. 112-9 al. 3 du Code des assurances : « *L'exercice du droit de renonciation dans le délai prévu au premier alinéa entraîne la résiliation du contrat à compter de la date de réception de la lettre recommandée mentionnée* »

⁴ Le législateur parle de résolution en cas d'exercice du droit de rétractation pour les contrats conclus à distance et hors établissement aux termes de l'art. L. 312-52 du Code de la consommation.

⁵ Art. L. 312-24 al.1 du Code de la consommation relatif au contrat de crédit : « *Le contrat accepté par l'emprunteur ne devient parfait qu'à la double condition que celui-ci n'ait pas fait usage de sa faculté de rétractation et que le prêteur ait fait connaître à l'emprunteur sa décision d'accorder le crédit, dans un délai de sept jours.* »

⁶ Pour la Cour de justice des Communautés européennes, la faculté de rétractation constitue une condition résolutoire purement potestative car unilatérale et gratuite, CJCE 29 avr. 1998, JCP 1999 I. 187. Voir également, POMART-NOMDEDEO C., Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité, RTD civ. 2010. 209.

⁷ « *C'est dans un souci de protection d'une partie présumée faible – le locataire, le consommateur – que certaines prérogatives contractuelles ne sont pas réciproques* ». BUCHER C.-H., L'inexécution du contrat de droit privé et de droit administratif, Thèse, Dalloz, 2011, p. 34.

⁸ AYNES L., STOFFEL-MUNK P., Les facteurs de fragilité dans la formation des contrats, Droit et Patrimoine, n°178, févr. 2009, p. 120.

⁹ Du consensualisme mais surtout de la force obligatoire du contrat.

*rétractation*¹» qui « *est et le restera que ce soit pour le théoricien du droit qui y voit la remise en cause de ses quelques certitudes sur la formation définitive du contrat par l'échange des consentements ou pour le contractant qui expérimente avec elle l'insécurité temporaire des conventions*² ». Au surplus, si au demeurant, elle tenait lieu de faculté de rétractation réactionnelle en ce qu'elle était justifiée par les dangers immédiats pour le consommateur tels que les procédés de vente de démarchage à domicile ou la gravité du contrat conclu comme l'achat de biens immobiliers, l'élargissement de son champ d'application a conduit à se demander si elle n'était pas devenue ordinaire³. Ordinaire en ce sens qu'elle est désormais ouverte à tous les contrats conclus à distance, contrats de vente ou de prestation de service, et qu'elle constitue un droit de changer d'avis ; une forme de « *contrat, si je veux... ou plus exactement, si je veux encore demain, peut-être...* »⁴. C'est la raison pour laquelle la doctrine s'est employée à lui trouver un fondement juridique, comme la notion de cause efficiente⁵ quand d'autres lui attribuent une fonction de sanction de vice du consentement *lato sensu*⁶.

588. Mécanisme surprenant, le délai de rétractation met mal à l'aise par la technique employée pour parvenir à la protection du consommateur : il permet à ce dernier de se défaire de son engagement sans avoir à justifier d'un quelconque motif et sans avoir à se départir d'un quelconque dédommagement. Son analyse d'un point de vue fonctionnel permet alors d'expliquer et de justifier son institution. « *En raison principalement des caractères présentés par les conventions qui en autorisent l'usage, le droit de rétractation doit essentiellement être analysé comme la sanction d'un défaut ; plus précisément, il apparaît que le législateur présume, en la matière, que le consentement de son titulaire a été altéré, de sorte qu'il accorde*

¹ ROTCHEFEL J., Ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, RTD Civ. 2001 p. 968.

² ROTCHEFEL J., *op. cit.*

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ Elle est définie par Philippe REIGNÉ comme tout événement à la survenance duquel l'effet contractuel envisagé est impérativement et spécialement subordonné, REIGNÉ Ph., La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français, Thèse, Paris 2, 1993. Madame Hélène AUBRY y voit le fondement du délai de rétractation, AUBRY H., L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats, Thèse, Aix-Marseille, 2002, p.102 et suiv.

⁶ DETRAZ S., *op. cit.*

à celui-ci la possibilité (exorbitante) de mettre fin unilatéralement au contrat¹ ». Ainsi, il y aurait une présomption de consentement vicié dans la relation consommateur/professionnel.

589. Plus précisément une présomption d'un vice du consentement *lato sensu* nous explique M. Detraz. Les vices du consentement au sens du droit commun des contrats sont en effet inopérants à sanctionner des situations courantes pour le consommateur profane comme une erreur sur la valeur ou les manœuvres dolosives résultant de pratiques commerciales ou marketing, tout autant que la capacité de persuasion de certains professionnels, notamment lors de démarchage à domicile, qui pourraient être assimilée à une forme de violence. Pour autant, ils portent atteinte à l'intégrité du consentement du consommateur et à cet égard, sont des vices du consentement *lato sensu*². La rétractation peut alors être considérée comme une annulation mais de nature extra-judiciaire³.

590. L'éviction judiciaire se justifie afin d'éviter au consommateur les difficultés liées à l'obligation de saisir le juge mais également, d'infléchir les exigences de la théorie des vices du consentement⁴. Par suite, la présomption de vice du consentement *lato sensu* devient irréfragable. « *En réalité, il est de l'essence des présomptions irréfragables d'engendrer des conséquences générales, insensibles aux cas particuliers. Or, pour assurer une protection efficace des consommateurs, il est nécessaire que leur décision ne puisse jamais être remise en cause, sous peine, dans les hypothèses où un vice du consentement (lato ou stricto sensu) existe vraiment, que le droit de rétractation perde toute son effectivité ; admettre le professionnel à renverser la présomption de vice du consentement en réponse à l'exercice d'un droit de repentir aurait donc été contraire au souhait du législateur*⁵ ».

¹ *Ibid.*

² DETRAZ S., Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation, *Contrat Concurrence Consommation* n°5, Mai 2004, étude 7 ; BAILLOD R., Le droit de repentir, *RTD Civ.* 1984 p. 229.

³ DETRAZ S., Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation, *Contrat Concurrence Consommation* n°5, Mai 2004, étude 7. Étant précisé que cette analyse originale est décriée. Voir en ce sens, PAYET M.S, *Droit de la concurrence et de la consommation*, Thèse, Dalloz, 2001, p. 301.

⁴ DETRAZ S., Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation, *Contrat Concurrence Consommation* n°5, Mai 2004, étude 7.

⁵ *ibid.*

591. Cette analyse, pour intéressante qu'elle soit, ne révèle qu'un aspect de la fonction du délai de rétractation institué par le droit spécial des contrats. Le vrai est que le délai de rétractation étudié à l'aune du processus décisionnel, présente un intérêt majeur au sein de l'arsenal de protection du consentement du contractant-consommateur. Dernier rempart, il permet de corriger un processus décisionnel altéré, par une phase de délibération bâclée.

II. Un correctif à l'altération du processus décisionnel

592. Parce que l'achèvement du processus décisionnel résulte d'une dualité de la phase de manifestation (A), tant que celle-ci n'est pas complète, la réitération de la phase de délibération (B) est possible.

A. La dualité de la phase de manifestation

593. La notion de processus renvoie à un enchaînement ordonné d'étapes et partant d'une certaine temporalité dans la décision. Elles sont au nombre de quatre, à savoir : la conception, la délibération, le choix et la manifestation du choix ; le terme « décision » correspondant à tout le processus décisionnel¹. Reste que cette temporalité doit être nuancée, le contexte décisionnel pouvant conduire à la précipitation de certaines phases, voire que leur réalisation soit bâclée avec la conséquence que l'hésitation ressurgit alors même qu'un choix a été arrêté et parfois manifesté.

594. En droit des contrats, s'agissant de la décision de contracter, la manifestation du choix se traduit par la manifestation de l'acceptation de l'offre. *A priori*, cette manifestation témoigne de la fin de l'exécution du processus décisionnel. *A priori* seulement, car tel ne sera le cas que si la phase de manifestation est complète. Complète en ce sens qu'il y a certes acceptation mais également exécution de cette acceptation, autrement dit exécution par l'intéressé des obligations contractuelles lui incombant. Le principe gouvernant le droit des contrats étant le consensualisme, l'acceptation et l'exécution se confondent lors d'une acceptation implicite²

¹ CHARDIN N., *op. cit.*, p. 195.

² Art. 1113 al. 2 du Code civil.

par exemple. Ainsi en est-il de l'exécution du contrat¹. On peut également prendre l'exemple des contrats réels pour lesquels, la remise de la chose est nécessaire à la validité du contrat².

595. D'autres fois, un formalisme est institué, soit par les parties, soit par le législateur. L'intéressé manifeste alors sa volonté par la signature du contrat. Le contrat prend ainsi effet dès la rencontre des volontés³. « *L'acte contractuel prend nécessairement effet dès l'achèvement du processus de formation*⁴ », date à laquelle il devient exécutoire⁵. Reste qu'évidemment, les parties peuvent décider de différer dans le temps l'entrée en vigueur de certaines obligations. Cependant, pour ce qui concerne l'entrée en vigueur du contrat, elle résulte uniquement de la rencontre des volontés. Ce n'est jamais l'acte en lui-même qui entre en vigueur rétroactivement ou postérieurement car « *l'acte considéré en lui-même, c'est-à-dire comme résultat d'une manifestation efficace de volontés, se traduisant par l'avènement, dans la sphère juridique, d'une entité abstraite, constituant le support d'un complexe de prescriptions, une entrée en vigueur anticipée ou différée supposerait la prise d'effets immédiate de la stipulation qui en avancerait ou en retarderait l'applicabilité, ce qui démontre l'impossibilité de la formule : si l'acte est entré en vigueur, son entrée en vigueur ne peut plus être ni anticipée ni différée ; si l'entrée en vigueur de l'acte est anticipée ou différée, c'est qu'il n'est pas entré en vigueur*⁶ ».

596. Comme l'explique M. Revet, c'est le mécanisme de l'exigibilité qui permet d'individualiser et d'aménager la prise d'effet des obligations contractuelles⁷. Il existe moult hypothèses pour s'en convaincre. Une clause de non-concurrence postcontractuelle insérée dans un contrat de travail par exemple. Celle-ci ne devient applicable qu'à partir de la rupture

¹ Cass. Com., 25 juin 1991, Bull. civ. IV, n° 234 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 24 mai 2005, Bull. civ. 2005 I, n° 223 ; Cass. Com., 15 mars 2011, n° 10-16422.

² Art. 1109 du Code civil al. 3 : « *Le contrat est réel lorsque sa formation est subordonnée à la remise d'une chose.* »

³ Art. 1121 du Code civil. « *Seule la manifestation de créer un effet de droit, entendue dans un sens strict, constitue un critère de l'acte juridique* ». STOFFEL J.-N., Le projet d'acte juridique (Étude de droit privé), Thèse, PUAM, 2020, p. 90.

⁴ REVET T., La prise d'effets du contrat, RDC 2004. 29.

⁵ REVET T., ZENATI-CASTAING F., Cours de droit civil – Contrats, Théorie générale, quasi-contrats, PUF, 2014, n°168.

⁶ REVET T., *op. cit.*

⁷ *Ibid.*

de la convention¹. Il en va de même pour l'obligation de restitution incombant au dépositaire ou le retardement du transfert de propriété². Quoi qu'il en soit, le contrat formé et entré en vigueur, ne peut, en principe, être révoqué. L'intéressé qui manifeste expressément son consentement doit dans la foulée, exécuter ses obligations contractuelles³. Autrement, sa réticence à exécuter ses obligations peut être révélatrice d'une hésitation. Or, si le contrat ou la loi ne lui permet pas cette hésitation, son inexécution devient fautive⁴. Le délai de rétractation autorise l'inexécution durant un temps déterminé. Il permet l'hésitation. Il repousse la prise d'effet des obligations contractuelles⁵ et a à cet égard, un effet suspensif⁶. Autrement dit, le délai de rétractation étire la phase de manifestation du processus décisionnel.

597. La phase de manifestation se compose en effet de deux actions cumulatives : d'une part, la transmission du choix au cocontractant par l'acceptation et d'autre part, la mise en œuvre de ce choix par l'exécution des obligations résultant du contrat. Il n'y a terminaison du processus décisionnel qu'à la condition de la réalisation de ces deux actions cumulatives et partant, l'hésitation ne peut revenir. Il ne peut s'agir que du regret. L'hésitation ne peut exister que tant que le processus décisionnel est en cours. C'est dire qu'elle peut ressurgir entre le moment de la manifestation de l'acceptation et l'exécution. Cette fenêtre, qui peut être plus ou moins longue⁷, constitue un terreau pour l'hésitation.

¹ En cas démission du salarié (Rennes, 11 avr. 1979, JCP 1981. II. 19592, note C. Méjean), de son départ à la retraite (Cass. Soc. 24 sept. 2008) ; même en cas de non exécution du préavis (Soc. 27 sept. 1989, Bull. civ. V, no 545), l'employeur devenant dès le départ effectif du salarié, redevable de l'indemnité due (Cass. Soc. 21 janv. 2015).

² Comme la vente à terme très usuelle en matière immobilière. Ainsi, nonobstant le fait que la promesse synallagmatique vaut vente, le transfert de propriété est retardé à la signature de l'acte authentique et au paiement du prix.

³ Comme par exemple le salarié qui signe son contrat de travail puis prend son poste.

⁴ Cass. Civ. 3^{ème}, 2 juin 2001, n° 99-19.281.

⁵ Il y a « *congélation des effets du contrat* ». BARBIERI J.-J., Vers un nouvel équilibre contractuel. Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution des contrats, Thèse, Toulouse, 1981, p. 161.

⁶ VANDENHOUTEN L., Délai de réflexion, droit de repentir, in Le processus de formation du contrat (dir. M. Fontaine), LGDJ, 2002, p. 554 et s.

⁷ En raison du contrat comme dans l'hypothèse d'un contrat de bail signé à une date mais dont les effets sont différés. Cass. Civ. 3^{ème}, 2 juin 2001, n° 99-19.281.

598. Le vrai est que la décision a trait à la fois au mental et à l'action. « *Vouloir, c'est choisir pour agir*¹ ». Mentale parce que décider est un acte prémédité², avec les deux premières phases de conception et de délibération et action, parce que tant qu'elle n'est pas exécutée, elle demeure dans le mental. Dit autrement, elle demeure au stade de projet, de volition³. La préparation donne l'impulsion à l'action qui constitue la matérialisation physique et juridique – par l'acceptation parvenue au cocontractant et par l'exécution – du choix. Prenons l'exemple de l'intéressé qui déciderait d'acheter du pain. Tant qu'il n'a pas réalisé l'action d'acheter effectivement celui-ci, cela demeure un projet, une idée. Ou de celui qui entend acheter du bois et qui sollicite un devis. Tant qu'il n'a pas accepté celui-ci et ne s'est pas immédiatement acquitté du paiement⁴, il n'y a pas décision. C'est dire l'importance que revêt l'exécution dans la complétude du processus décisionnel, à telle enseigne que la dernière phase est ainsi généralement nommée⁵.

599. L'exécution tient également une place d'importance dans le droit des contrats. La satisfaction de tout contractant ne résulte-t-elle pas finalement de l'exécution par l'autre partie des obligations qui lui incombent ? L'exécution permet en effet à chacune des parties de se procurer l'utilité attendue par le contrat⁶. L'on en veut pour preuve le véritable « *arsenal*⁷ » contre l'inexécution institué par la réforme de 2016⁸. L'article 1217 du Code civil prévoit ainsi que le créancier peut au choix, invoquer une exception d'inexécution⁹, poursuivre l'exécution forcée en nature¹⁰, obtenir une réduction du prix, provoquer la résolution du contrat, demander

¹ RICOEUR P., Philosophie de la volonté, I, Le volontaire et l'involontaire, Aubier, 1950.

² Peu important la durée et l'importance de la préparation.

³ Cf. supra n° 42.

⁴ Sauf conditions de paiement plus favorables prévues.

⁵ Cf. supra n° 140.

⁶ ETIENNEY A., La durée de la prestation ou le temps dans la satisfaction du créancier, Petites affiches, n°44, p. 4.

⁷ BARBIER H., L'exécution et la sortie du contrat, Revue des contrats, n°Hors-série, p. 40.

⁸ L. n° 2018-287, 20 avr. 2018, ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JO, 21 avr. 2018.

⁹ Art. 1219 du Code civil.

¹⁰ Art. 1221 du Code civil qui a, fort heureusement, été modifié par la loi de ratification, permettant désormais au seul débiteur de bonne foi d'invoquer la disproportion entre le coût de l'exécution et son intérêt pour le créancier. Voir sur ce point, MEKKI M., Fiche pratique : l'exécution forcée « en nature » sauf si..., Gazette du Palais, n°25, p. 15.

des dommages-intérêts ; étant précisé aux termes du second alinéa que les sanctions compatibles sont cumulables.

600. Afin d'éviter de tels écueils, car comme nous l'avons indiqué, le refus du contractant à exécuter ses obligations témoigne de son hésitation, le droit spécial permet, grâce au délai de rétractation, la suspension la phase de manifestation, et autorise la réitération de la phase de délibération.

B. La réitération de la phase de délibération

601. S'il est vrai que le délai de rétractation peut constituer un essai lorsqu'il y exécution du contrat¹, le principe pour ce mécanisme est l'interdiction de toute exécution. Les contrats pour lesquels s'applique le délai de rétractation défini à l'article L. 222-7 du Code de la consommation ne peuvent recevoir de commencement d'exécution par les parties avant l'arrivée du terme de ce délai sans l'accord du consommateur. D'ailleurs l'article L. 221-28 1° précise que le droit de rétractation ne peut être exercé pour les contrats « *de fourniture de services pleinement exécutés avant la fin du délai de rétractation et dont l'exécution a commencé après accord préalable exprès du consommateur et renoncement exprès à son droit de rétractation* ». Parce que « *ce n'est pas parce qu'une obligation existe qu'elle doit être exécutée*² », le délai de rétractation n'affecte pas la validité ou l'existence³ du contrat mais repousse son exécution⁴ pour pallier les problèmes de décision du consommateur.

602. Car le délai de rétractation ne constitue pas un droit au regret⁵. Tant qu'il n'y a pas eu exécution, le processus décisionnel a toujours cours. Par suite, l'intéressé ne regrette pas sa décision. En réalité, le délai de rétractation est un temps accordé au consommateur, afin de lui

¹ Cf. supra n° 488.

² REVET T, *op. cit.*

³ STOFFEL J.-N., *op. cit.*, p. 92.

⁴ Question écrite avec réponse n° 95793, 17 mai 2016 à propos du délai de rétractation dans le cadre de la revente de métaux spéciaux : « *Se pose en particulier la question de la suspension de l'exécution du contrat : en effet, en l'état actuel du droit, le consommateur ne peut pas laisser le bijou ou les métaux en dépôt chez le professionnel pendant la durée du délai de rétractation* ».

⁵ DELEBECQUE P., De l'effet de l'inconstance contractuelle sur le droit à rémunération de l'agent immobilier, Com. sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 1993, n° 91-18773, Defrénois - n°17 - page 1110.

permettre de réfléchir lorsqu'il est en proie à une hésitation qui le conduit à remettre en cause l'opportunité de son choix. Et quand bien même il n'hésite pas, le législateur l'oblige à réfléchir dans les hypothèses où il ne peut renoncer au délai de rétractation¹. En somme, le délai de rétractation constitue une réapparition imposée ou autorisée, de la phase de délibération qui permet ainsi, de corriger une potentielle altération du processus décisionnel.

603. L'on constate à cet égard que le délai de rétractation est moins infantilisant que le délai de réflexion puisqu'il est parfois possible d'y renoncer². Au surplus, il n'est pas systématique³ et général⁴. « *Contrairement à une idée répandue, ce droit de rétractation ne fait pas partie des prérogatives dont dispose en toutes circonstances, le consommateur. Il s'agit véritablement d'un droit exceptionnel, qui ne se rencontre finalement qu'assez peu souvent*⁵. »

604. Il s'ensuit qu'il faut considérer que tous les délais de rétraction durant lesquels l'exécution est interdite constituent finalement un temps de réflexion⁶ mais cette fois, *a posteriori*. La jurisprudence y voit en effet une période de réflexion. Ainsi pour la Cour d'appel de Rennes, le délai de rétractation de l'article 6 II de la loi du 23 juin 1989 désormais codifié dans le Code de la consommation à l'article L. 224-91 pour les contrats de courtage matrimonial durant lequel tout paiement est exclu, est une période de réflexion⁷. De même,

¹ Par exemple Cass. Soc. 14 janv. 2016, n° 14-26.220, Bull. civ. V, n° 10 : « *Une partie à une convention de rupture ne peut valablement demander l'homologation de cette convention à l'autorité administrative avant l'expiration du délai de rétractation de quinze jours prévu par l'article L. 1237-13 du Code du travail* ».

² Pour les contrats conclus à distance portant sur des services financiers (art. L. 222-13 du Code de la consommation) ou les contrats conclus à distance portant sur des prestations de service (art. L. 221-25 du Code de la consommation). comp. dans un contrat d'assurance entièrement conclu à distance, par téléphone, le consommateur qui a payé la prime et demandé l'application immédiate de la garantie conserve sa faculté de renonciation par application de l'article L. 112-2-1 du Code des assurances : Cass. Civ.2^{ème}, 17 janv. 2013, n° 11-28.928).

³ Par exemple, il n'y a pas de délai de rétractation pour les contrats conclus dans les foires et salons. Art. L. 224-59 du Code de commerce.

⁴ PELLIER J-D., Droit de la consommation, Dalloz, 3^{ème} éd., 2021, p. 180.

⁵ JULIEN J., in Fenouillet D. (dir.), Droit de la consommation, Droit interne et européen, n°231.111.

⁶ « *Celui qui a exprimé un premier consentement peut en quelque sorte retrouver ses esprits, réfléchir à tête froide (d'où l'expression anglaise cooling of period), sur l'opportunité ou la portée de son engagement.* » FAGES B. (dir.), Lamy droit du contrat, Wolters Kluwer 2018, n°497.

⁷ CA Rennes, 23 janv. 2003 : Juris-Data n° 2003-212493.

pour la Cour de cassation concernant le délai de rétractation assortissant les contrats résultant de démarchage à domicile¹.

605. L'essence du délai de rétractation est « *la réflexion prise dans son sens le plus terrien, le retour opéré par la pensée sur elle-même, la sommation légale faite au consommateur et à la caution personne physique qu'il déclare d'examiner à fond le contrat de crédit avant de s'engager, manière de protéger leur consentement en les préservant des engagements hâtifs et du professionnel présumé en position avantageuse* »².

606. Ce faisant, le droit de la consommation révèle qu'il s'est pleinement saisi de la singularité de la prise de décision de contracter qui s'exprime par une résurgence de l'hésitation alors même qu'un choix a déjà été fait, en raison notamment, des « temps d'actualisation³ » qui fait évoluer les préférences de l'intéressé. Il a été démontré que le temps présente un aspect particulier dans la prise de décision⁴. « *Certaines décisions sont très rapides, non analytiques, voire intuitives, alors que d'autres prennent un temps long et laborieux* »⁵. Certaines décisions sont statiques, c'est-à-dire que le décideur ne tient aucun compte de tous les aspects, quand d'autres sont dynamiques en ce sens qu'elles procèdent de multi-étapes pour atteindre une performance optimale⁶. D'évidence, les décisions statiques peuvent s'avérer risquée pour le contractant-consommateur⁷. Au surplus, la pression du temps générée par des délais impacte la qualité du processus décisionnel. Conscient de la complexité de la prise de décision, singulièrement pour le consommateur, le droit spécial s'est affranchi de la conception instantanéiste de la conclusion du contrat au profit d'une fragmentation de celle-ci. Mieux encore, il morcelle volontairement la conclusion du contrat par le morcellement du processus décisionnel du consommateur.

¹ Cass. Com., 22 mars 2005, pourvoi n°04-85.654, JurisData : 2005-029030.

² BOUJEKA A., Le délai de réflexion et le délai de rétractation, Revue de Droit bancaire et financier n° 3, mai 2004, dossier 100035.

³ ARIELY D. et ZAKAY D., A timely account of the role of duration in decision making, Acta psychologica, 108/2, 2001.

⁴ Ibid.

⁵ BOUQUET B., Les temporalités de la décision, Vie sociale 2013/2 (N°2), p. 123-131.

⁶ Ibid.

⁷ Le délai de rétractation est alors « *le dernier rempart contre l'insouciance ou la légèreté du comportement du contractant* ». MARTIN D., La défense du consommateur à crédit, RDC 1997, p. 635.

607. Déjà en imposant un certain formalisme, il distingue les deux étapes de la phase de manifestation. Pour un certain nombre de contrats de vente aux consommateurs, l'accord des parties doit être constaté par écrit à peine de nullité du contrat¹, ce qui par conséquent nécessite une signature du contractant-consommateur. Ensuite, en instaurant un temps de réflexion postérieurement, il prend en compte l'hésitation qui peut survenir entre la manifestation du choix et l'exécution. En outre, il n'ignore pas que le consommateur est plus apte à prendre la mesure de son engagement qu'une fois celui-ci pris. L'euphorie de l'engagement et partant l'empressement retombé, l'intéressé est plus enclin à réfléchir à l'opportunité de son choix² parce que « *l'on mesure mieux la portée de l'acte accompli que les conséquences d'un acte à venir*³ » et le cas échéant, de ne pas exécuter le contrat sans que cette inexécution ne constitue une faute.

608. Ce mécanisme, pour aussi singulier qu'il soit, existe également dans le droit commun.

§ 2 – Le traitement conventionnel

609. La signature du contrat présente un caractère solennel, voire empreint de gravité pour celui qui mesure la portée de son engagement. Quoi qu'il en soit, la signature du contrat lui donne vie, le rend concret aux yeux du contractant. Le vrai est que souvent, le contractant de droit commun ne dispose pas d'un temps de réflexion avant la signature, à tout le moins, un temps suffisant. Qu'un temps supplémentaire lui soit accordé avant l'achèvement de son processus décisionnel, autrement dit entre l'étape de manifestation du choix et l'exécution de ses obligations contractuelles, n'est pas dénué d'intérêt, d'où l'anticipation conventionnelle de la résurgence de l'hésitation (I). Si nombre de mécanismes présentent des similitudes, l'un d'entre eux, la clause de dédit, souffre singulièrement d'une regrettable assimilation (II).

¹ Ainsi de la vente de véhicules neufs ou d'occasion dont le poids total en charge n'excède pas 3 500 kg, des contrats de courtage matrimonial (art. L. 224-90 du Code de la consommation), le contrat conclu par voie électronique (art. L. 213-1 du Code de la consommation) et plus généralement, les contrats conclus hors établissement.

² « *Le sentiment d'irrévocabilité attaché à la signature du contrat favoriserait en effet, l'éclosion de la réflexion du contractant.* » TRIGAUX J.-M., L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats, in Ann Dr., 1997, 235 et s.

³ FERRIER D., Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants, Rec. Dalloz-Sirey, 1980, XXVI, p. 178.

I. L'anticipation conventionnelle de la résurgence de l'hésitation

610. Faire un choix n'est jamais chose évidente. Et quand bien même l'on y arrive, souvent une question nous taraude : Ai-je raison ? Cette question est d'autant plus prégnante que la décision est importante comme s'engager dans un lien contractuel. Et si l'on réalise que l'on s'est trompé, a-t-on pour autant le droit de revenir sur la parole donnée ? La réponse à cette question est positive malgré la surprise qu'elle peut provoquer eu égard à la force obligatoire du contrat et à la sécurité juridique. Le droit n'a en effet pas ignoré que le « coup de foudre contractuel » peut, comme bon nombre de passions, être dévastateur.

611. Le vrai est que l'altération du processus décisionnel n'est pas l'apanage du consommateur. Aussi, les parties se réservent-elles une marge de manœuvre dans le processus de formation du contrat avec la faculté de dédit. Elle permet « *soit à toutes les deux, soit à l'une, de se dédire, c'est-à-dire d'effacer par volonté unilatérale le contrat*¹ ». Dit autrement, il s'agit d'une stipulation conventionnelle qui confère ainsi à son bénéficiaire une faculté de rétractation, un droit de repentir. Elle est utilisée dans tout type de contrat, préparatoire ou définitif, synallagmatique et plus rarement unilatéral.

612. À l'évidence, elle partage quelques traits communs avec le délai de rétractation d'origine légale. En effet, la clause de dédit concerne l'hypothèse où le contrat a été signé mais les obligations non encore exécutées², « *sa viabilité étant liée à la non-exécution de l'obligation qu'elle assortit*³ ». Faculté qui s'insère entre les deux étapes cumulatives de la phase de manifestation⁴, elle est exclue pour certains contrats comme les contrats réels, à tout le moins pour celui qui remet la chose⁵. Rappelons en effet que l'exécution marque l'achèvement du processus décisionnel. C'est dire qu'exécuter avant le terme du délai prévu, revient à renoncer au bénéfice de la clause de dédit et exprime la fermeté de la décision.

¹ BOYER L., La clause de dédit, in Mélanges à Pierre Raynaud, Dalloz-Sirey, 1985, p. 41 et s.

² De façon très ancienne, Cass. Civ. 1^{ère}, 15 juil. 1961, Bull. cass. 1961 I, n° 318, p. 252.

³ BOYER L., *op. cit.*

⁴ Il a ainsi pu être jugé qu'il est impossible de solliciter l'exécution du contrat tant qu'existe la faculté de dédit. Cass. Civ. 16 avril 1970, Bull. 1970.3, n° 176.

⁵ BOYER L., *op. cit.* Sauf si les parties en décident autrement.

613. Somme toute, la clause de dédit permet au cocontractant dont l'hésitation ressurgit de se réserver un temps supplémentaire afin de réfléchir à l'opportunité de son choix et d'échapper à l'exécution de ses obligations sans que cette inexécution constitue une faute¹. *« Cette attitude est celle précisément, qui était mal perçue des classiques : On veut ou on ne veut pas...Telle était pour eux l'alternative... Or, en fait, celle-ci est trop sommaire ; la réalité est plus riche. Le consentement du droit civil connaît des étapes² »,* lesquelles résultent du processus décisionnel. Partant, puisque celui-ci n'est pas linéaire, il est des hypothèses où des attermoissements peuvent ralentir la conclusion du contrat.

614. Cela est d'autant plus vrai que les contrats se complexifient. Ce contexte décisionnel induit qu' *« au for interne même, celui de l'élaboration de la décision, l'esprit des parties n'est pas toujours habile à mesurer d'un seul coup toute la portée de l'acte, sa valeur et ses conséquences. Même exempt de vices, au sens classique du terme, le consentement n'est pas nécessairement éclairé et réfléchi. De ce point de vue, et précisément, par la faculté qu'elle réserve, la clause de dédit apparaît comme protégeant le consentement de celui qui en est le bénéficiaire ; parce que destinée à l'assurer dans sa plénitude, elle est – ou peut être – un facteur de moralisation du contrat³ ».*

615. Prérogative contractuelle dont le champ d'application n'a pour limite que l'imagination de la pratique, le droit des affaires lui fait la part belle la clause de « break-up fee ». Venue de la pratique anglo-américaine, *« on appelle généralement « clauses de break-up fee » les stipulations qui imposent le paiement d'une indemnité, généralement forfaitaire, à une partie qui déciderait unilatéralement et pour des raisons d'opportunité de ne pas donner suite à une opération envisagée.⁴ »* Elles se rencontrent notamment dans les opérations d'offres publique d'acquisition, mais également dans le cadre d'opérations d'acquisitions de sociétés non cotées. Celles-ci peuvent remplir des objectifs divers, par exemple pour s'assurer du sérieux d'un potentiel acquéreur ou à titre de sanction et sont alors qualifiées de clause pénale. Autrement,

¹ *« La liberté contractuelle permet cette insertion de clauses jouant sur le temps dans le contrat. »* CHARDIN N., *op. cit.*, p. 127.

² BOYER L., *op. cit.*

³ *Ibid.*

⁴ MOUSSERON P., de la COTARDIERE A., VICTOR-MICHEL L., Les clauses de break-up fee : essai d'analyse quantitative, Bulletin Joly Société, Mars 2015, n° 03, p. 160.

lorsqu'elles « *insistent sur la possibilité pour une partie contractuellement liée de se désengager, elles peuvent s'analyser comme des clauses de dédit*¹ ».

616. L'idée de l'opportunité de revenir sur son engagement plutôt que de l'exécuter présente un intérêt économique indéniable. En effet l'inexécution peut parfois être économiquement plus utile que l'exécution ; c'est ce que l'on nomme « l'inexécution efficace ». « *Dans un contrat, chaque contractant rationnel accorde normalement plus de valeur à la prestation fournie par son cocontractant qu'à celle qu'il fournit lui-même. Le contrat est dans ce cas efficace. Mais si les circonstances changent et font que le contractant qui n'a pas exécuté accorde plus de valeur à son inexécution qu'à son exécution, le résultat de cette inexécution est économiquement plus efficace. En effet, l'utilité de la partie qui n'exécute pas est maximisée par inexécution et l'utilité de la partie créancière de cette obligation est inchangée puisqu'elle va voir sa perte compensée par des dommages-intérêts*² ». Cette dernière affirmation doit toutefois être nuancée car la satisfaction du créancier n'est pas nécessairement pécuniaire³. Quoiqu'il en soit, l'on en revient aux « temps d'actualisation⁴ » de la décision qui font évoluer les préférences, ou l'intérêt économique de l'intéressé. Ces mécanismes viennent assouplir la trop grande rigidité du principe de l'intangibilité des contrats⁵ qui parfois, se conjugue mal avec la pratique.

617. La clause de break-up fee illustre parfaitement les temps d'actualisation qui marquent le processus décisionnel. Dans la pratique anglo-saxonne, l'on distingue entre la naissance du contrat au moment du *signing*, et le moment de la réalisation de l'opération envisagée par le contrat, le *closing*. Ainsi, un temps certain s'écoule entre le *signing* et le *closing*. Or, « *l'enthousiasme initial des parties peut s'effriter peu à peu, des obstacles à la mise en œuvre de l'opération envisagée peuvent survenir*⁶ », l'une des parties désirant alors revenir sur son engagement, sur la parole donnée. « *La clause a ici un rôle de sauvegarde au regard de la*

¹ *Ibid.* Voir par exemple CA Versailles, 22 déc. 2006, SA ACCOR Casinos c/ Der Krikorian : Juris-Data n° 2006-324355 : Dr. sociétés juin 2007, p. 28, n° 119, note T. Bonneau.

² Le GACH-PECH S., Rompre son contrat, RTD Civ. 2005 p. 223.

³ Par exemple en cas de violation d'un pacte de préférence, Cass. Civ. 3^{ème}, 30 avril 1997, Bull. Civ. III, n° 96 ou d'une promesse unilatérale.

⁴ ARIELY D. et ZAKAY D., *op. cit.*

⁵ Le GACH-PECH S., *op. cit.*

⁶ GRANOTIER J., *op. cit.*

variation économique ; elle tempère les conséquences liées à l'élément spéculatif que – à des degrés divers – peut comporter ce genre d'opérations. ¹»

618. La clause de dédit est par conséquent une prérogative contractuelle qui permet à son bénéficiaire de réaliser à nouveau sa phase de délibération, autrement dit d'hésiter, au regard d'éléments nouveaux et d'apprécier, de ce point de vue, l'opportunité de maintenir ou non son engagement². Aussi exorbitante et singulière que le délai de rétractation, elle est le reflet de la volonté libre, *« volonté à ce point libre qu'elle peut à la fois exprimer sa liberté en donnant son consentement une première fois pour entrer dans le contrat et jouer une seconde fois pour briser l'effet obligatoire³ »*.

619. Elle témoigne également de la liberté contractuelle dont s'arrogent les parties afin de sécuriser leur relation. En effet, qu'une clause du contrat prévoit par avance la possibilité pour celui qui jugerait inopportun, pour des raisons économiques par exemple, d'exécuter son obligation, permet d'éviter les écueils, parfois chronophages et coûteux, de la réparation d'une inexécution fautive. *« En cas de clause de résiliation anticipée, la rupture a été voulue à l'origine par les parties, au stade de la conclusion, mais procède par définition d'une inexécution. Avec cette stipulation contractuelle, les parties anticipent le règlement d'une telle inexécution⁴ »*.

620. Tout comme le délai de rétractation légal, il s'agit d'un droit potestatif en ce que le bénéficiaire du droit dispose du pouvoir d'empêcher la formation définitive du contrat. La clause de dédit associe *« l'idée d'un contrat bilatéralement constitué et l'idée d'une persévérance de la puissance unilatérale du consentement dans celui-ci⁵ »*. Toute comme le délai de rétractation légal également, la clause de dédit diffère la prise d'effet des obligations du contrat jusqu'à l'écoulement du délai prévu pour exercer le dédit.

¹ BOYER L., *op. cit.*

² L'on peut opérer ici un rapprochement avec la théorie de la rationalité limitée de Herbert SIMON (Cf. Supra n° 73). Après avoir arrêté un choix, le décideur évalue ce choix avant le mettre en œuvre. Si le choix est validé, il est mis en œuvre. Autrement, le décideur reprend le problème à l'une ou l'autre des étapes en fonction des dysfonctionnements.

³ FRISON-ROCHE M.-A., *Unilatéralité et consentement, op. cit.*

⁴ Le GACH-PECH S., *op. cit.*

⁵ BOYER L., *op. cit.*

621. Il va sans dire que le droit français peine à concevoir que l'on puisse se départir unilatéralement d'un contrat, *a fortiori* quand aucune faute n'a été commise par le cocontractant. C'est dire finalement que la détermination de la nature juridique de la clause de dédit renvoie aux mêmes débats que ceux concernant le délai de rétractation, avec un intérêt limité toutefois, eu égard à son origine contractuelle. D'aucuns, attachés à la conception instantanéiste de la formation du consentement, considèrent ainsi que le dédit vient anéantir un contrat déjà formé¹, tandis que d'autres estiment que la convention assortie d'une clause de dédit n'est pas entièrement formée lors de l'échange des consentements et qu'elle ne l'est véritablement qu'à compter de l'expiration du délai prévu pour se dédire².

622. Pourtant, il faut admettre que ce que les parties ont convenu, la loi ou les parties elles-mêmes, mais agissant ensemble, peuvent le réduire à néant comme le prévoit l'article 1193 du Code civil qui admet le principe du *mutuus dissensus*³. Admettre une solution inverse, afin d'autoriser un contractant à se désengager du contrat de façon unilatérale, irait à l'encontre de la force obligatoire du contrat. Une partie qui a consenti à un contrat ne peut donc pas reprendre sa volonté, parce que cette dernière « *s'aliène dans le lien contractuel* ⁴ », sauf accord des parties, avec la clause de dédit, ou autorisation de la loi avec le délai de rétractation.

623. Il ne faut pourtant omettre de citer l'article 1590 du Code civil relatif à la vente avec arrhes, lesquelles confèrent un droit de repentir à chacune des parties⁵ ; « *celui qui les a données, en les perdant, et celui qui les a reçues, en restituant le double* ⁶ ». Le droit spécial n'est pas en reste puisqu'il prévoit aux termes de l'article L. 214-1 du Code de la consommation que : « *Sauf stipulation contraire, pour tout contrat de vente ou de prestation de services conclu entre un professionnel et un consommateur, les sommes versées d'avance sont des arrhes, au sens de l'article 1590 du code civil. Dans ce cas, chacun des contractants peut revenir sur son engagement, le consommateur en perdant les arrhes, le professionnel en les*

¹ Pour un exposé complet de la question, voir. MIRABAIL S., *op. cit.*, p. 118.

² MOUSSERON J-M, La durée dans la formation des contrats, in Mélanges A. Jauffret, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille 1974, p. 522.

³ VATINET R., Le *mutuus dissensus*, RTD civ. 1987. 252.

⁴ FRISON-ROCHE M.-A., Unilatéralité et consentement, *op. cit.*

⁵ PELLIER J.-D., Plaidoyer pour une généralisation de la distinction entre arrhes et acomptes, D. 2020. 1366

⁶ Art. 1590 du Code civil.

restituant au double ». La qualification d'arrhes se trouve donc étendue, à titre de principe, à l'ensemble des contrats.

624. Ensermée de notions voisines, le vrai est que la clause de dédit, sans précision du Code civil qui de façon lacunaire indique le délai de rétractation peut être d'origine conventionnelle, souffre de quelques confusions.

II. Les confusions autour de la clause de dédit

625. D'emblée, force est de constater que la terminologie de la clause de dédit est fluctuante¹. Elle est tantôt dénommée « droit de repentir », « droit de renonciation, « droit de dénonciation », « clause de résiliation-dédit ² ». Une clause peut également contenir le terme dédit alors qu'il ne s'agit pas, en réalité, d'une clause de dédit. L'on pense par exemple à la clause de dédit-formation en droit du travail³. Cette terminologie fluctuante témoigne d'un certain flottement autour de cette notion, peu étudiée en doctrine⁴, qui est souvent confondue avec d'autres, qui n'ont pourtant pas le même but. Cette confusion résulte d'une part du sacrifice pécuniaire commun à la clause de dédit et à des notions voisines (A) et d'autre part, à une fonction *a priori* similaire (B).

A. Le point commun du sacrifice pécuniaire

626. La clause de dédit est généralement assortie d'une contrepartie financière. La Cour de cassation a pu cependant affirmer que « *rien n'interdit qu'une partie s'engage envers une autre avec une faculté de dédit gratuite*⁵ » mais, cette singularité demeure exceptionnelle. « *La réalité économique ne permet pas à celui qui s'engage de le faire gratuitement. Dès lors, il est*

¹ Comme l'a relevé HUMANN C., La spécificité de la clause de dédit, RDI 1997, p. 169.

² GÉNICON Th., La clause de résiliation-dédit dans le contrat à durée déterminée : une condition purement potestative nulle, Revue des contrats - 01/04/2012 - n° 2 - page 407.

³ La clause de dédit-formation dissuade le salarié de démissionner pendant un délai déterminé suite aux nouvelles qualifications acquises à l'issue d'une formation. Voir sur ce point ARSEGUEL A. et ISOUX Ph., La clause de dédit-formation, Gaz. Pal. 1991.1 Doctr. 319 ; TAURAN T., Clauses de dédit-formation dans la jurisprudence sociale, JCP soc., 2006. 1327, p. 14 ; GAUDU F., Fidélité et rupture, Dr. soc. 1991. 419.

⁴ MAZEAUD D., Se dédire sans dédit, vaut !, D. 2001.3241.

⁵ Cass. Com., 30 oct. 2000, n°98-11.224.

*possible de considérer que le mécanisme de la clause de dédit repose sur son caractère onéreux¹ ». Pour la doctrine contemporaine², le caractère onéreux est un élément constitutif de la clause de dédit en témoigne sa définition : « *convention synallagmatique accessoire au contrat de vente dont les engagements réciproques sont, d'un côté, la sujétion de l'une des parties à l'égard de l'autre autorisant la résolution de la convention principale et, de l'autre côté, l'obligation pour le partenaire de verser une certaine somme d'argent s'il fait usage de son droit potestatif*³ ».*

627. Son caractère onéreux ne doit pas cependant pas conduire à la confondre avec les arrhes de l'article 1590 du Code civil. Si les deux mécanismes offrent une faculté de dédit, l'un seulement est un mécanisme conventionnel. Par ailleurs, en principe l'indemnité de dédit à la différence des arrhes n'est versée qu'au moment de l'exercice de la clause⁴ même si évidemment, elle peut l'être aussi par avance⁵. Du reste, le domaine de l'article 1590 est limité à la vente. Au surplus, il s'agit d'une faculté bipartite⁶ alors que la clause de dédit peut être au bénéfice de l'une des parties seulement et a un domaine beaucoup plus large.

628. La clause de dédit est également souvent confondue avec l'indemnité d'immobilisation. Elle s'en distingue pourtant en ce qu'elles n'ont pas la même fonction. « *Le bénéficiaire d'une clause de dédit peut, à sa guise, choisir d'exécuter l'obligation qu'il a souscrite ou exercer son droit de repentir et, par conséquent, résoudre le contrat tout en payant le dédit prévu.*⁷ » Dans la promesse unilatérale de vente, le vendeur consent un sacrifice puisqu'il s'est définitivement engagé à vendre à une personne déterminée, le bénéficiaire de l'option et donc, à ne pas vendre à une autre personne, en tout cas pendant une certaine durée. De son côté, le bénéficiaire, lui, ne prend aucun engagement, étant libre de ne pas lever l'option d'achat. C'est dire que lorsque le premier s'engage à ne pas vendre à un tiers pendant une

¹ HUMANN C., *op. cit.*

² *ibid.*

³ VALORY S., La potestativité dans les relations contractuelles, PUAM, 1999, spéc. n° 255.

⁴ COLLART-DUTILLEUL F. et PH. DELEBECQUE, *op. cit.*, p. 75.

⁵ CARBONNIER, Droit civil, Les obligations, 9^{ème} éd. p. 180, n° 51.

⁶ Pour cette même raison, la clause de dédit se distingue de la faculté de dédit en contrepartie de l'abandon d'arrhes de l'art. L. 214-1 du Code de la consommation.

⁷ LOQUIN E., Fasc. 135 : Clauses dissuasives des litiges, JurisClasseur Contrats – Distribution, 2006 (mise à jour 2008 par LEBORGNE F.), n°62.

certaine durée, il risque de perdre une vente si le bénéficiaire décide de ne pas lever l'option. D'où la stipulation fréquente d'une indemnité au profit du promettant.

629. Cette indemnité d'immobilisation est, à tort, parfois désignée sous le terme de « clause de dédit »¹. Si l'on peut admettre le bénéfice d'une clause de dédit au sein d'un engagement unilatéral, son champ d'application est nécessairement restreint à la seule partie qui s'est d'ores et déjà engagé. La Cour de cassation est en effet claire à ce propos. Nonobstant l'existence d'une indemnité d'immobilisation, la promesse demeure unilatérale car la somme promise par le bénéficiaire d'une promesse n'implique pas d'obligation d'acheter².

630. Cependant, « certains admettent la possibilité d'une clause de dédit en faveur de bénéficiaire d'une promesse unilatérale en considérant que la clause de dédit stipulée en faveur de celui-ci s'analyse différemment de la clause de dédit en faveur du promettant. On distingue alors deux sortes de dédit : le dédit du promettant qui est le prix d'un droit de repentir et le dédit du bénéficiaire de la promesse qui ne serait que l'expression de son droit d'option puisqu'il n'assume aucune obligation³. » Autrement dit, cela revient à renommer l'indemnité d'immobilisation « clause de dédit ».

631. Outre une complexification inutile qui rajoute à la confusion, le fondement de l'indemnité d'immobilisation est différent de celui de la clause de dédit. Si dans les deux cas, les bénéficiaires sont titulaires d'une option – exécuter ou non l'obligation et conclure ou non la vente - l'indemnité d'immobilisation « constitue le prix de l'exclusivité consentie au bénéficiaire de la promesse⁴ » alors que la clause de dédit est « l'expression d'une alternative : exécuter le contrat ou bien payer le montant du dédit⁵. » Au surplus, l'on voit mal comment le

¹ CA Riom, ch. com., 26 juin 2002 : Juris-Data n° 2002-185778 : « le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente de fonds de commerce n'est pas tenu d'acquiescer. Il ne manque pas dès lors à une obligation contractuelle au cas où il ne lève pas l'option qui lui avait été consentie. En conséquence, l'indemnité d'immobilisation prévue à l'acte ne constitue pas une clause pénale qui pourrait, en application de l'article 1152 du Code civil, être réduite par le juge. Cette indemnité qui s'analyse au contraire en un dédit librement accepté tant en son principe qu'en son montant ne peut être modifiée par le juge ».

² Cass. Com., 24 avril 1972, n° 71-10.327

³ HUMANN C., *op. cit.*

⁴ Cass. Civ. 1ère, 5 déc. 1995, n° 93-19.874.

⁵ HUMANN C., *op. cit.*

bénéficiaire d'une promesse unilatérale pourrait se dédire puisqu'il n'a rien dit ! Il ne s'est justement pas engagé à acheter.

632. Enfin, « *si, dans les deux cas en effet, la phase d'exécution du contrat n'a pas encore débuté, l'option, cause de l'indemnité d'immobilisation, apparaît au seuil du processus de formation du lien contractuel en vue, tandis que le pouvoir de se dédire se situe à une étape plus avancée de son avènement : le contrat de promesse unilatérale ne renferme d'autre engagement que celui de verser l'indemnité d'immobilisation alors que la promesse assortie d'une clause de dédit comporte un engagement non définitif de conclure le contrat projeté.* ¹ » Dès lors, il paraît indubitable que ces deux notions doivent être clairement distinguées.

633. La distinction entre clause pénale et clause de dédit² donne lieu, par ailleurs, à un contentieux abondant qui ne tarit pas³. « *L'enjeu est, en effet, important. Alors que la somme prévue dans la clause pénale peut être révisée par le juge si celui-ci estime qu'elle est manifestement excessive ou dérisoire, celle prévue dans la clause de dédit est intangible.* ⁴ » Ces clauses sont pourtant radicalement opposées. Sans doute la confusion provient-elle de la définition de la clause pénale que donnait l'ancien article 1126 du Code civil : « *celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution* ». En effet, celui qui se dédit, finalement ne s'exécute et s'engage à cet égard, au paiement d'une somme. La définition de la Cour de cassation n'aidait pas davantage à la distinction : « *constitue une clause pénale la clause d'un contrat par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée* ⁵ ». Avec plus de clarté, l'article 1231-5 dispose aux termes de son premier alinéa : « *Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une*

¹ LOQUIN E., Fasc. 135 : Clauses dissuasives des litiges, JurisClasseur Contrats – Distribution, 2006 (mise à jour 2008 par LEBORGNE F.), n°62.

² MAZEAUD D., La notion de clause pénale, LGDJ, 1992.

³ Notamment Cass. com., 27 mars 1990, n° 88-13967 ; Cass. com., 2 avr. 1996, n° 94-1343 ; Cass. com., 3 juin 2003, n° 00-12580 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 10 mars 2015, n° 13-27942 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 26 janv. 2011, n° 10-10376 ; Cass. Civ. 2^{ème}, 13 juin 2013, n° 12-21300 ; Cass. com., 10 mars 2015, n° 13-27993 ; Cass. Com., 25 sept. 2019, n°18-14427.

⁴ LATINA M., De la distinction entre clause pénale et clause de dédit, Commentaire Cass. Com., 25 sept. 2019, n°18-14427, LEDC nov. 2019, n° 112r8, p. 3.

⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995, à propos d'un acompte sur des droits d'inscription.

certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre ».

634. Cette disposition révèle la double fonction de la clause pénale, à savoir la coercition et la sanction ; l'alinéa 2 parlant de « pénalité ». Ajouté à cela l'emplacement de l'article 1231-5 au sein de la sous-section relative à la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat. Sa fonction initiale est donc de contraindre le débiteur d'une obligation à l'exécuter sauf à souffrir du paiement de l'indemnité prévue. A cet égard, elle constitue une sanction. Évidemment, l'on ne peut exclure l'hypothèse où le débiteur décide sciemment de ne pas exécuter son obligation. Il peut juger plus avantageux pour lui de payer la pénalité que d'exécuter le contrat.

635. Dès lors, la distinction avec la clause de dédit est évidente. D'abord, la clause pénale vise à garantir l'exécution de l'obligation alors que pour que la clause de dédit soit mise en œuvre, il ne faut justement pas que le contrat ait été exécuté, puisqu'elle vise à organiser la liberté de son bénéficiaire de ne pas exécuter le contrat. Le caractère comminatoire de la clause pénale est évident, la clause de dédit ne vise pas cet objectif coercitif. Ensuite, la clause pénale sanctionne une faute alors que la clause de dédit est étrangère à toute idée de responsabilité.

636. Enfin, avec la mise en œuvre de la clause de dédit, le contrat n'est plus, et au surplus, aucune obligation n'existe alors que la clause pénale n'éteint pas le contrat. Bien au contraire, le créancier peut tout à fait décider de poursuivre le débiteur en exécution forcée, plutôt que de recevoir la somme prévue. La jurisprudence est très ferme sur cette distinction et considère que : *« La clause, qui ne s'analyse pas en une clause pénale ayant pour objet de faire assurer par l'une des parties l'exécution de son obligation mais en une faculté de dédit permettant à l'une des parties de se soustraire à cette exécution, exclut le pouvoir du juge de diminuer ou supprimer l'indemnité convenue¹. »* La clause de dédit, au contraire de la clause pénale, suspend la prise d'effet des obligations contractuelles et, en ce sens, vise à corriger une altération du processus décisionnel.

637. Cette fonction que la clause de dédit partage avec le délai de rétractation légal ne doit pourtant pas conduire à leur confusion.

¹ Cass. Com, 14 oct. 1997, n°95-11.448

B. Une fonction *a priori* similaire

638. Le vrai est que bien que partageant une fonction similaire, ces deux mécanismes se distinguent par leur objectif. En effet, « *c'est sans doute de la faculté de dédit que se rapproche le plus la rétractation : un dédit gratuit d'origine légale fondé sur un choix politique de protection du consommateur*¹ ». Rajouté à cela que la clause de dédit est également visée par les dispositions du nouvel article 1122 du Code civil qui se limitent à leur donner une définition commune².

639. Les deux mécanismes partagent en effet une définition similaire. Tous deux permettent, durant un certain délai, au bénéficiaire de reprendre son consentement. Ils interviennent tous les deux entre les deux étapes de la phase de manifestation, à savoir postérieurement à la manifestation du choix, autrement dit postérieurement à l'acceptation mais antérieurement à l'exécution. Il s'agit finalement de la suspension de la dernière phase du processus décisionnel afin de permettre à l'intéressé de réitérer sa phase de délibération. C'est dire que ces deux mécanismes ont vocation à corriger une altération du processus décisionnel en permettant la résurgence de l'hésitation.

640. Reste qu'ils se distinguent par leur origine, laquelle peut être conventionnelle ou légale précise le texte. Cette diversité d'origine illustre la diversité des causes d'altération du processus décisionnel. En effet, comme nous l'avons démontré précédemment, le contractant-consommateur est un contractant singulier. Il constitue l'emblème de ce qu'est la partie faible. « *L'une des constantes du droit civil des contrats réside dans la volonté du législateur de préserver un équilibre entre les parties à l'acte*³ », équilibre désormais faussé par le développement économique moderne⁴. Cette position de faiblesse du consommateur s'exprime dans son processus décisionnel, lequel se révèle particulièrement anarchique.

¹ PUIG P., Contrats spéciaux, Dalloz, 8^{ème} éd., 2019, p. 133.

² CHONÉ-GRIMALDI A-S., Le projet de réforme de la responsabilité civile : observations article par article, Gazette du Palais 20 juin 2017 n°23.

³ STRICKLER Y., La protection de la partie faible en droit civil, Petites affiches - n°213 - page 6.

⁴ La protection de la partie faible est d'ailleurs l'un des 3 axes majeurs de la Réforme de 2016.

641. D'où l'ingérence du législateur de façon systématique lors de la phase de conception et parfois lors de la phase de délibération en imposant une durée à celle-ci. D'autres fois encore, notamment si tel n'a pas été le cas durant la phase de délibération, il s'immisce dans la phase de manifestation. Il y insère une phase de délibération afin de s'assurer du parfait déroulement du processus décisionnel du consommateur. Ce faisant, il assure une protection de celui-ci contre lui-même mais également contre le professionnel cocontractant. À cet égard, l'objectif poursuivi est véritablement une protection du consommateur, qui, placé dans un rapport de force déséquilibré, évolue dans un contexte décisionnel à risque.

642. Pour cette raison, le délai de rétractation légal est soumis à un régime spécifique, nécessairement distinct de celui du délai de rétractation conventionnel. En effet, le délai de rétractation conventionnel, autrement dit la clause de dédit, constitue l'expression même de la liberté contractuelle. Sans distinction de la catégorie de contractants, sans égard pour une quelconque idée de protection, elles entendent se réserver une porte de sortie pour des raisons souvent économiques. La clause de dédit a par conséquent trait au pragmatisme, à l'efficacité et à l'autonomie décisionnelle. Utilisée fréquemment en pratique, « *en toutes hypothèses, c'est un moyen commode de différer les effets d'un contrat, ce qui permet à son bénéficiaire de réfléchir aux conséquences de son engagement et partant, de donner un consentement éclairé*¹. »

643. Pour répondre à la politique juridique de protection du délai de rétractation légal, celui-ci est obligatoirement gratuit et sans justification, faute de quoi, il perdrait de son efficacité. Au surplus, il est toujours institué au bénéfice d'une seule des parties, à savoir le consommateur. L'on pourrait nous opposer les dispositions de l'article L. 214-1 du Code de la consommation qui dispose que : « *Sauf stipulation contraire, pour tout contrat de vente ou de prestation de services conclu entre un professionnel et un consommateur, les sommes versées d'avance sont des arrhes, au sens de l'article 1590 du code civil. Dans ce cas, chacun des contractants peut revenir sur son engagement, le consommateur en perdant les arrhes, le professionnel en les restituant au double.* » Quand bien même il y a une présomption d'arrhes, ce afin de protéger le consommateur, cette faculté de repentir, n'a pas les traits du délai de rétractation.

¹ HUMANN C., *op. cit.*

644. Il s'agit en réalité d'une faculté de dédit telle qu'instituée par l'article 1590 du Code civil auquel d'ailleurs le texte fait expressément un renvoi. En outre, elle est au bénéfice des deux parties. En ce sens, elle est similaire à la clause de dédit, qui peut concerner l'une seulement ou les deux parties. En outre, contrairement au délai de rétractation, il s'agit d'une faculté onéreuse, tout comme la clause de dédit¹, laquelle par ailleurs, à la convenance des parties, peut exiger ou non une motivation. Tel n'est jamais le cas pour le délai de rétractation légal.

645. En somme, tout comme le droit de réflexion et le devoir de réflexion, qui ont la même fonction mais se distinguent par leur régime en raison de l'objectif poursuivi, le délai de rétractation légal et la clause de dédit partagent une fonction commune qui ne doit pas pour autant conduire à les assimiler.

¹ Nous avons expliqué que sa gratuité demeure très exceptionnelle bien qu'elle soit possible au nom de la liberté contractuelle.

CONCLUSION

646. Le consentement est la figure de proue du droit contractuel. L'on attend de lui certaines qualités et l'on se soucie qu'il soit exempt de vices car c'est lui qui crée le contrat. Reste que, « *l'acte juridique ne révèle rien des conditions réelles de prise de décision, du rapport de force dont il est le produit, des ruptures, des torsions qui ont préparé son adoption*¹ ». Le consentement fait en effet partie intégrante d'un processus s'étalant dans le temps.

647. Ainsi, le consentement n'est pas une décision. La détermination du processus décisionnel, singulièrement lors de la conclusion du contrat, révèle que le consentement n'est qu'une étape de l'ultime phase du processus décisionnel. C'est l'expression du choix arrêté. Mais la décision recouvre un domaine plus vaste en ce qu'elle implique l'action et partant, l'exécution des obligations nées du contrat lequel résulte de la manifestation du choix, autrement dit du consentement.

648. Cependant, le déroulement du processus décisionnel est fragile et peut être perturbé par l'hésitation laquelle peut être définie comme la suspension par un contractant, de sa prise de décision, en raison d'une incertitude ou d'une multiplicité de choix, donnant lieu à une situation d'attente. Elle peut intervenir à des moments divers du processus décisionnel et pour des raisons diverses. Au surplus, la qualité du contractant a une influence sur celle-ci. Par conséquent, le droit à l'hésitation est nécessairement polymorphe et contient tant des mécanismes qui visent à prévenir l'hésitation que des mécanismes visant à traiter celle-ci, lesquels peuvent être plus ou moins contraignants.

649. S'il est vrai que l'appréhension de l'hésitation par le droit des contrats résulte d'une volonté de protection *a priori* du consentement, il est indéniable par ailleurs que l'hésitation est source d'insécurité juridique en raison de la situation d'attente qu'elle génère. D'où la nécessité d'un droit de l'hésitation pour lequel nous déterminerons un régime commun.

¹ CHEVALLIER J., LOSCHAK D., Science administrative, Paris – Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1978, p. 633, cité par CHARDIN N., Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté, Thèse, L.G.D.J., 1988, p. 121.

SECONDE PARTIE - LE DROIT DE L'HÉSITATION

650. L'hésitation suscite l'attente et l'éventuel car durant la situation d'attente nombre d'événements¹ peuvent se produire sans que les parties puissent tout prévoir. « *L'éventuel est une possibilité, souvent une énigme ; un événement lié au hasard et aux caprices du temps qui s'étale ; une incertitude anticipée, l'expectative, le risque, la succession des choses et des faits, les « avant », les « post » contrats, la chance, l'appréhension, l'attente, les mutations. Comment figer ce qui est à l'état de latence, qui n'est pas actuel mais germerait au présent, qui n'est peut-être pas l'avenir, mais certainement lié, sans qu'on puisse l'y ramener, au passé ? Comment enserrer le droit, science exacte et cohérente, en principe, dans l'une ou l'autre des variétés linguistiques de l'éventuel ?*² ». Tel est l'objectif du droit de l'hésitation : organiser l'éventuel et sécuriser l'attente.

651. L'attente est singulière dans la période charnière de la formation du contrat au sein de laquelle s'exprime une décision essentielle : celle de contracter. Le potentiel contractant doit ainsi répondre à une proposition contractuelle ; cette expression étant plus appropriée eu égard à la diversité des schémas contractuels. Pour parvenir à sa décision, il bénéficie d'un droit à l'hésitation lequel concerne d'une part, le processus décisionnel et singulièrement le temps réservé à la délibération. Ce temps suspendu dans le processus de formation du contrat génère une situation d'attente qui doit nécessairement être sécurisée (Titre 1). Mais ce temps suspendu concerne également la décision en elle-même qui marque la fin du processus décisionnel et partant le dénouement de l'hésitation (Titre 2).

¹ Comme un accident avec la chose objet de la vente, CA Nancy 31 janv. 2000, n° 96/03615 ; CA Lyon, 6^e ch., 26 mai 2011, n° 10/03061 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 30 juin 2007, n°06-10.912 ; la cession du fonds de commerce et du droit au bail, lequel bail contenait une promesse de vente, CA Nancy, 23 nov. 1998, Juris-Data n°101567 ; la vente forcée du bien objet de la promesse, CA Paris, 2^e ch. A, 19 oct. 2005, Juris-Data n°284707.

² NAJJAR I., L'éventuel, D. 2012. 758

TITRE 1 - SÉCURISATION DE LA PÉRIODE D'HÉSITATION

652. Qu'il s'agisse d'un temps d'hésitation permis ou imposé, le vrai est que la situation d'attente qui en résulte est source d'insécurité juridique en raison des effets de droit d'ores et déjà existants grâce à la proposition contractuelle¹. La difficulté vient de ce que cette période voit s'affronter des intérêts contradictoires : les intérêts de celui qui a fait la proposition de contrat et qui partant, a déjà pris la décision de contracter, c'est le débiteur du droit de l'hésitation ; mais également les intérêts de celui qui doit prendre la décision de contracter, c'est le bénéficiaire du droit de l'hésitation. Le premier ne voudrait pas voir s'éterniser son attente quand le second ne voudrait pas être précipité dans sa prise de décision. Il importe dès lors de sécuriser la situation d'attente de ce point de vue.

653. La sécurisation de la situation d'attente résulte également de l'encadrement des relations entre les parties. Bien que la situation définitive n'existe pas encore, des obligations sont déjà à la charge de l'une ou l'autre des parties, voire des deux. Par ailleurs, la situation d'attente soulève la question de la préservation des droits de celui qui subit l'attente et qui a, dans certaines hypothèses, d'ores et déjà cédé une partie de ceux-ci, lesquels en cas de dénouement malheureux devront lui être pleinement restitués. Le bénéficiaire du droit à l'hésitation quant à lui, est titulaire de droits, parfois éventuels, dont il faut assurer la pérennité. Ces droits potentiels et acquis coexistent et doivent être respectivement protégés.

654. En somme, il s'agit d'organiser le provisoire². L'encadrement temporel de la période d'hésitation (Chapitre 1) se révèle alors décisive tout autant que l'aménagement des relations des parties (Chapitre 2).

¹ VERDIER J.-M., Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits, Thèse, Paris : Rousseau, 1955.

² « *Le provisoire est une attente organisée.* » LORVELLEC L., Remarques sur le provisoire en droit privé, in Études dédiées à Alex Weill, Dalloz - Litec, 1983, p. 387

CHAPITRE 1 - ENCADREMENT TEMPOREL DE LA PERIODE D'HESITATION

655. L'hésitation du potentiel contractant place l'autre partie en situation d'attente de sa décision. Le temps que met son potentiel contractant à se décider lui semble nécessairement trop long. Au contraire, le potentiel contractant, lui, a besoin d'un temps suffisant pour se décider. Pour aussi insupportable que soit l'attente, elle le sera moins lorsque celui qui la subit sait par avance, combien de temps elle durera. De même, il est rassurant pour le potentiel contractant de connaître le temps dont il dispose pour se décider. L'encadrement temporel de la période d'hésitation permet à cet égard de garantir la sécurité juridique en ce qu'il limite la situation d'attente. La durée d'hésitation peut résulter soit d'une imposition verticale et rigide (Section 1), soit d'une modulation conventionnelle (Section 2).

Section 1 - L'imposition verticale et rigide de la durée d'hésitation

656. La durée de l'hésitation assure un rôle sécuritaire et doit à cet égard, être brève. Il ne faut pourtant pas négliger qu'elle permet également de garantir la pleine mise en œuvre du mécanisme traitant l'hésitation ; dit autrement elle permet de garantir son efficacité et doit, de ce point de vue, être d'une durée suffisante. Il s'agit en somme de préserver des intérêts contradictoires.

657. Lorsque l'une des parties n'est pas en mesure d'assurer la préservation de ses intérêts, le législateur intervient et fixe la durée de la période d'hésitation. Cela est d'autant plus nécessaire dans les contrats où toute bilatéralité s'estompe au profit de clauses imposées, comme les contrats d'adhésion¹. Le risque vient particulièrement des clauses accessoires et des conditions générales nombreuses, « *peu claires, pas ou peu lues, qui viennent subrepticement déséquilibrer le contrat au détriment de l'adhérent (ex. : clauses limitatives de responsabilité, clause pénale, clause de résiliation, de déchéance, etc.)*.² » Ce type de contrats qui prolifère évidemment dans les droits spéciaux, s'est fortement généralisé conduisant à sa consécration aux termes du second alinéa de l'article 1110 du Code civil³. Outre la détermination unilatérale

¹ BERLIOZ G., Le contrat d'adhésion, Thèse, Paris, L.G.D.J., 1973.

² CHENEDE Fr., Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme, Recueil Dalloz 2015, p. 1226.

³ Art. 1110 al. 2 du Code civil : « *Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties.* » Cette définition a fort heureusement évolué ; le texte

du contenu du contrat¹, l'inégalité technique ou juridique accroît le temps nécessaire à la prise de décision et donc l'hésitation. La faiblesse du contractant évoluant dans ce contexte décisionnel est patente et commande selon l'objectif visé par le législateur, la fixation autoritaire de durées minimales (§1) ou de durées maximales (§2).

§ 1 - La fixation autoritaire de délais minimaux

658. La souplesse des durées minimums se justifie par les mécanismes qu'elles concernent. Ces derniers ont en effet, trait aux phases de conception et de délibération. Autrement dit, les premières phases du processus décisionnel. Ce dernier débutant à peine, le législateur s'est contenté de prévoir une durée qui peut être plus longue en cas de besoin. Quoi qu'il en soit, il assure une durée de base pour le déroulement du processus décisionnel.

659. La phase de conception est celle de la préparation de la décision grâce à la recherche et au recensement des informations nécessaires à la phase de délibération. C'est également durant cette phase que fort des informations en sa possession, le décideur procédera éventuellement à des comparaisons. Bien réalisée, cette phase permet de limiter les questionnements et par conséquent, l'hésitation. Pour ce faire, elle requiert une longue durée (I). La phase de délibération, elle, sert à l'analyse des informations recueillies. Il s'agit d'un temps de réflexion *stricto sensu* qui nécessite une durée plus brève (II).

I. La durée longue de préparation à la décision

660. La préparation de la décision vise à prévenir ou, à tout le moins, limiter l'hésitation. Pour être efficace, elle doit être réalisée dans la durée. Cependant, la technique employée par le législateur diffère selon le type de contrat concerné. L'analyse des contrats de distribution (A) et des contrats de consommation (B) permet de s'en convaincre.

évoquait en effet dans sa première version « *les conditions générales, soustraites à la négociation* ». Cette définition posait difficulté en ce qu'elle écartait nombre de contrats. Voir sur ce point CHENEDE Fr., Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du code civil, JCP 2016 ; REVET T., Les critères du contrat d'adhésion, D. 2016. 1771.

¹ BERLIOZ G., *op. cit.*, p.27.

A. L'exemple des contrats de distribution

661. Au rang des mécanismes de prévention de l'hésitation, l'obligation d'information¹ joue un rôle majeur en ce qu'elle chasse l'incertitude, outre le fait qu'elle permet au potentiel contractant de pleinement mesurer les risques du projet envisagé. Il s'agit d'ailleurs de l'un des mécanismes phares du droit spécial qui est systématique² au contraire des délais de réflexion ou de réflexion. Pour que cette mesure soit efficace, il faut néanmoins que l'intéressé bénéficie d'un temps suffisant pour étudier les informations et le cas échéant, les renforcer, préalablement à sa prise de décision.

662. Prenons l'exemple de l'article L. 330-3 du Code de commerce qui impose à « *toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, relatif aux contrats d'exclusivité et de quasi-exclusivité* » de « *fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause* » ainsi que le projet de contrat. Le dernier alinéa précise qu'ils doivent être remis avant la signature du contrat³. En effet, ce document très dense vise à permettre à l'intéressé de s'engager en pleine connaissance de cause⁴, tout autant que le contrat dont il peut apprécier les clauses. Le document contient notamment les comptes annuels des deux derniers exercices, une présentation du réseau et « *une présentation de l'état général et local du marché des produits ou services devant faire l'objet du contrat et des perspectives de développement de ce marché* » détaille l'article R. 330-1 du Code de commerce.

663. Ces dispositions illustrent la complexité de la préparation de la décision car, quand bien même les informations lui sont transmises, il faut admettre qu'elles peuvent être difficiles

¹ Voir notamment, FABRE-MAGNAN M., De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie, *op. cit.* ; MAHI-DISDET D., L'obligation d'information dans les contrats de commerce électronique, Thèse, Avignon, 2011 ; PIEDELIEVRE S. et alii., *op. cit.*

² Le droit de la consommation a d'ailleurs instauré une obligation générale d'information aux termes de l'art. L. 111-1 du Code de commerce.

³ Ou le versement de la somme qui serait exigée préalablement à la signature du contrat.

⁴ Cass. Com., 17 mars 2009, n° 08-12.830.

à analyser pour celui qui se lance dans la vie des affaires¹ ; plus encore lorsqu'il s'agit d'un secteur différent de celui dans lequel il évoluait jusqu'alors². Il n'est donc pas exclu qu'il soumette les documents à un tiers comme un expert-comptable³, afin d'être accompagné. Il doit en outre évaluer le coût du financement nécessaire. Au surplus, il peut être amené à effectuer des recherches complémentaires. En effet, la jurisprudence décide classiquement que « la loi ne mettant pas à la charge du franchiseur une étude du marché local, il appartient au franchisé de procéder, lui-même, à une analyse d'implantation précise lui permettant d'apprécier le potentiel, et, par là même, la viabilité du fonds de commerce qu'il envisage d'exploiter en franchise ⁴ ». Cette étude est d'autant plus importante que c'est elle qui permet au candidat de connaître ses chances de succès et le délai de son retour sur investissement, lequel peut s'avérer élevé⁵.

664. Dans l'objectif d'accorder au potentiel contractant le temps nécessaire à la préparation de sa décision, l'article L. 330-3 du Code de commerce dispose *in fine* : « Le document prévu au premier alinéa ainsi que le projet de contrat sont communiqués vingt jours minimum avant la signature du contrat, ou, le cas échéant, avant le versement de la somme mentionnée à l'alinéa précédent. » Comme le précise la lettre du texte, il s'agit d'un délai minimum pour la remise des informations. Autrement dit, l'intéressé peut valablement prendre le temps de les

¹ En 2020, 72% des nouveaux franchisés étaient salariés avant de débiter selon la 17^e étude de la Fédération Française de Franchisage. <https://www.franchise-fff.com/>

² En 2019, 6 franchisés sur 10 travaillaient dans un secteur identique ou proche avant de se lancer en franchise selon la Fédération Française de Franchisage. <https://www.franchise-fff.com/>

³ 70% des futurs franchisés font appel à un expert-comptable selon la Fédération Française de Franchisage. <https://www.franchise-fff.com/>

⁴ Cass. Com. 11 févr. 2003, Sté Jeff de Brugges France, Les Petites Affiches, 15 juin 2004, n° 119, p. 10, note E. Baccichetti et J.-Ph. Dom ; Cass. Com. 19 janv. 2010, Epoux X C/ Syés groupe Expert, Les Petites Affiches, 22 juin 2010, n° 123, p. 11, note O. Tiquant ; CA Paris, 5-4, 19 juin 2019, n° 17/05169. Voir DISSAUX N., Centrales et groupement d'achats et de référencement – Relations internes, Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2016, n° 54 ; KENFACK H., L'obligation pré-contractuelle d'information : l'espoir déçu ? in Le droit de la distribution : droit commun ou droit spécial, L.G.D.J., 2005, p. 155 ; VIRASSAMY G., Implantation commerciale et réseau de distribution, *op. cit.*, p. 108 ; LOIR R., L'information du franchisé sur le futur, D. 2012. Chron. 1425 ; MÉRESSE S., Le document d'information précontractuel, in C. GRIMALDI [dir.], La franchise : questions sensibles, RLDA 2012, suppl. n° 73, spéc. p. 23 ; BUCHER C.-H., Le contenu du document d'information précontractuel, L'essentiel Droit de la distribution et de la concurrence, 01 oct. 2019, n° 09, p. 2.

⁵ Pour 42% des nouveaux franchisés, le coût total de la création s'élève à plus de 200 000€ selon la Fédération Française de Franchisage.

étudier et décider de s'engager dans un délai plus long¹ mais ne peut en aucun cas être précipité dans sa prise de décision.

665. La protection du contractant et par conséquent du bon déroulement de son processus décisionnel par la fixation autoritaire de la durée minimale d'hésitation constitue à cet égard, un élément déterminant de la politique législative. Cela est si vrai que la date prise en compte pour la computation du délai est celle de la signature du contrat. La Haute juridiction considère en effet que seule la signature du contrat marque l'accord effectif des volontés des parties sur les stipulations qu'il doit contenir et non les correspondances échangées antérieurement entre les parties, qui ne traduisent que les négociations et pourparlers en cours². Cette solution nous semble opportune car l'objectif de l'obligation d'information édictée par l'article L. 330-3 du Code de commerce ne peut être rempli que tant que le potentiel contractant dispose du contrat qui est l'objet même de sa réflexion, outre le document d'information précontractuel. Il doit réfléchir à l'opportunité de s'engager dans tel contrat précisément. Comment pourrait-il valablement le faire si la teneur de l'acte, ses conditions et autres modalités sont encore en discussion ?

666. Pour autant, la Cour de cassation fait preuve de pragmatisme. Elle fait ainsi une application de la lettre et de l'esprit de la loi³ qui est finalement de permettre à l'intéressé de s'engager en pleine connaissance de cause⁴. Tel sera le cas si des relations commerciales préalables existent entre les parties⁵. Il faut également considérer que la date à prendre en compte est finalement celle de la prise de décision. Elle peut soit résulter de la signature du contrat qui comme l'indique la Cour de cassation, marque l'accord effectif des volontés, autrement dit l'expression des décisions respectives des parties. Elle peut autrement résulter des relations contractuelles qui ont précédé la signature du contrat entre le concédant et le concessionnaire. La manifestation de la décision peut en effet résulter d'un comportement⁶

¹ Deux mois et demi par exemple, CA Orléans, ch. com., 7 mai 2020, n° 19/01891.

² Et non celle de sa prise d'effet, Cass. Com. 17 juill. 2001, n° 98-19.258, D. 2002. 627, note H. Kenfack, RTD civ. 2002. 289, obs. Mestre et Fages ; CA Paris, 13 juin 2007, Juris-Data n° 2007-356116. Il s'agit donc de la date de la manifestation du choix.

³ KENFACK H., La lettre et l'esprit, D. 2002. 627.

⁴ Cass. Com., 17 mars 2009, n° 08-12.830.

⁵ Cass. Com., 17 juil. 2001, *op. cit.*

⁶ Cf. *supra* n° 140.

comme « *des correspondances échangées antérieurement entre les parties*¹ » ou le versement d'une somme d'argent.

667. Par ailleurs, le simple fait que les documents n'aient pas été remis dans le délai de vingt jours ne signifie pas pour autant que l'intéressé n'a pu pleinement réaliser son processus décisionnel au support des informations. Partant, le contrat n'encourt la nullité que si le non-respect du délai légal a vicié le consentement du contractant². Dit autrement, que si l'intéressé n'a pas été mis en mesure de pleinement réaliser son processus décisionnel et singulièrement les phases de conception et de délibération, c'est-à-dire si son processus décisionnel a été vicié.

B. L'exemple des contrats de consommation

668. Dans les contrats de consommation, la technique est quelque peu différente. Elle est similaire en ce que le législateur est animé du même objectif de protection du processus décisionnel et impose également une obligation d'information à la charge du professionnel³ afin de prévenir ou limiter l'hésitation. En revanche, il n'exige pas que les documents soient remis dans un délai préalable à la signature. Il oblige plutôt le professionnel à maintenir son offre durant un certain délai - relativement long - toujours dans l'objectif de permettre au consommateur de réaliser sereinement sa phase de conception et plus généralement, son processus décisionnel.

¹ Cass. Com., 17 juil. 2001, *op. cit.*

² Cass. Com. 20 mars 2007, n° 06-11. 290. Mais déjà Cass. com., 10 févr. 1998, Sté Ed. Le Maraîcher, Bull. civ. IV, n° 71 ; D. 1998, Somm. p. 334 ; 19 oct. 1999, D. 2001, p. 296 ; 21 nov. 2001, Contrats, conc., consom 2001, n° 20, note L. Leveneur ; CA Paris, 5-10, 13 févr. 2017, n° 15/20233, Sté Lilian Pauc c/ Distribution Casino France.

³ Par exemple l'art. L. 444-7 du Code de l'éducation relatif au contrat d'enseignement à distance édicte le contenu obligatoire de l'offre et dispose à cet égard : « *A peine de nullité, les conditions dans lesquelles l'enseignement à distance est donné aux élèves sont précisées dans le contrat, notamment en ce qui concerne le service d'assistance pédagogique, les directives du travail, les travaux à effectuer et leur correction.*

A peine de nullité, également, il doit en outre être annexé à ce contrat le plan d'études, qui comporte des indications sur le niveau des connaissances préalables, le niveau des études, leur durée moyenne et les emplois auxquels elles préparent. La fourniture des livres, objets ou matériels doit être comptabilisée à part. »

669. Les contrats concernés sont ceux présentant un coût élevé comme les contrats de crédit à la consommation¹ ou immobilier². Pour ces deux types de contrats, la remise d'une fiche d'informations standardisée dont le contenu est fixé par décret³ accompagne l'offre « *établie sur support papier ou sur un autre support durable* »⁴ qui précise notamment les modalités du prêt⁵. L'obligation de maintien permet au consommateur de comparer les différentes offres de crédit, assurant « *une pleine concurrence entre les acteurs du marché du crédit, et une meilleure lisibilité des offres pour les emprunteurs* »⁶.

670. En revanche, ils se distinguent par la durée du temps accordé à l'intéressé pour la préparation de sa décision. Ainsi, elle est plus longue pour les contrats de crédit immobilier. Comme le prévoit l'article L. 313-34 du Code de la consommation : « *l'envoi de l'offre oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle indique pendant une durée minimale de trente jours à compter de sa réception par l'emprunteur* ». La même durée est prévue pour le prêt hypothécaire viager⁷ ou les contrats de location assorti d'une promesse de vente. Assimilés à des contrats de crédit, l'offre qui « *doit être formulée par écrit sur support papier ou tout autre support durable* »⁸, mentionne également des informations obligatoires comme les conditions de mise à disposition du bien, le montant des versements initiaux et des loyers⁹ selon un modèle fixé par arrêté¹⁰ et doit être maintenue pendant une durée minimale de trente jours à compter de sa réception par le preneur¹¹.

671. Si le délai de maintien de l'offre est si long c'est parce que cette dernière constitue l'assise de la délibération du potentiel contractant et que le contrat est d'importance, notamment au niveau financier. L'offre concrétise l'objet de son processus décisionnel et

¹ Art. L. 312-1 et s. du Code de la consommation.

² Art. L. 313-1 et s. du Code de la consommation.

³ Art. L. 312-12 et L. 313-7 du Code de la consommation.

⁴ Art. L. 312-18 du Code de la consommation.

⁵ Art. L. 313-25 du Code de la consommation.

⁶ PIEDELIEVRE S. et alii., *op. cit.*, p. 902.

⁷ Art. L. 315-10 du Code de la consommation.

⁸ Art. L. 313-55 du Code de la consommation.

⁹ Art. L. 313-55 et L. 313-56 du Code de la consommation.

¹⁰ Art. L. 313-57 du Code de la consommation.

¹¹ Art. L. 313-58 du Code de la consommation.

marque son commencement. L'intéressé est donc encore en pleine phase de recherche d'où la durée minimale¹ qui joue alors un rôle de protection largement utilisée par le législateur². « *Il faut savoir attendre pour protéger, donner du temps au temps*³ ». Cette technique de protection s'adapte évidemment au contrat concerné.

672. Par conséquent, s'agissant du contrat de crédit à la consommation visé par l'article L. 312-18 du Code de la consommation, elle sera de quinze jours pour la raison simple qu'il s'agit d'un engagement financier dont le montant est limité, « *égal ou supérieur à 200 euros et inférieur ou égal à 75 000 euros* » précise l'article L. 312-1 du même code⁴. Par ailleurs, la faible importance de certains engagements conduit à l'exclure. Tel est le cas des brèves opérations de crédit comme les crédits d'une durée inférieure à trois mois qui ne sont assorties d'aucun intérêt ni d'aucuns frais ou seulement d'intérêts et de frais d'un montant négligeable⁵ ou encore les cartes à débit différé n'excédant pas quarante jours et sans frais⁶. « *L'intérêt est de ne pas soumettre à des conditions de conclusion trop rigoureuses des opérations qui non seulement présentent un faible danger en raison de leur brièveté et de leur faible coût, mais qui peuvent se révéler très utiles pour le consommateur qui ferait face à une difficulté temporaire de trésorerie*⁷. »

673. Pour parvenir à son objectif de protection par un temps dédié à la phase de conception afin de limiter l'hésitation, le législateur impose donc un délai maintien de la proposition contractuelle, délai qui peut être « *supérieur à trente jours dès lors que cette même disposition n'interdit pas au prêteur de maintenir son offre au-delà de cette durée, laquelle ne constitue*

¹ Voir par exemple : Art. 23 L. n° 84-595, 12 juill. 1984 ; Art. L. 313-58 du Code de la consommation. Par exemple, dans les rapports locatifs réglementés où elle est au service d'une politique de stabilisation du preneur et du locataire.

² Par exemple, dans les rapports locatifs réglementés où elle est au service d'une politique de stabilisation du preneur et du locataire. Voir sur ce point BOULOGNE-YANG-TING C., Réflexions sur la durée minimale dans les rapports locatifs réglementés, Petites Affiches, n° 172, p. 3.

³ Cour de cassation, Le temps, Rapport annuel 2014, La documentation française, 2014

⁴ Le montant à prendre en compte est celui du crédit et non du coût total de l'opération. Cass. Civ. 1^{ère}, 28 avril 1998, n° 96-11.114.

⁵ Art. L. 312-4 5° du Code de la consommation.

⁶ Art. L. 312-4 11° du Code de la consommation.

⁷ PIEDELIEVRE S. et alii., *op. cit.*, p. 890.

qu'une durée minimale ¹». La divergence de la technique entre le droit de la distribution et le droit de la consommation s'explique par le fait que la dernière matière a trait à la vie des affaires qui a besoin de célérité qu'une obligation de maintien d'offre de trente jours rendrait difficile.

674. Quoi qu'il en soit, une fois la phase de conception réalisée au mieux grâce aux informations recueillies, le potentiel contractant doit entamer la phase délibération, nécessairement plus brève.

II. La durée brève de réflexion *stricto sensu*

675. Cette brève durée vise à imposer un temps d'hésitation (A) dont le non-respect fait présumer un consentement vicié (B).

A. L'imposition d'un temps d'hésitation

676. « *Souscrire un emprunt immobilier, pour accéder à la propriété de son logement notamment, est un acte grave. S'il s'effectue avec enthousiasme - et qui ne rêve d'être propriétaire de son "chez soi" ? - il comporte des conséquences importantes, en termes de coût et de longueur des engagements* ² ». C'est la raison pour laquelle le législateur impose un rythme particulier à la formation de ce type de contrat qui se calque sur le processus décisionnel. Ainsi, il réserve une durée particulière pour la phase de conception puis pour celle de délibération. En pratique, cela se traduit par une offre qui doit être maintenue par le prêteur pendant trente jours minimums. À ce premier délai, se superpose un second qui dure dix jours. Il s'agit d'un délai de réflexion³.

677. L'article L. 313-34 du Code de la consommation aux termes de son second alinéa dispose ainsi que : « *L'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçue.* » En pareille hypothèse, les dix jours suivants la réception de l'offre constituent une situation d'attente inéluctable car comme le définit l'article 1122 du Code civil,

¹ Cass. Com. 5 déc. 2006, n° 05-18.588, RTD com. 2007. 212, obs. Legeais.

² MONACHON-DUCHENE N., La protection du délai de réflexion de l'emprunteur immobilier, JCP G 2004, I, 152.

³ *ibid.*

le délai de réflexion est « *celui avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation* ». Autrement dit, le processus de formation du contrat se trouve totalement gelé. L'intéressé est contraint d'hésiter afin de tempérer son enthousiasme et sa peur de voir lui échapper le bien tant convoité, tout autant que le prêteur est sommé de ne pas précipiter sa décision¹.

678. La singularité est que les deux délais débutent au même moment. L'article L. 313-34 du Code de la consommation dispose ainsi en son premier alinéa que le délai de maintien débute « *à compter de sa réception par l'emprunteur* » et son deuxième alinéa de préciser que « *l'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçue* ». C'est dire que les deux délais ont pour point de départ commun la réception de l'offre par le potentiel contractant et par conséquent, se superposent. La durée du délai de maintien de l'offre, de trente jours au minimum, est précisée par le contrat. Cette durée correspond, en réalité, aux délais de validité et d'irrévocabilité de l'offre car en pareille hypothèse, les deux délais coïncident². Pour cette raison, le délai de réflexion, plus court, de dix jours minimums, se poursuit pendant toute la durée du délai de maintien.

679. Le délai de réflexion est celui qui interdit pendant un certain temps de donner son consentement. Ainsi, à compter de son terme, autrement dit que les dix jours sont écoulés, et tant que l'offre est valide, l'intéressé peut manifester sa décision. C'est la raison pour laquelle, on parle de délai minimum pour le délai de réflexion³. Ce que confirme la jurisprudence⁴ qui considère que l'acceptation doit être donnée « *au terme d'un délai de réflexion d'au moins dix jours* »⁵. Il en est de même pour le prêt viager hypothécaire qui prévoit à la fois un délai de maintien d'une durée minimale de trente jours⁶ et un délai de réflexion de dix jours lui aussi⁷, comme pour le contrat de location-vente⁸.

¹ Voir notamment CHARDIN N., *op. cit.* ; PIEDELIEVRE et alii, *op. cit.*, spé. 012.33.

² Voir sur les délais de l'offre, GRIMALDI C., *La durée de l'offre, op. cit.*

³ BOUJEKA A., *Le délai de réflexion et de rétractation, op. cit.*

⁴ « cet acte, valant nouvelle acceptation, a été conclu plus de dix jours après ladite offre » Cass. Com. 5 déc. 2006, n° 05-18.588, RTD com. 2007. 212, obs. Legeais.

⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 2016, n° 15-15.051.

⁶ Art. L. 315-10 du Code de la consommation.

⁷ Art. L. 315-11 du Code de la consommation.

⁸ Art. L. 313-58 al. 2 du Code de la consommation.

680. Dans certains contrats en revanche, seul le délai de réflexion peut être prévu comme pour l'acte authentique réalisant ou constatant le contrat de construction ou d'acquisition d'immeuble à usage d'habitation non précédé d'une promesse¹. S'il est généralement de dix jours, il peut être plus court ; sept jours comme pour le contrat d'enseignement à distance².

681. Sans doute faut-il préciser que le délai de réflexion est un délai préfix avec la conséquence qu'aucune acceptation avant le onzième jour n'est possible³. Il faut en effet considérer que puisqu'il s'agit « *d'un délai journalier, le jour à partir duquel le délai doit être calculé (« dies a quo »), c'est-à-dire ici le jour de la réception de l'offre, ne compte pas dans le calcul. Le délai ne commence donc à courir que le lendemain à 0 heure. Ensuite, le délai s'achève le dernier jour (« dies ad quem ») à minuit. Concrètement, l'emprunteur ne pourra retourner l'offre revêtue de son acceptation que le 11^e jour suivant la date de réception de l'offre*⁴ ».

682. Il s'agit, en tout état de cause, d'un délai intangible. Il ne peut être réduit, notamment par la convention des parties, la matière étant régie par des dispositions d'ordre public⁵. De même, l'intéressé ne peut y renoncer⁶. C'est dire le respect exigé quant à l'existence réelle de ce temps d'hésitation imposée.

¹ Art. L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation.

² Art. L. 444-8 du Code de l'éducation.

³ Même le dixième jour : Cass. civ. 1^{ère}, 9 déc. 1997 ; Mme Savoie c/ Banque Sovac immobilier arrêt n° 1933. Les commentateurs en ont déduit que ce délai était incompressible et que l'acquéreur ne pouvait donc renoncer à son bénéfice (O. Rault, V. p. 300. – J.-M. Sommer, V. p. 928. – P. Cornille, V. n° 5-3-2-2. – M. Dagot, V. p. 917. – J.-L. Bergel, V. p. 59) pour le délai de réflexion de l'article L. 271-1, alinéa 5 du Code de la construction et de l'habitation.

⁴ LASSERRE CAPDEVILLE J., Le délai de réflexion applicable au crédit immobilier, Revue de Droit bancaire et financier n° 4, Juillet 2020, étude 10.

⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 9 déc. 1997, n° 95-15.494, Bull. civ. I, n° 368 ; Contrats, conc. consom. 1998, comm. 53, obs. G. Raymond. ; JCP G 1998, 10148, note N. Piédelièvre ; RTD civ. 1998, p. 670, obs. J. Mestre.

⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 9 déc. 1997, *op. cit.*

B. La présomption d'un consentement vicié

683. Bien que le délai commence à courir à compter de la remise ou de l'envoi de l'offre, les textes n'imposent pas nécessairement de mode d'envoi mais une simple exigence d'offre écrite « *sur support papier ou tout autre support durable* ¹ ». Cependant, compte tenu de l'éventuelle nécessité pour l'établissement de crédit offrant de prouver le respect des délais, l'envoi devrait, par prudence, être effectué par lettre recommandée avec avis de réception, lorsqu'il est effectué par la voie postale. La date de réception étant d'importance dans la computation des délais, le mode de notification doit permettre de l'établir de façon effective². Tel n'est pas le cas d'un envoi par télécopie³.

684. En revanche, l'exigence du respect du délai est si forte que le législateur impose des règles de forme relatives aux modalités d'acceptation de l'offre s'agissant singulièrement des contrats d'importance comme le prêt immobilier. L'article L. 313-34 du Code de commerce exige ainsi que « *l'acceptation est donnée par lettre, le cachet de l'opérateur postal faisant foi, ou selon tout autre moyen convenu entre les parties de nature à rendre certaine la date de l'acceptation par l'emprunteur* ». Elle est considérée comme irrégulière et ne permet ainsi de donner date certaine à la manifestation de la décision et d'apprécier le respect du délai minimal de réflexion. La jurisprudence considère en effet qu'est « *irrégulière une offre de prêt dont l'acceptation n'a pas été donnée dans les formes prescrites par l'art. L. 312-10 [L. 313-34], mais par déclaration écrite signée par l'emprunteur, une telle déclaration ne faisant pas foi de la date de l'acceptation* ⁴ ». La sanction de l'inobservation des règles de forme de l'acceptation est la déchéance totale ou partielle du droit aux intérêts dans la proportion prévue par le juge⁵.

¹ Par exemple, art. L. 313-34 et L. 313-55 du Code de la consommation pour les contrats de crédit immobilier et la location-vente. L'exigence d'un écrit se déduit des termes de l'art. L. 315-9 du Code de la consommation qui évoque les « mentions obligatoires ».

² CA Aix-en-Provence, 17 oct. 2000 : JurisData n° 2000-128543.

³ CA Paris, 15 sept. 1999 : JurisData n° 2000-024737.

⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2002, n° 99-17.333, D. 2002. AJ 3076, obs. Rondey ; JCP 2003. II. 10056, note S. Piedelièvre ; JCP E 2003. 762, note A. Morin ; Defrénois 2002. 1624, obs. Savaux ; CCC 2003, no 14, note Raymond ; CCE 2003, no 49, note Grynbaum ; RDI 2003. 166, obs. H. H.-D.

⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2002, n° 99-17.333 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 4 déc. 2001, n° 98-21.581.

Elle peut autrement être faite par acte notarié comme pour les contrats de prêt viager hypothécaire¹.

685. S'agissant du non-respect du délai, parfois le législateur prévoit expressément la nullité du contrat. L'article L. 444-8 du Code de l'éducation à propos du contrat d'enseignement à distance dispose à cet égard : « *A peine de nullité, le contrat ne peut être signé qu'au terme d'un délai de sept jours après sa réception.* » D'autres fois, c'est la jurisprudence qui détermine la sanction comme pour le contrat de crédit immobilier. Aux termes d'un attendu de principe, la Cour de cassation assène que la méconnaissance du délai d'acceptation de dix jours est sanctionnée par une nullité relative² mettant un point final à une jurisprudence incertaine³.

686. Cette solution nous semble opportune en ce que le délai de réflexion, en tant que mécanisme du droit à l'hésitation, d'ordre public au surplus⁴, permet d'assurer un déroulement serein du processus décisionnel. Il s'agit par conséquent d'une protection de la décision visant à garantir un consentement sain⁵. Par suite, le non-respect du délai présume un processus décisionnel altéré et donc un consentement entaché d'un vice dont la sanction ne peut être que la nullité. Ce point de vue ne nous semble pas extrême, ce d'autant que la présomption n'est pas irréfragable et que le prêteur peut apporter la preuve du respect du délai par des moyens

¹ Art. L. 315-11 du Code de la consommation.

² Cass. Civ. 1^{ère}, 12 juil. 2005, CCC 2005, n° 212, obs. Raymond ; Voir déjà Cass. Civ. 1^{ère}, 27 févr. 2001, n° 98-19.758 P; D. 2001. AJ 1388, obs. Avena-Robardet.

³ Certains juges du fond avaient en effet pu considérer que la sanction à appliquer était la déchéance du droit aux intérêts : CA Paris, 15 sept. 1999 : JurisData n° 1999-117541. – CA Lyon, 24 mai 2000 : JurisData n° 2000-143621. – CA Paris, 29 juin 2001 : JurisData n° 2001-152045, tout comme la Haute juridiction. Cass. 1^{re} civ., 29 oct. 2002, n° 99-17.333 : JurisData n° 2002-016099 ; Bull. civ. I, n° 255 ; D. 2002, AJ, p. 3076, obs. C. Rondey ; Defrénois 2002, p. 1624, obs. E. Savaux ; Contrats, conc. consom. 2003, comm. 14, obs. G. Raymond ; JCP G 2003, II, 10056, note S. Piédelièvre ; RTD com 2003, p. 149, obs. D. Legeais.

⁴ Un ordre de public de protection. Voir notamment GHESTIN J., LOISEAU G. et SERINET Y.-M., op. cit., n° 2165 et s. ; COUTURIER G., L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve, in Mélanges Flour, 1979, Defrénois, p. 95 s.

⁵ Voir DOUCHE-DOYETTE N., La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation, Thèse, Nancy, 2012 ; CALAIS-AULOY J., Les sanctions en droit de la consommation, in Mélanges B. Bouloc, Dalloz, 2006, p. 75.

multiples. Les cachets de la poste figurant sur les enveloppes contenant l'offre et l'acceptation¹ évidemment, mais force est d'observer que la jurisprudence accepte d'autres moyens de preuve comme des déclarations écrites de l'emprunteur².

687. Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation a récemment confirmé cette solution³. En l'espèce, une banque avait consenti à un couple un prêt destiné à financer l'acquisition en l'état futur d'achèvement d'un bien immobilier. A la suite d'échéances impayées, la banque avait prononcé la déchéance du terme et assigné les emprunteurs en paiement d'une certaine somme en remboursement du prêt, avec intérêts au taux contractuel. Les emprunteurs avaient eux, sollicité l'annulation du contrat, subsidiairement la déchéance du droit aux intérêts conventionnels et l'allocation de dommages-intérêts. La cour d'appel, après avoir constaté qu'à la suite des manœuvres de l'agence immobilière, l'offre de prêt avait été signée et acceptée le même jour par les emprunteurs, avait prononcé la déchéance totale du droit aux intérêts de la banque. Le couple avait alors formé un pourvoi en cassation. La troisième chambre civile, au visa de l'article L. 312-10 du code de la consommation dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, censura la cour d'appel considérant qu'en statuant ainsi, « *alors que la méconnaissance du délai d'acceptation de dix jours est sanctionnée par la nullité du contrat, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

¹ V. par ex., CA Rennes, 6 mai 2010, n° 10/998 : JurisData n° 2010-029759. – CA Poitiers, 17 mai 2011, n° 10/02786 : JurisData n° 2011-030737. – CA Rennes, 13 sept. 2012, n° 10/04157 : JurisData n° 2012-031183.

² Voir par exemple : Cass. Civ. 3^{ème}, 21 mars 2019, n° 18-11.707 : « *Mais attendu qu'ayant relevé que la banque versait aux débats l'accusé de réception et l'acceptation de l'offre de prêt portant la mention manuscrite de Mme Y... selon laquelle elle déclarait l'avoir reçue le 20 décembre 2007 et l'accepter le 5 janvier 2008, que, dans la procuration donnée devant notaire le 7 janvier 2008, elle confirmait que l'offre de prêt lui avait été délivrée et que, dans l'acte notarié de prêt reçu le 20 mai 2008 en exécution de cette procuration, elle avait déclaré que "les conditions du crédit correspondaient à l'offre reçue du prêteur par la voie postale et acceptée également par voie postale après avoir respecté le délai de réflexion de dix jours", la cour d'appel, qui n'était pas tenue de se fonder exclusivement sur les enveloppes d'expédition de l'offre et de l'acceptation portant le cachet de La Poste et qui a retenu, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve qui lui étaient soumis, que la formalité d'envoi de l'offre par voie postale et le délai de réflexion de dix jours prévus par les articles L. 312-7 et L. 312-10 du code de la consommation, dans leur rédaction applicable à la cause, avaient été respectés, en a exactement déduit que la nullité du contrat de prêt n'était pas encourue.* »

³ Cass. Civ. 1^{ère}, 20 févr. 2019, n° 18-12.471 puis Cass. Civ. 1^{ère}, 8 avril 2021, n° 19-11630.

688. Néanmoins, en cas de doute, dès lors que la preuve du respect du délai de dix jours n'est pas rapportée, la sanction est la déchéance du droit aux intérêts. Il a ainsi pu être jugé que l'absence de date de l'offre ne saurait être sanctionnée par la nullité du prêt, dont la date d'acceptation est, elle, connue, seule restant indéterminée la durée séparant l'offre de l'acceptation et que le banquier devait être sanctionné par la déchéance du droit aux intérêts, en l'absence de preuve d'un dol¹. Par ailleurs, en raison du caractère d'ordre public de la règle, l'acceptation antérieure à l'expiration du délai, ne peut être couverte par une réitération de l'acceptation² ou par une confirmation³. Elle peut cependant être renouvelée⁴.

689. Somme toute, il faut considérer que la fixation par le législateur d'un temps d'hésitation obligatoire avant la phase de choix constitue une technique au service de la politique juridique de protection. Plus encore lorsqu'un délai de maintien vient au soutien du délai de réflexion car même après l'écoulement de ce dernier, le potentiel contractant dispose alors d'un délai de réflexion supplémentaire tant que dure le délai de maintien⁵. Toutefois, en pratique, les contractants ont davantage tendance à manifester hâtivement leur choix conduisant le législateur à privilégier les délais de rétractation.

¹ CA Pau, 4 nov. 2002 : JCP 2003. IV. 2186. « *Pour autant, cette pratique n'échappe pas totalement à la critique. Elle est de nature à dissimuler assez facilement des manquements au délai de réflexion de 10 jours et ainsi à contourner l'état du droit applicable. Il apparaîtrait, en effet, que quelques établissements de crédit (beaucoup semble-t-il...) conserveraient dans leurs armoires des enveloppes ayant contenu des offres acceptées, de différentes dates, afin d'être en mesure de pouvoir présenter celle qui serait utile (du fait du cachet de la poste y figurant) en cas de demande du juge dans un cas où le délai légal n'aurait pas été scrupuleusement respecté...* » LASSERRE CAPDEVILLE J., *op. cit.*

² Cass. Civ. 1^{ère}, 30 mars 1994, n° 92-13.653

³ « *Attendu, cependant, que si le caractère d'ordre public de dispositions du premier des textes susvisés, s'oppose à ce que l'irrégularité de l'acceptation faite moins de dix jours après la réception d'une offre de prêt immobilier puisse être couverte par une confirmation, aucune disposition légale n'interdit à l'emprunteur de renouveler son acceptation après expiration de ce délai.* » Cass. civ. 1^{ère}, 18 janv. 2000 : Contrats, conc. consom. 2000, comm. 117, obs. G. Raymond.

La jurisprudence attache au caractère d'ordre public de l'obligation de respect du délai de dix jours ses conséquences habituelles, à savoir que l'acceptation donnée avant un délai de dix jours est nulle d'une nullité absolue et, en conséquence, ne peut être confirmée. Voir en ce sens, Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 1994.

⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 18 janv. 2000, *op. cit.*

⁵ « *Peu important que le délai d'acceptation de l'offre ait été supérieur à trente jours dès lors que l'art. L. 312-10 [L. 313-34] n'interdit pas au prêteur de maintenir son offre au-delà de cette durée, laquelle ne constitue qu'une durée minimale.* » Cass. Civ. 1^{ère}, 5 déc. 2006, n°05-18.588.

§ 2 - La fixation autoritaire de délais maximaux

690. Certains mécanismes du droit à l'hésitation concernent l'ultime phase du processus décisionnel : la phase de manifestation. Ainsi, si en principe, à la faveur du consensualisme¹, la phase de choix est immédiatement suivie de celle de la manifestation qui s'exprime par une exécution du contrat, certains mécanismes jouent un rôle de retardateur. Pour ce faire, ils scindent la phase de manifestation en deux étapes : d'une part, la manifestation du choix par la signature par exemple et d'autre part, l'exécution des obligations. De là, alors même que le contractant a manifesté son consentement et ne manque plus que l'exécution de ses obligations, une période de latence s'insère entre ces deux étapes. Celle-ci peut résulter d'un délai de rétractation (I) ou d'une précarisation volontaire de l'acte existant (II).

I. Le délai de rétractation

691. Contrairement au délai de réflexion, aucun texte ne précise expressément que la durée du délai de rétractation est maximale. Il convient alors de justifier cette affirmation (A), ce d'autant que la computation du délai n'est pas sans poser de difficultés (B).

A. La justification d'une durée maximale

692. « *Le consensualisme a pour lui la simplicité et la rapidité. Mais, revers de la médaille, il autorise également les engagements irréfléchis, et peut même surprendre le profane qui n'aura pas compris que les paroles qu'il prononce vont le lier.* ² » Dès lors, les contrats particulièrement graves ou qui se forment dans un contexte singulier³ se sont vu imposer un formalisme particulier. L'exigence d'un contrat écrit contenant certaines mentions informatives édictées par le législateur est grandissante⁴. Par ailleurs, sans qu'il s'agisse du formalisme *stricto sensu*, le législateur impose, nous l'avons exposé précédemment⁵, un rythme

¹ Expressément affirmé au sein de l'article 1172, alinéa 1 du Code civil. FORRAY V., *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Thèse, L.G.D.J, 2007.

² LATINA M., *Contrats : généralités*, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2017 (actualisation : 2020), n° 106.

³ Comme les contrats conclus distance ou hors établissement. Art. L. 221-1 et s. du Code de la consommation.

⁴ Voir par exemple, art. L. 221-8 ; L. 312-18 ; L. 313-25, L. 224-60 du Code de la consommation.

⁵ Cf. supra n° 677.

à la formation du contrat, qui se calque sur le processus décisionnel. Il y insère des périodes d'hésitation afin de temporiser la prise de décision. Lorsque cette période concerne la phase de préparation de la décision et singulièrement la phase de délibération, elle peut être d'une durée minimum. En revanche, lorsqu'elle concerne la dernière phase du processus décisionnel, celle de la manifestation du choix, elle fait l'objet d'une durée maximum.

693. Le délai de rétractation¹ s'insère en effet entre le moment où le contractant a donné son consentement et l'exécution de ses obligations. Défini par l'article 1122 du Code civil comme « *le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement* », il contraint le décideur à une ultime hésitation avant l'achèvement de son processus décisionnel lequel résulte, non du consentement, mais de la mise en œuvre de la décision². Le délai de rétractation retarde la deuxième partie de la phase de manifestation, autrement dit l'exécution des obligations. D'aucuns considèrent d'ailleurs que « *la signature ne suffit pas à conclure le contrat, car elle est donnée par un consommateur qui n'a pas encore une idée précise du contrat proposé et dont la volonté ne peut donc se rencontrer avec celle de l'offrant* ³ ».

694. Si le législateur impose un délai de rétractation, c'est parce qu'il considère que le contractant n'a pas délibéré. Autrement dit que son choix n'est pas réfléchi. Un délai de rétractation n'est en effet prévu qu'en l'absence de délai de réflexion. Les deux mécanismes ont une essence commune : contraindre le potentiel contractant à hésiter afin d'examiner son futur engagement. Ils divergent néanmoins quant au moment où ils interviennent. Le délai de rétractation se différencie également en ce qu'il fixe une limite au temps d'hésitation. Passé ce délai, l'intéressé ne peut plus revenir sur son consentement. Il s'agit par conséquent d'un délai maximum comme en témoigne les textes. Par exemple, l'article L. 221-21 du Code de la consommation dispose que : « *Le consommateur exerce son droit de rétractation en informant le professionnel de sa décision de se rétracter par l'envoi, avant l'expiration du délai prévu à l'article L. 221-18* ». L'article L. 222-7 parle, lui, du « *délai pendant lequel peut s'exercer le droit de rétractation* ». Il s'agit en pareil cas de ne pas faire durer l'attente pour la raison simple

¹ Voir notamment MIRABAIL S., La rétractation en droit privé, *op. cit.* ; BARBIER H., Ébauche d'un régime général du droit de rétractation, RTD Civ. 2016. 605 ;

² La décision ne se confond pas avec le consentement. Il n'y a décision que s'il y a passage à l'action.

³ CALAIS-AULOIS J., DEPINCE M., TEMPLE H., *op. cit.*, p. 173.

qu'une partie de la phase de manifestation a déjà été réalisée. Pour le dire autrement, le consentement a été donné.

695. Le délai de rétractation se veut en outre plus pragmatique. L'intéressé a déjà manifesté son choix, il est dès lors dans la partie concrète de son processus décisionnel. L'objet de sa réflexion n'est plus théorique. Il n'est donc pas surprenant que ce mécanisme concerne principalement les contrats conclus à distance comme le prévoit les articles L. 221-18 et L. 222-7 du Code de la consommation. Il concerne également les contrats ayant un objet particulier comme les contrats d'achat de métaux précieux¹. Ces contrats sont aujourd'hui d'importance en raison de l'augmentation du cours de l'or qui a favorisé son achat auprès des particuliers. Activité jusque-là exercée essentiellement par les bijoutiers, nombre de comptoirs se sont depuis installés proposant aux consommateurs le rachat de bijoux ou tout autre type d'objet, même endommagés. Cette pratique rencontre un succès incontestable auprès des particuliers en ce qu'elle permet de pallier leurs difficultés économiques². Or, ce sont justement ces difficultés économiques qui les amènent à accepter un prix souvent plus faible que la valeur réelle du bien mais qui peuvent également altérer leur processus décisionnel. Le désespoir d'une situation financière critique peut ainsi conduire à la décision précipitée de se séparer d'un bijou de famille. D'où la nécessité d'un encadrement législatif de la relation consommateur-vendeur/professionnel-acheteur³ et singulièrement la consécration d'un délai de rétractation de quarante-huit heures⁴ à compter de la signature du contrat⁵ pour ceux portant sur les achats de métaux précieux⁶.

¹ Voir not. PIEDELIEVRE S. et alii, *op. cit.*, n° 233.161 et s.

² Ibid., n°233.161.

³ Le développement du marché d'occasion a créé une nouvelle catégorie de consommateurs : le consommateur-vendeur. Voir en ce sens GUICQUAUD E., *Le consommateur-vendeur*, D. 2014.559.

⁴ Un délai aussi bref est justifié par le fait que les professionnels étaient désireux de ne pas être obligés de conserver les bijoux pendant un délai trop long et ne pas s'exposer à un risque de cambriolage. PIEDELIEVRE S. et alii, *op. cit.*, p. 807.

⁵ Pour certains auteurs, le délai de rétractation étant exprimé en heures, le contrat doit préciser, au titre de la date, l'année, le mois, le jour et l'heure de la signature. PIEDELIEVRE S. et alii, *op. cit.*, p. 807.

⁶ Art. L. 224-99 du Code de la consommation.

696. Hormis cette brève durée, le délai de rétractation est généralement fixé à quatorze jours¹. Il est cependant de dix jours pour les contrats portant sur la construction ou l'acquisition un immeuble à usage d'habitation comme le prévoit l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation et de trente jours pour les contrats d'assurance-vie². Quoi qu'il en soit, il constitue un délai dédié à la réflexion *stricto sensu* puisqu'en règle générale, le législateur interdit toute exécution du contrat pendant le délai³ même s'il peut assurer une fonction d'essai, notamment pour les contrats de vente à distance⁴.

697. Afin de garantir l'efficacité du délai de rétractation, le législateur exige que le potentiel contractant soit informé du temps d'hésitation qui lui est accordé. C'est la raison pour laquelle les textes exigent qu'il en soit fait mention aux termes du contrat⁵ et/ou qu'un formulaire détachable soit joint au contrat⁶. La jurisprudence se montre particulièrement exigeante sur ce point et considère par exemple que les textes imposent une mention en caractères très lisibles et gros afin de protéger le consommateur et d'attirer son attention sur la faculté de rétractation qui lui est offerte et que par conséquent, ne respecte pas cette prescription la mention « annulation de commande » qui, bien qu'écrite en gras, ne figure pas en gros caractères, leur hauteur étant inférieure à celle des autres titres de rubriques figurant en gras au verso du contrat telles que les conditions générales de vente⁷.

698. Dans l'hypothèse où le formalisme légal de notification n'a pas été respecté, il s'ensuit que le délai de rétractation est prolongé. Une prorogation de douze mois pour les contrats

¹ Pour les contrats à distance portant sur des services financiers : Art. L. 222-7 du Code de la consommation ; les contrats de crédit à la consommation : Art. L. 312-19 du Code de la consommation ; pour les contrats conclus à distance et hors établissement : Art. L. 221-18 du Code de la consommation.

² Art. L. 132-5-1 du Code des assurances.

³ Art. L. 222-13 du Code de la consommation.

⁴ Par exemple, Cass. Civ. 1^{ère}, 20 mars 2013, n°12-15.052. Il s'agissait en l'espèce d'un couple qui, suite à la l'acquisition à distance deux motocyclettes auprès d'un commerçant et a exercé son droit de rétractation à la livraison des véhicules.

⁵ Par exemple, art. L. 271-1 al. 6 du Code de la construction et de l'habitation. L'art. L. 132-5-2 du Code des assurances impose la remise d'une note d'information relative à la renonciation préalablement à la conclusion du contrat.

⁶ Par exemple, art. L. 312-21, L. 221-21 du Code de la consommation.

⁷ CA Nancy, 17 oct. 2013 : CCC 2014, n° 56, obs. Raymond.

conclus à distance et hors établissement¹. S'agissant en revanche des contrats d'assurance-vie, l'article L. 132-5-2 du Code des assurances dispose que : « *le défaut de remise des documents et informations prévus au présent article entraîne, pour les souscripteurs de bonne foi, la prorogation du délai de renonciation prévu à l'article L. 132-5-1 jusqu'au trentième jour calendaire révolu suivant la date de remise effective de ces documents, dans la limite de huit ans à compter de la date où le souscripteur est informé que le contrat est conclu* ». La prorogation n'est pas sans poser de difficultés car elle fragilise incontestablement les contrats², ce d'autant lorsque l'absence de notification ne fait pas courir le délai de rétractation comme pour les contrats concernés par l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation³ et qu'au surplus, il est admis, lorsque le délai de rétraction n'a pas couru, la notification par l'acquéreur dans l'instance l'opposant à son vendeur de conclusions par lesquelles il déclare exercer son droit de rétractation⁴.

699. C'est la raison pour laquelle les juges ont recours à la renonciation tacite de l'acquéreur à son droit de rétractation⁵ afin de lutter « *contre les abus de droit à peine voilés des bénéficiaires de droit de rétractation*⁶ ». Dans cet arrêt, des époux ont acquis d'une SCI un appartement et un emplacement de stationnement en l'état futur d'achèvement, au titre d'un projet d'investissement locatif ouvrant droit à défiscalisation. Reste que, le contrat préliminaire n'avait été notifié qu'en un seul exemplaire adressé à « Monsieur et Madame X. » au lieu d'être notifié à chacun des époux. Néanmoins, quelques semaines plus tard, la vente avait été réitérée par acte authentique. Les époux ont ensuite sollicité l'annulation de la vente pour non-respect du formalisme prévu par l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation. Déboutés de leur demande par les juges du fond, ils formèrent un pourvoi en cassation. Par une substitution de motifs, la Cour de cassation considéra que : « *la signature par les acquéreurs de l'acte authentique de vente sans réserve vaut renonciation à se prévaloir de l'irrégularité de la notification du droit de rétractation prévue à l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation ; que la cour d'appel a relevé que M. et Mme X... avaient tous deux signé*

¹ Art. L. 221-20 du Code de la consommation.

² BARBIER H., Ébauche d'un régime général du droit de rétractation, *op. cit.*

³ Cass. Civ. 3^{ème}, 8 oct. 2014, n° 13-20.294.

⁴ Cass. Civ. 3^{ème}, 25 mai 2011, n° 10-14.641 P : Constr.-Urb. 2011, no 136, obs. Sizaïre; JCP N 2011. 1221, obs. Guyader.

⁵ Cass. Civ. 3^{ème}, 7 avril 2016, n° 15-13.064.

⁶ BARBIER H., Ébauche d'un régime général du droit de rétractation, *op. cit.*

l'acte authentique de vente, sans émettre de réserve quant à l'absence de notification du contrat préliminaire de réservation par lettre recommandée avec demande d'avis de réception séparée à chacun d'entre eux ; qu'il en résulte que l'acte authentique de vente n'est pas entaché de nullité ».

700. Cette solution ne peut qu'être approuvée. Le délai de rétractation vise à tempérer la prise de décision en retardant l'exécution afin de permettre au potentiel contractant de pleinement réfléchir à l'opportunité de sa décision. Comme avec le délai de réflexion, le non-respect du formalisme fait présumer un consentement vicié en raison d'une altération du processus décisionnel. Il ne s'agit pourtant pas d'une présomption irréfragable. Dès lors, l'on peut qu'admettre que la signature de l'acte authentique de vente sans réserve témoigne du consentement sain des acquéreurs nonobstant l'irrégularité de la notification du droit de rétractation. Ce faisant, ils renoncent effectivement à se prévaloir de cette irrégularité. Le recours des juges à la renonciation tacite permet d'éviter le dévoiement de l'objectif initial de protection du consentement et *« démontre surtout d'un point de vue plus théorique que la renonciation à un droit, lorsque ce droit consiste en un formalisme légal d'information conditionnant la validité d'un acte (comme ici), sert en réalité à opérer une confirmation du contrat vicié¹ ».*

701. Outre l'information de l'existence du délai, la computation est également une question fondamentale.

B. Les difficultés de computation

702. Le délai de rétractation est un mécanisme pragmatique. Ainsi, son point de départ dépend de la nature du contrat, s'agissant singulièrement des contrats conclus à distance². Ainsi, pour les contrats de vente de biens, il est fixé à la réception du bien³ ; le postulat étant que seule celle-ci permet au consommateur de se rendre compte de son achat et de son

¹ BARBIER H., Ébauche d'un régime général du droit de rétractation, *op. cit.*

² LEGRAND V., Le nouveau droit de la vente à distance et du démarchage, LPA 12 mars 2014, n° 51, p. 8 ; RZEPECKI N., Le renforcement de la protection pour les contrats conclus à distance et hors établissement, Gaz. Pal. 2014. 1407.

³ Art. L. 221-18 2° du Code de la consommation.

opportunité. En revanche, pour les contrats de prestation de service, de façon plus commune¹, il court à compter de la conclusion du contrat². Plus délicate est la question pour les contrats mixtes, ceux portant à la fois sur le transfert de propriété d'un bien et sur la réalisation d'une prestation de service. *« Elle se pose d'autant plus que se développent nombre de biens comportant des éléments numériques, tels les objets connectés, dont la partie matérielle permet la fourniture d'un service. Or, les enjeux sont importants tant au stade de la formation qu'au stade de l'exécution du contrat tant les règles qui ont vocation à régir le contrat de vente ou le contrat de prestation de service sont différentes³. »* La jurisprudence considère que le contrat ayant pour objet à la fois la fourniture de prestation de services et la livraison de biens est assimilé à un contrat de vente en application de l'article L.221-1 II du Code de la consommation et non à contrat de prestation de services⁴.

703. Quoi qu'il en soit, la computation du délai de rétractation est un élément primordial à telle enseigne qu'elle fait partie des informations obligatoires devant apparaître clairement et lisiblement. Le 26 mars 2020⁵, la Cour de justice a fourni de nouvelles précisions sur les contours de l'obligation d'information dans le cadre de la directive 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs⁶. L'affaire concernait un contrat de crédit conclu en 2012, duquel le consommateur avait déclaré se rétracter en 2016. Le contrat prévoyait un délai de rétractation de quatorze jours, commençant à courir *« après la conclusion du contrat, mais pas avant que l'emprunteur n'ait reçu toutes les informations obligatoires »*. L'établissement de crédit estimait pour sa part que ce délai de rétractation était expiré.

704. Or, le contrat n'énumérait pas lui-même toutes les « informations obligatoires », mais se bornait à renvoyer à une disposition du droit allemand, qui elle-même renvoyait à d'autres dispositions du droit allemand. La question était donc de savoir si le délai de rétractation avait

¹ Par exemple, pour les contrats à distance portant sur des services financiers : Art. L. 222-7 1° du Code de la consommation ; les contrats de crédit à la consommation : Art. L. 312-19 du Code de la consommation.

² Art. L. 221-18 1° du Code de la consommation.

³ BERNHEIM-DESVAUX S., Contrats mixtes et point de départ du délai de rétractation, Démarchage - Contrat mixte et point de départ du délai de rétractation, Com. Sous CA Lyon, 6e ch., 18 mars 2021, n° 19/05346, Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2021, comm. 90.

⁴ CA Lyon, 6e ch., 18 mars 2021, n° 19/05346.

⁵ CJUE, 26 mars 2020, aff. C-66/19, Kreissparkasse Saarlouis.

⁶ PE et Cons. UE, dir. 2008/48/CE, 23 avr. : JOUE n° L 133, 22 mai 2008

bien commencé à courir. Cette question dépendait du point de savoir si le contrat comportait bien toutes les informations obligatoires. C'est dans ce contexte que le tribunal régional de Sarrebruck avait décidé d'interroger la Cour sur l'interprétation de l'article 10, § 2 de la directive. Bien que ne figurant pas expressément parmi les informations obligatoires énumérées à l'article 10, § 2 de la directive 2008/48/CE, les modalités de computation du délai de rétractation doivent figurer de manière claire et concise dans les contrats de crédit aux consommateurs. S'agissant d'informations obligatoires dont la communication au consommateur détermine le point de départ du délai de rétractation, il ne suffit pas que le contrat renvoie à une disposition nationale indique la Cour.

705. L'article L. 221-19 du Code de la consommation précise d'ailleurs la computation des délais. Le délai court à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat ou du jour de réception du bien ; commence à la 1^{ère} heure du jour ; s'il expire un samedi, un dimanche, un jour férié ou chômé, prorogé jusqu'au 1^{er} jour ouvrable suivant¹. Toute erreur dans les informations relatives au droit de rétractation données au consommateur entraîne la prolongation du délai de rétractation de douze mois à compter de l'expiration du délai de rétractation initial par application de l'article L. 221-20 du Code de la consommation. Il s'agit toujours d'un délai préfix² comme le rappelle la lettre de l'article L. 222-7 du Code de la consommation relatif aux contrats conclus à distance portant sur des services financiers qui évoque expressément un délai de quatorze jours calendaires révolus.

706. Bien que les textes organisent la computation des délais, le point de départ de celle-ci peut s'avérer difficile à déterminer. C'est le cas pour les contrats ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation, souscription de parts de sociétés d'attribution, ventes d'immeuble à construire, opérations de location accession à la propriété immobilière. L'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation dans son premier alinéa prévoit un délai de dix jours à compter du lendemain de la première présentation de la lettre notifiant l'acte à l'acquéreur non professionnel. Le second alinéa précise que : « *Cet*

¹ Précision : L'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période, prise en raison de la crise sanitaire due à la COVID 19 exclut expressément de ce report le délai de rétractation.

² LEQUETTE Y., TERRÉ Fr., SIMLER Ph., CHÉNEDÉ Fr., *op. cit.*, n° 263 p. 267 ; MIRABAIL S., La rétractation en droit privé français, *op. cit.*, p. 226.

acte est notifié à l'acquéreur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout autre moyen présentant des garanties équivalentes pour la détermination de la date de réception ou de remise. La faculté de rétractation est exercée dans ces mêmes formes. »

707. Comment interpréter la notion de « première présentation » ? D'aucuns se montraient favorables à ce que le délai commence à courir à compter de l'avis de réception laissé par le facteur¹, quand pour d'autres, c'est la récupération effective de la lettre qui marquait le point de départ². La jurisprudence, pour sa part, fait une application littérale du texte et a pu décider que le délai de rétractation court non pas à compter de la remise effective de la lettre à son destinataire mais de sa première présentation, et ce même dans le cas où le destinataire s'est abstenu de retirer cette lettre au bureau de poste³.

708. Selon cette décision, une cour d'appel ne peut juger que le délai de rétractation n'a pas couru à l'égard de l'acquéreur au motif que celui-ci n'a pas réceptionné la lettre recommandée, alors qu'il résulte de ses propres constatations que, bien que régulièrement avisé, l'acquéreur s'est abstenu d'aller retirer la lettre recommandée à la poste. De ce point de vue, l'on peut considérer *« dans cette référence à la notion de « présentation » la volonté du législateur d'éviter que la vente soit laissée indéfiniment en suspens par la seule volonté de l'acquéreur qui déciderait de ne pas retirer la lettre⁴. »* Il s'agit en effet, avec le délai maximum, de prévoir un temps d'hésitation mais limitativement encadré afin de ne pas faire durer la situation d'attente qui en découle.

709. Reste que, la remise effective de la lettre au destinataire n'épargne pas toute difficulté. Il peut se produire que la lettre recommandée soit remise à une personne qui n'a pas qualité

¹ PERINET-MARQUET H., Impact de la loi SRU sur la vente immobilière : JCP N 2001, n° 10, p. 533, n° 26. – CA Aix-en-Provence, 1^{re} ch. A, 10 mai 2007 : JurisData n° 2007-338338

² Le MASSON J.-M., Les nouvelles données de la protection de l'acquéreur immobilier, Administrer avr. 2001, p. 39, n° 76.

³ Cass. civ.1^{ère}, 14 févr. 2018, n° 17-10.514 : JurisData n° 2018-001974.

⁴ LAFOND J., LEPELTIER D. et MATET V., Fasc. 14 : Avant-contrat – Protection de l'acquéreur – Délai de réflexion ou de rétractation, JurisClasseur Notarial Formulaire, Décembre 2019 (mise à jour nov. 2020), n° 99.

pour la recevoir¹, que la date de distribution soit illisible², ou encore que la notification ait été effectuée à une adresse erronée³. Dans tous ces cas, le délai ne courra pas. En revanche, l'article L. 100 du Code des postes et télécommunications rend efficace la notification par voie électronique. La remise contre émargement l'est également. Les conditions de cette remise au titulaire du droit de rétractation sont fixées par l'article D. 271-6 du Code de la construction et de l'habitation. Mais il est de principe que « *la notification peut toujours être faite par voie de signification alors même que la loi l'aurait prévue sous une autre forme* » comme le prévoit l'article 651 du Code de procédure civile.

710. Somme toute, le délai de rétractation en ce qu'il constitue une période d'hésitation durant la phase ultime du processus décisionnel génère une précarisation du contrat. D'autres mécanismes intervenant à la même période produisent un effet similaire.

II. L'encadrement temporel de la précarisation

711. Les mécanismes du droit à l'hésitation créent systématiquement une situation d'attente qui est source de précarité. Pour cette raison, elle doit nécessairement être provisoire, plus encore lorsqu'elle concerne la période charnière de formation du contrat. Ce provisoire est alors une attente organisée⁴. Deux exemples illustrent la précarisation d'un acte juridique existant justifiant l'instauration de délais maximaux. Le premier est celui de la période d'essai du contrat de travail qui, comme le délai de rétractation, intervient durant la dernière phase du processus décisionnel. À dire le vrai, la période d'essai présente certains traits du délai de rétractation en ce qu'elle constitue un temps d'hésitation pragmatique (A). Le second est celui des droits de préemption. Ils ont pour particularité de superposer une proposition contractuelle à une autre déjà existante (B).

¹ CA Toulouse, 1re ch., 1re sect., 22 févr. 2010, n° 08/06577 : JurisData n° 2010-006980. – CA Amiens, 1re ch., 1re sect., 8 oct. 2009 : JurisData n° 2009-37957.

² CA Fort-de-France, 9 oct. 2009, n° 07/00294 : JurisData n° 2009-021034.

³ CA Reims, 12 oct. 2009, n° 09/01414 : JurisData n° 2009-020227.

⁴ LORVELLEC L., Remarques sur le provisoire en droit privé, in Études dédiées à Alex Weill, Dalloz-Littec, 1983, p.385, spé. p. 387.

A. Un temps d'hésitation pragmatique

712. La période d'essai¹ est définie comme celle permettant « à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent ² ». Par suite, elle ne peut se situer qu'au commencement de l'exécution du contrat de travail ; les parties ne pouvant en différer le début³. En effet, la période d'essai, comme le délai de rétractation, introduit un temps d'hésitation postérieurement à la manifestation du choix. Il s'agit cependant d'un temps d'hésitation pragmatique puisque les parties réalisent à titre expérimental la seconde étape de la phase finale du processus décisionnel.

713. Au bénéfice des deux parties, elle a pour effet d'écarter les règles légales ou conventionnelles du licenciement⁴. « Il est ainsi permis à chacune des parties, si elle considère que l'essai n'est pas concluant, de mettre fin unilatéralement au contrat pendant la durée de la période d'essai sans avoir à respecter les règles impératives qui encadrent normalement la rupture du contrat de travail⁵. »

714. Avant la loi du 25 juin 2008, si la période d'essai était légalement encadrée pour les contrats à durée déterminée notamment, les textes demeuraient silencieux pour ce qui concerne les contrats à durée indéterminée. La fixation de la durée de celle-ci résultait alors soit d'une convention collective⁶, soit de la convention. Dans cette dernière hypothèse, le salarié n'avait pas nécessairement la faculté de négocier la durée⁷ avec néanmoins le tempérament selon

¹ AUZERO G., BAUGARD D., DOCKÈS E., Droit du travail, Dalloz, 35^e éd., 2021 ; ANTONMATTEI P.-H., Droit du travail, L.G.D.J, 1^{ère} éd., 2021.

² Art. L. 1221-20 du Code du travail.

³ Cass. Soc., 25 févr. 1997, n° 93-44.923.

⁴ Art. L. 1242-11 et L. 1231-1 du Code du travail.

⁵ CARSIN X., Fasc. 16-17 : Période d'essai, JurisClasseur Travail Traité, 15 Juillet 2015 (Mise à jour octobre 2019), n°1.

⁶ Par exemple la convention collective des ingénieurs et cadres de la métallurgie, à son article 5 qui fixait à trois mois pour les ingénieurs des positions I et II la période d'essai qui, pour les ingénieurs de la position III, et qui pouvait être fixée d'un commun accord à une durée supérieure à trois mois, sans pouvoir excéder six mois. Voir Cass. Soc. 25 févr. 2009, n° 07-40.155.

⁷ Par exemple une période d'un an, Cass. Soc., 11 janv. 2012, n° 10-17.945 ou de six mois pour un poste d'assistante commerciale, ayant pour fonctions d'accueillir et d'orienter la clientèle, dont elle devait identifier les

lequel la durée de l'essai ne devait pas excéder ce qui est nécessaire pour évaluer les compétences du salarié compte tenu des attributions qui lui sont confiées¹.

715. Dans un souci de protection du salarié, mais également afin de ne pas pérenniser la précarité issue de la période d'essai², le législateur a instauré des délais maximaux tant pour ce qui concerne le contrat à durée déterminée, que le contrat à durée indéterminée, renouvellement compris³. S'agissant du contrat à durée indéterminée, l'article L. 1221-19 du Code du travail distingue selon la classe du salarié : ouvriers et employés, agents de maîtrise et techniciens, cadres. C'est dire que la durée est fonction, fort logiquement, de la qualification professionnelle du salarié. D'évidence, les tâches qui sont confiées à un ouvrier seront moins complexes que celles confiées à un cadre. Par suite, elles ne nécessitent pas un temps d'appréciation aussi long que celui nécessaire pour les tâches confiées à un cadre. Quoi qu'il en soit, ces durées présentent un caractère impératif comme le précise l'article L. 1221-22 du Code du travail, exception faite des cas limitativement prévus par le texte.

716. Le législateur s'emploie à ne pas faire durer la situation d'attente découlant de ce temps d'hésitation pragmatique. Il suit de là que la possibilité de renouveler la période d'essai ne se présume pas et doit être stipulée dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail⁴. De même et afin de s'assurer que la période d'essai remplisse son objectif de mise en situation, l'article L. 1221-24 du Code du travail dispose « *qu'en cas d'embauche dans l'entreprise dans les trois mois suivant l'issue du stage intégré à un cursus pédagogique réalisé lors de la dernière année d'études, la durée de ce stage est déduite de la période d'essai, sans que cela ait pour effet de réduire cette dernière de plus de la moitié, sauf accord collectif prévoyant des stipulations plus favorables. Lorsque cette embauche est effectuée dans un emploi en correspondance avec les activités qui avaient été confiées au stagiaire, la durée du stage est déduite intégralement de la période d'essai.* »

besoins pour lui donner, notamment en prenant en compte la procédure du traitement du risque, une réponse adaptée, Cass. Soc., 10 mai 2012, n° 10-28.512.

¹ Par exemple, Cass. Soc., 9 juin 1988 : Bull. civ. 1988, V, n° 348.

² Voir MARTINON A., Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée, Thèse, Dalloz, 2005, spé. n°609 et s.

³ Art. L. 1221-21 du Code du travail.

⁴ Art. L. 1221-23 du Code du travail.

717. S'agissant de la computation des délais, les dispositions des articles 641 et 642 du Code de procédure civile sont écartées¹. Lorsqu'elle est exprimée en semaines ou en mois, la période d'essai se calcule au regard des semaines civiles ou des mois calendaires². Lorsqu'elle est exprimée en jours, elle se décompte, sauf disposition conventionnelle ou contractuelle contraire, en jours calendaires et non en jours travaillés³. *« La période d'essai débute donc le jour où commence l'exécution du contrat et il n'y a pas lieu d'exclure cette journée du calcul du délai : la période d'essai d'une semaine qui commence un lundi s'achève le dimanche soir à minuit ; une période d'essai d'un mois commencée le 8 juin 2009 s'achèvera le 7 juillet suivant à minuit. Pour les mêmes raisons, il n'y a pas de prorogation de la durée de la période d'essai jusqu'au premier jour ouvrable suivant, lorsque cette période vient à terme un jour férié ou un jour de fermeture de l'entreprise. »*⁴

718. En revanche, pour ce qui concerne la prorogation résultant de la suspension du contrat de travail, la Cour de cassation précise que *« la période d'essai ayant pour but de permettre l'appréciation des qualités du salarié, celle-ci est prolongée du temps d'absence du salarié, tel que celui résultant de la prise de jours de récupération du temps de travail ; qu'en l'absence de dispositions conventionnelles ou contractuelles contraires, la durée de la prolongation de l'essai ne peut être limitée aux seuls jours ouvrables inclus dans la période ayant justifié cette prolongation »*⁵.

719. Nonobstant le fait que la période d'essai du contrat de travail est au bénéfice des deux parties, il est évident que dans nombre d'hypothèses en pratique, la précarité résultant de la situation d'attente concerne essentiellement le salarié pour qui l'emploi occupé n'est autre qu'un moyen de subsistance, qui à cet égard, est nécessaire voire vital. Par conséquent, l'encadrement impératif particulièrement vigoureux de la durée de la situation d'attente se justifie.

¹ Cass. soc., 21 janv. 1987 : Bull. civ. 1987, V, n° 29. ; Cass. soc., 10 juin 1992 : Bull. civ. 1992, V, n° 378. ; Cass. soc., 5 mars 2006 : Bull. civ. 2006, V, n° 103.

² Cass. soc., 4 févr. 1993, n° 89-43.421.

³ Cass. soc., 29 juin 2005 : Bull. civ. 2005, V, n° 220 ; Dr. soc. 2005, p. 1036, obs. J. Savatier. ; Cass. soc., 28 avr. 2011, n° 09-40.464 et 09-72.165.

⁴ CARSIN X., Fasc. 17-16 : période d'essai, JurisClasseur Travail Traité, juillet 2015 (Mise à jour octobre 2019), n°33.

⁵ Cass. soc., 11 sept. 2019, n° 17-21.976 : JurisData n° 2019-015509 ; JCP S 2019, 1291, note D. Fallik-Meynard

B. La superposition de deux propositions contractuelles

720. Dans certaines hypothèses, alors qu'une offre de vente à personne déterminée existe ou une promesse, une seconde proposition portant sur le même bien se superpose à la première. Cette situation, a priori inédite, se produit lorsqu'existe un droit de préemption¹. Celui-ci qui « *peut être défini comme le droit reconnu à certaines personnes, publiques ou privées, d'acquérir, par préférence à tout autre acheteur, un bien qui est mis en vente*² », affecte la libre aliénation du bien en ce qu'il permet à certaines personnes d'être préférées à d'autres lors de la conclusion du contrat de vente. Il faut par conséquent exclure l'hypothèse où le propriétaire offre uniquement au titulaire du droit de conclure le contrat de vente. En pareil cas, il n'y a aucune superposition³.

721. Autrement, la seconde proposition résulte de l'information par le propriétaire du bien ou par un tiers⁴, de son intention d'aliéner ledit bien « *parce que sa prérogative dépend d'une aliénation dont il n'a jamais l'initiative, et qu'il peut à ce titre ignorer*⁵ ». Cette information, obligatoire en raison du droit de préemption, est considérée comme une offre par le législateur pour quelques-uns seulement. L'article L. 412-8 du Code rural, aux termes de son alinéa 2, énonce ainsi expressément que la communication des conditions de vente par le notaire au fermier « *vaut offre de vente aux prix et conditions qui y sont contenus* ». L'article 10-I de la loi du 31 décembre 1975 impose la même qualification pour la notification préalable à l'exercice du droit de préemption du locataire d'un immeuble à usage d'habitation. Cette qualification similaire a pu être retenue par la Cour de cassation dans le cadre de l'exercice du droit de préemption de la SAFER⁶.

¹ WALRAVENS A., Le droit de préemption, Thèse, Paris, 2015 ; JACQUOT H., PRIET Fr., MARIE S., Droit de l'urbanisme, Précis, Dalloz, 8^e éd., 2019.

² BARRET O., BRUN Ph., Vente : formation – aliénabilité de la chose, Répertoire de droit civil, oct. 2019 (actualisation 2020), n°346.

³ En effet, « *le droit de préférence semble n'avoir aucune consistance lorsque le propriétaire offre spontanément et exclusivement au titulaire du droit de préemption de conclure la vente.* » PILLET G., Préemption et retraits – Droits d'origine légale, Répertoire de droit civil, Mars 2010 (actualisation juin 2021), n°14.

⁴ Comme le notaire par exemple. Voir art. L. 412-8 du Code rural et de la pêche maritime.

⁵ PILLET G., Préemption et retraits – Droits d'origine légale, Répertoire de droit civil, Mars 2010 (actualisation juin 2021), n°52.

⁶ Cass. Civ. 3^{ème}, 22 oct. 1985, Bull. civ. III, n° 129.

722. Bien que cette assimilation à l'offre soit jugée « artificielle¹ », la jurisprudence en applique néanmoins le régime et a par exemple, pu décider que la notification par le notaire des conditions et modalités de l'aliénation constitue une offre de vente soumise aux dispositions de l'article 1589, alinéa 1er, du Code civil². Autrement, les textes utilisent le terme « proposition ³».

723. Quoi qu'il en soit, cette prérogative exorbitante produit incontestablement un effet direct sur le bénéficiaire initial de la proposition contractuelle mais également sur le propriétaire lesquels sont alors en situation d'attente. Celle-ci résulte du droit de réflexion accordé au titulaire du droit de préemption, particulièrement utile pour certains, tel que le locataire d'un immeuble à usage d'habitation, afin de lui permettre d'apprécier l'opportunité de l'aliénation qui lui est ainsi ouverte. Il est généralement de deux mois et court à compter de la proposition pour le droit de préemption urbain⁴. S'agissant en revanche de l'offre adressée au locataire, tout comme pour le droit de préemption en cas d'aliénation de biens ruraux⁵, le délai court à compter de la réception de l'offre⁶. Cependant, il est d'un mois pour le droit de préemption du co-indivisaire⁷.

724. Il s'agit, en tout état de cause, d'un droit s'inscrivant dans une durée maximale. En effet, les textes enferment la décision du titulaire du droit dans de stricts délais et son silence vaut renonciation⁸ afin de paralyser la conclusion du contrat initial. Pour s'assurer du respect

¹ PILLET G., Préemption et retraits – Droits d'origine légale, Répertoire de droit civil, Mars 2010 (actualisation juin 2021), n°57 selon lequel « *alors qu'une offre appelle par nature une adhésion pure et simple de son destinataire, l'article 10-I de la loi n° 75-1351 du 31 décembre 1975 permet au preneur d'imposer unilatéralement une modalité absente de l'offre, à savoir, la conclusion du contrat sous la condition d'obtention d'un prêt. Plus largement, on ne retrouve pas dans la notification l'initiative libre du pollicitant, sans laquelle il n'y a pas en principe de véritable offre.* » Contr. BARRET O., BRUN O., Vente : formation – Aliénabilité de la chose, Répertoire de droit immobilier, Octobre 2019 (Actualisation Décembre 2020), n°359. Voir également SAINT-ALARY-HOUIN C., Le droit de préemption, *op. cit.*

² Cass. Civ. 3^{ème}, 15 déc. 2004, n° 03-15.530.

³ Art. L. 211-5 du Code de l'urbanisme.

⁴ Art. L. 211-5 du Code de l'urbanisme.

⁵ Art. L. 412-8 du Code rural et de la pêche maritime.

⁶ Art. 10-I de la loi du 31 décembre 1975.

⁷ Art. 815-14 du Code civil.

⁸ Art. L. 213-2 al. 4 du Code de l'urbanisme ; Art. L. 412-8 du Code rural et de la pêche maritime.

du délai, le législateur impose des modes de notification permettant d'établir date certaine : par acte extrajudiciaire¹ ou encore par lettre recommandée avec demande d'avis de réception². Il exige par ailleurs que la décision du titulaire du droit soit donnée dans les mêmes formes.

725. Mais le vrai reste que les droits de préemption modifient « *le jeu normal du commerce juridique en lui donnant une inclinaison suffisante pour qu'il conduise, non pas nécessairement, mais plus facilement, le bien visé dans le patrimoine de celui auquel il semble, aux yeux du législateur, le plus utile*³ ». Ce faisant, ils précarisent l'offre initiale de vente qu'il suspend durant la situation d'attente et paralyse le bien. Par conséquent, l'exercice du droit de préemption est enfermé dans un délai relativement bref, deux mois.

726. Somme toute, le législateur intervient dans la modulation de la durée de la situation d'attente notamment dans un souci de protection mais également par préoccupation de la sécurité juridique⁴. Les préoccupations sont différentes lorsque la modulation est laissée à la volonté des parties.

Section 2 - La modulation de la durée d'hésitation

727. La liberté contractuelle étant la règle, en dehors des cas d'immixtion du législateur, les parties décident de la durée qui leur semble appropriée pour organiser l'hésitation en fonction du contexte décisionnel. Par exemple, la nécessité de conclure une vente rapidement commandera un bref délai quand la réalisation d'audit et autres vérifications exigera un délai plus long. Généralement, la modulation de la durée d'hésitation est faite par les parties (§1). Cependant, l'imprécision (§2), voire le silence quant à cette durée peut être source de conflit entre elles. L'un – celui à l'origine de la proposition – trouvera le temps déjà écoulé suffisant, quand l'autre le jugera, il va sans dire, insuffisant. L'opposition de leurs intérêts est criante en pareille hypothèse et s'exprime plus encore lorsque l'une des parties en vient finalement en trancher. Par exemple, le vendeur, lassé d'attendre la décision du potentiel

¹ Art. 815-14 du Code civil.

² Art. L. 412-8 du Code rural et de la pêche maritime ; Art. 10-I de la loi du 31 décembre 1975.

³ PILLET G., Préemption et retraits – Droits d'origine légale, Répertoire de droit civil, Mars 2010 (actualisation juin 2021), n°11.

⁴ *Ibid.*, n°67.

acquéreur, peut céder son bien à un tiers. Le potentiel acquéreur, déçu, saisira alors le juge. C'est dire qu'il s'agit d'un contentieux décalé. L'intervention du juge s'effectue donc *a posteriori*.

§ 1 - La modulation par les parties

728. Par prudence et soucieuses de ne pas voir durer la situation d'attente, les parties ou seulement l'une d'entre elles – généralement celui à l'origine de la proposition contractuelle – fixe la durée du temps d'hésitation. Si la durée expresse (I) ne pose pas en tant que telle de difficulté, plus délicate est l'hypothèse de l'inertie du créancier du droit à l'hésitation (II).

I. La durée expresse

729. La fixation d'un délai maximum conventionnel (A) constitue un délai contraignant pour le débiteur du droit à l'hésitation (B).

A. Un délai maximum conventionnel

730. L'élément temporel est d'importance dans la formation des contrats d'aujourd'hui¹. « *L'intuitus personae dans les contrats d'affaires est très important ; l'enjeu économique, vous le savez, est tout à fait considérable dans bien des contrats ; les contrats représentent des valeurs économiques non négligeables ; les partenaires contractuels sont souvent multiples : aux côtés de ceux qui envisagent de contracter, il y a aussi d'autres personnes telles que les banquiers, les pouvoirs publics qui souvent ont leur mot à dire, ne serait-ce qu'à travers l'octroi d'un crédit ou d'un agrément.*² »

¹ CRESP M., Le temps juridique en droit privé : essai d'une théorie générale, *op. cit.* ; STOFFEL J.-N., Le projet d'acte juridique : étude de droit privé, *op. cit.*

² MESTRE J., La période précontractuelle et la formation du contrat, LPA 5 mai 2000, n° 90, p. 7.

731. Le temps pour convaincre, le temps pour se convaincre, le temps pour vérifier¹ ; en somme, le temps pour se décider s'étire². Prenons l'hypothèse de l'intéressé qui souhaite acquérir une société propriétaire d'immeubles loués au titre de divers baux commerciaux. Pour se décider, il doit étudier des baux afin de s'assurer qu'il s'agit d'un bon placement, qui sera rentable. L'analyse des diverses clauses du contrat lui permet en outre de mesurer la portée des engagements qui seront potentiellement désormais les siens³. Par exemple, la stipulation d'une clause recette⁴ n'est pas sans conséquence s'il entend par la suite, engager une procédure de renouvellement des baux commerciaux moyennant un loyer fixé à hauteur de la valeur locative⁵. Le temps apparaît alors comme un facteur décisif pour la prise de décision de contracter. « *La période dure, des frais y sont exposés, des études y sont conduites, l'entreprise est souvent derrière les négociateurs, l'attente est donc considérable (...).*⁶ » Afin de se prémunir, autant que faire se peut, de toute déception, les parties piochent dans le panel du droit à l'hésitation. Quel que soit le mécanisme auquel elles ont recours pour traiter l'hésitation et s'assurer du bon déroulement du processus décisionnel, il est certain qu'elles ont conscience que celui-ci constitue un retardateur.

¹ Par exemple, le cocontractant en charge de la confection de plans de sécurité-incendie destinés à être affichés dans des immeubles collectifs et dont les conditions d'affichage résultent d'une norme AFNOR dont les termes ne permettaient pas de penser qu'elle n'aurait eu vocation à s'appliquer qu'à certains immeubles seulement, doit, en tout état de cause, procéder à toutes vérifications utiles avant de signer le contrat ; ce d'autant qu'il disposait de 16 jours avant la signature du contrat. Cass. Civ. 3^{ème}, 14 juin 2000, n° 98-22.099. Voir également, Cass. Civ. 15 nov. 1988, n° 86-13.306 à propos des vérifications devant être faites par le notaire.

Les vérifications relèvent du devoir de s'informer qui pèse sur chaque potentiel contractant et font partie intégrante de la phase de conception de son processus décisionnel. Ainsi, dans le cadre d'un contrat de crédit, l'organisme prêteur est tenu de vérifier la solvabilité du potentiel emprunteur. Voir par exemple art. L. 313-16 et L. 312-75 du Code de la consommation.

² À titre d'exemple, la promesse unilatérale de vente est dans le domaine immobilier, largement utilisée comme un temps de délibération permettant de s'assurer du financement ou de la réalisation de certaines démarches. Voir sur ce point, COUTTENIER B., La durée de l'option dans la promesse unilatérale de vente, LPA 11 mars 1998, n° PA199803001, p. 4.

³ Voir sur ce point, WERTENSCHLAG B., GEIB T., Transfert d'entreprises, AJDI 2011. 777.

⁴ Voir MESTRE J., Les principales clauses des contrats d'affaires, Lextenso, 2^e éd., 2018, spé. chap. 97.

⁵ Art. L. 145-38 du Code de commerce.

⁶ MESTRE J., La période précontractuelle et la formation du contrat, *op. cit.*

732. Par suite, elles s'assurent de conférer une durée limitée à la situation d'attente qui en découle¹. À cet égard, les délais réservés sont toujours des délais maximaux ; « *dans tous les cas, en effet, l'expiration d'un délai éteint ce droit et rend la promesse caduque*² ». Il convient néanmoins de préciser que les parties peuvent décider de proroger le délai initialement fixé³. Le délai s'analyse alors en un terme généralement extinctif⁴ ; plus rare en effet est l'hypothèse d'un terme suspensif⁵. Le terme extinctif enferme le droit à l'hésitation jusqu'à une certaine date laquelle peut être expressément indiquée. Tel est notamment le cas dans les contrats de franchise qui prévoient une période d'essai, au bénéfice des deux parties, généralement entre trois et six mois⁶ même si une période de deux ans⁷ peut être prévue.

733. Il est pourtant rare en pratique que l'essai se déroule sur une période aussi longue. Dans la vente à la dégustation, il est évidemment très bref puisqu'il s'agit pour l'intéressé de goûter un bien consommable tels que la bière, le vinaigre, l'eau-de-vie et les alcools⁸. L'important ici est le moment de la dégustation qui a généralement lieu au même endroit que la livraison et à

¹ D'ailleurs, contrairement à la définition retenue par l'article 1124 du Code civil, la doctrine, elle, fait expressément référence au délai déterminé, pour la promesse unilatérale qu'elle définit comme « *un contrat par lequel une personne s'engage à vendre une chose à l'autre partie, si celle-ci manifeste l'intention d'acheter dans un délai déterminé* ». RIPERT G., BOULANGER J., Obligations. Contrats. Sûretés réelles, Paris. L.G.D.J., 4^{ème} éd. 1952, p. 767 ; BÉNAC-SCHMIDT F., Le contrat de promesse unilatérale de vente, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983.

² COLLART DUTILLEUL Fr., La durée des promesses de contrat, RDC 2004, n° 1, p. 15.

³ Cass. Civ. 3^{ème}, 08 oct. 2003, n° 02-11.953. Voir également, MESTRE J., Promesses unilatérales : la rigueur très variable des délais dans la jurisprudence de la Cour de cassation, RTD Civ. 2003, p. 697.

⁴ L'expiration du délai explicitement fixé dans l'offre rend celle-ci caduque, TGI Paris, 12 févr. 1980 : D. 1980. IR 261, obs. Ghestin.

⁵ Singulièrement pour ce qui concerne la promesse unilatérale comme celle qui permet de lever l'option au décès du promettant. Voir sur ce point Cass. Civ. 1^{ère}, 30 mai 1985, D. 1986.65. Voir également GUETTIER C. et alii., Droit de la responsabilité et des contrats 2021/22, Dalloz, 12^{ème} éd., p.1207.

⁶ DISSAUX N., L'essai en matière de franchise, RTD Com. 2015 p. 403.

⁷ Cass. Com., 21 juin 2017, n°16-15.365.

⁸ Cass. civ., 17 juin 1925 : Bull. civ. 1925, n° 121 ; DP 1927, 1, p. 29, 2^e esp. ; Gaz. Pal. 1925, 2, p. 352 ; Journ. Trib. com. 1926, p. 503, alcool « bon goût » de rétrocession. – CA Limoges, 15 mars 1838 : S. 1838, 2, p. 474, 2^e esp., vente de rhum.

la date où elle doit avoir lieu¹. Autrement, les parties peuvent mentionner une date précise² ou un délai exprès³.

734. Lorsqu'il s'agit d'un droit de réflexion en revanche, le délai résultera le plus souvent de la volonté du pollicitant ou du promettant. L'article 1116 du Code civil dispose d'ailleurs que « *l'offre ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur* ». Ledit délai peut évidemment être expressément indiqué⁴. Quoi qu'il en soit, la durée est d'importance, singulièrement dans la promesse unilatérale⁵ en ce que la promesse unilatérale est « *toujours un contrat temporaire. La durée est inhérente à un contrat qui, par nature, s'inscrit dans le*

¹ CA Besançon, 2^{ème} ch., 4 juill. 1862 : Journ. Trib. com. 1863, p. 335, 1^{re} esp. ; DP 1863, 2, p. 10, 2^e esp., dégustation dans les caves du vendeur. – CA Besançon, 13 janv. 1863 : S. 1863, 2, p. 42 ; DP 1863, 2, p. 10, 1^{re} esp. ; Journ. Trib. com. 1863, p. 335, 2^e esp., dégustation en gare de l'acheteur, jugé qu'il est loisible aux parties « *de convenir que la dégustation sera préalable à l'expédition et se fera, soit dans la cave du vendeur, soit à la gare de départ ; Mais que, faute de stipulation expresse, et lorsqu'il a été entendu, au contraire, que la délivrance aurait lieu à la gare d'arrivée, l'acheteur ne peut être obligé à un déplacement onéreux et au loin pour la dégustation des vins, objet du marché ; Que tout pacte obscur ou ambigu doit s'interpréter contre le vendeur* .»

² Cass. Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, n° 96-19.611 : Pour débouter le vendeur d'une jument de sa demande de complet paiement du prix, l'arrêt attaqué, après avoir exactement retenu que la vente de la jument était une vente à l'essai, contractée sous la condition suspensive qu'au 15 janvier 1993 « *la jument fasse l'affaire* », a relevé que l'acquéreur avait « *prévenu* » le vendeur que la jument ne faisait pas l'affaire pour en déduire que la condition ne s'était pas réalisée.

En se déterminant ainsi, juge la Cour de cassation, « *alors que la vente conclue sous la condition suspensive d'un essai satisfaisant devient parfaite si, à l'expiration du délai d'essai, l'acheteur n'a pas manifesté sa volonté de ne pas conserver le bien, la cour d'appel, sans constater si au plus tard à la date du 15 janvier 1993, l'acquéreur avait fait connaître au vendeur son intention de ne pas conserver la jument, a privé sa décision de base légale au regard [de l'article 1588] du Code civil* ».

³ Six mois par exemple pour du matériel informatique, Cass. com., 3 janv. 1984, n° 82-10.933 ou encore deux mois, Cass. com., 22 mai 1991, n° 89-13.817 ; un an pour une machine à traire, Cass. civ. 1^{ère}, 7 juill. 1964, n° 62-10.285.

⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 7 mai 2008, n° 07-11.690 Mais déjà, Cass. Civ. 1^{ère}, 17 déc. 1958, D. 1959. 33 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 10 mai 1968 [2 arrêts], Bull. civ. III, n° 209 ; 10 déc. 1997 [sol. Impl.], D. 1999. Somm. 9, obs. Brun ; Defrénois 1998. 336, obs. Mazeaud. Étant précisé que l'offre assortie de la mention « *réponse immédiate souhaitée* » a été considérée comme une offre sans stipulation de délai : Cass. civ. 3^{ème}, 25 mai 2005, n° 03-19.411, Bull. civ. III, n° 117, JCP G 2005, I, n° 172, obs. Grosser P., RTD civ. 2005, p. 772, obs. Mestre J. et Fages B., Contrats, conc., consom. 2005, comm. 166, note Leveneur L.

⁵ Par exemple, la promesse peut préciser qu'elle est consentie jusqu'à une certaine date. Cass. Civ. 3^{ème}, 10 déc. 1997, n° 95-16.461 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 08 oct. 2003, n° 02-11.953.

*temps. Toute promesse est nécessairement en attente de réalisation.*¹ » Il suit de là que le délai exprès doit être fixé dès l'émission de la proposition contractuelle afin que le potentiel contractant soit mis en mesure de connaître précisément le temps dont il dispose pour se décider, ceci participant à son contexte décisionnel. Par suite, un délai stipulé postérieurement devrait être inefficace².

B. Un délai contraignant pour le débiteur du droit à l'hésitation

735. D'évidence, la durée accordée au bénéficiaire du droit à l'hésitation pour se décider lui permet de réaliser sereinement son processus de décision. Reste que, dans le même temps, pour aussi confortable que soit ce délai de réflexion pour le potentiel cocontractant, il en va différemment pour le pollicitant et plus encore pour le promettant dont l'engagement est d'ores et déjà acté³. C'est dire que « *la gestion de la durée est extrêmement délicate en pratique. Si l'impatience de conclure le contrat final est trop forte et si la durée est trop courte, la promesse risque d'être vouée à la caducité faute de temps pour réunir tous les éléments encore manquants, constitutifs d'un consentement complet. Au contraire, si la durée est trop longue, la motivation des parties risque de s'émousser ou bien la tentation peut naître de conclure ailleurs, à un meilleur prix ou avec quelqu'un d'autre.* »⁴

736. Pour autant, la précision d'un délai oblige le promettant ou le pollicitant. En effet, outre la protection du processus décisionnel du contractant, le délai exprès contraint l'auteur de la proposition à le respecter en raison « *d'élémentaires considérations de protection de la sécurité juridique* »⁵ du potentiel cocontractant⁶. La Haute juridiction s'est toujours montrée

¹ COLLART DUTILLEUL Fr., La durée des promesses de contrat, *op. cit.*

² MATHEY N., Fasc. 25 : Période précontractuelle. – Offre. Acceptation, *JurisClasseur Contrats – Distribution*, 2019, n°89.

³ Art. 1124 al. 2 du Code civil : « *La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.* »

⁴ COLLART DUTILLEUL Fr., La durée des promesses de contrat, *op. cit.*

⁵ LEVENEUR L., Offre de contracter - L'offrant s'était rétracté la veille de l'expiration du délai dont il avait assorti son offre..., *Contrats Concurrence Consommation* n° 8-9, Août 2008, comm. 194.

⁶ La doctrine y voit comme fondement l'engagement par volonté unilatérale ou engagement unilatéral de volonté. AUBERT J.-L., *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Thèse, L.G.D.J., 1970, p. 123 s. ; IZORCHE M.-L., *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Thèse,

intransigeante sur ce point tant pour ce qui concerne l'offre que la promesse unilatérale. Pour la première, elle emploie à cet égard une formule dont l'idée est aujourd'hui reprise dans les textes issus de la réforme¹. Elle rappelait ainsi invariablement que « *Si une offre d'achat ou de vente peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée, il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque*² ». ».

737. Le premier alinéa de l'article 1116 du Code civil dispose désormais que : « *Elle ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable* ». C'est dire que « *la révocation au cours du délai assortissant l'offre semble être obligatoirement abusive*³ », le pollicitant commettant une faute. S'il en résulte un préjudice, il engage sa responsabilité délictuelle.

738. En outre, sans doute faut-il rappeler que le droit de réflexion existant pour l'offre résulte d'un double délai⁴, le délai d'irrévocabilité d'une part⁵, et le délai de validité d'autre part⁶. Le délai d'irrévocabilité oblige l'offrant alors que le délai de validité oblige le bénéficiaire⁷. En effet, le délai d'irrévocabilité est un délai minimal de maintien de l'offre qui

P.U.A.M, 1995, p. 151 s., n° 127 s ; MAZEAUD D., Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, in Mél. Ghestin, 2001, p. 647, n° 18. Voir également sur ce point ANTIPPAS J., De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué, RTD Civ. 2013. 27.

¹ Art. 1116 al. 1 du Code civil.

² Cass. civ.1^{ère}, 17 déc. 1958 : D.1959, jurispr. p. 33. ; Cass. civ.1^{ère}, 10 mai 1968 : Bull. civ. 1968, III, n° 209 ; Dans l'arrêt Cass. civ. 3^{ème}, 7 mai 2008, n° 07-11.690, FS-P+B, au visa de l'ancien art. 1134 du Code civil, la Haute juridiction rappelle que cet attendu de principe « *Qu'en statuant ainsi, alors que si une offre d'achat ou de vente peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée, il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque, et alors qu'elle avait constaté que les conjoints Y... disposaient d'un délai jusqu'au 27 juin 2000 pour donner leur accord, et qu'il en résultait que Mme X... s'était engagée à maintenir son offre jusqu'à cette date, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » ; Dans le même sens Cass. civ. 3^{ème}, 7 juill. 2015, n° 14-20.536 : D. 2016, p. 566, obs. M. Mekki ; RTD civ. 2015, p. 864, obs. H. Barbier, document intitulé « proposition foncière » d'une durée de validité de 3 mois.

³ Association Henri Capitant, La réforme du droit des contrats, Dalloz, 2016, spé. p. 20.

⁴ GRIMALDI C., La durée de l'offre, *op. cit.*

⁵ Art. 1116 du Code civil.

⁶ Art. 1117 du Code civil.

⁷ MATHEY N., *op. cit.* ; PETIT B. et ROUXEL S., JCl. Civil Code, Art. 1113 à 1122, fasc. unique : Contrat. – Formation du contrat. – Offre et acceptation, n° 49 ; DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M.,

interdit à l'offrant de retirer celle-ci avant une certaine période. Autrement dit, interdiction lui est faite de précipiter la décision du bénéficiaire. Si la violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat, en revanche, « *elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat* » précise l'article 1116 *in fine*. Il n'est cependant pas précisé laquelle de la théorie de l'émission ou de la réception doit être appliquée en cas de révocation, ce qui ne sera pas sans poser de difficulté s'il y a manifestation de la décision du potentiel contractant dans l'intervalle.

739. Le délai de validité est, pour ce qui le concerne, un délai maximal de maintien de l'offre¹. Partant, il encadre temporellement la prise de décision du bénéficiaire. Ces deux délais peuvent se superposer, en ce cas, il s'agit d'un seul et même délai. Il peut autrement s'agir de deux délais distincts.

740. La réforme a également clarifié le régime de la promesse, redonnant ainsi toute sa vigueur et son efficacité au délai. L'article 1124 du Code civil prohibe ainsi toute rétractation durant celui-ci, allant jusqu'à la rendre inefficace. Ainsi, la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis. Antérieurement, la Cour de cassation estimait que « *la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée*² ». Plus tôt déjà, la troisième chambre civile avait adopté une solution similaire et estimait que le promettant était tenu à une obligation de faire consistant à maintenir sa promesse pendant un certain délai. Par conséquent, en cas de rétractation, le bénéficiaire ne pouvait solliciter que des dommages et intérêts³. La chambre commerciale s'était elle aussi, ralliée à

Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, LexisNexis, 2018, p. 134.

¹ Art. 1117 du Code civil.

² Cass. civ.3^{ème}, 11 mai 2011, n° 10-12.875 : JurisData n° 2011-008034 ; JCP G 2011, 1141, chron. G. Loiseau ; D. 2011, p. 1457, note D. Mazeaud. Cette jurisprudence reste applicable aux contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016, Cass. civ.3^{ème}, 6 déc. 2018, n° 17-21.170 et 17-21.171 : JurisData n° 2018-022522 ; JCP G 2019, 1109, note D. Mainguy ; D. 2019, p. 301, note M. Mekki et p. 298, avis Ph. Brun.

³ Cass. Civ. 15 déc. 1993, n° 91-10.199, Bull. civ. III, n° 174, D. 1994. 507, note Bénac-Schmidt ; JCP 1994. 22366, note Mazeaud.

cette jurisprudence¹. Au grand dam de la doctrine, cette solution fragilisait les promesses et leur ôtait tout intérêt faisant d'elles des « *contrats imprévisibles*² », soumis « *au bon plaisir du promettant*³ ». C'est dire si le nouvel article 1124 était attendu. Du reste, il est permis de se demander, si, dans l'hypothèse où les parties y trouvent un intérêt, elles peuvent prévoir différemment, c'est-à-dire que la révocation ne permettrait d'obtenir que des dommages et intérêts⁴.

741. Si ces nouvelles règles sont entrées en vigueur le 1er octobre 2016 et s'appliquent ainsi aux contrats conclus à compter de cette date, « *il est également vraisemblable que le juge sera influencé par les nouvelles règles légales dans la mise en loi du droit prétorien antérieur*⁵ ». La Haute juridiction a ainsi, dans un arrêt rendu par la chambre sociale en date du 21 septembre 2017⁶, opéré un revirement de jurisprudence aux termes du chapeau suivant : « *Attendu que l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment, dans les relations de travail, la portée des offres et promesses de contrat de travail* ». « *« L'évolution du droit des obligations », en tête du raisonnement des juges, devient, à la différence des arrêts antérieurs, le motif principal de sa décision.*⁷ »

742. C'est dire que la Cour de cassation n'hésite pas à faire exception au principe de la survie de la loi ancienne par une application anticipée de la loi nouvelle sur les contrats en

¹ Cass. Com., 13 sept. 2011, n° 10-19.526.

² MAZEAUD D., RDC 2008. 734.

³ *Ibid.*

⁴ Voir sur ce point, GUETTIER et alii., *op. cit.*, n° 3112.174.

⁵ MATHEY N., *op. cit.*

⁶ Cass. soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103 : JurisData n° 2017-018092 ; D. 2017, p. 2007, note D. Mazeaud ; D. 2017, p. 2289, note B. Bauduin et J. Dubarry ; RTD civ. 2017, p. 837, obs. H. Barbier ; AJ contrat 2017, p. 480, obs. Ch.-E. Bucher ; Gaz. Pal. 9 janv. 2018, n° 310t1, p. 29, note D. Houtcieff. – V. N. Molfessis, Promesses d'embauche : la chambre sociale retrouve la voie du droit civil mais s'égare dans la motivation enrichie : JCP G 2017, doctr. 1238. Plus récemment, comme en 2017, la même chambre a repris la formule des articles 1114 et 1124 du Code civil relatif à l'offre et à la promesse unilatérale, Cass. Soc., 23 sept. 2020, n° 18-22.188.

⁷ MEKKI M., Droit des contrats, D. 2018. 371.

cours¹. Il est certain que c'est la chambre sociale qui en offre l'illustration la plus marquante². Toutefois, la chambre mixte n'a pas été en reste³. *« Si la distinction entre nullité relative et absolue n'est pas nouvelle, l'article 1179 du code civil consacrant la théorie du droit de critique, l'application qui en est faite par la Cour de cassation est en rupture avec la jurisprudence antérieure. L'effet d'annonce de cette motivation surabondante est manifeste et l'invitation adressée à l'ensemble des juges judiciaires est claire, dès lors qu'un tel revirement aurait pu être effectué sans aucune référence à l'ordonnance⁴. »*

743. Par conséquent, il faut désormais admettre que le promettant ou le pollicitant qui s'est engagé pour une durée précise ne peut en aucun cas troubler le déroulement du processus décisionnel de son potentiel cocontractant par une quelconque rétractation sauf à s'exposer à des sanctions. En contrepartie, ce dernier ne peut faire preuve d'inertie dans sa prise de décision durant le délai qui lui est accordé.

II. L'inertie du bénéficiaire

744. Si la fixation d'une durée expresse est rassurante pour le cocontractant qui sait par avance combien de temps durera la situation d'attente, encore faut-il que le créancier du droit à l'hésitation utilise le temps qui lui est imparti, singulièrement lorsqu'il s'agit d'un essai (A). En revanche, l'inertie du bénéficiaire durant le temps accordé au titre d'un droit de réflexion (B) lui est fatale.

A. Dans le cadre d'un essai

745. Nous sommes ici dans l'hypothèse d'un essai en vertu d'une vente à la dégustation ou d'une période d'essai convenue par les parties. La difficulté tient à la formation du contrat. Prenons l'hypothèse de la vente à la dégustation, autrement appelée vente à l'agréage, décrite

¹ MAZEAUD D., Droits des obligations et applications de la loi nouvelle aux contrats en cours : deux leçons de la chambre sociale, D. 2017.2007.

² MEKKI M., Droit des contrats, *op. cit.*

³ Cass., ch. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20.411 relatif à la nature de la nullité d'un mandat confié à un agent immobilier ne respectant pas les règles de forme imposées par la loi Hoguet du 2 janvier 1970.

⁴ MEKKI M., Droit des contrats, *op. cit.*

par l'article 1587 du code civil, aux termes duquel « à l'égard du vin, de l'huile, et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées ». Cette dernière est généralement analysée comme une promesse unilatérale de vente qui ne se transforme en vente que lorsque, par l'agrée, le bénéficiaire lève l'option qui lui est offerte. De quel moyen dispose le débiteur de la situation d'attente face à un cocontractant qui néglige d'effectuer l'essai dans le délai imparti ?

746. L'inertie du décideur est en effet problématique. Lorsque celui-ci ne procède pas à la dégustation, pas plus qu'il ne procède à l'enlèvement de la marchandise, son inertie pose difficulté quant à l'issue de la formation du contrat et prolonge la situation d'attente. En effet, l'enlèvement de la marchandise peut constituer une renonciation tacite¹. Cependant, la renonciation à un texte supplétif de volonté ne résulter du silence des parties². « Dans leur silence, la règle supplétive retrouve naturellement son empire, puisqu'elle est précisément faite pour combler ce silence.³ » C'est dire que l'inertie sclérose indubitablement la formation du contrat. En outre, dans l'intervalle, les risques pèsent sur le vendeur⁴.

747. S'il est vrai que lorsqu'un délai est expressément prévu pour le traitement de l'hésitation, celui-ci doit être respecté par le débiteur, pour autant, le créancier ne jouit pas

¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 12 juil. 2007, n° 05-11.791 : « Mais attendu que la renonciation aux dispositions de ce texte, si elle ne peut résulter du seul silence des parties, peut être tacite dès lors que les circonstances établissent de façon non équivoque la volonté de celles-ci ; qu'après avoir relevé, par motifs propres et adoptés, que les usages locaux à caractère agricole du département de la Gironde, codifiés par la loi du 3 janvier 1924 et révisés au cours du premier semestre 1988, imposaient que l'agrée soit fait, sauf stipulation contraire, inexistante en l'espèce, dans les chais du vendeur et après en avoir justement déduit que l'enlèvement du vin impliquait soit que la dégustation était antérieurement intervenue, soit que l'acheteur avait tacitement renoncé à exercer ce droit, la cour d'appel, qui constatait que la société GVA avait procédé à l'enlèvement de la moitié de la commande dès le 17 novembre 1997, a exactement jugé que celle-ci avait renoncé de manière non équivoque à exercer le droit d'agrée de sorte que la vente était parfaite ».

² Cass. Civ. 1^{ère}, 24 mars 1998, Bull. civ. I, n° 127 ; RTD civ. 1999. 377, obs. Mestre ; Defrénois 1998. 1407, obs. Delebecque ; LPA 11 janv. 1999, note Dagorne-Labbé ; Dr. et patr., sept. 1998, p. 87, obs. Chauvel ; JCP E 1999. 170, n° 3, obs. Sordino.

³ MESTRE J., La renonciation à une loi supplétive de volonté ne saurait résulter du seul silence des parties, RTD Civ. 1999 p.377.

⁴ CA Dijon, 10 avril 2003, JCP E 2003. Pan. n°1453.

d'une totale liberté. Le pendant du respect de son temps d'hésitation est l'obligation pour lui de mettre ce temps ce temps pour effectivement se décider. Pour s'en convaincre, analysons l'article 771 du Code civil, qui bien qu'en dehors du droit des contrats, en est une parfaite illustration. Il prévoit en effet aux termes de son premier alinéa que : « *L'héritier ne peut être contraint à opter avant l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de l'ouverture de la succession.* » Il s'agit d'un temps utile « *pour faire inventaire et délibérer*¹ ». Mais son deuxième alinéa permet en cas de persistance de son hésitation, qu' « *à l'expiration de ce délai, il peut être sommé, par acte extrajudiciaire, de prendre parti à l'initiative d'un créancier de la succession, d'un cohéritier, d'un héritier de rang subséquent ou de l'Etat* ». Cette sommation lui accorde deux mois supplémentaires pour se décider précise l'article 772 du même code.

748. Ainsi, l'héritier dont l'hésitation persiste est sommé de décider, de prendre parti. De façon similaire, le contractant peut interpeller son cocontractant inactif. Par suite, le promettant qui se trouve confronté à l'inertie du bénéficiaire lequel ne procède pas à la dégustation à l'échéance du terme prévu, doit le mettre en demeure d'y procéder². Il a ainsi recours à une mesure comminatoire pour lui prescrire d'agir.

749. Le vendeur doit toutefois faire preuve d'une certaine souplesse quant au délai laissé au bénéficiaire pour prendre parti. Ainsi, lorsque le samedi, le vendeur met son acheteur en demeure d'agréer dans les 24 heures, l'acheteur qui se présente, le lundi n'est pas en retard, compte tenu des lois et usages relatifs au repos dominical. Si donc le vendeur refuse de laisser agréer et de livrer, c'est à ses torts et griefs que doit être prononcée la résiliation du contrat³.

750. La même solution s'impose pour le vendeur qui serait confronté à l'inertie de l'acheteur qui ne procéderait pas à l'essai durant le délai imparti. Le vendeur peut en effet mettre l'acheteur en demeure de réaliser l'essai, à défaut de quoi il serait déchu de sa faculté de résoudre la vente⁴.

¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 4 mars 1975: Gaz. Pal. 1975. 2. 485.

² CA Montpellier, 2e ch., 19 oct. 1932 : DH 1933, p. 43 qui jugé que le promettant doit mettre en demeure le bénéficiaire de prendre parti.

³ T. com. Marseille, 7 févr. 1911 : Rec. Marseille 1911, 1, p. 137.

⁴ BAUDRY-LACANTINIERE G. et SAIGNAT L., Traité théorique et pratique de droit civil – De la vente et de l'échange, Paris : L. Larose et L. Tenin, 3^{ème} éd., n° 169.

Si l'acheteur ne procède pas à l'essai, le vendeur peut faire prononcer la résolution de la vente et disposer de la chose, le cas échéant, s'il n'en a pas pris possession¹.

751. De façon plus générale, il est permis de considérer que lorsqu'un délai a été expressément fixé conventionnellement ou par le législateur, quel que soit le mécanisme du droit à l'hésitation, le débiteur du droit à l'hésitation peut mettre son bénéficiaire taisant en demeure de le fixer quant à sa décision et ce, afin d'éviter tout litige ou éventuellement, la caducité².

B. Dans le cadre d'un droit de réflexion

752. Lorsqu'un délai est fixé aux termes d'une offre (1) ou d'une promesse unilatérale (2) permettant au potentiel contractant de réfléchir à l'opportunité de conclure le contrat, il s'agit toujours d'un délai maximum. C'est dire que tant que celui-ci court, la proposition demeure et l'intéressé peut valablement manifester sa décision. Corrélativement, puisqu'il s'agit d'un terme extinctif, sa survenance se traduit par la caducité³ de la proposition. La caducité est définie comme « *une technique particulière dont la mise en œuvre – que ce soit par le juge ou de plein droit* » - réalise l'anéantissement d'une convention⁴ ».

¹ T. civ. Seine, 27 mars 1887 : Gaz. Pal. 1887, 1, p. 624. Voir également BAUDRY-LACANTINERIE G. et SAIGNAT L., Traité théorique et pratique de droit civil – De la vente et de l'échange, Paris : L. Larose et L. Tenin, 3^{ème} éd., n° 169.

² Voir en ce sens LAFOND J., LEPELTIER D. et MATET V., Fasc. 14 : Avant-contrat – Protection de l'acquéreur – Délai de réflexion ou de rétractation, JurisClasseur Notarial Formulaire, Décembre 2019 (mise à jour nov. 2020), n°136.

³ BUFFELAN-LANORE Y., Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil, Thèse, L.G.D.J., 1963 ; CHAABAN R., La caducité des actes juridiques, étude de droit civil, Thèse, L.G.D.J., 2006 ; GARRON Fr., La caducité du contrat (Étude de droit privé), Thèse, PUAM, 2000 ; PELLETIER C., La caducité des actes juridiques en droit privé français, Thèse, Paris XII, 2000 ; TIREL M., L'effet de plein droit, Thèse, Dalloz, 2018 ; WESTER-OUISSE v., La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer, JCP 2001. I. 290.

⁴ GARRON Fr., La caducité du contrat (Étude de droit privé), *op. cit.*, p. 21.

1. L'offre

753. La caducité a fait son entrée dans le Code civil à la faveur de la réforme du droit des contrats intervenue en 2016. Elle est évoquée au titre des sanctions contractuelles. Le nouvel article 1186 du Code civil traite limitativement de la caducité du contrat valablement formé et en détermine les conditions, à savoir : la disparition de l'un de ses éléments essentiels¹ ou « *lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie* » prévoit l'alinéa 2. En somme, il consacre la notion d'ensemble contractuel².

754. Reste qu'il « *exclut automatiquement de son champ d'application certaines hypothèses jurisprudentielles de caducité*³ » qui sont désormais consacrées au sein du Code civil. Depuis la réforme, la caducité est expressément affirmée pour ce qui concerne l'offre. Ainsi, l'écoulement du temps imparti au potentiel contractant pour délibérer sans qu'il ne se manifeste, épuise les effets de l'offre. L'article 1117 alinéa 1 du Code civil dispose à cet égard que : « *L'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur* ». C'est dire que la caducité présente un caractère automatique.

755. La réforme a donc mis fin à la distinction de régime entre offre avec et sans délai. L'offre assortie d'un délai devait survivre, quelle que soit l'hypothèse, durant ledit délai ; et même nonobstant le décès du pollicitant⁴. A la différence de la seconde, toujours frappée de

¹ Art. 1186 al. 1 du Code civil.

² PELLÉ S., La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats, Thèse, Dalloz, 2007 ; AUBERT DE VINCELLES C., Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir, RDC 2007. 983 ; NAJJAR I., La notion d'ensemble contractuel, in Mélanges A. Decoq, 2004, Litec, p. 509 s. ; AMRANI-MEKKI S., Indivisibilité et ensemble contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats, Defrénois 2002. 355 s. ; MOURY J., De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats, RTD civ. 1994. 255.

³ SEUBE J.-B., Fasc. unique : CONTRAT. – Caducité du contrat, Art. 1186 et 1187, JurisClasseur Civil Code, 2020, n° 13.

⁴ V. Cass. Civ. 3^{ème}, 10 déc. 1997 : Bull. civ. 1997, III, n° 22 ; Defrénois 1998, p. 336, obs. D. Mazeaud. – V. également déjà Cass. Civ. 3^{ème}, 9 nov. 1983 : Bull. civ. 1983, III, n° 222 ; Defrénois 1984, p. 1011, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1985, p. 154, obs. J. Mestre.

caducité¹. Désormais, le second alinéa indique sans équivoque que : « *Elle l'est également en cas d'incapacité ou de décès de son auteur, ou de décès de son destinataire* ».

756. Par ailleurs, sans doute faut-il relever, une fois encore, l'audace dont fait preuve la Cour de cassation dans l'application de la loi nouvelle. Force est ainsi d'observer qu' « *une loi nouvelle non encore applicable peut être une puissante source d'inspiration pour le juge tranchant un litige pourtant régi par le droit ancien*² ». Il s'agissait de la mise en œuvre de la théorie de la réception désormais consacrée par l'article 1121 du Code civil en vertu duquel « *le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant* ».

757. En l'espèce³, suite à la proposition d'une SCI d'acquérir deux immeubles à usage commercial appartenant à une autre SCI, cette dernière a formulé une offre de vente valable jusqu'au 9 janvier 2015. A l'issue de négociations et d'une rencontre dans l'après-midi du 9 janvier 2015, le destinataire, le jour même à 22 heures 21, adressa un courriel à l'offrant, lui faisant part de son acceptation. Ce courriel, reçu le 10 janvier à 5 heures 02, a été considéré par l'offrant comme tardif. Le destinataire assigna le pollicitant pour voir déclarer parfaite la vente des immeubles. La question était donc de savoir si cette offre à durée déterminée avait ou non expiré. « *Selon que l'on retenait la date d'émission du courriel ou sa date de réception, le contrat était formé ou non*⁴. » La première chambre civile fait le choix de la théorie de la réception et décide que : « *Ayant constaté que le courriel d'acceptation de l'offre, envoyé par M. C..., avait été reçu par M. W... le lendemain du jour de l'expiration de l'offre, devenue caduque, la cour d'appel en a déduit, à bon droit, que cette acceptation ne pouvait produire aucun effet.* »

¹ Cass. Civ. 3^{ème}, 10 mai 1999, n°87.18-130, RTD Civ. 1990. 69, obs. Mestre ; Cass. Civ. 3^{ème}, 9 nov. 1983, n°82.12-996 ; Cass. Civ. 10 déc. 1997, n° 95-16.461 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 25 juin 2014, n° 13.16-529 : « *Mais attendu que l'offre qui n'est pas assortie d'un délai est caduque par le décès de celui dont elle émane avant qu'elle ait été acceptée ; qu'ayant relevé qu'aucun délai de validité de l'offre n'avait été fixé la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée, en a, à bon droit déduit, que l'offre était caduque en raison du décès de Philippe X... ; ».*

² BARBIER H., Le revirement de jurisprudence sous l'influence de la loi nouvelle non encore applicable, un revirement comme les autres ?, RTD Civ. 2020. 605.

³ Cass. Civ. 1^{ère}, 6 janv. 2021, n° 19.21-071.

⁴ BARBIER H., La théorie de la réception consacrée dans le droit antérieur à la réforme, RTD Civ. 2021. 402.

758. C'est dire que désormais, le potentiel contractant doit se montrer diligent dans la réalisation de son processus décisionnel mais plus encore dans la dernière phase, celle de la manifestation sauf à s'exposer à la caducité de l'offre de contrat.

2. La promesse unilatérale

759. Lorsque le temps d'exclusivité conféré au bénéficiaire d'une promesse unilatérale est cantonné dans un délai lui permettant de délibérer sereinement, ce dernier ne peut demeurer dans l'hésitation. La nature contractuelle¹ de la promesse unilatérale justifie sa caducité en cas d'hésitation persistante de son bénéficiaire² et de l'écoulement du délai contractuellement prévu. Il s'agit d'une jurisprudence ancienne³, conforme à ce que retient la doctrine⁴. La jurisprudence plus récente est constante sur ce point et décide que « (...) *qu'ayant relevé qu'aucune levée d'option (...) n'était intervenue avant le 5 juillet à 16 heures, la cour d'appel (...) en a souverainement déduit que la promesse était devenue caduque (...).*⁵ »

760. Hormis stipulations contractuelles contraires, la caducité de la promesse intervient sans qu'il soit nécessaire, à l'échéance du terme, que le promettant adresse une mise en demeure au bénéficiaire de prendre parti sur l'option qui lui avait été consentie⁶. Les parties qui entendent renoncer à la caducité de la promesse à l'issue du délai offert au bénéficiaire doivent le faire

¹ GUETTIER et alii, *op. cit.*, p. 1227 ; PUIG P., *Contrats spéciaux*, Dalloz, 8e éd., 2019, n° 179 ; BARRET O., *Promesse unilatérale*, Répertoire de droit immobilier, Dalloz, 2011 (actualisation : 2021), n° 09. Cass. Civ. 3^{ème}, 19 oct. 2011, n° 10-30.655.

² PIEDELIEVRE S., *Synthèse – Avant-contrat : dispositions spécifiques*, JurisClasseur Notarial Formulaire, juillet 2021, n°24.

³ La promesse unilatérale de vente devient caduque lorsque, à l'expiration du délai contractuellement prévu, le bénéficiaire n'a pas levé l'option : Cass. Com., 12 janv. 1955 : Bull. civ. III, n° 21. – Cass. Civ. 3^{ème}, 19 oct. 1971 : Bull. civ. III, n° 499. – CA Paris, 27 avr. 1987 : D. 1987.

⁴ RIPERT G. et BOULANGER J., *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. II : LGDJ, 4e éd. 1952, n° 346 ; COLLART-DUTILLEUL Ph., DELEBECQUE Ph., *Contrats civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 61 ; MALAURIE Ph., AYNES L., GAUTIER P.-Y., *Les contrats spéciaux*, L.G.D.J., 11e éd. 2020, n° 117 ; PUIG P., *Contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 181.

⁵ Cass. Civ. 3^{ème}, 16 juin 2016, n° 15-19.134.

⁶ Cass. Civ., 1er mars 1932 : Gaz. Pal. 1932, 1, p. 702. – Cass. Civ., 17 juill. 1944 : D. 1945, p. 264. – Cass. Com., 7 mars 1950 : D. 1950, jurispr. p. 418. – Cass. Civ. 3^{ème}, 19 oct. 1971 : JCP N 1972, prat. 5243. – Cass. Civ. 3^{ème}, 19 oct. 1971 : Bull. civ. III, n° 499.

de manière non équivoque, par un acte positif et concret, accompli par eux en connaissance de cause¹.

761. En raison de la caducité de la promesse, la levée de l'option postérieure au délai est inefficace² et le bénéficiaire, dans un tel cas, ne serait pas fondé à demander la réalisation de la vente³. La jurisprudence a ainsi pu décider que : « (...) *Attendu qu'ayant retenu (...) que l'attributaire, bénéficiaire de la promesse unilatérale de vente, avait levé l'option après l'expiration du délai fixé au 15 décembre 2007 et qu'en l'absence de preuve de la levée de l'option ayant valablement engagé l'attributaire dans le délai imparti, la cour d'appel, tirant les conséquences légales de ses constatations et sans avoir à procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée, a pu en déduire que la promesse était caduque au jour de la signature de l'acte (...)* »⁴. Il en va de même si la manifestation de la décision n'est pas intervenue dans les conditions fixées par la promesse⁵.

762. Il n'est donc pas surprenant qu'une durée indéterminée pose difficulté pour la situation d'attente qui en découle.

§ 2 – L'imprécision des parties

763. Le silence ou l'imprécision de la proposition contractuelle quant à la durée du temps d'hésitation ne signifie pas, il va sans dire, que les parties entendent demeurer indéfiniment dans la situation d'attente qui en découle. Cela est d'autant plus vrai pour l'auteur de la proposition qui, en réalité, est celui qui subit la situation d'attente. Celle-ci est davantage contraignante selon son degré d'engagement en raison des conséquences de l'immobilité à

¹ Cass. Civ. 3^{ème}, 03 nov. 1993, n° 91-21.041.

² Pour qu'il en soit autrement, il faudrait que le bénéficiaire apporte la preuve que le délai d'option a été prorogé. CA Paris, 12 déc. 1991 : JurisData n° 1991-024419.

³ Cass. Civ. 3^{ème}, 15 juin 1982 : Defrénois 1982, art. 32972-100, p. 1631, note G. Vermelle.

⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 17 mars 2016, n° 15-16.098.

⁵ « (...) *Mais attendu qu'ayant constaté qu'en l'absence de modalités prévues pour la levée de l'option, celle-ci devait, comme stipulé par la promesse, avoir lieu par la signature de l'acte authentique avec le paiement du prix et des frais par chèque de banque, relevé que la lettre d'intention et sous condition d'un organisme bancaire, alors produite par la société FPL II, ne satisfaisait pas aux exigences de la promesse de vente (...), la cour d'appel a pu en déduire que la promesse de vente était devenue caduque (...).* » Cass. 3^e civ., 1^{er} juill. 2015, n° 13-28.366.

laquelle elle contraint le débiteur du droit à l'hésitation. D'où l'opportunité de distinguer selon qu'il est l'auteur d'une offre (I) ou d'une promesse unilatérale (II) pour l'analyse de l'hypothèse imprudente du défaut de précision relative au temps d'hésitation.

I. L'engagement aux termes d'une offre

764. La durée de l'offre¹ qui constitue les prémices du contrat souhaité et partant, l'assise de la réflexion du potentiel contractant, est d'importance. Sans qu'elle soit une promesse de contrat², elle dispose pourtant d'une protection et d'une force grâce à deux délais³, celui d'irrévocabilité⁴ et celui de validité⁵ lesquels garantissent un temps de réflexion au potentiel contractant. Dit autrement, un temps pour hésiter et se décider sereinement. Mais c'est également parce qu'elle n'est pas une promesse de contrat, qu'en l'absence de délai exprès, le pollicitant ne peut être tenu, avant de retirer son offre, de faire notifier une mise en demeure à son destinataire⁶ comme s'il s'agissait d'un engagement à durée indéterminée⁷. C'est dire finalement que l'existence d'un délai est obligatoire (A) dans toute offre. À défaut, le recours au raisonnable apparaît comme un instrument conciliatoire et empirique (B) en ce qu'il permet, objectivement, grâce à l'intervention neutre du juge⁸, de ménager les intérêts contradictoires en présence au regard du contexte d'espèce.

¹ GRIMALDI C., La durée de l'offre, *op. cit.*

² Depuis la réforme de 2016 qui a clarifié et unifié le régime de l'offre, il est désormais permis d'affirmer qu'elle n'est pas non plus un engagement unilatéral de volonté. Voir sur ce point DESHAYES O., GENICON Th., LAITHIER Y.-M., *op. cit.*, p. 115 ; AUBERT J.-L., GAUDEMENT S., Engagement unilatéral de volonté, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2018, n° 49 ; FABRE-MAGNAN M., Droit des obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral, 4e éd., 2016, PUF, n° 741 et s.

³ *Ibid.* Ces derniers coïncidant généralement, nous les évoquons conjointement dans nos prochains développements.

⁴ Art. 1116 al. 1 du Code civil.

⁵ Art. 1117 al. 1 du Code civil.

⁶ Cass. Civ. 3^{ème}, 5 mai 1976, n° 74-14.978, Bull. 1976, III, n° 191.

⁷ Sauf à revenir aux regrettables confusions de régimes de l'offre et de la promesse unilatérale existant avant la réforme de 2016. Voir par ailleurs, ATIAS C., L'irrévocabilité relative de l'acte unilatéral, D. 2013. 1765.

⁸ « Un tiers indépendant des parties intéressées. » AYNES L., Le juge et le contrat : nouveaux rôles ?, RDC 2016 Hors-série, p. 14.

A. L'existence obligatoire d'un délai

765. Tout destinataire d'une offre considère bénéficier d'un temps afin d'y réfléchir sereinement, autrement dit d'un temps d'hésitation. Il a une confiance légitime¹ dans le maintien de ladite offre afin de réaliser sa délibération. Lorsque le délai est expressément indiqué, les difficultés sont limitées ; le destinataire de l'offre sait précisément de combien de temps il dispose pour se décider et le pollicitant sait, lui, combien de temps il doit patienter. L'issue, quant à l'achèvement de la situation d'attente est certaine.

766. En revanche, l'imprécision voire le silence des termes relatifs à la durée de l'offre donne lieu à une interprétation subjective de chacune des parties. Chacune estime la durée en fonction de ses intérêts. Ainsi, passé un certain délai, pour l'auteur de l'offre, sa liberté reprise l'autorise à conclure avec un autre, quand le destinataire initial, toute hésitation ayant été évacuée, fait part de son acceptation. Et même dans l'hypothèse où le pollicitant n'a pas contracté avec un autre que le bénéficiaire initial, il existe une discordance de volontés entre ces derniers laquelle est source de conflit et donc de contentieux. En pareille hypothèse, il revient au juge de trancher. En somme, il s'agira pour le juge de répondre à la question de savoir si l'offre était encore valable au moment de l'acceptation. Autrement dit, dans le silence des termes de l'offre, il revient au juge de déterminer la durée de l'offre, lui donnant un véritable pouvoir normatif².

767. Il se peut, en premier lieu, que le délai résulte de manière implicite des termes de l'offre. Par exemple, il a pu être jugé qu'en fixant un jour pour la visite de l'immeuble qu'il met en vente, le pollicitant s'engage à maintenir l'offre jusqu'à cette date³. Tel est également le cas des offres faites « dans la limite des stocks disponibles ».

768. En second lieu, l'offre peut être totalement silencieuse ou si imprécise que ses termes ne permettent pas la détermination d'un délai par le juge. Il faut alors considérer, qu'en tout

¹ GUERLIN G., L'attente légitime du contractant, Thèse, Amiens, 2008 ; CARBONNIER J., Introduction, dans CADIET (dir.), L'évolution contemporaine du droit des contrats, 1986, PUF, p. 34 s.

² KOCHER V., L'intervention du juge dans le contrat, RDC 2013, n° 1, p. 235 ; VINEY Fr., L'expansion du raisonnement dans la réforme du droit des obligations : un usage déraisonnable, Recueil Dalloz, 2016, p. 1940.

³ Cass. civ.1^{ère}, 17 déc. 1958, D. 1959, jur., p. 33, RTD civ. 1959, p. 336, obs. Carbonnier J.

état de cause, existe un délai raisonnable de réflexion accordé au destinataire. Dans un arrêt de 2005¹, alors que l'offrant avait assorti son offre de la mention « *réponse immédiate souhaitée* », la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir décidé que l'offre avait été faite « *sans stipulation de terme* », autrement dit sans délai. Ce silence avait pour conséquence « *qu'elle devait être acceptée dans un délai raisonnable* ».

769. Depuis longtemps déjà, la jurisprudence fait référence à l'existence d'un délai raisonnable pour les offres sans délai exprès². Ainsi, dans un arrêt de 1968, la Cour de cassation a jugé qu'en présence d'une mention exigeant une réponse « rapidement », l'offre contient un délai implicitement raisonnable³. Elle a même fait du délai, une exigence de l'offre. Il est alors soit exprès, soit implicite ou raisonnable ; étant précisé que dans les deux dernières hypothèses, c'est le juge qui le découvre. Il existe donc toujours un délai dans l'offre, à tout le moins un délai raisonnable, ceci fermement affirmé dans un arrêt rendu en 2009 par la troisième chambre⁴.

770. En l'espèce, le département de la Haute-Savoie avait adressé en 1995 à M. X une offre de rétrocession d'une partie du terrain que celui-ci avait auparavant vendu. Cette proposition avait été renouvelée un an plus tard, en octobre 1996. Ce n'est que le 8 décembre 2001 que M. X l'accepta. Face au refus du département d'exécuter cette convention que M. X pensait formée, il l'assigna en réalisation forcée de la vente. La Cour d'appel de Chambéry fit droit à sa demande le 15 janvier 2008. Elle considéra que l'offre du département de la Haute-Savoie pouvait être librement acceptée par M. X cinq années plus tard, puisqu'elle n'était pas assortie d'un délai précis. Cette motivation a été censurée par la Cour de cassation.

¹ Cass. civ. 3^{ème}, 25 mai 2005, n° 03-19411 : JCP 2005, I, 172, no 1, obs. P. Grosser ; RTD civ. 2005. 772, obs. J. Mestre et B. Fages ; RDC 2005/3, 1071, obs. F. Collart-Dutilleul ; ibid. 2006/2, 311, obs. D. Mazeaud ; D. 2005. 2837, obs. S. Amrani-Mekki.

² Cass. req., 28 février 1870, DP 1871. 1. 61 ; 27 juin 1894, DP 1894. 1. 431 ; Cass. com., 22 avril 1958, Bull. civ. III, no 160 ; Cass. civ. 3e, 8 février 1968, Bull. civ. III, no 52 ; 10 mai 1972, Bull. civ. III, no 297 ; Cass. com., 6 février 1973, Bull. civ. IV, no 65 ; 21 octobre 1975, Bull. civ. IV, no 302 ; Cass. civ. 3e, 20 mai 1992, Bull. civ. III, no 164 ; 25 mai 2005, Bull. civ. III, no 117.

³ Cass. civ. 3^{ème}, 8 février 1968.

⁴ Cass. Civ. 3^{ème}, 20 mai 2009, n° 08-13230.

771. Au visa de l'article 1101 du Code civil, elle cassa la décision d'appel et énonça très fermement que : « *Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si l'acceptation était intervenue dans le délai raisonnable nécessairement contenu dans toute offre de vente non assortie d'un délai précis, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ¹ ». C'est dire que l'offre à durée indéterminée n'existe pas, toute offre est nécessairement assortie d'un délai qu'il soit exprès, implicite ou raisonnable. Il faut en effet admettre que « *l'offre (...) connaît souvent une limite temporelle. Celle-ci peut résulter de la volonté du pollicitant (...), elle peut également être induite par le juge sous forme de délai raisonnable* ² ». Cette solution est aujourd'hui expressément reprise aux termes des articles 1116 et 1117 du Code civil, tant pour ce qui concerne le délai d'irrévocabilité, que le délai d'acceptation. A défaut d'un délai exprès, l'offre « *ne peut être rétractée (...) à l'issue d'un délai raisonnable* » énonce le premier et pour le second, qu'elle est « *caduque (...) à l'issue d'un délai raisonnable* ».

772. L'appréciation de la durée de ce délai relève du pouvoir souverain des juges du fond. Dans l'arrêt précité de 2005³, la Cour de cassation indique en effet que la cour d'appel « *a souverainement retenu que compte tenu de la nature du bien et de la qualité de l'acquéreur qui devait consulter son conseil d'administration pour obtenir le consentement à l'acquisition, le délai de cinq semaines dans lequel était intervenue l'acceptation de la société Les Ciseaux d'Argent n'était pas déraisonnable, a pu retenir qu'il y avait eu vente* ». Rappelons qu'en l'espèce qu'il s'agissait d'une offre portant sur un immeuble et qui précisait qu'une « *réponse immédiate* » était « *souhaitée* ». Or, le destinataire de cette offre, une société, avait attendu cinq semaines avant de l'accepter, délai de réponse jugé par la Haute juridiction comme n'étant pas « *déraisonnable* ». Sans doute cette indulgence⁴ de la Cour de cassation s'explique-t-elle par la qualité du destinataire, une personne morale qui implique la décision de plusieurs associés ou de son conseil d'administration comme en l'espèce.

773. Pourtant, « *comme l'ont relevé Jacques Mestre et Bertrand Fages, cela ne revient pas tout à fait au même que d'exiger que l'acceptation soit émise dans un délai raisonnable. Exiger que l'offrant ne révoque pas son offre avant l'expiration d'un délai raisonnable d'acceptation*

¹ Cass. Civ. 3^{ème}, 20 mai 2009, n° 08-13230.

² CHAABAN R., La caducité des actes juridiques, étude de droit civil, *op. cit.*, n° 252 :

³ Cass. Civ. 3^{ème}, 25 mai 2005, *op. cit.*

⁴ MAZEAUD D., Délai raisonnable d'acceptation, RDC 2006, n°2, p. 311.

consiste à protéger la confiance légitime du destinataire de l'offre dans le maintien de l'offre qu'il a reçue. Exiger que ce dernier l'accepte dans un délai qui ne soit pas déraisonnable s'entend plutôt de l'idée d'éviter l'abus procédant de son inertie coupable, une fois qu'il a reçu une offre. On passe donc d'une idée de protection à celle de sanction et la différence n'est pas mince... Tant mieux pour la sécurité du destinataire de l'offre, tant pis pour la liberté de l'offrant...¹ »

774. Il est donc permis d'affirmer que l'appréciation du délai dépend des circonstances et des intentions exprimées par le pollicitant. Ainsi, pour une offre pour laquelle le pollicitant indique sa volonté de réaliser la vente à bref délai au besoin en recherchant d'autres acquéreurs, et qui ne reçoit réponse que huit mois et demi plus tard, la Cour de cassation a jugé : *« qu'après avoir relevé qu'il résultait des termes de l'offre faite par M. Hamilton que la volonté de celui-ci était de réaliser à bref délai son projet de vente, au besoin en recherchant d'autres acquéreurs, et constaté que Mme Pigeon ne lui avait fourni aucune réponse dans un délai raisonnable et n'avait pas davantage réagi à une lettre du fils de M. Hamilton réitérant l'offre, mais à un prix plus élevé, la cour d'appel, qui a retenu qu'aucun droit général de préférence n'avait été conféré à Mme Pigeon, ce qui excluait que M. Hamilton ait été tenu de lui adresser préalablement une notification de la vente à un tiers, a pu décider que l'offre de M. Hamilton était caduque² »*. Il s'agit donc d'une détermination casuistique qui varie en fonction des professions³ et les circonstances⁴. Il a ainsi été retenu que l'acceptation intervenue neuf ans après l'émission de l'offre, non assortie d'un délai, est tardive et ne peut permettre la formation du contrat⁵.

775. Cependant, l'inconvénient du « raisonnable ⁶ » tient à ce que c'est seulement *« a posteriori que le pollicitant, faisant l'objet d'une procédure judiciaire à l'initiative du destinataire de l'offre révoquée, saura s'il a procédé ou non à cette révocation dans un délai*

¹ *Ibid.*

² Cass. Civ. 3^{ème}, 20 mai 1992, n° 90-15.910: D. 1993. 493, note G. Virassamy.

³ CA Paris, 27 mai 1980, D. 1981.314, note Ph. le TOURNEAU ; Cass. Civ. 3^{ème}, 25 mai 2005, n°03-19.411.

⁴ Cass. Civ. 3^{ème}, 25 mai 2005, n°03-19.411 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 8 février 1968, Bull. civ. III, no 52 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 10 mai 1972, Bull. civ. III, no 297 ; R.T.D. civ., p. 773, obs. Y. Loussouarn ; Cass. com., 6 février 1973, Bull. civ. IV, n° 65 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 21 octobre 1975, Bull. civ. II, n° 302.

⁵ Cass. Civ. 3^{ème}, 20 mai 2009, n° 08-13.230, préc.

⁶ KHAIRALLAH G., Le « raisonnable » en droit privé français : développements récents, RTD Civ. 1984, p. 439.

exclusif de toute faute de sa part. De ce point de vue, la notion de délai raisonnable, qui autorise une incontestable souplesse et favorise la prise en considération des circonstances de fait de chaque espèce, est néanmoins également un facteur d'incertitude et d'insécurité¹».

B. Le raisonnable, instrument conciliatoire et empirique

776. La durée raisonnable intervient à un moment particulier. L'intéressé a pris sa décision et le fait savoir à son cocontractant. Reste que toute la question est de savoir si sa décision peut encore produire effet. Dit autrement, si sa décision peut encore permettre la formation du contrat. Car le vrai est que le pollicitant qui n'aura pas pris la précaution d'assortir son offre d'un délai, se place dans une situation d'attente des plus inconfortables, qui à cet égard, ne devrait pas présenter un caractère irrémédiable. Il faut cependant admettre qu'il prend un risque en y mettant fin comme celui de voir décider par le juge le non-respect d'un délai raisonnable² et de voir engager sa responsabilité extracontractuelle³.

777. Mais dans le même temps, le destinataire de l'offre est lui dans une situation d'incertitude qui rajoute à son hésitation. Il doit en effet délibérer quant à l'opportunité de l'offre. Au surplus, *« en l'absence de délai d'acceptation, il dispose normalement de la faculté d'accepter l'offre tant que celle-ci n'a pas été révoquée. Seulement jusqu'à quel moment peut-il utilement accepter cette offre ?⁴ »* C'est dire qu'il prend lui aussi un risque en étudiant puis en acceptant une offre qui potentiellement a été révoquée. Cela lui sera d'autant plus préjudiciable, si pour ce faire, il a engagé des frais⁵.

778. Par suite, la principale difficulté du recours au raisonnable et de l'intervention du juge⁶ tient au fait que les parties ne peuvent pas se projeter car le raisonnable est par définition *« indéterminé et en ce qu'il permet d'analyser des comportements par référence à un type*

¹ VIRASSAMY G., Caducité d'une offre du fait du silence du bénéficiaire pendant un délai raisonnable, *op. cit.*

² Cass. Civ. 3^{ème}, 25 mai 2005, n°03-19.411.

³ Art. 1116 al. 2 du Code civil.

⁴ VIRASSAMY G., Caducité d'une offre du fait du silence du bénéficiaire pendant un délai raisonnable, *op. cit.*

⁵ Cass. Soc. 22 mars 1972, n°71-40.266.

⁶ LAGELEE-HEYMAN M., Le raisonnable dans le nouveau droit des contrats, RDC 2018, n°03, p. 473 ; VINEY Fr., L'expansion du raisonnable dans la réforme du droit des obligations : un usage déraisonnable ?, Recueil Dalloz, 2016, p. 1940.

moyen, normal, de conduite. À l'instar de tout standard, son indétermination intrinsèque est un facteur d'adaptation, de renouvellement du droit en fonction des considérations sociales du moment, et une nécessité dans tout système juridique, en raison de la souplesse et de la flexibilité qu'il apporte¹ ».

779. Pour autant, ne pas recourir au délai raisonnable est dangereux. Que deviendrait une offre sans délai, même raisonnable ? *« Faute de créer un droit de créance au profit du destinataire, la prescription ne semble pas pouvoir s'appliquer à l'offre. Quant à la caducité, elle suppose que soit reconnue l'existence d'un délai à l'issue duquel elle peut être acquise. En d'autres termes, à défaut de délai, une offre ne pourrait pas tomber d'elle-même par l'écoulement du temps. Aussi bien, conformément au principe de l'autonomie de la volonté, une offre sans délai devrait durer autant que dure la volonté de son auteur. Mais c'est alors que surgissent les difficultés ² ».*

780. Il s'ensuit que le recours au raisonnable permet de garantir la sécurité juridique³. Il garantit au destinataire l'existence d'un délai pour sa délibération ; mais surtout un délai suffisant au regard de sa qualité et de la complexité du projet. En somme, du contexte décisionnel. *« La durée du délai est ainsi adaptable en fonction des nécessités de l'espèce, et non de critères nouveaux. Les juges recherchent le délai idoine, révélé par la pratique ordinaire de contractants placés dans les mêmes circonstances. ⁴ »*

781. Car que serait une révocation totalement libre, totalement insoumise à un quelconque délai minimal de maintien ? *« Accorder au pollicitant cette liberté (c'est-à-dire celle de se rétracter), c'est aussi lui permettre de causer impunément des dommages au destinataire de l'offre : les frais de déplacement, d'étude... qu'il aura engagés pour l'examen de celle-ci l'auront été en pure perte ; anticipant sur la conclusion du contrat, le destinataire de l'offre aura pu négliger des affaires intéressantes ou même modifier de façon irréversible sa propre situation*

¹ LAGELEE-HEYMANN M., Le raisonnable dans le nouveau droit des contrats, *op. cit.*

² JUILLET C., Le délai raisonnable dans l'offre de contrat, LPA 4 nov. 2009, n° 220, p. 7.

³ VINEY Fr., L'expansion du raisonnable dans la réforme du droit des obligations : un usage déraisonnable ?, *op. cit.*

⁴ *Ibid.*

juridique ¹». C'est dire qu'elle doit être encadrée. Prenons l'exemple de l'intéressé qui, suite à la publication d'une offre d'emploi et à la demande d'une société, s'est rendu au siège de ladite société en vue de discuter de la conclusion éventuelle du contrat de travail. Quelques jours après, la société lui confirme par courrier sa décision de l'engager, lui demandant de l'informer, si la proposition lui convenait, de sa date de prise de fonction, avant de se rétracter neuf jours plus tard prétendant que le salarié tardait à répondre.

782. La chambre sociale² a considéré que : *« attendu que la sentence attaquée, loin de constater dans ses motifs ou son dispositif que la société résistait victorieusement à la réclamation du demandeur, relevé que si x... ne pouvait établir qu'il avait, ainsi qu'il l'affirmait, avisé par simple lettre du 11 mars 1970 son futur employeur de son intention de prendre ses fonctions le 23, un délai de neuf jours, seulement, s'était écoulé entre la réception par le salarié de son engagement et celle de sa révocation par l'employeur ; que d'une part, que ce délai n'excédait pas le temps de réflexion et de réponse, qu'à défaut de l'avoir préalablement fixé, la société était tenue d'accorder à x..., d'autre part, que la décision qu'aurait prise, durant ce laps de temps, le conseil d'administration, de ne procéder, en raison de la situation économique, à aucune création d'emploi et de rétracter son offre, ne pouvait être opposée à un salarié que la société venait de s'obliger à embaucher en l'incitant à donner sa démission de son précédent emploi et à exposer des frais de voyages ; que ladite société était mal venue, pour tenter de se dégager de ses obligations, à faire état de ce qu'une période d'essai avait été prévue dès lors que leurs relations avaient été rompues avant tout essai et qu'elle avait, à la légère, fait une offre ayant entraîné un préjudice pour l'intéressé, les juges du fond qui en ont déduit que la société n'avait pu, sans faute, révoquer dans de telles conditions l'engagement d'emploi qu'elle avait adressé à x... ont, sans encourir les reproches du moyen, légalement justifié leur décision. »* Il s'agit là de l'illustration parfaite de l'aspect inique et dangereux³ de l'absence de délai raisonnable.

¹ TERRE Fr. SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHENEDE Fr., *op. cit.*, n° 118. Voir également, MIRABAIL S., La rétractation en droit privé français, *op. cit.*, p. 99.

² Cass. Soc. 22 mars 1972, n°71-40.266.

³ JUILLET C., Le délai raisonnable dans l'offre de contrat, *op. cit.*

783. Il joue alors le rôle de garde-fou. « *Le « raisonnable » permet au juge, soucieux d'appliquer pragmatiquement le droit*¹ », de tenir compte du contexte. À cet égard, l'exigence du maintien de l'offre pendant un délai raisonnable traduit la volonté d'assurer « *une plus grande sécurité juridique dans les transactions* », sécurité qui « *ne peut être assurée que si, à défaut de stipulation contractuelle, l'offre ne peut être rétractée trop rapidement et l'acceptation émise trop tardivement*² ». En outre, « *la Cour de cassation pourra censurer les décisions, au moins pour défaut de base légale, si leur motivation laisse apparaître une insuffisance manifeste dans l'appréciation du respect d'un « délai raisonnable* »³ ».

784. Pour autant, parce qu'il ne faut pas négliger l'incertitude générée par la notion de délai raisonnable⁴, la mise en demeure doit demeurer un moyen de dissiper cette incertitude sans toutefois qu'elle constitue, singulièrement pour le pollicitant, une étape préalable obligatoire à la révocation. En effet, ce dernier peut parfois avoir un intérêt à ne pas interpellier le destinataire initial et décider, en pleine connaissance de cause du risque encouru, de contracter avec un autre.

785. La mise en demeure est également opportune pour la promesse unilatérale à durée indéterminée.

II. L'engagement aux termes d'une promesse unilatérale

786. La promesse unilatérale est un contrat. Dans l'hypothèse où il s'agit d'un contrat à durée indéterminée (A), l'application du délai raisonnable paraît *a priori* curieuse (B).

¹ VINEY Fr., L'expansion du raisonnable dans la réforme du droit des obligations : un usage déraisonnable ?, *op. cit.*

² COUTANT-LAPALUS C., Quel délai pour accepter une offre, LPA n° 216, 29 octobre 2009, p. 9.

³ VINEY Fr., L'expansion du raisonnable dans la réforme du droit des obligations : un usage déraisonnable ?, *op. cit.*

⁴ « *La notion de délai raisonnable, qui autorise une incontestable souplesse et favorise la prise en considération des circonstances de fait de chaque espèce, est néanmoins également un facteur d'incertitude et d'insécurité* », VIRASSAMY G., Caducité d'une offre de vente du fait du silence du bénéficiaire pendant un délai raisonnable, *op. cit.*

A. Un contrat à durée indéterminée

787. La promesse unilatérale se distingue de l'offre en ce qu'elle est un contrat¹. Il y a ainsi une rencontre des volontés, plus précisément des décisions : celle du promettant qui a donné son consentement à la future convention et celle du bénéficiaire, mais qui ne porte que sur l'examen de la proposition qui lui est faite et dispose à cet égard, d'un délai de réflexion, à l'issue duquel il a toute liberté d'accepter ou non la convention proposée. Autrement dit, il doit prendre la décision de lever l'option afin de conclure la convention proposée. De ce point de vue, la durée de la promesse constitue le délai de délibération du bénéficiaire, c'est-à-dire un temps d'hésitation qui place dans le même temps, le pollicitant en situation d'attente.

788. La question du silence de la promesse ne se pose pas dans les mêmes termes que pour l'offre, justement parce qu'il s'agit d'un contrat. D'ailleurs le contentieux est peu fourni en la matière.

789. Comme tout contrat, il peut être à durée déterminée ; les parties prévoient conventionnellement, avec un terme extinctif, le délai au cours duquel le bénéficiaire est autorisé à lever l'option. Il peut autrement être à durée indéterminée ; une promesse sans précision de durée. En outre, il convient de ne pas négliger les termes du deuxième alinéa de l'article 1124 du Code civil qui dispose fermement que « *La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.* » Autrement dit, tant que dure la promesse, la révocation n'empêche pas la formation du contrat promis. C'est dire que dans l'hypothèse d'une promesse à durée indéterminée, le promettant doit porter un soin particulier dans sa « résiliation » de celle-ci, faute de quoi, il ne serait pas libéré. Ce d'autant que la jurisprudence a déjà pu préciser que durant le préavis de la résiliation, la levée d'option demeure efficace².

790. Dans certaines hypothèses, la date du terme extinctif peut être implicite. Il faut ainsi considérer que la durée implicite est déterminée « *ou bien à partir d'éléments objectifs, tels que*

¹ L'article 1124 du Code civil la définit comme tel : « *La promesse unilatérale est le contrat (...)* ». BENAC-SCHMIDT Fr., Le contrat de promesse unilatérale de vente, *op. cit.*

² Cass. Com., 27 sept. 2017, n° 16-13.112.

l'économie générale du contrat, ou bien par référence à la volonté des parties¹ ». Comme pour l'offre, il appartient aux juges de rechercher si les parties ont eu l'intention de s'engager pour une durée déterminée. Ainsi, « lorsqu'une promesse unilatérale de vente se rattache à un bail d'immeuble, le terme de l'option est celui du bail lui-même, sauf indication contraire des parties² ». À titre d'illustration, il a pu être jugé que « la résiliation de la location-gérance étant acquise du fait de la cessation du paiement des redevances par le locataire-gérant, et de l'absence de règlement dans le délai conventionnel d'un mois à compter de la demande judiciaire, la promesse de vente, prévue au même acte que la location-gérance et formant ensemble un tout indissociable, est caduque alors que le bénéficiaire ne prouve pas qu'il en ait demandé la réalisation³ ».

791. Autrement, en l'absence de stipulation d'un délai d'option, il s'agit d'une promesse à durée indéterminée. *« La question de la durée de l'option se résout alors différemment que dans le cadre d'une promesse à durée déterminée, puisque l'indicateur que constitue la stipulation du délai d'option disparaît.⁴ »* En d'autres termes, peut-on considérer que le bénéficiaire est titulaire d'un droit à l'indétermination ? Parce qu'il serait excessif de contraindre le promettant à la passivité pendant une durée indéterminée, l'équité commande que ce dernier puisse réduire la durée du droit d'option du bénéficiaire. Au surplus, la promesse unilatérale de vente conclue pour une durée indéterminée obéissant au régime des contrats à durée indéterminée, *« par conséquent, il est permis aux parties, et en particulier au promettant, de prendre certaines initiatives de nature à écourter la durée de l'avant-contrat⁵ ».*

792. Il est largement admis que le promettant peut mettre fin au contrat en mettant en demeure le bénéficiaire d'opter avant une date précise⁶. Dans un arrêt de 1970, la Cour de cassation décidait déjà que *« attendu que la cour d'appel retenant que les premiers juges avaient exactement analysé, non en une sollicitation mais en une promesse unilatérale de*

¹ COUTTENIER B., La durée de l'option dans la promesse unilatérale de vente, LPA 11 mars 1998, n° 30, p. 4.

² *Ibid.*

³ CA Paris, 20 septembre 1994, Sté Cléry Mod/Kronenberg, Juris-data n° 022839.

⁴ COUTTENIER B., La durée de l'option dans la promesse unilatérale de vente, *op. cit.*

⁵ COUTTENIER B., La durée de l'option dans la promesse unilatérale de vente, *op. cit.*

⁶ Cass. civ., 4 avr. 1949 : Bull. civ. I, n° 125 ; RTD civ. 1949, p. 423, J. Carbonnier ; Cass. civ., 10 juin 1941 : Bull. civ., n° 150 ; RTD civ. 1940-1941, p. 602, J. Carbonnier ; CA Rennes, 10 mai 1994, Juris-Data n°047520 ; CA Caen, 1^{ère} ch. Civ., 29 mars 2011, n°09/01601

vente, l'acte du 13 février 1965, énonce justement qu'aucun délai n'ayant été stipulé pour lever l'option, veuve x... ne pouvait rétracter son engagement sans mettre en demeure, préalablement, les époux y... d'accepter ou de refuser l'achat de l'immeuble dans un délai déterminé, ou sans prouver leur renonciation à se prévaloir de sa promesse¹». En d'autres termes, le délai de mise en demeure devient un délai ferme de réflexion permettant au bénéficiaire de prendre sa décision ; « la durée de l'option correspond à la période de temps qui s'écoule entre la date de la conclusion de la promesse, et l'expiration du délai raisonnable qui est imparti au bénéficiaire pour opter² ». Étant précisé « qu'en cas de contestation à propos du caractère raisonnable du délai, les juges doivent se prononcer³ ».

793. Pourtant, par un arrêt en date du 25 mars 2009⁴, la troisième chambre civile décide du contraire. Il s'agissait en l'espèce d'une promesse consentie par des époux à la SAFER, sans stipulation de délai, il va sans dire. Quelques jours plus tard, ils retirent leur promesse, quand la SAFER, elle, lève l'option postérieurement par lettre recommandée. Elle les assigne alors en réalisation forcée de la vente. La cour d'appel fait droit à cette demande considérant « qu'en l'absence de délai imparti à la SAFER pour lever l'option, il appartenait aux époux X..., qui souhaitaient revenir sur leurs engagements, de mettre préalablement en demeure le bénéficiaire de la promesse d'accepter ou de refuser celle-ci ; qu'en l'absence de cette formalité leur "dénonciation" de leur promesse était sans effet sur l'acceptation de la bénéficiaire, régulièrement intervenue le 7 septembre 2004 ». L'arrêt est cassé, la Cour de cassation décide « qu'en statuant ainsi, sans rechercher, ainsi qu'il le lui était demandé, si le retrait par les époux X... de leur promesse unilatérale de vente n'avait pas été notifié à la SAFER avant que celle-ci ne déclare l'accepter, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

794. Pour aussi surprenante que paraisse cette solution, elle se situait en réalité dans le droit fil de la conception largement critiquée⁵ qu'avait la Cour de cassation de la promesse. Elle

¹ Cass. Civ. 3^{ème}, 24 avril 1970, n°68-10.536.

² COUTTENIER B., La durée de l'option dans la promesse unilatérale de vente, *op. cit.*

³ *Ibid.*

⁴ Cass. Civ. 3^{ème}, 25 mars 2009, n°08-12.237.

⁵ MAZEAUD D., Note sous Civ. 1re, 3e, 15 déc. 1993, JCP 1995.II.22366 ; SCHÜTZ R.-N., Comment sauver les promesses unilatérales de vente ?, Petites affiches, 23 avr. 1997.18.

opérait ainsi une distinction entre le consentement à la promesse et le consentement à la vente¹, de sorte, que le retrait par le promettant de sa promesse avant l'échéance de la levée de l'option était pleinement efficace. Par suite, tant que le bénéficiaire n'avait pas déclaré acquérir, l'obligation du promettant ne constituait qu'une obligation de faire et la levée d'option, postérieure à la rétractation du promettant, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir². Elle conservait donc le même raisonnement pour la promesse sans délai puisqu'elle reprochait à la cour d'appel de n'avoir pas recherché si la rétractation des promettants n'avait pas été notifiée avant la levée d'option par la SAFER.

795. Cependant, cette position se situe désormais à rebours des dispositions de l'article 1124 du Code civil qui prive d'efficacité la révocation du promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter. L'on en veut pour preuve un arrêt très récent rendu par la chambre commerciale³. L'espèce concernait une promesse de cession de contrôle d'une société consentie en 2002 par les associés majoritaires au dirigeant qui ne comportait pas de terme extinctif. Elle donna lieu à une levée d'option en 2015, soit onze ans et huit mois plus tard. Les promettants ayant refusé de signer le projet d'acte de cession qui leur était soumis, au motif que la promesse était caduque, le bénéficiaire les a assignés, ainsi que la société, aux fins de voir constater qu'il était devenu propriétaire des parts litigieuses, le prix ayant été payé par compensation avec le montant du prêt qu'il avait consenti à l'un des associés. Débouté de ses demandes par les juges du fond, il forma un pourvoi.

796. La Cour de cassation décida que : *« après avoir exactement retenu que la convention conclue entre les consorts F... et M. X... le 12 septembre 2002 constituait, non pas une simple offre de contracter, mais une promesse unilatérale de vente à durée indéterminée, qui doit demeurer tant que le bénéficiaire n'a pas renoncé à acquérir les parts sociales et que l'engagement des promettants ne peut être rétracté sans que l'autre partie soit préalablement mise en demeure d'accepter ou de refuser l'achat, l'arrêt relève toutefois, par motifs propres et adoptés, que l'option, qui ne pouvait pas être levée par le bénéficiaire avant le 1er octobre*

¹ MAINGUY D., L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, RTD Civ. 2004. 1 ; FABRE-MAGNAN M., Le mythe de l'obligation de donner, RTD civ. 1996. 85.

² Cass. Civ. 3^{ème}, 15 déc. 1993, Bull. civ. III, n° 174 ; RTD civ. 1994. 584, spéc. 588, obs. Mestre ; V. aussi Cass. Civ. 3^{ème}, 26 juin 1996, Bull. civ. III, n° 165 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 28 oct. 2003, pourvoi n° 02-14.459.

³ Cass. Com., 27 janv. 2021, n° 18-22.492.

2003, l'a été le 14 janvier 2015, soit plus de onze ans et quatre mois après cette date et retient, par motifs propres, que ce délai ne peut être analysé, eu égard à la volonté manifestée par les parties au moment de la signature de la convention, comme un délai raisonnable, faisant ainsi disparaître le consentement donné au moment de la conclusion de la promesse. Ayant ainsi fait ressortir que, malgré l'absence de fixation d'un terme à la promesse, la volonté réelle des promettants n'était pas de s'engager à titre perpétuel envers M. X... à lui céder la majorité du capital de la société à un prix dépourvu de tout mécanisme d'indexation, la cour d'appel en a souverainement déduit que les parties avaient eu la commune intention de fixer un délai raisonnable pour la levée de l'option et que, compte tenu des circonstances, la caducité de la promesse unilatérale de vente était acquise au moment où son bénéficiaire a exercé l'option qui lui avait été consentie ».

797. Ce faisant, la Cour de cassation reprend, pour ce qui concerne la mise en demeure préalable, la jurisprudence ancienne. Si cette décision doit être accueillie à cet égard, elle pose question pour ce qui concerne le délai raisonnable pour la levée d'option.

B. L'application *a priori* curieuse du délai raisonnable

798. Il faut en effet admettre que le raisonnement de la chambre commerciale est pour le moins troublant. Elle approuve tout d'abord la cour d'appel d'avoir dit que la promesse unilatérale de vente sans délai, contrat à durée indéterminée, perdure tant que l'une ou l'autre des parties n'y met pas fin¹ ; le bénéficiaire, en renonçant à acheter et le promettant, par une rétractation avec une mise en demeure préalable. Cependant, elle poursuit en indiquant que le délai d'option « ne peut être analysé, eu égard à la volonté manifestée par les parties au moment de la signature de la convention, comme un délai raisonnable, faisant ainsi disparaître le consentement donné au moment de la conclusion de la promesse ». Elle ajoute que « la cour d'appel en a souverainement déduit que les parties avaient eu la commune intention de fixer un délai raisonnable pour la levée de l'option et que, compte tenu des circonstances, la caducité de la promesse unilatérale de vente était acquise au moment où son bénéficiaire a exercé l'option qui lui avait été consentie ».

¹ D'ailleurs il avait déjà été admis par la jurisprudence que s'agissant en effet d'une convention à durée indéterminée, le promettant peut reprendre sa liberté par l'effet d'une résiliation unilatérale, après avoir donné préavis. Cass. Com., 29 sept. 2017, n° 16-13.112.

799. Est-ce à dire que le temps peut épuiser les effets d'un contrat à durée indéterminée ? « On peine d'ailleurs à en saisir la logique : comment la promesse pourrait-elle être consentie à durée indéterminée tout en étant soumise par les parties à un délai raisonnable ?¹ » En réalité, comme a pu le souligner M. Barbier, « la décision ne porte pas sur la durée du contrat mais sur le droit d'option qu'il a fait naître (c'est bien le délai d'option qui est visé par l'arrêt comme étant assorti d'un délai raisonnable au vu de la volonté des parties). Certes, ici, temps du contrat et délai d'option sont confondus car le contrat épuise son objet dans la promesse de cession² ». Sans doute faut-il préciser en effet qu'il est possible que la durée du contrat et celle du délai d'option puissent ne pas coïncider. Il peut s'agir par exemple de la promesse à durée indéterminée comprenant un délai d'option suspensif³ comme le cas d'une promesse unilatérale de vente dont l'option ne pourrait être levée qu'après le décès du promettant. Ou encore « un pacte d'associés conclu pour une durée de 30 ans, qui comprenne, parmi bien d'autres engagements, une promesse de cession dont le juge décide que le droit d'option qu'elle fait naître est plus court car implicitement enfermé par les parties dans un délai raisonnable⁴ ». Il s'agit finalement de distinguer entre le droit à l'hésitation – en l'occurrence le droit de réflexion résultant du délai d'option – que contient le contrat et le contrat lui-même.

800. Comme nous l'avons démontré précédemment⁵, le délai d'option peut être implicite. Tel était le cas en l'espèce selon la Cour de cassation qui relève en effet que la volonté manifestée par les parties au moment de la signature de la convention était de fixer un délai raisonnable pour la levée de l'option. Or, tel n'est pas le cas avec une levée d'option qui intervient plus de onze ans après. Ce délai n'est pas jugé raisonnable car les parties, malgré l'absence de fixation d'un terme à la promesse, n'avaient prévu aucun mécanisme d'indexation de prix alors que la promesse portait sur la cession de la majorité du capital social de la société ; illustration de ce que la volonté réelle des promettants n'était pas de s'engager à titre perpétuel. C'est dire que la décision « ne repose pas sur la nature même du délai d'option qui serait périssable par essence après un certain temps, mais sur la volonté implicite des parties tirée

¹ HOUTCHIEFF D., Le temps qui passe efface les promesses (mêmes unilatérales), Gaz. Pal. 13 avril 2021, n° 14, p. 26.

² BARBIER H., De la promesse assortie d'un délai d'option implicite, RTD civ. 2021. 400.

³ D'ailleurs, tel était le cas en l'espèce puisque le bénéficiaire ne pouvait lever l'option avant le 1er octobre 2003.

⁴ BARBIER H., De la promesse assortie d'un délai d'option implicite, *op. cit.*

⁵ Cf. *supra* n° 768.

*d'un contexte particulier*¹». En somme, il y aurait un délai implicite raisonnable, le caractère raisonnable ayant été apprécié par les juges du fond qui ont été approuvés à cet égard.

801. Cependant, l'on peine à comprendre la disparition du consentement. Il est en effet précisé que « *l'arrêt relève toutefois, par motifs propres et adoptés, que l'option, qui ne pouvait pas être levée par le bénéficiaire avant le 1er octobre 2003, l'a été le 14 janvier 2015, soit plus de onze ans et quatre mois après cette date et retient, par motifs propres, que ce délai ne peut être analysé, eu égard à la volonté manifestée par les parties au moment de la signature de la convention, comme un délai raisonnable, faisant ainsi disparaître le consentement donné au moment de la conclusion de la promesse.* » En quoi le délai anormalement long au regard de la volonté initiale des promettants, par suite non raisonnable, aurait pour conséquence de faire disparaître le consentement donné au moment de la conclusion de la promesse ? L'on se l'explique d'autant moins que l'appréciation du caractère raisonnable ou non du délai implicite avait pour but de déclarer la promesse caduque ou non. Or, la caducité, qui avait trait ici aux effets du temps, est sans rapport avec la disparition du consentement, sauf peut-être à y voir une application du nouvel article 1186 du Code civil².

802. Quoi qu'il en soit, il est permis de considérer qu'un délai implicite raisonnable n'est pas sans créer une certaine insécurité en raison de l'incertitude qu'elle crée. Sans doute la même que celle existant pour l'offre et pour laquelle nous indiquions précédemment qu'il peut parfois être opportun de privilégier une mise en demeure préalable³. Cependant, il faut savoir raison garder car il s'agit sans doute d'un arrêt d'espèce qui n'a d'ailleurs pas été publié au Bulletin⁴.

¹ BARBIER H., De la promesse assortie d'un délai d'option implicite, *op. cit.*

² Avant l'entrée dans le Code civil de la caducité, la Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de rechercher l'intention des parties pour décider de la caducité d'un engagement unilatéral à durée indéterminée. « *Attendu que, procédant souverainement à la recherche de l'intention des parties par une interprétation, exclusive de dénaturation, que rendait nécessaire l'expression succincte de l'engagement consenti par M. X, la cour d'appel a estimé qu'il avait voulu partager à parts égales avec M. Y tous les avantages perçus de la société, afin de préserver une bonne entente avec un cadre dont il estimait la présence nécessaire pour le développement et le redressement de l'entreprise ; que, sans être tenue de répondre à une argumentation que ses constatations rendaient inopérantes, elle a pu en déduire que l'engagement unilatéral à durée indéterminée de M. X, privé de cause à compter de la démission de M. Y le 27 mars 2009, était devenu caduc à compter de cette date.* » Cass. Civ. 1^{ère}, 10 sept. 2015, n° 14-20498.

³ Cf. supra n° 798.

⁴ HOUTCHIEFF D., Le temps qui passe efface les promesses (mêmes unilatérales), *op. cit.*

803. En tout état de cause, lorsque les parties sont silencieuses quant à leur intention d'enfermer le droit d'option dans un délai, une partie de la doctrine suggère que le droit d'option s'épuise en pareille hypothèse par le jeu de la prescription¹. Autrement, une résiliation unilatérale est toujours possible précédée d'une mise en demeure².

¹ BAUDRY-LACANTINERIE G. et TISSIER A., Traité théorique et pratique de droit civil, t. 9, Larose, 1895, n° 166 et s. ; DEMOGUE R., Traité des obligations en général, t. 2, Arthur Rousseau, 1923, n° 513 ; PLANIOL M. et RIPERT G., avec le concours de P. Esmein, Traité pratique de droit civil, t. 6, L.G.D.J., 1930, n° 152 ; TERRE F., SIMLER P., LEQUETTE Y. et CHENEDE F., *op. cit.*, n° 258 ; FAGES B. (dir.), Lamy droit du contrat, Wolters Kluwer, 2017, , n° 245 ; COLLART-DUTILLEUL F., La durée de la promesse unilatérale de contrat, RDC 2004, p. 15 ; BARBIER H., De la promesse assortie d'un délai d'option implicite, *op. cit.* ; FELIZOT C., KABLA S., Les précautions à retenir en matière d'avant-contrats, Gaz. Pal. 16 déc. 2014, n° 350, p. 9.

² Il s'agit d'ailleurs d'une position constante de la chambre commerciale. Voir ainsi Cass. Com., 27 sept. 2017, n° 16-13112 : « Mais attendu qu'après avoir retenu que le protocole d'accord du 13 octobre 2005 constitue une convention à durée indéterminée, comme telle toujours susceptible de résiliation unilatérale, puis énoncé que la faculté de rompre ne peut s'exercer de façon abusive et que son auteur doit faire connaître ses intentions suffisamment à l'avance pour permettre à son cocontractant de prendre parti, l'arrêt retient qu'un préavis était sous-entendu à la convention car inhérent au mécanisme de la rupture unilatérale ; que par ces seuls motifs, abstraction faite de tous autres surabondants, la cour d'appel, qui a souverainement estimé à six mois la durée du préavis raisonnable, a pu retenir que la résiliation du protocole était intervenue prématurément ; que le moyen, inopérant dans sa troisième branche qui critique un motif surabondant, n'est pas fondé pour le surplus ; ».

CONCLUSION

804. L'encadrement temporel de la période d'hésitation est une question présentant une acuité certaine. Il vise à délimiter la situation d'attente, période de précarité et d'immobilité, singulièrement pour l'auteur de la proposition contractuelle, objet du processus décisionnel. Par ailleurs, il présente un caractère rassurant pour le créancier du droit à l'hésitation en lui garantissant un temps pour se décider, qu'il soit plus ou moins bref, minimum ou maximum.

805. Le temps et singulièrement la durée, apparaît alors comme un élément essentiel du droit de l'hésitation. Mieux encore, il représente un véritable enjeu.

806. Un enjeu de protection. En pareille hypothèse, il est imposé par le législateur. Il vient alors en renfort d'une obligation d'information et présente comme trait particulier un pragmatisme qui se traduit dans son quantum et qui permet, tout assurant son objectif de protection, de ne pas figer durant un temps trop long la formation du contrat.

807. Un enjeu de sécurité juridique. En pareille hypothèse, les parties organisent la période d'hésitation en fixant sa durée. Cette fixation crée alors une véritable contrainte pour le débiteur du droit à l'hésitation : un immobilisme imposé permettant au contractant/décideur de réaliser sereinement son processus décisionnel sans être surpris par une rétractation de son cocontractant. Autrement dit, son hésitation ne peut être sanctionnée, à tout le moins, pas avant un certain délai, un délai raisonnable. L'illustration de la situation d'attente est patente et le sera d'autant en cas de silence ou d'imprécision des termes de la proposition quant à la durée.

CHAPITRE 2 - AMENAGEMENT DES RELATIONS DES PERSONNES CONCERNEES PAR LA SITUATION D'ATTENTE

808. Le temps, s'il encadre la période d'hésitation, révèle également l'étirement de la formation du contrat¹. L'hésitation du contractant génère une situation d'attente qui a cela de particulier qu'elle s'apparente à une situation juridique intermédiaire. Le contrat est au stade embryonnaire et sa formation définitive est incertaine. Pourtant, les prémices du contrat futur existent bel et bien puisque l'une des parties est déjà engagée à un degré plus ou moins important. En effet, le pollicitant est moins engagé que le promettant. C'est dire finalement que cohabitent des droits existants et des droits éventuels².

809. Ainsi, une certaine perspective naît au profit de celui qui entend contracter. L'existence d'une situation juridique se manifeste parce que certains éléments de droit sont déjà réalisés. Cette situation résulte du caractère possible voire même probable de la formation d'un contrat définitif. Comment alors la qualifier ? S'agit-il un droit ou seulement la perspective d'un droit ? Bénéficie-t-elle d'une protection juridique, autrement dit le bénéficiaire est-il titulaire de prérogatives lui permettant de faire respecter ses intérêts présents ?

810. S'il s'agit d'une perspective, certes incertaine, puisqu'on l'on ignore si le contrat sera conclu, d'un futur potentiel, le droit y attache pourtant d'ores et déjà des effets. En pareille hypothèse, « *comment figer ce qui est à l'état de latence, qui n'est pas actuel mais germerait au présent, qui n'est peut-être pas l'avenir, mais certainement lié, sans qu'on puisse l'y ramener, au passé ?* »³ Cet état de latence commande certaines règles visant à préserver les droits de celui qui subit l'attente – le débiteur du droit à l'hésitation – et qui a cédé une partie de ses droits mais qui pourraient éventuellement lui revenir en cas d'échec de la formation du contrat ; tout autant que ceux, actuels et futurs, du potentiel contractant, le créancier du droit à l'hésitation. Ces droits potentiels et existants doivent coexister et être protégés. D'où l'analyse de la situation respective du créancier (Section 1) et du débiteur (Section 2).

¹ PUTMAN E., La formation des créances, Thèse, Aix-Marseille, 1987.

² DEMOGUE R., Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance, RTD civ. 1905. 723 ; De la nature et des effets du droit éventuel, RTD civ. 1906. 231. ; VERDIER J.-M., Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des droits, thèse, Paris, 1955. ; NAJJAR I., L'éventuel, D. 2012. Chron. 758 ; AUDIT P.-E., La « naissance » des créances, Thèse, Dalloz, 2015.

³ NAJJAR I., L'éventuel, *op. cit.*

Section 1 - La situation du créancier du droit à l'hésitation

811. Le créancier du droit à l'hésitation est dans une situation privilégiée. Privilégiée d'abord parce que le temps d'hésitation lui permet de réaliser sereinement son processus décisionnel. Privilégiée ensuite parce qu'il est d'ores et déjà titulaire de droits dont la vigueur ressortit au mécanisme d'hésitation et singulièrement à l'étape du processus décisionnel à laquelle il intervient. L'on peut à cet égard considérer qu'il y a une acquisition imparfaite de droits (§1). Privilégiée enfin parce que somme toute, les obligations lui incombant sont minimales (§ 2).

§ 1 – Une acquisition imparfaite de droits

812. L'étude de la situation du créancier du droit à l'hésitation révèle qu'il existe une corrélation entre mécanisme d'hésitation et éventuel (I), corrélation qui se traduit par une échelle de droits (II).

I. La corrélation entre mécanisme d'hésitation et éventuel

813. Dans la situation d'attente, le présent et le futur par essence incertain, sont indiscutablement liés. L'éventuel, c'est-à-dire la situation définitive projetée mais incertaine dans sa réalisation tant que la décision du potentiel contractant n'a pas été prise, ne peut donc être abordé qu'en miroir avec l'actuel. Droits éventuels et droits actuels sont imbriqués, pour la raison simple que les derniers ne peuvent exister que parce que les premiers sont envisagés. La notion, bien que floue de droit éventuel (A), création de la doctrine¹, est cependant largement utilisée par les textes et la jurisprudence (B).

¹ Notamment par DEMOGUE R., Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance, RTD civ. 1905. 723 ; De la nature et des effets du droit éventuel, RTD civ. 1906. 231. ; VERDIER J.-M., Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des droits, thèse, Paris, 1955. Puis les travaux de TITULESCO N., Essai sur une théorie générale des droits éventuels, Thèse, Paris, 1907 ; NAJJAR I., L'éventuel, *op. cit.* ; AUDIT P.-E., La « naissance » des créances, *op. cit.*

A. La notion floue de droit éventuel

814. La notion de droit éventuel est une notion, qui, bien qu'ayant fait l'objet de travaux célèbres notamment par Demogue¹ et M. Verdier², demeure ambiguë³ et dont les contours sont flous. Les principales difficultés tiennent à « *la détermination du degré de consistance que représente le droit éventuel. L'analyse de leur nature, comme l'inventaire de leurs manifestations, suscitent encore bien des incertitudes, parce que la notion de droit éventuel ne s'est dégagée que peu à peu par leur distinction de certaines autres notions, et que cette évolution est encore sans doute inachevée*⁴ ».

815. La notion de droit éventuel n'est pas sans surprendre car elle présente une certaine antinomie. Elle a en effet trait à un droit inexistant auquel l'on prête néanmoins des effets. Autrement dit, il s'agit de faire exister un droit inexistant, à tout le moins n'existant pas encore. « *A priori, l'expression « droit éventuel » vise une possibilité de fait, une éventualité pratique*⁵ ». Demogue (1) d'abord, puis M. Verdier (2) ensuite, ont été les premiers à s'intéresser formellement à cette théorie.

1. La théorie de Demogue

816. Selon Demogue, « *il existe une zone intermédiaire entre le droit conditionnel qu'étudie le Code civil et la simple espérance, la simple expectative*⁶ » car tout événement futur et incertain n'est pas nécessairement une condition. Il indique que « *ce qui caractérise le droit éventuel c'est que l'on est en face d'un droit né d'un acte juridique incomplet, ou plutôt à la suite de certains éléments d'un acte juridique, mais de certains éléments qui ont déjà une force par eux-mêmes*⁷ ».

¹ DEMOGUE R., Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance, *op. cit.* ; De la nature et des effets du droit éventuel, *op. cit.*

² VERDIER J.-M., Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des droits, *op. cit.*

³ AUDIT P.-E., La « naissance » des créances, *op. cit.*, n°307.

⁴ HEBRAUD P., Observations sur la notion de temps dans le droit civil, in Études offertes à P. Kayser, II, p. 1 ets., spé. p. 39.

⁵ NAJJAR I., Pacte sur succession future, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2020, n° 99.

⁶ DEMOGUE R., Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance, *op. cit.*, p. 2.

⁷ *Ibid.* p. 4.

817. Il prend parmi d'autres, l'exemple de l'intéressé qui vend à telle personne, tel bien ne lui appartenant pas et qu'il sait ne pas lui appartenir, pour le jour où il en sera propriétaire, jour qu'il espère prochain¹. On encore l'hypothèse où fait défaut le consentement d'une des parties et où le contrat est fait sous l'éventualité dudit consentement, faisant ainsi référence à la promesse unilatérale². Cette dernière serait « *un contrat à moitié construit* ³ », plus qu'une offre de contrat et qui donnerait naissance à « *un droit né d'un acte juridique incomplet, ou plutôt à la suite de certains éléments qui ont déjà une force par eux-mêmes* ⁴ ». En somme, il y aurait outre les hypothèses de l'éventualité tenant à l'objet et au consentement, celles tenant à une habilitation⁵ et à l'existence d'une des parties⁶.

818. S'agissant du régime, il considère qu'une « *seule volonté suffit pour qu'un droit éventuel puisse naître, à condition que la loi considère comme ayant déjà une certaine force, une certaine stabilité par elle-même* ⁷ » ; « *quand cette volonté existe, il y a immédiatement un droit éventuel* ⁸ ». Pour ce qui est spécifiquement de la promesse unilatérale de vente, selon lui, « *ce contrat peut être rapproché beaucoup d'un contrat conditionnel* ⁹ ». Ceci justifiant que l'on « *va aboutir au point de vue de la réglementation juridique à traiter le droit soumis à l'éventualité d'un consentement d'une façon non identique sans doute à un droit conditionnel, mais d'une façon analogue* ¹⁰ ». A rebours de la majorité de la doctrine¹¹, il propose qu'il faille considérer que « *lorsqu'une personne aliène sous condition, elle crée dès maintenant un droit réel au profit de l'acquéreur* ¹² » qui « *doit avoir effet du jour de la réalisation de la condition si elle arrive* ¹³ ». Partant, l'aliénateur qui céderait son droit avant la réalisation de la condition,

¹ *Ibid.*, p. 5.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*, p. 33.

⁴ *Ibid.*, p. 41.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*, p. 56.

⁷ *Ibid.*, p. 72.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*, p. 73.

¹⁰ *Ibid.*, p. 75.

¹¹ *Ibid.*, p. 98.

¹² *Ibid.*, p. 93.

¹³ *Ibid.*, p. 94.

ne ferait que céder ce qui lui reste de droit, une propriété temporaire¹. Il faut de même considérer que « *l'obligation du vendeur étant née dès l'origine, c'est-à-dire à l'instant où il a fait la promesse de vendre*² », « *dès l'instant où la promesse de vente a été acceptée un transfert de propriété s'opérant de la même façon qu'en cas de contrat conditionnel*³ », ceci permettant au bénéficiaire d'une promesse d'évincer le tiers acquéreur entre la date de la promesse et le jour de sa réalisation.

819. La théorie de Demogue a fait l'objet de critiques parmi lesquelles l'incertitude quant à la définition du droit éventuel, en raison notamment de trois conceptions contradictoires. « *Le droit éventuel chez Demogue désigne selon les hypothèses soit le droit futur non encore né, soit un droit actuel distinct de ce droit futur, soit de manière incompréhensible le droit futur en ce qu'il serait déjà né*⁴ ». Un autre auteur relève que « *l'éminent auteur était conduit à considérer le droit éventuel comme un droit déjà né bien qu'incomplet*⁵ ». Demogue admet lui-même « *qu'il n'y a pas une catégorie de droits complètement semblables que l'on puisse qualifier d'éventuels*⁶ » renforçant cette impression de confusion. Quoi qu'il en soit et s'il est permis de ne pas souscrire totalement à ses travaux⁷, il faut néanmoins admettre qu'il a eu le mérite de faire émerger l'existence de droits alors que le contrat définitif n'est pas encore conclu.

2. La théorie de M. Verdier

820. La période préalable à la situation définitive, M. Verdier la nomme « *situation d'attente privilégiée*⁸ ». Reprenant un certain nombre d'hypothèses pour lesquelles l'on a pu dire qu'existait un droit éventuel comme les promesses de contrat ou encore les droits d'un héritier réservataire, il relève que ces hypothèses ont pour point commun la situation d'attente

¹ *Ibid.* p. 94.

² *Ibid.* p. 95.

³ *Ibid.*

⁴ AUDIT P.-E., La « naissance » des créances, *op. cit.*, n°321.

⁵ VERDIER J.-M., Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des droits, *op. cit.*, n°8.

⁶ DEMOGUE R., Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance, *op. cit.*, p. 73.

⁷ Pour les raisons évoquées par M. Audit. AUDIT P.-E., La « naissance » des créances, *op. cit.*, p. 225 et s.

⁸ VERDIER J.-M., Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des droits, *op. cit.*, n°150.

privilégiée qui se constitue avant la naissance du droit futur envisagé. Privilégiée car elle produit immédiatement certains effets dont le dénominateur commun est la protection *a priori* ou *a posteriori* de l'acquisition du droit futur. Il ajoute que la notion recouvre un « *complexe comprenant à la fois une situation juridique actuelle, avant la réalisation de l'éventualité et la situation juridique future, laquelle, à vrai dire, est véritablement éventuelle* ¹ ». Par suite, « *ce qu'il importe de déterminer, et ce qui fait notre problème, c'est la nature des rapports immédiats résultant d'une situation de fait incomplète* ² ».

821. L'étude de la situation de fait précédant la naissance du droit futur révèle un caractère protecteur qui s'exprime par des mesures conservatoires, outre « *la possibilité de sanction, voire de contrainte indirecte, contre le titulaire actuel du droit dont le transfert est éventuel* ³ », illustration « *d'une préoccupation constante du législateur et des tribunaux d'assurer, dans la mesure du possible, l'acquisition des droits futurs dont certains éléments essentiels sont déjà réalisés au profit des intéressés* ⁴ ». Ces mesures protectrices « *constituent indiscutablement des droits véritables à l'accomplissement des actes matériels ou juridiques qu'elles ont pour objet ; rien n'exclut en effet de telles prérogatives du champ des droits et, en ce sens, on peut déjà conclure de leur ensemble à l'existence d'une situation juridique présente* ⁵ ». La situation juridique de fait serait « *un droit à l'acquisition d'un droit futur* ⁶ ».

822. Par ailleurs, avec l'analyse de « *la succession des deux situations juridiques, l'une provisoire, l'autre définitive, on constate à la fois des incidences de la première sur la seconde et une réaction inverse qui peut prendre plusieurs aspects* ⁷ ». Il suit de là que la situation juridique antérieure peut influencer sur l'acquisition du droit futur. L'auteur de conclure qu'au « *sein de cet examen synthétique du mécanisme du droit éventuel, il ressort qu'il est impossible de soumettre les divers cas envisagés à un régime juridique unique, valable pour tous. Bien plus qu'une catégorie uniforme de situations juridiques, c'est une échelle de droits aux régimes* ».

¹ *Ibid.*, n° 165.

² *Ibid.*, n° 166.

³ *Ibid.*, n° 171.

⁴ VERDIER J.-M., Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des droits, *op. cit.*, n° 171.

⁵ *Ibid.*, n° 175.

⁶ *Ibid.*, n° 191.

⁷ *Ibid.*, n° 192.

nuancés qui se dégage en fin de compte d'une appréciation d'ensemble¹ ». Il ne faut donc pas négliger les hypothèses où, comme l'offre, les caractéristiques essentielles « se trouvent atténuées au point de paraître faire défaut ». Finalement, il définit le droit éventuel - expression qu'il conserve nonobstant son imprécision en raison de son caractère commode et traditionnel – comme « un droit futur dont l'acquisition est d'ores et déjà protégée, voire organisée, par l'octroi d'un droit présent dont il constitue la finalité² » ; les deux situations juridiques étant « unies par un rapport de moyen à but, et non de cause à effet³ ».

823. Selon l'auteur, le droit éventuel suppose la formation successive du droit considéré, un titulaire actuel⁴, ainsi que « le dépassement d'un certain stade dans la réalisation successive d'une situation de fait⁵ » et singulièrement l'existence « d'un élément fondamental générateur⁶ » qui se révèle notamment par la volonté pour ce qui concerne les droits conventionnels. Pour lui, en tout état de cause, c'est « en définitive dans l'intervention d'une réglementation juridique, d'une protection d'un intérêt présent, que réside pour nous, le critère de ce qu'il est convenu d'appeler « droit éventuel », par rapport à la simple expectative⁷ ». Le lien moyen à but est en effet un critère d'importance qui, selon l'auteur, permet de distinguer d'autres droits dérivés d'une situation juridique antérieure comme « le droit de faire annuler un acte juridique atteint d'un vice, ou de faire prononcer la résolution pour lésion d'une convention, ou encore de demander la résiliation d'un contrat ou sa résolution pour inexécution de l'obligation de l'une des parties⁸ ». Par suite, pour lui, la responsabilité contractuelle ne s'analyse pas en un droit éventuel né du contrat.

824. S'agissant enfin du régime, M. Verdier admet qu'il n'est pas possible de « dégager les bases d'un régime juridique unique des situations antérieures à l'éventualité⁹ ». Ce manque

¹ *Ibid.*, n° 220.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*, n° 369 et s.

⁵ *Ibid.*, n° 373 et s.

⁶ *Ibid.*, n° 375.

⁷ VERDIER J.-M., Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des droits, *op. cit.*, n°375.

⁸ *Ibid.*, n° 385.

⁹ *Ibid.*, n° 404.

d'hétérogénéité a conduit à une critique de sa théorie¹, laquelle aurait conduit à une extension exagérée de la catégorie des droits éventuels et de ne pas fournir de critère de distinction d'avec la condition².

825. Reste que, il faut admettre que bien que le flou persiste autour de cette notion et nonobstant les diverses critiques, elle est cependant utilisée par les textes et la jurisprudence.

B. L'utilisation par les textes et la jurisprudence

826. Le terme « droit éventuel » est d'usage courant dans les textes, dans des matières variées, illustration si besoin était encore de l'hétérogénéité de la notion. Par exemple, l'article 2423 du Code civil³ relatif à l'hypothèque conventionnelle prévoit que *« L'hypothèque est toujours consentie, pour le capital, à hauteur d'une somme déterminée que l'acte notarié mentionne à peine de nullité. Le cas échéant, les parties évaluent à cette fin les rentes, prestations et droits indéterminés, éventuels ou conditionnels. »*

827. L'article 1780 alinéa 5 du Code civil relatif au louage de service dispose que : *« Les parties ne peuvent renoncer à l'avance au droit éventuel de demander des dommages-intérêts en vertu des dispositions ci-dessus. »* D'autres textes portent sur le droit éventuel d'indemnisation. Ainsi, l'article L. 313-44 du Code de la consommation⁴ évoque le droit éventuel du prêteur à indemnisation. De même pour l'article L. 461-12 alinéa 2 du Code rural

¹ AUDIT P.-E., La « naissance » des créances, *op. cit.*, p. 236 et s.

² PUTMAN E., La formation des créances, Thèse, Aix-Marseille, 1987, n°351.

³ Suite à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, art. 2417 du Code civil (à venir – version à compter du 01^{er} janv. 2022).

⁴ Art. L. 313-44 du Code de la consommation relatif au contrat de crédit : *« Lorsqu'il est déclaré dans l'acte constatant le prêt que celui-ci est destiné à financer des ouvrages ou des travaux immobiliers au moyen d'un contrat de promotion, de construction, de maîtrise d'œuvre ou d'entreprise, le tribunal peut, en cas de contestation ou d'accidents affectant l'exécution des contrats et jusqu'à la solution du litige, suspendre l'exécution du contrat de prêt sans préjudice du droit éventuel du prêteur à l'indemnisation. »*

et de la pêche maritime portant sur les baux à ferme d'un fond rural¹ ou encore l'article L. 540-1 alinéa 2 du Code des assurances².

828. Il faut ainsi observer que le législateur a une conception plus restrictive de la notion, s'éloignant à cet égard des théories de Demogue et M. Verdier. Il considère ainsi qu'il s'agit davantage d'un droit futur et incertain mais n'ayant jamais trait à la formation d'un contrat. Il s'agit plutôt d'un droit que l'intéressé pourrait tenir d'une loi ou d'une convention déjà formée.

829. C'est cette même acception que retient la jurisprudence qui a eu l'occasion de définir la notion de droit éventuel. En l'espèce, une salariée a été licenciée et a signé son solde de tout compte avant d'apprendre quelques mois après que ses arrêts de travail antérieurs avaient été pris en charge au titre de maladie professionnelle. Elle a alors formé une demande en réintégration ou à défaut en paiement d'indemnité. La cour d'appel, rejetant la fin de non-recevoir déduite de l'existence du reçu non dénoncé dans les deux mois de sa signature, a ordonné une expertise afin de rechercher si la salariée avait été victime d'une maladie professionnelle, et a affirmé que la salariée avait acquis un droit éventuel à des indemnités de rupture en apprenant la décision de prise en charge de ses arrêts de travail au titre d'une maladie professionnelle.

830. La Cour de cassation approuva la cour d'appel considérant « *qu'un droit éventuel est un droit encore imparfait qui ne réunit pas toutes les composantes nécessaires à son existence, sa perfection même dépendant d'éléments non seulement futurs mais incertains ; qu'ainsi, sans se contredire, la cour d'appel a pu énoncer que Mme Z... avait un droit éventuel à des indemnités de rupture et ordonner une expertise, la reconnaissance de son droit étant subordonnée à la constatation que son inaptitude physique était la conséquence d'une maladie professionnelle* ³ ». Le droit de la salariée à des indemnités n'était qu'éventuel car il était subordonné à la constatation que son inaptitude physique était la conséquence d'une maladie professionnelle.

¹ Art. L. 461-12 al. 2 du Code rural et de la pêche maritime : « *Le renouvellement du bail a pour effet de reporter à l'époque de sa sortie du fonds l'exercice par le preneur de son droit éventuel à indemnité.* »

² Art. L. 540-1 alinéa 2 du Code des assurances : « *Les parties ne peuvent renoncer à l'avance au droit éventuel de demander des dommages-intérêts en vertu des dispositions ci-dessus.* »

³ Cass. Soc., 5 nov. 1987, n° 83-43630, Bull. civ. V n°619.

831. Le droit à indemnisation est effectivement considéré comme un droit éventuel aussi longtemps qu'il n'a pas été consacré par l'instance compétente¹. Il s'ensuit que son titulaire ne saurait en demander l'exécution. La troisième chambre civile a ainsi pu dire que : « *en cas d'inexécution de ses obligations contractuelles par l'une des parties, l'autre partie a la faculté d'opter entre la résolution du contrat et son exécution forcée et elle ne peut poursuivre à ces deux fins son cocontractant ; n'ayant qu'un droit éventuel à des dommages et intérêts lorsqu'elle poursuit la résolution du contrat, la cour d'appel a pu en déduire que les époux X ne pouvaient demander la condamnation des preneurs à effectuer des travaux qui n'étaient exigibles qu'en cours ou à la fin du bail qui a été résilié* ² ». Dans le droit fil de cette jurisprudence, il a pu être jugé que jusqu'à son décès, le grevé est pleinement propriétaire du bien sur lequel les appelés ne disposent que d'un droit éventuel³.

832. Pour la doctrine, s'agissant singulièrement du pacte de succession future⁴, il s'agit d'un critère « *fuyant, peu utilisable* ⁵ » car « *il est évident que si la succession n'est pas ouverte, les droits successifs en cause sont purement éventuels* ⁶ ». Elle a ainsi appelé de ses vœux⁷ qu'il n'y soit plus fait référence par l'article 791 du Code civil. Le législateur n'est pas demeuré sourd et toute référence à cette notion a été abandonnée par la loi de 2006⁸.

833. Il est vrai que la notion d'éventuel peut concerner nombre de situations. Tel est par exemple le cas de la lettre de change non acceptée. Par l'acceptation, qui suppose la provision⁹, le tiré reconnaît être le débiteur de la lettre de change et s'oblige à payer le porteur à l'échéance¹⁰. Par suite, le porteur « *a contre l'accepteur une action directe résultant de la lettre*

¹ Cass. soc., 13 octobre 1999, Bull. civ. V, n° 381 : Le salarié a un droit éventuel à des dommages-intérêts pour rupture abusive, tant que le litige n'a pas été tranché. Voir également pour un droit à pension : Cass. soc., 23 novembre 1999, Bull. civ. V, n° 453. Pour un contrat d'assurance vie : Cass. Civ. 1^{ère}, 2 juil. 2002, n° 99/14 819.

² Cass. Civ. 3^{ème}, 13 juin 2001, n° 99-18.717 et n° 99-19.693.

³ Cass. Civ. 1^{ère}, 6 mai 1997, n° 94-15.510 P: D. 1997. 483, rapp. Thierry ; RTD civ. 1998. 171, obs. Patarin.

⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 18 juin 1994, n° 92-11.829.

⁵ MARGUÉNAUD J.-P. et alii, Droit patrimonial de la famille 2018-2019, Dalloz, 6^e éd., 2017, n° 211.13.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.* ; NAJJAR I., Pacte sur succession future, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2020, n° 99.

⁸ Loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

⁹ Art. L. 511-7 al. 4 du Code de commerce.

¹⁰ Art. L. 511-19 al.1 du Code de commerce.

*de change*¹ ». C'est dire que lorsque la traite n'est pas acceptée, le droit du porteur s'exerce sur une créance simplement éventuelle, susceptible d'appartenir au tireur contre le tiré à l'échéance, conformément à la définition de provision donnée par l'article L. 511-7 alinéa 2 du Code de commerce car l'émission de la traite ne rend pas indisponible la créance de provision². En effet, le tireur conserve jusqu'à l'échéance le droit de réclamer sa créance au tiré, tout comme ce dernier peut valablement se libérer de sa dette entre les mains du premier³. Par ailleurs, le porteur d'une lettre de change non acceptée ne peut faire valoir un droit sur la provision dans l'hypothèse où la créance du tireur sur le tiré a, depuis la création de la traite, donné lieu à l'émission d'un billet à ordre⁴. La même qualification est retenue par la doctrine pour le créancier conditionnel⁵.

834. De tout ce qui précède, force est d'observer que la notion de droit éventuel laisse une impression de confusion ; un véritable fatras. La jurisprudence et les textes la relient indiscutablement à l'incertain. Plus justement, il ressort que le droit éventuel s'oppose au droit acquis en ce que sa constitution définitive suppose une consécration. Elle peut provenir du juge qui va, ou non, reconnaître le droit à réparation d'un préjudice. Mais au surplus, encore faut-il qu'il y ait effectivement préjudice car la relation peut parfaitement se dérouler sans qu'une quelconque faute soit commise. La consécration peut également résulter de la volonté d'une personne. Il faut par conséquent considérer qu'il manque un élément essentiel à sa perfection. Reste qu'à ce prix, tout pourrait être droit éventuel. Comme l'ont révélé les études de Demogue et M. Verdier, il en ressort une notion aux contours imprécis⁶, d'une particulière hétérogénéité avec des situations et des régimes disparates. Il est donc permis de se questionner sur

¹ Art. L. 511-19 al. 2 du Code de commerce.

² Voir GIBIRILA D., *Lettre de change*, Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2018 ; VASSEUR M., *Réflexions sur le régime juridique du porteur de traites non acceptées*, D. 1985. Chron. 199.

³ Cass. Com. 10 juill. 1973, Bull. civ. IV, n° 241 ; RTD com. 1973. 832, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange ; Banque 1973. 1157, obs. L.-M. Martin. ; 19 nov. 1973, Bull. civ. IV, n° 332 ; RTD com. 1974. 307, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange. ; 29 janv. 1974 ; 1er févr. 1977, Bull. civ. IV, n° 35 ; D. 1977. IR 398, obs. M. Vasseur ; RTD com. 1977. 332, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange. ; Paris, 14 avr. 1964.

⁴ Cass. Com. 28 juin 1983, Bull. civ. IV, n° 191 ; RTD com. 1984. 115, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; D. 1984. 444, note G. Endréo, et IR 264, obs. M. Vasseur.

⁵ La majorité de la doctrine y voit un droit éventuel. VERDIER J.-M., *Les droits éventuels : contribution à l'étude de la formation successive des droits*, *op. cit.* ; BÉNABENT A., *op. cit.*, n° 340.

⁶ AGBENETO K., *Les créances futures*, LPA 28 nov. 2019, n° 148, p.3.

l'opportunité de retenir une catégorie particulière de droits comme des droits éventuels¹, d'autant que bien qu'il s'agisse d'une notion ancienne, aucun consensus entre doctrine et jurisprudence n'a pu émerger². Au surplus, même la récente réforme du Code civil n'a pas pris de position tranchée sur la question.

835. Pour autant, le vrai est que la conclusion d'un contrat est toujours une éventualité, un possible³. D'abord en raison de la liberté contractuelle. « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter* » énonce l'article 1102 du Code civil. Plus encore ensuite, en présence d'un mécanisme du droit à l'hésitation qui étire la formation du contrat. La situation d'attente qu'il crée ouvre un champ des possibles à la non-réalisation du contrat comme la disparition de la chose, objet du contrat ou encore que le débiteur du droit à l'hésitation conclut avec un tiers, en dépit de sa proposition contractuelle. Partant, il faut admettre la présence inéluctable de l'éventuel ; cette porte entrouverte sur le futur : le contrat envisagé. Ainsi, parce que ce futur a des chances d'exister, le présent doit viser à s'en assurer et à le préserver. D'où la nécessité de prérogatives actuelles. Par ailleurs, la situation d'attente est créatrice de droits actuels nés du droit à l'hésitation. Par suite, il nous paraît plus judicieux que l'attention soit portée sur l'ensemble des droits existants durant la situation d'attente⁴ lesquels seront plus ou moins importants selon le mécanisme d'hésitation.

II. Une échelle de droits actuels

836. Lorsque le mécanisme du droit à l'hésitation intéresse la dernière phase du processus décisionnel, c'est-à-dire la phase de manifestation, le contractant-décideur a déjà manifesté son

¹ À cet égard, les avant-contrats organisent « *la possibilité ou une manière de ne pas subir le contrat final, éventuel, comme une fatalité : le contrat est celui à venir, justement parce qu'on en prépare la conclusion sans qu'elle soit acquise. Tout dépend de la suite des événements, de la persistance de la volonté de conclure le contrat final, de celle de se lier ou de la réalisation d'un fait objectivement constatable...*

Cette organisation de la prévoyance, à n'en point douter, démontre que l'éventuel est réduit à sa valeur la moins intrusive ; il est le leurre qui miroite. » NAJJAR I., *L'éventuel*, *op. cit.*

² Comme a pu le souligner Mme Lequette, « *la qualification de droit éventuel est d'un faible secours lorsqu'il s'agit d'en déduire un régime juridique* ». LEQUETTE S., *Réflexion sur la durée du pacte de préférence*, *op. cit.*

³ SERNA J.-C., *Le refus de contracter*, Thèse, Librairie générale de droit et jurisprudence, 1967.

⁴ « *L'actuel supprime l'éventuel.* » NAJJAR I., *L'éventuel*, *op. cit.*

choix sans que la décision n'ait été formellement prise¹. Autrement dit, il est déjà partie au contrat projeté (B). Sa situation diffère sensiblement de celle du contractant-décideur qui lui, est encore dans les phases préparatoires de la décision (A) d'où l'importance de les distinguer pour l'analyse de leurs droits respectifs.

A. Dans les phases préparatoires de la décision

837. Le traitement de l'hésitation peut résulter de mécanismes intéressant les phases préparatoires de la décision. Deux types de mécanismes sont concernés : d'une part, les mécanismes de réflexion (1) et d'autre part, les mécanismes d'essai (2).

1. Dans les mécanismes de réflexion

838. Les mécanismes de réflexion selon qu'ils résultent de l'offre ou de la promesse unilatérale placent le potentiel contractant dans une situation d'attente plus ou moins privilégiée. Ses droits sont nécessairement limités durant le temps d'hésitation de l'offre (a) en comparaison de ceux, davantage sécurisants du temps d'hésitation de la promesse unilatérale (b).

a. Les droits limités du temps d'hésitation de l'offre

839. Des deux, l'offre est celle présentant l'engagement le moins important pour son auteur² car il ne s'agit pas d'un contrat³. L'intéressé a simplement manifesté son intention ferme de s'engager⁴ si son offre était acceptée, par décision positive du destinataire⁵. Par conséquent,

¹ Décision et consentement ne se confondant pas.

² « *S'il est permis de soutenir que l'offrant a déjà exprimé son consentement, il faut bien reconnaître que ce n'est qu'une volonté isolée et non un engagement juridique comparable à une promesse* ». PETIT B., ROUXEL S., Art. 1113 à 1122 - Fasc. unique : CONTRAT. – Formation du contrat. – Offre et acceptation, *op. cit.*, n° 89.

³ Voir MAZEAUD D., Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, *op. cit.* ; sur la distinction de l'offre et de la promesse FABRE-MAGNAN M., *op. cit.*, n° 302.

⁴ Sa décision en somme.

⁵ AUBERT J.-L., Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, Thèse, L.G.D.J., 1970.

elle ne crée pas de droit de créance au bénéfice de ce dernier¹ et n'est ni transmissible², ni cessible. Aussi, les droits du potentiel contractant s'en trouvent nécessairement limités, ce même sur la chose objet du contrat. Il ne peut prétendre qu'au maintien de l'offre durant le délai prévu, ou à tout le moins, pendant un délai raisonnable³. Si tel ne devait pas être le cas, la protection de la situation future s'opère au titre de la responsabilité extracontractuelle⁴, qui trouve son fondement dans la bonne foi précontractuelle⁵. En revanche, elle ne peut viser « à compenser la perte des avantages attendus du contrat ⁶ » et moins encore, à contraindre le pollicitant à contracter⁷.

840. Se pose alors la question du préjudice réparable. « *À vrai dire, ce que sanctionne l'article 1116 du Code civil, c'est le comportement de celui qui, après avoir formulé une offre, a laissé son destinataire espérer la conclusion du contrat ; autrement dit, il s'agit ici « de stigmatiser une simple déloyauté précontractuelle »* ⁸ ». Il est permis de considérer que la réparation de son espoir déçu consiste en la perte de chance de tirer profit du contrat⁹. C'est dire que la sanction de la rétractation irrégulière de l'offre est en définitive assez faible¹⁰. L'on

¹ JUILLET C., Le délai raisonnable dans l'offre de contrat, *op. cit.*

² L'article 1117 du Code civil prévoit la caducité de l'offre en cas de décès de l'offrant, celle-ci n'ayant fait naître à son profit aucun droit de créance transmissible à ses héritiers comme a pu le préciser la jurisprudence. Cass. Civ. 1^{ère}, 5 nov. 2008, n° 07-16.505, D. 2010. 226, obs. S. Amrani-Mekki.

³ Art. 1116 al. 1 du Code civil.

⁴ *Ibid.* al. 2.

⁵ ANTIPPAS J., De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué, RTD civ. 2013, p. 27.

⁶ Art. 1116 al. 2 du Code civil.

⁷ Contrairement à la solution qu'adoptait la jurisprudence. Cass. Civ. 3^{ème}, 20 mai 2009, n° 08-13.230.

⁸ PETIT B., ROUXEL S., Art. 1113 à 1122 - Fasc. unique : CONTRAT. – Formation du contrat. – Offre et acceptation, *op. cit.*, n° 89. Voir également DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, LexisNexis, 2016, p. 130.

⁹ DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op. cit.*, p. 130 ; FAGES B., La conclusion du contrat et les vices du consentement dans la loi de ratification du 20 avril 2018, RDC 2018, n° Hors-série, p. 15 ; DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, JCP G 2018, 529, spéc. n° 12.

¹⁰ DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op. cit.*, p. 131.

peut dès lors affirmer que le droit à l'hésitation que confère l'obligation de maintien est un droit, somme toute, limité, tant la protection afférente est faible, tout comme celle de la situation future, contrairement à la promesse unilatérale.

b. Les droits sécurisants du temps d'hésitation de la promesse unilatérale

841. Plus sécurisante est en effet la situation d'attente résultant du droit à l'hésitation issu de la promesse unilatérale¹. En effet, sans être le contrat définitif², elle est un contrat comme l'indique l'article 1124 du Code civil. La promesse opère une décomposition de la formation du contrat définitif puisqu'elle induit « *un décalage entre le moment où chacun donne son consentement*³ », que d'aucuns ont pu qualifier de « *contrat promis à moitié formé*⁴ ». Il suit de là que le bénéficiaire jouit d'un droit personnel⁵ à l'égard du promettant et non d'un droit réel à l'égard de la chose⁶. Il s'agit d'un droit de créance de nature mobilière⁷. La jurisprudence sur la question est constante⁸. De façon fort surprenante, le droit administratif a pu lui reconnaître néanmoins déjà qualité pour demander un permis de construire⁹. En outre,

¹ BARRY S., Le droit du bénéficiaire d'avant-contrats, Thèse, Toulouse, 2019.

² « *La promesse unilatérale de contrat est autonome par rapport au contrat définitif, elle constitue un contrat à part entière.* » STÖFFEL J.-N., Le projet d'acte juridique (étude de droit privé), *op. cit.*, p. 178.

³ BENABENT A., Droit des obligations, L.G.D.J., 18^e éd., 2019, n°85.

⁴ CHANTEPIE G. et LATINA M., La réforme du droit des obligations, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 262.

⁵ PLANIOL M. et RIPERT G., Traité pratique de droit civil français, 2^e éd., Tome XIV, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963. Contr. BARRY S., Le droit du bénéficiaire d'avant-contrats, *op. cit.*

⁶ Il n'est propriétaire de la chose, objet de la promesse. Si la promesse venait à ne pas être conclue, il ne peut réclamer le remboursement des améliorations qu'il aurait apportées à l'immeuble, s'il a reconnu être sans droit ni titre à l'occuper. Cass. Civ. 1^{ère}, 12 oct. 1960, n° 58-11.837 : Bull. civ. I, n° 430. Le bénéficiaire ne peut en principe consentir une sûreté réelle sur le bien objet de la promesse en application de l'art. 2335 du Code civil. En ce sens, T. com. Seine, 16 août 1928 : Sem. Jur. 1928, II, 1313.

⁷ La qualification de droit personnel ou de créance est jugée « douteuse » par certains auteurs. En ce sens, PETIT B., ROUXEL S., Art. 1113 à 1122 - Fasc. unique : Contrat. – Formation du contrat. – Offre et acceptation, *op. cit.*, n° 89. D'autres auteurs y voient un droit potestatif. BENAC-SCHMIDT F., Le contrat de promesse unilatérale de vente, *op. cit.*, n° 120, spéc. n° 144 ; BOYER L., Les promesses synallagmatiques de vente. Contribution à la théorie des avant-contrats, *op. cit.* ; COLLART-DUTILLEUL Fr., Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, *op. cit.*, n° 15, spéc. n° 254.

⁸ Depuis Cass. Civ. 26 nov. 1935, D.P. 1936.I.37, rapport Pilon. Cass. Civ. 1^{ère}, 8 févr. 1966 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 22 mars 1966, n° 64-10.75 ; Cass. com., 6 oct. 1969, n° 66-14.252 : Bull. civ. IV, n° 280.

⁹ Voir en ce sens CE, 24 avril 1974, JCP 74.II.17765.

l'intéressé peut réaliser des actes conservatoires comme une saisie¹ ou une inscription d'hypothèque provisoire². Le provisoire vise ainsi à préserver la situation future, bien qu'éventuelle. Dit autrement, il s'agit de solutions d'attente³.

842. S'agissant d'un droit de créance, le bénéfice de la promesse peut être transmis aux ayants droit du bénéficiaire ou encore cédé à un tiers en vertu d'une cession de créance⁴. Deux exceptions toutefois. La première est l'hypothèse où elle présenterait un caractère *intuitu personae*⁵, la seconde, issue de la loi « anticorruption » du 29 janvier 1993, est celle où la promesse porte sur un immeuble cédé à titre onéreux par un professionnel de l'immobilier⁶. Sans doute faut-il préciser que la substitution en application d'une clause de la promesse ne constitue pas une cession de créance et n'est pas soumise à l'article 1690 du Code civil⁷.

843. L'illustration la plus marquante de la vigueur des droits que tient le créancier du droit à l'hésitation résultant d'une promesse unilatérale se révèle aux termes de l'alinéa 2 de l'article 1124 du Code civil : « *La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.* » Le délai accordé au bénéficiaire pour sa prise de décision est à cet égard d'une intangible sécurité et constitue le droit à l'hésitation le plus puissant et ce, même dans l'hypothèse où le promettant est mis en

¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 7 janv. 1992, n° 90-15.303.

² Cass. Civ. 1^{ère}, 27 nov. 2008, n° 07-18.739.

³ « *Si le provisoire est une solution d'attente, et entretient la patience, il manifeste aussi un refus d'attendre passivement la mise en place du définitif.* » Partant, « *le provisoire répond de manière indissociable à deux besoins: l'un immédiat, l'autre définitif, auquel il sera satisfait dans un futur dont l'éloignement est mis à profit pour la réflexion et la mise en place de structures juridiques.* » LORVELLEC L., Remarques sur le provisoire en droit privé, *op. cit.*, p. 386 et 387.

⁴ Selon Eugène Gaudemet, la créance est aujourd'hui un bien et pas seulement un lien. GAUDEMET E., *Théorie générale des obligations*, Dalloz (1937), réédition 2004, p. 90 et s.

⁵ Cass. Civ. 21 février 1951, Bull. I, n°74 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 6 nov. 1963, Bull. I, n°484 ; CA Basse-Terre, 21 avril 2008, JurisData n° 377291.

⁶ Loi 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (I) Art. 52. Voir également, Cass. Civ. 3^{ème}, 28 mars 2012, n° 11-12.872.

⁷ Cass. Com., 27 mars 2001, n° 98-13.637.

liquidation judiciaire¹. La situation d'attente qui en résulte est organisée autour de la protection de son droit actuel à l'acquisition dans l'avenir de droits à naître de l'éventuel contrat définitif qui sera conclu à la date de la levée de l'option², ceci étant également vérifiable à l'analyse des obligations pesant sur le promettant³.

2. Les mécanismes d'essai

844. Nous sommes ici dans l'hypothèse d'un contrat d'essai autonome ou encore des ventes à l'essai⁴ ou à la dégustation⁵. Ces conventions expérimentales⁶ constituent des mécanismes prophylactiques de l'hésitation et interviennent à cet égard durant les phases préparatoires de la décision ; la prise de décision de l'intéressé dépendant de l'essai. En effet, « *le but de l'expérimental est informatif*⁷ ». Cependant, même si le créancier du droit à l'hésitation expérimente le définitif envisagé, pour autant, les parties ne sont pas dans le contrat définitif⁸. Il suit de là que les droits dont il dispose durant cette situation d'attente dynamique ne tiennent qu'au contrat expérimental⁹.

845. Ainsi, en toute hypothèse, il n'y a pas transfert de propriété de la chose objet de la vente projetée¹⁰, le potentiel contractant ne peut donc la céder. Cela est d'autant plus patent

¹ Cass. Com., 7 mars 2006, no 05-10.371, Bull. civ. IV, no 63 ; D. 2006. AJ 859, obs. Lienhard ; D. 2006. Pan. 2255, obs. Lucas ; JCP 2006. I. 185, no 11, obs. Cabrillac et Pétel ; JCP N 2007. 1044, étude Coutant Lapalus, et 1266, obs. Vauvillé ; RTD com. 2006. 669, obs. Vallens.

² Req. 29 nov. 1935, DP 1936. I. 37, rapp. Pilon ; S. 1936. I. 52 ; Cass. Civ. 7 mars 1938, DH 1938. 260 ; Cass. Civ. 17 juill. 1930, DP 1932. I. 112.

³ Cf. infra n° 912 et s.

⁴ Art. 1588 du Code civil.

⁵ Art. 1587 du Code civil. BAHANS J.-M., L'apport du droit du vin au droit de la vente : l'exemple de la vente à l'agréage, op. cit. ; OLSZAK N., *Emptio ad gustum* : la vente à la dégustation de l'Antiquité à l'article 1587 du Code civil », Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, op. cit.

⁶ LORVELLEC L., L'essai dans les contrats, Thèse, Rennes, 1972.

⁷ MERLAND L., Recherches sur le provisoire en droit privé, Thèse, PUAM, 2001, n° 31.

⁸ Ibid. n° 49.

⁹ Singulièrement dans la vente à la dégustation qui est une promesse unilatérale et le contrat d'essai, qui est un contrat autonome distinct du contrat définitif envisagé.

¹⁰ Cass. civ., 17 juin 1925 : Bull. civ. 1925, n° 121 ; DP 1927, I, p. 29, 2e esp. ; CA Nancy, 20 mai 1992, JurisData n° 048610 ; CA Nancy, 31 janv. 2000, n°96/03615.

pour les ventes à l'essai de biens ayant nécessité le recours à un investissement par crédit-bail. La propriété du bien appartient au crédit-bailleur¹ et non point à l'utilisateur, qui va seul apprécier si l'essai se révèle concluant. En revanche, le potentiel contractant doit être mis en mesure d'essayer effectivement la chose² et dispose à cet égard, d'un droit d'usage direct sur la chose³.

846. Partant, il faut en déduire que le potentiel acquéreur ne peut donc aliéner la chose objet de l'essai ou encore en percevoir les fruits. S'agissant du cas particulier de la vente à la dégustation, il va sans dire que le goûteur est propriétaire de la petite partie de la chose qui lui est donnée pour l'essai⁴. L'intérêt de cette question est cependant limité puisque ce qui est donné au potentiel acheteur ne représente qu'une infime partie de la chose réellement vendue qui au surplus, est goûtée instantanément⁵.

847. S'agissant singulièrement de la vente à l'essai, lorsqu'elle est conclue sous condition suspensive, conformément aux termes de l'article 1304-5 *in fine* du Code civil, « *le créancier peut accomplir tout acte conservatoire et attaquer les actes du débiteur accomplis en fraude de ses droits* ».

848. Somme toute, l'intéressé est placé dans la situation définitive, en pratique uniquement, avec les mécanismes expérimentaux.

849. Du reste, force est d'observer que si les droits du potentiel contractant sont limités dans les phases préparatoires de la décision, il en va différemment, s'il se trouve déjà dans le contrat projeté.

¹ Art. L. 313-7 1° du Code monétaire et financier.

² Cass. civ., 17 juin 1925.

³ CA Douai, 2^e ch 1, 15 oct. 2015, n° 15/00140 : La vente à l'essai suppose d'une part, que cette vente ait pour objectif de permettre à l'acheteur de faire un essai, d'autre part, que cet acheteur dispose d'un droit d'usage direct sur cette chose.

⁴ TOURNAUX S., L'essai en droit privé – Contribution à l'étude de l'influence du droit du travail sur le droit civil, Thèse, L.G.D.J, 2011.

⁵ CA Bordeaux, 1^{re} ch. A, 27 avr. 2004, SA Borie-Manoux c/ SCFED Landureau, JurisData n° 2004-240298.

B. Dans le contrat projeté

850. Lorsque le droit à l'hésitation intervient alors que les parties sont déjà dans le contrat projeté, sans pour autant que cette immersion ait une visée expérimentale mais davantage délibérative, le créancier du droit à l'hésitation est titulaire d'un droit singulier, celui de ne pas exécuter ses obligations (1). En revanche, dans l'hypothèse d'une expérimentation, elles sont d'ores et déjà pleinement dans la situation définitive. Par suite, les droits actuels se confondent avec les droits éventuels (2).

1. Le droit de ne pas exécuter ses obligations

851. La situation d'attente peut exister alors que les parties ont déjà échangé leurs consentements respectifs. Autrement dit, seule la première étape de la phase terminale du processus décisionnel a été réalisée. Elles réservent cependant la réalisation de la seconde étape, celle de l'exécution à une période ultérieure, soit de leur propre chef grâce à une clause de dédit, soit parce qu'elles y sont contraintes à cause d'un délai de rétractation. Quoi qu'il en soit, elles sont dans le contrat définitif¹.

852. C'est dire que les droits actuels sont ceux du contrat. Simplement, ils sont fragilisés parce qu'il peut ne pas y avoir décision définitive. Il ne s'agit plus d'avoir des droits spécifiques à la situation d'attente dans l'intervalle de la réalisation éventuelle de la situation définitive. Par exemple, dans un contrat de vente², la propriété est en principe, transférée à l'acquéreur au jour de la formation du contrat³. Il va sans dire que les dispositions de l'article 1583 du Code civil relatives au moment du transfert de propriété de la chose vendue n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent y déroger librement⁴. Ainsi, en pratique dans une promesse synallagmatique

¹ Art. 1122 *in fine* du Code civil. BOYER L., La clause de dédit, *op. cit* ; MIRABAIL S., La rétractation en droit privé français, *op. cit*.

² La faculté de dédit, qui permet aux parties de se repentir, est compatible avec la perfection du contrat de vente. Cass. Civ. 1^{ère}, 6 oct. 1965, n° 62-13.460.

³ Art. 1583 du Code civil.

⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 24 janv. 1984, n° 82-14.841 P.

comprenant une clause de dédit¹ au bénéfice du promettant², le transfert de propriété est retardé au terme du délai de dédit³. « *Il est admis que – notamment au cas de vente avec arrhes – que la clause de dédit diffère les effets du contrat jusqu'à cet événement incertain que constitue le non-exercice de la faculté.* »⁴ Il faut ainsi considérer que les effets du contrat sont retardés car il y a suspension de l'étape d'exécution, seconde étape de la phase de manifestation de la décision, en raison d'une réitération de la phase de délibération.

853. Le bénéficiaire du temps d'hésitation *a posteriori* a donc tous les droits nés du contrat. Par ailleurs, il est titulaire d'un droit plus singulier, qui fait d'ailleurs l'originalité de ces mécanismes, celui de ne pas exécuter ses obligations ; « *sa viabilité étant liée à la non-exécution de l'obligation qu'il assortit* »⁵. Un auteur a même pu évoquer une inexécution licite du contrat⁶. Au reste, la jurisprudence définit la clause de dédit comme la clause qui offre aux acquéreurs la faculté de ne pas exécuter leur engagement d'acquérir pour une cause quelconque, indépendante des conditions suspensives, en abandonnant aux vendeurs une somme convenue⁷. De fait, il est de jurisprudence aussi constante qu'ancienne que l'exécution de l'obligation entraîne la disparition de la faculté, cette exécution devant être, en principe, interprétée comme une renonciation à son exercice⁸. Par conséquent, il est à cet égard impossible de demander l'exécution du contrat tant qu'existe cette faculté de dédit⁹.

¹ Pour l'existence de la clause, Cass. Civ. 3^{ème}, 4 déc. 1968, Bull. civ. III, n° 525. Pour le moment jusqu'où la faculté peut être exercée, Cass. Civ. 3^{ème}, 8 nov. 1968, *ibid.* III, n° 457.

² Même dans une promesse unilatérale où d'ailleurs elle ne peut exister qu'au profit du promettant, lui seul en effet s'étant engagé. BOYER L., La clause de dédit, *op. cit.*, p. 47.

³ En tout état de cause, il appartient aux parties de convenir que la propriété de la chose vendue ne sera transférée à l'acheteur qu'après un certain délai, l'exécution de certaines conditions ou l'accomplissement de formalités prévues. Req. 26 juin 1935 : DH 1935. 414. Voir également, Cass. Civ. 1^{ère}, 8 mai 1962.

⁴ BOYER L., La clause de dédit, *op. cit.*, p. 49.

⁵ *ibid.*, p. 47. Voir également DRAPIER S., Les contrats imparfaits, Thèse, PUAM, 2001, p. 63 et s.

⁶ CHABAS C., L'inexécution licite du contrat, Thèse, L.G.D.J, 2002, n° 26.

⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 17 nov. 1993, n° 91-18.773.

⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 15 juil. 1961, Bull. cass. 1961.I, n° 318, p. 252 : volonté du vendeur de signer l'acte authentique exprimée à plusieurs reprises ; Cass. Civ. 3^{ème} 30 oct. 1962, Bull. cass. 1962.III, n° 401, p. 309. Voir également en ce sens, BOYER L., La clause de dédit, *op. cit.*, p. 47.

⁹ Cass. Civ. 16 avril 1970, Bull. civ. 1970.3, n° 176. Voir également en ce sens, MIGNOT M., Art. 1590 - Fasc. unique : Vente, JurisClasseur Civil Code > Art. 1590, 2018, n° 62.

854. S'agissant en revanche des droits de rétractation du droit spécial, bien que le principe du droit à l'inexécution demeure, il s'exprime différemment pour des raisons pratiques¹. Ainsi, il faut considérer que le contractant consommateur ne peut être tenu à aucun paiement durant les premiers jours du contrat². Pendant ce même délai, il ne peut exiger de son cocontractant une quelconque exécution³. De ce point de vue, le régime du droit de rétractation est similaire à celui de la clause de dédit. En revanche, alors que la faculté de repentir est à son seul bénéfice, son cocontractant est également tenu, en principe, de ne pas exécuter ses obligations durant le délai.

855. Ce principe souffre néanmoins de deux exceptions. La première concerne les contrats conclus à distance portant sur la vente de biens. C'est la livraison du bien qui marque le point de départ du délai de rétractation⁴. Ce faisant, l'intéressé a réellement la possibilité d'apprécier les qualités de l'objet, souvent acheté sur internet⁵. La seconde exception concerne les contrats de prestation de service pareillement conclus à distance pour lesquels il peut en demander l'exécution avant la fin du délai de rétractation sans que cette demande marque une renonciation à son droit de rétractation⁶.

¹ Le droit de la consommation se veut en effet pragmatique et ne vise à pas à ankyloser les actes de la vie courante. Cf. supra n° 488 et s.

² Il s'agit même d'une interdiction. Voir en ce sens, art. L. 312-25 al. 2 du Code de la consommation ; art. L. 121-10 du Code de la consommation.

³ Voir en ce sens, art. L. 312-25 al. 1 du Code de la consommation.

⁴ Art. L. 221-18 2° du Code de la consommation.

⁵ D'où l'assimilation à un essai. Cf. Supra n° 488. Voir également CJUE, 27 mars 2019, aff. C-681/17, *Slewo c/ Sascha Ledowski* : JurisData n° 2019-004648, spé. § 37 : « *Étant donné qu'en cas de vente à distance le consommateur n'est pas en mesure de voir le bien qu'il achète avant de conclure le contrat, il devrait disposer d'un droit de rétractation. Pour la même raison, le consommateur devrait être autorisé à essayer et inspecter le bien qu'il a acheté, dans la mesure nécessaire pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement du bien* ».

⁶ Art. L. 221-25 du Code de la consommation.

2. La confusion des droits actuels et éventuels

856. La situation n'est pas tout à fait la même dans le cas du contrat comportant une période d'essai et singulièrement le contrat de travail¹. Les parties sont d'ores et déjà dans le contrat définitif² avec la particularité qu'elles sont dans la situation définitive en pratique car durant cette période, les parties exécutent le contrat dans ses conditions normales, mais également en droit. « *La période d'essai est une période d'exécution du contrat de travail, la relation de travail est donc soumise à l'ensemble des règles étatiques et conventionnelles applicables dans l'entreprise, à la seule exception de la plupart des règles relatives à la rupture du contrat* ³ ».

857. « *La période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent* » dispose l'article L. 1221-20 du Code du travail⁴. Le salarié fait donc partie de l'effectif de l'entreprise et bénéficie à ce titre, des mêmes avantages et droits que les autres salariés. Il perçoit la rémunération prévue par le contrat et acquiert des congés. Par exemple, pendant la période d'essai, le contrat de travail existe déjà et le salarié bénéficie de tous les droits et protection légaux. Seules les règles relatives au licenciement sont écartées⁵.

858. Il y a donc une confusion des droits actuels et éventuels. Ceci vaut pour tous les contrats assortis d'une période d'essai, comme les contrats de distribution. Le franchisé profite du savoir-faire du franchiseur⁶ et exploite normalement son fonds.

¹ ANTONMATTEI P.-H., Droit du travail, L.G.D.J., 1^{ère} éd., 2021 ; LORVELLEC L., L'essai dans les contrats, *op. cit.* ; CADET A., Essai d'une théorie générale des clauses du contrat de travail, thèse, Lille II, 1997 ; BARRÉ A., Les clauses du contrat de travail et l'abus, thèse, Aix-Marseille III, 2003 ; TOURNAUX S., L'essai en droit privé, *op. cit.* ; ATHMANI S., La période d'essai, RPDS 2005, no 723, p. 223.

² Cass. soc., 5 mars 1975 : Bull. civ. 1975, V, n° 112 ; Grands arrêts du droit du travail, n° 42 ; Cass. soc., 3 mai 2006, n° 04-30.696.

³ CARSIN X., Fasc. 17-16 : Période d'essai, JurisClasseur Travail Traité, 2019, n° 02.

⁴ Par suite, en cas d'accident ou de maladie, d'origine professionnelle ou non, la suspension de la prestation de travail entraîne la prorogation de la période d'essai, pour une durée égale à celle qui restait à courir au moment de la suspension. Cass. soc., 16 mars 2005, n° 02-45.314.

⁵ Art. L. 1231-1 du Code du travail.

⁶ Paris, pôle 5, ch. 4, 4 mai 2016, RG n° 15/10674, AJ contrat 2016. 441, obs. F.-L. Simon : pas de contrat de franchisage en l'absence de transmission de savoir-faire. Il doit être communiqué dès la signature du contrat, afin de permettre au franchisé de le développer immédiatement.

859. Finalement, plus le potentiel contractant se rapproche de la situation définitive grâce à son droit à l'hésitation, plus prégnants sont ses droits. Reste à voir si cette échelle s'applique également à ses obligations.

§ 2 – Des obligations minimales

860. S'il faut admettre que les obligations à la charge du créancier du droit à l'hésitation sont dérisoires (II), l'une d'entre elles présente néanmoins, dans certaines hypothèses, une importance certaine, le paiement du droit à l'hésitation (I).

I. Le paiement du droit à l'hésitation

861. Le droit à l'hésitation est en principe, gratuit (A). Cependant, de façon plus résiduelle, il peut être payant (B).

A. Le principe : la gratuité

862. La gratuité¹ se justifie par les usages et la volonté des parties (1) ou dans un objectif de protection (2).

1. Les usages et la volonté des parties

863. L'on serait tenté de considérer que, le droit à l'hésitation, en raison de la situation d'attente contraignante qu'il fait peser sur le débiteur du droit à l'hésitation, est un droit payant. Force est pourtant d'observer que tel n'est pas le cas en pratique. Le droit à l'hésitation qui intervient au moment de la conclusion du contrat est en principe gratuit, ce, dans le droit fil de l'entrée gratuite dans le contrat qui est également le principe². Ainsi, dans l'hypothèse d'un droit de réflexion d'une offre, la gratuité est logique puisqu'il n'existe aucun engagement contractuel entre les parties.

¹ GUEVEL D., La gratuité intéressée : oxymore d'avenir ?, in Mélanges Goubeaux, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 229 ; voir également l'ouvrage collectif, L'activité désintéressée, réalité ou fiction juridique ? Economica, 1982 ; CABRILLAC R., La gratuité, Rapport de synthèse, Lamy Droit civil, n° 110, 1er décembre 2013.

² ERIMEE-CHANTEUR M., L'entrée payante dans le contrat, Thèse, Antilles, 2017, n°1.

864. Le droit à l'hésitation peut être gratuit d'abord en raison des usages¹. Ainsi, pour les ventes à la dégustation, l'expérimentation est généralement gratuite², ce d'autant qu'il s'agit d'un simple échantillon remis pour la dégustation, notamment dans la vente de vin³. Pour cette dernière, il s'agit d'un usage⁴ préservé par le législateur justifiant qu'il soit écarté des interdictions édictées par l'article L. 3322-9 du code de la santé publique⁵. Son deuxième alinéa dispose en ce sens : « *Sauf dans le cadre de fêtes et foires traditionnelles déclarées, ou de celles, nouvelles, autorisées par le représentant de l'Etat dans le département dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat, ou lorsqu'il s'agit de dégustations en vue de la vente au sens de l'article 1587 du code civil, il est interdit d'offrir gratuitement à volonté des boissons alcooliques dans un but commercial ou de les vendre à titre principal contre une somme forfaitaire.* » En outre, la situation d'attente est en pareille hypothèse très brève.

865. Il en est de même pour la vente à l'essai de l'article 1588 du Code civil. Le droit à l'essai est gratuit sauf convention contraire des parties⁶. Cependant, si la mise à la disposition pendant la période d'essai n'est pas en principe rémunérée, il n'en va pas de même pour la période postérieure⁷. Au reste, il ne faut pas négliger l'essai gratuit pris en tant qu'outil

¹ HENAFF G., Les usages en droit des obligations : notions et rôles, Thèse, Bordeaux, 1993.

² Comme la mise à disposition à titre gratuit comme lorsque le restaurateur offre une petite quantité de vin à son client ou encore, dans les magasins de grande distribution : petite quantité de fromage, alcool, charcuterie, café... Pour Monsieur Tournaux, il s'agit d'un don manuel lorsqu'il s'agit de biens consommables. TOURNAUX S., L'essai en droit privé, *op. cit.* ; BAHANS J.-M., L'apport du droit du vin au droit de la vente : l'exemple de la vente à l'agréege, *op. cit.* ; OLSZAK N., Emptio ad gustum : la vente à la dégustation de l'Antiquité à l'article 1587 du Code civil, *op. cit.*

³ BAHANS J.-M., MENJUCQ M., Droit de la vigne et du vin, LexisNexis, 3^e éd., 2021.

⁴ Sur l'autorité des usages dans la vente à l'agréege, voir CA Bordeaux, 1^{re} ch. A, 26 août 1997 :Juris-Data n° 1997-056647 ; Bull. civ. 1998, n° 215 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 12 juil. 2007, n°05-11.791 et le commentaire par MARCHAND A., L'importance des usages dans le cadre de la vente à l'agréege, Droit de la vigne et du vin - L'importance des usages dans le cadre de la vente à l'agréege, Droit rural n° 362, Avril 2008, comm. 61.

⁵ Art. L. 3322-9 du code de la santé publique : « *Il est interdit de vendre au détail à crédit, soit au verre, soit en bouteilles, des boissons des troisième, quatrième et cinquième groupes à consommer sur place ou à emporter.* »

⁶ Par exemple, Cass. Com. 22 mai 1991, n° 89-13.817.

⁷ CA Paris 25^e ch. A, 12 nov. 1984, JurisData n° 025875 : vente à l'essai avec prêt gratuit de matériel pour une durée de 3 mois puis reconduction du prêt dans un esprit commercial pour une période égale. ; Cass. com. 12 nov. 1996, n° 94.19-766 : condamnation au paiement de « loyers » au-delà de la période d'essai, en tenant compte de la dépréciation progressive de la valeur de l'équipement et d'un taux d'intérêts calculé sur cette valeur. Voir

marketing¹ qui permet aux vendeurs de faire connaître leurs produits. Il ne contraint à aucune obligation d'achat préalable contrairement aux hypothèses de « satisfait ou remboursé »² dont il doit être distingué à cet égard.

866. Enfin, la gratuité du droit à l'hésitation peut résulter du mécanisme lui-même. S'agissant des contrats assortis d'une période d'essai, le contrat définitif est déjà en œuvre. Partant, les règles la régissant sont celles du contrat lui-même. Il n'y a donc pas lieu de prévoir un paiement pour un droit, qui au surplus, est au bénéfice des deux parties.

2. Un objectif de protection

867. La gratuité peut ensuite être imposée par le législateur. Il s'agit de l'hypothèse du délai de rétractation, autrement dit, un dédit légal. Le dédit recouvre initialement une signification double : « *il désigne aussi bien le fait même de retirer sa parole que la somme d'argent due par celui qui s'est rétracté* »³. C'est d'ailleurs son caractère onéreux qui le distingue sauf à être considéré comme « *un droit potestatif dangereux* »⁴.

également, Cass. Com. 24 nov. 1980, n°79-10.233 : en l'espèce, une société a mis gratuitement à la disposition de son client une cuve à vinifier pour un essai.

¹ « *D'autres hypothèses dans lesquelles le droit contemporain semble admettre la gratuité sont trompeuses, la gratuité étant en réalité, à l'absolu opposé de ce qui constitue son essence, instrumentalisée par la société capitaliste. (...) Dans une société de consommation où tout s'achète, la gratuité est parfois utilisée comme argument de vente, miroir aux alouettes de professionnels en mal d'appâts.* » CABRILLAC R., La gratuité, Rapport de synthèse, *op. cit.* Voir également BOURGEON-RENAULT D., PETR C., GOMBAULT A., LE GALL-ELY M., URBAIN C., Les effets positifs de la gratuité sur le processus de décision du consommateur : le cas des visites de musées et de monuments, *Revue Française du Marketing*. Dec 2007, Issue 215, p57-82. 26p.

² Voir par exemple, Cass. Com., 12 juin 2012, n° 11-20482.

À certains égards, ce type de formule peut constituer un droit de rétractation. Il est donc permis de s'interroger, en pareille hypothèse, quant à sa validité au regard des dispositions de l'art. L. 121-1-1, 10° du Code de la consommation qui trompeuses au sens de l'article L. 121-1 les pratiques commerciales qui ont pour objet : « *De présenter les droits conférés au consommateur par la loi comme constituant une caractéristique propre à la proposition faite par le professionnel* ».

³ BOYER L., La clause de dédit, *op. cit.*, n° 1.

⁴ HUMANN C., La spécificité de la clause de dédit, *RDI* 1997, p. 169.

868. Reste que, s'agissant singulièrement du droit spécial, le délai de rétractation vise à protéger une certaine catégorie de contractants. Il suit de là que le dédit qui lui est offert est totalement gratuit. D'ailleurs, le législateur interdit pour certains contrats tout « *versement direct ou indirect, à quelque titre et sous quelque forme que ce soit, ne doit être effectué par le démarché avant l'expiration d'un délai de sept jours* »¹. L'intéressé n'a aucune somme à verser lors de son entrée dans le contrat. Ainsi, « *la gratuité garantit l'efficacité du droit de repentir* »².

869. Par ailleurs, l'obligation d'information – mécanisme prophylactique de l'hésitation³ - à laquelle est tenu le professionnel qui contracte avec un consommateur, est, elle aussi, gratuite. L'article L. 313-6 du Code de la consommation relatif au crédit immobilier dispose ainsi que : « *Elles (les informations) sont facilement accessibles et sont fournies gratuitement à l'emprunteur.* » ; ce que rappelle l'article L. 321-24 du même code⁴. Il en est de même pour l'obligation d'information prévue par l'article L. 330-3 du Code de commerce⁵.

B. L'exception : l'onérosité

870. Le droit à l'hésitation, notamment parce qu'il crée une situation d'attente, est, dans certaines hypothèses, payant. Il faut ainsi considérer que l'indemnité d'immobilisation due au titre d'une promesse unilatérale, tout autant que le versement d'arrhes constituent le prix de l'hésitation (1). La fixation de son montant (2) peut être légale ou conventionnelle.

¹ Art. L. 221-28 du Code de la consommation.

² STARCK B. par ROLAND H., et BOYER L., Obligations, Contrat, op. cit., n°358.

³ Cf. Supra (Partie 1)

⁴ Art. L. 321-24 du Code de la consommation : « *Le fait pour le prêteur ou l'intermédiaire de crédit de ne pas respecter l'obligation de gratuité des informations fournies en application des dispositions des articles L. 313-6, L. 313-7, L. 313-11, L. 313-12, L. 313-46, L. 313-47 est puni d'une amende de 30 000 euros.* »

⁵ DISSAUX N., L'obligation d'information mise à la charge du franchiseur, RDC 2012. 1072 ; VIRASSAMY G., La moralisation des contrats de distribution par la loi du 31 décembre 1989, op. cit.

1. Le prix de l'hésitation

871. En pratique, la promesse unilatérale est toujours assortie d'une indemnité d'immobilisation laquelle doit être versée au moment de la signature du contrat¹. Si au grand dam de la doctrine², il lui avait été un temps attribué une fonction réparatrice³, il est depuis reconnu que la cause de l'indemnité d'immobilisation consiste, non pas dans la faculté offerte au bénéficiaire de réaliser la vente, mais dans l'avantage procuré par l'immobilisation du bien au profit du bénéficiaire⁴.

872. Si évidemment la notion de cause a disparu, il n'en demeure pas moins juste qu'elle « *répond en effet à un véritable besoin, celui du promettant qui veut se couvrir au cas où la vente ne se réaliserait pas. L'indemnité d'immobilisation assure la sécurité financière de l'un et de l'autre contractant. Le promettant sait que, au cas de désistement du bénéficiaire, il n'aura pas attendu pour rien. Le bénéficiaire dispose quant à lui d'un délai supplémentaire de réflexion ou du temps pour réunir les conditions matérielles ou juridiques de son acquisition, sans crainte de voir un autre acquéreur le supplanter dans la vente* »⁵.

873. C'est dire que l'indemnité d'immobilisation représente la contrepartie pécuniaire de l'immobilisation du bien du promettant pendant une certaine durée⁶, autrement dit le droit à l'hésitation du potentiel contractant. Il s'agit d'une jurisprudence constante et ancienne⁷ ; étant

¹ Remise généralement entre les mains du notaire lors d'une vente immobilière.

² BENAC-SCHMIDT F., Le contrat de promesse unilatérale de vente, *op. cit.* ; BENET A., Indemnité d'immobilisation, dédit et clause pénale, JCP éd. G, 1987.I.3274.

³ Par exemple CA Paris, 2e Ch. B, 31 mai 1990.

⁴ Cass. Com. 11 juil. 1995, n° 93-19.141.

⁵ de BISSY A., L'indemnité d'immobilisation, RDI 2000 p. 287.

⁶ BENAC-SCHMIDT F., Le contrat de promesse unilatérale de vente, *op. cit.*, n° 41 et s. Certains auteurs préfèrent parler de « prix de l'option », GROSS B., BIHR P., Contrats, T1, Ventes civiles et commerciales, Baux d'habitation et baux commerciaux, Thémis, PUF, 1993, p. 78. La jurisprudence a pu parler de prix de l'exclusivité : CA Nîmes, 25 nov. 2008, JurisData n°373391.

⁷ Cass. Com., 23 juin 1958 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 5 déc. 1995, Petites affiches, 3 juill. 1996, p. 38, note Y. Dagorne-Labbe : « *L'indemnité d'immobilisation, stipulée dans une promesse unilatérale de vente comme acquise au promettant en cas de défaut de réalisation de la vente, constitue le prix de l'exclusivité consentie au bénéficiaire de la promesse.* » Et sur renvoi après cassation, Paris, 7 mai 1997, Bull. Joly, oct. 1997, n° 319, note P. Le Cannu ;

précisé que si le bénéficiaire ne libère pas le montant de l'indemnité d'immobilisation au moment convenu, le promettant sera en droit, par application de l'article 1184 du code civil, de solliciter la résolution du contrat préparatoire, ainsi que des dommages et intérêts¹.

874. Les arrhes² constituent également le prix d'un droit à l'hésitation, plus précisément le prix du droit de repentir. C'est d'ailleurs ce qu'indiquent en substance les termes de l'article 1590 du Code civil : « *Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes chacun des contractants est maître de s'en départir, Celui qui les a données, en les perdant, Et celui qui les a reçues, en restituant le double* ». En effet, les rédacteurs du Code civil ont fait le choix du terme « promesse », ceci indiquant que ce n'est que dans l'hypothèse où la vente n'est qu'en projet que les arrhes doivent être considérées comme un moyen de dédit. Versés au moment de la conclusion du contrat³, « *leur fonction de dédit revient aux Institutes de Justinien qui les appréhendaient comme la somme que devait perdre celui qui se désistait du contrat* ⁴ ». C'est également cette définition qui est retenue par la doctrine contemporaine⁵ et par l'article L. 214-1 du Code de la consommation⁶. Il a ainsi pu être jugé qu'une servitude affectant l'utilisation

Cass. Com., 10 mars 2015 : option accordée moyennant une contrepartie de l'impossibilité pour le propriétaire de louer son bien à un tiers pendant la durée de l'offre.

¹ Cass. Civ. 3^{ème}, 10 déc. 1986, JCP 1987. II. 20857, note Paisant.

² BRUN P., Le droit de revenir sur son engagement, Dr. et patr. mai 1998, p. 78 ; TRICLIN A., La renaissance des arrhes (Analyse de l'article 3, alinéa 4, de la loi no 92-60 du 18 janv. 1992), JCP 1994. I. 3732 ; VALORY S., La potestativité dans les relations contractuelles, 1999, PUAM ; CZAPSKI W., Les arrhes dans l'hôtellerie et l'organisation des voyages, in Études Mercadal, Ed. F. Lefebvre, 2002.

³ Ce qui est plus rare pour le dédit qui lui, doit davantage être vu comme l'indemnisation de la sortie du contrat. Cf. infra n° 1224.

⁴ DJOUDI J., Arrhes, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2018, n° 2.

⁵ Ainsi, on appelle arrhes « *une somme d'argent (ou autre chose mobilière) qui, remise par une partie contractante à l'autre en garantie de l'exécution d'un marché conclu (secondairement pour preuve de l'accord) est destinée soit à s'imputer sur le prix, comme acompte, en cas d'exécution, soit (dans le cas où le versement d'arrhes vaut moyen de dédit) à être perdue par celui qui l'a versée, s'il se départit de l'opération ou à lui être restituée au double par l'autre, si le dédit vient de son fait* » CORNU G., Vocabulaire juridique Capitain, 12^e éd., 2018, PUF, V° Arrhes.

⁶ Art. L. 214-1 du Code de la consommation : « *Sauf stipulation contraire, pour tout contrat de vente ou de prestation de services conclu entre un professionnel et un consommateur, les sommes versées d'avance sont des arrhes, au sens de l'article 1590 du code civil.* » Voir Cass. Civ. 1^{ère}, 12 sept. 2018, n° 17-22263. Dans cet arrêt, la Cour de cassation rappelle la lettre du texte et impose au juge de relever les stipulations contractuelles qualifiant une somme d'acompte. En l'espèce, le juge avait estimé que la présomption d'arrhes prévue par l'art. L.214-1 ne

d'un terrain de façon substantielle justifie une renonciation à la vente et la récupération des sommes versées à titre d'indemnité d'immobilisation.¹

2. La fixation de son montant

875. Si le montant des arrhes, lequel s'impute sur le prix, dépend de ce dernier librement fixé en raison de la liberté contractuelle², parfois, s'agissant singulièrement de l'indemnité d'immobilisation, la fixation du montant est formellement encadrée par le législateur.

876. À titre d'exemple, l'article L. 290-2 du Code de la construction et de l'habitation relatif aux promesses de vente ayant pour objet la cession d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier, dont la validité est supérieure à dix-huit mois, prévoit qu'elle doit être « *d'un montant minimal de 5 % du prix de vente, faisant l'objet d'un versement ou d'une caution déposés entre les mains du notaire* ». De même l'article R. 444-12 du Code de l'urbanisme fixe à 5 % maximum du prix de vente, le montant de l'indemnité d'immobilisation portant sur une vente dans le cadre d'un lotissement³. L'article 68 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 prévoit également un montant maximal et dispose que : « *Les versements accompagnant une réservation de location saisonnière au sens de l'article 1er (1) de la loi du 2 janvier 1970 susvisée ne peuvent intervenir plus de six mois avant la remise des clés ni excéder 25 % du montant total du loyer* ». Le versement d'une somme d'argent au moment d'une réservation

pouvait jouer qu'en présence d'une clause prévoyant clairement la faculté de dédit du professionnel, stipulation qui faisait défaut dans le contrat. Dans le même sens, Cass. Civ. 1^{ère}, 5 juil. 2006, n° 04-18638.

Dans ce cas, chacun des contractants peut revenir sur son engagement, le consommateur en perdant les arrhes, le professionnel en les restituant au double. » CA Orléans, 13 avr. 1994: D. 1996. Somm. 11, obs. Paisant.

¹ Cass. Civ. 3^{ème}, 1er juill. 1998, n° 96-20.358, D. 1999. 13, obs. G. Paisant ; RDI 1998. 656, obs. J.-C. Groslière et C. Saint-Alary-Houin.

² Voir sur ce point, Travaux CERJDA, La fixation des prix : quelle liberté pour l'entreprise, L'Harmattan, 2011.

³ Art. L. 442-8 du Code de l'urbanisme.

est un usage courant, notamment pour l'hôtellerie¹. La réservation en pareille hypothèse est assimilée à une promesse unilatérale².

877. Pour les promesses unilatérales de vente immobilière en revanche, il est courant qu'elle soit le plus souvent égale à 10% du prix de vente³. Force est alors d'observer que le montant de l'indemnité est sans rapport avec la durée du droit à l'hésitation. Autrement dit, à la durée de la situation d'attente engendrée. Elle est en réalité proportionnelle au prix de vente. Reste que parfois son montant excessif a pu remettre en question la liberté du bénéficiaire de contracter⁴. Par suite, *« la tranquillité du bénéficiaire est très relative, et ce pour deux raisons au moins. En premier lieu, parce qu'elle lui a coûté fort cher, et qu'un renoncement de sa part aurait des conséquences financières douloureuses, alors que s'il décide de lever l'option, il est généralement convenu entre les parties que l'indemnité d'immobilisation tiendra lieu d'acompte à valoir sur le prix⁵ »*. Toutefois, la Cour de cassation a déjà pu considérer que l'importance de l'indemnité d'immobilisation n'enlève rien au caractère unilatéral de la promesse⁶. Quoi qu'il en soit, si le bénéficiaire ne verse pas l'indemnité d'immobilisation à la

¹ Cass. com., 3 mai 1965, n° 60-11866, Bull. civ., IV, n° 280 : Rejet du pourvoi au motif que *« la cour d'appel a souverainement apprécié que les parties n'avaient pas entendu se soustraire à l'usage selon lequel, en matière d'hôtellerie, les arrhes ne sont que des acomptes, et spécialement à l'usage consacré par la convention conclue entre l'association internationale de l'hôtellerie et la fédération internationale des agences de voyages, par application duquel la somme déposée lors de la réservation (deposit) n'avait que le caractère d'un acompte dont le remboursement devient exigible si, comme en l'espèce, l'annulation a été faite en temps utile »*. Voir avant cet arrêt et dans le même sens : Cass. com., 20 octobre 1960, Bull. civ., IV, n° 901.

² Cf. supra n° 531.

³ DE BISSY, L'indemnité d'immobilisation, *op. cit.*

⁴ En effet, ponctuellement, les juges ont déjà pu requalifier une promesse unilatérale en promesse synallagmatique dans le cas où l'indemnité d'immobilisation était particulièrement élevée. Cass. Com. 13 févr. 1978, n° 76-13.429 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 26 sept. 2012, n° 10-23.912, D. 2013. 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; AJDI 2012. 782 ; RTD civ. 2012. 723, obs. B. Fages.

⁵ DE BISSY, L'indemnité d'immobilisation, *op. cit.*

⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 01 déc. 2010, n° 09-65.673, D. 2012. 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; AJ fam. 2011. 160, obs. P. Hilt ; RTD civ. 2011. 111, obs. J. Hauser ; ibid. 346, obs. B. Fages ; ibid. 379, obs. B. Vareille ; JCP G 2011, n° 17, 503, obs. Ph. Simler : *« Attendu qu'ayant retenu, d'une part, qu'aux termes de l'acte du 6 mai 1958 une seule partie, les vendeurs, s'était engagée de manière ferme et définitive, envers le candidat acquéreur, qui prenait acte de l'engagement mais qui de son côté ne s'engageait pas, à conclure le contrat définitif, disposant d'une option lui permettant dans l'avenir de donner ou non son consentement à la vente et que le versement d'un dépôt de garantie d'un montant presque égal au prix de la vente ne préjudiciait en rien à la qualification de cet*

date prévue, le promettant est en droit, en application de l'article 1227 du Code civil, de solliciter en justice la résolution de la promesse, ainsi que des dommages et intérêts si ce défaut de versement lui cause un préjudice¹.

878. Pour M. Fages, « à supposer qu'on l'analyse en une contrainte, cette contrainte est toute subjective, et ouvre la voie à une grande incertitude judiciaire : dans quels cas, en effet, considérer que l'indemnité est « d'une telle importance » qu'elle prive le bénéficiaire de son option ? doit-on seulement tenir compte de son montant ? ou également de la nature du bien, de la durée de l'option, voire de la situation personnelle du bénéficiaire ? Enfin, si contrainte il y a, il ne s'agit en tout état de cause que d'une contrainte de fait. Or cette contrainte de fait, de nature purement économique, ne saurait être tenue pour équivalente à la situation de droit qui est celle de la partie à une promesse synallagmatique, laquelle a déjà consenti à titre définitif et s'est ainsi exposée à de possibles mesures d'exécution forcée. A l'inverse, et même s'il a déjà versé une indemnité presque égale au prix, le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente demeure toujours libre de ne pas acheter. Il peut, par exemple, choisir au dernier moment de ne pas voir entrer dans son patrimoine un bien appelé à entraîner des dépenses très largement supérieures au montant de l'indemnité perdue (filiale déficitaire, site pollué, immeuble vétuste, etc.) ; ou vouloir discrètement gratifier le promettant du montant des sommes présentées comme le prix de l'immobilisation ² ». La troisième chambre civile a cependant pu adopter une position contraire³. Il faut néanmoins considérer qu'il s'agissait d'un arrêt d'espèce, qui n'a d'ailleurs pas eu les honneurs de la publication.

acte, et, d'autre part, que l'acte authentique signé le 13 avr. 1960 stipulait que la propriété du bien n'était acquise qu'à compter de cette date, la cour d'appel en a exactement déduit que l'immeuble litigieux constituait un bien propre du défunt ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ».

¹ Pour une promesse portant sur fonds de commerce, voir Cass. Civ. 3^{ème}, 10 déc. 1986, n° 84-14.759. DELPACH X., Fonds de commerce, Delmas, 19^e éd., 2019, n° 063.33.

² FAGES B., commentaire Cass. Civ. 1^{ère}, 1er déc. 2010, n° 09-65.673, RTD Civ. 2011, p.346.

³ Cass. civ. 3^{ème}, 26 sept. 2012, n° 10-23.912, inédit, AJDI 2012. 782 : « Pour débouter la vendeuse de sa demande en paiement de l'indemnité d'immobilisation, l'arrêt retient qu'au vu de l'importance de cette indemnité, les articles 1-3 et 1-6 du contrat créent une véritable obligation d'acquiescer à la charge du bénéficiaire, transformant la promesse unilatérale de vente en contrat synallagmatique. Mais en statuant ainsi, sans relever que la promesse de vente était assortie d'une indemnité si importante par rapport au prix de vente qu'elle privait le bénéficiaire de sa liberté d'acheter ou de ne pas acheter, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au vu de l'article 1589 du code civil. »

879. Sortie de là, les obligations du créancier du droit à l'hésitation sont limitées.

II. Des obligations dérisoires

880. Outre son éventuelle obligation de paiement, le créancier du droit à l'hésitation est tenu à des obligations très limitées, voire inexistantes lorsqu'il n'y a aucun contrat comme pour l'offre. S'agissant de la promesse unilatérale, le principe est qu'aucune obligation ne lui incombe si ce n'est celle relative au paiement de l'indemnité d'immobilisation. Il en va différemment s'agissant en revanche des hypothèses où le droit à l'hésitation résulte d'une mise en situation des parties comme la période d'essai du contrat de travail (A) et la vente à l'essai (B).

A. La période d'essai du contrat de travail

881. Ce mécanisme du droit à l'hésitation se distingue en ce qu'il est aux bénéfices des deux parties au contrat. De là, la nécessité de distinguer la situation de l'employeur (1) de celle du salarié (2).

1. La situation de l'employeur

882. L'employeur et le salarié, sont durant la période d'essai d'ores et déjà soumis aux obligations résultant du contrat de travail¹. Ainsi, l'employeur est tenu du paiement de salaire, créance alimentaire du salarié. Il s'agit même de sa principale obligation.

883. Il est également tenu à son obligation de sécurité édictée aux termes de l'article L. 4121-1 du Code du travail ou encore celle de fournir du travail au salarié², correspondant, il va sans dire, à sa qualification³. Cette dernière obligation est d'autant plus importante que l'un des objectifs de la période d'essai est de permettre à l'employeur « *d'évaluer les compétences*

¹ AUZERO G., BAUGARD D. et DOCKÈS E., Droit du travail, Précis Dalloz, 33e éd., 2020 ;

² BRISSY S., L'obligation pour l'employeur de donner du travail au salarié, Dr. soc. 2008. 434 ; PIGNARRE G., L'obligation pour l'employeur de fournir un travail au salarié, D. 2001. 3547.

³ Cass. Soc. 2 oct. 2002, n° 00-42.003.

du salarié dans son travail » précise l'article L. 1221-20 du Code du travail. Il s'agit d'une obligation existant en tout état de cause et quelle que soit la situation du salarié¹.

884. Le non-respect de ses obligations par l'employeur, fonde le salarié à demander la résiliation judiciaire du contrat même pendant la période d'essai. La Cour de cassation l'a ainsi jugé dans une affaire ancienne². En l'espèce, un salarié, engagé comme responsable d'un secteur de prospection, constatait que l'entreprise ne lui avait pas fourni l'équipe de représentants ni payé les salaires convenus et le mettait dans l'impossibilité de mener à bien la prospection dont il était chargé. Le contrat qui en était encore à sa période d'essai, n'avait donc pas été rompu du fait d'un essai infructueux, mais résilié en raison de l'inexécution par l'employeur des obligations lui incombant, même en période d'essai. Le salarié avait donc droit à des dommages-intérêts.

2. La situation du salarié

885. S'agissant du salarié, sa principale obligation est de fournir une prestation de travail. Par suite, bien que les parties soient en période d'essai, le travail doit être exécuté selon les conditions normales du contrat. En outre, il est tenu aux mêmes obligations que les autres

¹ Le salarié qui reste à la disposition de son employeur sans que celui-ci lui confie un travail, est fondé à prétendre au paiement d'une indemnité compensatrice des salaires qu'il aurait normalement dû percevoir au cours de cette période. Cass. Soc. 17 oct. 2000, n° 98-42.062 ; Soc. 28 juin 1989, RJS 8-9/89, n° 673. Il s'agit d'une obligation large qui s'applique en cas de contrat aidé ou de formation en alternance par exemple.

² Cass. Soc., 21 oct. 1964, Bull. civ. IV, n° 686.

salariés comme l'obligation de loyauté¹ ou de discrétion. Il est également tenu aux clauses spécifiques du contrat de travail comme une clause de non-concurrence².

886. Ainsi, un salarié avait été engagé par contrat à durée indéterminée avec une période d'essai de trois mois. Sa rémunération comprenait une part fixe et une part variable versée en fonction de la réalisation « *des objectifs qui lui seront précisés* ». Deux mois plus, il était mis fin à sa période d'essai. Soutenant qu'il n'avait pas été libéré de la clause de non-concurrence prévue par son contrat de travail, sans pour autant avoir perçu le montant de l'indemnité de non-concurrence, il devait saisir la juridiction prud'homale afin d'obtenir paiement de diverses sommes. Les juges firent droit à ses demandes et l'employeur fut condamné à payer la somme de 10 000 euros à titre de rappel de salaire sur rémunération variable, outre les congés payés afférents. Insatisfait de cette décision, l'employeur se pourvut en cassation arguant notamment que lorsque le droit à rémunération variable n'est ouvert qu'au terme de l'année de référence en fonction de la réalisation d'un objectif, la prime d'objectif ne peut pas être versée si le salarié a quitté l'entreprise avant le terme de l'année de référence ; qu'en l'espèce, le contrat prévoyait une prime d'objectif annuelle d'un montant maximal de 10 000 euros qui ne pouvait dès lors, être versée en l'absence de réalisation d'un objectif sur une période de référence d'une année ; qu'en ordonnant pourtant le versement de cette prime d'objectif, après avoir constaté que le salarié était resté moins de trois mois dans l'entreprise, la cour d'appel avait violé l'article 1134 du Code civil (ancien).

887. La Cour de cassation demeura sourde à ses arguments considérant « *qu'ayant constaté que la part variable de la rémunération d'un montant maximum de 10 000 euros dépendait de*

¹ La Cour de cassation admet l'existence d'une obligation de loyauté. Voir en ce sens, Cass. Soc. 5 juill. 2017, no 16-15.623, D. 2017. Actu. 1476 ; Dr. soc. 2017. 882, obs. J. Mouly ; RJS 2017, no 650 : « *la salariée occupant le poste de chef d'équipe et ayant une fonction de référente à l'égard de ses collègues qui avaient exercé pendant ses congés payés des fonctions identiques à celles occupées chez son employeur pour le compte d'une société directement concurrente qui exerçait dans le même secteur d'activité et dans la même zone géographique, avait ainsi manqué à son obligation de loyauté en fournissant à cette société par son travail, les moyens de concurrencer son employeur ; la cour d'appel a pu ainsi déduire, sans avoir à caractériser l'existence d'un préjudice particulier subi par l'employeur, que ces agissements étaient d'une gravité telle qu'ils rendaient impossible le maintien de l'intéressée dans l'entreprise* ». Voir également PICOD Y., L'obligation de loyauté dans l'exécution du contrat, Thèse, L.G.D.J., 1998.

² Cass. soc., 5 oct. 1999, n° 96-43.726. ; Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-41.338 ; Cass. soc., 22 oct. 2008, n° 07-42.581 ; Cass. soc. 24 mars 2010, n° 09-40.748.

la réalisation d'objectifs fixés unilatéralement par l'employeur, la cour d'appel, sans être tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérantes, en a exactement déduit que faute pour l'employeur d'avoir précisé au salarié les objectifs à réaliser ainsi que les conditions de calcul vérifiables, et en l'absence de période de référence dans le contrat de travail, que cette rémunération devait être payée intégralement¹ ».

888. En revanche, la clause de garantie d'emploi est inefficace durant la période d'essai. En effet, même si le contrat de travail est conclu pour une durée indéterminée² ou s'il comporte une période d'essai³, les parties sont libres de stipuler ce type de clause aux termes de laquelle l'employeur s'interdit de rompre unilatéralement le contrat pendant une durée déterminée⁴. Reste que, « *lorsque le contrat de travail du salarié comporte à la fois une clause de garantie d'emploi et une période d'essai, il y a lieu d'admettre que le salarié concerné se trouve, au cours de cette période, soumis au régime juridique applicable à l'essai et qu'il ne peut prétendre au maintien de son emploi, dans les conditions fixées par la clause de garantie d'emploi, qu'à l'expiration de sa période d'essai, si son employeur n'a pas rompu son contrat de travail avant cette échéance. En effet, dans ce cas particulier, il ne paraît pas possible, au cours de la période d'essai du salarié, de faire prévaloir à son profit la clause de garantie d'emploi sur celle instituant la période d'essai, ni de combiner les effets qui découlent de ces deux clauses, sauf à nier l'existence même de la clause d'essai et, partant, à méconnaître la volonté des parties au contrat de travail.*⁵ »

¹ Cass. soc. 10 juill. 2013, n° 12-17.921.

² Implicitement en ce sens, Cass. Soc. 1er févr. 1995, n° 93-42.025, Bull. civ. V, n° 49 ; D. 1996. 130, obs. M.-C. Escande-Varniol ; 13 févr. 1996, n° 92-42.024, RJS 5/1996, n° 512.

³ Cass. soc. 23 nov. 1999, n° 97-42.414, inédit ; RJS 1/2000, n° 6.

⁴ MORAND M., Les clauses de stabilité contractuelle, TPS, nov. 2001, chron. n° 25, p. 5 ; MOULY J., Une nouvelle limite à la requalification des contrats à durée déterminée : la clause de garantie d'emploi, JCP 1997. II. 22972 ; Les clauses de garantie d'emploi : l'irrésistible attraction du contrat de travail à durée déterminée, D. 1999. 186 ; PETIT F., Sur les clauses de garantie d'emploi, Dr. soc. 2000. 80.

⁵ AUBREE Y., Contrat de travail : clauses particulières, Répertoire de droit du travail, Dalloz, 2017 (actualisation : 2021), n° 207.

B. La vente à l'essai

889. Le créancier d'un droit à l'hésitation résultant d'un essai, doit pour l'effectuer, nécessairement avoir la maîtrise de la chose. Il n'en est toutefois pas propriétaire. Ce dernier reste le vendeur. Cependant, si pendant l'essai, l'acheteur endommage la chose, sa responsabilité peut être engagée. Se pose la question du fondement de cette responsabilité. D'aucuns la rapprochent de celle d'un dépositaire alors que d'autres estiment qu'elle est plutôt celle d'un commodataire¹. Pendant l'essai, des dommages peuvent être causés aux installations de l'acheteur² ou à des tiers³. Il est prudent de prévoir des clauses relatives à cette responsabilité ou de recourir à des assurances couvrant ce risque⁴.

890. Il est également tenu d'essayer la chose. Tel n'est pas le cas si l'acheteur notifie sa décision de ne pas conclure la vente le lendemain de la dernière livraison du matériel qui s'effectuait par livraison échelonnée⁵. Il doit le faire dans les conditions fixées par le contrat⁶

¹ MALAURIE PH., AYNES L., GAUTIER P.-Y., *op. cit.*, n° 105.

² Ou même causer sa mort. CA Aix-en-Provence, 28 nov. 2000, n°04/14929. Absence de responsabilité du prêteur d'un parachute remis en vue de son éventuelle acquisition (et du centre organisant le saut), dans le cas d'un décès provoqué par un incident de la voilure principale, qui peut toujours arriver, le décès étant imputable à la victime qui n'a pas déployé la voile de secours.

³ CA Rennes, 1^{er} mars 2000, n°98/02342 : Transfert de la garde d'un cheval à l'essayeur et responsabilité de celui-ci sur le fondement de l'art. 1385 du Code civil à l'égard d'un automobiliste.

⁴ Il a pu être jugé qu'en l'absence de convention des parties sur la prise en charge des risques des essais, l'acheteur doit être débouté de sa demande de dommages-intérêts relative à la surconsommation d'énergie, à des arrêts de ses chaînes de travail et à la destruction d'une partie de sa production, préjudices au surplus non établis. CA Lyon, 3^e ch., 1^{er} juil. 2011, n° 09/07245.

⁵ Cass. Com. 22 mai 1991, n° 89-13.817 : « Mais attendu que l'arrêt constate que le matériel commandé a fait l'objet de livraisons échelonnées, la dernière étant en date du 12 octobre 1984, soit le lendemain du jour où la société Pouvreau a notifié sa décision de ne pas conclure la vente ; qu'ayant relevé que l'acheteur avait ainsi exercé son option sans attendre la mise en place du site informatique, la cour d'appel, en l'état du litige a, par ce seul motif, décidé à bon droit que la notification effectuée par la société Pouvreau était sans effet, faute par celle-ci d'avoir procédé à l'essai lui permettant d'apprécier si le matériel ne convenait pas, condition à laquelle le contrat subordonnait la renonciation à la vente ».

⁶ Cass. Com. 7 fév. 2012, n° 10-28.708 : « l'arrêt relève que les éléments versés aux débats démontrent que la machine livrée était conforme à la commande, que la livraison en avait été acceptée sans réserve et que c'est dans un but commercial que la société Atlantic Zeiser a accepté, après cette livraison, d'adapter la machine aux nouvelles exigences de la société Edicolor, tout en relevant que dès l'origine cette machine n'était pas installée à

et loyalement. Ainsi, il y a manquement de l'acheteur à l'obligation d'essayer le bien loyalement et dans un délai raisonnable, en cas d'utilisation intensive d'un broyeur ayant nécessité d'importants travaux pour être installé sur le tracteur de l'acheteur, qui n'a pas protesté lors de la réception de la facture envoyée le jour même de la livraison¹.

891. L'acheteur a également une obligation de garde et de conservation de la chose. Ainsi, l'intéressé qui ne prendrait pas soin d'emmener le cheval chez le vétérinaire, doit se voir être mis à sa charge les frais de vétérinaire, ayant manqué à son obligation de garde et de conservation². Cette obligation se justifie dans la mesure où en cas d'insatisfaction de l'essai, la chose doit être restituée.

892. Sans doute faut-il préciser que dans l'hypothèse où la vente à l'essai serait conclue sous condition résolutoire, la charge des risques pèse sur lui car le transfert de propriété s'est opéré³.

893. Plus contraignante est revanche la situation du débiteur du droit à l'hésitation, et ce, quel que soit le mécanisme.

Section 2 – La situation du débiteur du droit à l'hésitation

894. L'existence d'un droit à l'hésitation représente indiscutablement une situation contraignante pour son débiteur, ce, pour la raison simple que la situation d'attente qu'il subit au cours de laquelle de lourdes obligations sont mises à sa charge. Cette contrainte s'exprime tant dans les relations *inter partes* (§1) que dans les relations avec les tiers (§2).

sa place définitive et en s'étonnant que certains éléments en aient été retirés pour être utilisés ailleurs dans l'entreprise ». Au surplus, « il relève encore, par motifs propres, que, s'agissant de la validation sur site, la société Edicolor a proposé d'autres supports que les matériaux standards prévus à la commande initiale et que tous les essais démontrent une qualité d'impression acceptable avec l'encre noire et médiocre sur les nouveaux supports " Renault ", résultant du fait que la société Edicolor a entendu faire de la machine un autre usage que celui défini initialement ; que par ces constatations et appréciations, faisant ressortir que l'ensemble des tests avaient été réalisés positivement pour l'usage contractuellement convenu ».

¹ CA Paris 5^e ch., 9 mai 1980, Jurisdata n° 000498. Voir également CA Reims, 29 juin 1994, n° 2088/92.

² CA Lyon, 18 fév. 2010.

³ Art. 1624 et 1340-7 du Code civil.

§ 1 – Dans les relations *inter partes*

895. Dans les relations entre les parties, l'altération de ses droits (I) et la concentration de ses obligations (II) rendent compte de la situation particulièrement contraignante du débiteur du droit à l'hésitation.

I. Une altération de ses droits

896. L'altération de ses droits résultent de l'atteinte à la libre disposition de son bien (A), dont le trait le plus marquant se dessine dans les actes de disposition (B).

A. L'atteinte à la libre disposition de son bien

897. Au sein de la classification tripartite des actes patrimoniaux, l'acte conservatoire¹ occupe une place à part, en ce qu'il se singularise par sa finalité préventive. « *Il serait l'acte qui permet de sauvegarder le patrimoine ou de soustraire un bien à un péril imminent ou à une dépréciation inévitable sans compromettre aucune prérogative du propriétaire.*² » Et puisque la promesse unilatérale de vente n'opère évidemment pas, en tant que telle, le transfert de la propriété du bien promis, le promettant, demeuré propriétaire, peut effectuer des actes conservatoires³. Il en va de même pour le pollicitant ainsi que le vendeur à l'essai.

898. Reste que ce droit de prendre les mesures conservatoires qu'il juge opportunes prend les traits d'une obligation : l'obligation de conservation. Cette dernière est d'autant plus prégnante dans le contrat de vente. L'article 1614 du Code civil dispose aux termes de son premier alinéa que : « *La chose doit être délivrée en l'état où elle se trouve au moment de la vente* ». Ainsi, afin de préserver le droit éventuel du potentiel acquéreur, le débiteur du droit à l'hésitation doit veiller à ne pas faire disparaître la chose. Par conséquent, il répond des

¹ PAGEAUD P.-A., Un aspect de la sécurité juridique : l'acte conservatoire comme acte nécessaire, Thèse, Poitiers, 1941 ; BRENNER C., L'acte conservatoire, Thèse, L.G.D.J., 1999.

² BRENNER C., LEQUETTE S., Actes juridique – Typologie des actes juridiques, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2019, n° 275.

³ Comme la déclaration de sinistre à l'assureur, Cass. Civ. 14 juin 1926, S. 1927. 1. 25 ; Req. 30 nov. 1926, DP 1928. 1. 49, note Josserand ; Cass. Civ. 3^{ème}, 20 janv. 1993, n° 91-12.550.

dégradations volontaires du bien telles que la valeur en serait diminuée par rapport au prix fixé dans la promesse¹.

899. Cette obligation s'étend d'ailleurs alors même que le créancier du droit à l'hésitation lui a déjà adressé une réponse positive. C'est dire que même si la propriété du bien a été transférée à l'acquéreur, le vendeur est tenu d'une obligation d'en assurer la conservation jusqu'au terme convenu pour sa livraison effective. La règle a trouvé à s'appliquer dans un cas où un fonds de commerce, qui avait fait l'objet d'une promesse unilatérale de vente, était exploité en location-gérance et où le locataire-gérant avait cessé l'exploitation dès que l'acquéreur pressenti avait levé la promesse consentie à son profit. Cette cessation d'exploitation ayant entraîné la perte du fonds cédé et l'impossibilité pour le promettant d'exécuter sa promesse, l'acquéreur a pu demander la résolution de la cession et obtenir que le vendeur soit condamné à des dommages-intérêts, en raison d'un manquement à son obligation de conservation du fonds.

900. La Cour de cassation sanctionne l'attitude du promettant et relève que « *le vendeur, tenu de délivrer la chose vendue, est à ce titre chargé de l'obligation d'en assurer la conservation jusqu'au terme convenu pour sa livraison effective, peu important que ce terme ne soit pas encore échu ou que la propriété de la chose ait été antérieurement transférée à l'acheteur ; que la cour d'appel, saisie d'une demande de résolution fondée sur l'impossibilité d'exécution due à la perte du fonds cédé, a constaté que celle-ci ne résultait pas d'un cas fortuit puisque le cédant aurait pu chercher à la prévenir ; qu'ayant ainsi fait ressortir que ce dernier avait manqué à son obligation de conservation du fonds*² ».

901. S'agissant des actes d'administration³, le débiteur du droit à l'hésitation peut, pendant la situation d'attente, continuer à en effectuer⁴. « *L'idée d'exploitation, de gestion, de mise en valeur normale du patrimoine consiste en un critère de détermination générale dont il est*

¹ BENABENT A., Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, *op. cit.*, p.88. Voir pour des dégradations et une clause de décharge : Cass. Civ. 3^{ème}, 4 nov. 1998, n° 96-21.930.

² Cass. Com., 12 mai 2004, n° 01-11.735, NP, RJDA 11/2004, n° 1206.

³ LEDUC F., L'acte d'administration en droit privé : nature et fonctions, Thèse, E.S.T.E.R, 1992 ; VERDOT R., La notion d'acte d'administration en droit privé français, Thèse, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963.

⁴ BENABENT A., Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, *op. cit.*, p. 88.

*habituellement admis qu'il fournit le dénominateur commun élémentaire des actes d'administration*¹ » Ainsi en est-il des récoltes et coupes réglées pratiquées à l'époque normale de maturité, la perception, à l'échéance, des fruits civils (loyers, intérêts, dividendes...) et des actes qu'elle nécessite éventuellement². Son droit de propriété s'exprime, à cet égard, pleinement.

B. Les actes de disposition

902. Plus délicate en revanche est l'hypothèse de la conclusion de baux. Il est en effet admis qu'il ne peut consentir des baux ouvrant au locataire un droit de préemption qui mettrait en échec le droit du bénéficiaire locataire³. Cette interdiction découle en effet de celle pesant sur lui de disposer du bien promis. Par suite, « *d'une façon générale, il ne doit pas accomplir d'acte qui soit de nature à compromettre le droit d'option du bénéficiaire, dans son principe comme dans son exercice*⁴ ». Ainsi, il ne saurait consentir sur l'immeuble promis, un bail ouvrant un droit de préemption au profit du locataire, sans s'exposer à voir sa responsabilité civile engagée par le bénéficiaire, au cas où le preneur, en exerçant son droit de préférence, empêcherait toute levée utile de l'option. Une telle solution est retenue en matière de pacte de préférence⁵.

903. Il est donc permis de considérer qu'il en est de même pour une promesse unilatérale. Cela vaut pour un bail rural mais également pour un bail commercial qui confère une véritable

¹ BRENNER C., LEQUETTE S., Actes juridique – Typologie des actes juridiques, *op. cit.*, n°334.

² Réception de deniers, mise en demeure, actes de poursuite ou d'exécution...

³ BENABENT A., Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, *op. cit.*, p. 88 ; BARRET O., La promesse unilatérale, *op. cit.*, n°106.

⁴ BARRET O., La promesse unilatérale, *op. cit.*, n°106.

⁵ Cass. Civ. 3^{ème}, 10 mai 1984, Bull. civ. III, n° 96 ; JCP 1985. II. 20328, note Dagot ; Defrénois 1985, art. 33612, note Olivier ; 1^{er} avr. 1992, n° 90-16.985, Bull. civ. III, no 116 ; D. 1993. 165, note Fournier ; Defrénois 1993. 98, note Olivier : « *En affermant un bien sur lequel il avait précédemment consenti un droit de préférence, le propriétaire s'est mis, volontairement, dans l'impossibilité d'exécuter le pacte de préférence* ».

propriété commerciale au preneur¹. En somme, le promettant ne peut accomplir, sans l'accord du bénéficiaire, des actes de nature à entamer les prérogatives de celui-ci sur le bien promis².

904. Dans l'hypothèse d'une vente à l'essai, s'agissant d'une vente sous condition suspensive sauf volonté contraire des parties, il y a lieu d'appliquer l'article 1304-5 du Code civil : « *Avant que la condition suspensive ne soit accomplie, le débiteur doit s'abstenir de tout acte qui empêcherait la bonne exécution de l'obligation* ». Par exemple, le vendeur d'un bien sous condition ne saurait le vendre en dépit de l'existence de l'obligation sous peine de s'exposer à une action en responsabilité de son cocontractant, voire à une action paulienne³. Pour la même raison, lorsque l'acte du débiteur a pour effet d'empêcher la réalisation de la condition, celui-ci s'expose à la sanction prévue par l'article 1304-3 du même code⁴.

905. Par ailleurs, même si les circonstances laissent présager la décision du potentiel contractant, le débiteur du droit à l'hésitation est malgré tout contraint d'attendre sa décision, à tout le moins durant le délai fixé s'il y en a un, autrement durant un délai raisonnable. Prenons l'exemple du bailleur, qui en application de l'article 15-II de la loi du 6 juillet 1989, fait délivrer un congé pour vendre à son locataire. Trois semaines plus tard après l'envoi du congé, le bailleur anticipant sur une réponse négative du locataire. Selon lui, ce dernier étant bénéficiaire

¹ Elle « *s'entend du droit au renouvellement du bail commercial consacré par les articles L. 145-8 à L. 145-30 du Code de commerce* » la définit pour la première fois la Cour de cassation, dans un arrêt remarqué. Cass. Civ. 3^{ème}, 11 mars 2021, n° 20-13.639, FS-P+L, Sté DG Holidays c/ Sté Imole et autres, D. actu. 1er avr. 2021, obs. S. Andjechaïri-Tribillac ; D. 2021. 573 ; Lexbase hebdo-éd. affaires, n° 672, 8 avr. 2021, obs. B. Brignon ; Rev. loyers 2021. 224, obs. Ch. Lebel ; Administrer 4/2021. 30, obs. J.-D. Barbier ; LEDIU mai 2021, p. 2, obs. J. Bazaille ; Gaz. Pal. 29 juin 2021, p. 67, note Ch.-E. Brault. Adde, J. Monéger, Enfin, on sait ce qu'est la « propriété commerciale » !, Loyers et copr. 2021. Repère 4.

² A par exemple été déclaré inopposable au bénéficiaire le bail conclu en vue de le priver des avantages qu'il escomptait. CA Paris, 10 mai 1826, Jur. gén., V. Vente, n° 305 et 290-3o. – 5 juill. 1926, DH 1926. 472.

³ *A contrario*, une fois la condition défaillie, il retrouve sa liberté. Voir en ce sens Cass. Com. 24 mai 2017, n° 15-21.179.

⁴ Art. 1304-3 al.1 du Code civil : « *La condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement.* » Voir sur ce point, V. sur ce mécanisme, FORTI V., La réalisation fictive de la condition, in Le nouveau régime général des obligations, 2016, Dalloz, p. 31 s. ; MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op. cit.*, n° 1324 : « la loi moralise la situation » ; FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *op. cit.*, n° 302 : « *C'est une sanction de la déloyauté du débiteur qui, du même coup, assure la meilleure protection possible du créancier* ».

du revenu minimum d'insertion, serait dans l'impossibilité matérielle d'acquérir le bien. Il l'assigne donc aux fins de voir faire déclarer ce congé valable et obtenir son expulsion. La Haute juridiction se montre intransigeante et considère que « *les bailleurs n'avaient pas un intérêt né et actuel à agir pour faire déclarer le congé valable avant la date d'effet.* »¹ »

906. Cette altération de la libre disposition de son bien² par le débiteur du droit à l'hésitation peut aller jusqu'à une exécution forcée pour celui qui a consenti une promesse unilatérale. La rupture opérée par la réforme de 2016 avec une jurisprudence contestée³ marque l'illustration la plus marquante de cette altération⁴. Comme nous l'avons indiqué précédemment⁵, cette exécution forcée est le gage du respect incontestable du droit à l'hésitation dont est titulaire le bénéficiaire d'une promesse unilatérale.

907. Reste qu'il ne s'agit pas d'une position unanime et qui a été, pour dire le vrai, décriée par une partie, quoi que limitée⁶, de la doctrine jugeant qu'« *une telle exécution forcée porte atteinte au principe constitutionnel de liberté contractuelle* »⁷. Selon l'auteur, « *le cœur du principe de liberté contractuelle, son essence même, est la liberté de conclure ou de ne pas conclure un contrat. Si le consentement a un sens, il veut dire que, jusqu'au bout, c'est-à-dire jusqu'à ce que le contrat soit conclu par l'échange des consentements, chacun est libre de*

¹ Cass. Civ. 3^{ème}, 8 fév. 2006, n° 04-17.512.

² BERRA D., Le principe de la libre disposition des biens en droit civil. Contribution à la notion d'indisponibilité, Thèse, Nancy, 1969 ; ZENATI F., Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif, Thèse, Lyon, 1981 ; AUBERT J.-L., Le droit de disposer de l'immeuble, in Études Flour, 1979, Defrénois, p. 1.

³ Cass. Civ. 3^{ème}, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, D. 1994. 50, note F. Bénac-Schmidt ; 230, obs. O. Tournafond ; t 1995. 87, obs. L. Aynès, RTD civ. 1994. 584, obs. J. Mestre.

⁴ Art. 1124 al. 2 du Code civil qui prévoit l'inefficacité de la révocation de la promesse unilatérale : « *la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis* ».

⁵ Cf. supra n° 842 et s.

⁶ FABRE-MAGNAN M., Le mythe de l'obligation de donner, RTD civ. 1996. 85 ; MAINGUY M., L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, RTD civ. 2004. 1 ; L'efficacité de l'efficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de contracter », D. 2011. Chron. 1460.

⁷ FABRE-MAGNAN M., De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales, Recueil Dalloz 2015 p. 826.

*donner ou de ne pas donner son accord, et donc que personne ne peut être forcé à le faire*¹». La sanction appropriée serait davantage l'octroi de dommages-intérêts d'un montant, certes plus important que pour la violation une offre, ce, afin « *de mieux rendre compte de la gradation de la formation d'un contrat*² ».

908. Assigné en exécution forcée de la promesse unilatérale qu'il avait consentie, un plaideur avait alors soulevé une question prioritaire de constitutionnalité, devant le tribunal de grande instance de Rennes, afin de savoir si les dispositions de l'article 1124, alinéa 2, du Code civil étaient contraires au principe de liberté contractuelle et au droit de propriété. Par un arrêt du 17 octobre 2019, la troisième chambre civile de la Cour de cassation refuse de transmettre la question au Conseil constitutionnel. Pour justifier le non-renvoi, elle considère que deux conditions ne sont pas réunies : « *Mais attendu que la question posée, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle ; Et attendu que celle-ci ne présente pas un caractère sérieux dès lors que, selon l'article 1124, alinéa 1er, du code civil, dans une promesse unilatérale de vente, le promettant donne son consentement à un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire, de sorte que la formation du contrat promis malgré la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter ne porte pas atteinte à la liberté contractuelle et ne constitue pas une privation du droit de propriété*³ ».

909. La position de la Haute juridiction est sans appel et témoigne de la vigueur retrouvée de la promesse unilatérale, ce d'autant que la troisième chambre civile a très récemment, opéré un revirement de jurisprudence⁴. Aux termes d'une motivation enrichie, elle énonce en effet qu'« *il convient (...) d'apprécier différemment la portée juridique de l'engagement du promettant signataire d'une promesse unilatérale de vente et de retenir qu'il s'oblige définitivement à vendre dès la conclusion de l'avant-contrat, sans possibilité de rétractation, sauf stipulation contraire* ». Elle met fin de manière rétrospective à la jurisprudence Consorts Cruz.

¹ FABRE-MAGNAN M., De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales, op.

² *Ibid.*

³ Cass. Civ. 3^{ème}, 17 oct. 2019, n° 19-40.028-QPC (FS-P+B+I).

⁴ Cass. Civ. 3^{ème}, 23 juin 2021, n° 20-17554.

910. Tout ce qui précède présage d'une concentration d'obligations mises à la charge du débiteur du droit à l'hésitation.

II. Une concentration d'obligations

911. La situation d'attente est propice à la survenance d'événements regrettables. Il faut considérer que c'est sur le débiteur du droit à l'hésitation que pèse la charge des risques (A) mais également celle du coût d'acquisition de l'information (B).

A. La charge des risques

912. L'hypothèse de la survenance d'un sinistre alors que les parties sont en situation d'attente ne doit pas être négligée. Se pose alors la question de savoir lequel du débiteur ou du créancier du droit à l'hésitation doit supporter la perte ou la détérioration de la chose objet du contrat projeté¹. D'emblée, sans doute faut-il préciser que sauf le cas où la vente à l'essai a été conclue sous condition résolutoire, le droit à l'hésitation, quel qu'il soit, n'est jamais translatif de propriété. C'est alors l'adage *res perit debitori* qui fournit la solution : l'obligation du débiteur du droit à l'hésitation est éteinte, puisque son exécution devient impossible, tout du moins en cas de perte totale fortuite².

913. Ainsi, dans le cadre d'une promesse unilatérale, le promettant garde la charge des risques attachés à la perte fortuite de son bien, que cette perte soit juridique ou matérielle. En effet, la perte de la chose emporte, en principe, la caducité de la promesse, faute d'objet³. Partant, il est permis de considérer qu'elle autorise le bénéficiaire, ainsi empêché d'acquérir, à demander la restitution de l'indemnité d'immobilisation⁴.

¹ MILLET Fl., La notion de risque et ses fonctions en droit privé, Thèse, Paris, Pu. Droit Clermont Ferrant, 2002.

² Cour de cassation, Le risque, Rapport annuel, 2011. Voir également, NUYTTEN B., L'avant-contrat de vente à l'épreuve de la perte ou de la détérioration de l'immeuble vendu, RDC 2006, n° 4, p. 1295.

³ Cass. Civ. 28 oct. 1924, DH 1924. 682.

⁴ BARRET O., La promesse unilatérale, *op. cit.*, n°104 ; NUYTTEN B., L'avant-contrat de vente à l'épreuve de la perte ou de la détérioration de l'immeuble vendu, *op. cit.*

914. Lorsque le bien immobilier objet d'une promesse de vente avec arrhes a été gravement endommagé par un incendie accidentel avant l'établissement de l'acte authentique de vente, il résulte de l'article 1601 alinéa 2 du code civil que l'acquéreur est fondé à ne pas donner suite à l'achat projeté, les risques étant demeurés à la charge du vendeur. Cependant, en ce qui concerne les arrhes, la perte du bien vendu n'étant pas totale et le montant du dédit n'excédant pas la valeur résiduelle du bien subsistant, les dispositions de l'article 1601 alinéa 2 du code civil ne sont pas exclusives de celles de l'article 1590 du même code. Par conséquent, l'acheteur ne peut exercer l'option d'abandon prévue par le premier de ces textes qu'en perdant son dédit conformément au second¹.

915. Il en est de même dans le cadre d'une vente à la dégustation, la charge des risques pèse sur le vendeur². La solution est identique pour une vente à l'essai. Tant que la condition suspensive demeure pendante, la propriété et les risques sont sur la tête du vendeur car en effet, si la chose périt, cela signifie que la condition disparaît. Ainsi, une société avait mis gratuitement à la disposition de son client une cuve à vinifier pour un essai durant lequel, la cuve s'est renversée et le vin qu'elle contenait a été perdu. Le client a demandé à la société réparation de son préjudice. La société a été reconnue responsable du préjudice par les juges du fond, ce qu'a confirmé la Cour de cassation³.

916. Même en cas de faute de l'acheteur, la Cour de cassation décide que la charge des risques pèse sur le vendeur. Dans le cadre de la vente d'un véhicule, un accident a été causé par l'acquéreur qui est entré en collision avec un cyclomotoriste. Sur les poursuites exercées contre le conducteur, l'assureur du vendeur a décliné sa garantie en faisant valoir que ce dernier avait vendu son véhicule au prévenu la veille de l'accident et que partant, cette garantie n'était pas maintenue. Le conducteur, qui a été déclaré entièrement responsable de l'accident, a soutenu devant les juges d'appel qu'il n'avait conclu qu'une vente à l'essai, sous la condition suspensive du résultat du contrôle technique obligatoire.

¹ CA Rennes, Ch. 2, 24 Février 1993, JurisData n° 1993-051810.

² LORVELLEC L., *op. cit.*, n° 16 ; BAHANS J.-M., L'apport du droit du vin au droit de la vente : l'exemple de la vente à l'agrégage, *op. cit.*

³ Cass. Com. 24 nov. 1980, n°79-10.233.

917. La Cour de cassation a considéré que la cour d'appel a justifié sa décision de faire droit aux demandes de l'acquéreur car, « *attendu que, pour rejeter l'exception de non-garantie, la juridiction du second degré retient que le vendeur n'ayant pas barré la carte grise du véhicule et, postérieurement au contrôle technique, ayant proposé une réduction de moitié du prix initialement stipulé, il s'avère que les parties étaient convenues d'une vente sous la condition suspensive d'une visite technique favorable ; que les juges en déduisent que la garantie résultant du contrat d'assurance souscrit par le vendeur était maintenue* ¹ ».

918. Pour M. Tournaux, cette jurisprudence est contestable. Selon lui, « *la règle res perit debitori ne devrait pouvoir s'appliquer pendente conditione qu'à la condition que l'acheteur n'ait pas, par sa faute, causé la perte de la chose*² ». L'acheteur effectuant un essai conserve toujours la « *charge d'en conserver la substance* » tel que l'édicte l'article 578 du Code civil s'agissant de l'usufruit. Nous le rejoignons sur ce point car faute de faire la distinction entre la faute de l'acquéreur et la force majeure, qui elle seule devrait l'exonérer, cela revient à donner un blanc-seing à l'acquéreur potentiel qui impunément peut utiliser la chose sans aucune précaution.

919. Toutefois, certaines décisions laissent à penser que la faute de l'acquéreur peut faire échec à la règle *res perit debitori* ³. Ainsi, il a pu être jugé que les risques pèsent sur le vendeur qui doit supporter la charge des réparations de la machine dès lors qu'il ne rapporte pas la preuve d'une faute de l'acheteur dans les soins apportés à la conservation de celle-ci ou dans les conditions de son utilisation. C'est dire qu'il peut être exonéré s'il apporte la preuve d'une faute de l'acheteur, qui en tout état de cause, doit apporter la preuve de son préjudice. Par conséquent, en l'absence de convention des parties sur la prise en charge des risques des essais⁴, l'acheteur doit être débouté de sa demande de dommages-intérêts relative à une surconsommation d'énergie, à des arrêts de sa chaîne de production, et à la destruction d'une partie de sa production, préjudices au surplus non établi⁵.

¹ Cass. Crim., 24 août 1993, n°92-85749, JurisData n° 1993-002781.

² TOURNAUX S., L'essai en droit privé, *op. cit.*, p. 310 et s.

³ CA Nancy, 20 mai 1992, JurisData n° 1992-048610.

⁴ HELLERINGER G. Les clauses du contrat ; essai de typologie, Thèse, L.G.D.J., 2012, spé. p. 43 et s.

⁵ CA Lyon, 3e ch. 1er juil. 2011, n°09/07245.

920. S'agissant en revanche du contrat d'essai autonome, la jurisprudence admet un partage de responsabilité en cas de détérioration du véhicule causée par le défaut de maîtrise de l'essayeur et de l'imprudence du propriétaire qui a laissé s'accomplir l'essai de nuit, en dehors de sa présence, alors qu'il s'agissait d'une voiture de sport¹, voire une charge des risques pesant totalement sur l'essayeur en raison du transfert de la garde de la chose².

921. Quoi qu'il en soit, les règles qui viennent d'être évoquées sont supplétives, et les parties peuvent s'accorder pour s'en affranchir et déterminer librement les conséquences des risques, même liés à la force majeure, et la partie appelée à les supporter³.

B. La charge du coût d'acquisition de l'information

922. Au rang des mécanismes du droit à l'hésitation, l'obligation d'information tient une place de choix qui concerne désormais tout contractant mais singulièrement le contractant de droit spécial. L'on peut à cet égard prendre l'exemple du fournisseur, organisateur de réseau, visé par l'article L. 330-3 du Code de commerce⁴. Pour rappel, ce texte dispose que « *toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause* ». L'article R. 330-1 du Code de commerce précise que les informations à délivrer au candidat distributeur « *doivent être complétées par une présentation de l'état général et local du marché des produits ou services devant faire l'objet du contrat et des perspectives de développement de ce marché* ».

923. Cette dernière catégorie d'informations et notamment les perspectives de développement du marché « *suppose une étude de marché pour prévoir, autant que possible*

¹ CA Nancy 31 janv. 2000, n°96/03615.

² Transfert de la garde d'un cheval à l'essayeur et responsabilité de celui-ci sur le fondement de l'art. 1385 du Code civil à l'égard d'un automobiliste, Rennes, 1er mars 2000, n° 98/02342.

³ Cass. Civ.1^{ère}, 24 janvier 1984, pourvoi n° 82-14.841, Bull. 1984, I, n° 31 ; Cass. Com., 18 avril 1967, JCP 1968, éd. G, II, 15481, note J. H. Voir aussi, HELLERINGER G. Les clauses du contrat ; essai de typologie, *op. cit.*

⁴ RIERA A., L'obligation d'information précontractuelle dans les contrats de distribution après la réforme du droit des contrats, AJ contrat 2017. 155.

ce qu'il pourra être dans l'avenir. Parmi les éléments à intégrer dans l'analyse prévisionnelle, il y a l'évolution de la démographie locale ou régionale, les projets de développement urbain, la politique de ville des élus locaux...¹»

924. D'évidence, la réalisation d'une telle étude, pour être sérieuse, représente un coût car elle nécessitera de faire intervenir des experts². Ce d'autant que le document ne peut se contenter de vagues considérations sur le réseau³ et le marché mais doit contenir des informations très précises⁴. « *Les informations données doivent être sur-mesure. Le document ne doit pas dérouler une série de stéréotypes qui ne tiennent aucun compte de la spécificité des lieux dans lesquels l'implantation est envisagée*⁵ ». Au surplus, lorsque le fournisseur transmet spontanément des informations qui vont au-delà des obligations imposées par le texte, celles-ci doivent être sincères⁶. Ainsi il a pu être jugé que « *la société Equip'buro (dépourvue d'expérience professionnelle dans le type d'activité) avait été déterminée à conclure le contrat de franchise sur la base d'informations erronées et trompeuses et d'un prévisionnel non sérieux, laissant escompter des résultats bénéficiaires qui n'étaient pas réalisables, et que son consentement avait dès lors été vicié*⁷ ». L'information doit donc être pertinente et spécifique.

¹ VIRASSAMY G., Implantation commerciale, aménagement du territoire et réseau de distribution, *op. cit.*, spé. p. 109.

² Comme un expert-comptable par exemple, des spécialistes des statistiques, etc.

³ Les sanctions financières peuvent en effet être redoutables. Lorsque le franchiseur manque à son obligation précontractuelle d'information en trompant la société franchisée, qui, si elle avait été informée, n'aurait pas conclu le contrat de franchise, le gérant de celle-ci peut obtenir la réparation intégrale de son préjudice résultant de la mise en œuvre de son cautionnement et de la perte de son compte courant d'associé, évalué à 305 000 €. Cass. Com. 10 févr. 2021, n° 18-25.474.

⁴ BEHAR-TOUCHAIS M. et VIRASSAMY G., *op. cit.*, n° 54. La jurisprudence a d'ailleurs pu dire que cette présentation supposait la délivrance d'informations sur le nombre d'habitants de la zone de chalandise ainsi que la liste complète des concurrents. CA Paris, ch. 5, sect. C, 26 janv. 2001, Juris-Data n° 2001-151449. En outre, pour la Cour de cassation, les juges du fond ne sont pas tenus par la clause par lesquelles le franchisé reconnaît dans son contrat avoir reçu préalablement toutes les informations légalement requises. Cass. Com. 10 janv. 2018, n° 15-25.287.

⁵ DISSAUX N., Franchise, *op. cit.*, n° 36. Voir en ce sens, CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 17 janv. 2018, RG n° 15/17647.

⁶ Cass. com., 17 mars 2015, n° 13-24.853.

⁷ Cass. com., 17 mars 2015, n° 14-10.365.

Ainsi, il est fort probable que l'organisateur de réseau s'adresse à un prestataire de services dont la mission consistera à réaliser cette étude¹.

925. Reste que la réalisation de cette prestation n'est pas gratuite et fait l'objet d'honoraires qui sont supportés par l'organisateur du réseau. Autrement dit, le coût d'acquisition² de l'information est supporté par le débiteur du droit à l'hésitation. Or, comme nous l'avons souligné précédemment, le droit à l'information est gratuit pour le potentiel contractant³. C'est dire que si la proposition contractuelle aboutit à un heureux dénouement, l'on peut considérer que ce coût sera amorti par le prix du contrat et par la satisfaction de l'aboutissement du projet. À cet égard, cette charge peut être analysée comme un investissement. En revanche, dans l'hypothèse plus malheureuse d'une réponse négative du potentiel contractant, non seulement le profit escompté est réduit à néant⁴, mais au surplus, le refusant a désormais en sa possession des informations dont il faut admettre la valeur marchande. Car, même s'il est tenu d'une obligation de confidentialité et ne peut la transmettre à des tiers, il peut néanmoins l'utiliser pour son compte⁵.

926. Il s'agit en pareille hypothèse d'une perte sèche pour lui. Et parce que l'information ne sert pas uniquement à protéger le potentiel contractant, mais sert aussi à le convaincre, elle

¹ CA Grenoble, ch. com., 22 sept. 2011, Juris-Data n° 2011-024908, précisant notamment que la clause exonératoire de responsabilité exclusivement stipulée entre les parties au contrat de franchise, aux termes de laquelle l'étude du marché réalisée par le tiers désigné par le franchiseur « ne saurait en aucun cas entraîner la responsabilité du franchiseur, dans la mesure où le franchisé participera à son élaboration et devrait le faire vérifier par tout expert de son choix », ne fait nullement obstacle à l'action comme n'ayant pas pour objet ni pour effet, d'exonérer de sa propre responsabilité le prestataire professionnel auquel le franchiseur s'en est remis pour l'étude des prévisions d'activité.

² FABRE-MAGNAN M., De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie, *op. cit.*, p. 182 et s.

³ Cf. *supra* n° 863 et s.

⁴ Sauf dans l'hypothèse où la décision négative est indemnisée (cf. *infra* n° 1130 et 1224).

⁵ Le tempérament résulte en pareille hypothèse de l'art. 1112-2 du Code civil. Voir sur la question, HAAS G., FALCONIERI E. et O'RORKE W., L'impact de la confidentialité et du secret sur l'innovation, *Dalloz IP/IT* 2017. 31 ; JAOUEN M., Négociations et obligations de confidentialité, *AJ contrat* 2016. 275 ; TESTU F.-X., La confidentialité conventionnelle, *Dr. et patr.* 2002, n° 102, p. 84 ; LATREILLE A., Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat, *LPA* 2006, n° 156, p. 4 (1^{re} partie), et n° 157, p. 4 (suite et fin) ; CATALA P., La "propriété" de l'information, in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, *Dalloz-Sirey*, 1985, p. 97 ; MESTRE J. (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso, 2011.

constitue un véritable outil de concurrence. En effet, lorsqu'elle porte sur les qualités et caractéristiques du produit ou encore sur les garanties offertes, elle permet à l'entreprise de se démarquer de la concurrence¹. L'obligation d'information représente donc pour le débiteur du droit à l'hésitation, un sacrifice financier qui n'est pas dénué de risques.

§ 2 – Dans les relations avec les tiers

927. Les contraintes pesant sur le débiteur du droit à l'hésitation ne concernent pas uniquement sa relation avec son potentiel cocontractant mais également celle avec les tiers et singulièrement ses créanciers (I). Par ailleurs, lorsqu'il introduit un tiers à la situation d'attente (II), ils doivent tous deux en supporter les conséquences néfastes.

I. Les créanciers du débiteur du droit à l'hésitation

928. Les tiers² concernés en tout état de cause par la situation d'attente³ sont les créanciers du débiteur du droit à l'hésitation. La réalisation du projet contractuel envisagé par les parties présente un intérêt certain pour eux car, dans l'hypothèse d'une décision positive du potentiel contractant, plus grandes seront leurs chances d'être désintéressés. Pour s'en assurer, le tiers peut d'ailleurs solliciter des actes conservatoires comme dans le cadre de la vente d'un fonds de commerce. Les saisies conservatoires⁴ et certaines oppositions, singulièrement celles à paiement du prix de vente du fonds de commerce⁵ permettent, à certaines conditions, de

¹ L'on fait ici référence à la concurrence par les mérites. Voir sur ce point, ART J.-Y., La concurrence par les mérites, le point de vue des entreprises, Con. Et cons., n° 146 ; REY P., Concurrence par les mérites, in La modernisation du droit de la concurrence (G. CANIVET dir.), L.G.D.J., 2006 ; DECOCQ G., La concurrence par les mérites, in Les concepts émergents en droit des affaires, L.G.D.J., 2010, p. 239.

² MAZEAUD D., Le contrat et le tiers : nouvelle leçon et nouvelle présentation, in Leçons de droit civil, Mélanges CHABAS, p. 605.

³ C'est-à-dire autres que ceux à qui un dommage pourrait être causé.

⁴ Art. L. 521-1 al. 1 du Code des procédures civiles d'exécution : « *La saisie conservatoire peut porter sur tous les biens mobiliers, corporels ou incorporels, appartenant au débiteur.* »

⁵ Req. 16 nov. 1921, S. 1923. 1217 ; Req. 12 févr. 1936, DH 1936. 145 ; Cass. Com. 5 avr. 1965, Bull. civ. III, n° 258 ; Cass. Civ. 2^{ème}, 6 juill. 2000, n° 98-20.286, Bull. civ. II, n° 119 ; Cass. Com. 1er déc. 2009, n° 08-13.551 ; CA Versailles, 10 juin 1993, Juris-Data n° 042985.

protéger le créancier contre les actes d'appauvrissement et de dilapidation du débiteur en empêchant ou en rendant juridiquement inefficace leur accomplissement.

929. S'il dispose de ces prérogatives à compter du dénouement positif de la situation d'attente, se pose la question s'il en est de même durant la situation d'attente (A). Quoi qu'il en soit, les tiers, qu'ils s'agissent de ceux du débiteur ou du créancier du droit à l'hésitation, ont un intérêt à ne pas voir perdurer la situation d'attente et partant, peuvent vouloir y mettre fin (B).

A. Les prérogatives des créanciers du débiteur du droit à l'hésitation

930. Dans l'éventualité de la conclusion du contrat, les créanciers du débiteur du droit à l'hésitation peuvent souhaiter se prémunir dès la situation d'attente. La jurisprudence a été largement saisie de la question mais un arrêt mérite une attention particulière ¹. La question qui se posait était celle de savoir s'il faut tenir compte d'une mesure d'exécution pratiquée auprès du notaire entre la conclusion d'une promesse de contrat et sa réalisation par acte authentique ? Les faits de l'espèce étaient les suivants. Une société a promis en la forme authentique de céder à une banque un contrat de crédit-bail immobilier. Dans l'intervalle, plusieurs avis à tiers détenteur de différents comptaibles publics ont été notifiés au notaire pour le paiement de TVA et d'impôts dus par la société cédante. L'acte authentique devait être signé quelques semaines après. Moins d'une semaine après, la société cédante a été mise en redressement judiciaire, ultérieurement convertie en liquidation judiciaire.

931. Le notaire devait alors saisir le juge de l'exécution pour savoir qui, des comptaibles publics lui ayant adressé des avis à tiers détenteur ou du liquidateur, il devait désintéresser à la

¹ Cass. Com., 13 mars 2001, n° 98-12700, Bull. civ. IV, n° 58, p. 55. Voir déjà : par un arrêt du 25 mars 1998, rendu au visa des articles L. 112-1 et L. 211-2 du Code des procédures civiles d'exécution, la Cour de cassation casse une décision qui avait admis la validité d'une saisie-attribution « *sans constater qu'à la date de la saisie la créance était certaine et disponible* » : Cass. Civ. 2^{ème}, 25 mars 1998 : JurisData n° 1998-001366 ; Bull. civ. 1998, II, n° 109 ; Gaz. Pal. 1998, pan. 235. Et en 1987, elle jugeait qu'une « *une saisie-arrêt ne peut porter que sur une créance du débiteur saisi, même conditionnelle ou éventuelle, existant au jour de la saisie* », Cass. Civ. 2^{ème}, 13 mai 1987 : Bull. civ. 1987, II, n° 113 ; Cass. com., 28 nov. 2006, n° 05-12.147 : JurisData n° 2006-036229 ; RJDA 2007, n° 772.

suite de l'acte de cession. A cette question, le juge de l'exécution décida que le notaire verserait les sommes aux premiers. Il a, à cet égard, été suivi par la cour d'appel qui considéra que : « *c'est à juste titre que (le juge de l'exécution), constatant l'existence d'une créance virtuelle, puisque conditionnelle, à terme et non encore liquide, a dit que le notaire devait remettre le produit de la vente au premier comptable saisissant* ».

932. La chambre commerciale, elle, rappelle d'abord fermement que les créances éventuelles¹ ne peuvent être saisies : « *Attendu que si selon ce texte l'avis à tiers détenteur a pour effet d'affecter, dès réception, les sommes dont le versement est ainsi demandé au paiement des impositions privilégiées, quelle que soit la date à laquelle les créances même conditionnelles ou à terme que le redevable possède à l'encontre du tiers détenteur deviennent effectivement exigibles, il n'en est pas de même pour les créances éventuelles* ». Par suite, l'arrêt est cassé car « *au moment de la délivrance des avis à tiers détenteur, la seule obligation existante liait la société et la banque en vertu d'une promesse unilatérale de cession d'un contrat de crédit-bail immobilier, consentie par celle-ci au profit de ce dernier* ».

933. Il est vrai en effet, que la créance pour laquelle la saisie était demandée, représentée par le prix de cession, n'existait pas encore au moment de la délivrance des avis à tiers détenteur puisque l'option n'avait encore été levée. Autrement dit, les parties étaient encore en situation d'attente.

934. En outre, cet arrêt démontre qu'il n'est pas possible de faire une saisie-attribution sur un droit d'option. Partant, les promesses unilatérales échappent à l'emprise de la saisie-attribution car « *n'est pas saisissable la créance prévue par un acte juridique dont la conclusion est subordonnée à une manifestation de volonté d'une partie* ² ». En effet, la saisie-attribution doit porter sur une créance de prix saisissable. L'article L. 211-1 du Code des procédures civiles d'exécution aux termes duquel : « *Tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut, pour en obtenir le paiement, saisir entre les mains d'un tiers les créances de son débiteur portant sur une somme d'argent, sous réserve des dispositions*

¹ JOST D. et PEREZ J.-M., La saisie d'une créance en germe (entre botanique et photographie), Defrénois 2003, art. 37750, p. 746 ; GHESTIN J., BILLIAU M. et LOISEAU G., Droit civil, le régime des créances et des dettes, L.G.D.J., 2005, n° 294.

² CAYROL N., Fasc. 1600-15 : Saisie-attribution – Objet de la saisie, JCI Procédure civile, 2021, n° 42.

particulières à la saisie des rémunérations prévue par le Code du travail. » est très clair sur ce point.

935. Il convient cependant de préciser qu'il a été décidé que le promettant demeurant propriétaire, une hypothèque judiciaire pouvait toujours être valablement prise sur le bien promis, même après la publication de la promesse de vente¹.

936. Le créancier du débiteur du droit à l'hésitation n'a donc qu'une marge de manœuvre extrêmement limitée, voire inexistante pour protéger ses droits éventuels.

B. La volonté de faire cesser la situation d'attente

937. Les créanciers des potentiels contractants partagent un point commun avec le débiteur du droit à l'hésitation, ils ne souhaitent pas voir s'éterniser la situation d'attente. Tel est le cas par exemple des créanciers d'un héritier successible. C'est la raison pour laquelle l'alinéa 2 de l'article 771 du Code civil prévoit qu'à l'expiration du délai initial de quatre mois, *« il peut être sommé, par acte extrajudiciaire, de prendre parti à l'initiative d'un créancier de la succession »*. Il s'agit pour eux, de mettre fin à la situation d'attente.

938. Pour reprendre l'illustration de M. Jeuland, *« chacun a vécu ce moment pénible où, au restaurant, un convive se met à hésiter au lieu d'exprimer son choix ; pour s'en sortir, une bonne âme finit toujours par lui dire d'une manière ou d'une autre : « Bon ! Tu te décides ? »*². L'action interrogatoire³ est l'un des moyens permettant à celui qui attend, de contraindre l'autre à se décider dans un bref délai. *« Le renouveau des actions interrogatoires dans la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations engagée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février exprime peut-être le trait d'une époque qui ne supporte pas les*

¹ Cass. Civ., 3^{ème}, 22 févr. 1977, D. 1978. 165, note Malaurie ; JCP N 1980. II. 33, note Dagot ; Defrénois 1978, art. 31607, note Malaurie ; RTD civ. 1977. 794, obs. Giverdon.

² JEULAND E., Les actions interrogatoires en question, JCP E n° 26, 2016, 737.

³ DELEBACQUE I., Les actions interrogatoires, *op. cit.* ; BENABENT A. et AYNES L., Réforme du droit des obligations et des contrats, D. 2016, p. 434 ; BENABENT A., Les nouveaux mécanismes, RDC Hors-série, p.17 ; MAYER L., Défenses des actions interrogatoires introduites par la réforme du droit des contrats, Gaz. Pal., 2016, n° 42, p. 47 ; CROZE H., Une vision procédurale de la réforme des obligations, Procédures 2016, étude 3.

*hésitations, les doutes, les lenteurs et les incertitudes*¹ ». Ainsi est-il possible d'y recourir en matière de pacte de préférence², de représentation conventionnelle³ et d'action en nullité⁴.

939. Se pose alors la question de savoir si le créancier des potentiels contractants peut en faire autant. La réponse est évidemment négative dans l'hypothèse d'une offre ou d'une vente à la dégustation car aucun droit de créance n'existe. En revanche, la question se pose avec une certaine acuité dans l'hypothèse d'une promesse unilatérale.

940. Ainsi, lorsque le bénéficiaire s'abstient d'exercer l'option, notamment en raison d'une hésitation persistante, certains auteurs⁵ considèrent qu'il est permis de penser que ses créanciers peuvent, par la voie oblique⁶, le faire à sa place. Pour cette raison simple que le droit d'option est entré, par la seule conclusion de la promesse, dans le patrimoine du débiteur. « *Ce droit est distinct d'une simple faculté, dont l'entrée dans le même patrimoine relève de la liberté économique du débiteur. À la différence de la faculté, l'option ouverte par la promesse unilatérale de vente ne ressortit pas aux « droits attachés à la personne », pour lesquels l'action*

¹ JEULAND E., Les actions interrogatoires en question, *op. cit.*

² Art. 1123 al. 2 et 3 du Code civil : « *Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat.* »

³ Art. 1158 du Code civil : « *Le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte.* »

⁴ Art. 1183 du Code civil : « *Une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé. L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé.* »

⁵ BOYER L., Clause de substitution et promesse unilatérale de vente : JCP G 1987, I, 3310 ; JCP N 1988, I, p. 250 ; BARRET O., La promesse unilatérale, *op. cit.*, n°104.

⁶ Art. 1341-1 du Code civil : « *Lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne.* » Voir également, FORTI V., La dualité de l'action oblique, RTD civ. 2021. 27 ; ROUVIERE F, L'obligation comme garantie RTD civ. 2011. 1 ; GOUBEUX G., La carence du débiteur, in Mélanges Aubert, Dalloz, 2005, p. 147.

oblique est fermée en vertu de l'article 1166 du Code civil. ¹» Elle pourrait donc, selon lui, être exercée par les créanciers du bénéficiaire, à l'instar de la faculté de réméré².

941. La jurisprudence n'a pas encore eu à se décider sur la question. Il est toutefois permis de douter d'une telle position. D'abord parce que l'action oblique ne peut porter que sur une créance certaine³. Or, il est largement admis que tant que l'option n'est pas levée, la créance n'est qu'éventuelle⁴. Ensuite, et surtout, parce que cela reviendrait à remettre le pouvoir décisionnel du promettant entre les mains de ses créanciers. Autrement dit, ils prendraient la décision à sa place.

II. L'introduction du tiers dans la situation d'attente

942. L'introduction du tiers dans la situation d'attente peut se traduire par une substitution de ce dernier en lieu et place du créancier du droit à l'hésitation. Reste que cette substitution, dont est à l'origine le débiteur du droit à l'hésitation, intervient en violation de la situation d'attente. Dans cette hypothèse, le tiers de mauvaise foi (A) est écarté. Par ailleurs, également à cause du débiteur du droit à l'hésitation, un concours de propositions contractuelles (B) peut se produire.

A. Le tiers de mauvaise foi

943. L'ingérence du tiers dans la situation d'attente se manifeste par la violation de celle-ci, au demeurant par le débiteur du droit à l'hésitation, qui conduit finalement à la conclusion du contrat avec lui. Une fois encore, parce que les mécanismes formant le droit à l'hésitation fournissent des droits graduels sur la situation future, seul l'un d'eux retiendra notre attention : la promesse unilatérale.

¹ BARRET O., La promesse unilatérale, *op. cit.*, n°104.

² Pour la vente à réméré, voir CA Grenoble, 9 janv. 1858, S. 1859. 2. 172., CA Poitiers, 14 déc. 1899, Gaz. Pal. 1900. 1. 103 ; DP 1902. 2. 169, note Capitant.

³ Req. 25 mars 1924: DH 1924. 282 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 4 janv. 1983, n° 81-15.865.

⁴ Cass. Com., 13 mars 2001, *op. cit.*

944. La promesse unilatérale « *maintient le promettant propriétaire, met à la charge de celui-ci des obligations. Négativement d'abord, le promettant est tenu, jusqu'à l'expiration du délai d'option, de ne pas disposer de la chose au profit d'une personne autre que le bénéficiaire – ou, dans l'éventualité où la promesse est assortie d'une faculté de substitution d'une personne autre que celle désignée par le bénéficiaire* ¹ ».

945. Par suite, il n'est pas surprenant que le dernier alinéa de l'article 1124 du Code civil dispose que « *le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul* »². Il s'agit en réalité d'une codification à droit constant. En effet, avant la réforme, le contrat conclu était nul si le tiers était de mauvaise foi, autrement dit s'il connaissait l'existence de la promesse³. La jurisprudence considérait en effet que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente est fondé à invoquer contre une personne, même étrangère à cette promesse, soit la fraude à laquelle celle-ci se serait associée, soit seulement la faute dont elle se serait rendue coupable en acceptant d'acquérir un immeuble qu'elle savait faire l'objet de la promesse⁴.

946. La bonne foi étant présumée⁵, il appartiendra au bénéficiaire de prouver que le tiers connaissait la promesse, au moment de la conclusion définitive du contrat concurrent, par tout moyen s'agissant d'un fait juridique. Il faut ainsi considérer que la seule connaissance par le tiers de la promesse unilatérale établit *a priori* que ce dernier avait conscience de participer à la violation de son engagement par le promettant puisque le propre de la promesse est de conférer au bénéficiaire un droit exclusif au contrat pendant le délai d'option.

947. Pourtant, l'on ne peut négliger l'hypothèse du tiers ayant connaissance d'une promesse unilatérale, peut « *de bonne foi, conclure le contrat objet de la promesse dès lors qu'il pense que le bénéficiaire a renoncé au bénéfice de la promesse ou bien que le délai d'option a expiré. Aussi, et puisque l'ordonnance n'a malheureusement pas retenu comme critère la bonne foi du*

¹ BARRET O., La promesse unilatérale, *op. cit.*, n°104.

² *A contrario*, l'on doit en déduire qu'il est valable s'il est conclu avec un tiers de bonne foi.

³ ATIAS Ch., La promesse unilatérale de vente et la vente ultérieure à un tiers de mauvaise foi, JCP N 1978. I. 291.

⁴ Cass. Civ. 3^{ème}, 8 juill. 1975, n° 73-14.486.

⁵ Art. 2274 du Code civil : « *La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver.* »

tiers, aurait-il été plus convaincant de décider que la connaissance du pacte de préférence comme celle de la promesse autorise le déclenchement des sanctions que sont l'annulation ou la substitution, sauf à doter le tiers d'un moyen de s'en prémunir sous la forme de l'action interpellatoire¹ ». En tout état de cause, le bénéficiaire floué a intérêt à lever malgré tout l'option, faute de quoi il n'aurait pas un intérêt à agir².

948. La question se pose en des termes identiques lorsque le promettant s'est engagé à ne grever « *sans l'assentiment de l'acquéreur éventuel et pendant la durée de l'option, [...] les biens [promis] d'aucun droit pouvant préjudicier au droit de propriété* ». Or, le promettant avait malgré tout donné ceux-ci à bail pour quinze ans à un tiers qui connaissait l'existence de cet engagement³. La nullité est encourue. « *La portée de telles décisions doit être évidemment limitée au cas où le preneur avait connaissance des engagements pris par le promettant et était donc de mauvaise foi ; dans le cas contraire, seule une sanction indemnitaire à l'encontre du promettant et au profit du bénéficiaire paraît pouvoir être prononcée⁴* ».

949. L'on considère ainsi que le tiers de mauvaise foi participe à la violation du droit à l'hésitation du potentiel contractant.

B. Le concours de propositions contractuelles

950. Outre la conclusion du contrat projeté avec un tiers durant la situation d'attente, il convient également d'envisager l'hypothèse où le débiteur du droit à l'hésitation propose à un tiers un contrat portant sur le même objet. Comment alors résoudre la question du concours de propositions contractuelles telles qu'une promesse unilatérale et une offre ? La troisième chambre a eu à répondre à cette interrogation⁵.

951. Les faits étaient les suivants. Le 10 octobre 2012, Mme Q... a offert d'acquérir, au prix demandé, un bien immobilier mis en vente par la société RSG et le fonds de commerce qu'y

¹ DESHAYES O., La formation des contrats, RDC 2016, n° Hors-série, p. 21.

² Art. 31 du Code de procédure civile.

³ Cass. Civ. 1^{ère}, 23 oct. 1957, D. 1957. 729.

⁴ BARRET O., La promesse unilatérale, *op. cit.*, n°107.

⁵ Cass. Civ. 3^{ème}, 16 janv. 2020, n° 19-11497.

exploitait la société Tissus colony. Par acte authentique du 6 novembre 2012, la société RSG a, sur le même immeuble, consenti à M. B... une promesse unilatérale de vente qui a été publiée à la conservation des hypothèques le 17 janvier 2013. Par acte notarié du 25 janvier 2013, publié le 29 janvier 2013, M. B... s'est substitué la société H..., avec levée d'option de la promesse de vente. Puis, par acte authentique du 7 février 2013, la vente a été réitérée et publiée à la conservation des hypothèques le 11 février 2013. Or, par acte du 10 janvier 2013, publié le 6 février 2013, Mme Q..., soutenant que la vente était parfaite à son profit, a assigné les sociétés RSG et Tissus colony en réalisation forcée de la vente. L'assignation a donc été publiée antérieurement à la publication de la vente au profit de M. B mais postérieurement à la publication de la levée d'option par ce dernier.

952. Les juges du fond, firent droit aux demandes de Mme A, ce qu'approuva la Cour de cassation. Considérant que « *la levée de l'option d'une promesse unilatérale de vente ne constitue pas un acte soumis à publicité par application de l'article 28, 1°, du décret du 4 janvier 1955* », le pourvoi fut rejeté. La primauté des règles de la publicité foncière a été saluée¹. Cet arrêt, qui sans doute faut-il le préciser n'accédera pas à la publication, illustre néanmoins l'importance de la publicité aux fins d'opposabilité, même dans l'hypothèse où elle est facultative².

953. En effet, le principe affirmé à l'article 30, 1, du décret du 4 janvier 1955 est que, dans un conflit opposant des acquéreurs successifs d'un même immeuble détenant du même auteur, doit l'emporter celui qui, le premier, aura satisfait à l'accomplissement de la formalité. Cela

¹ VIGNALOU P., Promesse unilatérale de vente Conflit entre deux acquéreurs successifs et publicité foncière, Defrénois, 2020, n° 14, p. 29. Mais déjà, « [en publiant son titre] *l'acquéreur met publiquement la main sur le bien ; il manifeste la volonté d'opposer son droit ; la publication est, sous cet angle, analogue à l'entrée en possession* ». AYNES L., obs. sous Cass. Civ. 3^{ème}, 12 janv. 2011, n° 10-10667 : Bull. civ. III, n° 5) ; D. 2011, p. 851).

² Art. 37, 2 du décret du 4 janvier 1955 : « *Peuvent être publiés dans les mêmes conditions les documents énumérés ci-après auxquels sont annexés ou dans lesquels sont littéralement reproduits des actes soumis ou admis à publicité, quoique ces derniers n'aient pas été dressés en la forme authentique : 1° Demande en justice tendant à obtenir la réitération ou la réalisation en la forme authentique desdits actes ; 2° Procès-verbal notarié constatant le défaut ou le refus du cocontractant ou promettant de procéder auxdites réitération ou réalisation ; 3° Déclaration, par acte notarié, de la volonté du bénéficiaire de l'acte d'exiger lesdites réitération ou réalisation.* »

vaut également en cas de publicité facultative. Toutefois, il serait regrettable qu'une « mise en œuvre aveugle du principe ¹ » génère des abus.

954. Tel a été le cas un temps. Au demeurant, « la Cour de cassation, réaffirmant le principe de la priorité consentie au second acquéreur qui le premier publie son titre, réserva de tout temps l'hypothèse où la seconde vente serait « le résultat d'un concert frauduleux » (entre vendeur et second acquéreur) caractérisé par des manœuvres dolosives ayant pour but de dépouiller le premier acquéreur ² », se montrait ferme sur la question depuis d'un arrêt en date du 22 mars 1968 par la troisième chambre civile³ : « la simple connaissance par le second acquéreur d'une première aliénation non publiée suffit pour écarter les règles de la publicité foncière et pour faire déclarer la première aliénation opposable à l'acquéreur second en date ». Reste que, dans plusieurs arrêts postérieurs, elle a admis que la mauvaise foi du second acquéreur qui publie le premier ne l'empêche pas de se prévaloir de l'absence de publicité foncière de la première vente⁴.

955. Fort heureusement, la réforme du droit des obligations met fin à cette jurisprudence contestable puisque le nouvel article 1198 alinéa 2 du Code civil, réintroduit ainsi l'exigence de bonne foi : « Lorsque deux acquéreurs successifs de droits portant sur un même immeuble tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a, le premier, publié son titre d'acquisition passé en la forme authentique au fichier immobilier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi ».

¹ ANDREU L., Publicité foncière, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2020, n° 398.

² Ibid., n° 399. Voir en ce sens, Cass. Civ. 7 déc. 1925, DP 1926. 1. 185, note R. Savatier ; Cass. Civ. 10 mai 1949, D. 1949. 277, note R. Lenoan ; JCP 1949. II. 4972, note E. Beque.

³ Cass. Civ. 3^{ème}, 22 mars 1968, D. 1968. 412, note J. Mazeaud ; JCP 1968. II. 15587, note A. Plancqueel. Puis Cass. Civ. 3^{ème}, 10 mai 1972, Bull. civ. III, n° 300. Dans cette espèce, il a été reproché au second acquéreur qui avait eu connaissance de la promesse unilatérale de vente antérieurement consentie à l'acquéreur précédent avant levée d'option par ce dernier, d'avoir « réalisé la vente sans avoir pris soin de se renseigner [...] et agi de mauvaise foi [...] en fraude des droits [précédemment acquis] ».

⁴ Depuis Cass. Civ. 3^{ème}, 10 févr. 2010, n° 08-21.656, Bull. civ. III, no 41 ; D. Actu. 2 mars 2010, obs. Forest ; Defrénois 2010. 1169, art. 39123, no 1, obs. Piédelièvre ; Cass. Civ. 3^{ème}, 12 janv. 2011, n° 10-10.667 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 15 déc. 2010, n° 09-15.891. Voir sur la question, de BERTIER-LESTRADE, Retour sur la mauvaise foi dans les règles de publicité foncière et les règles de conflits d'actes, D. 2011. Chron. 2954.

956. Force est ainsi de constater que le tiers n'est pas totalement étranger à la situation d'attente. Cependant, sa mauvaise foi l'écarte systématique en cas de tentative d'ingérence dans la période d'hésitation et singulièrement dans le projet contractuel.

CONCLUSION

957. La situation d'attente est une période singulière où oscillent paralysie et action. Paralysie d'abord parce qu'elle constitue avant tout un temps de réflexion, de délibération au cours duquel le potentiel contractant évacue son hésitation. Par suite, pour être efficace, elle ne doit pas être troublée ; l'intéressé doit pouvoir réaliser sereinement son processus décisionnel. Pour s'en assurer, le débiteur du droit à l'hésitation est placé dans une position contraignante dont témoigne le déséquilibre de la balance droits/obligations. Ses droits sont fortement limités au profit d'obligations visant essentiellement à interdire toute précipitation de la décision de son potentiel contractant. Au surplus, il doit assumer le coût du droit à l'hésitation. Or, le droit à l'hésitation est en principe gratuit pour le potentiel contractant. C'est dire qu'en cas de dénouement malheureux, cet investissement aura été vain avec en outre, le risque que les informations données puissent être utilisées.

958. Action ensuite, parce qu'elle constitue les prémices d'un potentiel futur, générateur de droits éventuels qui doivent être protégés. Le créancier du droit à l'hésitation est, à cet égard assurément la partie privilégiée en ce qu'il est titulaire de davantage de droits d'autant plus vigoureux que le mécanisme concerné engage le débiteur du droit à l'hésitation.

959. Enfin, la situation d'attente concerne les tiers et notamment les créanciers des potentiels contractants. Ils sont, tout comme le débiteur du droit à l'hésitation, pressés de voir s'achever la situation d'attente et de préférence, par un heureux dénouement. Si cet intérêt est légitime, leur qualité de tiers, au surplus titulaires de droits simplement éventuels, les évince du système de protection conservatoire de la situation future. Par ailleurs, ils sont soumis à la même obligation que le débiteur du droit à l'hésitation, et ne peuvent en aucun cas troubler la période d'hésitation du potentiel contractant.

960. Somme toute, le droit de l'hésitation se met au service du droit à l'hésitation afin de garantir le déroulement serein du processus décisionnel du potentiel contractant pour parvenir à un dénouement, quel qu'il soit.

TITRE 2 - DÉNOUEMENT DE LA SITUATION D'ATTENTE

961. La situation d'attente correspond au déroulement du processus décisionnel dont l'étirement est permis grâce au droit à l'hésitation. Reste que, cette période est nécessairement limitée dans le temps. Autrement dit, à son terme, l'intéressé doit avoir arrêté son choix d'une part, et d'autre part, il doit surtout le manifester, ceci marquant le dénouement de la situation d'attente qui connaît deux issues possibles : la première, le dénouement par décision positive (Chapitre 1) ; la seconde, le dénouement par décision négative (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 - DENOUEMENT PAR DECISION POSITIVE

962. La décision positive traduit l'acceptation du potentiel contractant au projet qui lui était soumis. Reste à analyser comment se manifeste la décision (Section 1) et quels sont ses effets (Section 2).

Section 1 – La manifestation de la décision

963. La phase de manifestation marque la terminaison du processus décisionnel et comprend deux étapes : d'une part, l'étape de manifestation du choix et d'autre part, son exécution. Ce n'est qu'au terme la réalisation de ces deux étapes qu'il y a décision. La manifestation du choix arrêté peut prendre divers traits en droit et est nommée, dans l'hypothèse d'une issue positive, consentement, acceptation, levée d'option, etc. Elle entraîne la formation du contrat.

964. L'étape d'exécution, elle, représente l'aspect actif de la décision et concerne l'exécution des obligations du contrat formé suite à la manifestation du choix. Parfois, ces deux étapes se confondent quand d'autres fois, elles sont dissociées. L'étape d'exécution est alors reportée, soit par la volonté des parties, soit par la loi¹. D'où l'affirmation selon laquelle le consentement ne se confond pas avec la décision.

965. Par suite, seule la décision est révélatrice de la disparition de toute hésitation. Elle est donc marquée par le sceau de la fermeté et les éventuels atermoiements quant à l'exécution de ses obligations par l'intéressé dénotent son regret². C'est la raison pour laquelle c'est le terme « décision » qui sera employé dans les développements suivants.

966. Au reste, force est d'observer que la manifestation de la décision par le potentiel contractant peut prendre différentes formes. Elle est de ce point de vue polymorphe (§1). Elle doit cependant présenter certains caractères (§2).

¹ Comme un délai de rétractation par exemple.

² Dans l'hypothèse où, bien évidemment, ce report d'exécution n'est pas prévu par la loi ou les parties.

§ 1 – Une manifestation polymorphe

967. La liberté de forme (I) est le principe pour la manifestation de la décision. Le créancier du droit à l'hésitation peut cependant être astreint à une contrainte de forme (II).

I. La liberté de forme

968. En raison du principe de la liberté contractuelle¹ de laquelle découle le consensualisme², la manifestation de la décision peut prendre des formes aussi diverses que variées. « *Le consensualisme a pour lui la simplicité et la rapidité.* »³ Le principe du consensualisme est d'ailleurs affirmé au sein de l'article 1172 alinéa 1 du Code civil qui dispose que « *Les contrats sont par principe consensuels* ». L'article 1113 du Code civil précise quant à lui que la manifestation du choix « *peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement* ». La jurisprudence le rappelle régulièrement⁴.

969. De cette façon, l'intéressé extériorise son choix⁵ et manifeste sa décision. Il peut l'extérioriser par une déclaration en premier lieu. Il s'agit de toutes les manifestations expresses qu'elles soient écrites ou orales⁶. Par exemple, un salarié peut exprimer sa décision d'acquiescement par téléphone⁷. De même, s'agissant de la levée d'option d'une promesse unilatérale, il a pu être décidé que ⁸ : « *la levée de l'option n'était soumise à aucune forme ou modalité particulière et que les conjoints Y... avaient été informés oralement par leur notaire*

¹ Art. 1102 du Code civil.

² FORRAY V., Le consensualisme dans la théorie générale du contrat, Thèse, L.G.D.J., 2007 ; BINOIS F., Consensualisme et formalisme à l'étude de l'électronique, étude de droit civil, Thèse, Paris-Saclay, 2019.

³ LATINA M., Contrats : généralités, *op. cit.*, n° 106.

⁴ Par exemple, Cass. Civ. 3^{ème}, 19 déc. 2012, n° 08-14.225. Mais déjà, Cass. Civ. 25 mai 1949, D. 49. 391.

⁵ Cf. supra (Partie 1 sur la décision). Voir également sur ce point FRISON-ROCHE M.-A., Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, *op. cit.*

⁶ Voir sur ce point, CHARPY-REVERT E., L'oralité en droit privé, Thèse, Aix-Marseille, 2017. Le contrat, qui résulte de la rencontre d'une offre et d'une acceptation (art. 1113 du Code civil), autrement dit, deux décisions, peut être oral. Voir par ex., Cass. Soc., 12 déc. 2012, n° 11-14823. Il peut s'agir d'un usage comme entre commerçants, Cass. Com. 22 mars 2011, n° 09-72426.

⁷ Cass. Soc. 11 juill. 2002, n° 00-44.197, Bull. civ. V, n° 254 ; RJS 11/2002, n° 1275, concernant une offre d'embauche acceptée par téléphone. Voir également CA Paris, 6^{ème} ch. B, 7 fév. 1990, JurisData n° 021671.

⁸ Cass. Civ. 3^{ème}, 19 déc. 2012, n° 08-14.225.

de la levée de l'option par la société Helvia promotion avant l'échéance du 29 juillet 2005, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de répondre à des conclusions que ses constatations rendaient inopérantes, en a déduit à bon droit que l'option avait été régulièrement levée ». Outre la forme orale, la décision peut se manifester par la signature d'un bon de commande¹ ou encore par la signature de la convention².

970. En effet, « *la signature est traditionnellement analysée comme l'expression idéale du consentement à un contrat* »³. La signature est censée révéler le consentement⁴. Elle manifeste la décision et singulièrement le consentement, sans pour autant la constituer⁵. L'on en veut pour preuve un arrêt rendu par la chambre commerciale le 10 octobre 2018⁶. En l'espèce, un « projet d'acte de cession » de parts sociales d'une société entièrement détenue par le vendeur a été adressé à ce dernier qui l'a signé, suite à quoi l'acquéreur a notifié l'acte à la société dont les parts avaient ainsi été négociées. Les parties devaient néanmoins poursuivre leurs pourparlers postérieurement à la signature. C'est dans ces conditions que le vendeur a assigné l'acquéreur aux fins de voir dire que l'acte litigieux était une offre non acceptée, devenue, au jour de sa signature par le vendeur, caduque et de nul effet. Les juges du fond ayant fait droit à sa demande, l'acquéreur forma un pourvoi arguant que la vente est parfaite entre les parties et la propriété 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.

971. Le pourvoi fut rejeté par la Haute juridiction considérant que : « *que l'arrêt constate que si les sociétés Akol et Paris Properties ont régularisé, le 6 décembre 2010, un acte de cession prévoyant l'achat, par la seconde, de la moitié des parts détenues par la première dans le capital de la société C... , elles sont néanmoins restées en pourparlers après cette date ; qu'il relève que dans le cadre des négociations en cours, les parties ont fait part de leurs exigences dans les jours qui ont suivi la signature de l'acte litigieux, la société Paris Properties*

¹ Cass. Com., 5 mai 1987, n° 85-13767 ; Cass. Com. 3 mai 1984, n° 82-16640.

² Comme la signature du contrat de travail par exemple. Voir, de LAMBERTERIE I., La valeur juridique de la signature, perspectives de longue durée, Hypothèses 2006/I (9), p. 361 et s.

³ BARBIER H., De la nature du lien entre consentement et signature, RTD Civ. 2019. 94.

⁴ Singulièrement pour les actes juridiques dont la signature assure la perfection. Art. 1367 du Code civil : « *Elle manifeste son consentement aux obligations qui découlent de cet acte.* »

⁵ BARBIER H., De la nature du lien entre consentement et signature, *op. cit.*

⁶ Cass. Com., 10 oct. 2018, n° 17-12.527, inédit, D. 2019. 279, obs. M. Mekki.

subordonnant notamment son acceptation à l'intervention de la société Fipam, sa filiale, dans l'opération, et à la mise en place de prêts bancaires par la société C... ; que l'arrêt retient encore que les parties ont prévu d'autres éléments essentiels subordonnant leur accord à la cession, tels que la conclusion d'une garantie de passif par la société Akol au bénéfice de la société Paris Properties, la mise en place d'une contre-garantie par la société Akol, le vote d'une délibération du conseil d'administration de la société Akol et la réalisation d'un nouvel audit, et que, par courriel du 29 mars 2011, le conseil de la société Paris Properties a transmis à l'ensemble des parties un « projet de promesse de cessions d'actions » et un « projet de pacte d'associés » ; que de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, appréciant souverainement la commune intention des parties, a pu, sans dénaturation, déduire l'absence de consentement réel des parties à l'acte de cession du 6 décembre 2010 et prononcer la nullité de ce contrat ; que le moyen n'est pas fondé ».

972. C'est dire que les juges du fond peuvent apprécier souverainement au regard des éléments contextuel, si la signature manifeste ou non la décision. Le cas d'espèce est d'autant plus révélateur de ce que la signature ne manifeste pas nécessairement la décision et partant ne la constitue pas¹, que l'hésitation des parties persistait. L'exigence « *de la conclusion d'une garantie de passif par la société Akol au bénéfice de la société Paris Properties, la mise en place d'une contre-garantie par la société Akol* » comme des éléments « *essentiels subordonnant leur accord* » le révèle².

973. En second lieu, la manifestation peut résulter d'un comportement comme un hochement de tête, la levée de la main comme c'est le cas pour les ventes par adjudication³. Il

¹ Ce d'autant qu'une seule signature peut suffire à manifester deux consentements, celui d'un associé et de la société. Cass. Com. 9 mai 2018, n° 16-28.157, Bull. 2018, IV, n° 53 : « *La double qualité en laquelle intervient le signataire d'un acte juridique, d'une part à titre personnel et, d'autre part, en qualité de représentant d'un tiers, n'imposant pas la nécessité d'une double signature comme condition de validité de cet acte.* »

« *Puisque le consentement n'est ainsi pas incorporé dans la signature, il n'est pas besoin d'autant de signatures que de consentements, comme il est besoin, pour filer la comparaison, d'autant de titres cambiaires que de créances distinctes.* » BARBIER H., De la nature du lien entre consentement et signature, *op. cit.*

² La prise de garanties, de sûretés sont en effet des révélateurs de la persistance de l'hésitation. Cf. infra n° 1062 et s.

³ BARRET O., BRUN Ph., Vente : formation – Existence du consentement, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2019 (actualisation : 2020), n° 47.

peut autrement s'agir du versement d'un acompte sur le prix¹, la revente par le bénéficiaire du bien objet de la promesse à un tiers², le déménagement du salarié³, ou encore l'expédition d'une marchandise⁴.

974. De façon plus originale, la manifestation peut être faite aux termes des conclusions récapitulatives⁵. Les faits d'espèce étaient les suivants. Par acte sous seing privé, une promesse de cession de la totalité des parts composant le capital social d'une société civile immobilière a été consentie. L'acte stipulait que l'option ne pouvait être levée avant le quatrième trimestre de l'année 2001. Par lettre recommandée du 10 novembre 2000, les promettants ont informé le bénéficiaire de la nullité de la promesse pour indétermination du prix. Ce dernier a alors assigné les promettants afin que l'acte soit déclaré valable.

975. La cour d'appel devait faire droit à ses demandes, approuvée par la Cour de cassation qui considéra que : *« ayant relevé que M. X... et la SCI avaient, par lettre du 10 novembre 2002, avisé M. Y... de ce que la promesse de cession des parts de la SCI était nulle pour indétermination du prix, que cette volonté de désengagement qui ne pouvait s'analyser en une rétractation régulière avait contraint M. Y... à demander aux époux X..., par lettre du 14 mai 2001, s'ils maintenaient leurs engagements et qu'en l'absence de réponse, M. Y... avait fait assigner les époux X... à jour fixe afin de faire constater la validité de cette promesse, ce qui concrétisait déjà sa volonté de maintenir son engagement et de lever l'option, la cour d'appel a pu retenir que M. Y... avait régulièrement levé cette option en signifiant ses conclusions récapitulatives le 1er octobre 2001, soit le premier jour du délai prévu à cet effet »*.

976. Nonobstant la stipulation contractuelle des formes de la levée d'option, les juges du fond ont considéré comme régulière la levée d'option par la signification des conclusions récapitulatives, ce que ne leur a pas reproché la Cour de cassation. *« C'est ainsi que par un heureux timing judiciaire, la coïncidence de la signification des conclusions récapitulatives avec la date du premier jour prévu pour la levée d'option permet ici au bénéficiaire d'exercer*

¹ Cass. Civ. 1re, 28 juin 1955, Bull. civ. n° 270 ; CA Paris, 8^e ch. A, 31 oct. 1991, JurisData n° 024043.

² Req. 12 déc. 1898, DP 1899. 2. 276 ; S. 1899. 1. 88.

³ CA Rennes, 19 sept. 1989, JurisData n° 050039.

⁴ Cass. Com., 25 juin 1991, Bull. civ. IV, n° 234.

⁵ Cass. Civ. 3e, 11 mai 2005, n° 03-20.669. Non publié

cette option par la voie de ses écritures. Tout se passe donc comme si les formalités du procès, renforcées par la signification des conclusions par voie d'huissier (la solution aurait-elle été la même en cas de notification ordinaire ?) suppléaient aux formalités contractuelles pour venir exprimer la volonté de contracter d'une partie.¹ »

977. Cette solution, pour aussi originale soit-elle², illustre de la diversité des formes de la manifestation de la décision du contractant-décideur. Il importe finalement que cette manifestation témoigne du caractère certain de son choix. Autrement dit, de l'absence définitive d'hésitation. À cet égard, certains comportements - comme l'exécution du contrat - sont particulièrement probants, notamment dans l'hypothèse où il serait nécessaire de rapporter la preuve de cette manifestation. Une telle preuve peut se faire par tout moyen. La Cour de cassation a admis, dès 1949, que *« la manifestation de volonté de l'acquéreur qu'il entend donner son adhésion à la réalisation de la vente dont les clauses essentielles ont déjà été consignées par écrit n'est soumise à aucune forme extrinsèque, qu'elle peut être expresse ou tacite et que sa reconnaissance par le juge ne comporte que des constatations de fait³ »*.

978. La question du silence apparaît alors cruciale. L'article 1120 du Code civil prévoit en effet que *« le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières »*. Les usages font ainsi figure d'exception. L'illustration la plus marquante est la vente à l'essai. Il est en effet admis que la vente conclue sous la condition suspensive d'un essai satisfaisant devient parfaite si, à l'expiration du délai d'essai, l'acheteur n'a pas manifesté sa volonté de ne pas conserver le bien⁴.

¹ MESTRE J., FAGES B., Promesse unilatérale : la levée d'option par... conclusions récapitulatives, RTD Civ. 2006. 106.

² Il s'agit d'un arrêt d'espèce qui n'aura pas les honneurs du Bulletin.

³ Cass. Civ. 25 mai 1949, D. 49. 391 ; la Cour de cassation admet ici que l'existence de la levée d'option peut être prouvée par tous moyens y compris par témoins.

⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, n° 96-19.611 Bull. civ. I, n° 304 : *« Attendu que, pour débouter Mme Y... de sa demande en paiement de la somme de 20 000 francs, l'arrêt attaqué, après avoir exactement retenu que la vente de la jument était une vente à l'essai, contractée sous la condition suspensive qu'au 15 janvier 1993 " la jument fasse l'affaire ", a relevé que l'acquéreur avait prévenu le vendeur que la jument ne faisait pas l'affaire pour en déduire que la condition ne s'était pas réalisée ;*

Qu'en se déterminant ainsi, alors que la vente conclue sous la condition suspensive d'un essai satisfaisant devient parfaite si, à l'expiration du délai d'essai, l'acheteur n'a pas manifesté sa volonté de ne pas conserver le bien, la cour d'appel, sans constater si au plus tard à la date du 15 janvier 1993, l'acquéreur avait fait connaître au

Il en est de même pour le contrat comportant une période d'essai. Dans l'hypothèse du contrat de travail, le silence de l'employeur ou du salarié manifeste leur satisfaction de la période probatoire et résulte de la poursuite de la relation salariale entre les parties. Tel est également le cas pour le contractant qui n'entend pas se rétracter.

979. Autrement, le silence est insuffisant à matérialiser la terminaison du processus décisionnel¹, ce qui apparaît logique en ce qu'il s'agit d'un processus interne donc abstrait. Partant, la décision ne peut devenir concrète qu'autant qu'elle a été donnée, mais surtout reçue par celui qui l'attend². L'article 1121 l'illustre parfaitement : « *Le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant.* » La décision est nécessairement réceptive, faute de quoi, il convient de considérer que le processus décisionnel n'est pas achevé³. D'ailleurs, l'article 1118 alinéa 2 du Code civil dispose que : *Tant que l'acceptation n'est pas parvenue à l'offrant, elle peut être librement rétractée, pourvu que la rétractation parvienne à l'offrant avant l'acceptation.* » Comme nous l'avons expliqué précédemment, la faculté de rétractation ne peut intervenir que tant que le processus décisionnel est en cours, car elle permet de traiter la résurgence de l'hésitation postérieurement à la phase de choix⁴. En outre, la décision n'est pas

vendeur son intention de ne pas conserver la jument, a privé sa décision de base légale au regard du texte précité ». De même, il a pu être jugé que la vente est parfaite à l'issue du terme fixé pour l'essai dès lors que l'acheteur s'est abstenu de toute réclamation et a continué à utiliser le bien, en versant même un acompte, CA Nancy, 17 juin 1988, Juris-Data n° 044174.

¹ Mais voir Cass. Civ. 1^{ère}, 24 mai 2005, n° 02-15.188, Bull. 2005 I, n° 223, p. 139 qui reconnaît une acceptation silencieuse en raison des circonstances particulières.

² TERRE Fr. SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHENEDE Fr., Droit civil Les obligations, *op. cit.*, n° 147.

³ Cass. Civ. 3^{ème}, 16 juin 2011, n° 09-72.679 : JurisData n° 2011-011783 ; JCP N 2011, 1273, note J.-J. Barbiéri ; JCP G 2011, I, 1141, obs. G. Loiseau ; Rev. loyers 2011, p. 373, note Fr. Roussel ; Cass. Civ. 2^{ème}, 21 déc. 1970, n° 69-13.031 : Bull. civ. II, n° 353 : « *la promesse unilatérale de vente se transforme en vente parfaite dès que le bénéficiaire de cette promesse a, dans le délai imparti, manifesté, en la portant à la connaissance du promettant, sa volonté d'acquérir la chose aux conditions proposées* ».

Ce d'ailleurs, même dans l'hypothèse où la décision ne concerne pas la conclusion du contrat. Par exemple, la démission : Cass. Com., 8 juin 2017, n° 14-29618 : « *La démission d'un dirigeant de société, qui constitue un acte juridique unilatéral, produit tous ses effets dès lors qu'elle a été portée à la connaissance de la société* » ; la déchéance des termes : Cass. Civ. 1^{ère}, 17 fév. 2021, n° 19-21615. Voir notamment, RBII J., L'acte unilatéral réceptive, in Métamorphoses de l'acte juridique, NICOD [dir.], 2011, L.G.D.J, p. 87 ; MIGNOT M. Fas. Unique. Vente, *op. cit.*, n° 67 : « *L'acceptation est réceptive lorsqu'elle est intellectuelle, c'est-à-dire qu'elle résulte d'une déclaration de volonté expresse.* »

⁴ Cf. supra n° 579 et s.

que mentale, elle est avant tout, action et mouvement, qui se traduisent d'abord par la manifestation du choix puis par son exécution.

980. Enfin, sans doute faut-il préciser que s'il est courant que la manifestation soit faite par l'intéressé lui-même, elle peut également l'être par son mandataire comme son avocat par exemple. Ainsi, la vente est réputée parfaite lorsque l'acceptation de l'un des destinataires de l'offre a été communiquée à l'acquéreur au moyen d'une lettre échangée entre les avocats des différents vendeurs et portant la mention « officiel »¹. En effet, le conseil de l'acquéreur avait informé le conseil du vendeur de l'accord de celui-ci pour la vente du bien immobilier par une lettre portant la mention « officielle » à laquelle était jointe une copie de l'offre d'achat signée par l'acquéreur avec la mention " bon pour accord ". Tout ceci témoignait de la réelle volonté de l'acquéreur et partant, de la fermeté de sa décision. Du reste, « *rien n'impose nullement que l'échange des consentements se fasse directement entre les protagonistes ou leurs mandataires*² ». Ceci vaut également pour le cas où le notaire fait part du choix du bénéficiaire. La Cour de cassation affirme clairement que la levée d'option n'étant soumise à aucune forme ou modalité particulière, l'information orale des promettants par leur notaire, avant le délai contractuellement prévu pour opter, a permis la levée régulière de l'option³.

981. Dans d'autres hypothèses en revanche, la manifestation est soumise à une forme particulière.

II. La contrainte de forme

982. Si le mode de manifestation de la décision est en principe libre, des règles de forme peuvent être prévues par la loi (A) ou par la convention (B).

¹ Cass. Civ. 3^{ème}, 9 mai 2012, n° 11-15.161, FS-P+B.

² le RUDULIER N., Vente immobilière : expression du consentement et transmission de la correspondance entre avocats, Dalloz actualité, 04 juin 2012.

³ Cass. Civ. 3^{ème}, 19 déc. 2012, n° 08-14.225, FS-P+B.

A. Les règles de forme légales

983. La gravité des conséquences de la décision commande que pour certains contrats le législateur impose une forme particulière de manifestation¹. Cette solennité² vise à faire prendre conscience au contractant de la portée de sa décision³. Il s'agit d'une contrainte de forme *ad validitatem*. Dans d'autres hypothèses, la contrainte de forme est érigée *ad probationem*⁴. Mais s'agissant singulièrement du formalisme *ad validitatem*, pour que la décision de l'intéressé produise pleinement effet⁵, encore faut-il qu'il respecte le formalisme édicté.

984. Par exemple, l'article L. 331-1 du Code de la consommation prévoit, à peine de nullité⁶, une mention manuscrite précise « *et uniquement celle-ci* » que toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel fait

¹ BERLIOZ-HOUIN B. et BERLIOZ P., Le droit des contrats face à l'évolution économique, in Mélanges Houin, 1985, p. 11 et s.

² Art. 1172 al. 2 du Code civil : « *Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation.* » Par exemple, art. 1394 du Code civil pour le contrat de mariage ; art. 931 du Code civil pour les donations entre vifs ; art. 2356 du Code civil pour le nantissement.

³ GESNU A., De la rédaction d'un écrit conventionnellement érigé par les parties en condition de formation du contrat, Thèse, Toulouse, 1947 ; CUNHA V., Le formalisme en droit des contrats, Thèse, Nice, 2002 ; KONE S., L'évolution du formalisme contractuel, Thèse, Paris 13, 2011 ; le TOURNEAU Ph., Quelques aspects de l'évolution des contrats, in Mélanges Raynaud, 1985, p. 361 et s. ; BUFFELAN-LANORE Y, LARRIBAUTERNEYRE V., Sirey, 17^e éd., 2020, spé. p. 308 et s.

⁴ Art. 1173 du Code civil : « *Les formes exigées aux fins de preuve ou d'opposabilité sont sans effet sur la validité des contrats.* »

⁵ Art. 1367 du Code civil : « *La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie son auteur. Elle manifeste son consentement aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte.*

Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. »

⁶ Art. L. 343-1 du Code de la consommation : « *Les formalités définies à l'article L. 331-1 sont prévues à peine de nullité.* »

précéder de sa signature¹. Le juge faisait jusqu'à récemment², « *une application du formalisme au pied de la lettre et la sanction mécanique de toute inexactitude sans guère de souci de savoir si le contractant protégé par la loi avait réellement souffert de l'irrégularité relevée* »³, conduisant sans nul doute à un abus des cautions en témoigne l'important nombre d'arrêts sur la question. Toutefois, la Cour de cassation a introduit un mouvement d'assouplissement de l'appréciation du formalisme⁴. Ainsi, « *par l'adoption d'un raisonnement que l'on peut qualifier de conséquentialiste, le juge reconnecte le formalisme au consentement, le remettant ainsi en rapport avec une vision humaine et non paperassière du contrat* »⁵.

985. L'on en veut pour preuve l'arrêt rendu par la chambre commerciale le 31 janvier 2017⁶. Le non-respect du formalisme résultait en l'espèce de la mention manuscrite de la durée du

¹ Voir notamment, MEDINA A., Formalisme et consentement dans le contrat de cautionnement : évolution de la jurisprudence, D. 2002. Chron. 2787 ; PICOD Y., La mention manuscrite à l'épreuve de la loi pour l'initiative économique, Dr. et pr. 2004. 256 ; PICOD Y., Le formalisme de la mention manuscrite de la caution, in Mélanges F. Chabas, Bruylant, 2011, p. 775 ; PIETTE G., Solutions pour mettre un terme au contentieux relatif aux mentions manuscrites dans le cautionnement, D. 2017. 664 ; PICOD Y., Le balancier de l'histoire : le recul de la mention manuscrite de la caution, AJ contrat 2018. 445.

² PICOD Y., La mention manuscrite à l'épreuve de la loi pour l'initiative économique, *op. cit.* ; DAVO H., Le formalisme bancaire, *Liber amicorum* Calais-Auloy, p. 329. Par exemple, Cass. Com. 5 avril 2011, n° 09-14.358, P : D. 2011. Actu. 1132, obs. Avena-Robardet : La nullité d'un engagement de caution souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel est encourue du seul fait que la mention manuscrite portée sur l'engagement de caution n'est pas identique aux mentions prescrites par l'art. L. 341-2 et 341-3, à l'exception de l'hypothèse dans laquelle ce défaut d'identité résulterait d'erreur matérielle.

³ BARBIER H., Les nouvelles noces du formalisme et du consentement : vers un formalisme raisonné, RTD Civ. 2017. 377. S'agissant notamment de la durée de l'engagement. Voir en ce sens Cass. Civ. 1^{ère}, 9 juil. 2015, n° 14-24.287.

⁴ Voir notamment Cass. Com. 18 janv. 2017, n° 14-26.604, D. 2017. 213, AJ Contrat 2017. 122, obs. D. Houtcieff, RTD civ. 2017. 444, obs. P. Crocq. La caution n'avait rédigé son engagement qu'en chiffres. Les juges du fond accueillirent la demande en nullité de la caution, en retenant que l'exigence générale posée par l'article 1326 du code civil d'écrire en chiffres et en lettres le montant de l'engagement de la caution (C. civ., nouv. art. 1376), devait s'appliquer aux dispositions de l'article L. 341-2 du code de la consommation. La Cour de cassation censura la décision, énonçant que « *l'article L. 341-2 du code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 14 mars 2016, n'impose pas la mention du montant de l'engagement de la caution à la fois en chiffres et en lettres, la cour d'appel, qui a ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas, a violé ce texte* ».

⁵ BARBIER H., Les nouvelles noces du formalisme et du consentement : vers un formalisme raisonné, *op. cit.*

⁶ Cass. Com. 31 janv. 2017, n° 15-15.890 ; D. 2017. 294.

cautionnement. Si elle contenait bien une durée, elle était cependant en contradiction avec celle plus longue, stipulée dans les premiers articles du contrat de cautionnement. La Cour de cassation choisit néanmoins d'approuver les juges du fond, énonçant « *qu'après avoir relevé que l'acte de cautionnement signé par M. X. comportait toutes les mentions manuscrites prescrites à peine de nullité par l'article L. 341-2 du code de la consommation, l'arrêt retient qu'il existe une divergence, concernant la durée du cautionnement, entre la mention manuscrite de l'article L. 341-2, qui stipule que M. X. s'engage pour une durée de onze mois, et la mention manuscrite figurant, sous la signature de ce dernier, en page 1 du cautionnement, qui limite celui-ci à la fin du mois d'octobre 2011 ; qu'ayant ensuite exactement considéré que la validité de l'engagement n'était pas affectée par la contradiction entre ces deux dates, dès lors que l'une des mentions manuscrites était conforme à celles prescrites par la loi, la cour d'appel a, dans l'exercice de son pouvoir souverain, retenu que les parties avaient entendu limiter le cautionnement aux seuls engagements souscrits par la société débitrice au plus tard le 31 octobre 2011* ».

986. Une telle position de la jurisprudence ne peut qu'être approuvée. Elle redonne ainsi au formalisme *ad validitatem* son rôle. L'acte étant grave, des conditions formelles contraignantes sont nécessaires afin que la décision ne soit pas prise, ni donnée à la légère. Rajouter des conditions formelles à la manifestation de la décision vise à s'assurer que l'intéressé en prend la pleine mesure. Partant, la nullité de l'acte ne peut être prononcée qu'à l'aune des conséquences du non-respect sur le consentement de l'intéressé. Même lorsque le formalisme est plus souple et se limite à un contrat écrit dont l'acceptation sera manifestée par la signature

du contractant¹, sans encourir la nullité, c'est cette même préoccupation de protection qui préside². De même dans l'hypothèse de la constatation par acte authentique³.

987. Autrement, le formalisme *ad probationem*, lui, permet de vérifier que la décision a été effectivement manifestée. L'article 1376 du Code civil dispose à cet égard que : « *L'acte sous signature privée par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible ne fait preuve que s'il comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres.* »

988. Enfin, outre le formalisme imposé, la loi peut prévoir les modalités d'expression de la décision. Par exemple, l'article 1589 du Code civil dispose, à propos de la promesse portant sur des terrains déjà lotis ou à lotir, que « *son acceptation et la convention qui en résultera s'établiront par le paiement d'un acompte sur le prix, quel que soit le nom donné à cet acompte, et par la prise de possession du terrain* ».

B. Les règles de forme conventionnelle

989. L'exigence de forme peut également être imposée par les parties. Ainsi, une promesse unilatérale d'achat prévoyait que la levée d'option devait être notifiée par le bénéficiaire par

¹ Par exemple, la signature des statuts de SA, Art. L. 225-15 du Code de commerce. Cette exigence formelle manifeste pour la jurisprudence l'expression du consentement de l'associé lors de la constitution de la société. De sorte que dès lors que les statuts d'une SA (de même que le certificat de dépôt des fonds, les déclarations de non-condamnation des dirigeants et le procès-verbal de nomination du président-directeur général) ont été falsifiés par l'apposition d'une fausse signature, la qualité d'associé ne peut être opposé à ceux dont la signature fait défaut, peu important qu'ils aient ultérieurement signé un projet de cession d'actions et une feuille de présence à une assemblée (Versailles, 12e ch., 13 nov. 2007, no 04/07641, BJS 2008. 200, note P. Le Cannu). Voir LE CANNU P. ; HEINICH J. ; DELVALLEE J., Société par actions simplifiée, Répertoire des sociétés, Dalloz, 2020 (actualisation 2021), n° 47. Pour la lettre de change, art. L. 511-1 du Code de commerce.

² Par exemple, dans le cadre des contrats conclus hors établissement, Art. L. 221-9 du Code de la consommation ; la rupture conventionnelle du CDI, art. L. 1237-11 du Code de commerce ; le bail d'habitation, art. 3 de la loi du 06 juille 1989.

³ Art. L. 290-1 du Code de la construction et de l'habitation promesse de vente ayant pour objet la cession d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier, dont la validité est supérieure à dix-huit mois. Ou encore, art. 1589-2 du Code civil.

lettre recommandée avec demande d'avis de réception avant une certaine date. Reste qu'en l'espèce, le vendeur a remis les clés à l'acquéreur avant de finalement lui indiquer que sa candidature n'était pas retenue. L'acquéreur a alors assigné le vendeur pour faire déclarer la vente parfaite.

990. La cour d'appel a accueilli sa demande retenant que « *la levée de l'option, que la promesse d'achat laisse à la SOGAP le loisir de formuler, ne saurait, en tant que simple manifestation de son consentement à la vente à authentifier devant notaire, être soumise à une quelconque condition de forme et qu'ainsi la lettre recommandée avec demande d'avis de réception prévue dans la promesse n'est qu'une formalité conventionnelle ne conférant pas à la vente le caractère de contrat solennel, si bien, que les parties peuvent la modifier, la remplacer ou y renoncer* ». Elle est à cet égard sanctionnée par la Cour de cassation lui reprochant d'avoir dénaturé les termes clairs et précis de l'acte : « *la promesse d'achat stipulait expressément que la levée d'option devait être faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception*¹ ». La levée d'option doit donc respecter les règles spécifiques prévues sauf à être inefficace².

991. Les juges peuvent se montrer d'une extrême rigidité quant au respect du formalisme conventionnel. Dans une autre espèce³, les conditions générales annexées au bon de commande prévoyait que la demande n'était définitive qu'après réception, par l'acquéreur, d'un avis de confirmation du distributeur-vendeur envoyé par lettre recommandée avec accusé de réception. Or, le vendeur avait fait connaître sa confirmation par email et non par lettre recommandée.

992. La Cour de cassation, rejoignant la cour d'appel, se montre intransigeante quant au respect du formalisme conventionnel : « *Mais attendu qu'ayant constaté, d'une part, que le*

¹Cass. Civ. 3^{ème}, 13 juill. 1994, n° 92-13.690. Dans le même sens, Cass. Civ. 3^{ème}, 28 fév. 1990, n° 88-12.386 ; 22 juin 2010, n° 09-68.707 ; Cass. Com., 26 sept. 2018, n° 17-19.415 : en vertu de cette promesse, la validité de la levée d'option était subordonnée à la consignation de l'entier prix de vente, déduction faite des prêts accordés en vue de l'acquisition, la disponibilité immédiate des fonds prêtés devant être certifiée par une attestation bancaire.

² Caducité de la promesse lorsque le bénéficiaire n'a pas levé l'option dans les délais et le cas échéant, respecté les conditions prévues. Cass. Civ. 3^{ème}, 7 janv. 1987, n° 85-14930 : Bull. civ. III, n° 7 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 28 févr. 1990, n° 88-12386, D ; Cass. Civ. 3^{ème}, 23 mars 1999, n° 97-16724, D ; CA Paris 2^{ème} ch. A., 19 déc. 2007, n°06/16535 ; Fort-de-France, 11 sept. 2009, n° 08/00418 ; Versailles, 20 mai 2010, n° 09/00346.

³ Cass. Civ. 1^{ère}, 20 sept. 2017, n° 16-20.147.

paragraphe IV 4.1 des conditions générales de vente annexées au bon de commande, et en constituant partie intégrante et essentielle, prévoyait que la commande n'était définitive qu'après réception, par l'acquéreur, d'un avis de confirmation du distributeur-vendeur envoyé par lettre recommandée avec accusé de réception, d'autre part, que le vendeur, en confirmant la commande par courrier électronique, n'avait pas respecté la forme qu'il s'était imposé à lui-même pour l'expression de son acceptation, la cour d'appel a souverainement estimé que, dans la commune intention des parties, l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception constituait une formalité substantielle en ce qu'elle était destinée à conférer un caractère parfait à la vente ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ». La cour d'appel avait constaté la nullité de la vente et condamné le vendeur à payer une certaine somme à l'acquéreur qui avait déjà versé un acompte.

993. Cette décision a reçu un accueil sévère de la doctrine : « *Le droit des contrats est un droit rétrograde quand il est fait encore appel à une prétendue commune intention des parties pour annuler un contrat parce que la confirmation de la commande que les conditions générales de vente prévoyaient par lettre recommandée avec accusé de réception a été opérée par voie de courrier électronique* ¹ ». Il faut pourtant admettre qu'il s'agit dans les deux hypothèses d'un écrit pour lequel la date peut être certaine. Il eut été plus opportun sans doute, de s'interroger sur le point de « *savoir si les parties ont entendu régler une question de preuve ou subordonner la validité de la convention à la forme requise* ² », interprétation qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond³. Elle avait déjà adopté cette position restrictive dans d'autres d'espèce⁴.

¹ LOISEAU G., Quand le recours à un courrier électronique est une cause d'annulation d'un contrat, Communication Commerce électronique n° 11, Novembre 2017, comm. 87.

² *Ibid.*

³ Voir en ce sens, Cass. Com., 15 nov. 1994, n° 92-19.931 : JurisData n° 1994-002150 ; Bull. civ. IV, n° 334 ; Defrénois 1995, p. 1045, obs. D. Mazeaud.

⁴ Cass. Civ. 3^{ème}, 7 janv. 1987, n° 85-14.930 : JurisData n° 1987-099316 ; Bull. civ. III, n° 7 ; Cass. Com., 3 oct. 2006, n° 05-13.052 : JurisData n° 2006-035333 ; Bull. civ. IV, n° 204 ; JCP G 2007, I, 104, n° 7, obs. R. Wintgen : « *Mais attendu qu'ayant relevé que le contrat stipulait que le droit de préemption serait exercé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, ce dont il résulte que l'article 651 du nouveau code de procédure civile était sans application à cette notification qui n'était pas de nature contentieuse, la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à la recherche inopérante visée par la quatrième branche, a décidé à bon droit, abstraction faite des motifs surabondants critiqués par les deuxième et troisième branches, que la société ITM Entreprises ne*

994. Au reste, le plus important est que la manifestation de la décision révèle de manière claire et non équivoque la volonté de l'intéressé de conclure le contrat¹.

§ 2 – Les caractères de la décision

995. La décision doit être univoque d'une part (I), pure et simple d'autre part (II).

I. Une décision univoque

996. Par la manifestation d'une décision positive, le contractant exprime sa volonté ferme de conclure le contrat². Elle marque de ce point de vue son engagement dans la vie contractuelle avec la conséquence que, désormais, des obligations pèsent sur lui³. Il s'agit donc d'une décision lourde de conséquences. Il s'ensuit que la manifestation de sa décision ne doit soulever aucune ambiguïté.

997. L'appréciation du caractère univoque de la décision est rendue plus difficile dans le cas où la manifestation est tacite. « *Elle est tacite lorsqu'elle n'est pas formalisée mais qu'elle se matérialise par un signe ou un comportement, donc lorsqu'elle est matérielle.* »⁴ Reste que l'absence de formalisation donne lieu à interprétation. La jurisprudence n'admet pas facilement l'acceptation tacite et considère qu'en cas de doute, il faut considérer que la proposition a été refusée⁵.

pouvait soutenir qu'elle avait valablement exercé son droit par l'assignation délivrée à M. X... ; que le moyen, non fondé en ses première et quatrième branches, ne peut pour le surplus être accueilli. »

¹ Souverainement apprécié par les juges du fond. Cass. Civ. 1^{ère}, 13 juin 1961 : Bull. civ. I, n° 311.

² Art. 1113 du Code civil.

³ Art. 1194 du Code civil : « *Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi* ». Voir COUTANT-LAPALUS C., L'impact des règles relatives à l'effet du contrat, RDI 2016. 348. Voir également JUILLET-REGIS H., La force obligatoire du contrat, réflexion sur l'intérêt au contrat, Thèse, Paris, 2015.

⁴ MIGNOT M., Fas. Unique. Vente, *op. cit.*, n° 64.

⁵ *Ibid.* Voir également TERRE Fr. SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHENEDE Fr., Droit civil Les obligations, *op. cit.*, n° 147.

998. Prenons l'exemple du commencement d'exécution par le paiement d'un acompte. D'emblée, l'on serait tenté d'affirmer que le consentement de l'intéressé est sans équivoque ; par cette attitude il exprime sa décision de conclure le contrat¹. L'acompte confirme en effet l'accord de volontés définitif grâce à un paiement partiel anticipé à valoir sur la somme due. En somme, l'acompte exprime une volonté d'engagement et une aptitude à créer le contrat².

999. Pourtant, il faut, dans l'hypothèse d'une manifestation tacite, tenir compte du contexte décisionnel dans son ensemble. Ainsi, une offre de vente d'un immeuble qui prévoit que l'acheteur doit payer un acompte sur le prix avant un terme déterminé, le paiement dudit acompte postérieurement au terme et sans ratification du vendeur, ne vaut pas acceptation car l'acheteur a exprimé dans un courrier son sentiment de ne pas être engagé dans le contrat de vente³. De même, la simple transcription d'une promesse au bureau des hypothèques ne caractérise pas suffisamment l'intention du bénéficiaire⁴.

1000. C'est dire les difficultés à établir le caractère univoque de la décision lorsqu'elle est implicite⁵. Les juges doivent donc se livrer à un véritable travail d'interprétation au regard des circonstances. La Cour de cassation se montre intransigeante sur point et a pu décider que : *« aucune forme n'est imposée pour lever l'option d'une promesse unilatérale de vente en l'absence de stipulation particulière de la promesse, de sorte que celle-ci est valablement levée lorsque le promettant a connaissance de la volonté du bénéficiaire d'acquérir ; qu'en ne recherchant pas, comme elle y était invitée, si les circonstances de l'espèce, notamment la durée des pourparlers, l'activité des notaires et le fait que la vente des locaux avait été imposée par la cession antérieure des parts de la société existant entre les mêmes parties, n'établissaient pas que la venderesse avait eu connaissance en temps utile de la volonté de la SCI d'acquérir l'immeuble, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1589 du code civil⁶ »*.

¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 13 juin 1961 : Bull. civ. I, n° 311 ; Cass. Civ. 8 juin 1966, Bull. civ. I, n° 353. ERIMEE-CHANTEUR M., L'entrée payante dans le contrat

² DJOUDI J., Arrhes, *op. cit.*, n° 7 ; ERIMEE-CHANTEUR M., L'entrée payante dans le contrat, *op. cit.*, n° 175.

³ Cass. Civ. 1^{ère}, 30 avr. 1958, n° 1.870 : Bull. civ. I, n° 230.

⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 30 mai 1958, Bull. civ. I, n° 274.

⁵ TERRE Fr. SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHENEDE Fr., Droit civil Les obligations, *op. cit.*, n° 187.

⁶ Cass. Civ. 3^{ème}, 25 janv. 2011, n° 10-10.485 (n° 110 F-D). Voir également, Cass. Civ. 3^{ème}, 10 juil. 1991, n° 89-19.303 : *« Attendu que pour débouter la société VBRR de sa demande et reconnaître à Mme Y... et à Mlle Z... la*

1001. Il appartient néanmoins à celui qui argue de l'existence de la manifestation d'une décision d'en apporter la preuve. Il a par exemple pu être jugé qu' « *en retenant que si la promesse ne soumettait la levée d'option à aucune forme particulière, la volonté du bénéficiaire devait être exprimée de manière claire et non équivoque, que la société civile immobilière admettait qu'elle n'avait pas expressément levé l'option avant le 3 septembre 2004 et n'établissait aucune levée de l'option implicite ni acceptation par elle des nouvelles conditions proposées par la venderesse, la cour d'appel a légalement justifié sa décision prononçant la résolution de la vente en retenant l'absence de tout accord des parties sur la chose et sur le prix.* ¹ »

1002. Mais en tout état de cause, la manifestation, quoi que tacite, ne peut être caractérisée qu'en présence d'actes qui manifestent sans équivoque la volonté d'accepter². À titre d'illustration, prenons l'espèce suivante³. Une société a adressé à trois sociétés distinctes, trois offres de convention d'occupation précaire moyennant le paiement d'une indemnité annuelle, d'une somme mensuelle au titre de participation à l'entretien et d'une quote-part des frais d'abonnement, de taxes et de charges à prévoir. Se prévalant des conventions d'occupation précaire, l'offrant les assigna en paiement des diverses charges et indemnités et la cour d'appel fit droit à ses demandes.

1003. Elle est cependant rappelée à l'ordre par la Haute juridiction qui lui reproche d'avoir violé l'article 1008 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 car : « *Selon ce texte, le consentement de la partie qui s'oblige est essentiel pour la validité d'une convention. Il en résulte qu'une acceptation tacite ne peut*

qualité de locataires, l'arrêt retient que Mlle Z... a réglé par chèque les échéances de 1977 à 1986, que le "gérant de l'immeuble" a avisé les locataires de l'installation de boîtes aux lettres, que les noms de Flamant et Z... y sont inscrits, que sur les factures des P et T, les listes électorales et une police d'assurance, Mlle Z... a fait porter ce domicile, que Mme Y... a proposé d'acheter l'appartement et qu'il y a donc eu novation du bail à leur profit ; Qu'en statuant par ces motifs qui ne caractérisent pas l'acceptation non équivoque, par le propriétaire, d'un bail au bénéfice des occupantes, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »

¹ Cass. Civ. 3^{ème}, 25 janv. 2011, n° 10-10.485 (n° 110 F-D).

² Cass. Civ. 3^{ème}, 16 juin 2016, n° 15-19.134 : « *Mais en relevant qu'aucune levée d'option pouvant manifester la volonté non équivoque d'acquiescer de la bénéficiaire n'était intervenue avant le 5 juillet à 16 heures, la cour d'appel, qui n'était tenue, ni de procéder à des recherches, ni de répondre à des conclusions que ses constatations rendaient inopérantes, en a souverainement déduit que la promesse était devenue caduque.* »

³ Cass. Civ. 3^{ème}, 28 janv. 2021, 19-22.857.

être caractérisée qu'en présence d'actes qui manifestent sans équivoque la volonté d'accepter et qui sont postérieurs à l'offre faite. Pour condamner chaque société en exécution de la convention d'occupation précaire proposée le 30 décembre 2010, l'arrêt retient qu'aucune d'entre elles ne justifie avoir protesté contre les prétentions de la SCI Juxel, notamment relatives au montant des loyers et charges, et que l'occupation du terrain était déjà effective depuis plusieurs mois lorsque la SCI a établi ces conventions ». Elle considère ainsi que la cour d'appel a caractérisé l'acceptation tacite par des motifs impropres.

1004. Le caractère univoque de la décision peut également poser question pour les contrats électroniques¹. *« Il est vrai qu'en raison de la dématérialisation des échanges, l'écrit électronique reste exposé, en dépit de toutes les précautions qui peuvent être prises, aux manipulations. Dans ces conditions, l'électronique ne permet pas de considérer avec certitude que la manifestation individuelle de volonté électronique constitue une véritable expression du consentement. ²»* En pareille hypothèse, *« la manifestation du consentement s'opère par un geste électronique, en remplissant des formulaires sur l'écran (moniteur) de l'ordinateur, ou parfois plus simplement par un double « clic », après lecture d'une proposition de contrat ³».*

¹ BRUNAUX G., Le contrat à distance au XXI^e siècle, Thèse, L.G.D.J, 2010 ; MAS F., La conclusion des contrats du commerce électronique, Thèse, L.G.D.J, 2005 ; Assoc. Henri Capitant (dir.), Le contrat électronique, Éd. Panthéon-Assas, 2002 ; J.-C. HALLOUIN et H. CAUSSE (dir.), Le contrat électronique : Au cœur du commerce électronique – Le Droit de la distribution : Droit commun ou Droit spécial ?, Faculté de droit et de sciences sociales – Université de Poitiers, L.G.D.J, 2005 ; ZOÏA M., La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique, 1^{re} partie Gaz. Pal. 2001. 2. Doctr. 1129 s. ; 2^e partie Gaz. Pal. 2001. 2. Doctr. 1552 s. ; BACACHE M., Les nouveaux défis du droit de la responsabilité : l'article 15 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique consacre-t-il un nouveau cas de responsabilité contractuelle autonome du fait d'autrui ?, in J. Rochfeld (dir.), Les nouveaux défis du commerce électronique, L.G.D.J, 2010, p. 30 s. ; BEAUCHARD J., L'offre dans le commerce électronique, dans Le contrat électronique : Au cœur du commerce électronique, op. cit., p. 35 s. ; É. A. CAPRIOLI, Signature et confiance dans les communications électroniques en droit français et européen, INLibre droit : Mél. Ph. le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 155 s.

² ZOÏA M., La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique, op. cit.,

³ le TOURNEAU Ph. (dir.), Contrats du numérique 2021/22, Dalloz, 11^e éd., 2020, n° 412.35.

1005. Toutefois, il peut y avoir un doute portant sur la concordance entre le choix arrêté et la décision manifestée. Le procédé du « double-clic »¹ vise à pallier ces difficultés ainsi que les éventuelles erreurs de transmission et s'assurer du consentement univoque de l'internaute².

1006. En tout état de cause, la décision ne pourra produire effet que si l'acte la manifestant est univoque, ce, pour la même raison que le silence est en principe insuffisant à donner un tel caractère à la décision³.

II. Une décision pure et simple

1007. La réponse à une proposition contractuelle, comme nous l'indiquions précédemment, ne permet que deux issues possibles : oui ou non. Dans l'hypothèse où la décision est positive, elle ne peut être que pure et simple. Pure et simple, autrement dit, conforme à la proposition contractuelle émise. Cette exigence est le corollaire de celle de la

¹ Le premier pour choisir, le second pour confirmer. Art. 1127-2 al. 1 du Code civil : « *Le contrat n'est valablement conclu que si le destinataire de l'offre a eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total et de corriger d'éventuelles erreurs avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation définitive.* »

² De façon plus générale, la loi cherche à s'assurer du consentement univoque de l'utilisateur d'internet. Ainsi, les cases pré-cochées ou pré-activées pour l'acceptation de l'utilisation des données personnelles constituent un défaut de consentement. « [...] *Il ne saurait dès lors y avoir de consentement en cas de silence, de cases cochées par défaut ou d'inactivité* » (RGPD, cons. 32). C'est à ce titre que la société Google a été sanctionnée le 21 janvier 2019. « [...] lors de la création d'un compte, l'utilisateur a la possibilité de modifier certains des paramètres associés au compte en cliquant sur le bouton « plus d'options », présent avant le bouton « Créer un compte » » et qu'il « est notamment possible de paramétrer les modalités d'affichage des annonces personnalisées ». Constatant que « non seulement l'utilisateur doit faire la démarche de cliquer sur « plus d'options » pour accéder au paramétrage, mais en plus l'affichage d'annonces personnalisées est pré-coché par défaut », la Cnil a rappelé que le consentement n'est « univoque », comme l'exige le RGPD, qu'à la condition que l'utilisateur effectue un acte positif (cocher une case non pré-cochée par exemple). Cnil, formation restreinte, délib. no SAN-2019-001. Voir également CJUE 11 nov. 2020, Orange România SA, aff. C-61/19. CRICHTON C., Données personnelles et cases pré-cochées : toujours un défaut de consentement, Dalloz actu, 01 décembre 2020.

³ « *Pour constituer une véritable acceptation au sens juridique du terme, il importe, en premier lieu, que cette décision d'acquiescer à l'offre d'embauche de l'employeur ait été non seulement exprimée et donc extériorisée par le candidat concerné, mais aussi que celui-ci l'ait portée à la connaissance de cet employeur, de manière claire et non équivoque.* » AUBREE Y., Contrat de travail, Répertoire de droit du travail, Dalloz, 2014 (actualisation : 2020).

précision de l'offre qui à cet égard, doit comporter « *les éléments essentiels du contrat envisagé* ¹ ». « *Pour que la seule acceptation de celle-ci puisse suffire à former le contrat, il faut qu'elle décrive clairement le contenu du contrat éventuel* ² ». Ainsi, pour la vente, l'article 1583 du Code civil prévoit que doit être est « *convenu de la chose et du prix* ». Au surplus, elle constitue l'objet du processus décisionnel. Il s'ensuit que « *l'offre est indivisible. Elle forme un tout que son destinataire ne peut diviser.* ³ » Il en va de même pour la promesse unilatérale⁴.

1008. Ainsi, la décision doit être conforme à la proposition contractuelle. L'article 1118 du Code civil alinéa 1 l'indique expressément : « *L'acceptation est la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre* ». Par suite, « *toute réponse par laquelle est demandée une modification des conditions fixées par le pollicitant s'analyse, non en une acceptation, mais en une contre-proposition* ⁵ ». En pareil cas, le créancier du droit à l'hésitation, en devenant l'auteur d'une nouvelle proposition, devient alors débiteur du droit à l'hésitation. Les rôles s'inversent et c'est donc lui qui se trouve désormais en situation d'attente de la décision de l'autre partie.

1009. Tel n'est pas le cas dans l'hypothèse où le document a déjà été paraphé par l'offrant et que le potentiel contractant après avoir signé précise en outre, « *la présente convention constitue l'intégralité des accords entre vous et Honeywell à l'égard du Programme et ne peut être modifiée que par écrit, sous la forme d'un avis signé par chacune des parties* ». Il faut ainsi considérer que « *la convention n'a pas été signée dans les mêmes termes par les parties et ne peut dès lors trouver à s'appliquer entre elles* ⁶ ». Tel n'est pas davantage le cas

¹ Art. 1114 al.1 du Code civil. La doctrine définit les éléments essentiels comme ceux « *qui impriment à un contrat sa coloration propre et en l'absence desquels ce dernier ne peut être caractérisé* ». POTHIER, Traité des obligations, 1^{ère} partie, n° 6 et s. Voir également, AUBERT J.-L., Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, *op. cit.*, n° 52 ; LAUDE A., La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, Thèse, P.U.A.M, 1992, n° 318 et s. Voir par exemple, Cass. Com., 29 juin 1993, n° 91-20.380.

² TERRE Fr. SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHENEDE Fr., Droit civil Les obligations, *op. cit.*, n° 166.

³ MIGNOT M. Fas. Unique. Vente, *op. cit.*, n° 65.

⁴ Cass. Civ. 3^{ème}, 4 oct. 1989, n° 88-10.753 ; Cass. Com. 24 nov. 2009, n° 08-21.369.

⁵ TERRE Fr. SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHENEDE Fr., Droit civil Les obligations, *op. cit.*, n° 183. L'article 1118 le précise *in fine* : « *L'acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle* ».

⁶ CA Bourges, ch. Soc., 2 avril 2021, n° 19/01241. Voir également, Cass. Civ. 2^{ème}, 16 mai 1990, Bull. civ. II, n° 98, p. 51.

lorsque le bénéficiaire de l'offre soumet son acceptation à l'échec d'une procédure judiciaire¹, ou modifie unilatéralement les conditions posées².

1010. Dans une espèce relative à une promesse de vente³, le bénéficiaire de la promesse arguait de la perfection de la vente après sa levée d'option au sein de laquelle il émettait des réserves en raison de la découverte d'une servitude. La Cour de cassation approuva la cour d'appel d'avoir déduit que le contrat de vente n'était pas formé ayant souverainement retenu que « *les termes de la lettre du 14 janvier 1988 traduisaient l'absence de volonté du bénéficiaire de lever l'option purement et simplement, dans les conditions de la promesse, et que les réserves exprimées suggéraient une modification des conditions initiales du prix par le truchement de dommages-intérêts* ». Autrement, il s'agit d'une contre-proposition⁴. À défaut d'acceptation pure et simple de l'offre, le contrat n'est pas formé⁵. Elle doit au surplus, être ferme et définitive⁶.

1011. Cela se justifie par le fait qu'il doit y avoir une concordance entre l'objet du processus décisionnel et la décision qui en résulte. C'est le seul gage de la fermeté de la décision et de la disparition de toute hésitation. Or, quand l'intéressé formule des réserves ou émet une condition, il ne s'agit ni plus ni moins que de l'expression de la persistance de son hésitation.

1012. Cela vaut également pour l'auteur de la proposition. Ainsi, le promettant qui met en demeure le bénéficiaire d'acquérir les parcelles objet de la promesse mais déduction faite de 50 ares formule une nouvelle proposition⁷ qui dès lors doit faire l'objet d'un nouveau

¹ CA Orléans, 13 juill. 2011, Chartier c/ Chartier : JurisData n° 2011-017499

² CA Orléans, 11 juin 2007 : JCP N 2008. 1235, note Brelet.

³ Cass. Civ. 3^{ème}, 18 nov. 1992, n° 91-13.668.

⁴ CA Colmar, 5 sept. 2008, n° 07/00239.

⁵ Cass. Civ. 3^{ème}, 3 févr. 1993, n° 91-11.995, offre d'achat d'un immeuble accompagné d'un chèque à titre d'indemnité d'immobilisation, jugé que l'acceptation du chèque ne vaut pas acceptation de l'offre d'achat.

⁶ Elle ne saurait être donnée de manière conservatoire : Req. 8 mai 1882, DP 1882. 1. 316, CA Paris, 12 nov. 1928, DH 1929. 42, ni assortie de réserves, ni émise de manière conditionnelle, à moins que les parties en aient expressément convenu ou la loi. Voir en ce sens, DAGOT M., La levée d'option conditionnelle, JCP N 1990. I. 275.

⁷ Cass. Civ. 3^{ème}, 30 avril 1997, n° 95-17.373.

processus décisionnel. En outre, une modification de la proposition initiale est de fait source de nouvelles causes d'hésitation et de questionnements.

Section 2 – Les effets

1013. La décision positive entraîne la formation du contrat projeté (§1). Elle marque normalement une décision ferme, exempte de toute hésitation. Il est cependant possible que le droit à l'hésitation n'ait pas permis de totalement éradiquer les incertitudes, causes de l'hésitation du contractant mais que malgré tout ce dernier souhaite émettre une décision positive. Dans ces conditions, les termes de la convention permettent de contractualiser les traces d'hésitation (§2).

§ 1 - La formation du contrat projeté

1014. Certaines exigences préalables (I) doivent être satisfaites afin d'opérer la conclusion effective du contrat projeté (II).

I. Les exigences préalables

1015. La décision positive ne peut produire effet que tant qu'existe la proposition contractuelle (A). Il faut en outre que son auteur dispose de la capacité et du pouvoir de contracter (B).

A. L'existence de la proposition contractuelle

1016. La décision positive ne peut produire effet que tant que la proposition existe encore. Autrement dit d'abord, qu'elle n'est pas frappée de caducité. L'article 1117 du Code civil prévoit à propos de l'offre les causes de caducité parmi lesquelles, en premier lieu, l'écoulement du temps. Le premier alinéa dispose ainsi que « *l'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable* ». Que le délai de validité se confonde avec le délai d'irrévocabilité, situation la plus courante, ou qu'ils se

distinguent¹, à l'expiration du premier, l'offre est caduque². En pareil cas, la décision positive qui interviendrait serait sans effet à former le contrat, l'intéressé ayant été victime de son hésitation.

1017. Et si d'aventure aucun délai n'a été stipulé, il appartient au juge³ d'estimer si la décision a été donnée dans un délai raisonnable⁴ dont la durée dépendra de la volonté tacite de l'auteur de l'offre⁵ ou encore de la qualité du potentiel contractant⁶. L'écoulement du temps a le même effet pour la promesse unilatérale assortie d'un délai⁷. *« En effet, la caducité, du fait qu'elle emporte la destruction rétroactive du pacte, empêche la levée de l'option. Le promettant recouvre alors sa pleine liberté de disposer de son bien, et le bénéficiaire perd, corrélativement, le droit de conclure la vente. »*⁸ En tout état de cause, il est possible que l'auteur de la proposition ait renoncé à se prévaloir du délai et qu'ainsi la décision positive retrouve pleine efficacité⁹.

¹ Cf. supra (Partie sur le délai). Voir également GRIMALDI C., La durée de l'offre, *op. cit.*

² Sans doute faut-il préciser que seul l'offrant peut se prévaloir du délai d'expiration de l'offre. Cass. Soc. 30 mai 2018, n° 17-10.888 P: D. 2018. 1211, RTD civ. 2018. 652, obs. Barbier, RDC 2018. 434, obs. Loiseau.

³ Appréciation souveraine des juges du fond, Cass. Civ. 3^{ème}, 10 mai 1972, Bull. civ. III, n° 297.

⁴ Cass. Civ. 3^{ème}, 20 mai 1992, Bull. civ. III, n° 164, p. 100, D. 1992. 392, obs. J.L. Aubert, D. 1993. 493, note Virassamy, RTD Civ. 1993. 345, obs. J. Mestre ; Cass. Civ. 3^{ème}, 20 mai 2009, D. 2009. 1537, RDC 2009. 1325, obs. Y-M. Laithier : L'acceptation doit intervenir l'acceptation dans le délai raisonnable nécessairement contenu dans toute offre de vente non assortie d'un délai précis.

⁵ Cass. Civ. 3^{ème}, 8 fév. 1968, Bull. civ. III, n° 52, p. 44. L'offre précisait qu'elle devait être acceptée rapidement.

⁶ Cass. Civ. 3^{ème}, 25 mai 2005, n° 03-19.411, Bull. civ. III, n° 117, p. 107 : *« l'offre faite par M. X... le 10 mai 1999 mentionnait "réponse immédiate souhaitée", la cour d'appel qui, par une interprétation souveraine que l'imprécision de ces termes rendait nécessaire, en a déduit que l'offre avait été faite sans stipulation de terme et qu'elle devait être acceptée dans un délai raisonnable, et qui a souverainement retenu que compte tenu de la nature du bien et de la qualité de l'acquéreur qui devait consulter son conseil d'administration pour obtenir le consentement à l'acquisition, le délai de cinq semaines dans lequel était intervenue l'acceptation de la société Les Ciseaux d'Argent n'était pas déraisonnable, a pu retenir qu'il y avait eu vente »*.

⁷ Cass. Civ. 3^{ème}, 15 juin 1982, Defrénois 1982, art. 32972, n° 100, obs. Vermelle.

⁸ BARRET O., Promesse unilatérale, *op. cit.*, n° 129.

⁹ Renonciation qui ne se présume pas et doit résulter d'actes qui l'impliquent nécessairement et qui, accomplis volontairement et en connaissance de cause, manifestent de façon non équivoque l'intention de renoncer de son auteur comme l'acceptation des paiements fractionnés effectués par le bénéficiaire. Cass. Civ. 1^{ère}, 24 janv. 1995, n° 92-17.0008.

1018. La question de l'existence de la proposition au moment de l'émission de la décision est cruciale. Elle est en effet au cœur des débats, d'une forme de « contentieux du regret », s'agissant singulièrement de la promesse unilatérale. Le promettant engagé souhaite revenir sur sa parole avant l'expiration du délai d'option¹ dans la perspective de vendre à un meilleur offrant, soit que ce dernier soit prêt à payer un prix plus élevé, soit qu'il soit prêt à s'engager immédiatement. Le promettant ne manque pas alors d'invoquer la caducité de la promesse.

1019. Plus encore dans une promesse à durée indéterminée où en principe, il appartient à la partie qui souhaite y mettre fin de la résilier. Mieux encore, afin de ne pas déjouer les prévisions légitimes du bénéficiaire, le promettant doit mettre préalablement ce dernier en demeure d'accepter ou de refuser l'achat dans un délai déterminé, ou prouver qu'il a renoncé à se prévaloir de la promesse². Cependant, en l'absence de toute résiliation ou renonciation, si le bénéficiaire tarde à lever l'option, il est permis de considérer que la caducité de la promesse unilatérale n'était prévue par aucun texte, que la convention demeurerait donc applicable tant qu'elle n'avait pas été dénoncée. Rappelons toutefois que les juges peuvent voir un délai raisonnable implicite en l'absence de fixation de terme³.

¹ Cass. Civ. 3^{ème}, 13 juill. 2017, n° 16-17625 ; Cass. Soc. 21 sept. 2017, n° 16-20103 et 16-20104 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 11 mai 2011, n° 10-12.875 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 6 sept. 2011, n° 10-20.362 ; Cass. Com. 13 sept. 2011, n° 10-19.526 ; Consorts Cruz, 15 déc. 1993, n° 91-10.199.

² Cass. Civ. 3^{ème}, 24 avr. 1970, n° 68-10536 : Bull. civ. III, n° 279 ; Cass. civ., 4 avr. 1949 : Bull. civ. I, n° 125 ; RTD civ. 1949, p. 423, J. Carbonnier ; Cass. civ., 10 juin 1941 : Bull. civ., n° 150 ; RTD civ. 1940-1941, p. 602, J. Carbonnier.

³ Cass. Com. 27 janv. 2021, n° 18-22492, *op. cit.* HOUTCHIEFF D., Le temps qui passe efface les promesses même unilatérales, *op. cit.* Autrement, puisque la promesse est un contrat, le juge ne peut pas la déclarer caduque au bout d'un délai raisonnable. Cass. Civ. 17 juil. 1997, n° 95-19.222 : « *En présence d'une promesse de vente comportant une clause prorogeant de plein droit la durée de validité de la promesse pour expirer 10 jours à partir de la date où la dernière des pièces prévues à l'acte aurait été remise au notaire du bénéficiaire, ne tire pas les conséquences légales de ses constatations et viole l'article 1134 du Code civil la cour d'appel qui, pour constater la caducité de la promesse retient que cette clause de prolongation de plein droit ne pouvait avoir pour effet de prolonger la promesse au-delà d'un délai raisonnable.* »

1020. En second lieu, l'offre peut être caduque en cas d'incapacité de son auteur¹, « *entendue au sens d'impossibilité d'émettre une volonté saine* »², peu important qu'elle soit ou non assortie d'un délai. Tel n'est pas le cas en revanche si l'incapacité frappe le promettant dans la mesure où il s'est engagé irrévocablement à vendre dès la conclusion de la promesse. Par suite, il est indifférent que, lors de la levée de l'option, il n'ait plus la capacité de disposer³ ; la levée d'option n'en est pas moins valable. Pour la même raison, s'il est mis en redressement ou liquidation judiciaire, la levée d'option est valable⁴.

1021. En troisième lieu, le décès du pollicitant est également une cause de caducité de l'offre qu'elle ait été ou non assortie d'un délai⁵. Pour la promesse unilatérale en revanche, au cas où le promettant décède, le bénéficiaire peut malgré tout valablement lever l'option contre ses héritiers tenus de la dette contractée par leur auteur, sans qu'il y ait lieu d'obtenir l'autorisation du juge des tutelles pour l'un des héritiers mineurs⁶.

1022. Même si tel n'est pas le cas pour la promesse unilatérale⁷, la rétractation de l'offre par le pollicitant rend inefficace la décision positive. Le potentiel contractant déçu ne pourra en effet prétendre qu'à des dommages-intérêts⁸. Enfin, dans l'hypothèse où l'offre

¹ Mais pas la perte de pouvoir Cass. Soc. 30 mai 2018, n° 17-10.888 et n° 17-11.072.

² TERRE Fr. SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHENEDE Fr., Droit civil Les obligations, *op. cit.*, n° 181.

³ Cass. Civ. 3^{ème}, 30 nov. 1971, JCP 1972. II. 17018 ; 7 janv. 1982, Gaz. Pal. 1982. I. Pan. 184 ; RTD civ. 1982. 600, obs. Chabas.

⁴ Cass. Com. 7 mars 2006, n° 05-10.371, Bull. civ. IV, n° 63 ; D. 2006. AJ 859, obs. Lienhard, et D. 2006. Pan. 2255, obs. Lucas ; JCP 2006. I. 185, n° 11, obs. Cabrillac et Pétel ; JCP N 2007. 1044, étude Coutant Lapalus, et 1266, obs. Vauvillé ; RTD com. 2006. 669, obs. Vallens.

⁵ Voir avant la réforme, Cass. Civ. 3^{ème}, 10 mai 1989, n° 87-180.130, P III, no 109, D. 1990, 365, note G. Virassamy, RTD civ. 1990, 69, obs. J. Mestre.

⁶ Cass. Civ. 3^{ème}, 8 sept. 2010, n° 09-13.345 P : D. 2011. Pan. 472, obs. Amrani-Mekki, *ibid.* Chron. C. cass. 2679, obs. Goanvic, JCP 2010, no 1051, obs. Pillet ; Defrénois 2010. 2123, note Aynès ; *ibid.* 2011. 807, obs. Seube ; *ibid.* 835, obs. Massip ; Dr. fam. 2011, no 12, obs. Maria ; JCP N 2011, no 1153, note Le Gallou ; RLDC 2010/76, no 3988, obs. Paulin ; RDC 2011. 57, obs. Génicon ; *ibid.* 153, obs. Brun ; RTD civ. 2010. 778, obs. Fages, *ibid.* 2011. 99, obs. Hauser.

⁷ Art. 1124 al. 2 du Code civil : « *La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.* »

⁸ Art. 1116 du Code civil al. 2 et 3 : « *La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat.* »

s'adresse à plusieurs personnes, seule la décision de chacune des personnes concernées permet la formation du contrat¹.

B. La capacité et le pouvoir du décideur

1023. Pour la perfection du contrat projeté, encore faut-il que le décideur ait la capacité (1) et le pouvoir (2) requis.

1. La capacité

1024. Pour que la décision positive puisse donner lieu à un contrat valablement formé, il est nécessaire qu'au moment où elle est exprimée, l'intéressé ne soit pas frappé d'incapacité. La capacité est en effet l'une des conditions de validité du contrat². Ainsi, le potentiel contractant qui serait frappé d'incapacité durant la situation d'attente au sens de l'article 1146 du Code civil ne pourrait valablement contracter³. Il est ici singulièrement question du majeur qui ferait l'objet d'une mesure de protection prévue par l'article 425 du Code civil et notamment une tutelle ou curatelle. Il convient en effet d'exclure la sauvegarde de justice qui prévoit un régime de protection temporaire et qui ne prive pas l'intéressé de sa capacité. Les actes qu'ils passent ne peuvent être annulés qu'à la condition de démontrer son insanité d'esprit ou le caractère lésionnaire ou excessif de l'acte⁴.

1025. Autrement, dans l'hypothèse d'une proposition contractuelle de vente portant sur un fonds de commerce, si l'intéressé est frappé durant la situation d'attente d'une

Elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat. »

¹ AUBERT J.-L., Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, *op. cit.*, n° 32, spéc. n° 283 ; AUBRY C. et RAU C., par E. Bartin, t. IV, *op. cit.*, n° 35, p. 425 ; DEMOGUE R., t. II, préc. n° 8, spéc. n° 588.

² Art. 1128 du Code civil.

³ Sans doute peut-on admettre la possibilité d'une régularisation pour les actes passés par une société comme le prévoit les articles L. 235-6 du Code de commerce et 1844-12 du Code civil.

⁴ TERRE Fr. SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHENEDE Fr., Droit civil Les obligations, *op. cit.*, n° 152.

interdiction d'exercer une activité commerciale passée en force de chose jugée¹, de fait, il ne peut valablement manifester une décision positive².

1026. S'agissant des personnes morales, l'article 1145 du Code civil prévoit que « *la capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles* ». Ce second alinéa de l'article 1145 disposait initialement : « *la capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leur statut et aux actes qui leur sont accessoires* ». Cette disposition n'a pas reçu un accueil favorable de la doctrine³ car « *le texte paraissait indiquer que la pertinence de l'acte, voire son opportunité était nécessaire à sa validité* ⁴ » et « *s'il n'y avait pas là une manifestation de la remise en cause de la théorie de la réalité des personnes morales* ⁵ ». Ses incidences paraissaient donc incertaines⁶. Fort heureusement, le nouveau texte renoue avec le droit applicable avant l'adoption de l'ordonnance du 10 février 2016. Ainsi, la conformité à l'intérêt social constitue une condition autonome de la validité de la garantie accordée. Elle ne saurait donc résulter de

¹ Art. L. 652-2 du Code de commerce : « *La faillite personnelle emporte interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole ou toute entreprise ayant toute autre activité indépendante et toute personne morale.* »

² BOULOC B., Le droit nouveau des incapacités commerciales, Rev. sociétés 2008. 763 ; LEBEL C., Commerçant – Qualité de commerçant, Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2019 (actualisation 2020), n° 96 et s.

³ MOUSSERON P., Le nouveau régime de la capacité des sociétés : la boussole de l'objet social, D. 2016. 906 ; COCHET D., Réforme du droit des contrats et capacité de sociétés, Dr. sociétés, août 2016, comm. 142 ; SCHLUMBERGER E., Quels étaient les termes de l'article 1145 du Code civil à la suite de l'ordonnance du 10 février 2016 ?, Defrénois, 20 sept. 2018, n° 37, p. 15.

⁴ TERRE Fr. SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHENEDE Fr., Droit civil Les obligations, *op. cit.*, n° 150.

⁵ *Ibid.*

⁶ SCHLUMBERGER E., Quels étaient les termes de l'article 1145 du Code civil à la suite de l'ordonnance du 10 février 2016 ?, *op. cit.* : « *l'utilité semble induire une appréciation subjective portée sur l'opportunité de l'acte pour la société. Un acte pourrait ainsi relever de l'objet social de la société, mais ses conditions sensiblement défavorables pour cette dernière seraient de nature à le rendre inutile. Tout dépendait donc de la manière dont ce contrôle devait s'opérer, laquelle n'était en aucun cas orientée par le texte nouveau. Fallait-il apprécier l'acte à l'aune du seul intérêt économique de la société, ou de tout autre intérêt ? Fallait-il procéder à une telle appréciation ex ante, donc au moment de la passation de l'acte, ou au contraire la mettre en œuvre ex post, en prenant en considération les effets tangibles de cet acte ? De surcroît, le texte étendait la capacité juridique des personnes morales aux actes « accessoires » aux actes « utiles à la réalisation de leur objet », sans qu'on ne sache très bien quelle consistance accorder en pratique à une telle extension, en particulier à propos de l'application du critère de l'utilité à ces actes accessoires.* »

sa seule approbation par l'unanimité des associés de la société garante¹ ou encore de la modification postérieure à l'acte de l'objet social². C'est dire que la conformité à l'intérêt social doit par conséquent être objectivement établie par d'autres éléments, la difficulté tenant à ce que la jurisprudence se montre incertaine sur ce point³.

1027. Par ailleurs, sans doute faut-il préciser qu'en cas de délai de réflexion⁴, la décision positive donnée durant ledit délai est totalement inefficace, le potentiel contractant étant frappée d'une forme d'incapacité temporaire⁵. L'article 1122 du Code civil définit en effet le délai comme celui « *avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation* ». Interdiction est ainsi faite au contractant concerné d'émettre sa décision. Si la confirmation est impossible en raison du caractère d'ordre public des dispositions en la matière⁶, en revanche, aucune disposition légale n'interdit à l'emprunteur de renouveler son acceptation après expiration de ce délai⁷.

2. Le pouvoir

1028. La question du pouvoir intéresse en premier lieu l'hypothèse où le créancier du droit à l'hésitation est une personne morale. Dans les relations entre associés, la gérance a le pouvoir de décision. Il appartient aux statuts d'en préciser la portée. Dans leur silence, le gérant peut, aux termes de l'article 1848 du Code civil, alinéa 1er, « *accomplir tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société* ». L'acte de gestion a une large portée et constitue l'acte d'administration mais également certains actes de disposition inclus dans l'objet social comme achat d'un immeuble nécessaire à l'exploitation, emprunts de trésorerie, emprunts à court

¹ Cass. com., 8 nov. 2011, n° 10-24438 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 12 sept. 2012, n° 11-17948.

² Cass. com., 23 sept. 2014, n° 13-17347.

³ Cass. com., 2 nov. 2016, n° 16-10363 ; Cass. 3e civ., 30 nov. 2017, n° 16-20210. SCHLUMBERGER E., Quels étaient les termes de l'article 1145 du Code civil à la suite de l'ordonnance du 10 février 2016 ?, *op. cit.*

⁴ Voir notamment MONACHON-DUCHÊNE N., La protection du délai de réflexion de l'emprunteur immobilier, JCP 2004. I. 152.

⁵ Voir par exemple l'art. L. 313-34 al. 2 du Code de la consommation : « *L'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçue.* »

⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 30 mars 1994, n° 92-13.653, Mme Laszlo c/ Crédit du Nord : Bull. civ. 1994, I, n° 130 ; JCP N 1994, n° 43, II, p. 309.

⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 18 janv. 2000, n° 97-20.550.

terme¹. Cependant, dans les rapports avec les tiers, la gérance a le pouvoir de représentation avec la conséquence que leur sont inopposables les limitations statutaires, peu important qu'ils en aient eu connaissance².

1029. Par ailleurs, lorsqu'une procédure collective est ouverte contre le bénéficiaire de la promesse pendant la situation, cette promesse doit être regardée comme un « contrat en cours », au sens des articles L. 622-13 et L. 641-11-1 du code de commerce³. En vertu desdits textes, seul l'administrateur ou le liquidateur peut valablement manifester une décision positive. *« S'il n'use pas de cette faculté, le promettant n'est pas en droit de prétendre au paiement de l'indemnité d'immobilisation. Certes, s'il établit un préjudice, il pourra solliciter des dommages et intérêts – dont le montant équivaudra au montant de l'indemnité d'immobilisation perdue –, mais sa créance devra être alors déclarée au passif, et il aura donc peu de chances de la recouvrer. »*⁴

1030. Enfin, il est également possible que la personne manifestant la décision ne soit pas la véritable partie au contrat et où l'intéressé joue le rôle d'intermédiaire. Afin que la représentation soit parfaite et qu'elle « rende le représenté présent⁵ », encore faut-il que les conditions édictées par l'article 1153 du Code civil soient remplies. Il faut que le représentant ait été investi d'un pouvoir de représentation⁶ d'une part et qu'il agisse dans les limites des pouvoirs dont il est investi. Autrement, il convient de considérer que le consentement du représenté fait défaut. Partant, l'acte est inopposable à ce dernier sauf à l'avoir ratifié⁷.

¹ SAINTOURENS B., Société civile, Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2012 (actualisation 2021).

² Cass. Civ. 3^{ème}, 24 janv. 2001, JCP E 2001. 713, note Lucas.

³ Cass. Com., 1er févr. 2000, n° 97-21.642, Rev. proc. coll. 2003. 18, obs. Roussel Galle.

⁴ BARRET O., La promesse unilatérale, *op. cit.*

⁵ TERRE Fr. SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHENEDE Fr., Droit civil Les obligations, *op. cit.*, n° 231.

⁶ Par le juge (ex. art. 219 du Code civil pour le conjoint ou 815-4 pour les co-indivisaires), la loi (un tuteur) ou une convention (comme un mandat par exemple, art., 1988 du Code civil), précise l'article 1153 du Code civil.

⁷ Art. 1156 du Code civil : « L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté.

Lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité.

L'inopposabilité comme la nullité de l'acte ne peuvent plus être invoquées dès lors que le représenté l'a ratifié. »

1031. Sortie de là, et si toutes les conditions nécessaires sont remplies, la décision positive peut produire effet.

II. La conclusion effective du contrat projeté

1032. La conclusion du contrat projeté permet la consolidation des droits nés de la situation d'attente (A), sous réserve du contrôle du respect du droit à l'hésitation par le juge (B).

A. La consolidation des droits nés de la situation d'attente

1033. La décision positive entraîne la formation du contrat projeté. Les parties quittent la situation d'attente au profit de la situation définitive. Les droits éventuels deviennent actuels et les obligations exigibles, sauf exécution différée prévue par les parties ou par la loi¹. Il n'y a généralement pas d'effet rétroactif², le contrat est formé au moment de la décision³.

1034. Par exemple, dans l'hypothèse d'une promesse unilatérale de vente⁴, celle-ci devient parfaite dès la levée d'option⁵. Partant, le transfert de propriété et de la charge des

Voir DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op. cit.*, p. 247. TERRE Fr. SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHENEDE Fr., Droit civil Les obligations, *op. cit.*, n° 236 ; FRANÇOIS J., L'acte accompli par le mandataire en dehors de ses pouvoirs et le mécanisme du contrat de mandat, D. 2018. 1215.

¹ Par exemple, pour une promesse unilatérale de vente, le moment de la formation peut être retardée par l'obligation conventionnelle ou légale d'une constatation en la forme authentique. En pareil cas, l'exercice de l'option ne suffit pas pour que la vente soit formée ; il crée seulement un engagement réciproque de réaliser celle-ci. Par ailleurs, les effets du contrat peuvent être différés par le jeu d'une condition. Cf. infra n° 1052.

² Voir en ce sens Cass. Civ. 17 juill. 1930, DP 1932. 1. 112.

³ Art. 1113 du Code civil.

⁴ Art. 1196 du Code civil.

⁵ Par exemple, Cass. Civ. 2^{ème}, 21 déc. 1970, Bull. civ. II, n° 353. ; Cass. Civ. 3^{ème}, 26 juin 1996, n° 94-16.326 , Bull. civ. III, n° 165 ; D. 1997. Somm. 169, obs. D. Mazeaud ; JCP N 1997. II. 909, note Stapyton Smith ; LPA 30 mai 1997, note Bévère : « *Mais attendu qu'ayant relevé, sans avoir à procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée, que le délai de levée de l'option expirait à 18 heures le 30 juin 1988, la cour d'appel, qui a retenu que si Mme Y... avait alors refusé de signer l'acte de vente, M. Le Fur avait levé efficacement cette option, le même jour à 11 heures, en rencontrant Mme Y... chez le notaire, en présentant à cette occasion le chèque rédigé*

risques¹ s'opère simultanément à l'acheteur². Puisque seule la levée d'option est translatrice de propriété, le fait pour un crédit-preneur de consentir lui-même un bail sur le bien, antérieurement à la levée de l'option d'achat, ne lui confère pas la qualité de propriétaire du bien³.

1035. Le contrat assorti d'une clause de dédit ou d'un délai de rétractation devient définitif à l'issue du délai et dans le silence de l'intéressé. L'article L. 312-24 du Code de la consommation dispose ainsi que le contrat de crédit à la consommation « *accepté par l'emprunteur ne devient parfait qu'à la double condition que celui-ci n'ait pas fait usage de sa faculté de rétractation et que le prêteur ait fait connaître à l'emprunteur sa décision d'accorder le crédit, dans un délai de sept jours.* »

1036. En réalité et pour être précis, l'existence d'un droit à l'hésitation postérieur à la manifestation du choix, reporte l'exigence des obligations. La clause des « break-up fees » en est un parfait exemple. Dans la pratique anglo-saxonne, l'on distingue entre la naissance du contrat au moment du *signing*, et le moment de la réalisation de l'opération envisagée par le contrat, le *closing*. Ainsi, un temps certain s'écoule entre le *signing* et le *closing*. Or, « *l'enthousiasme initial des parties peut s'effriter peu à peu, des obstacles à la mise en œuvre de l'opération envisagée peuvent survenir* ⁴ », l'une des parties désirant alors revenir sur son engagement, sur la parole donnée. Autrement dit, il reporte la seconde étape de la phase ultime

à l'ordre de ce dernier et en réitérant sa volonté de signer l'acte, en a exactement déduit que la vente était parfaite. »

¹ Sauf pour le consommateur. La charge des risques n'intervient qu'après la livraison (art. L. 216-4 du Code de la consommation) sauf lorsqu'il « *confie la livraison du bien à un transporteur autre que celui proposé par le professionnel, le risque de perte ou d'endommagement du bien est transféré au consommateur lors de la remise du bien au transporteur.* » (Art. L. 216-5 du Code de la consommation).

² Req. 21 févr. 1910, DP 1911. 1. 389. – 6 avr. 1925, DH 1925. 285. De même que pour la vente à l'essai et la vente à la dégustation, étant précisé pour cette dernière qu'une fois l'option levée par l'agréage, le vendeur est obligé de délivrer une chose conforme à ce qui a été convenu, en quantité et qualité. L'acheteur se doit de procéder au contrôle de la conformité après la livraison. Si la chose est conforme, il doit la recevoir et doit alors payer. Il y a donc deux agréments : le premier qui constitue la levée d'option et forme la vente et le second, qui permettra de vérifier la conformité de la marchandise livrée.

³ Cass. Civ. 1^{ère}, 9 janv. 2019, n° 17-31.609 et 17-31.610.

⁴ GRANOTIER J., Le droit unilatéral de rompre le contrat : de la faculté de dédit à la clause de « break-up fees », *op.cit.*

de manifestation et permet au contractant de modifier son choix. L'efficacité du contrat est alors suspendue. Lorsque l'intéressé est sûr de son choix et que toute « *indécision initiale*¹ » est évacuée, il le confirme en s'abstenant de toute manifestation. Par suite, l'étape d'exécution devient exigible puisque le contrat est définitivement formé. Toute inexécution à compter de ce moment devient fautive² et permet la mise en œuvre de l'une des sanctions prévues par l'article 1217 du Code civil.

1037. Toutefois, les parties peuvent décider de la perfection du contrat dès la signature nonobstant la clause de dédit. La Cour de cassation, l'a d'ailleurs admis dans un arrêt rendu le 06 octobre 1965 par la 1^{ère} chambre civile³. Dans cette espèce, le contrat de vente contenait la clause de dédit suivante : « *Les présentes sont considérées comme définitives entre les parties contractantes, mais cependant pour le cas où l'une d'elles viendrait à se dédire, cette dernière serait redevable, envers son cocontractant, d'une somme égale à vingt pour cent du prix de vente ci-dessus stipulé. Cette somme devra être payée dans les huit jours de la date à laquelle la partie défaillante aura fait part de son intention de ne pas donner suite à l'acquisition* ». La Haute juridiction a relevé que « *la faculté de dédit, qui permet aux parties de se repentir, est compatible avec la perfection du contrat de vente* ». C'est donc la seule intention des parties qui détermine la perfection du contrat qui contient une clause de dédit.

1038. Le contrat de travail, comme tous les contrats assortis d'une période probatoire, est définitivement conclu dès l'acceptation de l'offre⁴. C'est à compter de cette date que les parties se trouvent théoriquement tenues d'exécuter les obligations qu'elles ont contractées l'une envers l'autre : l'employeur devant notamment fournir au candidat embauché le travail convenu avec lui et lui verser la rémunération correspondante ; ce nouveau salarié devant, quant à lui, notamment se présenter sur son lieu de travail, à la date et à l'heure prévues, et y exécuter les tâches qui lui ont été confiées par cet employeur, conformément aux ordres, aux directives et aux instructions ou consignes de celui-ci. En l'absence d'action de l'employeur ou du salarié avant la fin de la période d'essai, le contrat de travail devient définitif sans aucun formalisme.

¹ MESTRE J. et alii, Les principales clauses des contrats d'affaires, L.G.D.J, 2^e éd., 2018, n° 415.

² Art. 1103 et 1104 du Code civil.

³ Cass. Civ. 1^{ère}, 06 oct. 1965, N 516.

⁴ Cass. Soc. 11 juill. 2002, no 00-44.197, Bull. civ. V, n° 254 ; RJS 11/2002, n° 1275 ; Cass. Soc. 12 janv. 1989, n° 86-43.910, Bull. civ. V, n° 18

Le succès de la période d'essai ne fait pas peser sur l'employeur une obligation particulière de stabilité d'emploi au profit du salarié¹.

1039. Quoi qu'il en soit, la formation du contrat donne également lieu à un paiement par le nouveau contractant² pour les contrats à titre onéreux³. Ainsi, lorsque le droit à l'hésitation a fait l'objet d'un paiement lors de la situation d'attente⁴, celui-ci s'imputera automatiquement sur le prix global. Il constitue à cet égard une avance⁵. Tel est le cas de l'indemnité d'immobilisation, des arrhes ou encore du dépôt de garantie pour les contrats de réservation de la vente d'immeuble à construire. Par suite, l'intéressé reste à devoir s'acquitter du solde du montant global. En contrepartie, son cocontractant est lui, tenu d'exécuter ses obligations⁶. Autrement, en l'absence de paiement préalable, il devra s'acquitter de la totalité des sommes dues.

B. Le contrôle du respect du droit à l'hésitation par le juge

1040. Au surplus, pour que le contrat soit valable, encore faut-il que le consentement ayant donné lieu à la décision n'ait pas été vicié⁷, qu'il soit libre et éclairé⁸. En somme, pour que le contractant soit pleinement engagé, il est primordial que son processus décisionnel se soit parfaitement déroulé, faute de quoi, il ne peut l'engager. Il s'agit de vérifier, non si la

¹ Cass. soc., 15 nov. 1978, n° 76-40902.

² ERIMEE-CHANTEUR M., L'entrée payante dans le contrat, *op. cit.* ; GERBHI A., Le prix du contrat, Thèse, Strasbourg, 2011.

³ Art. 1107 al. 1^{er} du Code civil.

⁴ Cf. *supra* n° 871 et s.

⁵ ERIMEE-CHANTEUR M., L'entrée payante dans le contrat, *op. cit.*, p. 275 et s.

⁶ Obligation de délivrance par exemple, Art. L. 216-1 al. 1 et 2 du Code de la consommation : « *Le professionnel livre le bien ou fournit le service à la date ou dans le délai indiqué au consommateur, conformément au 3° de l'article L. 111-1, sauf si les parties en ont convenu autrement.*

A défaut d'indication ou d'accord quant à la date de livraison ou d'exécution, le professionnel livre le bien ou exécute la prestation sans retard injustifié et au plus tard trente jours après la conclusion du contrat. »

Ou encore art. 1582 al. 1^{er} du Code civil.

⁷ Art. 1131 du Code civil.

⁸ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op. cit.*, p. 282 ; AUBERT J.-L., SAVAUX E., FLOUR J., *op. cit.*, p. 112 et s.

volonté a été altérée, car l'intéressé veut toujours ce qu'il a voulu initialement¹, mais plutôt si son processus décisionnel n'a pas été faussé par la malice ou l'incurie de son cocontractant et ce, afin de le conduire à prendre une décision bien précise.

1041. Il appartient donc au juge de vérifier le respect du droit à l'hésitation et le cas échéant, que le non-respect de celui-ci n'a pas altéré la décision du contractant. Nous avons en effet démontré précédemment le lien intrinsèque entre le droit à l'hésitation et les vices du consentement². Si l'erreur tout comme le dol peuvent s'avérer pernicieux pour le reste du processus en ce que tous deux affectent « *la lucidité du consentement*³ », le dol se distingue par le fait qu'il constitue une violation d'un droit à l'hésitation crucial : l'obligation d'information.

1042. L'obligation d'information constitue en effet un correctif fonctionnel à l'asymétrie d'information. Ce mécanisme intervient à la première phase du processus décisionnel et vise à assurer un solide fondement pour le déroulement des étapes suivantes, grâce à la transmission d'informations pertinentes⁴. Il permet en outre de placer le potentiel contractant dans un contexte décisionnel soumis à une hésitation minimale pour la raison simple que le déficit informationnel est la première cause d'hésitation. En y palliant, l'intéressé est prémuni de cet écueil. C'est dire que la transmission d'informations erronées impacte en toute logique le reste du processus décisionnel qui s'en trouve nécessairement vicié au même titre que le consentement qui en est la manifestation.

1043. Le vice concerné est le dol⁵ qui consiste en « *une manœuvre ayant pour but et résultat de surprendre le consentement d'une partie*⁶ ». La manœuvre dolosive peut prendre diverses formes⁷ et se distingue par le fait qu'elle est « *une atteinte délibérée à la perfection*

¹ Il voulait acheter une œuvre d'un grand peintre (erreur) ou, il ne voulait pas contracter (violation) et il saisit le juge parce qu'il veut toujours une œuvre d'un grand peintre ou ne veut toujours pas contracter avec untel.

² Cf. supra n° 300 et s.

³ DOURNAUX Fr., La réforme des vices du consentement, Dr. et patr., mai 2016, Dossier, p. 59.

⁴ Cf. supra n° 394 et s.

⁵ Par exemple, Cass. Civ. 3^{ème}, 01^{er} fév. 1995, n° 92-21.222.

⁶ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op. cit.*, p. 291.

⁷ Des actes positifs : « *pour se faire embaucher, M. X... s'était faussement prévalu d'un DESS technique et pratique des relations économiques extérieures Paris I (Dauphine) et d'une formation suivie à "SUB DE CO" à Bordeaux* » Cass. Soc., 17 oct. 1995, n° 94-41.239 ; le fait d'isoler le donateur de sa famille ou de ses amis, de dénigrer

*de la volonté*¹ ». La réticence dolosive, consacrée aux termes du second alinéa du nouvel article 1137 du Code civil, est « *le fait de garder le silence sur une information que l'on connaît et aurait dû communiquer*² » et ce, intentionnellement³.

1044. Pour se convaincre de l'impact de manœuvre ou de réticence dolosive sur la décision, prenons l'obligation d'information édictée par l'article L. 330-3 du Code de commerce qui met à la charge de l'organisateur de réseau, la transmission des informations permettant au futur distributeur de s'engager en pleine connaissance de cause mais surtout d'apprécier l'engagement financier nécessairement et la rentabilité escomptée. Ces informations sont d'autant plus cruciales que les investissements sont d'importance. Or, force est d'observer qu'en pratique, le débiteur de ce droit à l'hésitation fait une application toute personnelle de l'étendue des obligations lui incombant.

systématiquement ses parents et de provoquer la rupture de ses relations avec eu, T. civ. Abbeville, 6 juill. 1949, D. 1949. 508. ; pour un homme, de faire état d'un faux titre nobiliaire et de se faire passer pour plus riche que l'on est pour obtenir de la donatrice qu'elle l'épouse et lui consente l'abandon de tous ses biens, Cass. Civ. 1^{ère}, 5 mars 1980, Gaz. Pal. 1980. Pan. 343. Mais également des actes négatifs comme le vendeur qui masque aux futurs propriétaires les graves nuisances provoquées par le fonctionnement matinal d'un atelier d'imprimerie mitoyen de l'appartement. Cass. Civ. 3^{ème}, 1^{er} fév. 1995, n° 92-21.222. Pareillement, « *Il appartenait aux cédants, sur le fondement de la bonne foi et de la loyauté contractuelle et au titre de cette clause de gestion, d'informer les candidats à l'acquisition des opérations postérieures au 30 juin 2007, sans qu'ils puissent reprocher aux cessionnaires d'avoir limité l'audit à une période antérieure ; [l'arrêt d'appel] en déduit qu'en manquant à cette obligation, les cédants ont délibérément caché aux cessionnaires ces opérations, par des manœuvres dolosives destinées à masquer l'insuffisance de trésorerie et la situation financière de la société ; qu'en cet état, la cour d'appel, qui n'avait pas à effectuer la recherche invoquée par le moyen, que ses constatations et appréciations rendaient inopérantes, a légalement justifié sa décision [...]* ». Cass. Com., 05 juin 2019, n° 16-10.391 ; lorsque le créancier a délibérément dissimulé à la caution la situation gravement obérée du débiteur principal, Cass. Civ. 1^{ère}, 21 janv. 1981, n° 79-15.443.

¹ BETOULLE J., L'aspect délictuel du dol dans la formation du contrat, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2001

² MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op. cit.*, p. 292.

³ La jurisprudence se montre intransigeante quant à l'intention dolosive. Ex. : Viole l'art. 1116 anc. la cour d'appel qui prononce une annulation pour dol sans constater des manœuvres destinées à provoquer une erreur de nature à vicier le consentement du contractant, Civ. 1^{ère}, 10 juil. 1995 ; Le manquement à une obligation précontractuelle d'information ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci, Cass. Com. 28 juil. 2005.

1045. Parmi d'autres exemples¹, prenons le cas d'espèce suivant². Une salariée, clerc de notaire n'ayant aucun diplôme en esthétique, a approché un groupe animant un réseau d'instituts de beauté sous franchise dans le but d'en ouvrir un à son tour. Suite à la fourniture d'un certain nombre de documents et d'informations, elle a finalement créé sa société. Reste que, celle-ci a été placée en liquidation judiciaire moins de deux ans plus tard, conduisant la franchisee à assigner l'organisateur du réseau en nullité du contrat pour dol, ainsi que la condamnation au paiement de diverses sommes d'argent. Déboutée en première instance, elle interjeta appel. La cour d'appel de Paris rappelle d'abord que la méconnaissance, par le franchiseur, de son obligation précontractuelle d'information n'entraîne la nullité du contrat que s'il est démontré que celle-ci est de nature à vicier le consentement du franchisee. Elle considère ensuite que sont constitutifs de dol justifiant l'annulation du contrat d'affiliation :

- la communication des chiffres d'affaires des centres-pilotes, bien que non exigée par la loi, sans préciser leur résultat d'exploitation déficitaire ou tout juste à l'équilibre, alors que « *ces informations tempèrent singulièrement les données relatives aux seuls chiffres d'affaires, en*

¹ Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-20956, M. X c/ Sté Sodocob ; CA Colmar, 30 sept. 2015, 14/02315 : En l'espèce, le franchiseur a sciemment remis un document d'information contractuel comportant des informations trompeuses ou incomplètes. En particulier, les juges relèvent que le franchiseur ne leur avait remis aucun état local du marché, au mépris de l'article R. 330-1, 4° du code de commerce. Or, relèvent les juges que « *ces informations sont essentielles puisque seul le concédant est en mesure de fournir une évaluation de la clientèle locale potentielle, [puis qu'il] ne peut être utilement reproché aux candidats à la franchise de ne pas s'être livré eux-mêmes à cette étude en l'absence de données préalables pour ce faire* ».

Cass. Civ. 1^{ère}, 03 nov. 2016, n° 15-24.886 (F-D) : « *il appartenait impérativement à celle-ci d'informer son cocontractant de la cessation d'exploitation de l'enseigne dans la même zone de chalandise, et, plus généralement, que la société SDAR avait l'obligation de faire une présentation loyale du réseau d'exploitants, l'arrêt [d'appel] retient qu'en occultant les raisons de l'échec du précédent franchisee ainsi que les répercussions qui en ont découlé sur le secteur au regard de la réputation commerciale de l'enseigne, en procédant à une présentation erronée du réseau et en opérant une transmission erronée des chiffres prévisionnels, le franchiseur a enfreint son obligation de sincérité sur des données nécessairement déterminantes au regard du consentement du < franchisee > et que les informations transmises, par leur caractère erroné et dénué de sérieux, sont révélatrices de la volonté délibérée de la société SDAR de tromper le consentement de son cocontractant* ».

CA Paris, 5-4, 24 oct. 2018, n° 16/10932, qui indique en outre qu'en ce qui concerne le vice lié à l'information pré-contractuelle, le point de départ du délai de prescription ne pourrait être fixé ni au jour de sa communication au candidat franchisee, ni même au jour de la formation du contrat, « *évènement qui n'était pas de nature à faire connaître aux appelants les manquements précontractuels commis par le franchiseur* ».

² CA Paris, 5-4, 16 nov. 2016, n° 14/08533, Mme J., SCP Tirman Raulet c/ SAS Guinot.

donnant une image beaucoup moins favorable de l'expérimentation du concept sous forme d'affiliation » ;

- l'établissement d'un état local du marché obsolète de quatre ans, alors que « *la présentation sincère du marché local constitue une obligation déterminante et essentielle du franchiseur* » ;
- la communication des comptes sociaux des deux derniers exercices de la holding du groupe, et non du franchiseur, alors qu'il subissait pendant cette période une baisse de son chiffre d'affaires ;
- l'omission d'information sur les résultats d'exploitation déficitaires du réseau des affiliés pendant les deux premiers exercices ;
- l'omission de communication de la liste des entreprises du réseau et le renvoi, pour l'obtenir, vers le site internet du franchiseur, qui est jugé non-conforme aux prescriptions légales ;
- l'absence d'information sur la présence dans la zone de chalandise des distributeurs « dépositaires » et la dissimulation de la véritable nature de leur activité et de la concurrence directe qu'ils constituaient pour le futur franchisé sur la même zone, alors que « *cette omission est de nature à affecter le chiffre d'affaires et la rentabilité prévisionnels de l'activité, nécessairement contrainte par l'activité existante* ».

1046. Il va sans dire qu'avec de telles informations erronées la décision de la franchisee a été faussée. La sanction n'est pas uniquement l'annulation du contrat. Elle peut également consister en l'allocation de dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité délictuelle¹ « *dès lors que l'ignorance de l'information a causé un dommage au créancier et non pas seulement si elle l'a conduit à conclure un contrat qu'il n'aurait sinon pas conclu*² ». Le préjudice peut être la perte d'une chance³ ou encore la réalisation d'un risque⁴. Sans doute faut-il souligner la difficulté de la fixation du quantum de la réparation du préjudice né de la violation d'un devoir d'information⁵.

¹ Art. 1112-1 al. 6. du Code civil.

² FABRE-MAGNAN M., Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme, *op. cit.*, spé. p. 31

³ Cass. Civ. 1^{ère} 20 mars 2013, n° 12-14.711 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 7 avr. 2016, n° 15-14.888.

⁴ Cass. Com. 30 juin 2015, n° 14-11.607.

⁵ Sur la question, voir FABRE-MAGNAN M., Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme, *op. cit.*, spé. p. 34 et s. Ainsi, pour les nullités des contrats de franchise, les juges ordonnent généralement limite les restitutions et la réparation du préjudice à la restitution des redevances et du droit d'entrée

1047. Au reste, il faut considérer que bien qu'au demeurant la décision positive manifestée correspondait pleinement à la volonté de l'intéressé de s'engager, des éléments postérieurs lui révèlent que la décision qu'il croyait avoir prise en pleine connaissance de cause ne l'était pas.

§ 2 – Les traces d'hésitation dans le contrat formé

1048. L'hésitation peut affecter chacune des parties. Comme nous l'avons démontré précédemment¹, le rédacteur de la proposition contractuelle peut ne pas être à l'origine du projet. En pareille hypothèse, il aura été sollicité mais malgré tout, sera l'auteur de la proposition. Tel est le cas par exemple du prêteur. Le potentiel contractant qui a besoin de fonds dans le cadre d'un projet d'acquisition, immobilière par exemple, sollicite plusieurs organismes de crédit. Mais cette opération présente indéniablement un risque pour le prêteur qui s'expose à l'insolvabilité de son potentiel contractant.

1049. Autrement, les parties peuvent s'être rapprochées dans le cadre de la cession d'un fonds de commerce par exemple. Il est alors difficile de distinguer l'auteur, ce d'autant que le projet contractuel peut être rédigé par un tiers. Mais il est évident que les préoccupations du cédant ne seront pas les mêmes que celles du cessionnaire. Le premier s'inquiétera de son paiement quand le questionnement du second portera sur le fonds essentiellement et notamment sur les éléments qui le composent tels que le droit au bail ou l'existence réelle de la clientèle mais également les éventuelles sûretés qui pourraient grever le fonds.

1050. Ainsi l'hésitation peut tout à fait concerner les deux parties, pour des raisons différentes. D'ailleurs, l'hésitation de l'auteur de la proposition peut être révélée par le choix du type d'acte utilisé, une offre plutôt qu'une promesse unilatérale par exemple. Pour reprendre l'exemple du prêteur de fonds, la décision d'octroyer ou non le crédit sollicité, est soumise à

et à la réparation de perte de chance de mieux investir, tout en reconnaissant le préjudice moral de la personne physique. Ils rejettent en revanche les demandes de réparation des pertes comptables subies à l'occasion d'exécution du contrat annulé. CA Paris, 5-4, 17 janv. 2018, n° 15/17647, *op. cit.* ; Cass. com., 10 juin 2020, n° 18-21536.

¹ Cf. Supra (Partie 1).

la vérification préalable de la situation financière de l'emprunteur¹. Si en principe ces vérifications préalables permettent d'évacuer l'hésitation du potentiel contractant², certaines causes d'hésitation peuvent persister comme l'incertitude ou le risque financier. Son hésitation persiste alors également. Afin de sortir de la situation d'attente qui en résulte, les parties peuvent décider de contractualiser l'incertitude (I). Chacune des parties peut, par ailleurs, se prémunir contre le risque financier (II).

I. La contractualisation de l'incertitude

1051. L'incertitude ne peut jamais être pleinement surmontée. Il demeure toujours une part d'imprévu³, ce d'autant que toutes les hypothèses possibles ne peuvent être imaginées par les parties⁴. L'incertitude peut alors paralyser le potentiel contractant, malgré l'arsenal du droit à l'hésitation à sa disposition. Ceci pour la raison simple que l'incertitude porte sur le futur et qu'en outre, la réalisation de l'événement souhaité ou redouté relève d'éléments extérieurs aux parties. Il peut faire fi de cette incertitude persistante et décider de contracter malgré tout. C'est en pareil cas un éloge à la liberté de prendre des risques⁵. Il peut autrement se montrer plus timoré et s'abstenir. Il existe enfin une troisième hypothèse, un entre-deux qui permet à l'intéressé de se lancer en limitant la prise de risque : la condition suspensive⁶.

1052. La condition suspensive se glisse alors entre l'étape de manifestation du choix et celle de l'exécution des obligations. L'exigibilité de l'une ou plusieurs d'entre elles sera

¹ L'article L. 313-16 du Code de la consommation dispose ainsi que « *le crédit n'est accordé à l'emprunteur que si le prêteur a pu vérifier que les obligations découlant du contrat de crédit seront vraisemblablement respectées conformément à ce qui est prévu par ce contrat* ».

² Comme un état d'endettement demandé au greffe du Tribunal de commerce.

³ THIBIERGE L., Le contrat face à l'imprévu, *op. cit.* ; MERLAND L., Recherche sur le provisoire en droit privé, *op. cit.* ; LORVELLEC L., Remarques sur le provisoire en droit privé, *op. cit.*

⁴ Ce, alors même que par le contrat, acte de prévision, les parties tentent d'organiser l'avenir. LABARTHETTE D., Contrat et prévision : contribution à l'étude des fonctions du contrat, Thèse, Pau, 2004.

⁵ BARBIER H., La liberté de prendre des risques, *op. cit.* ;

⁶ SCHALL B., La notion de condition dans le contrat, Thèse, Strasbourg, 1999 ; HELLERINGER G., Les clauses du contrat, essai de typologie, Thèse, L.G.D.J, 2012, spé. p.12 ; LATINA M., Essai sur la condition en droit des contrats, Thèse, L.G.D.J, 2009.

suspendue à la survenance d'un événement futur et incertain¹. Autrement dit, comme pour la vente à l'essai de l'article 1588, le contrat est formé puisque le choix a été manifesté par le consentement. En revanche, la condition suspensive a pour effet de geler l'exécution du contrat. En effet, l'ancien article 1181, alinéa 2, du Code civil disposait que « *l'obligation ne peut être exécutée qu'après l'événement* » ; d'où il faut déduire que l'obligation existe déjà mais n'est pas encore exigible et ne le sera d'ailleurs peut-être jamais. En effet, si par principe, l'obligation est réputée exister dès l'échange des consentements, les parties ont décidé de subordonner sa création à la réalisation d'un événement dont elles ont déterminé la teneur lors de la conclusion du contrat.

1053. Il s'agit d'une véritable protection contre l'incertain et d'une prise de risque mesurée car si la condition se réalise, l'obligation est confirmée dans son existence et partant, le contrat devient efficace ; il peut recevoir exécution². Dans le cas contraire, si la condition ne se réalise pas, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé³. La conséquence en est que si elle constituait un élément essentiel du contrat, l'acte est frappé de caducité⁴.

1054. « *L'utilité de cette condition n'est pas à démontrer puisqu'elle évite le double écueil de l'immobilisme et de la précipitation : d'un côté, le débiteur peut saisir des occasions et prendre des engagements avant même d'être sûr de le faire utilement ou raisonnablement ; d'un autre côté, cette anticipation se fait en toute sécurité puisque la naissance ou la survie de l'engagement suppose la réalisation du contexte souhaité.*⁵ » D'évidence, il convient d'ignorer la condition résolutoire⁶ qui, si elle régit une situation d'incertitude, ne contractualise pas l'hésitation. Le contrat est en effet exécuté et survit tant que la condition n'est pas survenue.

¹ Art. 1304 al. 1 et 2 du Code civil : « *L'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain.*

La condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple. »

² Art. 1304-6 al. 1 du Code civil : « *L'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive.* »

³ Art. 1304-6 al. 3 du Code civil : « *En cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé.* »

⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2006, Bull. civ. I, no 457 ; JCP 2007. I. 161, n° 1 et s., obs. Serinet ; RLDC 2007. 259, obs. Laithier ; Cass. Civ. 3^{ème}, 28 mars 2007, D. 2007. AJ p. 1139.

⁵ TAISNE J.-J., JurisClasseur Civil Code, Fasc. 10, Régime général des obligations, Nov.2016.

⁶ Art. 1304 al. 3 du Code civil.

Quoi qu'il en soit, la condition suspensive constitue un mode d'engagement sécurisant pour les parties.

1055. Pour être valable, elle doit néanmoins présenter certains caractères au rang desquels l'incertitude de l'événement qui constitue le trait « essentiel » de la condition¹. Cette incertitude signifie que l'événement doit être susceptible de se réaliser ; la seule incertitude de son échéance ne suffirait pas à en faire une condition s'il était certain qu'il devait s'accomplir. Cependant cette incertitude ne saurait aller jusqu'à l'imprévisibilité. La survenance de l'événement ne doit pas davantage être impossible² ou certaine³. En outre, l'événement doit être extérieur aux parties en ce sens qu'il doit être soumis à des circonstances casuelles⁴, indépendantes de la volonté des parties⁵.

1056. L'exemple le plus courant est l'obtention d'un prêt. En pratique, le potentiel contractant donnera ainsi une réponse positive à un contrat de vente à condition qu'il obtienne le prêt nécessaire au financement de l'opération⁶. La condition suspensive d'obtention d'un prêt est en effet « *susceptible d'apparaître dans tous les contrats d'accession à la propriété d'un logement et repose sur l'idée suivant laquelle il ne faut pas que l'accédant reste prisonnier*

¹ CARBONNIER J., Droit civil, t. IV : PUF, éd. 2000, n° 135.

² LEPELLETIER, Des conditions impossibles, illicites ou contraires aux bonnes mœurs, Thèse, Paris 1889, p. 9.

³ Comme la mort.

⁴ RINGLER S., L'influence de la volonté individuelle sur la condition suspensive, in De la volonté individuelle, L.G.D.J., 2009, p. 263-271 ;

⁵ Art. 1304-2 du Code civil : « *Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Cette nullité ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause.* »

⁶ Par exemple, art. L. 313-41 du Code de la consommation : « *Lorsque l'acte mentionné à l'article L. 313-40 indique que le prix est payé, directement ou indirectement, même partiellement, à l'aide d'un ou plusieurs prêts régis par les dispositions des sections 1 à 5 et de la section 7 du présent chapitre, cet acte est conclu sous la condition suspensive de l'obtention du ou des prêts qui en assument le financement. La durée de validité de cette condition suspensive ne peut être inférieure à un mois à compter de la date de la signature de l'acte ou, s'il s'agit d'un acte sous seing privé soumis à peine de nullité à la formalité de l'enregistrement, à compter de la date de l'enregistrement.*

Lorsque la condition suspensive prévue au premier alinéa n'est pas réalisée, toute somme versée d'avance par l'acquéreur à l'autre partie ou pour le compte de cette dernière est immédiatement et intégralement remboursable sans retenue ni indemnité à quelque titre que ce soit. »

*du contrat conclu avec le promoteur si le prêt sollicité lui est refusé*¹ ». Cependant, le potentiel acquéreur doit démontrer qu'il a sollicité un prêt conforme aux caractéristiques définies dans la promesse de vente² et qu'il a fait preuve de diligence³, sauf à ce qu'il soit considéré comme ayant empêché la réalisation de la condition⁴ et la condition réputée accomplie⁵. Une telle sanction est légitime dans la mesure où son attitude blâmable est révélatrice de son regret. Reste que, cela revient à tromper la confiance et les attentes légitimes de son cocontractant.

1057. Les événements érigés en condition sont variés et n'ont pour limite que l'imagination des parties. Il peut s'agir d'une autorisation administrative⁶, d'un permis de construire⁷, l'extension d'une ligne électrique⁸. Mieux encore, il a pu être jugé qu'il est possible

¹ TOURNAFOND O., Vente d'immeuble à construire, Répertoire de droit immobilier, Dalloz, 2004 (actualisation : 2021), n° 140. Voir également, STEINMETZ F., Les ventes d'immeubles à construire, thèse dactyl., Montpellier, 1970 ; STEINMETZ F., L'acquéreur, le vendeur, le prêteur et la condition suspensive de l'obtention du prêt [L. 13 juill. 1979], RD imm. 1993.305.

² Cass. Civ. 1^{ère}, 13 nov. 1997, n° 95-18.276 P : Defrénois 1998. 358, obs. Aubert ; RDI 1998. 109, obs. Groslière. ; 13 févr. 2001, n° 07-11.792 P : JCP E 2002. 640, no 5, obs. Neau-Leduc.

³ Cass. Civ. 1^{ère}, 25 oct. 1994, Defrénois 1995. 755, obs. D. Mazeaud (demande de prêt incomplète, imprécise, vouée à l'échec).

⁴ CA Paris, 16^e ch. A, 26 oct. 2005, n° 99/02994 : « *Il ressort du jugement de la 12e chambre, section 2, du tribunal de grande instance de Paris que le conseil du cédant a adressé le 21 juin 1995 une lettre au conseil de la cessionnaire aux termes de laquelle il affirmait que cette dernière a obtenu l'acceptation du prêt de deux millions de francs dans les conditions normales du marché monétaire qu'elle a refusé en prétextant son taux trop élevé "et "que le refus de la cessionnaire sans motif sérieux du prêt proposé dans les conditions normales du marché tombe sous le coup de l'article 1178 du code civil qui considère la condition comme remplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement". Comme le tribunal et la cour statuant au pénal l'ont observé, ce courrier n'a provoqué à l'époque aucune réaction de la cessionnaire ou de son conseil [...], il est démontré que la condition suspensive relative à l'octroi d'un prêt n'avait pas été réalisée du seul fait de la cessionnaire, débitrice obligée sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement, la condition est réputée remplie selon l'article 1178 du code civil.* »

⁵ Art. 1304-3 al. 1 du Code civil.

⁶ Cass. Civ. 3^{ème}, 10 sept. 2008, n° 07-16.177 P : D. 2008. AJ 2285, RLDC 2008/54, n° 3170, obs. Maugeri.

⁷ Cass. Civ. 3^{ème}, 12 janv. 2010, n° 08-18.624 P : RLDC 2010/69, n° 3731, obs. Le Gallou ; Defrénois 2010. 1691, obs. Lécuyer ; RDC 2010. 567, note Génicon.

⁸ Cass. Civ. 3^{ème}, 24 juin 1981 : Bull. civ. III, n° 135 ; D. 1982. IR 531, obs. Audit.

d'anticiper la future disponibilité d'un bien pour l'instant indisponible en le cédant sous la condition suspensive de son changement de statut¹.

1058. Le mérite revient au Conseil d'état qui décida que² : « *considérant qu'aux termes de l'article L. 2141-1 du code général de la propriété des personnes publiques : "Un bien d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1, qui n'est plus affecté à un service public ou à l'usage direct du public, ne fait plus partie du domaine public à compter de l'intervention de l'acte administratif constatant son déclassement" ; qu'aux termes de l'article L. 3112-4 introduit dans le code général de la propriété des personnes publiques par l'ordonnance du 19 avril 2017 modifiant ce code : "Un bien relevant du domaine public peut faire l'objet d'une promesse de vente ou d'attribution d'un droit réel civil dès lors que la désaffectation du bien concerné est décidée par l'autorité administrative compétente et que les nécessités du service public ou de l'usage direct du public justifient que cette désaffectation permettant le déclassement ne prenne effet que dans un délai fixé par la promesse. / À peine de nullité, la promesse doit comporter des clauses précisant que l'engagement de la personne publique propriétaire reste subordonné à l'absence, postérieurement à la formation de la promesse, d'un motif tiré de la continuité des services publics ou de la protection des libertés auxquels le domaine en cause est affecté qui imposerait le maintien du bien dans le domaine public (...)" ; qu'aucune disposition du code général de la propriété publique ni aucun principe ne faisaient obstacle à ce que, antérieurement à l'entrée en vigueur de ces dispositions, des biens relevant du domaine public fassent l'objet d'une promesse de vente sous condition suspensive de leur déclassement, sous réserve que le déclassement soit précédé de la désaffectation du bien et que la promesse contienne des clauses de nature à garantir le maintien du bien dans le domaine public si un motif, tiré notamment de la continuité du service public, l'exigeait* ».

1059. Le contrat peut même prévoir plusieurs conditions suspensives³. La condition suspensive peut également concerner tout type de contrat au nom de la liberté contractuelle, même un contrat de travail. Si en principe, lorsqu'il est intéressé par une offre d'embauche, le

¹ BARBIER H., Le contrat sur une chose indisponible sous condition de sa disponibilité future... éloge de l'anticipation contractuelle, RTD civ. 2018. 379.

² CE, 7^e et 2^e ch. réun., 15 nov. 2017, n° 409728.

³ Cass. Civ. 3^{ème}, 5 mars 2020, n° 19-13386 et 19-13717 ; 16 juin 2015, 13-13.889.

candidat exprime sa décision d'acceptation de manière inconditionnelle, il peut la soumettre à la réalisation d'une condition¹. Par ailleurs, il va sans dire que le potentiel contractant demeure libre de renoncer à la condition stipulée dans son intérêt exclusif, tant que celle-ci n'est pas accomplie².

II. La protection contre le risque financier

1060. « *Le risque contractuel ne tient pas tellement à l'incertitude et à l'ignorance du droit. Le risque majeur que connaît le contrat est l'inexécution de l'obligation tenant à l'insolvabilité et à la malhonnêteté du débiteur* ³ ». Parce que le risque financier est omniprésent dans le contrat, les sûretés (A) constituent, il va sans dire, une redoutable garantie. De façon plus spécifique aux cessions de contrôle, les clauses de garantie (B) sont des outils efficaces.

A. Les sûretés

1061. La sûreté est une garantie attachée à une créance⁴. Le Code civil distingue entre les sûretés personnelles⁵ qui permettent d'adjoindre un ou plusieurs débiteurs au débiteur principal et les sûretés réelles⁶ qui ont pour objet d'affecter spécialement un ou plusieurs biens, appartenant généralement au débiteur, au paiement de la dette⁷. Si l'on peut également distinguer les sûretés en fonction de leur source, légale, judiciaire ou conventionnelle, ce sont ces dernières qui retiendront notre attention.

¹ AUBREE Y., Le contrat de travail, op. cit., n° 350.

² Art. 1304-4 du Code civil. Voir sur ce point FORTI V., La « renonciation » à la condition stipulée dans l'intérêt exclusif d'une partie (observations comparatives sous l'article 1304-4 du Code civil), RDC, 07 juil. 2017, n° 04, p. 102.

³ MALAURIE Ph., Le Code civil européen. Une question toujours ouverte, JCP, 2002, I, 110, n° 15

⁴ BOURASSIN M., BRÉMOND V., Droit des sûretés, Sirey, 7^e éd., 2019 ; LEGEAIS D., Droit des sûretés et garanties du crédit, L.G.D.J., 13^e éd., 2019 ; BLANDIN Y., MAZEAUD D., Quelle réforme pour le droit des sûretés ?, Dalloz, 2019 ; PICOD Y., Droit des sûretés, P.U.F, 3^e éd., 2016.

⁵ Art. 2287 et s. du Code civil.

⁶ Art. 2323 et s. du Code civil.

⁷ Un auteur propose une autre summa divisio, celle des sûretés pour soi et pour autrui. CRASTRE J., La summa divisio des sûretés pour soi et pour autrui, Thèse, Paris, 2020.

1062. Il s'agit en effet pour nous d'étudier comment les parties organisent contractuellement l'une des causes d'hésitation, le risque financier et singulièrement le risque pour le créancier de ne pas être désintéressé. Ce risque d'impayé est inhérent à tout contrat onéreux¹. Bien que la confiance soit, au demeurant, le socle de toute relation contractuelle, l'on ne peut pour autant négliger que même dans l'hypothèse où le débiteur ne serait pas de mauvaise foi, des événements de la vie peuvent le conduire à ne pas respecter son engagement pécuniaire. C'est dire que le risque d'impayé constitue une cause d'hésitation difficilement surmontable.

1063. Pour autant, l'intéressé ne peut pas s'abstenir de contracter, sauf à faire preuve d'un excès de prudence qui finalement, le paralyse. Ce qui serait d'autant plus regrettable que les choses peuvent bien se dérouler. Le risque n'est en effet que potentiel². Le droit commun lui reconnaît évidemment des prérogatives pour contraindre le débiteur récalcitrant à s'exécuter³. Ces prérogatives n'excluent pas pour autant le risque d'impayé.

1064. Le mieux reste ainsi de limiter, voire d'éliminer les conséquences fâcheuses de ce risque en prévoyant une garantie avec une sûreté qui lui confère dès lors une situation privilégiée, qu'il soit mieux loti que le simple créancier chirographaire. Il se trouve alors protégé contre le risque d'insolvabilité du débiteur. Selon qu'il ait opté pour une sûreté réelle ou personnelle, il pourra exiger d'un tiers qu'il se substitue au débiteur défaillant ou être payé de la dette à l'aide d'un bien appartenant au débiteur. L'avantage est indéniable pour les deux parties. D'abord pour le créancier nanti dont la sûreté constitue une garantie d'un paiement effectif alors même que la solidité financière du débiteur est faible. Ensuite, pour le débiteur qui peut, grâce à la sûreté, accéder à certains contrats (trouver un logement, acheter une voiture, etc.).

1065. En principe, l'article 2284 du Code civil offre une première garantie à tout créancier et dispose à cet égard que : « *Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.* » Reste

¹ PERRU E., L'impayé, Thèse, L.G.D.J., 2005.

² Cf. supra n° 169.

³ Art. 1217 du Code civil. Voir sur ce point, CHANTEPIE G., Contrats : effets, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2018 (actualisation : 2020).

que ce droit de gage général¹ présente l'inconvénient majeur d'être fragile et ce, pour deux raisons. La première est que, comme le prévoit l'article 2285 du Code civil : « *Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence.* » Il n'y a donc aucune distinction entre eux, que ce soit par la date de naissance de la créance ou par la cause de la créance. La seconde est que le débiteur reste libre de gérer ses biens.

1066. C'est dire que face à un débiteur dont la situation se dégrade, le créancier chirographaire est confronté à un double risque. D'une part, celui de la réduction de l'actif du débiteur : le créancier ne peut pas saisir les biens que son débiteur a aliénés. D'autre part, celui de l'accroissement du passif du débiteur, qui conduit à multiplier les créanciers, lesquels vont alors concurrencer le créancier chirographaire. Ainsi, le créancier chirographaire se trouve dans une situation précaire, car il supporte les aléas d'une bonne ou mauvaise gestion du débiteur². Cette seule garantie est donc inefficace à totalement prémunir le créancier du risque d'impayé. En pratique, il est possible pour le créancier de recourir à une sûreté négative³. Il s'agit d'un engagement, à vrai dire d'une interdiction, faite au débiteur par le créancier de ne pas constituer de sûreté en faveur d'un tiers. Ainsi, « *il peut arriver qu'un débiteur ait un seul créancier important qui se fasse reconnaître une sûreté négative pour garantir sa créance. Le créancier renonce à toute sûreté classique et exige que le débiteur ne contracte aucun engagement nouveau, en dehors des actes courants, sans son autorisation* ⁴ ».

1067. Le cautionnement⁵ en revanche rencontre un franc succès⁶. La caution est sécurisante pour le prêteur qui est certain d'être réglé rapidement et en totalité. Aussi, les

¹ Sauf si en application de l'article L. 526-1 du Code de commerce, l'entrepreneur individuel a rendu sa résidence principale insaisissable par ses créanciers professionnels.

² Il dispose toutefois de l'action oblique (art. 1341-1 du Code civil) ou de l'action paulienne (art. 1341-2 du Code civil). Reste qu'il ne bénéficie pas pour autant d'un droit préférentiel.

³ de LAENDER M.-H., Les sûretés négatives, Thèse, Paris, 1998.

⁴ CHAPUT Y., CERMOLACCE A. et PERRUCHOT-TRIBOULET V., JurisClasseur Contrats-Distribution, Fasc. 2890, 2009, n° 7.

⁵ Art. 2288 du Code civil.

⁶ « *La part des nouveaux prêts au logement aux particuliers garantis par une sûreté réelle, qui s'établissaient en 2000 à plus de 52 % de la production nouvelle (contre 27 % pour le cautionnement), n'en représente plus en 2011 que 27,3 % contre 61,16 % pour le cautionnement financier.* » MALINVAUD Ph. (dir.), Droit de la construction 2018-2019, 7^e éd., 2018, n° 300.314.

établissements prêteurs ont tendance à privilégier le cautionnement financier au détriment de l'hypothèque, en raison des variations de prix affectant les marchés immobiliers : la baisse de valeur peut fragiliser la garantie réelle alors que le cautionnement n'entraîne pas cet aléa pour le prêteur.

1068. Cet engouement ne tarit pas nonobstant le pointillisme des juges quant au respect du formalisme édicté pour la personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel¹ ; pointillisme qui fort heureusement, tend désormais vers un « *formalisme raisonné* »².

1069. De façon plus générale, le cautionnement des sociétés par leurs dirigeants limite le risque d'insolvabilité des petites sociétés à responsabilité limitée « *dont la surface financière est souvent insuffisante au regard des crédits sollicités*³ ». Il rassure par ailleurs le bailleur d'un immeuble à usage d'habitation qui, en cas d'impayé, doit affronter une longue procédure⁴ le contraignant à engager des frais⁵, surtout dans l'hypothèse d'un bail sous seing privé, sans certitude d'être effectivement payé⁶.

1070. L'hypothèque n'est pourtant pas en reste et demeure une sûreté utilisée que le créancier fait précéder d'une promesse d'hypothèque. Par exemple, une telle promesse peut

¹ Art. L. 331-1 du Code de la consommation.

² BARBIER H., Les nouvelles noces du formalisme et du consentement : vers un formalisme raisonné, *op. cit.*

³ SIMLER Ph., DELEBECQUE Ph., Droit civil, Dalloz, 7^e éd., 2016, n° 40.

⁴ Art. 24 de la loi n° 89-462 du 06 juillet 1989 qui prévoit notamment que la clause de la résiliation de plein droit du contrat de location pour défaut de paiement du loyer ou des charges aux termes convenus ou pour non-versement du dépôt de garantie ne produit effet que deux mois après un commandement de payer demeuré infructueux.

⁵ Huissier, avocat.

⁶ Par ailleurs, des délais de paiement pourraient être accordés au locataire sur le fondement de l'article 1343-5 du Code civil mais pourraient ne pas être respectés.

conditionner l'octroi d'un prêt à une société¹ et peut être donnée sous seing privée, le parallélisme des formes n'étant pas exigé par la jurisprudence².

1071. La garantie autonome³ mérite également une attention particulière. Très utilisée dans la vie des affaires, elle est définie aux termes de l'article 2321 alinéa 1^{er} comme « *l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues* ».

1072. Ce texte présente un intérêt majeur dans la garantie contre le risque d'impayé révélé par le troisième alinéa qui dispose que : « *Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie.* » Cette inopposabilité des exceptions⁴ n'est pas sans rappeler la garantie très forte du droit cambiaire⁵. Au reste, elle se justifie ici par le caractère autonome de la garantie. « *Si la fonction de sûreté implique nécessairement la référence initiale à un contrat principal entre le débiteur garanti et le bénéficiaire, tout lien avec le contrat de base est au*

¹ Voir en ce sens Cass. Com., 13 fév. 2001, n°97-21.460 : « *qu'ayant relevé, dans des motifs adoptés des premiers juges qui ne sont pas critiqués, que la constitution par M. Y... d'une garantie hypothécaire avait été initialement une condition de l'octroi du prêt, la cour d'appel a décidé à bon droit qu'il appartenait à celui-ci de rapporter la preuve, que, ainsi qu'il l'alléguait à titre d'exception, cette condition avait ensuite été abandonnée* ». Voir également Cass. Civ. 3^{ème}, 7 avril 1993, n° 91-10.032, Bull. civ. III, no 55 ; AJDI 1993. 868, RDI 1993. 402, obs. P. Delebecque et P. Simler

² Cass. Civ. 3^{ème}, 7 avril 1993, n° 91-10.032, *op. cit.* : « *l'acte constitutif d'hypothèque ne peut être passé que devant un notaire et qu'en cas d'inexécution de la promesse d'hypothèque, le créancier ne peut obtenir que des dommages-intérêts.* » Voir sur ce point, BRÉMOND V., Hypothèque et promesse d'hypothèque : les liaisons dangereuses, JCP N 2003, n° 1369 et 1374. ; MATHIEU M., Une vraie fausse garantie : la promesse d'affectation hypothécaire, RDBB mars-avr. 1992, p. 48.

³ PRÜM A., Les garanties à première demande, Litec, 1994 ; SIMLER Ph., Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires, 5^e éd., Litec, 2015 ; JACOB F., L'avenir des garanties autonomes en droit français, 15 ans après, in Mélanges Simler, Litec-Dalloz, 2006, p. 341 ; PUIG P., Les garanties autonomes, LPA 27 août 2008, n° 63, p. 9.

⁴ Voir par exemple, Cass. Com. 30 janv. 2019, n° 17-21279 : « *Justifie légalement sa décision de qualifier un engagement de garantie à première demande une cour d'appel qui retient que l'engagement n'avait pas pour objet la propre dette du débiteur mais s'analysait en un appel motivé par l'inexécution par le débiteur de ses obligations, de sorte que le garant, à réception de cette demande, ne pouvait en différer le paiement ni soulever de contestation pour quelque motif que ce soit. Le créancier bénéficiaire d'une garantie à première demande n'est débiteur d'aucune obligation de mise en garde à l'égard du garant autonome.* »

⁵ Art. L. 511-12 du Code de commerce.

contraire occulté dès l'instant où la garantie a été mise en place. L'efficacité, l'étendue, les modalités d'exécution, l'extinction de la garantie sont exclusivement déterminées par les termes du contrat de garantie ou à défaut, par la nature de celle-ci.¹ »

1073. En somme, la prise d'une garantie par le créancier est révélatrice d'une incertitude quant à son désintéressement. Ce faisant, il organise contractuellement le traitement de la source de son hésitation.

B. Les clauses de garantie

1074. Après la conclusion du contrat, aucune des parties ne souhaiterait avoir une mauvaise surprise qui lui ferait regretter sa décision. Pourtant, il n'est pas impossible que des éléments soient révélés ou découverts postérieurement au contrat. Le législateur prévoit ces d'hypothèses avec la garantie des vices cachés par exemple². Par ailleurs, le cocontractant déçu peut toujours solliciter l'annulation du contrat sur le fondement d'un vice du consentement³ mais cette solution peut ne pas être pleinement satisfaisante pour lui, singulièrement dans le cadre d'une cession de parts sociales et d'actions qui peut faire partie d'une opération économique plus vaste. Par ailleurs, les parties peuvent ne pas souhaiter se lancer dans un contentieux judiciaire comme dans l'espèce suivante⁴.

¹ SIMLER Ph., DELEBECQUE Ph., Droit civil, *op. cit.*, n° 277.

² Art. 1641 du Code civil : « *Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus.* »

³ Par exemple, Cass. Civ. 3^{ème}, 14 mars 2006, n° 05-15.030 : « *Attendu qu'ayant souverainement relevé qu'il était constant que les vendeurs n'avaient pas indiqué lors de la signature de l'acte sous seing privé du 1er décembre 2003 que le bien objet de la vente avait été infesté par les termites dix années auparavant et avait été traité à deux reprises, qu'ils s'étaient bornés à annexer à l'acte de vente un état parasitaire négatif faisant état de l'absence de termites, sans révéler les informations antérieures aux acquéreurs ni à l'agence, que la présence de trous d'injections dans les plinthes et en haut des cloisons, en partie dissimulés par le mobilier resté en place, n'était pas de nature à renseigner les époux Troubert, acquéreurs profanes, sur l'existence des traitements antérieurs dès lors que la cause de ces trous n'était pas précisée, la cour d'appel, procédant aux recherches prétendument omises, a pu retenir que les époux Ribemont s'étaient rendus coupables d'une réticence dolosive justifiant l'annulation de la vente.* »

⁴ Cass. Com., 17 nov. 1995, n° 93-20523.

1075. Des associés cèdent 60% des parts sociales d'une société à une autre société. Reste que peu après, le cessionnaire est informé de ce que la vente d'un matériel essentiel appartenant à cette société dont les parts ont été cédées, a fait l'objet d'une action en résolution à la date de la cession. Considérant son consentement vicié, il n'a d'autre choix que de solliciter la mise sous séquestre du prix de la cession, laquelle est autorisée. Il est alors assigné en paiement par les cédants mais forme une demande reconventionnelle d'annulation du contrat pour erreur. La cour d'appel fait droit à sa demande. Insatisfaits de cette décision, les cédants forment un pourvoi arguant que l'erreur ne porte ni sur la disponibilité d'un bien figurant à l'actif de la société dont les titres sont l'objet de la convention ni sur les qualités substantielles de cette chose mais sur sa valeur.

1076. La Cour de cassation reste sourde à leurs récriminations et rejette leur pourvoi : *« Mais attendu qu'ayant retenu que la société Novopac n'aurait pas traité si elle avait connu l'indisponibilité du matériel constituant l'essentiel de l'actif immobilisé de la société APS, sans laquelle l'entreprise ne pouvait avoir aucune activité et à défaut duquel l'acquisition perdait toute substance, la cour d'appel a pu déduire que cette erreur, portant sur les qualités substantielles des parts sociales objet de la cession litigieuse, entraînait la nullité de la convention. »*

1077. Sans doute aurait-il été plus opportun pour les parties de prévoir une clause de garantie de passif et d'actif. Cette clause permet à l'acquéreur confronté aux risques d'accroissement du passif ou de diminution de l'actif de la société cible d'être garanti contre tout élément relatif à l'actif ou au passif non révélé à la date de la cession et dont l'origine ou la cause était antérieure à la date de la cession. Elle est d'autant plus utile que les garanties légales sont complexes à mettre en œuvre et que la jurisprudence fait volontiers peser sur le cessionnaire, pris en tant que professionnel, une obligation d'information et de vigilance durant la période de pré-acquisition¹. Reste que les éventuels audits préalables peuvent s'avérer insuffisants².

¹ Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17.232 : CDE 2016, dossier 8 ; RJDA 2003, n° 836. ; Cass. com., 20 oct. 1998 : JCP E 1999, p. 30 ; Cass. com., 30 janv. 1998 : RJDA 1998, n° 730. ; Cass. com., 7 avr. 1998 : Bull. Joly 1998, p. 956. Voir également, MOUSSERON P., L'obligation de renseignement dans les cessions de contrôle : JCP E 1994, I, 362.

² « La pratique de plus en plus courante de la « data-room », qui consiste à fournir en un lieu déterminé, les documents jugés utiles à la compréhension de l'entreprise vont tout autant à l'encontre d'un examen complet de

1078. Or, « *le cessionnaire de la majorité des titres d'une société est nécessairement soucieux de la réalité de l'existence et de la valeur de l'actif social ainsi que du montant de passif. Si la cession de contrôle ne transfère pas à proprement parler le passif de la société au cessionnaire, ce dernier est néanmoins directement intéressé par la consistance du patrimoine de la société puisqu'il en est l'associé majoritaire.*¹ » Si la jurisprudence admet la garantie des vices cachés², plus délicate est la consécration d'une obligation de garantie de valeur du bien cédé³. La chose n'est pas plus aisée pour les vices du consentement. Il va sans dire que l'erreur ne peut pas porter sur la valeur des titres⁴ et le dol lui, doit être déterminant⁵.

1079. Dans ces conditions, la garantie contractuelle accordée par le cédant, apparaît comme un outil indispensable à la sécurisation d'une opération de cession de contrôle, révélateur de la persistance d'une hésitation du cessionnaire fondée sur l'incertitude de la réalité de la consistance de l'actif et du passif⁶. La clause de garantie de passif peut être définie

la société cible en raison des délais brefs d'accès généralement accordés au candidat repreneur. Le danger sera plus important encore lorsque la cession aura lieu sans audits préalables ou à l'occasion d'une opération open bid ou vente aux enchères d'entreprise. » LAMY-LEXEL Avocats, Garantie d'actif et de passif, JCl. Société, Fasc. Q.24, 1^{er} avril 2018 (Mise à jour CERATI-GAUTHIER A., 1^{er} juil. 2021), n°2. Voir sur la data room, MOUSSERON P., Cession de contrôle, Répertoire des sociétés, Dalloz, octobre 2016 (actualisation : juin 2021), n° 29 ; FAGES B., L'obligation précontractuelle d'information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux, in Dossier, Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats [dir. H. LE NABASQUE], Bull. Joly 2016. 529.

¹ LAMY-LEXEL Avocats, Garantie d'actif et de passif, JCl. Société, Fasc. Q.24, 1^{er} avril 2018 (Mise à jour CERATI-GAUTHIER A., 1^{er} juil. 2021), n° 1.

² CA Paris, 6 avr. 1993 : Bull. Joly 1993, p. 763. Mais encore faut-il qu'il soit impossible pour la société d'exploiter le fonds de commerce, Cass. com., 14 déc. 2004, n° 00-20.287 : JurisData n° 2004-026349 ; Cass. com., 12 déc. 1995 n° 2197 : RJDA 3/1996, n° 326 ; Bull. Joly 1996, p. 200.

³ Cass. Civ. 3^{ème}, 25 mars 1987 : Bull. civ. III, n° 62 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 12 janv. 2000 : Bull. Joly 2000, p. 422 ; Cass. com., 25 janv. 1983 : JCP G 1983, II, n° 14126 .

⁴ Art. 1136 du Code civil : « *L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité.* » Mais déjà, Cass. com., 26 mars 1974 : Bull. civ. IV, n° 108 ; RTD com. 1974, p. 291 ; CA Paris, 6 avr. 1993 : Bull. Joly 1993, p. 763.

⁵ Le cessionnaire doit démontrer qu'il n'aurait pas conclu le contrat ou aurait conclu à des conditions différentes s'il avait connu la situation véritable des titres acquis. Cass. com., 27 oct. 2009, n° 08-15.341 : JCP G 2009, n° 51, 574, Y.-M. Serinet.

⁶ Cass. Com., 10 oct. 2018, n° 17-12.527, inédit, D. 2019. 279, obs. M. Mekki. Pour un projet de cession non abouti nonobstant la signature du cessionnaire. L'exigence « *de la conclusion d'une garantie de passif par la*

comme celle « *obligeant le cédant (garant) à garantir le cessionnaire (garanti) de la diminution de la valeur des actions résultant de la sous-évaluation du passif de la société dont les droits sociaux ont été cédés*¹ ». Elle a pour objet de garantir l'acheteur de la société cible contre tout élément de passif non révélé à la date de la cession et dont l'origine ou la cause était antérieure à ladite cession. Il peut s'agir par exemple d'un contrôle fiscal portant sur les années antérieures à la cession et qui donne lieu à un redressement fiscal. Il peut autrement s'agir de dettes sociales ou les charges auxquelles la société cédée pourrait être exposée du fait d'une procédure pénale².

1080. Par cette clause, le cédant s'engage à prendre à sa charge tout ou partie des dettes antérieures à la cession mais qui seraient révélées postérieurement à celle-ci³ et à garantir un important passif. Mieux encore, « *aujourd'hui, la plupart des clauses sont des garanties d'actif et de passif : il s'agit, en fait, d'une véritable garantie de bilan, l'objectif étant d'obtenir une image fidèle*⁴ ». Le cédant se porte alors également garant du montant et de la consistance des actifs de la société cible comme les comptes clients, les stocks⁵, des droits de propriété intellectuelle⁶. Notons néanmoins que M. MEKKI s'interroge sur la possibilité d'invoquer l'article 1170 du code civil, pour réputer non écrit ce type de clause, lorsqu'elle a pour effet de

société Akol au bénéfice de la société Paris Properties, la mise en place d'une contre-garantie par la société Akol » comme des éléments « *essentiels subordonnant leur accord* » est révélateur de la persistance de son hésitation.

¹ MOUSSERON P., Les conventions de garanties dans les cessions de droits sociaux : Nouv. éd. Fid. 1992, p. 136.

² Cass. com., 17 mars 2021, n° 19-11.691.

³ Par exemple suite à une inspection de la direction régionale de l'environnement, de l'aménagement et du logement révélant la présence de déchets toxiques étaient enfouis sous le site de la société, Cass. Civ. 1^{ère}, 5 juil. 2017, n° 16-13.407.

⁴ ALLAIN T., Clauses de garantie dans les cessions de droits sociaux, Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2018 (actualisation : 2021), n° 34. Voir par exemple, Cass. Com., 26 sept. 2018, n° 16-28.133 ; Cass. com., 7 juil. 2020, n° 18-19230 pour une clause de garantie de passif assortie d'une garantie à première demande délivrée par une banque.

⁵ CALVO J. et COURET A., Garantie d'actif et de passif : l'actif circulant : LPA 22 févr. 1995, p.14.

⁶ CALVO J. et COURET A., Garantie d'actif et de passif. La propriété intellectuelle : LPA 12 avr. 1995, p. 9.

faire payer au débiteur de la garantie un coût supérieur au prix perçu, ce qui le priverait de son obligation essentielle¹.

1081. En outre, la cession peut contenir une clause de situation nette ou d'actif net qui *« prévoit, par exemple, que l'actif net à la date de la cession sera au moins égal à un montant nominal donné ou que l'actif net sera au moins égal à celui figurant au dernier bilan précédant la cession² »*. Peuvent s'ajouter des garanties de rentabilité ou de résultat, qui elles, valent pour l'avenir. *« Par cette clause, le cédant prend l'engagement que, pour les exercices à venir, les résultats nets seront au moins égaux à une somme déterminée.³ »*

1082. Toutes ces clauses, dont la liste n'est pas exhaustive⁴, si elles sont révélatrices de trace d'hésitation dans le contrat formé, illustrent néanmoins que le fait que l'hésitation peut ne pas être paralysante nonobstant le fait que ses causes n'aient pas été résolues.

¹ MEKKI M., Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? Les clauses, Rev. sociétés 2016. 563.

² LAMY-LEXEL Avocats, Garantie d'actif et de passif, *op. cit.*, n° 13.

³ *Ibid.*, n°15.

⁴ Il peut également exister des garanties extracomptables. LAMY-LEXEL Avocats, Garantie d'actif et de passif, *op. cit.*, n° 17 et s.

CONCLUSION

1083. La décision positive est assurément l'issue attendue et marque un dénouement heureux. Sa manifestation qui résulte du consentement présente des formes d'expression qui sont en principe libres et partant d'une extrême diversité. Elle peut autrement être strictement encadrée par la loi ou les parties.

1084. Toutefois la décision doit, quoi qu'il en soit, pour être efficace, présenter certains caractères. Elle doit être univoque mais également pure et simple. Ce n'est qu'à ce prix qu'il peut être certain que l'hésitation a été évacuée.

1085. Elle peut alors pleinement produire effets : le contrat projeté est désormais conclu, marquant l'aboutissement de la situation d'attente et la consolidation des droits. Encore faut-il néanmoins que les requis préalables soient satisfaits, autrement dit la capacité et le pouvoir.

1086. Finalement, la décision positive marque la fin de l'hésitation bien que le contrat révèle quelques traces de sa persistance, fort heureusement organisée par des clauses de garantie et autres sûretés ou avec le recours au mécanisme de la condition suspensive.

CHAPITRE 2 - DENOUEMENT PAR DECISION NEGATIVE

1087. Le processus décisionnel peut aboutir à une décision négative¹ qui met fin à la situation d'attente, laquelle a été vaine pour le débiteur du droit à l'hésitation. L'analyse des éléments dont dispose le potentiel contractant, son évaluation des risques encourus, la perte de l'enthousiasme initial, une opportunité plus intéressante, sont autant de raisons pouvant le conduire à ne pas donner suite à la proposition de contrat ou au contrat déjà formé. D'évidence, l'impact ne sera pas identique selon que le droit à l'hésitation concerne une proposition de contrat (Section 1) ou la phase de manifestation qui constitue les prémices du contrat définitif (Section 2).

Section 1 – La décision négative à une proposition de contrat

1088. Lorsque le droit à l'hésitation concerne la période préparatoire de la décision – de la phase de conception à celle de la délibération – les parties ne sont pas engagées dans le contrat définitif, en tout cas l'une d'entre elles. En effet, l'auteur de la proposition contractuelle peut être plus ou moins engagé dans le contrat définitif selon qu'il s'agisse d'une offre ou d'une promesse unilatérale. Dans cette dernière hypothèse, son immobilisme est total durant la situation d'attente car il a déjà donné son consentement. Tel n'est pas le cas du créancier du droit à l'hésitation qui au terme du droit de réflexion qui lui est accordé, peut décider de ne pas conclure le contrat projeté. L'expression de son refus (§1) ne permet pas la formation du contrat emportant, par suite, des conséquences pécuniaires (§2), singulièrement pour le promettant dont l'attente a été vaine.

§ 1 – L'expression du refus

1089. Contrairement à l'acceptation, la décision négative s'exprime en principe par le silence. Ce faisant, le potentiel contractant ne donne aucune suite à la proposition de contrat, son silence est alors éloquent (I). Reste que, parfois, l'ambiguïté inhérente au silence conduit l'auteur de la proposition à contraindre celui qui se tait à parler. Autrement dit, il est invité à

¹ SERNA J.-C., Le refus de contracter, Thèse, Paris, éd. 1965 ; BARRET O., Variations autour du refus de contracter, in Mélanges J.-L. Aubert, 2005, p. 5 et s ; MAZEAU D. (dir.), Dictionnaire du contrat, L.G.D.J, 2018, n° 322.

formuler expressément son refus, illustration une fois encore, de la supériorité du verbe (II) en droit¹.

I. Le silence éloquent

1090. La liberté de ne pas contracter², corollaire du principe constitutionnel de liberté contractuelle³, qui souffre néanmoins de quelques rares limites (B), permet à tout créancier d'un droit à l'hésitation de refuser une proposition contractuelle. Son abstention exprime alors son refus (A).

A. L'abstention comme expression du refus

1091. La décision est généralement observée sous le prisme de la positivité. Autrement dit, pourquoi l'intéressé fait telle chose plutôt que pourquoi ne fait-il pas telle chose. Pour la raison simple qu'il est plus facile d'analyser ce qui est palpable : le bruit plutôt que le silence par exemple. La décision positive se matérialise nécessairement car elle est action, l'immobilisme étant l'apanage de l'hésitation, de l'indécision. Reste que choisir de demeurer dans l'immobilisme, c'est néanmoins choisir. Autrement dit, l'immobilisme de l'hésitation se mue en un immobilisme décidé. L'intéressé décide de « ne pas », donc de refuser. Il s'agit d'une décision négative. Partant, il n'est pas surprenant que l'expression même du refus soit l'absence de manifestation. Autrement dit, le silence⁴. Le silence ne dit rien, n'engage pas justement parce qu'il est « *par essence un vide*⁵ ».

¹ Il existe en effet en droit, une forme d'ostracisme pour le silence. Par exemple, art. 1330 du Code civil : « *La novation ne se présume pas ; la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'acte.* » ; art. 1310 du Code civil : « *La solidarité est légale ou conventionnelle ; elle ne se présume pas.* » ; Cass. Civ. 3^{ème}, 20 janv. 2015, n° 13-12.127 : « *la renonciation à un droit ne peut résulter que d'actes manifestant, sans équivoque, la volonté de renoncer.* » Et l'illustration la plus éclatante sans doute, l'art. 1120 du Code civil.

² Il existe parfois une obligation de ne pas contracter, à cause d'une clause d'exclusivité par exemple.

³ Cons. const., 19 déc. 2000, n° 2000-437 DC, D. 2001. 1766, obs. D. Ribes ; GADS 2010. n° 110-111 ; GAJF, 5e éd. 2009. n° 7 ; RDSS 2001. 89, obs. P.-Y. Verkindt ; RTD civ. 2001. 229, obs. N. Molfessis ; Rec. p. 176 : « *la liberté contractuelle découle de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* ».

⁴ LITTMANN M.-J., Le silence dans la formation des actes juridiques, Thèse, Strasbourg, 1969 ; DIENER P., Le silence et le droit, Thèse, Bordeaux, 1975.

⁵ CARBONNIER J., Le silence et la gloire, Rec. Dalloz 1951, chron. p. 121.

1092. Le silence est en effet le vide, l'absence. L'absence de bruit, l'absence de parole. Cette inexpressivité troublante, voire dérangeante a pour conséquence que le silence est régulièrement associé d'adjectifs : un silence assourdissant, un silence élogieux. La neutralité du silence dérange ; il faut faire parler cette absence de mot ou de bruit. Seul ce paradoxe rend le silence acceptable. Nous y avons d'ailleurs succombé en intitulant notre paragraphe « Le silence éloquent ». Il est vrai en effet que certains silences sont plus bavards que d'autres¹.

1093. Le vrai est cependant que le silence revêt une connotation négative, plus encore en droit qui le saisit mal. Son caractère flou et ambiguë est à rebours de la recherche de certitude et de prévisibilité du droit. « *Le silence s'apparente alors à une abstention, qui est volontaire, ou à une omission, qui peut être involontaire. Il rejoint la carence, l'inertie, l'inaction, la lacune. Il peut couvrir le secret.*² » Le silence peut même être diffamatoire³.

1094. Les juristes s'interrogent souvent sur le sens du silence, bien que cela semble *a priori* étrange. Car au demeurant, comme ont pu l'expliquer certains, le silence « *ne dit rien, précisément parce qu'il est le silence*⁴ ». Qu'il nous soit pourtant permis de ne pas totalement souscrire à la justification de l'affirmation précédente selon laquelle « *le silence n'a pas à être interprété ; en effet, l'interprétation consiste à dégager d'une déclaration inachevée, équivoque ou ambiguë la volonté vraie du déclarant ; or le silence est l'absence de toute déclaration, même rudimentaire [...] il rend impénétrable la volonté de celui qui le garde et*

¹ Ibid. : « *La théorie générale admet qu'il puisse y avoir des silences injurieux ou diffamatoires. Mais ce sont des silences qualifiés, circonstanciés : des points de suspension habilement semés, des réticences évocatrices [...]. C'est tout simplement qu'ils ne sont pas de véritables silences. La suspension, la réticence, la prétérition sont des figures classées de rhétorique. [...]. À côté de cela, il y a des silences absolus, des silences parfaits. Ils peuvent être éloquents, avoir un sens pour qui sait ou qui conjecture, parce qu'il est toujours possible avec un minimum de pénétration, de deviner la pensée d'autrui. Mais rien ne les matérialise, et c'est pourquoi ils n'engagent pas la responsabilité.* »

² DELVOLVE P., Le silence en droit public, RDP 1^{er} juil. 2012, n° 4, p. 1171.

³ DETRAZ S., Diffamation, Répertoire IP/IT et Communication, Dalloz, mars 2021, n° 37 : « *L'omission – qui n'est pas le silence pur et simple – pourrait exceptionnellement emporter diffamation. Imaginons par exemple un ouvrage historique qui, sciemment, au moment d'indiquer quels sont les inventeurs ou découvreurs de telle ou telle machine ou loi physique, ne mentionnerait pas le nom d'une personne s'étant pourtant targuée notoirement d'en faire partie : une telle absence n'équivaudrait-elle pas à imputer à l'intéressé un mensonge sur ses mérites, de nature à porter atteinte à sa réputation ?* ».

⁴ VOIRIN P., note sous Cass. req. 29 mars 1938, Rec. Dalloz 1939, I, p. 5.

*permet même de douter que celui-ci ait eu, dans le for intérieur, la volonté de prendre une décision. On n'interprète pas le néant*¹ ».

1095. S'il est vrai que parfois le silence témoigne d'un processus décisionnel inachevé, d'une persistance de l'hésitation, il n'est pas uniquement cela. Plus encore dans une réponse attendue ; l'absence de réponse est la réponse elle-même. Le silence a alors un sens : le refus. Il exprime alors la décision négative de l'intéressé.

1096. En droit des contrats, contrairement au droit administratif², le refus à une proposition contractuelle n'a pas besoin d'être exprimé³. Il se déduit du silence⁴ car ce dernier « *ne vaut pas acceptation* » édicte l'article 1120 du Code civil⁵. Le silence doit être entendu comme le fait de ne rien dire, de ne pas agir⁶, autrement dit, l'absence d'une quelconque manifestation, sans pour autant qu'il s'agisse d'une abstention fautive. Le refus de contracter est en principe libre⁷.

1097. Le refus est exprimé de façons diverses. Par exemple, l'intéressé qui a sollicité plusieurs devis se contentera de ne pas donner suite et de ne pas recontacter les partenaires qu'il n'a pas retenu. Ou encore, lors d'une vente par adjudication, il s'abstiendra de lever la main. Il va ainsi adopter un comportement passif duquel l'auteur de la proposition

¹ *Ibid.*

² Art. L. 231-1 du Code des relations entre le public et l'administration : « *Le silence gardé pendant deux mois par l'administration sur une demande vaut décision d'acceptation.* »

³ Tout comme le silence opposé à une affirmation dans une instance ne vaut pas à lui seul, reconnaissance de ce fait. Cass. Civ. 1^{ère}, 18 avr. 2000, n° 97-22421 : Bull. civ. I, n° 111 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 7 mars 2000, n° 97-20858 : Bull. civ. I, n° 75, p. 52 ou encore Cass. Civ. 1^{ère}, 24 mai 2007, n° 06-18218 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 19 nov. 2014, n° 13-27449.

⁴ LITTMANN M.-J., Le silence dans la formation des actes juridiques, Thèse, Strasbourg, 1969 ; DIENER P., Le silence et le droit, Thèse, Bordeaux, 1975.

⁵ Cass. Civ. 25 mai 1870, DP 1870. 1. 257 ; GAJC, t. 2, n° 146 : « *Attendu, en droit, que le silence de celui que l'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée* » ; Cass ; Civ. 1^{ère}, 23 mai 1979, D. 1979. IR 488.

⁶ Il faut à cet égard le distinguer de l'acceptation tacite.

⁷ Art. 1102 al. 1 du Code civil : « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.* » Req. 24 nov. 1924, S. 1925. 1. 217, note Brèthe de la Gressaye, CA Paris, 17 oct. 1997, RJDA 1998. N° 133.

contractuelle déduira son refus. La décision négative s'exprimant par le mutisme est courante dans les offres à personne indéterminée.

1098. Elle l'est également pour les offres à personne déterminée comme l'absence de réponse à une offre d'emploi adressée par courrier électronique¹. Le fait que les parties aient déjà entretenu des relations commerciales est sans effet dès lors qu'il s'agit d'une nouvelle offre². Autrement, si la proposition est limitée dans le temps, il s'abstiendra de donner réponse laissant le temps faire son œuvre jusqu'à ce que l'acte soit caduc. Par exemple, l'article L. 412-8 du Code rural et de la pêche maritime dispose que le silence de la SAFER « *équivalait à une renonciation au droit de préemption* ». Pareillement, le bénéficiaire d'une promesse unilatérale ne lèvera pas l'option. En somme, il s'agit pour l'intéressé de ne pas s'exprimer, son silence marquant sa décision négative.

1099. Il se peut également, comme a pu le souligner Voirin, que l'absence de manifestation formelle par le mutisme, révèle la persistance de l'hésitation du potentiel contractant. Puisqu'il ne sait pas quoi faire, quel choix opéré, il ne fait rien. Reste que ne pas choisir, c'est pourtant choisir³. Le silence de l'intéressé manifeste alors une décision inconsciente.

1100. Pourtant force est d'observer au regard des nombreuses décisions, que, nonobstant le principe selon lequel le silence ne vaut pas acceptation, les demandeurs veulent

¹ CA Paris, 25^e ch. B, 17 juin 2005, Juris-Data n°285016.

² Cass. Civ. 5 avril 1993, n° 95-11.602 : « *le silence ne pouvant valoir à lui seul acceptation d'une offre de contrat, les juges du fond ne pouvaient déduire de l'exécution de la convention initiale des parties l'acceptation tacite par l'une d'elles du "bordereau-contrat", qui constituait le projet d'une convention distincte, à propos de laquelle la société Editions mondiales n'a donc émis aucune manifestation de volonté* ». Voir également, Cass. Soc., 5 nov. 2003, n° 01-43797 : « *Violait l'article 1134 du Code civil la cour d'appel qui rejette la demande de requalification du contrat de travail à durée déterminée en un contrat de travail à durée indéterminée au motif que deux nouveaux contrats à durée déterminée à caractère saisonnier ont été conclus pendant les saisons suivantes et que la salariée, qui avait fait acte de candidature, avait donc expressément accepté que son contrat de travail à durée indéterminée se transforme en un contrat de travail à durée déterminée alors que, d'une part, la seule absence de protestation ne vaut pas acceptation et alors, d'autre part, que, ne se présument pas, une novation ne pouvait être déduite de la seule conclusion d'un contrat à durée déterminée après une relation de travail requalifiée à durée indéterminée.* » Voir également, Cass. com., 1^{er} oct. 1991, n° 89-21.239 : RJDA 1992, n° 551, p. 447.

³ SARTRE J.-P. : « *Ne pas choisir, c'est encore choisir* ».

lui attribuer la valeur d'une acceptation tacite. Autrement dit, le cocontractant, de sa propre autorité, lui donne une signification : il interprète le silence en un certain sens. Ce sens est nécessairement positif car, finalement, c'est une décision positive qu'il espérait. Le silence est alors déceptif pour lui. Les juges se montrent toutefois pointilleux dans l'appréciation des circonstances, pour donner une autre valeur que celle du refus au silence¹.

1101. L'objectif est évidemment de garantir l'effectivité du rôle premier du silence à savoir exprimer un refus. Il s'agit également, de veiller au principe de liberté contractuelle, sous réserve de certaines limites.

B. Les limites à la liberté de refuser

1102. Le silence est donc le mode d'expression privilégié du refus à une proposition contractuelle, mode d'expression qui en principe est libre. Pour autant, le mutisme du potentiel contractant peut-il être fautif ? Il convient de répondre par l'affirmative à cette question, dans l'hypothèse où, son silence, sans valoir acceptation, a pu faire croire à cette acceptation².

1103. Par ailleurs, s'il est vrai que chacun est libre de ne pas contracter tel que le rappelle l'article 1102 du Code civil, cette liberté est-elle totale pour autant ? Tout d'abord, sans doute faut-il préciser que la liberté de ne pas contracter et le droit à l'hésitation ne permettent pas pour autant au potentiel contractant de manifester sa décision après un long délai, ce d'autant que le pollicitant peut s'être cru lié par son offre³.

¹ Parce qu'il n'avait pas d'autres choix par exemple, Cass. Civ. 1^{ère}, 24 mai 2005, no 02-15.188 P: D. 2006. 1025, note Bensamoun, JCP 2005. I. 194, no 1 s., obs. Pérès-Dourdou; CCC 2005, no 165, note Leveneur; RTD civ. 2005. 588, obs. Mestre et Fages; RDC 2005. 1007, obs. D. Mazeaud.

² CA Paris, 15^e ch. A, 7 nov. 1995, Juris-Data n° 024003.

³ Cass. Civ. 1^{ère}, 19 janv. 1977, no 75-14.096, P I, no 36; D. 1977. 593, note J. Schmidt-Szalewski, impl. : Manque de base légale l'arrêt qui se borne, pour déclarer sans cause une reconnaissance de dette établie pour dédommager un vendeur "de la perte de temps occasionnée" à la suite de la rupture de pourparlers de vente, à dire que celui-ci n'a subi aucun préjudice du fait de la renonciation par les acheteurs à leur projet d'acquisition, ne leur ayant pas consenti une promesse de vente qui aurait immobilisé son bien à leur profit, mais ayant formulé une simple offre, assortie d'un délai d'acceptation, sans rechercher si ce vendeur ne s'était pas cru lié par cette offre et n'avait pas, en fait, immobilisé son bien pendant le délai ainsi consenti.

1104. Au reste, la liberté du refus de contracter connaît deux limites. La première est le refus discriminatoire en raison d'un abus de position dominante prévu à l'article L. 420-2 du Code de commerce¹. La Cour de justice définit la position dominante comme « *le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs* ² » et utilise l'expression « pouvoir de marché » en l'assimilant à la position dominante³. C'est à cette définition que se réfèrent le Conseil de la concurrence et la cour d'appel de Paris⁴.

1105. Constitue alors un refus discriminatoire, l'entreprise qui abuse de sa position dominante lorsqu'elle subordonne un contrat à un autre. Ce faisant, elle « *exploite la technique classique d'un effet de levier par lequel une entreprise dominante sur un marché cherche à étendre de manière mécanique sa position dominante sur un autre marché, adjacent ou en aval* ⁵ ». C'est pour cette raison que la société Hilti, grand producteur de pistolets de scellement, fut condamnée pour son refus de vendre ses chargeurs sans les commandes de clous de sa fabrication⁶.

1106. De même, « *nonobstant le principe de la liberté contractuelle qui donne toute latitude pour refuser une offre, le refus est discriminatoire lorsque l'entreprise dominante entend accaparer par ce moyen un marché adjacent ou en aval. L'affaire emblématique est*

Par ailleurs, l'existence d'un contrat n'exclut pas la responsabilité délictuelle et condamnation sur le fondement de l'art. 1382 du Code civil, du bénéficiaire d'une option, dans le cadre d'une promesse de vente qui a tardé à faire connaître son refus d'acheter. Bordeaux, 28 sept. 1998, Juris-Data n° 048335.

¹ Art. L. 420-2 al. 1 du Code de commerce : « *Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.* »

BLAISE J.-P., Abus de position dominante, Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2005 (actualisation : 2020).

² CJCE, 13 févr. 1979, aff. 85/76, Hoffmann-La Roche.

³ CJUE, 17 févr. 2011, aff. C-52/09, TeliaSonera Sverige AB, pts 78 à 81. ; CJUE, 19 avr. 2012, aff. C-549/10 P, Tomra Systems ASA, pt 39.

⁴ Voir par exemple, Cons. conc. 2003, p. 267.

⁵ PRIETO C., Abus de position dominante, JCl. Europe Traité, Synthèse, 30 sept. 2020, n° 21 et s.

⁶ TPICE, 12 déc. 1991, aff. T-30/89, Hilti AG : Rec. CJCE 1991, p. II-1439.

celle où Commercial Solvents refusait, par l'intermédiaire de sa filiale italienne, de continuer à livrer à l'entreprise Zoja des matières premières qui étaient indispensables à la production d'un produit dérivé dont elle voulait se réserver la production ¹». En droit national, « selon une jurisprudence bien établie, une entreprise dominante n'exploite sa position de façon abusive que lorsqu'elle refuse de fournir des biens ou des services dans le but de limiter ou d'exclure ses concurrents réels ou potentiels d'un marché déterminé et de renforcer sa position sur ce marché. ²»

1107. Les critères d'appréciation du refus discriminatoire sont les suivants : le refus doit porter sur un produit ou service objectivement nécessaire (« nécessité objective de l'intrant »)³ ; le refus est susceptible de conduire à l'élimination de toute concurrence ; le refus est susceptible de léser le consommateur⁴. Toutefois, la cour d'appel de Paris a pu considérer comme discriminatoire un refus de contracter alors même que le bien du refus n'est pas indispensable⁵.

1108. Il faut ainsi retenir de cet arrêt que « la Cour confirme, d'une part, la possibilité d'un abus par refus discriminatoire de contracter, même lorsque le bien objet du refus n'est pas indispensable. C'est bien, alors, la qualification de discrimination qui sert de fondement à la condamnation. La Cour observe, en outre, que ce refus « avait créé au préjudice de celle-ci, sans justification économique ou juridique, un désavantage en termes de coûts et d'image par rapport à l'ensemble de ses concurrents sur le marché des logiciels de gestion de la relation client dans le secteur d'activité de l'industrie de la santé faussant ainsi le jeu de la concurrence par les mérites » – les zéloteurs d'une approche plus économique de l'abus pourront trouver cela un peu court. D'autre part, l'arrêt rappelle que le refus de contracter ne pouvait utilement être justifié par un soupçon de contrefaçon : « la mise en œuvre d'une pratique

¹ PRIETO C., Abus de position dominante, *op. cit.*, n° 21 et s. (CJCE, 6 mars 1974, aff. jtes 6/73 et 7/73, Commercial Solvents Corporation : Rec. CJCE, 1974 p. 223).

² Décis. Cons. conc. N° 04-D-77 du 22 déc. 2004 [Société Productiv et laboratoire GlaxoSmithKline], BOCCRF 31 mars 2005.

³ Décis. Cons. conc. N° 92-D-26 du 31 mars 1992 [Marché du calcium-métal], Rapp. Cons. conc. 1992, ann., p. 248, BOCCRF 30 mai, Rec. Lamy, no 490, obs. V. Sélinisky ; CA Paris, 14 janv. 1993 [réform. part.], BOCCRF 13 févr.

⁴ PRIETO C., Abus de position dominante, *op. cit.*, n° 21 et s.

⁵ CA Paris, pôle 5, ch. 5-7, 24 sept. 2015, n° 2014/17586, Cegedim SA.

anticoncurrentielle ne peut être légitimée par un comportement illicite d'un opérateur, contre lequel existent des voies de droit appropriées. ¹»

1109. La seconde limite est le refus de vente du professionnel à un consommateur, prohibé par les dispositions de l'article L121-11 du Code de la consommation : « *Est interdit le fait de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime* ». Sans doute faut-il préciser que le refus de vente est sanctionné par une contravention de 5^e classe 1500 euros pour une personne physique, 7500 euros pour une personne morale² et qu'en cas de discrimination comme définie aux articles L. 225-1 et suivants du Code pénal, l'infraction relève du délit.

1110. C'est dire que le principe en la matière est l'obligation de contracter, le refus n'étant possible qu'autant qu'il se justifie par un motif légitime. Le professionnel doit donc motiver son refus. Pour qu'il y ait refus de vente, il faut une demande d'achat d'un consommateur qui essuie un refus comme le fait de refuser la vente d'un article exposé en vitrine pour ne pas défaire celle-ci. Le motif légitime le plus couramment invoqué est la rupture de stock³. Mais ne constitue pas un motif légitime les convictions religieuses ou éthiques du professionnel⁴.

1111. Il faut ainsi considérer que le droit à l'hésitation garantit l'effectivité du principe de liberté contractuelle. Il permet à l'intéressé de réaliser son processus décisionnel dans un contexte favorable. L'on considère de ce fait, que la décision qui en résulte est en principe la bonne, peu important qu'elle soit négative. C'est dire que même dans cette dernière hypothèse, elle ne doit pas être remise en cause. Ce principe est intangible et ne peut souffrir que de rares exceptions justifiées par la protection d'une partie faible.

¹ BOSCO D., Sanction d'un abus par refus discriminatoire de contracter : la cour d'appel de Paris confirme la décision Cegedim, Contrats Concurrence Consommation n° 12, Décembre 2015, comm. 285 (CA Paris, pôle 5, ch. 5-7, 24 sept. 2015, n° 2014/17586, Cegedim SA).

² Article R.132-1 du Code de la consommation.

³ Cass. Crim. 6 janv. 1981, Gaz. Pal. 1981. 2. 608.

⁴ Cass. Crim. 21 oct. 1998, Bull. crim. n° 273, CCC 1999, comm. 33, obs. G. Raymond, JCP E 2000. 990, obs. E. Garaud.

II. La supériorité ponctuelle du verbe

1112. La décision négative de contracter est donc libre dans son principe mais également dans sa forme. La manifestation de la décision négative par le silence est cohérente puisqu'il s'agit finalement d'exprimer une « non intention » de contracter, une absence de volonté¹. Mais parfois, le droit lui donnera une autre valeur. L'article 1120 du Code civil relatif au silence au moment de la conclusion du contrat, utilise en effet le verbe « vouloir ». Sauf qu'en pareille hypothèse, il ne s'agit pas à proprement parler d'un silence mais plus justement d'une manifestation tacite. Autrement dit, il y a d'une manière ou d'une autre une action qui est par définition, l'opposé du silence.

1113. C'est ce qui explique que l'on ne puisse accorder au véritable silence la valeur d'une acceptation car il y a une absence de mouvement. L'offre de contrat dans l'intérêt exclusif de son destinataire en est un très bon exemple. Nous évoquons ici les conventions d'assistance bénévoles issues de l'aide que peut apporter une personne à une autre qui est blessée. Pour justifier de l'obligation contractuelle de réparer les conséquences des dommages corporels subis par celui qui a porté assistance, la Cour de cassation évoque une convention d'assistance bénévole qui serait intervenue entre les deux. « *Or, il est parfois malaisé de repérer ne serait-ce qu'un brin de consentement de la part de l'assisté. Il suffit de songer aux hypothèses où celui-ci est inconscient, dans lesquelles il arrive même que ce soit un proche de la victime qui appelle quelqu'un à l'aide.*² » Il s'agit là d'un véritable silence dans lequel pourtant la Cour de cassation voit un consentement tacite³. Il s'agit d'une « contorsion⁴ », sans doute louable qui a pour but de réparer le préjudice de celui qui, bienveillant, a voulu secourir mais s'est blessé, mais d'une contorsion tout de même⁵. Plus encore lorsque la victime est inconsciente. Il n'est donc pas surprenant que ce cas de figure n'ait pas été retenu dans les exceptions du nouvel article 1120 du Code civil.

¹ JESTAZ Ph., Libres propos sur le silence, Les Cahiers de droit, Vol. 56, n° 3-4, Sept.-Déc. 2015, p. 733 et s.

² FORTI V., Quasi-contrats, JCl. Civ. Code, Fasc. Unique, n° 44.

³ Cass. Civ. 2^{ème}, 12 sept. 2013, n° 12-23.530 : JurisData n° 2013-019289 ; RDC 2014, n° 1, p. 16, obs. T. Genicon ; Resp. civ. et assur. 2013, comm. 320, note S. Hocquet-Berg.

⁴ FORTI V., Quasi-contrats, *op. cit.*, n° 44.

⁵ La doctrine propose d'y voir plutôt un quasi-contrat. CAMPION L., La notion d'assistance en droit privé, Thèse, L.G.D.J., 1927, n° 42 ; MONTAS A., Le quasi-contrat d'assistance. Essai sur le droit maritime comme source du droit, Thèse, L.G.D.J., 2007.

1114. Toutefois, le silence laisse place aux supputations que le droit tolère mal car source d'insécurité juridique¹. « *En effet, parce qu'il est porteur de messages variés, ambigus, différents, selon le contexte dans lequel il apparaît, le silence doit être clarifié, déchiffré, décodé, décrypté, interprété. En d'autres termes, il faut faire parler le silence.* ²»

1115. Dans le cas d'une promesse unilatérale à durée indéterminée, le silence du bénéficiaire est nécessairement source d'inquiétude et d'incertitude pour le promettant. Doit-il considérer que son processus décisionnel est encore en cours ou que son silence est le signe de son refus de lever l'option ? S'agit d'un oubli ? En somme, les raisons de son silence sont multiples. Or, ce dernier se trouve dans une situation particulièrement contraignante pour lui.

1116. Il s'agit en effet d'un contrat qui lie le promettant puisqu'il a déjà donné son consentement au contrat projeté. Par suite, il ne peut, pour se libérer, compter sur le recours au délai raisonnable comme pour l'offre³. Il doit, pour être certain, solliciter son cocontractant sur l'interprétation à faire de son silence, ce d'autant que sa décision négative est libératrice pour lui. En effet, si le bénéficiaire refuse expressément de lever l'option, le promettant recouvre alors sa liberté. Il va sans dire que le promettant ne peut arbitrairement interpréter le silence du bénéficiaire comme un refus et contracter avec un tiers. Une telle attitude serait constitutive d'une violation de la promesse.

1117. Il est tenu d'adresser un courrier à son cocontractant lui demandant de le fixer quant à ses intentions. Il exigera une réponse dans un délai précis au terme duquel le bénéficiaire sera réputé y avoir renoncé. Une forme d'action interrogatoire qui permet au promettant de lever l'incertitude quant à la valeur à donner au silence du bénéficiaire.

1118. Il est vrai que le régime des promesses unilatérales à durée indéterminée est quelque peu délaissé⁴. Mais un par un arrêt remarqué de 2017, la chambre commerciale est venue les mettre à nouveau sur le devant de la scène. Il faut dire que les arrêts sur les questions

¹ Voir notamment, PIAZZON Th., La sécurité juridique, *op. cit.*, n° 45 et s.

² URBAIN NGAH NOAH M., Quelques réflexions sur le silence et le droit : essai de systématisation, Les Cahiers de droit, Vol. 56, n° 3-4, Sept.-Déc. 2015, p. 575 et s.

³ Art. 1117 du Code civil.

⁴ GENICON Th., « Résiliation » d'une promesse à durée indéterminée, nature des promesses unilatérales croisées, sanction de la rétractation de la promesse : un triple revirement ?, RDC, 9 mars 2018, n° 01, p. 11.

étaient aussi anciens que rares. Le premier date de 1941 et décide que¹ : « *Attendu que l'auteur d'une promesse de vente qui a eu lieu sans limitation de temps ne peut en être dégagé qu'après avoir mis celui à qui elle a été faite en demeure de l'accepter dans un délai déterminé, à moins qu'il ne soit établi que le bénéficiaire a renoncé à s'en prévaloir* ». Il a sans nul doute le mérite de la clarté. Le même attendu est d'ailleurs repris dans un arrêt de 1949².

1119. La troisième chambre civile adopte une position similaire peu après et décide que³ : « *qu'aucun délai n'ayant été stipulé pour lever l'option, veuve x... ne pouvait rétracter son engagement sans mettre en demeure, préalablement, les époux y... d'accepter ou de refuser l'achat de l'immeuble dans un délai déterminé, ou sans prouver leur renonciation à se prévaloir de sa promesse* ».

1120. Dans l'arrêt de 2017, la chambre commerciale énonce que : « *Mais attendu qu'après avoir retenu que le protocole d'accord du 13 octobre 2005 constitue une convention à durée indéterminée, comme telle toujours susceptible de résiliation unilatérale, puis énoncé que la faculté de rompre ne peut s'exercer de façon abusive et que son auteur doit faire connaître ses intentions suffisamment à l'avance pour permettre à son cocontractant de prendre parti, l'arrêt retient qu'un préavis était sous-entendu à la convention car inhérent au mécanisme de la rupture unilatérale ; que par ces seuls motifs, abstraction faite de tous autres surabondants, la cour d'appel, qui a souverainement estimé à six mois la durée du préavis raisonnable, a pu retenir que la résiliation du protocole était intervenue prématurément ; que le moyen, inopérant dans sa troisième branche qui critique un motif surabondant, n'est pas fondé pour le surplus* ».

¹ Cass. civ., 10 juin 1941 : Dalloz actualité 1941, p. 274 ; RTD civ. 1941, p. 602, obs. Carbonnier J.

² Cass. civ., 4 avr. 1949 : D. 1949, p. 316, RTD civ. 1949, p. 423, obs. Carbonnier J.

³ Cass. Civ. 3^{ème}, 24 avr. 1970, n° 68-10536 : Bull. civ. III, n° 279, Defrénois 1971, p. 1049, obs. Aubert J.-L. ; RTD civ. 1971, p. 133, obs. Loussouarn Y. Voir également CA Rennes, 10 mai 1994, Poullouac/Munaut, Juris-Data n° 047520 : « *en l'absence d'un délai stipulé pour l'exercice de l'option, les promettants pouvaient, avant que la vente ne devienne définitive, rétracter leur engagement, mais uniquement à condition de mettre le bénéficiaire en demeure d'accepter ou de refuser l'achat de l'immeuble avant une date déterminée. A défaut d'une telle mise en demeure, les lettres des vendeurs adressées au notaire avant que l'acheteur du bien litigieux ne manifeste sa volonté de se porter acquéreur, ne sauraient valoir retrait de l'offre de vente.* »

1121. Comme il l'a été souligné, cette décision est pour le moins ambiguë¹. Elle qualifie la promesse unilatérale de convention à durée indéterminée qui peut être résiliée sous réserve de respecter un préavis raisonnable. Reste que, elle ne sanctionne pas le préavis insuffisant par des dommages-intérêts, mais par son inefficacité. Autrement dit, la levée d'option intervenue dans l'intervalle a pu former la vente. Une partie de la doctrine considère en effet que si « *la faculté de conclure sans détermination de durée est un principe toutes les fois que le législateur est resté muet, néanmoins la résiliation unilatérale du contrat est le tempérament impératif à ce principe et est unanimement considéré comme le corollaire de la prohibition de l'engagement perpétuel et constitue l'indispensable protection de la liberté individuelle* ² ».

1122. Ainsi, la promesse unilatérale sans durée est résiliable unilatéralement par une mise en demeure préalable, formalité exigée lorsque le débiteur d'une obligation de faire ne l'exécute pas ; le bénéficiaire ayant une obligation de faire connaître son choix³. « *Il faut donc qu'un choix soit effectué, mais d'autre part, il faut également, puisqu'aucun délai n'a été fixé, que le promettant ait la possibilité de résilier unilatéralement le contrat. Ce droit de résiliation s'exerce dans la faculté de mettre à tout moment le bénéficiaire dans l'obligation de faire connaître son choix dans un délai maximum. Il ne peut le faire qu'au moyen d'une mise en demeure.* ⁴ »

1123. Pour d'autres en revanche, « *l'analyse d'une promesse sans délai en un contrat à durée indéterminée est largement factice. Cette analyse, en effet, n'est qu'un avatar de la jurisprudence Consorts Cruz faisant implicitement reposer la promesse de contrat sur une sorte de prestation de service à exécution successive déployée par le promettant (un maintien en continu du consentement ?).* ⁵ » Nous pensons également qu'il ne saurait être question de résiliation unilatérale. Il faut en effet voir dans la décision de 2017, une forme de revirement amorçant le nouveau droit. « *La solution ici retenue en effet renoue avec la jurisprudence de*

¹ GENICON Th., « Résiliation » d'une promesse à durée indéterminée, nature des promesses unilatérales croisées, sanction de la rétractation de la promesse : un triple revirement ?, *op. cit.*

² AZEMA J., La durée des contrats successifs, Thèse, L.G.D.J, 1969, n° 142.

³ BÉNAC-SCHMIDT Fr., Le contrat de promesse unilatérale de vente, *op. cit.*, p. 42.

⁴ *Ibid.*

⁵ GENICON Th., « Résiliation » d'une promesse à durée indéterminée, nature des promesses unilatérales croisées, sanction de la rétractation de la promesse : un triple revirement ?, *op. cit.*

1970 qui, on l'a dit, était précisément la conséquence logique d'une analyse technique de la promesse reposant sur un droit d'option : dans le cas d'une promesse sans délai, il n'était pas question, à l'époque, de la résiliation d'un engagement à durée indéterminée ; le bénéficiaire était plus exactement sommé par le promettant d'user ou de renoncer à ce droit d'option (par où, du reste, le lien se ferait aujourd'hui plus facilement avec la nouvelle figure de l'action interrogatoire qu'avec celle, visée alors, de la mise en demeure).¹ »

1124. Au surplus, dans l'hypothèse d'un droit d'option faisant partie d'un plus vaste ensemble comme un pacte d'actionnaire par exemple - qui est généralement à durée indéterminée - si l'on s'en tient à l'analyse d'une résiliation unilatérale, le pacte serait alors résilié. En réalité, puisque la promesse repose sur un droit d'option, l'intéressé ne peut que la lever ou y renoncer. S'il y renonce, le promettant est alors libéré. Reste que pour être valablement libéré, il doit être sommé de se décider dans un délai raisonnable, qui est sans rapport avec un quelconque préavis².

1125. Il faut en effet distinguer entre la durée du droit d'option et la durée du contrat qui le contient. Les deux durées peuvent se confondre dans l'hypothèse d'un contrat qui « épuise son objet dans la promesse de cession. Mais il peut très bien en aller autrement pour des contrats plus évolués contenant une promesse parmi d'autres obligations (pacte d'associés notamment, contrats de distribution, etc.). On peut par exemple penser à un pacte d'associés conclu pour une durée de 30 ans, qui comprenne, parmi bien d'autres engagements, une promesse de cession dont le juge décide que le droit d'option qu'elle fait naître est plus court car implicitement enfermé par les parties dans un délai raisonnable. ³»

1126. La qualification de mise en demeure ne nous semble pas non plus opportune. Elle est définie comme l'« acte par lequel le créancier avertit le débiteur d'une obligation échue qu'il en attend l'exécution⁴ ». Or, le bénéficiaire n'est tenu à aucune obligation de faire mais est titulaire d'un droit, le droit d'option, ce que confirme la lettre de l'article 1124 nouveau

¹ Ibid.

² Voir en ce sens, Cass. Com. 21 janv. 2021, n° 18-22.492 dans lequel il est question d'un délai d'option implicite.

³ BARBIER H., De la promesse assortie d'un délai d'option implicite, *op. cit.*

⁴ LAITHIER Y.-M., Promesse unilatérale de vente : revirement de jurisprudence et nouveau recul de l'exécution en nature, RDC, 1^{er} juil. 2009, n°3, p. 995.

du Code civil. Il s'agit donc davantage d'une action interrogatoire comme celle offerte au tiers d'un pacte de préférence qui « *peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir*¹ ». Ainsi, à défaut de réponse dans le délai indiqué, le bénéficiaire du pacte ne peut plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat, tout comme le bénéficiaire de la promesse est réputé y avoir renoncé.

1127. En somme, le silence, parce qu'il donne lieu à interprétation, commande parfois que la décision négative soit formulée expressément. Force est ainsi d'admettre que la supériorité du verbe dans certaines hypothèses. Reste qu'en tout état de cause, le potentiel contractant n'a pas à motiver son refus, c'est-à-dire à justifier son refus².

§ 2 - Les conséquences pécuniaires

1128. La principale conséquence résultant de la décision négative est que le contrat projeté ne sera finalement pas conclu³. L'attente aura donc été vaine pour le débiteur du droit à l'hésitation, plus encore, nous l'avons souligné, pour le promettant. Toutefois, le droit à l'hésitation est généralement consenti à titre onéreux dans le cadre d'une promesse unilatérale avec une indemnité d'immobilisation. En cas de décision négative, cette dernière a également pour fonction de payer l'attente vaine (I) du promettant car elle lui reste acquise, sauf exceptions commandant la diminution, voire la restitution de son prix (II).

I. Le paiement de l'attente vaine

1129. Le droit à l'hésitation est composé de mécanismes s'exerçant essentiellement dans la durée. Cela se justifie par le fait que pour surmonter l'hésitation, le déroulement du processus décisionnel doit s'épanouir dans le temps : le temps de recenser les informations

¹ Art. 1123 du Code civil, al. 3 et 4.

² FABRE-MAGNAN M., L'obligation de motivation en droit des contrats, in Mélanges Ghestin, L.G.D.J, 2001, p. 301 et s.

³ Dans le cas d'une promesse, celle-ci étant éteinte, le bénéficiaire ne peut demander au juge le prononcé de sa réalisation forcée ou de celle de la vente. CA Caen, 1re ch. civ., 29 oct. 2002, n° 01/00309 : JurisData n° 2002-199895 ; CA Lyon, 1re ch., 24 janv. 2002, n° 1996/02037 : JurisData n° 2002-168376.

pertinentes¹, le temps de les analyser, le temps de délibérer, le temps de peser le pour et le contre, le temps de choisir. D'où la situation d'attente qui en découle. Ce temps est évidemment confortable pour le créancier du droit à l'hésitation. Il n'en va pas nécessairement de même pour le débiteur. Contraint d'attendre, contraint parfois même à un immobilisme total, il subit le temps. Cela est d'autant plus vrai dans l'hypothèse d'une promesse unilatérale de vente².

1130. L'immobilisme est en effet total pour lui qui a irrévocablement donné son consentement à la vente³. Il n'a d'autre choix que d'attendre la décision du bénéficiaire. Il ne peut envisager ni de revenir sur décision – une telle rétractation serait sans effet et n'empêche pas la conclusion du contrat martèle l'alinéa 2 de l'article 1124 du Code civil – ni de conclure avec un tiers. Reste que dans le même temps, d'autres potentiels acquéreurs peuvent se présenter, prêts à s'engager immédiatement ou encore offrant un meilleur prix. En somme, il voit lui échapper des ventes potentielles.

1131. L'on peut dès lors admettre qu'un tel avantage procuré par le droit à l'hésitation quasi intangible qu'il offre au bénéficiaire, soit onéreux. En effet, « *il n'a jamais été contesté que toute intention libérale est absente du contrat de promesse de vente* ⁴ ». Il s'agit d'ailleurs d'un contrat conclu dans l'optique d'une vente. Il s'agit au surplus d'un contrat présentant un intérêt économique indéniable qui favorise et sécurise les transactions⁵. Le droit à l'hésitation qu'il confère au bénéficiaire est rassurant car il s'agit d'un engagement financier lourd – dont il faut s'assurer du financement - qui mérite la plus grande attention et une décision réfléchie, qui demande donc du temps. Il est sécurisant pour le promettant qui sait qu'en tout état de cause, que l'issue soit positive ou négative, il ne sera pas totalement perdant, ce, grâce à l'indemnité d'immobilisation.

1132. L'indemnité d'immobilisation assure une double fonction. D'une part, elle lui confère un droit d'option durant un temps limité, autrement dit un droit à l'hésitation.

¹ Cf. supra n° 394.

² BENAC-SCHMIDT, Le contrat de promesse unilatérale de vente, *op. cit.* ; GUIANO J.-Ph., Les promesses de vente d'immeuble, Thèse, Toulon, 2009.

³ Art. 1124 du Code civil.

⁴ BÉNAC-SCHMIDT Fr., Le contrat de promesse unilatérale de vente, *op. cit.*, n° 37.

⁵ Plus encore lorsqu'il s'agit d'un immeuble ou d'un fonds de commerce.

La jurisprudence la nomme « prix de l'exclusivité ¹ ». C'est en tout cas le prix du droit à l'hésitation. D'autre part, elle sert de paiement au promettant dans le cas où, il décide de ne pas lever l'option car elle lui reste acquise en cas de décision négative du bénéficiaire². C'est le prix de l'attente vaine. Tel est l'objet de l'indemnité d'immobilisation.

1133. La détermination précise de son objet est importante car d'elle, dépend la qualification qui sera retenue par les juges en cas de litige. La précision de son objet permet en effet d'éviter toute confusion avec la clause de dédit³ puisque cette dernière clause n'a de sens que si elle porte sur un contrat de vente définitivement conclu. Or, la promesse unilatérale de vente n'en constitue qu'une étape préalable. En outre, il ne s'agit pas du prix de la liberté du bénéficiaire en raison du pouvoir de se dédire. Il a tout au contraire le pouvoir d'opter.

1134. Il ne s'agit pas davantage qu'il y ait une confusion avec la clause pénale⁴. L'indemnité d'immobilisation peut porter à croire qu'il s'agit de sanctionner le bénéficiaire d'une obligation contractuelle inexécutée. Sans doute le vocable « indemnité » qui peut-il donner cette impression conduisant à suggérer qu'elle soit renommée « prime d'immobilisation⁵ ». Reste que le bénéficiaire n'a pris aucun engagement⁶. La clause pénale a pour vocation de déterminer par avance le montant des dommages-intérêts dont sera automatiquement redevable la partie défaillante en cas d'inexécution de son obligation⁷. La qualification de clause pénale n'est pas sans conséquence puisque le juge tient en effet des

¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 5 déc. 1995, n° 93-19874 : JurisData n° 1995-003515 ; Bull. civ. 1995, I, n° 452 ; Defresnois 1996, art. 36354, n° 62, obs. D. Mazeaud, et art. 36358, n° 80, obs. A. Bénabent : « *l'indemnité d'immobilisation, stipulée dans une promesse unilatérale de vente comme acquise au promettant en cas de défaut de réalisation de la vente constitue le prix de l'exclusivité consentie au bénéficiaire de la promesse.* »

² *Ibid.*

³ BOYER L., La clause de dédit, *op. cit.* Voir Cass. Com., 23 juin 1958, D. 1958, 581, note Ph. MALAURIE.

⁴ MAZEAU D., La notion de clause pénale, Thèse, L.G.D.J, 1992.

⁵ MOUSSERON P., obs. sur Cass. Civ. 3^{ème}, 10 mars 2015, in Technique contractuelle : JCP E 2015, 1296, n° 1.

⁶ MAZEAU D., La notion de clause pénale, *op. cit.*, n° 344 et s.

⁷ Cass. Civ 3^{ème}, 24 sept. 2008, n° 07-13.989 : « *Viole les dispositions de l'article 1226 du Code civil la cour d'appel qui, saisie d'une demande de modération d'une indemnité d'immobilisation, dit n'y avoir lieu à réduction au motif qu'il s'agirait d'une indemnité forfaitaire et non d'une pénalité, alors qu'il résultait de ses propres constatations que la stipulation, fut-elle improprement qualifiée d'indemnité d'immobilisation, avait pour objet de faire assurer par l'acquéreur l'exécution de son obligation de diligence.* » Mais déjà, Cass. Civ. 3^{ème}, 5 déc. 1984 : Bull. civ. 1984, III, n° 207. ; CA Versailles, 27 mars 1992 : D. 1993, p. 233. ; CA Paris, 25 mai 1999 : D. 1999.

dispositions de l'article 1231-5 du Code civil, le pouvoir de modérer ou d'augmenter la clause pénale qui lui est soumise si, au regard du préjudice subi par la partie qui s'en prévaut, elle indemnise celle-ci de manière excessive ou notoirement insuffisante¹.

1135. C'est dire que l'indemnité d'immobilisation n'a aucun caractère comminatoire. Ce d'autant que la situation d'attente ne lui cause aucun préjudice. Les ventes qu'il pourraient rater dans l'intervalle ne sont en effet qu'éventuelles. Il se peut d'ailleurs qu'il ne reçoive aucune autre proposition. Au surplus, *« il n'est pas inconcevable qu'après le refus du bénéficiaire le promettant vende son bien à un prix plus intéressant que celui fixé et « figé » par le contrat de promesse² »*.

1136. L'indemnité d'immobilisation n'est rien d'autre que la contrepartie du droit à l'hésitation que confère la promesse unilatérale et *« est marquée par son automaticité du seul fait de la non levée d'option par le bénéficiaire et sans que le promettant n'ait à justifier d'un quelconque préjudice³ »*. Autrement dit, en cas de réponse négative du bénéficiaire, elle reste acquise au promettant, mais s'impute sur le prix de vente en cas de réponse positive.

1137. Il peut sembler curieux que le bénéficiaire soit prêt à se départir d'une somme – importante parfois – alors qu'il n'est pas certain de sa décision finale ; qu'en outre, il n'est pas contractuellement engagé à lever l'option. Pourquoi prendre un tel risque ? Cette singularité explique qu'au demeurant, la doctrine et la jurisprudence refusaient d'admettre la validité des

¹ Art. 1231-5 du Code civil : *« Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.*

Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.

Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.

Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure. »

² MAZEAUD D., La révision de l'indemnité d'immobilisation (ou la loi contractuelle à l'épreuve du protectionnisme des juges), JCP N., 92, 1, 100522.

³ SIZAIRE Ch., Distinction entre indemnité d'immobilisation et clause pénale, Construction - Urbanisme n° 11, Novembre 2008, comm. 174.

clauses prévoyant une indemnité d'immobilisation dans les promesses unilatérales¹. « *Le bénéficiaire ne pouvait s'engager à verser une somme destinée à compenser l'inexécution d'une obligation qu'il ne s'était pas engagé à exécuter*² ».

1138. La question se pose avec d'autant plus d'acuité que le montant de l'indemnité est élevé. En effet, ponctuellement, les juges ont déjà pu requalifier une promesse unilatérale en promesse synallagmatique dans le cas où l'indemnité d'immobilisation était particulièrement élevée³. Les faits, somme toute classiques, étaient les suivants⁴. Une société avait consenti à une promesse unilatérale de vente d'un immeuble et versé, à ce titre, une indemnité d'immobilisation. N'ayant pas signé l'acte authentique dans le délai de la promesse, elle fut assignée par le promettant en paiement de l'indemnité litigieuse et en réparation de son préjudice. Le promettant, débouté de sa demande en réparation de préjudice, forma un pourvoi. Il reprochait à la cour d'appel d'avoir relevé que l'importance de l'indemnité d'immobilisation créant une véritable obligation d'acquérir à la charge du bénéficiaire, transformant la promesse unilatérale de vente en contrat synallagmatique mais d'avoir ensuite retenu que le bénéficiaire n'ayant souscrit aucune obligation d'acquérir, n'avait pu commettre de faute en refusant d'acquérir le bien objet de la promesse.

1139. Pour la Cour de cassation, la cour d'appel, de ce point de vue, ne s'est pas contredite. Elle approuve les juges du fond d'avoir considéré que le bénéficiaire n'avait « souscrit aucune obligation d'acquérir » et que par conséquent « n'avait commis aucune faute en refusant d'acquérir le bien ». En revanche, l'arrêt est censuré pour défaut de base légale. Il est reproché aux juges du fond de ne pas avoir relevé « *que la promesse de vente était assortie d'une indemnité si importante par rapport au prix de vente qu'elle privait [le bénéficiaire] de sa liberté d'acheter ou de ne pas acheter.* » La requalification supposait que la cour d'appel indique en quoi le montant de l'immobilisation, comparé au prix de vente et à la durée de l'exclusivité consentie, rendait l'option illusoire et contraignait son bénéficiaire à acheter le bien, même s'il n'avait pas exprimé de consentement en ce sens.

¹ Mais sa licéité a été consacrée par la chambre commerciale par l'arrêt du 23 juin 1958, *op. cit.*

² BÉNAC-SCHMIDT Fr., Le contrat de promesse unilatérale de vente, *op. cit.*, n° 41.

³ Cass. Com. 13 févr. 1978, n° 76-13.429.

⁴ Cass. Civ. 3^{ème}, 26 sept. 2012, n° 10-23.912, D. 2013. 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; AJDI 2012. 782 ; RTD civ. 2012. 723, obs. B. Fages.

1140. C'est dire que lorsque l'indemnité d'immobilisation présente un caractère excessif par rapport au prix de vente du bien, la Cour de cassation admet qu'à titre de sanction, la promesse unilatérale soit requalifiée en promesse synallagmatique de contrat. Reste que le bénéficiaire ne peut alors pas se libérer de la promesse. Si cette solution vise à le protéger de la pression du contractant, elle produit l'effet contraire. Sauf à considérer qu'il est de mèche avec le promettant, on lui impose la conclusion de la vente alors que précisément, il ne souhaitait pas conclure le contrat projeté. Paradoxal... Au surplus, comme l'affirme justement M. Najjar, « *quelle que soit l'importance du dédit, la nature de la promesse ne change pas. L'intention d'acquiescer n'est pas l'engagement d'acheter, alors que la promesse engage le promettant et le lie* ¹ ».

1141. Un autre élément pose question. Quels sont les critères permettant d'apprécier le caractère excessif du montant de l'indemnité ? « *Faut-il se limiter au critère de la proportionnalité du montant de l'indemnité d'immobilisation au prix du bien ? Ne faut-il pas également prendre en considération la durée de l'immobilisation ? Ne faudrait-il pas enfin prendre en compte la situation économique du bénéficiaire de l'option au moment de l'exercice du choix ? Il est parfaitement concevable qu'une indemnité de 10%, considérée par nos tribunaux comme non contraignante, le soit cependant pour un contractant donné. L'appréciation « in concreto » de la contrainte apparaît en effet la technique la plus acceptable et sans nul doute la plus logique dans un tel contexte.* ² »

1142. La Cour de cassation a déjà pu prendre une décision contraire et dire que « *l'importance de l'indemnité d'immobilisation n'enlève rien au caractère unilatéral de la promesse* ³ ». Cette solution nous semble plus opportune. Admettre le contraire et permettre une appréciation *in concreto* c'est ouvrir la porte aux contentieux et ouvrir la voie à une grande incertitude judiciaire. Au surplus, cela fragiliserait l'efficacité de la promesse unilatérale qui, avec la réforme, a retrouvé sa pleine puissance.

¹ NAJJAR I., note sous Cass. com. 8 février 1982 : D. 1983, p. 59.

² BENET A., Indemnité d'immobilisation, dédit et clause pénale, JCP N., 87, 1, 112.

³ Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 2010, n° 09-65.673, D. 2012. 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; AJ fam. 2011. 160, obs. P. Hilt ; RTD civ. 2011. 111, obs. J. Hauser ; ibid. 346, obs. B. Fages ; ibid. 379, obs. B. Vareille ; JCP G 2011, n° 17, 503, obs. Ph. Simler.

1143. En tout état de cause, c'est au nom de la liberté contractuelle que le montant de l'indemnité doit demeurer libre, les parties étant les plus à même de déterminer quel est le juste prix du droit à l'hésitation, prix dont la fixation dépend de considérations qu'elles arrêtent¹. Enfin, « *même s'il a déjà versé une indemnité presque égale au prix, le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente demeure toujours libre de ne pas acheter. Il peut, par exemple, choisir au dernier moment de ne pas voir entrer dans son patrimoine un bien appelé à entraîner des dépenses très largement supérieures au montant de l'indemnité perdue (filiale déficitaire, site pollué, immeuble vétuste, etc.) ; ou vouloir discrètement gratifier le promettant du montant des sommes présentées comme le prix de l'immobilisation.* »² Il ne s'agit ni plus ni moins que du résultat de son processus décisionnel. Il a pris la décision qu'il estime la bonne, laquelle ne peut être remise en question. Il s'impose une contrainte d'ordre économique, au même titre que le promettant s'en impose une en s'obligeant aux termes de la promesse.

1144. Par ailleurs, dans les hypothèses qui le commandent, le législateur a fixé le montant maximal de l'indemnité. Ainsi, l'article L. 442-8 du Code de l'urbanisme dispose que le lotisseur « *peut obtenir du bénéficiaire de la promesse, qui conserve la liberté de ne pas acquérir, le versement d'une indemnité d'immobilisation dont le montant ne peut pas excéder un pourcentage du prix de vente fixé par décret en Conseil d'Etat.* »

1145. L'indemnité d'immobilisation qui représente la contrepartie pécuniaire du droit à l'hésitation, constitue par conséquent le paiement dont doit s'acquitter le bénéficiaire en cas de décision négative³. Autrement dit, en principe, elle reste acquise au promettant au titre de la

¹ Comme la preuve du sérieux du bénéficiaire, voir en ce sens ERIMEE-CHANTEUR, L'entrée payante dans le contrat, op. cit., spé. p. 139 et s. La durée de la situation d'attente. D'ailleurs, pour toute promesse de vente ayant pour objet la cession d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier, dont la validité est supérieure à dix-huit mois, ou toute prorogation d'une telle promesse portant sa durée totale à plus de dix-huit mois doit prévoir une indemnité d'immobilisation d'un montant minimal de 5 % du prix de vente (CCH, art. L. 290-2). La rareté du bien, leurs relations antérieures, peuvent également justifier du montant.

² FAGES B., commentaire Civ. 1re, 1er déc. 2010, n° 09-65.673, RTD Civ. 2011, p.346.

³ Contrepartie de l'impossibilité pour le propriétaire de louer son bien pendant la durée de la promesse Cass. Civ. 3ème, 10 mars 2015, n° 13-27.942 (deux mois de loyer à verser au propriétaire en cas de renonciation). Elle est due à compter de l'extinction de celle-ci du fait de l'absence de levée de l'option. Cass. com., 23 juin 1958, n° 378, préc. n° 60. ; CA Paris, 2e ch., 21 janv. 1981 : JurisData n° 1981-020708 ; CA Paris, 25e ch. B, 2 mai 1997 : JurisData n° 1997-020960 ; RD imm. 1997, p. 458, J.-Cl. Groslière et C. Saint-Alary-Houin. ; CA Paris, 2e ch. A, 7 nov. 2007, n° 06/15446 : JurisData n° 2007-349729, préc. n° 177. ; CA Dijon, ch. civ. B, 29 janv. 2008, n°

situation d'attente qu'il a vainement subie¹. Par suite, il ne peut être indemnisé par le bénéficiaire qui n'aurait pas levé l'option en raison de la baisse du marché de l'immobilier entraînant une perte lors de la seconde vente².

1146. Cependant, nonobstant une décision négative du créancier du droit à l'hésitation, il peut y avoir diminution, voire restitution de l'indemnité d'immobilisation.

II. La diminution ou la restitution du prix de l'attente vaine

1147. En cas de décision négative, le paiement de l'attente vaine du débiteur du droit à l'hésitation est en principe obligatoire. Il est cependant possible que son montant soit diminué (A), voire qu'aucun paiement ne soit dû, avec par suite, la restitution de la somme au bénéficiaire (B).

A. La diminution du prix

1148. Le créancier du droit à l'hésitation qui a pris une décision négative peut, malgré les termes du contrat, rechigner à s'acquitter du paiement de l'attente vaine du promettant et solliciter du juge une diminution de son montant³. La difficulté tient à ce que la diminution n'est possible que s'il s'agit d'une clause pénale⁴. La tentation est donc grande de faire requalifier l'indemnité en clause pénale.

07/00108 : JurisData n° 2008-356718 . ; CA Versailles, 12e ch., 2e sect., 16 févr. 1995 : JurisData n° 1995-046741

¹ Cette somme, sans lien direct avec un quelconque service rendu à titre onéreux et, en tant que telle, non soumise à la taxe sur la valeur ajoutée et ne constitue pas la rémunération d'une prestation de services, au sens des dispositions du I et du IV de l'article 256 du code général des impôts et n'entre dès lors pas dans le champ de la TVA. CA Administrative de Lyon, 5ème ch., 31 oct. 2007, n° 06LY00525.

² Paris, 1^{ère} ch. Urgences, 1^{er} mars 1991, Juris-data n° 020883 ; Paris, 2^{ème} ch. B, 11 déc. 2008, Juris-Data n° 373391

³ Voir par exemple, Cass. Civ. 3^{ème}, 26 avril 1978 : Bull. civ. III, n° 160. p. 125.

⁴ Cass. Civ. 3^{ème}, 5 déc. 1984, n° 83-11.788, Bull. civ. III, n° 207. Voir également, Cass. Civ. 3^{ème}, 5 déc. 1984, Bull. civ. III, n° 208 : Les bénéficiaires renoncent à la vente avant l'expiration du délai de levée de l'option et s'estiment en droit d'obtenir la restitution de la somme versée. La Cour de cassation refuse la qualification de clause pénale à ces deux indemnités conventionnelles et rejette en conséquence la demande de remboursement de tout ou partie de la somme versée.

1149. Toutefois, la qualification peut s'avérer complexe. Par exemple, un couple vend sa maison à un couple d'acquéreurs suite à une promesse sous seing privé indiquant que les acquéreurs s'engageaient à verser « *un acompte sur le prix de vente de 140 000 francs dans un délai maximum de 19 jours et le solde au plus tard le 29 mars 1987 devant un notaire* », et qu'en cas de renonciation de leur part, les fonds versés « *resteraient la propriété du vendeur, celui-ci étant tenu en cas de renonciation lui incombant de payer le double de cette somme* ».

1150. S'agit-il d'un acompte, d'une indemnité d'immobilisation ou d'une clause pénale ? La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir retenu, par une interprétation souveraine des termes du contrat « *que leur ambiguïté rendait nécessaire* », que cette somme constituait une indemnité mise à la charge des acquéreurs en application de l'article 1590 du Code civil pour leur permettre de se libérer de leur engagement. Elle en a exactement déduit qu'il ne s'agissait pas d'une clause pénale susceptible de minoration, que l'indemnité n'était pas réductible et que les intérêts moratoires couraient à compter de l'assignation introductive d'instance.¹

1151. Quoiqu'il en soit, il est certain que la Cour de cassation refuse la révision de l'indemnité d'immobilisation sur le fondement de l'article 1231-5 du Code civil². En revanche, il ressort de l'arrêt rendu le 05 décembre 1984 par la troisième chambre civile³, qu'il est possible d'admettre la diminution du montant de l'indemnité. En l'espèce, le promettant a consenti une promesse à durée déterminée à deux acquéreurs lesquels s'engageaient à verser une somme égale à 10% du prix de vente, cette somme devant s'imputer sur le prix en cas de

¹ Cass. Civ. 3^{ème}, 15 févr. 2006, n° 04-17.595.

² Art. 1235-1 du Code civil : « *Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.*

Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.

Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.

Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure. »

³ Cass. Civ. 3^{ème}, 5 déc. 1984, n° 83-12.895, Bull. civ. III, n° 208, *op. cit.*

réalisation de la vente et, à défaut, rester acquise au promettant. Les acquéreurs ayant renoncé à la vente avant l'expiration du délai fixé, ont assigné le promettant en restitution de la somme.

1152. Les premiers juges n'ont pas fait droit à leur demande mais ont requalifié la somme en clause pénale, laquelle était par suite, réductible au préjudice réellement subi par le promettant. Ils l'ont ainsi condamné à restituer aux bénéficiaires la partie excédant le préjudice. Cependant, la cour d'appel a infirmé le jugement sur ce point. Les bénéficiaires ont alors formé un pourvoi reprochant à la cour d'appel d'avoir décidé que l'indemnité litigieuse était, non une clause pénale, mais une indemnité d'immobilisation, insusceptible à cet égard de modération judiciaire.

1153. La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir énoncé que : « *le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente, n'étant pas tenu d'acquérir, ne manque pas à une obligation contractuelle en s'abstenant de requérir du promettant l'exécution de sa promesse, l'arrêt en a déduit à bon droit que la stipulation d'une indemnité d'immobilisation au profit du promettant ne constitue pas une clause pénale* ». En revanche, elle lui reproche de n'avoir pas recherché si cette indemnité n'avait pas été fixée par les parties en fonction de la durée d'immobilisation de l'immeuble et si son montant ne devait pas être réduit du fait de la renonciation anticipée des bénéficiaires, pour décider que l'indemnité d'immobilisation serait intégralement acquise au promettant.

1154. Autrement dit, si telle est l'intention des parties, il est possible que le montant de l'indemnité d'immobilisation soit réduit. Ainsi, la durée de la situation d'attente peut justifier de la réduction du paiement de l'attente vaine. « *Il apparaît donc clairement que la révision de l'indemnité d'immobilisation est envisageable, sur le fondement de l'article 1103 du Code civil, si, dans l'intention des parties, son montant avait été fixé en fonction de la durée du délai d'option telle qu'elle avait été contractuellement prévue. Dans une telle hypothèse, si le bénéficiaire de la promesse décide de ne pas lever l'option avant le terme du délai, autrement dit si la durée réelle de l'immobilisation du bien promis est inférieure à la durée prévue dans le contrat de promesse, le juge peut réduire l'indemnité d'immobilisation* ¹ ».

¹ MAZEAUD D., PIEDELIEVRE S., Promesse de vente, *op. cit.*, n° 19. Voir également, MAZEAUD D., La révision de l'indemnité d'immobilisation ou la loi contractuelle à l'épreuve du protectionnisme des juges, *op. cit.*

1155. Deux conditions cumulatives doivent toutefois être remplies. La première est « l'existence, dans l'intention des parties à la promesse, d'un lien irréductible entre la durée de l'immobilisation du bien promis et le montant de l'indemnité d'immobilisation ¹ ». La seconde est « la constatation d'une différence entre la durée réelle de l'immobilisation et la durée contractuellement prévue² ». À ce prix, l'indemnité peut être réduite si elle est calculée en fonction de la durée d'immobilisation³.

1156. Une clause *prorata temporis* est donc possible⁴. En son absence et à défaut d'intention manifeste des parties, la décision négative intervenue avant l'expiration du délai ne permet pas la diminution du montant de l'indemnité. Plus encore lorsque les parties ont expressément manifesté leur intention de ne pas faire dépendre le montant de l'indemnité d'immobilisation effectivement due par le promettant de la durée réelle d'immobilisation du bien promis⁵.

B. La restitution du prix

1157. Dans certaines hypothèses, l'attente vaine ne donnera lieu à aucun paiement. Si les parties avaient prévu une condition suspensive qui a défailli. Il s'agit généralement d'une condition suspensive de prêt qui peut être légale. Ainsi, afin de protéger l'acquéreur immobilier qui recourt à un prêt pour financer son achat, le législateur prévoit la stipulation d'une condition suspensive d'obtention du prêt. L'article L. 313-41 du Code de la consommation dispose ainsi aux termes de son premier alinéa que : « Lorsque l'acte mentionné à l'article L. 313-40 indique que le prix est payé, directement ou indirectement, même partiellement, à l'aide d'un ou plusieurs prêts régis par les dispositions des sections 1 à 5 et de la section 7 du présent chapitre, cet acte est conclu sous la condition suspensive de l'obtention du ou des prêts qui en assument le financement. »

¹ *Ibid.*, n° 20.

² *Ibid.*

³ CA Paris, 2^{ème} ch. A, 24 avril 1990, Juris-Data n° 021401 ; CA Reims, 29 juil. 1998, Juris-Data n° 049907.

⁴ Les parties peuvent d'ailleurs prévoir directement dans la clause le mode de calcul du montant de l'indemnité.

⁵ Cass. Civ. 3^{ème}, 10 déc. 1986 : JCP G 1987, II, 20857, obs. G. Paisant. Il était stipulé dans la promesse qu'à défaut de réalisation de la vente « pour quelque cause que ce soit, imputable au bénéficiaire, l'indemnité versée serait acquise de plein droit au promettant ».

1158. Le second alinéa prévoit que : « *Lorsque la condition suspensive prévue au premier alinéa n'est pas réalisée, toute somme versée d'avance par l'acquéreur à l'autre partie ou pour le compte de cette dernière est immédiatement et intégralement remboursable sans retenue ni indemnité à quelque titre que ce soit.* » La condition suspensive permet, en cas de défaillance non imputable au bénéficiaire, qu'il n'ait pas à s'acquitter du paiement de l'attente vaine. Autrement dit, l'indemnité lui est restituée par le promettant car il y a certes une décision négative, mais elle s'impose au bénéficiaire.

1159. Il faut considérer la condition suspensive comme défaillie quand le bénéficiaire n'obtient pas de prêt correspondant aux clauses contractuelles, à charge pour lui d'en justifier¹. Tel sera le cas s'il présente au moins une offre de prêt conforme aux caractéristiques stipulées à la promesse². Dans le cadre de la vente d'un immeuble, une promesse, valable jusqu'au 16 juin 2005, avait été consentie à un acquéreur. Elle était conclue sous la condition suspensive de l'obtention, au plus tard le 18 mai 2005, d'un prêt d'un montant de 400 000 euros, et moyennant le versement d'une indemnité d'immobilisation. La vente n'ayant pas été réalisée, le bénéficiaire assigna les vendeurs en restitution de l'indemnité d'immobilisation.

1160. La cour d'appel débouta le bénéficiaire de sa demande retenant qu'il ne démontrait pas que la non-obtention du prêt nécessaire à l'acquisition dans le délai convenu ne lui était pas imputable. Elle est censurée par la Haute juridiction : « *en statuant ainsi, alors qu'il appartient au promettant de rapporter la preuve que le bénéficiaire d'une promesse de vente sous condition suspensive d'obtention d'un prêt, qui démontre avoir présenté au moins une offre de prêt conforme aux caractéristiques stipulées à la promesse, a empêché l'accomplissement de la condition, la cour d'appel, qui a inversé la charge de la preuve, a violé les textes susvisés.* »

¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 13 nov. 1997, n° 95-18.276 P; Defrénois 1998. 358, obs. Aubert ; RDI 1998. 109, obs. Groslière : « *Il appartient à l'emprunteur de démontrer qu'il a sollicité un prêt conforme aux caractéristiques définies dans la promesse de vente. A défaut, la condition suspensive doit être réputée accomplie par application de l'article 1178 du Code civil.* » Cass. Civ. 1^{ère}, 9 févr. 1999, n° 97-10.195 P; D. Affaires 1999. 587, obs. V. A.-R.; Defrénois 1999. 755, obs. Aubert ; 13 févr. 2001, n° 07-11.792 P; JCP E 2002. 640, n° 5, obs. Neau-Leduc ; 7 mai 2002, n° 99-17.520 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 30 janv. 2008, n° 06-21.117 P; D. 2008. AJ 545, obs. Forest.

² Cass. Civ. 3^{ème}, 26 mai 2010, n° 09-15317, P ; D. 2010. Actu. 1483, RLDC 2010/73, n° 3868, obs. Le Gallou.

1161. Il est en effet de jurisprudence constante¹, qu'il s'agisse ou non d'un acquéreur-consommateur, que la condition suspensive de l'obtention d'un prêt est réputée accomplie lorsque le débiteur de l'obligation présente au moins une offre de prêt conforme aux prévisions contractuelles². Par conséquent, la charge de la preuve de l'inaccomplissement de la condition suspensive pèse sur le promettant qui se prévaut de la survie du contrat préparatoire.

1162. De façon similaire, l'article L. 261-15 du Code de la construction et de l'habitation prévoit, pour la vente d'immeuble à construire précédée d'un contrat préliminaire moyennant le versement d'un dépôt de garantie, la restitution des fonds en cas de non-réalisation de la condition suspensive. Il prévoit deux autres cas de restitution. Le premier est le fait du vendeur. Il en est ainsi si, en cas de réservations insuffisantes, ce dernier décide de ne pas entamer les travaux. Le second est que « *le contrat proposé fait apparaître une différence anormale par rapport aux prévisions du contrat préliminaire* ».

1163. Le promettant ne peut davantage conserver l'indemnité s'il a empêché de lever l'option purement et simplement en modifiant substantiellement le bien promis³ ou s'il n'a pas réalisé les travaux prévus⁴. En somme, toutes les fois où la décision négative s'impose au

¹ Cass. Civ. 3^{ème}, 6 oct. 2010, n° 09-69.914 P : BICC, 1er févr. 2011, n° 133; RLDC 2010/78, n° 4032, obs. Paulin : « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que M. Y... et Mme Z... avaient présenté une demande de prêt conforme aux caractéristiques stipulées, ce dont il résultait qu'il appartenait aux époux X... de rapporter la preuve que les bénéficiaires avaient empêché l'accomplissement de la condition, la cour d'appel, qui a inversé la charge de la preuve, a violé les textes susvisés* ».

² Cass. Civ. 3^{ème}, 8 déc. 1999, n° 98-10.766 P : Defrénois 2000. 254, obs. D. Mazeaud ; CCC 2000, n° 76, note Leveneur; JCP E 2001. 270, obs. Mainguy; RTD civ. 2000. 328, obs. Mestre et Fages : « *Violé l'article 1178 du Code civil la cour d'appel qui, pour débouter l'acquéreur de sa demande en restitution de l'indemnité d'immobilisation retient qu'il n'est pas contesté que, suite au refus opposé par une banque, l'acquéreur n'a plus accompli aucune démarche auprès d'autres organismes bancaires alors que l'acte de vente n'avait pas limité à un ou deux organismes nommément désignés les diligences à effectuer et que cet acquéreur qui s'est borné à formuler une seule demande de prêt conforme aux prévisions du contrat n'a pas accompli de diligences suffisantes et que la condition suspensive est donc réputée accomplie par application de l'article 1178 du Code civil, alors qu'en l'absence de stipulations contractuelles contraires le bénéficiaire d'une promesse de vente sous condition suspensive d'obtention d'un prêt effectue les diligences requises et n'empêche pas l'accomplissement de la condition, lorsqu'il présente au moins une demande d'emprunt conforme aux caractéristiques stipulées à la promesse et restée infructueuse.* »

³ CA Paris, 2^{ème} ch. B, 26 mars 1987, juris-data n° 022166.

⁴ CA Grenoble, 19 décembre 1989, Juris-data, n°047140.

bénéficiaire. C'est le cas si le bénéficiaire renonce à acquérir suite à la découverte d'inscriptions hypothécaires non radiées¹, ou s'il découvre des vices cachés². En tout état de cause, le bénéficiaire peut demander réparation pour le préjudice subi³. Sa décision négative est en pareille hypothèse, légitime. Par suite, il n'y a pas lieu pour lui de s'acquitter d'un quelconque paiement puisque le promettant n'a finalement subi aucune situation d'attente.

1164. D'évidence, la décision négative emporte davantage de conséquences lorsqu'elle intervient alors que le contrat est formé.

Section 2 – La décision négative dans les prémices du contrat projeté

1165. Certains mécanismes du droit à l'hésitation sont singuliers en ce qu'ils interviennent alors que le choix a déjà été manifesté. Autrement dit, le contrat projeté est conclu, les parties sont déjà dans la situation définitive mais n'en sont encore qu'aux prémices. Ces mécanismes laissent en effet soit, un temps d'hésitation entre l'étape de manifestation du choix et celle de l'exécution. Dans ce cas, les effets du contrat sont repoussés⁴. Soit ils instaurent une période probatoire permettant aux parties d'expérimenter le contrat projeté. Tous ces mécanismes permettent au potentiel contractant de sortir du contrat formé. Il faut dès lors considérer que le choix manifesté n'est pas définitif, il est suspendu à la situation d'attente créée par le droit à l'hésitation. En cas de décision négative, le contrat est alors anéanti. Il s'agit une fois encore, de l'expression de la liberté de ne pas contracter⁵ qui justifie qu'en principe, sa décision soit discrétionnaire (§1). Reste que l'immersion, fut-elle limitée, dans le contrat projeté, emporte nécessairement des conséquences pratiques justifiant parfois une sortie payante du contrat projeté (§2).

¹ Cass. Civ. 3^{ème}, 15 juin 1982, Defrénois 1982, p ; 1631, obs. VERMELLE.

² Cass. Civ. 3^{ème}, 28 janvier 1987, Bull. civ. III, n° 13. Dans le même sens, CA Paris, 22 novembre 2001 Cts Appert c/ Primault, D. 2002, p. 46 ; Découverte d'un vice affectant le bien-promis, d'une non-conformité, d'une charge inconnue, etc., CA Paris, 2^{ème} ch. A, 29 janv. 1985, Juris-data n° 020970 ; Paris, pôle 4 ch. 1, 20 mai 2009, n° 377506.

³ CA Paris, 2^{ème} ch. A, 19 oct. 2005, Juris-Data n° 284707.

⁴ DRAPIER S., Les contrats imparfaits, Thèse, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, n° 14, 38 et s.

⁵ Art. 1102 du Code civil.

§ 1 – Une décision discrétionnaire

1166. Le principe du discrétionnaire (I), expression de la liberté contractuelle ne signifie pas pour autant que le créancier du droit à l'hésitation puisse agir impunément. Il existe une moralisation de la décision négative (II) qui intervient alors que les parties sont déjà dans le contrat projeté. Ce type de droit à l'hésitation n'est en effet pas sans conséquence notamment en ce qu'il « *a pour effet de placer en situation de risque économique le contractant pour qui le contrat considéré a une valeur stratégique*¹ ».

I. Le principe du discrétionnaire

1167. Afin que le décideur puisse avoir le plein usage du droit à l'hésitation (A), il est nécessaire que sa décision soit exempte de toute justification (B).

A. Le plein usage du droit à l'hésitation

1168. Le droit de rétractation légal² ou conventionnel³, la période d'essai⁴, la vente à l'essai⁵ sont des mécanismes du droit à l'hésitation permettant au contractant de réitérer sa phase de délibération alors qu'il est déjà à l'ultime phase de son processus décisionnel. Ceci se justifie par l'absence de linéarité du processus décisionnel qui a été pleinement saisie par le droit, lequel n'appréhende pas la formation du contrat de façon rigide. Le droit admet ainsi *mutuus dissensus* ou *solo dissensus*, l'interruption du contrat projeté. À cet égard, ces

¹ HELLERINGER G., Les clauses du contrat, Essai de typologie, *op. cit.*, n° 354.

² Art. 1122 du Code civil qui le définit. Il en existe pléthore dans le droit spécial : art. L.132-5-1 du Code des assurances ; art. L. 312-19 du Code de la consommation ; art. L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation. Voir notamment BAILLOD R., Le droit de repentir, *op. cit.*

³ Art. 1122 du Code civil. L'on fait référence ici à la clause de dédit. BOYER L., La clause de dédit, *op. cit.* ; HUMANN C., La spécificité de la clause de dédit, *op. cit.* ; HELLERINGER G., Les clauses du contrat, Essai de typologie, *op. cit.*, n° 352 et s. ; MESTRE J. et alii, Les principales clauses des contrats d'affaires, *op. cit.*, n° 1617. Cass. Civ. 1^{ère}, 6 oct. 1965, n° 62-13.460.

⁴ HELLERINGER G., Les clauses du contrat, Essai de typologie, *op. cit.*, n° 352 et s.

⁵ Art. 1588 du Code civil.

mécanismes constituent tous « *une issue flexible et peu coûteuse dans la perspective de la rupture éventuelle*¹ ».

1169. Il est vrai en effet que si, en principe, la manifestation de la décision négative marque la fin de l'hésitation, il faut cependant tenir compte de la complexité de la nature humaine. L'on en veut pour illustration la jurisprudence relative au contractant qui rétracte sa rétractation initiale. Se pose la question de savoir s'il est possible de rétracter sa rétractation initiale. Autrement dit, jusqu'à quand le contractant peut-il hésiter ? Cette question fait l'objet de dissensions entre les chambres de la Cour de cassation.

1170. Pour la troisième chambre civile, la décision positive suite à la première rétractation est inefficace². Les faits d'espèce concernaient la vente d'un immeuble. L'acquéreur avait renoncé³ à acquérir puis s'en est "repenti" avant l'expiration du délai de rétractation de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation, en acceptant à nouveau d'acquiescer aux conditions fixées par la promesse. La troisième chambre civile considère que la rétractation a « *entraîné l'anéantissement du contrat* », et que par suite, il est impossible pour son bénéficiaire de revenir sur sa décision et de finalement l'accepter. Elle a adopté une solution similaire dans une seconde espèce plus récente⁴. Pour la deuxième chambre

¹ AUBREE Y., Période d'essai, Répertoire de droit du travail, Dalloz, avril 2019 (actualisation : 2021), n° 121.

² Cass. Civ. 3^{ème}, 13 févr. 2008, n° 06-20.334, D. 2008. 1530, note Y. Dagorne-Labbe, *ibid.* 1224, chron. A.-C. Monge et F. Nési, RTD civ. 2008. 293, obs. B. Fages, JCP E 2008, n° 37, p. 25, note P. Stoffel-Munck.

³ Il s'agit du terme employé par la jurisprudence mais inapproprié selon M. Barbier que nous rejoignons sur ce point. « *La renonciation joue plutôt lorsque le droit auquel on renonce n'a pas encore été exercé (V. Vocabulaire juridique, Association H. Capitant, PUF, 13e éd., 2020, V° Renonciation ; adde P. Raynaud, La renonciation à un droit, sa nature et son domaine en droit civil, RTD civ. 1936. 763 s.). Ainsi, la renonciation à un droit de rétractation correspond à l'hypothèse, autre que celle de l'arrêt, où le bénéficiaire d'un droit de rétractation, qui ne l'a pas encore exercé, décide d'y renoncer. Possible en principe, comme toute renonciation à un droit né et actuel conféré en raison d'un ordre public de protection, la renonciation au droit de rétractation est parfois expressément exclue (V., en matière de transaction suivant un accident de la route, C. assur., art. L. 211-16, al. 2: « Toute clause de la transaction par laquelle la victime abandonne son droit de dénonciation est nulle »).* » BARBIER H., Peut-on rétracter sa rétractation ? Étude de l'éclipse de volonté, RTD Civ. 2020. 611. Les termes révocation, rétractation sont en effet, plus appropriés.

⁴ Cass. Civ. 3^{ème}, 13 mars 2012, n° 11-12.232, D. 2012. 876, *ibid.* 2013. 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki, *ibid.* 2420, obs. D. R. Martin et H. Synvet, AJDI 2012. 137 ; obs. F. Cohet-Cordey.

civile en revanche, « *le souscripteur d'un contrat d'assurance sur la vie, qui a exercé son droit de renonciation au contrat, peut y renoncer en poursuivant l'exécution du contrat* ¹ ».

1171. La première chambre civile a, elle, pris position pour la première fois aux termes d'un arrêt rendu le 12 février 2014. Les faits ne concernaient pas cette fois un droit de rétractation légal mais conventionnel². Lors d'une foire exposition, un consommateur commanda auprès d'une société, l'installation d'un dispositif de chauffage avec pompe à chaleur et la réalisation de travaux d'isolation de combles. Le même jour, l'acquéreur adressa à la société le bon d'annulation qui figurait au bas des conditions générales de vente. Malgré cette annulation, la société réalisa les travaux d'isolation des combles après une visite technique des lieux. Les travaux ont été réceptionnés sans réserve. Peu après, la pompe à chaleur fut livrée mais sans pouvoir être mise en place en l'absence d'exécution, par l'acquéreur, de la dalle de béton nécessaire à son installation. Arguant de l'annulation du contrat, l'acquéreur assigna la société en restitution de l'acompte versé et indemnisation. Cette dernière sollicita reconventionnellement le paiement de sommes dues en exécution du contrat.

1172. La cour d'appel déclara le contrat anéanti par l'exercice régulier, par l'acquéreur, de son droit de rétractation. Elle fut censurée par la Cour de cassation au visa de l'ancien article 1134 du Code civil, considérant que : « *5. En application de ce texte, la partie qui, faisant*

¹ Cass. Civ. 2^{ème}, 25 févr. 2010, n° 09-11.352, D. 2010. 708, *ibid.* 2011. 472, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RDC 2010. 838, obs. Y.-M. Laithier, arrêt rendu à propos de l'art. L. 132-5-1 du Code des assurances.

² Il s'agissait en l'espèce d'une vente conclue à l'occasion d'une foire, normalement exclue du champ d'application du droit de rétractation légal pour les ventes à distance. Mais l'extension conventionnelle d'une disposition légale est admise. Cass. Civ. 3^{ème}, 5 déc. 2019, n° 18-24.152. Au surplus, la CJUE a décidé que le consommateur peut bénéficier d'un droit de rétractation pour un contrat conclu sur une foire, CJUE, ord., 17 déc. 2019, aff. C-465/19 : « *L'article 2, point 8, de la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2011 relative au droit des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577 CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, lu en combinaison avec l'article 2, point 9, de celle-ci, doit être interprété en ce sens qu'un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur dans un stand tenu par un professionnel à l'occasion d'une foire commerciale, immédiatement après que ce consommateur, qui se trouvait dans l'allée commune aux différents stands présents dans un hall d'exposition de la foire, a été sollicité par ce professionnel, est un « contrat hors établissement », au sens de cette disposition.* » Il reste à attendre la mise en conformité du droit français.

usage de la faculté contractuellement stipulée, a exercé son droit de rétractation, peut y renoncer en poursuivant l'exécution du contrat et en effectuant des actes d'exécution incompatibles avec cette faculté de rétractation. » Et, qu'en « *statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que l'acquéreur, qui avait reçu la livraison de la pompe à chaleur et accepté sans réserve les travaux d'isolation des combles, avait poursuivi l'exécution du contrat, renonçant ainsi aux effets de sa rétractation, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ». La première chambre civile adopte donc une position similaire à la deuxième chambre civile.

1173. Pour M. Barbier, une telle solution se justifie car il faut considérer que « *la rétractation n'emporte pas d'anéantissement immédiat du contrat mais que cet effet ne se produit qu'au jour de l'expiration du délai de rétractation. Une telle analyse permet alors de concevoir plus aisément que durant le délai restant à courir après l'exercice de la rétractation, le contractant puisse encore revenir sur sa volonté sans, ce faisant, ressusciter un contrat déjà anéanti. C'est là également un bon moyen, d'un côté, d'empêcher le titulaire du droit de rétractation de se retrancher trop commodément derrière sa rétractation alors qu'il a agi dans les temps proches qui ont suivi comme s'il ne s'était pas rétracté, et de l'autre, de ne pas trop longtemps malmener la sécurité juridique, laquelle impose que les deux contractants sachent rapidement et définitivement à quoi s'en tenir*¹ ». Nous souscrivons à cette analyse, ce d'autant que les mécanismes de droit à l'hésitation permettant de ne pas poursuivre le contrat projeté sont relativement brefs. C'est dire que « *les hésitations et tressaillements de volonté qui auront pu agiter le contractant s'effaceront devant une volonté définitivement mûrie au terme du délai légal*² ».

1174. Par ailleurs, cette solution appréciée à l'aune du processus décisionnel illustre qu'il ne peut y avoir décision que quand l'étape d'exécution du choix est réalisée. Autrement, l'hésitation peut toujours ressurgir. Par exemple, l'acquéreur a permis la visite mais plus encore, la réalisation des travaux. De même, dans l'arrêt par la deuxième chambre civile, l'intéressé avait effectué des actes d'exécution. Leur processus décisionnel était complètement achevé et partant, leur décision prise. Ainsi, il ne saurait y avoir après éventuellement que du regret.

¹ BARBIER H., Peut-on rétracter sa rétractation ? Étude de l'éclipse de volonté, *op. cit.*

² *Ibid.*

1175. Au reste, la décision de ne pas poursuivre le contrat est avant tout libre.

B. Une décision exempte de justification

1176. Hormis quelques contraintes spécifiques légales¹ ou conventionnelles², la forme de la décision négative est totalement libre. Il est par exemple de jurisprudence constante que la décision de l'employeur de mettre fin à l'essai n'est soumise à aucun formalisme particulier³. Sa manifestation peut être expresse ou tacite⁴. Elle peut donc être orale⁵ même si en pratique, afin de prévenir tout litige notamment par rapport à la date⁶, la décision est écrite⁷. En effet, la décision négative doit intervenir dans le délai prévu.

1177. Au reste, la décision négative est discrétionnaire. Cela est évidemment nécessaire pour les délais de rétractation légaux. L'article L. 221-18 du Code de la consommation dispose ainsi que : « *Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation d'un contrat conclu à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique ou hors établissement, sans avoir à motiver sa décision ni à*

¹ Par exemple, la rétractation légale doit être écrite et adressée au cocontractant par lettre recommandée avec accusé de réception ou envoi recommandé électronique (art. L. 132-5-1 du Code des assurances).

Le formalisme de la rupture de la période d'essai du contrat de travail peut être imposé par une convention collective et notamment une confirmation écrite. Ne respecte pas ce formalisme, le simple envoi au salarié d'une attestation Assedic, quelles qu'en soient les mentions. Cass. Soc., 17 oct. 2007, n° 06-44.388.

² Les parties peuvent prévoir que la décision doit intervenir dans une forme particulière.

³ Cass. Soc., 7 févr. 2001, n° 99-42.041, RJS 4/2001, n° 402 ; Soc. 5 déc. 2001, n° 99-45.758, RJS 2/2002, n° 138. En revanche, « *si l'employeur peut sans motif et sans formalité mettre fin à la période d'essai, il doit, lorsqu'il invoque un motif disciplinaire, respecter la procédure disciplinaire ; est dès donc légalement justifiée la décision d'une cour d'appel condamnant l'employeur pour non-respect de la procédure disciplinaire dès lors qu'il avait notifié au salarié la rupture de la période d'essai pour faute sans le convoquer à l'entretien préalable prévu par l'article L. 122-41 du Code du travail* ». Soc. 10 mars 2004, n° 01-44.750, RJS 6/2004, n° 646 ; JCP 2004. II. 10088, note D. Corrigan-Carsin.

⁴ BOYER L., La clause de dédit, *op. cit.*, n° 54. Par exemple, l'acheteur qui tergiverse pendant plusieurs mois, qui ne permet pas au vendeur d'exécuter le contrat et lui envoie des courriers contradictoires dans l'un desquels il manifeste sa volonté de renoncer au contrat exerce tacitement le dédit. CA Reims, ch. civ., 1re sect., 2 juin 2009 : JurisData n° 2009-379716.

⁵ Cass. Soc., 3 juil. 2019, n° 18-21.114. Contr. Cass. Soc., 7 févr. 2001, n° 99-42041.

⁶ Cass. Soc., 20 nov. 1996, n° 94-4153 ; Cass. Soc., 11 mai 2005, n° 03-40650.

⁷ Par exemple, Cass. Soc. 20 févr. 2013, n° 11-23.695.

supporter d'autres coûts que ceux prévus aux articles L. 221-23 à L. 221-25. » L'article L. 312-19 du Code de la consommation relatif aux crédits à la consommation indique expressément que l'emprunteur peut se rétracter sans motifs. Ce caractère discrétionnaire vise à faciliter la mise en œuvre du mécanisme par les consommateurs. Au surplus, il serait privé d'efficacité et ne remplirait pas son objectif de protection si le professionnel pouvait remettre en question ses motifs.

1178. « *Motiver consiste à « fournir des motifs, des justifications d'un acte », à le « munir des motifs nécessaires ». On motive ainsi un acte, un geste, une attitude, ou éventuellement une abstention*¹ ». En somme, il s'agit de la justification avancée pour la décision prise². Il y a ainsi un double aspect dans la motivation : la justification d'une part, et son extériorisation d'autre part³. Reste que la décision dont il s'agit concerne la conclusion d'un contrat qui par principe est libre. Partant, *de même que le consentement donné doit l'être en toute liberté, le retrait de celui-ci doit l'être également en toute liberté*⁴.

1179. Il en résulte que la décision négative ne doit pas être justifiée par un quelconque motif. Aussi, la motivation n'est-elle pas nécessaire à son effectivité. L'employeur qui prend la décision de ne pas poursuivre le contrat projeté et qui rompt la période d'essai n'a pas à motiver sa décision⁵. Ce caractère discrétionnaire résulte implicitement des termes de l'article L. 1231-1 du Code civil dont le premier alinéa dispose que : « *Le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié, ou d'un commun accord, dans les conditions prévues par les dispositions du présent titre.* » Cependant, le second alinéa précise que : « *Ces dispositions ne sont pas applicables pendant la période d'essai.* ».

¹ FABRE-MAGNAN M., L'obligation de motivation en droit des contrats, in *Le contrat au début du XXI^e siècle*, Mélanges Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 301, n° 4.

² CABRILLAC R., La motivation des actes individuels : le contrat, *Revue Lamy Droit civil*, 1^{er} janv. 2012 n° 89.

³ CABRILLAC R., La motivation des actes individuels : le contrat, *Revue Lamy Droit civil*, 1^{er} janv. 2012 n° 89.

⁴ MIGNOT M., Vente, *op. cit.*, n° 70. Dans le même sens, BOYER L., La clause de dédit, *op. cit.*, spéc. p. 54, n° 11. ; MAZEAUD D., La notion de clause pénale, *op. cit.*, spéc. n° 299 et note 119, p. 165.

⁵ Cass. Soc. 6 déc. 1995, n° 4872.

1180. Par suite, les parties ont par principe, la faculté de mettre fin de manière unilatérale et discrétionnaire, au contrat au cours de la période d'essai¹. Il en est également ainsi pour celui qui exerce sa faculté de dédit². « *Le contractant qui exerce le dédit n'a pas à se justifier, il n'a pas à exprimer les motifs qui l'animent, ni à se préoccuper du dommage qu'il cause*³ ». La solution est d'ailleurs consacrée en droit de la consommation⁴. Il s'agit d'une sortie légitime car autorisée par la loi ou la convention, un droit potestatif⁵ résultant d'un droit à l'hésitation. Par exemple une clause de dédit insérée dans une promesse unilatérale est le seul moyen pour le promettant de se rétracter⁶, comme dans une promesse synallagmatique où les deux parties ont déjà donné leur consentement⁷.

1181. L'absence de motivation⁸ est un critère indispensable et nécessaire à l'exercice de la liberté de ne pas contracter⁹. Il n'est pas sûr en effet que la motivation fasse bon ménage

¹ En ce sens, Cass. Soc. 6 mars 1980, n° 78-41.417, Bull. civ. V, n° 231. ; Cass. Soc. 12 janv. 1989, n° 86-40.345. ; Cass. Soc. 14 mars 1995, n° 91-43.658, Bull. civ. V, n° 85 ; RJS 7/1995, n° 756. ; Cass. Soc. 6 déc. 1995, n° 92-41.398, Bull. civ. V, n° 330. ; Cass. Soc. 17 juill. 1996, n° 93-46.494, Bull. civ. V, n° 289. ; Cass. Soc. 9 oct. 1996, n° 93-45.668, Bull. civ. V, n° 318. ; Cass. Soc. 11 oct. 2000, n° 98-42.772. ; Cass. Soc. 10 mars 2004, n° 01-44.750, RJS 6/2004, n° 646 ; JCP 2004. II. 10088, note D. Corrigan-Carsin. ; Cass. Soc. 5 mai 2004, n° 02-41.224, RJS 7/2004, n° 792 ; Dr. soc. 2004. 786, obs. C. Roy-Loustaunau. ; Cass. Soc. 15 mai 2008, n° 07-42.289 ; Cass. Soc. 20 janv. 2010, n° 08-44.465 ; Cass. Soc. 20 oct. 2010, n° 08-40.822, Bull. civ. V, n° 239 ; Cass. Soc. 11 janv. 2012, n° 10-14.868 ; Cass. Soc. 20 févr. 2013, n° 11-23.695 ; Cass. Soc. 15 janv. 2014, n° 12-14.650.

² Cass. Civ. 1^{ère}, 10 janv. 1961 : Bull. civ. 1961, I, n° 27.

³ BOYER L., La clause de dédit, *op. cit.*, n° 11.

⁴ BOYER L., La clause de dédit, *op. cit.*, n° 11 ; BARRET O., La promesse unilatérale de vente, *op. cit.*, n° 159.

⁵ BOYER L., La clause de dédit, *op. cit.*, n° 09. VALORY S., La potestativité dans les relations contractuelles, PUAM, 1999 ; ROTCHFELD J., Les droits potestatifs accordés par le contrat, Mélanges J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 747 et s. ; HELLERINGER G., Les clauses du contrat, Essai de typologie, *op. cit.*, n° 358.

⁶ Cass. Civ. 3^{ème}, 4 déc. 1968, Bull. civ. III, n° 525. Selon la jurisprudence la plus récente, le promettant peut, même après la levée de l'option, exercer sa faculté de dédit jusqu'à la passation de l'acte authentique. Voir en ce sens, Cass. Civ. 3^{ème}, 16 déc. 1970, Bull. civ. III, n° 716.

⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 16 juill. 1956, D. 1956. 609.

⁸ Travaux Association Henri Capitant, Journée nationale, La motivation, Limoges, 1998, L.G.D.J., 2000.

⁹ Ou celle de ne pas poursuivre une relation. Prenons l'exemple de l'art. L. 313-12 du Code de commerce qui pose comme principe que l'établissement de crédit ou la société de financement qui met fin à un concours financier à durée indéterminée, n'a pas à motiver sa décision : « *Dans le respect des dispositions légales applicables, l'établissement de crédit ou la société de financement fournit, sur demande de l'entreprise concernée, les raisons de cette réduction ou interruption (...).* »

avec la liberté¹. Il va sans dire que dans certaines hypothèses, la justification de la décision négative s'impose, comme dans certaines ventes à l'essai. En effet, suite à l'essai, l'acheteur n'est pas toujours libre de donner une réponse négative. Lorsque la qualité testée est mesurable et objective², l'acheteur ne peut refuser le bien si les performances ont été atteintes ; le vendeur pouvant démontrer que contrairement aux allégations de l'acquéreur, l'essai a été satisfaisant³.

1182. Il reste cependant évident qu'une certaine moralisation doit encadrer l'exercice de ces mécanismes du droit à l'hésitation.

II. La moralisation de la décision négative

1183. Le droit à l'hésitation confère une « *prérogative potestative*⁴ » qui « *se traduit donc par un acte juridique unilatéral qui s'impose au cocontractant*⁵ ». Nulle motivation n'est nécessaire à son effectivité. En effet, le contractant est le seul à pouvoir apprécier l'opportunité et la pertinence de la décision qu'il a prise, laquelle se fonde sur des considérations qui lui sont propres. Le vrai est que « *tout développement de la motivation réduit l'espace de souveraineté du sujet puisque, révélation des éléments sur lesquels ceux-ci s'est fondé pour arrêter une décision, elle extériorise une partie du processus interne de délibération, et en dépossède donc, dans cette mesure, son auteur. (...) Il n'en reste pas moins que la liberté de décision est incontestablement moins grande lorsqu'un acte doit être motivé que dans le cas contraire*⁶ ». Il suit de là qu'en tout état de cause, la décision négative doit être discrétionnaire.

¹ CABRILLAC R., La motivation des actes individuels : le contrat, *Revue Lamy Droit civil*, 1er janv. 2012 n° 89.

² Plus encore si les parties avaient défini un cahier des charges que devait respecter la chose.

³ T. com. Paris, 27 nov. 1968 : *Gaz. pal.* 1969, 2, jurispr. p. 69, note P. Padis ; *RTD com.* 1970, p. 180, obs. J. Hémard.

⁴ HELLERINGER G., Les clauses du contrat, *Essai de typologie*, *op. cit.*, n° 358

⁵ *Ibid.*

⁶ REVET T., L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie, *Revue des contrats*, 01/04/2004, n° 2, p. 579

1184. Cela ne signifie pas pour autant que l'abus dans l'exercice du droit à l'hésitation¹ n'est pas envisageable. Il ne s'agit de donner un blanc-seing au créancier du droit à l'hésitation, qui ne saurait disposer d'un droit absolu. L'appréciation par le juge de la finalité de son usage assure sa moralisation². Le juge peut ainsi sanctionner l'usage déloyal ou abusif du droit à l'hésitation³.

1185. Ainsi, l'exercice d'un droit peut constituer une faute lorsque le titulaire de ce droit en fait, à dessein de nuire, un usage préjudiciable à autrui⁴. Il suit de là que « *l'exercice d'un droit de la façon la plus profitable mais sans porter préjudice à qui que ce soit ne saurait constituer un abus*⁵ ». C'est donc un « *procédé d'équité modératrice à la disposition du juge. [...] Le postulat serait que l'excès en toute chose, et même dans le droit, est un désordre contraire au droit ; qu'il est donc dans l'office du juge, pour prévenir le désordre, d'imposer aux titulaires de droits subjectifs une certaine modération*⁶ ».

1186. Il y aurait intention de nuire de l'employeur⁷ qui mettrait fin au contrat de travail à durée déterminée du salarié le même jour de la signature de ce contrat mentionnant l'existence et la durée de la période d'essai⁸. Ou encore, lorsqu'il a manifestement soumis le salarié à une

¹ GAIN M.-A., Essai sur l'abus de droit, thèse, Lille, 1991 ; STOFFEL-MUNCK Ph., L'abus dans le contrat, *op. cit.* ; MORACCHINI-ZEIDENBERG S., L'abus dans les relations de droit privé, Thèse, P.U.A.M, 2004 ; ANCEL P., Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle, in MAINGUY et alii, L'abus de droit dans les contrats, Cah. dr. entr. 1998/6, spéc. p. 30 s. ; CALAIS-AULOY J., De la limite des libertés à l'inutilité de la notion d'abus de droit, LPA 20 déc. 1999, p. 7 ; GHESTIN J., L'abus dans les contrats, Gaz. Pal. 1981. 2. Doctr. 379.

² STOFFEL-MUNCK Ph., L'abus dans le contrat, *op. cit.*

³ La règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle. Cass. Com. 10 juil. 2007, n°06-14.768. Le caractère discrétionnaire est limité par un éventuel abus de droit, Cass. Civ. 3^{ème}, 2 févr. 2005, n° 03-15.409 et n° 03-15.482 et no 03-15.409, Bull. civ. III, n° 24.

⁴ Cass. Civ. 2^{ème}, 26 nov. 1953, D. 1956. 154, note G. Friedel.

⁵ CADIET L., LE TOURNEAUX Ph., Abus de droit, Répertoire de droit civil, 2015 (actualisation 2017).

⁶ CARBONNIER J., Les obligations, *op. cit.*, n° 234.

⁷ Le salarié également même si, en pratique, ce cas demeure rare. Cass. Soc. 9 mai 1979, D. 1980. IR 30, obs. Ph. Langlois.

⁸ Cass. Soc., 25 mai 2011, n° 09-71.446 : « *l'employeur avait agi de mauvaise foi en mettant fin au contrat le jour même de la signature du contrat mentionnant l'existence et la durée de la période d'essai et, d'autre part, qu'il se*

période d'essai dans le but d'assurer l'intérim d'un poste dans l'attente du recrutement de la personne pressentie pour l'occuper¹. Il en va de même lorsqu'il a été établi que dès l'origine, lors du recrutement à l'essai des salariés, l'employeur avait déjà la volonté consciente et délibérée de se séparer d'eux avant l'expiration de la période d'essai. En l'espèce, les intéressés avaient été recrutés lors de la préparation de l'entrée en bourse de la société et n'avaient pas été remplacés après la réalisation de cette opération boursière².

1187. Néanmoins, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur la rupture de la période d'essai dans un contrat de franchise³. Il s'agissait d'une première sur la question⁴. En l'espèce, le contrat d'une durée de cinq ans, prévoyait une période probatoire de deux ans durant laquelle chacune des parties pouvait mettre un terme à la collaboration moyennant un préavis de trois mois, sans avoir à justifier d'un quelconque motif et sans indemnité. Par lettre du 1er février 2012, le franchiseur informa le franchisé qu'il mettait un terme à leur collaboration dans le cadre de la période probatoire contractuelle, avec un préavis d'un mois ; préavis qui fut finalement porté à trois mois après que le franchisé eut dénoncé le non-respect du préavis contractuel de trois mois et le caractère brusque et abusif de la rupture.

1188. Le franchisé devait finalement assigner le franchiseur en requalification du contrat de franchise en contrat de concession à durée déterminée, en annulation de l'article 11 du contrat de franchise fixant les redevances contractuelles et en paiement de dommages-intérêts au titre d'une rupture abusive. Reste que les juges du fond ont déclaré la rupture du contrat régulièrement intervenue au cours de la période probatoire.

1189. La Cour de cassation les approuva : « *Mais attendu que l'arrêt relève que les parties ont conclu un contrat d'une durée de cinq ans, dont l'article 14 prévoyait une période probatoire d'une durée de deux années, durant laquelle chacune des deux parties pouvait mettre un terme à cette collaboration avec un préavis de trois mois, sans avoir à en justifier et sans indemnité d'aucune sorte ; qu'il retient, dans l'exercice de son pouvoir souverain*

prévalait d'un motif étranger à la finalité de la période d'essai et d'un comportement fautif n'ayant pas fait l'objet d'une procédure disciplinaire ».

¹ Cass. Soc., 22 févr. 1979, n° 78-40.072, Bull. civ. V, n° 167, D. 1979. 424, obs. J. Pélissier.

² Cass. Soc., 31 oct. 2007, n° 06-44.029.

³ Cass. Com., 21 juin 2017, n° 16-15.365.

⁴ DISSAUX N., L'essai en matière de franchise, *op. cit.*

d'appréciation, que la société Dafy moto a procédé à la notification d'un préavis d'un mois, à la suite d'une erreur, rectifiée avant l'expiration de ce préavis, que la société Motostop a bénéficié de l'intégralité du préavis de trois mois prévu au contrat et qu'elle n'établit pas le grief subi à raison de cette situation ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, faisant ressortir que le franchisé s'était engagé en connaissance du caractère précaire de son contrat, dont il avait accepté les modalités d'exécution, la cour d'appel, qui a procédé aux recherches invoquées par la première branche, a pu retenir, sans avoir à effectuer celle invoquée par la seconde branche, que ses constatations et appréciations rendaient inopérante, que la résiliation n'était pas abusive et que la société Dafy moto ne pouvait être condamnée à rembourser à la société Motostop le montant de ses investissements initiaux ».

1190. Les termes de la solution laissent pantois. « *Le recours à ce concept de précarité pour dénier à la rupture litigieuse son caractère abusif n'en est pas moins contestable*¹ ». Il semble peu probable que le franchisé ait eu la possibilité de négocier la clause litigieuse. En avait-il seulement le pouvoir ? Si, certes la clause est au bénéfice des deux parties, il est évident que sa mise en œuvre n'est préjudiciable qu'au franchisé qui a réalisé de lourds investissements. Ne s'agirait-il pas d'une clause causant un déséquilibre significatif² ? Mais ce n'est malheureusement pas sur ce terrain que s'est placé le franchisé.

1191. Du reste, le créancier du droit à l'hésitation ne peut davantage exercer son droit de rupture avec une légèreté blâmable. Tel serait le cas s'il a procédé à la rupture de la période d'essai avec une précipitation inhabituelle³ ou de manière subite et sans donner au salarié la possibilité de s'adapter à son nouveau poste de travail, alors même que celui-ci avait, sur sa proposition, démissionné de son poste précédent⁴. Ou encore si la rupture de la période d'essai

¹ BETTONI L., Quand la précarité inhérente à la période d'essai chasse l'abus dans la rupture d'un contrat de franchise, AJ contrat 2017, p.394.

² Art. L. 442-1 du Code de commerce. Il importe peu que, formellement, la clause soit stipulée au profit des deux parties si, concrètement, le franchisé qui a lourdement investi est dans l'impossibilité de l'invoquer à son profit. DISSAUX N., L'essai en matière de franchise, *op. cit.*

³ Cass. Soc. 2 févr. 1994, n° 90-43.836, D. 1995. 550, note P. Przemyski-Zajac, à propos d'un salarié qui, en raison de difficultés matérielles, n'avait pas été mis en situation de donner la preuve de son aptitude à occuper normalement les fonctions qui lui ont été confiées.

⁴ Cass. Soc. 20 févr. 2013, n° 11-23-695.

a été notifiée au salarié quatre jours seulement après son commencement, alors que la durée de celle-ci avait été fixée à trois mois¹.

1192. La mauvaise foi joue également le rôle de garde-fou². Dans un arrêt de 1976³, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir énoncé que l'une des parties ne pouvait sans mauvaise foi subordonner la réalisation de la promesse de vente à des conditions qui étaient sans rapport avec cette convention. Il s'agissait en l'espèce d'une promesse de vente d'un appartement prévoyait une faculté réciproque de dédit jusqu'à la date de réalisation de la vente. L'exercice de la clause de dédit était d'autant plus teinté de mauvaise foi que l'acquéreur entré dans les lieux dès la signature de la promesse avait depuis lors assumé les charges incombant aux copropriétaires de l'immeuble et réglé l'intégralité du prix. C'est dire si sa décision était prise ! Dès lors, le dédit exercé de mauvaise foi ne peut produire aucun effet juridique.

1193. Il s'agissait d'une jurisprudence isolée mais qui, plus récemment, a été réitérée aux termes d'un arrêt en date du 15 février 2000⁴ : « *Attendu qu'ayant relevé, sans dénaturation, que la clause litigieuse constituait une clause de dédit, la Cour d'appel a constaté que les époux Auvray ne prouvaient pas que les époux Renard avaient exercé, de mauvaise foi, la faculté de dédit découlant de cette clause* ». Autrement dit, si la mauvaise foi des bénéficiaires de la faculté de dédit avait été établie, l'exercice de la clause aurait été dépourvu d'effet juridique.

1194. Pour d'aucuns, « *subordonner l'effectivité du dédit à la bonne foi de celui qui s'en prévaut porte directement atteinte à la nature de la faculté de dédit. Car priver d'effet la faculté de dédit signifie que son bénéficiaire n'a plus d'option : si le dédit est sans effet juridique, il n'a plus le choix, il doit exécuter le contrat* ⁵ ». Partant, « *le refus de faire jouer la clause de dédit dans les conditions retenues par la Cour de cassation apparaît clairement comme une sanction. Or, le dédit est le droit reconnu au débiteur de ne pas exécuter le contrat.*

¹ Cass. Soc. 6 déc. 1995, n° 92-41.398, Bull. civ. V, n° 330.

² ROUAST M., Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, RTD civ. 1941.1 et s.

³ Cass. Civ. 3^{ème}, 11 mai 1976 : D. 1979, jurispr. p. 269, note J.-J. Taisne.

⁴ Cass. Civ. 3^{ème}, 15 févr. 2000 : LPA 2001, n° 198, p. 15 note I. Gallmeister ; Defrénois 2000, art. 37720, p. 1379, note D. Mazeaud

⁵ GALLMEISTER I., Le jeu de la clause de dédit à l'épreuve de la bonne foi, LPA 4 oct. 2001, n° 198, p. 15.

Le priver de ce droit, c'est faire du dédit une garantie d'exécution du contrat et donc le détourner de sa fonction¹ ».

1195. Il est permis de considérer que l'inefficacité n'est en effet pas la sanction opportune² pour ce mécanisme éminemment volontariste³. Il nous semble que, comme pour la rupture abusive de la période d'essai, la partie qui en a pris l'initiative pourra se voir condamnée, conformément aux règles civilistes régissant le droit commun des obligations, à verser des dommages et intérêts à son cocontractant⁴. *« Le caractère discrétionnaire n'est pas exclusif des règles relatives à la responsabilité civile. La faute éventuelle du contractant ne*

¹ *Ibid.*

² Le rôle du juge doit être limité. *« Il lui est permis de « sanctionner » ; mais non de « porter atteinte ». Les mots sont soigneusement choisis. « Sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle », c'est-à-dire un comportement abusif, si l'on veut bien voir dans l'abus par déloyauté, en suivant Philippe Stoffel-Munck, une faute de comportement, la violation d'un devoir de portée générale, distinct de l'obligation de fournir la prestation promise (Ph. Stoffel-Munck, L'abus dans le contrat, LGDJ, 2002, préf. R. Bout, nos 178 et s.). Mais ne pas porter atteinte « à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ». AYNES L., Com. Cass. Com., 10 juil. 2007, n° 06-14768, RDC 01 juil. 2007, n° 04, p. 1107 : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ».*

Pour Mme Helleringer, en revanche, *« le comportement par lequel le droit est invoqué, c'est-à-dire la décision qui le met en œuvre est constitutif du pouvoir. Aussi, lorsque le comportement du titulaire du pouvoir est blâmable, il ne devrait pas être sanctionné indépendamment du droit potestatif auquel il correspond. »* HELLERINGER G., Les clauses du contrat, Essai d'une typologie, *op. cit.*, n° 476.

³ Sur les mécanismes contractuels instruments de justice contractuelle ou volontaristes, voir LOKIEC P., Le droit des contrats et la protection des attentes, D. 2007. 321.

⁴ Voir en ce sens, Cass. Soc., 5 mai 2004, n° 02-41.224, D. 2004. 1641, et les obs. ; Dr. soc. 2004. 786, obs. C. Roy-Loustaunau. L'employeur a été condamné à verser des dommages-intérêts au salarié pour avoir mis fin à sa période d'essai une semaine après le début des relations contractuelles, alors même que le salarié, âgé de 45 ans, venait de démissionner de son emploi précédent, qu'il effectuait un stage d'adaptation aux techniques de la société et qu'il n'avait pas encore été mis en mesure d'exercer les fonctions qui lui avaient été attribuées ; Soc. 24 oct. 2000, n° 98-41.225, RJS 1/2001, n° 4, précisant que ces dommages et intérêts sont garantis par l'AGS, dans la mesure où cette rupture intervient au cours de l'exécution d'un contrat de travail d'ores et déjà conclu ; peu important que celui-ci ne soit pas définitif.

De même le non-respect du formalisme édicté par l'art. L. 313-12 du Code monétaire et financier visant à moraliser la rupture des crédits consentis aux entreprises est sanctionné par la responsabilité pécuniaire de l'établissement de crédit ou de la société de financement.

*réside pas dans l'exercice même de la faculté de dédit mais dans les circonstances qui entourent celui-ci*¹».

1196. En somme, le contrôle du juge ne porte pas la pertinence de la décision prise même s'il veille à moraliser sa mise en œuvre.

§ 2 – Les conséquences pratiques

1197. Puisque l'intéressé a pris la décision de ne pas poursuivre le contrat projeté, celui-ci est anéanti. Il faut admettre que la décision négative emporte, en tout état de cause, des conséquences pécuniaires, même si celles-ci peuvent être modiques (I). Mais elles peuvent être plus importantes lorsqu'elles jouent le rôle d'indemnisation compensatoire (II).

I. Les conséquences pécuniaires modiques

1198. Le droit à l'hésitation permettant au contractant de ne pas demeurer dans le contrat projeté, sera quasi gratuit tant dans l'hypothèse de la mise en œuvre d'une faculté de rétractation légale (A), que dans celle de la mise en œuvre d'une rupture de période d'essai (B).

A. Dans la mise en œuvre d'une faculté de rétractation légale

1199. La faculté de rétractation, mécanisme d'inspiration consumériste, autorise le contractant à réitérer sa phase de délibération pendant le délai que la loi lui confère. En ce sens, sa mise en œuvre ne met à sa charge aucune indemnisation². L'article L. 221-18 du Code de la

¹ MIGNOT M., *Vente*, *op. cit.*, n° 70.

² Le professionnel n'est pas à plaindre et s'est usé de la gratuité pour convaincre. « *D'autres hypothèses dans lesquelles le droit contemporain semble admettre la gratuité sont trompeuses, la gratuité étant en réalité, à l'absolu opposé de ce qui constitue son essence, instrumentalisée par la société capitaliste. On ne peut guère en être surpris. Marcel Mauss avait déjà montré que le don appelle le contre-don (Mauss M., *Essai sur le don, Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques, Année sociologique, 1923-1924, repris in Sociologie et anthropologie, PUF, coll. Quadrige, 1973, p. 147 et s.), la gratuité constituant ainsi – paradoxalement – le fondement du mercantilisme capitaliste. Dans une société de consommation où tout s'achète, la gratuité est parfois utilisée comme argument de vente, miroir aux alouettes de professionnels en mal d'appâts. Ainsi s'explique que pour échapper au strict encadrement par le droit de la consommation de la vente avec primes (C.**

consommation dispose ainsi que : « *Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation d'un contrat conclu à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique ou hors établissement, sans avoir à motiver sa décision ni à supporter d'autres coûts que ceux prévus aux articles L. 221-23 à L. 221-25.* »

1200. La Cour de cassation veille farouchement au respect de la gratuité protectrice de la faculté de rétractation légale¹. À la suite d'un démarchage, des époux ont conclu avec une société, un contrat de prestation de service relatif à la diffusion sur différents supports d'une annonce de vente de leur bien immobilier et avec une seconde, un contrat de crédit accessoire. Le même jour, ils ont signé un document valant ordre de prélèvement au profit de la société de crédit du prix de la prestation de services sur le produit de la vente de l'immeuble à détenir par le notaire chargé de cette dernière.

1201. Pour la Haute juridiction, le document litigieux qui autorisait la société de crédit à se rembourser de l'intégralité du crédit consenti par voie d'opposition directement auprès du notaire rédacteur de la vente, entravait la liberté des époux de se rétracter en raison du doute qui pouvait exister pour eux quant aux conséquences de leur rétractation sur l'engagement de paiement qu'ils avaient souscrit, peu important que ce paiement puisse n'intervenir qu'après l'expiration du délai de rétractation².

1202. Tout est ainsi fait pour préserver la faculté de mise en œuvre du droit à l'hésitation du consommateur. Son processus décisionnel ne doit pas être entaché par la peur

consom., art. L. 121-35), les professionnels recourent parfois aux cadeaux, produits ou services accordés sans obligation d'achat, à titre gratuit, qui échappent en principe à toute réglementation (v. par exemple, Picod Y. et Davo H., Droit de la consommation, Sirey, 2e éd., 2010, n° 164). Le souffle de l'école de Chicago a introduit la gratuité dans le droit de la consommation, mais c'est une gratuité intéressée. » CABRILLAC R., La gratuité, Rapport de synthèse, Lamy Droit civil, n° 110, 1er décembre 2013.

¹ BUSSEUIL G., La quasi-gratuité de l'exercice du droit de rétractation du consommateur : l'application aux frais de livraison, Recueil Dalloz 2010, p. 2132.

La gratuité est également utilisée par le législateur pour la protection des droits du consommateur dans ses relations avec les professionnels. Par exemple l'art. L. 612-1 du Code de la consommation prévoit que tout consommateur a le droit de recourir gratuitement à un médiateur de la consommation en vue de la résolution amiable du litige qui l'oppose à un professionnel.

² Cass. Civ. 1^{ère}, 17 janv. 2008, n° 05-14.644, Bull. civ. I, n° 15, RLDC 2008/04, n° 2933, obs. Le Gallou C.

de conséquences pécuniaires en cas de refus. C'est ce qui justifie l'application de la nullité du contrat en cas de violation de cette règle par le versement d'un acompte¹.

1203. Dans le même objectif, la restitution des sommes avancées par le consommateur est expressément encadrée. Par exemple, l'article L. 132-5-1 alinéa 2 du Code des assurances dispose que : « *La renonciation entraîne la restitution par l'entreprise d'assurance ou de capitalisation de l'intégralité des sommes versées par le contractant, dans le délai maximal de trente jours calendaires révolus à compter de la réception de la lettre recommandée ou de l'envoi recommandé électronique. Au-delà de ce délai, les sommes non restituées produisent de plein droit intérêt au taux légal majoré de moitié durant deux mois, puis, à l'expiration de ce délai de deux mois, au double du taux légal.* » De même, le professionnel dépositaire des fonds versés par le potentiel acquéreur dans le cadre la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation, doit les lui restituer dans un délai de vingt et un jours à compter du lendemain de la date de cette rétractation².

1204. Mais, quoi qu'il en soit, le consommateur ne doit aucune indemnité de jouissance ou indemnité d'usure pour avoir utilisé le bien pendant le délai de rétractation. Par exemple, en matière de contrats à distance ou hors établissement, sa responsabilité ne peut être engagée qu'en cas de dépréciation des biens résultant de manipulations autres que celles nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement de ces biens,

¹ Voir Cass. Civ. 1^{ère}, 7 oct. 1998, n° 96-17.829, Bull. civ. I, n° 290, D. aff. 1998, p. 1850 ; pour la mise en œuvre de sanctions pénale, voir Cass. crim., 7 déc. 1999, n° 99-82.895, Contrats, conc., consom. 2000, comm. 134, note Raymond G. ; ou encore Cass. crim., 22 mars 2005, n° 04-85.654, Bull. crim. N° 98, RLDC 2005/17, n° 679, obs. Brom B., jugeant que l'acceptation d'une offre de crédit, présentée par le vendeur, avant l'expiration du délai de rétractation, ne constitue pas à elle seule un commencement d'exécution du délit de démarchage illicite ; voir également Art. L. 271-2, al. 1er du Code de la construction et de l'habitation, aux termes duquel pour tout acte sous seing privé tendant à l'acquisition d'un logement, « *nul ne peut recevoir de l'acquéreur non professionnel, directement ou indirectement, aucun versement à quelque titre ou sous quelque forme que ce soit avant l'expiration du délai de rétractation, sauf dispositions législatives expresses contraires* », et ce, sous peine d'une amende de 30 000 euros. L'alinéa 2 précise cependant que : « *Toutefois, lorsque l'un des actes mentionnés à l'alinéa précédent est conclu par l'intermédiaire d'un professionnel ayant reçu mandat pour prêter son concours à la vente, un versement peut être reçu de l'acquéreur s'il est effectué entre les mains d'un professionnel disposant d'une garantie financière affectée au remboursement des fonds déposés.* »

² Art. L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation.

sous réserve que le professionnel ait informé le consommateur de son droit de rétractation prévoit *in fine* l'article L. 221-23 du Code de la consommation.

1205. En revanche, il doit renvoyer ou restituer les biens au professionnel ou à une personne désignée par ce dernier, sans retard excessif et au plus tard, dans les quatorze jours suivant la communication de sa décision de se rétracter, à moins que le professionnel ne propose de les récupérer lui-même¹. S'il les renvoie, il doit en supporter uniquement les coûts directs, sauf si le professionnel accepte de les prendre à sa charge ou s'il a omis d'informer le consommateur que ces coûts sont à sa charge ; étant toutefois précisé que pour les contrats conclus hors établissement, lorsque les biens sont livrés au domicile du consommateur au moment de la conclusion du contrat, le professionnel récupère les biens à ses frais s'ils ne peuvent pas être renvoyés normalement par voie postale en raison de leur nature².

1206. Aussi, en cas de retour du produit, l'acheteur n'est tenu qu'aux frais de retour, ce qui interdit au vendeur de réclamer des frais pour « *test et recertification de produit technique en retour* »³. En l'espèce, suite à la rétractation du consommateur, le vendeur lui avait adressé une facture « carte bleue » d'un montant de 2 340 francs ainsi qu'un « avoir » mentionnant des frais évalués à 260 francs pour « *test et recertification de produit technique en retour* », pour une commande d'un montant de 2 600 francs... Ces frais étaient d'autant plus critiquables qu'ils correspondaient quasiment au prix de vente du produit. De même, il n'est pas davantage possible pour réglementation nationale de permettre au fournisseur, dans un contrat conclu à distance, d'imputer les frais d'expédition des marchandises au consommateur dans le cas où ce dernier exerce son droit de rétractation⁴.

1207. Il faut ainsi considérer que l'exercice du droit de rétractation est gratuit mais ce caractère est paradoxalement compatible avec de possibles paiements, limitativement prévus

¹ Art. L. 221-23 du Code de la consommation.

² *Ibid.*

³ Cass. Civ. 1^{ère}, 23 juin 1993, n° 91-18.419 P : Defrénois 1994. 360, obs. Delebecque; CCC 1993. 202, note Raymond ; RTD com. 1994. 338, note Bouloc.

⁴ CJUE 15 avr. 2010, . 2010. 2132, note Busseuil, *ibid.* Actu. 1140, obs. Avena-Robarde, D. 2011. Pan. 979, obs. Poillot, RTD eur. 2010. 712, obs. Aubert de Vincelles, JCP 2010, no 773, note Paisant ; CCC 2010, no 195, obs. G. R.; Gaz. Pal. 2010. 1666, obs. S. Piedelièvre ; *ibid.* 2375, obs. Avignon et Landes-Gronowski ; CCE 2010, no 125, obs. Stoffel-Munck; RDC 2010. 1295, note Aubert de Vincelles ; Europe 2010, no 217, obs. Idot.

par les textes. Il s'agit finalement d'éliminer une cause d'hésitation dans la prise de décision afin de ne pas perturber davantage sa prise de décision. En revanche, les considérations sont toutes autres dans la mise en œuvre d'une rupture de période d'essai.

B. Dans la mise en œuvre d'une rupture de période d'essai

1208. La rupture d'une période d'essai n'ouvre droit à aucune indemnisation pour le cocontractant déçu¹. En effet, le mécanisme spécifique de la période d'essai permet aux parties de tester le contrat de façon effective². Elles sont donc déjà en pratique dans la situation définitive avec l'exercice des droits et obligations qui en découlent. Par exemple, l'employeur est tenu de verser les salaires et les primes³.

1209. Cependant, le salarié ne peut prétendre à des dommages et intérêts du seul fait que l'employeur a exercé sa faculté de rupture. La chambre sociale a eu l'occasion de le rappeler dans un arrêt en date du 05 juin 2008 et a pu dire que⁴ : *« attendu qu'ayant relevé que le contrat conclu le 29 juin 2001 prévoyait une période d'essai d'un mois au cours de laquelle chacune des parties pouvait mettre fin au contrat sans préavis ni indemnité et que la société France Télécom avait usé de la possibilité qui lui était offerte de rompre le contrat au cours de cette période, sans qu'il puisse lui être reproché de n'avoir pas encore mis en oeuvre la formation prévue, la cour d'appel en a justement déduit que Mme X... ne pouvait prétendre à des dommages-intérêts pour rupture anticipée du contrat de qualification. »* L'exercice de cette faculté ne constitue pas un manquement à une obligation.

1210. L'employeur n'est pas davantage tenu de verser au salarié une indemnité de rupture. *« Nulle indemnité n'est due au salarié dont la rupture du contrat de travail intervient en période d'essai, sauf abus de droit »* indique fermement la Cour de cassation⁵. Toutefois,

¹ Cass. Soc., 25 mars 1985, n° 83-44.938.

² D'ailleurs, de façon générale, une faculté d'expérimentation ne met pas d'indemnisation à la charge du contractant insatisfait qui ne poursuit pas le contrat.

³ Voir également AUBREE Y., Période d'essai, Répertoire de droit du travail, Dalloz, avril 2019 (actualisation : 2021), n° 121.

⁴ Cass. Soc., 5 juin 2008, n° 07-41.209.

⁵ Cass. Soc., 15 avr. 2016, n° 14-24.930 : *« nulle indemnité n'est due au salarié dont la rupture du contrat de travail intervient en période d'essai, sauf abus de droit, le conseil de prud'hommes a violé les textes susvisés. »*

selon les termes du contrat, l'indemnité de non-concurrence peut être due si le contrat stipule par exemple que l'indemnité sera due « *quelle que soit l'époque de la cessation* », ou selon une formulation similaire, « *en cas de résiliation du contrat de travail à quelque époque qu'elle intervienne et pour quelque raison que ce soit* », ou encore « *en cas de rupture pour quelque cause que ce soit* »¹.

1211. D'ailleurs, de façon générale, une faculté d'expérimentation ne met pas d'indemnisation à la charge du contractant insatisfait qui ne poursuit pas le contrat. Par exemple, pour une vente à l'essai, si celui-ci s'avère non concluant, les sommes avancées sont restituées, le contrat étant effacé du fait de la défaillance de la condition suspensive. Les frais avancés sont également restituables. Par exemple, la cour d'appel de Dijon a pu décider de la restitution du prix du poney malade ainsi que des frais médicaux et de transport².

II. L'indemnisation compensatoire

1212. Une indemnisation peut être exigée en cas de dépréciation d'un bien (A) mais également au titre d'une sortie payante du contrat (B).

A. La dépréciation d'un bien

1213. Grâce au droit à l'hésitation, le contractant peut pendant la situation d'attente, profiter d'une expérimentation. Reste que, l'usage du bien entraîne nécessairement son usure. Dès lors, en cas d'issue négative quant à la poursuite du contrat, le bien est certes restitué mais son état n'est plus le même. Il n'est plus neuf, il devient donc en cas de revente, un bien d'occasion³ avec partant, un prix de vente diminué.

1214. N'ayant pas d'idée précise quant aux conditions d'utilisation et de conservation du bien, le vendeur ne peut apprécier avec certitude et précision l'impact que la période

¹ Cass.Soc., 22 mars 2018, n° 16-24.467.

² CA Dijon, 10 avr. 2003.

³ Art. 98 A I de l'annexe III au Code général des impôts : « *Sont considérés comme biens d'occasion les biens meubles corporels susceptibles de emploi, en l'état ou après réparation, autres que des œuvres d'art et des objets de collection ou d'antiquité et autres que des métaux précieux ou des pierres précieuses.* »

expérimentale a pu avoir sur le bien. Il est pourtant tenu d'une garantie de conformité similaire à celle prévue pour un bien neuf¹. Par ailleurs, le vendeur devra assumer des travaux de remise en état et de conditionnement à effectuer pour le remettre en vente. En somme, il voit non seulement lui échapper une vente mais au surplus, il doit engager des frais pour espérer vendre le bien, justifiant qu'il soit indemnisé en raison de la dépréciation du bien.

1215. Prenons l'espèce suivante². Une société informatique a mis à la disposition d'une autre, un matériel ainsi qu'un logiciel. Quelques mois plus tard, le vendeur lui a réclamé le prix d'achat. Un précédent arrêt a retenu que le paiement n'était pas dû, l'équipement n'ayant été pris qu'à l'essai et aucune vente n'étant ensuite conclue et a désigné un expert pour déterminer le montant du « loyer » incombant au potentiel acquéreur pour la période d'utilisation. Le montant des loyers fut finalement fixé à 532 080 francs, ce que contestait l'acquéreur ainsi que le mandataire de sa liquidation judiciaire.

1216. Cependant, la Cour de cassation approuva les juges du fond à cet égard et considéra que *« c'est souverainement, et en justifiant légalement sa décision, que la cour d'appel a retenu que la société COGEITH avait utilisé le matériel et le logiciel litigieux pendant une période de quatre années et deux mois, au-delà de la période d'essai, et qu'elle a évalué le montant des "loyers" en tenant compte de la dépréciation progressive de la valeur de l'équipement et d'un taux d'intérêt calculé sur cette valeur »*.

1217. Il pèse en effet sur l'acquéreur une obligation de restitution en cas d'essai insatisfaisant, faute de quoi il fait durer la situation d'attente. Il doit assumer les dommages qui en résultent au rang desquels la dépréciation du bien. Dans le même sens, on ne saurait faire grief à une cour d'appel d'avoir admis l'exercice de l'action de *in rem verso* par le vendeur d'une installation à l'essai, contre son acheteur qui, après avoir mis fin au contrat, les essais ne lui ayant pas donné satisfaction, a cependant utilisé le matériel, dès lors que l'arrêt constate qu'aucun contrat ne liait les parties depuis que l'acquéreur avait mis fin à la convention de vente à l'essai, admettant par la même implicitement qu'aucune convention n'avait réglé les

¹ Pour le vendeur professionnel. Art. L. 217-3 al. 2 du Code de la consommation : *« Il répond des défauts de conformité existant au moment de la délivrance du bien au sens de l'article L. 216-I, qui apparaissent dans un délai de deux ans à compter de celle-ci. »*

² Cass. Com., 12 nov. 1996, n° 94.19-766.

conséquences de l'utilisation du matériel par ledit acquéreur pendant la période litigieuse. L'acheteur doit donc indemniser le vendeur pour l'usure du bien¹.

1218. C'est pour cette même raison que le Code de la consommation exige du consommateur qu'il restitue le bien dans un bref délai à compter de sa rétractation². Il a par exemple pu être jugé que le consommateur qui manque à son obligation de restitution découlant de l'exercice de son droit de rétractation – survenue dix-huit mois après, alors qu'il était constaté un usage important du bien – doit supporter 80 % du prix³.

1219. Les conditions d'admission d'une indemnisation de dépréciation sont strictes, plus encore, lorsqu'il s'agit d'un consommateur. L'article L. 221-23 du Code de la consommation les édicte expressément : « *La responsabilité du consommateur ne peut être engagée qu'en cas de dépréciation des biens résultant de manipulations autres que celles nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement de ces biens, sous réserve que le professionnel ait informé le consommateur de son droit de rétractation, conformément au 2° de l'article L. 221-5* ».

1220. En premier lieu, les dépréciations concernées ne peuvent pas concerner celles résultant des manipulations permettant au consommateur d'apprécier la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement du bien. Cette exigence se justifie puisqu'en pareille hypothèse, n'oublions pas qu'il s'agit d'une espèce de faculté d'expérimentation. En second lieu, sa responsabilité ne pourra être engagée s'il n'a pas été informé de son droit rétractation. Ce sont des conditions cumulatives, somme toute, très contraignantes pour le vendeur car il lui appartiendra de démontrer l'usage « anormal » du bien.

1221. Ainsi, le vendeur ne peut réclamer au consommateur une indemnité compensatrice pour l'utilisation d'un bien acquis par un contrat à distance en cas d'exercice du droit de rétractation dans les délais, sauf à ce qu'il ait été fait usage du bien d'une manière

¹ Cass. Com., 14 déc. 1965 P.

² Art. L. 221-23 du Code de la consommation : « *Le consommateur renvoie ou restitue les biens au professionnel ou à une personne désignée par ce dernier, sans retard excessif et, au plus tard, dans les quatorze jours suivant la communication de sa décision de se rétracter (...).* »

³ CA Rouen, 17 déc. 2008: CCC 2009, no 238, obs. Raymond.

incompatible avec les principes de droit civil, tels que la bonne foi ou l'enrichissement sans cause¹. Auparavant, il était déjà admis que le contrat ne pouvait comporter une clause imposant le paiement par le consommateur d'une indemnité forfaitaire pour dommages causés au commerçant au seul motif qu'il a exercé son droit².

1222. En dehors de toute réparation, une somme peut néanmoins être due par celui qui décide de ne pas poursuivre la relation contractuelle.

B. La sortie payante du contrat

1223. Si lors de la conclusion du contrat, les parties se réservent une porte de sortie, à l'évidence, le résultat escompté n'est sans doute pas que l'opération envisagée ne soit pas réalisée³. L'aspect déceptif de l'échec du projet est donc généralement compensé par une somme abandonnée au cocontractant. C'est le principe des arrhes de l'article 1590 du Code civil qui prévoit que : « *Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes chacun des contractants est maître de s'en départir, Celui qui les a données, en les perdant, Et celui qui les a reçues, en restituant le double.* » Dans les relations entre le consommateur et le professionnel, il y a une présomption d'arrhes et non d'acompte⁴. Il s'agit par exemple de la

¹ CJCE 3 sept. 2009, BICC 15 janv. 2010, n° 9 ; D. 2009. AJ 2161, obs. Avena-Robardet, D. 2010. Pan. 794, obs. Poillot, RTD eur. 2010. 712, obs. Aubert de Vincelles, CP 2009, n° 47, p. 25, note Paisant; JCP E 2009, no 50, p. 21, note Rousset; CCC 2009. Alerte 70; CCE 2010, n° 64, obs. Stoffel-Munck; LPA 3 mai 2010, note Busseuil; RJDA 2009, n° 944; RDC 2010. 113, note Pimont; ibid. 643, note Aubert de Vincelles; Europe 2009, n° 436, obs. Idot.

² CJCE, 22 avr. 1999, aff. C-423/97, ECLI:EU:C:1999:197, Rec. CJCE, I, p. 2195, affirmant que la directive 85/577/CEE du 20 décembre 1985, JOCE 31 déc. 1985, n° L 372, « *s'oppose à ce qu'un contrat comporte une clause imposant le paiement par le consommateur d'une indemnité forfaitaire pour dommages causés au commerçant au seul motif qu'il a exercé son droit* ».

³ LOKIEC P., Le droit des contrats et la protection des attentes, *op. cit.*

⁴ Art. L. 214-1 du Code la consommation : « *Sauf stipulation contraire, pour tout contrat de vente ou de prestation de services conclu entre un professionnel et un consommateur, les sommes versées d'avance sont des arrhes, au sens de l'article 1590 du code civil. Dans ce cas, chacun des contractants peut revenir sur son engagement, le consommateur en perdant les arrhes, le professionnel en les restituant au double.* »

L'acompte, au contraire des arrhes, témoigne de la fermeté de la décision du contractant. Sur la distinction, voir DJOUDI J., Arrhes, *op. cit.*, n° 7 ; ERIMEE-CHANTEUR M., L'entrée payante dans le contrat, *op. cit.*, p. 81 et s.

somme conservée par l'hôtelier en cas d'annulation du client¹. Cette somme constitue alors le prix de sortie du contrat projeté².

1224. De ce point de vue, l'aspect compensatoire du dédit est indéniable. Reste que, sans doute faut-il préciser que la clause de dédit se suffit à elle-même³, en ce sens que ce n'est pas la contrepartie financière qui justifie ou rend valable la clause, mais bien le droit de rompre le contrat de façon anticipée. C'est la raison pour laquelle il est admis que le dédit puisse être gratuit⁴. *« L'existence d'un « prix de la fuite contractuelle », d'un dédit stipulé en contrepartie de cette faculté, n'est rien d'autre qu'une modalité accessoire de la clause en question et pas un de ses éléments essentiels⁵ ».*

1225. C'est une modalité accessoire largement utilisée, car il faut bien admettre qu'en pratique, le dédit gratuit est rare. Les parties prévoient généralement le versement d'une somme par la partie qui use de sa faculté de ne pas poursuivre le contrat. *« Cette idée de prix comme contrepartie du droit d'option correspond à la réalité économique⁶. »* Toutefois, cette somme n'a pas vocation à indemniser un préjudice résultant du fait que le contrat n'a pas été conclu parce qu'il ne peut y avoir d'obligation de contracter, celui qui refuserait ne commet pas de faute et ne peut voir engager sa responsabilité. Ce n'est rien d'autre que le prix de la sortie du contrat ; la contrepartie pécuniaire du pouvoir du bénéficiaire de la clause⁷.

¹ CZAPSKI W., Les arrhes dans l'hôtellerie et l'organisation des voyages, in Études offertes à Mercadal B., Éd. F. Lefebvre, 2002, p. 440 et s.

² Toutefois, ce prix n'est pas dû si l'intéressé n'a pas d'autre choix que de renoncer, comme une servitude affectant l'utilisation d'un terrain de façon substantielle. Cass. Civ. 3^{ème}, 1er juill. 1998, n° 96-20.358, D. 1999. 13, obs. G. Paisant ; RDI 1998. 656, obs. J.-C. Groslière et C. Saint-Alary-Houin.

Par ailleurs, le prix n'est dû qu'au cocontractant. Par suite, un agent immobilier ne peut prétendre à une commission sur une affaire qui n'aurait pas abouti par application de la faculté de dédit. Cass. Civ. 1^{ère}, 18 mars 1997, n° 95-16.135, D. 1997. IR 120 ; RDI 1997. 611, obs. D. Tomasin ; JCP N 1998. II. 705, n° 8, obs. J.-M. Mousseron.

³ BOYER L., La clause de dédit, *op. cit.*, n° 3 et 14.

⁴ Rien n'interdit qu'une partie s'engage envers une autre avec une faculté de dédit gratuite. Cass. Com., 20 oct. 2000 : D. 2001, Somm. 3241, obs. D. Mazeaud ; CCC 2001, n° 21, note Leveneur.

⁵ MAZEAUD D., Se dédire sans dire vaut !, D. 2001. 3241.

⁶ BOYER L., La clause de dédit, *op. cit.*, n° 17.

⁷ BENET A., Indemnité d'immobilisation, dédit et clause pénale, *op. cit.*

1226. Le dédit, en ce qu'il n'a pas trait à la sanction d'une inexécution fautive, est distinct d'une clause pénale. La Cour de cassation considère en effet que lorsque la clause n'a pas pour objet de faire assurer par l'une des parties l'exécution de son obligation mais au contraire de permettre au contractant de se soustraire à son exécution, elle doit s'analyser en une clause de dédit¹. La somme due en raison de son exercice ne saurait, dès lors, donner lieu à la révision².

1227. Ainsi, « *sauf à violer l'article 1152, alinéa 2, du code civil, la clause stipulant une indemnité de dédit ne s'analyse pas en une clause pénale ayant pour objet de faire assurer par l'une des parties l'exécution de son obligation mais en une faculté de dédit permettant de se soustraire à cette exécution et excluant le pouvoir du juge de diminuer ou supprimer l'indemnité convenue.* ³»

1228. Cette solution quasiment similaire aux solutions précédentes⁴ présente toutefois un intérêt particulier en raison du montant excessif du dédit en l'espèce. « *Pour déclarer dissuasif le montant de l'indemnité de dédit stipulé en faveur de la société Sogestock, ordonner sa réduction à la somme de 1 735.826 euros et, après compensation des créances et dettes réciproques, limiter à la somme de 346 598 euros hors TVA le montant de la créance de la société Sogestock admise au passif du redressement judiciaire de la société Unicoop, après avoir relevé qu'il résultait du jugement mixte du 18 avril 2002 contre lequel appel n'avait pas été interjeté, que les indemnités de dédit ne sont pas révisables judiciairement, sauf si, en raison de leur montant, elles dissuadent le débiteur d'exercer sa faculté de repentir, et des calculs effectués par l'expert désigné que la somme à verser à titre de dédit suffisait à démontrer le caractère dissuasif du montant de cette indemnité* ». La cour d'appel en a donc réduit le montant.

1229. Comme pour l'indemnité d'immobilisation, se pose la question de savoir si quand le dédit est d'un montant important, il y a encore de la place pour la répudiation⁵. Ici

¹ Cass. Com., 14 oct. 1997, ° 95-11.448, Bull. civ. IV, n° 255 ; Defrénois 1998, art. 36753, obs. D. Mazeaud.

² Cass. Civ. 3^{ème}, 9 janv. 1991, n° 89-15.780, Bull. civ. III, n° 19 ; D. 1991. 481, note Paisant ; Cass. Com., 2 avr. 1996, n° 94-13.433, D. 1996. Somm. 329, obs. D. Mazeaud.

³ Cass. Com., 18 janv. 2011, n° 09-16.863, D. 2011. 376.

⁴ Cass. Civ. 3^{ème}, 9 janv. 1991, *op. cit.*, Cass. Com., 2 avr. 1996, *op. cit.*, Cass. Com., 14 oct. 1997, *op. cit.*

⁵ BOYER L., La clause de dédit, *op. cit.*, n° 19.

encore, il convient de répondre par la négative. *« Il est plus que malaisé de faire dépendre la qualification d'une convention d'une variation simplement quantitative. Sans doute, des éléments objectifs peuvent-ils être un indice de la réelle intention des parties et de la portée des engagements qu'elles ont entendu assumer ; mais étant réservés ces cas où il y a une place pour une raisonnable interprétation de la volonté commune, c'est un abus de se fonder uniquement sur le montant d'une prestation pour dénaturer leur accord ; l'importance du prix accepté par le bénéficiaire de l'option traduit, certes, une intention bien marquée de réaliser l'opération mais une intention – même arrêtée – n'est pas un engagement et le fait que, par avance, il a été consenti un considérable sacrifice pour le cas de non-aboutissement, ne saurait détruire, en droit, l'existence de cette liberté que les parties ont voulu précisément préserver¹ »*. En outre, il faut admettre que la sortie payante du contrat est un gage du sérieux de la décision prise. Que l'intéressé soit prêt à abandonner une certaine somme en cas de refus, est révélateur de la fin de son hésitation. Il a fait son choix, l'a manifesté puis l'a mis en œuvre. La décision est prise.

¹ *Ibid.*

CONCLUSION

1230. Proposer, c'est prendre le risque de se voir opposer un refus. La décision négative, si elle est libératrice pour celui qui l'a prise, elle est en revanche déceptive pour celui qui espérait. Cela est d'autant plus vrai lorsque les parties sont déjà dans le contrat projeté. Le terme « projeté » n'est pas anodin : il est révélateur des attentes, des espoirs de chacun des contractants.

1231. Reste que l'on ne peut occulter la complexité de la prise de décision. L'absence de linéarité du processus décisionnel l'illustre. C'est la raison pour laquelle, la loi comme le contrat, prévoient une porte de sortie pour celui qui a déjà manifesté son choix mais voit ressurgir son hésitation. Le maintenir contre son gré reviendrait à générer du regret voire une inexécution de ses obligations parce qu'il ne s'en estime pas tenu. En somme, la décision négative, même lorsque les parties sont déjà dans le contrat projeté, est légitime. La prise en compte de l'intérêt du contractant déçu résulte alors, tant de la mise en œuvre du droit de refuser, que de l'indemnisation possible.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Quel que soit son objet, le concept juridique n'est pas une catégorie désincarnée qui peut être appréhendée dans l'indifférence de son environnement, celui du droit dont elle est issue, ou dans lequel elle est reçue¹.

1232. Hésitation et décision vont de pair. L'on peut même affirmer qu'hésitation, décision et droit des contrats sont indissociables. Pourtant, les deux premières dont l'impact est retentissant sur la vie contractuelle n'ont pas, jusqu'à présent, été formellement étudiées. Est-ce parce que ces deux notions se situent aux confins de la psychologie ? La volonté et le consentement ont été préférés à la décision sans qu'il ne se soit jamais posé la question de savoir comment le contractant passe de l'un à l'autre.

1233. L'hésitation, elle, a toujours existé mais en filigrane seulement. L'on a organisé sa prévention et son traitement de façon erratique en voulant éradiquer ses causes. L'obligation d'information, l'essai, le droit de réflexion, la rétractation – légale et conventionnelle d'ailleurs – ont sont la preuve. Certains mécanismes sont anciens, d'autres sont apparus plus récemment. Mais les uns comme les autres répondaient à des besoins pratiques, en fonction de l'évolution du monde contractuel et de ses vicissitudes modernes.

1234. Certains ont sans doute reçu un accueil plus favorable que d'autres. Le droit de rétractation par exemple, trouble-fait de la force obligatoire du contrat met nécessairement mal à l'aise. Il faut alors pour justifier sa présence, invoquer le caractère exorbitant des droits spéciaux commandé par la protection de la partie faible ou encore considérer que le contrat n'est pas encore conclu. Autrement, cela revient à piétiner l'un des principes fondamentaux du droit des contrats : le respect de la parole donnée.

1235. Ces difficultés tiennent à ce que tous ces mécanismes n'ont pas été analysés à l'aune de la décision, et singulièrement du processus décisionnel dont l'hésitation est partie

¹LOKIEC P., Le droit des contrats et la protection des attentes, D. 2007. 321.

intégrante. En effet, c'est elle qui explique l'absence de linéarité du processus et des attermolements qui en résultent. Le consentement n'est qu'une partie de ce processus dont le point culminant, est la décision.

1236. L'hésitation demande du temps parce qu'elle fige. En interne, elle étire le processus décisionnel. En externe, elle crée des situations d'attente que le droit a la charge d'organiser. Les parties au contrat projeté se trouvent dans un entre-deux, entre l'absence de contrat et le contrat définitif. Loin de s'agir d'une zone de non-droit, cette période sert au déroulement serein du processus décisionnel mais dans le même temps, s'assure de protéger la situation future. En effet, l'hésitation constitue un report de la prise de décision en raison d'une incertitude, d'un risque ou d'une multiplicité de choix, générant une situation d'attente.

1237. À l'aune de cette définition, force est finalement d'admettre, qu'il existe nombre de mécanismes organisant l'hésitation. Ceux dont la justification semblait difficile, prennent alors tout leur sens ; leur opportunité étant indéniable qu'il s'agisse du droit spécial ou du droit commun. L'on peut dès lors concevoir que la conclusion du contrat ne soit plus instantanée, que le consentement donné puisse être repris. De même, les vices du consentement apparaissent sous un jour nouveau. En effet, le non-respect du droit à l'hésitation vicie le processus décisionnel et produit par conséquent, un consentement vicié en raison d'une erreur, d'un dol ou d'une violence. Il est donc permis de considérer que l'hésitation peut constituer un vice du consentement.

1238. Nous nous sommes donc attachés à en faire un ensemble cohérent formant un droit à l'hésitation pour lequel existe un régime juridique visant à sécuriser la situation d'attente mais également son dénouement. Car finalement, c'est le dénouement du processus décisionnel, autrement dit la décision et non le consentement, qui donne véritablement naissance au contrat tel qu'il existera dans la vie contractuelle ou qui jette le contrat projeté aux oubliettes.

1239. Somme toute, cette étude a révélé le chaînon manquant permettant de mettre en cohérence les règles relatives à toute prise de décision dans la vie juridique : l'hésitation.

BIBLIOGRAPHIE

▪ Traités, ouvrages généraux, monographies

- ADAM P., Harcèlement moral – Contours juridiques de la notion de harcèlement moral, Répertoire de droit du travail, Dalloz, 2019
- ALLAIN T., Clauses de garantie dans les cessions de droits sociaux, Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2018 (actualisation : 2021),
- ANDREU L., Publicité foncière, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2020
- ANTONMATTEI P.-H. et RAYNARD J., Droit civil, Les contrats spéciaux : Litec, 7e éd., 2012
- ANTONMATTEI P.-H., Droit du travail, L.G.D.J, 1ère éd., 2021
- Association Henri Capitant (dir.), La réforme du droit des contrats, Dalloz, 2016
- Association Henri Capitant (dir.), Le contrat électronique, Éd. Panthéon-Assas, 2002
- Association Henri Capitant, Journée nationale, La motivation, L.G.D.J, 2000
- AUBENQUE P., La prudence chez Aristote, PUF, 2014
- AUBERT J-L, Le contrat, Dalloz 1996, coll. Connaissance du droit
- AUBERT J.-L., SAVAUX E., FLOUR J., Droit civil. Les obligations, Tome 1, L'acte juridique, 16e éd., 2014
- AUBERT J.-L., SAVAUX E., Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Sirey, 18e éd., 2020
- AUBERT DE VINCELLES C., Le processus de conclusion du contrat, in F. Terré (dir.), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, 2009, p.119
- AUBREE Y., Répertoire de droit du travail, Période d'essai, Dalloz, 2019 (actualisation : 2021)
- AUBREE Y., Contrat de travail : clauses particulières, Répertoire de droit du travail, Dalloz, 2017 (actualisation : 2021)
- AUZERO G. et FERRIER N., Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social, Répertoire de droit social, Dalloz, Janv. 2010 (actualisation, Fév. 2020)
- AUZERO G., BAUGARD D., DOCKÈS E., Droit du travail, Dalloz, 35e éd., 2021
- AYNÈS L., La contrainte en droit des contrats, in L. GRYNBAUM (dir.), La contrainte, Economica, 2007
- BAHANS J.-M., MENJUCQ M., Droit de la vigne et du vin, LexisNexis, 3e éd., 2021
- BARRET O., BRUN Ph., Vente : formation – aliénabilité de la chose, Répertoire de droit civil, oct. 2019 (actualisation 2020)

BAUDERIE-LACANTINERIE G. et TISSIER A., Traité théorique et pratique de droit civil, t. 9, Larose, 1895

BEHAR-TOUCHAIS M., VIRASSAMY G., Les contrats de la distribution, Traité des contrats (dir.) J. GHESTIN, L.G.D.J, 1999

BERTHOZ A., La décision, Odile Jacobs, 2003

de BERTIER-LESTRADE, Retour sur la mauvaise foi dans les règles de publicité foncière et les règles de conflits d'actes, D. 2011. Chron. 2954.

BENABENT A., Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, L.G.D.J, 2019

BLAISE J.-P., Abus de position dominante, Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2005 (actualisation : 2020)

BLANDIN Y., MAZEAUD D., Quelle réforme pour le droit des sûretés ?, Dalloz, 2019

BLOCH L., Devoir d'information et de conseil en matière d'assurance, JurisClasseur, Fasc. 6, 2018.

BOLLEE S., LAITHIER Y.-M. et PERES C. (dir.), L'efficacité économique en droit, Economica, coll. « Etudes juridiques », 2010

BORÉ J. et L., La cassation en matière civile, Dalloz, 2015, 5ème éd.

BOURDOISEAU J., Le secret de la délibération, Procédures n°3, Mars 2011, dossier 6

BOURASSIN M., BRÉMOND V., Droit des sûretés, Sirey, 7e éd., 2019

BOURSIN J.-L., La décision rationnelle, Economica, 1996

BRENNER C., LEQUETTE S., Actes juridique – Typologie des actes juridiques, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2019

BRUNIN L., Vers une meilleure connaissance des facteurs d'influence dans le processus de décision judiciaire, Les cahiers de la justice, 2015, p. 501

BUFFELAN-LANORE Y. et PELLIER J.-D., Condition, Répertoire de droit civil sous la direction de Savaux E., Dalloz, 2017

BUFFELAN-LANORE Y., LARRIBAU-TERNEYRE V., Sirey, 17e éd., 2020, spé. p. 308 et s.

BURGELIN J.-Fr., Les petits et grands secrets du délibéré, D. 2001. Chron. 2755

CADIET L., le TOURNEAUX Ph., Abus de droit, Répertoire de droit civil, 2015 (actualisation 2017)

CALAIS-AULOY J., DEPINCE M., TEMPLE H., Droit de la consommation, Précis Dalloz, 10e éd., 2020

CARBONNIER J., Les obligations, PUF, 22e éd., 2000

CARBONNIER, Sociologie juridique, PUF, 2ème éd., juin 2017

CHABAS C., Résolution - Résiliation, Répertoire de droit civil, Dalloz, oct. 2010 (actualisation 2018)

CHABOT G., LE GUIDEC R., Succession : transmission, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2011 (actualisation : 2021)

CHAGNY M. (dir.), Concurrence Relations commerciales Distribution Consommation, Le Lamy droit économique, Nov. 2020, n° 4071

CHANTEPIE G., Contrats, Répertoire de droit civil, Dalloz, janv. 2018

CHANTEPIE G. et LATINA M., Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2ème éd., 2018

CHÉNEDÉ Fr., Le nouveau droit des obligations et des contrats 2019/2020, Dalloz, 2018

CHÉNEDÉ Fr., TERRÉ F. , SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., Droit civil – Les obligations, Précis Dalloz, 12ème éd. 2018

COLLART DUTILLEUL Fr. et Ph. DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, Précis Dalloz, 11e éd., 2019

CORNU G. (dir.), Vocabulaire juridique, 10ème éd., PUF, 2014

COUTURIER G., Droit du travail, tome 1, PUF, 16e éd., 1990

COZIAN M., VIANDIER A., DEBOISSY, Droit des sociétés, LexisNexis, 34e éd.

DARPY D. et GUILLARD V., Chapitre 8. Les émotions et les expériences d'achat, dans : Comportements du consommateur. Concepts et outils, (dir. Darpy D., Guillard V.), Paris, Dunod, « Management Sup », 2016, p. 225-249

DECOCQ G., C. GRIMALDI, J. HUET et H. LECUYER, Les principaux contrats spéciaux, Traité de droit civil : LGDJ, 3e éd., 2012, n° 11169

DELANNOI G., Éloge de la prudence, Paris, Berg international, 1993

DELPACH X., Fonds de commerce, Delmas, 19e éd., 2019

DEMOGUE R., Traité des obligations en général, t. 2, Arthur Rousseau, 1923

DE RAVEL D'ESCLAPON T. et M., Crédit-bail immobilier, Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2020 (actualisation : 2021)

DESHAYES O., L'avant-contrat, Actualité du processus de formation des contrats, Puf, 2008

DESHAYES O., Exception d'inexécution, Répertoire de droit civil, juillet 2018 (actualisation nov. 2019)

DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, LexisNexis, 2018

DETRAZ S., Diffamation, Répertoire IP/IT et Communication, Dalloz, mars 2021

DEUMIER P., Jurisprudence, Élaboration de la jurisprudence, Répertoire de droit civil, Nov. 2017 (actualisation : Juil. 2019)

DJOUDI J., Les arrhes, Répertoire de droit civil, Dalloz, Sept. 2018

DOCKES E., AUZERO G., BAUGARD D., Droit du travail, Précis Dalloz, 34e éd., 2020

DONDERO B., Société en participation, Répertoire des sociétés, Dalloz, 2006 – actualisation nov. 2019

DOUVILLE Th. (dir) La réforme du droit des contrats : Commentaire article par article, Gualino 1ère éd., 2016

DUGUIT L., Traité de droit constitutionnel, t. I, La règle de droit, le problème de l'État, 2è. éd. en 3 vol., Paris, 1921

DUQUESNE Fr., Droit du travail 2021, Gualino, 16e éd., 2021

ÉGÉA V., Succession – Recueil de la succession, Répertoire de procédure civile, décembre 2011 (actualisation : décembre 2019)

ELSTER, J. (2008). Rationalité et sciences sociales — Les structures élémentaires de la rationalité, Dans Cours du Collège de France

EUDIER Fr., GERBAY N., Jugement, Répertoire de procédure civile, Dalloz, Oct. 2018 (Actualisation Juin 2019)

FABRE-MAGNAN M., Droit des obligations, 1 – Contrat et engagement unilatéral : PUF, coll. Thémis, 4e éd., 2016, n° 255

FAGES B. (dir.), Lamy droit du contrat, Wolters Kluwer 2018

FAGES B., Droit des obligations : LGDJ, 7ème éd., 2017

FAVENNEC-HERY Fr., VERDINKT P.-Y., Droit du travail, L.G.D.J, 7e éd., 2020

FENOUILLET D., BUREAU D. et DRUMOND Fr., Droit et morale, Dalloz, 2011

FERRIER D. et N., Droit de la distribution, LexisNexis, 9e éd., 2020

FILLON A., VERGES E., Contrats sur la recherche et l'innovation, Dalloz Hors Collection, 2018-2019

FRISON-ROCHE M-A, Unilatéralité et consentement, in L'unilatéralisme et le droit des obligations, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 21 et s.

GALBRAITH J. K., L'ère de l'opulence, 2ème éd. française revue et augmentée, Calman-Lévy, 1970

GAUDEMET E., Théorie générale des obligations, Dalloz (1937), réédition 2004

GHESTIN J., SERINET Y.-M., Erreur, Répertoire de droit civil, Dalloz, Juillet 2017 (actualisation mars 2020)

GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y.-M., La formation du contrat, Tome 1, 2013, 4ème éd.

GHESTIN J., BILLIAU M. et LOISEAU G., Droit civil, le régime des créances et des dettes, LGDJ 2005

GHOZI A., La conformité, in Faut-il recodifier le droit de la consommation ?, sous la dir. de D. Fenouillet et F. Labarthe, Économica, 2002, p. 104

GIBIRILA D., Lettre de change, Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2018

GOUTTENNOIRE A., Autorité parentale – Retrait de l'autorité parentale, Répertoire de droit civil, octobre 2017 (actualisation décembre 2019)

GRIMALDI C., MERESSE S. et ZAKHAVORA-RENAUD O., Droit de la franchise, LexisNexis, 2017

GRIMONPREZ B., Mise en demeure, Répertoire de droit civil, Dalloz, Avril 2017, Actualisation janvier 2015

GROUTEL H., Droit des assurances, Dalloz, 14e éd., 2018

GROSS B. et BIHR Ph., Contrats, t. 1, Ventes civiles et commerciales, Baux d'habitation et baux commerciaux : PUF, 2e éd. : 2002

GUETTIER Ch. et alii, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 12e éd., 2020

GUINCHARD S., DEBARD Th., Lexique des termes juridiques, 27e éd., Dalloz, 2019-2020

HAYEK F., La route de la servitude, PUF, 2013

HUET J., G. DECOCQ, C. GRIMALDI et H. LECUYER avec la collaboration de J. Morel-Maroger, Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, Les principaux contrats spéciaux : LGDJ, 3e éd. 2012

IMBS P. (dir), Trésor de la langue française. Dictionnaire de la langue française du XIXe et du XXe siècle, Paris, CNRS, Institut de la langue française, Nancy, T. 7, 1979, V° Doute

JACQUOT H., PRIET Fr., MARIE S., Droit de l'urbanisme, Précis, Dalloz, 8e éd., 2019

JULIEN J., Droit de la consommation, L.G.D.J, 2e éd., 2019

KAST R., La théorie de la décision, Paris : La Découverte, 2010

KENFACK H., Fasc. 3770 : Ventes conditionnelles, JurisClasseur Contrats-distribution, 2014

KHUL J., BECKMANN J., Volition and personality : action versus state orientation, Hogrefe & Huber Publishers, 1994

LADWEIN R., Le comportement du consommateur et de l'acheteur, 2e éd., Économica, 2003

LAFOND J., LEPELTIER D. et MATET V., Fasc. 14 : Avant-contrat – Protection de l'acquéreur – Délai de réflexion ou de rétractation, JurisClasseur Notarial Formulaire, Décembre 2019 (mise à jour nov. 2020)

de LAMBERTERIE I., JurisClasseur Contrats Distribution, Fasc. 2410 : Contrats informatiques, 2001

LAMBIN, La décision commerciale face à l'incertain, Dunod, Paris, 1973

LAMY-LEXEL Avocats, Garantie d'actif et de passif, JCl. Société, Fasc. Q.24, 1er avril 2018 (Mise à jour CERATI-GAUTHIER A., 1er juil. 2021)

LAROCHE-GISSEROT F., Absence, Répertoire de droit sous la direction de Savaux E., Dalloz, 2016

LARROUMET Ch. et BROS S. , Traité de droit civil, Economica, 9ème éd.

LATINA M., Contrat : généralités, Répertoire de droit civil sous la direction de Savaux E., Dalloz, 2017

LATOUR B., La fabrique du droit : une ethnographie du Conseil d'État, La Découverte, 2004

LEBEL C., Commerçant – Qualité de commerçant, Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2019 (actualisation 2020)

LECOURT A., Status et actes annexes, Répertoire de droit des sociétés (dir. Magnier V.), Dalloz, juil. 2015 (actualisation : oct. 2015)

LEGEAIS D., Opérations de crédit, 2e éd., LexisNexis, 2018

LEGEAIS D., Droit des sûretés et garanties du crédit, L.G.D.J, 13e éd., 2019

LOQUIN E., Fasc. 135 : Clauses dissuasives des litiges, JurisClasseur Contrats – Distribution, 2006 (mise à jour 2008 par LEBORGNE F.)

MACKAAY E. et ROUSSEAU S., Analyse économique du droit, Montréal-Paris, Thémis-Dalloz, 2ème éd., 2008

MAINGUY D., Contrats spéciaux, Dalloz, 10e éd., 2016

MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., Droit des obligations, L.G.D.J, 8e éd., 2016

MALAURIE Ph., AYNES L., GAUTIER P.-Y., Les contrats spéciaux, L.G.D.J, 11e éd. 2020

MALAURIE-VIGNAL M., Droit de la distribution, Sirey, 4e éd., 2017

MALAURIE-VIGNAL M., Droit de la concurrence interne et européen, Sirey, 8e éd., 2020

MALINVAUD Ph. (dir.), Droit de la construction 2018-2019, 7e éd., 2018

MARGUÉNAUD J.-P. et alii, Droit patrimonial de la famille 2018-2019, Dalloz, 6e éd., 2017

MARTIN X., Nature humaine et Code Napoléon, Droits, 2, 1985

MATHEY N., Fasc. 25 : Période précontractuelle. Offre – Acceptation, JurisClasseur Contrats – Distribution, 16 août 2019

MAZEAUD D. et PICOD Y. (dir.), La violence économique, Trav. Assoc. H. Capitant, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2017

MAZEAUD A., Droit du travail, L.G.D.J, 10e éd., 2016

MAZEAUD J., MAZEAUD H., CHABAS F., MAZEAUD L., Leçons de droit civil, t. 2, 1er vol., Obligations, Théorie générale, Montchrestien, 9ème éd., 1998

MERLE Ph., FAUCHON A., Droit commercial. Sociétés commerciales, Précis Dalloz, 23e éd.

MESTRE J. et alii, Les principales clauses des contrats d'affaires, L.G.D.J, 2e éd., 2018, n° 415

MICHAUX S., La formation du contrat : pour un rapprochement entre psychologie et droit in Le processus de formation du contrat, dir. M. Fontaine, L.G.D.J 2002, p. 831

MINTZBERG H., Le management. Voyage au centre des organisations, Éditions des organisations, 2ème éd., 2004

MOUREAU N. et RIVAUD-DANSET D., L'incertitude dans les théories économiques, La Découverte, Collection Repères n°379, 2004

MOUSSERON J-M, Cession de contrôle, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, oct. 2016 (actualisation : oct. 2017)

MOUSSERON J-M ; GUIBAL M. ; MAINGUY D., L'avant-contrat, Éd. Francis Lefebvre, 2001, p.110

MOUSSERON P., Les conventions de garanties dans les cessions de droits sociaux : Nouv. éd. Fid. 1992, p. 136.

NAJJAR I., Pacte sur succession future, Répertoire de droit civil, Dalloz, Avril 2020

NOIVILLE Ch., Du bon gouvernement des risques, PUF, 2003

OPPETIT B., Droit et modernité, PUF, 1998

OST Fr., Le temps du droit, Éditions Odile Jacob, 1999

PELLIER J-D., Droit de la consommation, Dalloz, 2021

PÉTEL-TEYSSIÉ I., Prêt à intérêt – Information et protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit (crédit à la consommation), JurisClasseur Civil Code, Art. 1905 à 1908, Fasc. 6

PETIT B., Fasc. Unique : Contrat – Formation du contrat – Offre et acceptation, JurisClasseur Civil code, Art. 1113 à 1122, 1er octobre 2017 (Mise à jour : 1er septembre 2020)

PICOD Y. et N., Droit de la consommation, Dalloz, 5ème éd., 2020

PICOD Y., Droit des sûretés, P.U.F, 3e éd., 2016

PIEDELIEVRE St., Usage-habitation, Répertoire de droit civil, avril 2015

PIEDELIEVRE S., GUERCHOUN F., Saisie immobilière, Répertoire de droit immobilier, Octobre 2018 (actualisation : Juin 2020),

PIEDELIEVRE S. et alii., Droit de la consommation 2021/22, Dalloz, 2020,

PIGNARRE G., Prêt, Répertoire de droit civil sous la direction de Savaux P., Dalloz, 2017
 PIGNOL VILLENEUVE-d'ASCQ Cl., La théorie de l'équilibre général, Presse universitaire de Septentrion, coll. « Les savoirs mieux », 2017
 PILLET G., Prémption et retraits – Droits d'origine légale, Répertoire de droit civil, Mars 2010 (actualisation juin 2021)
 POLLAUD-DULIAN F., L'abus de droit et droit moral, D. 1993, p.97
 PONTON-GRILLET D., Le contrat de réservation, D. 1991, p. 26
 PRADIER P.-Ch., La notion de risque en économie, La Découverte, 2006
 PRÜM A., Les garanties à première demande, Litec, 1994
 PUIG P., Contrats spéciaux, Dalloz, 8ème éd., 2019
 RANOUIL V., L'autonomie de la volonté : Naissance et évolution d'un concept, Presses universitaires de France, 1980
 RAYMOND G., Synthèse - Entreprise et consommateur : crédit à la consommation, JurisClasseur Commercial, 12 avril 2021
 RAYMOND G., Fasc. 902 : Domaine d'application du droit de la consommation, JurisClasseur Commercial, 31 janv. 2020
 RAYNARD J., SEUBE J-B., Droit civil, Contrats spéciaux, LexisNexis, 8e éd. 2015
 RBII J., L'acte unilatéral réceptice, in Métamorphose de l'acte juridique, Marc Nicod (dir.), Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ - Lextenso Editions, 2011, p. 88-126
 REVET T., ZENATI-CASTAING F., Cours de droit civil – Contrats, Théorie générale, quasi-contrats, PUF, 2014
 REY A. (dir), Dictionnaire historique de la langue française, Paris, Dictionnaire LE ROBERT, T. 1, 2006
 RICOEUR P., Philosophie de la volonté, I, Le volontaire et l'involontaire, Aubier, 1950
 RICOEUR P., Soi-même comme un autre, Éditions du seuil, 1990
 RICŒUR P., « VOLONTÉ », Encyclopædia Universalis [en ligne], URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/volonte/>
 RIPERT G., Roblot R., Traité de droit commercial, t. II, par Delebecque Ph. et Germain M., L.G.D.J, 2004, 17ème éd.
 ROCHEFELD J., Les grandes notions du droit privé, Thémis Droit, PUF, 2011
 SAINTOURENS B., Société civile, Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2012 (actualisation 2021).
 SALEILLES R., De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand, 1901, Pichon, spéc. p. 229

SCHWARTZ B. dans Le paradoxe du choix, éd. Michel Lafon

SEUBE J.-B. et RAYNARD J., Droit des contrats spéciaux, LexisNexis, 10e éd., 2019

SFEZ L., La décision, PUF, 2004, 4ème éd.

SFEZ L., Critique de la décision, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1992, 4ème éd.

SIMON H., Administration et processus de décision, Broché, 1983

SIMLER Ph., DELEBECQUE Ph., Droit civil, Dalloz, 7e éd., 2016

SIMLER Ph., Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires, 5e éd., Litec, 2015

STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., Les obligations. Contrat, t. II, Litec, 6ème éd., 1998

STORCK M., Synthèse – Avant-contrats, JCl. Civil Code, Mai 2021

STORCK M., Fasc. unique : CONTRAT – Inexécution du contrat – Exception d'inexécution, JurisClasseur Civil Code > Art. 1219 et 1220, 2020

TEDLOW R.S, L'audace et le marché, l'invention du marketing aux États-Unis, Éditions Odile Jacob, 1997

TERRE Fr. SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHENEDE Fr., Droit civil Les obligations, Dalloz, 12e éd., 2018

TERRY E. (sous la dir.), Le droit de rétractation : une analyse de droit comparé, Droits européens, allemand, français, néerlandais, éd. Larcier, coll. Contrats et Patrimoine, 2008

TESTU F-X, Contrats d'affaires, Dalloz Référence, 2010

THUDEROZ C., HARRISON D., MANGEMATIN V. (dir.), La théorie de la confiance. Une approche économique et sociologique, Gaëtan Morin Éditeur, Paris, 1999

TOURNAFOND O., Vente d'immeuble à construire – Formation de la vente d'immeuble à construire, Répertoire de droit immobilier, 2004 (actualisation avril 2021)

le TOURNEAU Ph., Les contrats de franchisage, Litec, 2e éd., 2007

le TOURNEAU Ph., Contrats du numérique 2021-2022, Dalloz, 11e éd., 2020

le TOURNEAU Ph. et KRAJESKI D., Contrat intuitus personae, J.-Cl. Contr. Distr., fasc. 200, 2012, n° 65.

le TOURNEAU P., POUMAREDE M., Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 2021-2022

VALORY S., La potestativité dans les relations contractuelles, PUAM, 1999

VEAUX D., Fasc. 3340 : Le contrat de réservation, JurisClasseur Contrats – Distribution, 15 juin 2004 (Mise à jour 2005 par BARDET-BLANVILLAIN A.)

VIDAILLET B., d'ESTAINOT V., ABECASSIS P., La décision - Une approche pluridisciplinaire des processus de choix. Louvain : De Boeck Université, Collection Méthodes & Recherches, 2005

VOGEL L., Droit de la concurrence : droit français, Bruylant, 3e éd., 2020

WALRAVENS A., Le droit de préemption, Thèse, Paris, 2015

▪ Thèses et mémoires

ALBIGES C., De l'équité en droit privé, Thèse, Paris, L.G.D.J, 2000

ATTUEL-MENDES L., Consentement et actes juridiques, Thèse, Lexis-Nexis, 2008

AUBERT J.-L., Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, Thèse, L.G.D.J, 1970

AUBERT de VINCELLES C., Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, Dalloz coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses 2002

AUBRY H., L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats, Thèse, Aix-Marseille, 2002

AUDIT Ch-E., La naissance des créances, Thèse, Dalloz, 2015

AYADI N., Les déterminants et les chemins de la décision du consommateur en situation risquée, Thèse, Toulouse 1, 2007

AZEMA J., La durée des contrats successifs, Thèse, L.G.D.J, 1969

BARBAUD M.-O., La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle, Thèse, Paris, L.G.D.J, 2014

BARBIER H., La liberté de prendre des risques, Thèse, PUAM, 2010

BARBIERI J.-J., Vers un nouvel équilibre contractuel. Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution des contrats, Thèse, Toulouse, 1981

BARRÉ A., Les clauses du contrat de travail et l'abus, thèse, Aix-Marseille III, 2003

BARRY S., Le droit du bénéficiaire d'avant-contrats, Thèse, Toulouse, 2019

BÉNAC-SCHMIDT Fr., Le contrat de promesse unilatérale de vente, Thèse, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983

BÉRARD C., Le processus de décision dans les systèmes complexes, Thèse, Paris, 2009

BERRA D., Le principe de la libre disposition des biens en droit civil. Contribution à la notion d'indisponibilité, Thèse, Nancy, 1969

BERLIOZ G., Le contrat d'adhésion, Thèse, Paris, L.G.D.J, 1973

BINOIS F., Consensualisme et formalisme à l'étude de l'électronique, étude de droit civil, Thèse, Paris-Saclay, 2019

BLIN N., Le principe de cohérence en droit judiciaire privé, Thèse, Paris, 2015

BOBILLIER Ch., La liberté contractuelle à l'épreuve du droit des marchés financiers, Thèse, Lyon, 2015

BOISMAIN C., Les contrats relationnels, Thèse, P.U.A.M, 2005

BOSCO D., Le droit de rétractation, Mémoire, 1999

BOUCARD Fr., Les obligations d'information et de conseil du banquier, Thèse, PUAM, 2002

BOURRIER Ch., La faiblesse d'une partie au contrat, Thèse, Bruylant-Academia, 2003

BOYER Y., L'obligation de renseignements dans la formation du contrat, Thèse, PUAM, 1978

BRENNER C., L'acte conservatoire, Thèse, L.G.D.J., 1999

BRUNAUX G., Le contrat à distance au XXI^e siècle, Thèse, L.G.D.J, 2010

BUCHER C.-H., L'inexécution du contrat de droit privé et de droit administratif, Thèse, Dalloz, 2011

BUFFELAN-LANORE Y., Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil, Thèse, L.G.D.J, 1963

CADET A., Essai d'une théorie générale des clauses du contrat de travail, thèse, Lille II, 1997

CATTALANO-CLOAREC G., Le contrat de prêt, Thèse, L.G.D.J, 2015

CHAABAN R., La caducité des actes juridiques, étude de droit civil, Thèse, L.G.D.J, 2006

CHABAS C., L'inexécution licite du contrat, Thèse, L.G.D.J, 2002.

CAMPION L., La notion d'assistance en droit privé, Thèse, L.G.D.J, 1927

CHARDIN N., Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté, thèse, L.G.D.J, 1988

CHARPY-REVERT E., L'oralité en droit privé, Thèse, Aix-Marseille, 2017

CHRISTELLE M., Consentement et subjectivité juridique, Contribution à une théorie émotive-rationnelle du droit, Thèse, Paris, 2014

CHRISTIANOS V., Conseils, mode d'emploi et mise en garde en matière de vente de meubles corporels, Thèse, Paris, 1985

CLAUDE O., La liberté contractuelle des personnes morales, Thèse, Paris, 2005

COLLART DUTILLEUL F., Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles, Thèse, Sirey, 1988

COLLIN A., Pour une conception renouvelée de la prescription, Thèse, Lextenso Defrénois, 2010

CONTENSOU O., Décisions et perspectives, Thèse, Montréal, 2013

COURDIER-CUISINIER A.-S., Le solidarisme contractuel, Thèse, LexisNexis, 2006

COURTÈS M., Dépendance économique et abus de dépendance économique en droit de la concurrence et en droit des contrats, thèse, Montpellier, 1999

CRASTRE J., La summa divisio des sûretés pour soi et pour autrui, Thèse, Paris, 2020.

CRESP M., Le temps juridique en droit privé : Essai d'une théorie générale, Thèse, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013

CUMYN M., La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles, Thèse, Paris, L.G.D.J, 2002

CUNHA V., Le formalisme en droit des contrats, Thèse, Nice, 2002

DABOSVILLE B., L'information du salarié, Thèse, Dalloz, 2013

DARPY D., La procrastination du consommateur : une contribution à l'explication du report d'achat, Thèse, Paris, 1999

DELACROIX E., La tendance à regretter du consommateur, Thèse, Paris 9, 2003

DIENER P., Le silence et le droit, Thèse, Bordeaux, 1975

DI GIACOMO A., Rémunération du dirigeant et politique financière de l'entreprise, Thèse, Lille, 2014

DOMERGUE M., Étude d'ensemble sur le contrat d'adhésion, Thèse, Toulouse, 1935

DOUCHE-DOYETTE N., La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation, Thèse, Nancy, 2012

DRAPIER S., Les contrats imparfaits, Thèse, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001

DRÉANO M., La non-discrimination en droit des contrats, Thèse, Dalloz, 2016

DOWNE A., La gestion des risques contractuels par le contrat (Étude du droit français à la lumière du droit anglais), Thèse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2021

DUCOURANT H., Du crédit à la consommation à la consommation de crédits : autonomisation d'une activité économique, Thèse, Lille, 2009

DUDEZERT Fr., De l'existence d'un principe de confiance légitime en droit privé, Thèse, La Rochelle, 2016

DUFOUR G., Sécurité juridique et règle de droit : illustration en droit des contrats, Thèse, Lille, 2005

EDEL V., La confiance en droit des contrats, Thèse, Montpellier, 2006

ERIMEE-CHANTEUR M., L'entrée payante dans le contrat, Thèse, Antilles, 2017

FABRE-MAGNAN M., De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie, Thèse, LGDJ, 1992

FARAJ E., Le contrat électronique, Thèse, Paris, 2016

FOREST G., Essai sur la notion d'obligation en droit privé, Thèse, Dalloz, 2012

FORRAY V., Le consensualisme dans la théorie générale du contrat, Thèse, L.G.D.J, 2007

FRANC P., La réception par la jurisprudence de la législation sur le crédit à la consommation, Thèse, Université Jean Monnet - Saint-Etienne, 2015

GAIN M.-A., Essai sur l'abus de droit, Thèse, Lille, 1991

GARINOT J.-M., Le secret des affaires, Thèse, Dijon, 2011

GARRON F., La caducité du contrat (Étude de droit privé), Thèse, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999

GENINET M., Théorie générale des avant-contrats en droit privé, Thèse, Paris II, 1985

GERBHI A., Le prix du contrat, Thèse, Strasbourg, 2011

GESNU A., De la rédaction d'un écrit conventionnellement érigé par les parties en condition de formation du contrat, Thèse, Toulouse, 1947

GOUBINAT M., Les principes directeurs du droit des contrats, Thèse, Grenoble, 2016

GUERLIN G., L'attente légitime du contractant, Thèse, Amiens, 2008

GUENZOU Y., La notion d'accord en droit privé, Thèse, L.G.D.J, 2009

GUISANO J.-Ph., Les promesses de vente d'immeuble, Thèse, Toulon, 2009

HENAFF G., Les usages en droit des obligations : notions et rôles, Thèse, Bordeaux, 1993

HOUTCIEFF D., Le principe de cohérence en matière contractuelle, Thèse, Aix-en-provence, PUAM, 2002

HUPRELLE L., La caution dirigeante, Thèse, Montpellier, 2014

IZORCHE M.-L., L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain, Thèse, P.U.A.M, 1995

IVANUS N., De la réticence dans les contrats, Thèse, Paris, Éditions Jouve et Cie, 1924

JANVILLE Th., La qualification juridique des faits, 2 volumes, P.U.A.M, 2004

JUILLET-REGIS H., La force obligatoire du contrat, réflexion sur l'intérêt au contrat, Thèse, Paris, 2015

KONE S., L'évolution du formalisme contractuel, Thèse, Paris 13, 2011

KOSTIC G., L'intuitus personæ dans les contrats de droit privé, Thèse, Paris, 1997

KRAJESKI D., L'intuitus personae dans les contrats, Thèse, Toulouse, 1998

LABARTHETTE D., Contrat et prévision : contribution à l'étude des fonctions du contrat, Thèse, Pau, 2004

de LAENDER M.-H., Les sûretés négatives, Thèse, Paris, 1998

LAITHIER Y.-M., Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, Thèse, L.G.D.J, 2004

LAKSSIMI T., La suma divisio des droits réels et personnels, Thèse, Dalloz, 2016

LASBORDES V., Les contrats déséquilibrés, Thèse, P.U.A.M, 2000

LATINA M., Essai sur la condition en droit des contrats, Thèse, L.G.D.J, 2009

LAUDE A., La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, Thèse, P.U.A.M, 1992

LE BESCOND DE COATPONT M., La dépendance des distributeurs, Thèse, Lille, 2015

LEDUC F., L'acte d'administration en droit privé : nature et fonctions, Thèse, E.S.T.E.R, 1992

LEHMANN Fr., Essai sur l'ordre public en droit de la consommation, thèse, Paris, 1998

LEMAY P., Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme, Thèse, Mare & Martin, 2014

LEVENEUR L., Situations de fait et de droit privé, Thèse, L.G.D.J, 1990

LITTMAN M.-J., Le silence dans la formation des actes juridiques, Thèse, Strasbourg, 1969

LITTY O., Inégalité des parties et durée du contrat, Thèse, LGDJ, 1999,

LORVELLEC L., L'essai dans les contrats, Thèse, Rennes, 1972

LOUIS-CAPORAL D., La distinction du fait et du droit en droit judiciaire privé, Thèse, Montpellier, 2014

MAGERAND B., Les relations d'affaires en droit des obligations, Thèse, P.U.A.M, 2003

MAHI-DISDET D., L'obligation d'information dans les contrats de commerce électronique, Thèse, Avignon, 2011

MARTINON A., Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée déterminée, Thèse, Dalloz, 2005

MAS F., La conclusion des contrats du commerce électronique, Thèse, L.G.D.J, 2005

MASSIS Th., Le contrat préliminaire dans la vente d'immeuble à construire, Thèse dactyl., Paris II, 1979

MAYOUX S., Les conventions d'abandon amiable du contrat, Thèse, L.G.D.J, 2012

MAZEAUD D., La notion de clause pénale, Thèse, L.G.D.J, 1992

MEKKI M., Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? Les clauses, Rev. sociétés 2016. 563

MERLAND L., Recherche sur le provisoire en droit privé, Thèse, PUAM, 2001

MEZEN Ch., Les contrats de famille, Thèse, Antilles-Guyane, 2008

MILLET Fl., La notion de risque et ses fonctions en droit privé, Thèse, Paris, Pu. Droit Clermont Ferrant, 2002

MIRABAIL S., La rétractation en droit privé français, Thèse, L.G.D.J, 1997

MONACHON-DUCHENE N., La protection du délai de réflexion de l'emprunteur immobilier, JCP G 2004, I, 152

MONTAS A., Le quasi-contrat d'assistance. Essai sur le droit maritime comme source du droit, Thèse, L.G.D.J, 2007

MORACCHINI-ZEIDENBERG S., L'abus dans les relations de droit privé, Thèse, PUAM, 2004

MORÉTEAU O., L'estoppel et la protection de la confiance légitime : éléments d'un renouveau du droit de la responsabilité : droit anglais et droit français, Thèse, Lyon, 1990

MORON-PUECH B., Contrat ou acte juridique ? Étude à partir de la relation médicale, Thèse, Paris, 2016 (version éditée le 13 novembre 2018)

MORON-PUECH B., L'acte juridique, une réponse à la crise du contrat, thèse, L.G.D.J, 2020

NOIROT R., Les dates de naissance des créances, Thèse, Paris-Descartes, 2013

OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES C., Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, Thèse Dalloz, 2002

PAGNERRE Y., L'extinction unilatérale des engagements, Thèse, Paris, Éditions Panthéon Assas, 2012

PAGEAUD P.-A., Un aspect de la sécurité juridique : l'acte conservatoire comme acte nécessaire, Thèse, Poitiers, 1941

PELLÉ S., La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats, Thèse, Dalloz, 2007

PELLETIER C., La caducité des actes juridiques en droit privé français, Thèse, Paris XII, 2000

PERRU E., L'impayé, Thèse, L.G.D.J, 2005

PHALIPPON I. ; Gentilhomme Ph., Le doute et la responsabilité civile, Mémoire, Paris I, 1990

PIAZZON Th., La sécurité juridique, Thèse, Defrénois, 2009

PICOD Y., L'obligation de loyauté dans l'exécution du contrat, Thèse, L.G.D.J, 1998

PICOD N., La remise de dette en droit privé, Thèse, Dalloz, 2013

PUTMAN E., La formation des créances, Thèse, Aix-Marseille, 1987

RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA H., Le raisonnable en droit des contrats, Thèse, Poitiers, L.G.D.J, 2009

RAYSSAC M., L'adhésion en droit privé, Thèse, Bordeaux IV, 2004

REIGNÉ Ph., La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français, Thèse, Paris 2, 1993

RIEG A., Le rôle de la volonté dans l'ordre juridique en droit civil français et allemand, Thèse, L.G.D.J, 1961

ROUHETTE G., Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, Thèse, Paris, ronéo, 1965

ROUSSEL M., L'évaluation professionnelle des salariés, Thèse, L.G.D.J, 2019

SAINT-ALARY-HOUIN C., Le droit de préemption, Thèse, L.G.D.J, 1979

SCHALL B., La notion de condition dans le contrat, Thèse, Strasbourg, 1999

SCHNEIDER D., Modélisation de la démarche du décideur politique dans la perspective de l'intelligence artificielle, Thèse, Genève, 1996

SERNA J.-C., Le refus de contracter, Thèse, Librairie générale de droit et jurisprudence, 1967

SHANDI Y., La formation du contrat à distance par voie électronique, Thèse, Strasbourg, 2005

SIRI R., La théorie générale des vices du consentement, entre mythe et réalité ?, Thèse, Presses Universitaires d'Aix-Marseille - P.U.A.M., 2008

SONET A., Le préavis en droit privé, Thèse, Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003

STEINMETZ F., Les ventes d'immeubles à construire, thèse dactyl., Montpellier, 1970.

STOFFEL J.-N., Le projet d'acte juridique (Étude de droit privé), Thèse, Aix-Marseille, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2020

STOFFEL-MUNCK Ph., L'abus dans le contrat, Thèse, LGDJ, 2000

TEFFO Fr., L'influence des objectifs gouvernementaux sur l'évolution du droit des sociétés, Thèse, Dalloz, 2014

THIBIERGE L., Le contrat face à l'imprévu, Thèse, Economica, 2011

TISSEYRE S., Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai à la lumière du droit anglais et du droit européen, Thèse, P.U.A.M, 2012

TITULESCO N., Essai sur une théorie générale des droits éventuels, Thèse, Paris, 1907

TRUILHE-MARENGO E., Vers un droit communautaire des contrats, Thèse, Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III, 2002

TOURNEAUX S., L'essai en droit privé, Thèse, Montchrestien, 2011

VERDIER J.-M., Les droits éventuels : contribution à l'étude de la formation successive des droits, Thèse, Rousseau, 1955

VERDOT R., La notion d'acte d'administration en droit privé français, Thèse, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963.

VIMON J., Facteur temps et normes sociales dans l'acte juridique conditionnel, Thèse, Orléans, 1991

VIRASSAMY G., Les contrats de dépendance : essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique, Thèse, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1986

ZENATI F., Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif, Thèse, Lyon, 1981

▪ **Articles, articles publiés dans les mélanges**

AGBENETO K., Les créances futures, LPA 28 nov. 2019, n° 148p4, p.3

AKERLOF G., « The market for « lemons » : Quality, Uncertainty and the Market Mechanism », 1970, traduction parue dans Idées, n°130, décembre 2002

ALEMANNO A., HELLERINGER G. et SIBONY A-L., Brève introduction à l'analyse comportementale du droit, Recueil Dalloz 2016, p. 911

ALLAIN Ph., La prise de décision, aspects théoriques, neuro-anatomie et évaluation, Revue de neuropsychologie, 2013/2 (Volume 5), p. 69 à 81

AMRANI-MEKKI S. Et M., Droit des contrats, D. 2013, p. 391

AMRANI-MEKKI S., Indivisibilité et ensemble contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats, Defrénois 2002. 355 s.

AMSELECK Paul, Enquête sur la notion de « provisoire », in Le provisoire en droit public, sous la direction de Ariane Vidal-Naquet, Dalloz, 2009.

ANDRÉ M.-E., L'intuitus personae dans les contrats entre professionnels, IN Mélanges Cabrillac, 1999, Dalloz-Litec, p. 23 et s.

ANCEL J.-P., La rédaction de la décision de justice en France, Revue internationale de droit comparé, 1998, 50-3, pp. 841-852

ANCEL J.-P., Le droit in vivo ou plaidoyer d'un membre de la « doctrine pour la recherche juridique empirique, in Mélanges en l'honneur de P. Jestaz, Dalloz, 2006, p. 1-17

ANTIPPAS J., De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué, RTD Civ. 2013. 27

ARIELY D. et ZAKAY D., A timely account of the role of duration in decision making, Acta psychologica, 108/2, 2001

ARROW K et DEBREU G., Existence of an Equilibrium for a Competitive Economy , Econometrica, Vol. 22 n°03 (Juil. 1954), pp. 265-290

ARSEGUEL A. et ISOUX Ph., La clause de dédit-formation, Gaz. Pal. 1991.1 Doctr. 319

ART J.-Y., La concurrence par les mérites, le point de vue des entreprises, Con. Et cons., n° 146 ;

Association Henri Capitant, Le temps et le droit, Journée nationale. T.18, Dalloz, 2014

Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, MAZEAUD D., PICOD Y., La violence économique, Dalloz, 2017.

ATIAS C., Les “risques et périls” de l’exception d’inexécution (limites de la description normative), D. 2003, p. 1103

ATIAS Ch., La promesse unilatérale de vente et la vente ultérieure à un tiers de mauvaise foi, JCP N 1978. I. 291.

ATIAS C., L’irrévocabilité relative de l’acte unilatéral, D. 2013. 1765

ATTIAS B., L’inefficacité de la promesse unilatérale de contrat, AJ contrat 2020. 23

AUBERT J-L., La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile, Dalloz 2005, chron. p. 1115

AUBERT J.-L., Le droit de disposer de l’immeuble, in Études Flour, 1979, Defrénois, p. 1

AUBERT DE VINCELLES C., Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur, D. 2014, p. 879

AUBERT de VINCELLES C., La mise en conformité du code de la consommation au droit européen par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : RDC 2014, p. 456, n° 18.

AUBERT DE VINCELLES C., Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir, RDC 2007. 983

AUBRY H., Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d’attente légitime, Revue internationale de droit comparé Année 2005 57-3 pp. 627-651

AUBRY H., La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation : de réels apports pour la protection des consommateurs, Revue Lamy Droit civil, n°115, 1er mai 2014

AUBRY H., POILLOT E., SAUPHANOR-BROUILLAUD N., Droit de la consommation, Recueil Dalloz 2010, p.790

AUBRY H., Avant-propos : Enjeux de la réforme du droit de la consommation, LPA 27 juin 2014, n° PA201412801, p. 3

AYNES L., STOFFEL-MUNK P., Les facteurs de fragilité dans la formation des contrats, Droit et Patrimoine, n°178, févr. 2009, p. 120

AYNES L., Le juge et le contrat : nouveaux rôles ?, RDC 2016 Hors-série, p. 14

BACACHE M., Les nouveaux défis du droit de la responsabilité : l’article 15 de la loi pour la confiance dans l’économie numérique consacre-t-il un nouveau cas de responsabilité contractuelle autonome du fait d’autrui ? », in J. Rochfeld (dir.), Les nouveaux défis du commerce électronique, L.G.D.J, 2010, p. 30 s.

BAHANS J-M., Objectivisme et subjectivisme dans le contrat de vente du vin, Droit rural n° 420, Février 2014, étude 2

BAHANS J.-M., L'apport du droit du vin au droit de la vente : l'exemple de la vente à l'agrégé, RD rur. 2005, p. 13

BAILLOD R., Le droit de repentir, RTD Civ. 1984, 227

BARBIER H., Éclairage. La liberté de prendre des risques : ses implications en droit des sociétés, Bulletin Joly Sociétés, n°07, p. 622

BARBIER H., Les nouvelles noces du formalisme et du consentement : vers un formalisme raisonné, RTD Civ. 2017. 377.

BARBIER H., De la nature du lien entre consentement et signature, RTD Civ. 2019. 94.

BARBIER H., Ébauche d'un régime général du droit de rétractation, RTD Civ. 2016. 605

BARBIER H., Peut-on conclure une promesse sur un bien faisant l'objet d'un pacte de préférence en cours ?, RTD Civ. 2019.96

BARBIER H., L'exécution et la sortie du contrat, RDC 2018, n°115, p.40

BARBIER H., La violence par abus de dépendance, JCP 2016. 421

BARBIER H., Droit transitoire et ordonnance du 10 février 2016 : la loi nouvelle non encore applicable considérée comme du droit souple, RTD Civ. 2017. 837

BARBIER H., Le revirement de jurisprudence sous l'influence de la loi nouvelle non encore applicable, un revirement comme les autres ?, RTD Civ. 2020. 605.

BARBIER H., La théorie de la réception consacrée dans le droit antérieur à la réforme, RTD Civ. 2021. 402

BARBIER H., De la promesse assortie d'un délai d'option implicite, RTD civ. 2021. 400.

BARBIER H., Le contrat sur une chose indisponible sous condition de sa disponibilité future... éloge de l'anticipation contractuelle, RTD civ. 2018. 379

BARBIER H., Peut-on rétracter sa rétractation ? Étude de l'éclipse de volonté, RTD Civ. 2020. 611.

BARRERE J., La rétractation du juge civil, Mélanges Hébraud, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1981, p.1

BARRET O., Variations autour du refus de contracter, in Mélanges J.-L. Aubert, 2005, p. 5 et s.

BAZIN É., Le droit de repentir en droit de la consommation, D. 2008

BAZIN-BEUST D. et LEGRAND V., Droit de la consommation, droit des contrats : le bilan 20 ans après, Petites affiches, n°75, p. 4

de BECHILLON D., Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, n°49, oct. 2015, p. 7 à 14

BENABENT A. et AYNES L., Réforme du droit des obligations et des contrats, D. 2016, p. 434

BENABENT A., Les nouveaux mécanismes, RDC Hors-série, p.17

BENET A., Indemnité d'immobilisation, dédit et clause pénale, JCP éd. G, 1987.I.3274

BENILSI S., Existe-il un droit à la gratuité ?, Lamy Droit civil, n°110, 1er décembre 2013

BENOS C., L'altruisme dans le contrat de prêt à usage, D. 2013. 2358

BERGEL J.-L., Les contrats préliminaires de réservation dans les ventes d'immeubles à construire, unité ou dualisme ?, JCP 1974, I. 2669

BERLIOZ-HOUIN B. et BERLIOZ P., Le droit des contrats face à l'évolution économique, in Mélanges Houin, 1985, p. 11 et s

BERNARDEAU L., Le droit de rétractation du consommateur - Un pas de plus vers une doctrine d'ensemble, JCP 2000, I, p. 218

BERNARDEAU L., Le droit de rétractation du consommateur - Un pas de plus vers une doctrine d'ensemble, La Semaine Juridique Édition générale n° 14, 05/04/200, doct. 218 et n°40, 02/10/2002, doct. 168

BERNHEIM-DESVAUX S., Le droit de la consommation, entre protection du consommateur et régulation du marché, Revue Lamy Droit des Affaires, n°69, 2012, p.91

BRÉMOND V., Hypothèque et promesse d'hypothèque : les liaisons dangereuses, JCP N 2003, n° 1369 et 1374.

BIENAYME A., Droit et économie : Je t'aime, moi non plus, in Mélanges Paul Didier, Economica, 2008, p. 11

BINCTIN N., Droit de la concurrence et consommation : le sort de l'exclusivité, in Mélanges en l'honneur de Stéphane Payet, Dalloz, 2012, p. 33 et s

de BISSY A., L'indemnité d'immobilisation, RDI 2000, p. 287

BLANC N., Le pacte de préférence et le temps, in Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphanie Payet, Dalloz, 2012, p. 55 et s

BOLARD G., Les faits tirés du dossier, in Mélanges. J. Normand, Litec, 2003, p. 43.

BOUAST A., Les droits discrétionnaires et les droits éventuels, RTD Civ. 1944, p. 1

BOUJEKA A., Le délai de réflexion et le délai de rétractation, RD bancaire et financier, 2004, n°3, dossier 100035

BOULEUC C. et POISSON D., La décision médicale partagée, Laennec 2014/4 (Tome 62), p. 4 à 7.

BOULOC B., Le droit nouveau des incapacités commerciales, Rev. sociétés 2008. 763

BOULOC B., Un revirement inattendu à propos d'une fusion-absorption, *Revue des sociétés* 2021, p.79

BOULOGNE-YANG-TING C., Réflexions sur la durée minimale dans les rapports locatifs réglementés, *Petites Affiches*, n° 172, p. 3

BOUQUET B., Les temporalités de la décision, *Vie sociale* 2013/2 (N°2), p. 123-131

BOURGEON-RENAULT D., PETR C., GOMBAULT A., LE GALL-ELY M., URBAIN C., Les effets positifs de la gratuité sur le processus de décision du consommateur : le cas des visites de musées et de monuments, *Revue Française du Marketing*. Dec 2007, Issue 215, p57-82. 26p.

BOYER A., Le phénomène de l'hésitation selon Paul Ricoeur, *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 14 February 2011, Issue 4, pp.479-494

BOYER L., La clause de dédit, in *Mélanges Raynaud P.*, Dalloz-Sirey, 1989, p. 41

BRISSY S., L'obligation pour l'employeur de donner du travail au salarié, *Dr. soc.* 2008. 434

BROCHIER E., Le point de vue de l'avocat sur le nouveau droit des obligations après ratification, *Revue des contrats*, n° hors série, p.37

BROUSSEAU E., L'économiste, le juriste et le contrat, in *Le Contrat au début du XXIe° Siècle ; Mélanges en l'honneur de M. Jacques Ghestin*", L.G.D.J, 2000, p. ?

BUCHER C.-H., Le contenu du document d'information précontractuel, *L'essentiel Droit de la distribution et de la concurrence*, 01 oct. 2019, n° 09, p. 2

BUY Fr., La préparation des transferts des sportifs professionnels, *Revue Lamy Droit civil*, n°22, 1er décembre 2005

CABANIS A., L'utilisation du temps par les rédacteurs du Code civil, *Mélanges Hébraud*, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1981, p.171

CABRILLAC R., La motivation des actes individuels : le contrat, *Revue Lamy Droit civil*, N° 89, 1er janvier 2012

CABRILLAC R., La gratuité, Rapport de synthèse, *Lamy Droit civil*, n° 110, 1er décembre 2013

CADET L., Une justice contractuelle, l'autre, in *Le contrat au début du XXIe siècle*, Mélanges Ghestin, L.G.D.J, 2001, p. 177 et s.

CALAIS-AULOY J., Les cinq réformes qui rendraient le crédit moins dangereux pour les consommateurs : *D.* 1975, chron. p. 19.

CALAIS-AULOY J., L'influence du droit de la consommation sur le droit civil, *RTD Civ.* 1994, p.239

CALAIS-AULOY J., La loi sur le démarchage à domicile et la protection du consommateur, D. 1972, Chron. 266

CALAIS-AULOY J., L'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif ?, in Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Y. Guyon, Paris, Dalloz, 2003, p. 171

CALAIS-AULOY J., Les sanctions en droit de la consommation, in Mélanges B. Bouloc, Dalloz, 2006, p. 75

CALAIS-AULOY M.-T., L'importance de la volonté en droit, Petites affiches, 1994, n°243 - page 14

CALVO J. et COURET A., Garantie d'actif et de passif : l'actif circulant : LPA 22 févr. 1995, p.14

CALVO J. et COURET A., Garantie d'actif et de passif. La propriété intellectuelle : LPA 12 avr. 1995, p. 9

CARBONNIER J., Le silence et la gloire, Rec. Dalloz 1951, chron. p. 121.

CASEVITZ M., Les mots du doute en grec, Raison présente, 2014/1 (N° 189), p. 107-116. DOI : 10.3917/rpre.189.0107. URL : <https://www.cairn.info/revue-raison-presente-2014-1-page-107.htm>

CATALA P., La "propriété" de l'information, in Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz-Sirey, 1985, p. 97

CATTALANO-CLOAREC G., Obligation d'information et réticence dolosive, in La réforme du droit des contrats en pratique (dir. Mathias Latina), Dalloz, 2017, p. 37 et s.

CHABAS C., Résolution-Résiliation, Répertoire de droit civil sous la direction de Savaux E6, Dalloz 2010, actualisation 2017

CHANDON J.-L. et ZINE-DANGIR S., Ensemble d'hésitation et degré d'hésitation : Un apport à la compréhension du processus de choix du consommateur ?, Actes du XXII^e Congrès AFM, 11 et 12 mai 2006

CHANTEPIE G., L'efficacité attendue du contrat, RDC 2010, n°1, p. 347

CHAPUT Y., Les sûretés négatives, Annales de la faculté de droit et de science politique de Clermont-Ferrand, LGDJ, 1974, p. 167 s.

CHAUVIRE Ph. (dir.), La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance, Travaux Assoc. H. Capitant, Dalloz, 2016

CHAZAL F., « L'autonomie de la volonté » et la « libre recherche scientifique », RDC 2004, p. 621

CHENEDE Fr., Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion, RDC 2012, n°03, p. 1017

CHENEDE Fr., Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme, Recueil Dalloz 2015, p. 1226

CHENEDE Fr. Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil, *La semaine juridique – Édition générale*, n°27, 4 juil. 2016, p. 1334-1338

CHEVALLIER J., Les lois expérimentales, in *L'écriture du droit*, Éditions Diderot, 1996, pp. 167 à 203

CHONE-GRIMALDI A-S., Le projet de réforme de la responsabilité civile : observations article par article, *Gazette du Palais* 20 juin 2017 n°23

CHRISTIANOS V., Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs, *Recueil Dalloz* 1993, p.28.

CLAUDEL E., L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses cendres ? (commentaire de l'article 1143 nouveau du code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique), *RTD Com.* 2016. 460

COCHET D., Réforme du droit des contrats et capacité de sociétés, *Dr. sociétés*, août 2016, comm. 142.

COCHOY F., De l'embaras du choix au conditionnement du marché. Vers une socio-économie de la décision, *Cahiers internationaux de sociologie*, 1999, Vol. 106, p. 145-173

COGET J.-Fr., HAAG Ch., BONNEFOUS A.-M., Le rôle de l'émotion dans la prise de décision intuitive : zoom sur les réalisateurs-décideurs en période de tournage, *Management* 2009/2, Vol.12, pp. 118-141.

COHEN D., « Le droit à ... », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François TERRE*, Dalloz, Paris 1999

COLLART DUTILLEUL Fr., La durée des promesses de contrat, *RDC* 2004, n° RDCO2004-1-003, p. 15

COLLART DUTILLEUL F., Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble : vingt ans après, in *Mélanges Aubert, Economica*, 2005, p.67

CORNU J., La protection du consommateur et l'exécution du contrat, *Travaux Assoc. H. Capitant*, t. XXIV, Dalloz, 1973

COUTANT-LAPALUS C., Quel délai pour accepter une offre, *LPA* n° 216, 29 octobre 2009, p. 9

COUTANT-LAPALUS C., L'impact des règles relatives à l'effet du contrat, *RDI* 2016. 348

COUTTENIER B., La durée de l'option dans la promesse unilatérale de vente, *LPA* 11 mars 1998, n° PA199803001, p. 4

COUTURIER G., Les relations entre employeurs et salariés en droit français, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, L.G.D.J., 1996, p. 159

COUTURIER G., L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve, in *Mélanges Flour*, 1979, Defrénois, p. 95 s

de CREVOISIER de VOMECOURT A., La promesse unilatérale de vente en deux temps ou le double délai de validité, *AJDI*, 2018, p. 831

CRICHTON C., Données personnelles et cases pré-cochées : toujours un défaut de consentement, *Dalloz actu*, 01 décembre 2020

CROZE H., Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision, in *Mélanges J. Normand*, Litec 2003, p. 127

CROZE H., Une vision procédurale de la réforme des obligations, *Procédures* 2016. Étude 3, spéc. n° 11

CROUZATIER-DURAND Fl., Réflexion sur le concept d'expérimentation législative (à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République), *Revue française de droit constitutionnel*, 2003/4, n° 75, pp. 675 à 695

CZAPSKI W., Les arrhes dans l'hôtellerie et l'organisation des voyages, in *Études Mercadal*, Ed. F. Lefebvre, 2002

DAGORNE-LABBE Y., Peut-on se rétracter de sa rétractation ?, *D.* 2008, p. 1530

DAGOT M., Le temps et la publicité foncière, *Mélanges Hébraud*, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1981, p.219

DARPY D., Importance de la procrastination dans le processus de décision d'achat. Approche sémiotique et mesure, *Congrès de l'AFM*, May 2000, Montréal, Canada, pp.16.

DARPY D., GUILLARD V., in *Comportements du consommateur*, Darpy D. (dir.), Dunod, 2020, p. 283-316

DAVID A., L'aide à la décision entre outils et organisation, *Eska*, 1996/3 n° 13, pages 9 à 26

DAVO H., Le formalisme bancaire, *Liber amicorum Calais-Auloy*, p. 329.

DECOCK, WIM, La morale à l'aide du droit commun Les théologiens et les contrats, *Dalloz*, *Revue historique de droit français et étranger*, 2013, Vol.91(2), pp.263-281

DECROP A., Portrait-robot du touriste-consommateur, *JT* 2014, n°167, p.19

DELACROIX E. et JOURDAN Ph., La tendance à regretter du consommateur : Validation d'une échelle de mesure, *Recherche et Applications En Marketing (French Edition)*, 22(1), 25–44.

DELANNOI G., La prudence en politique, concept et vertu, *Revue française de science politique*, Vol. 37, n°5 (octobre 1987), p. 597-615

DELVAX G. et BOURGOIGNIE Th., La fonction de consommation et le droit de la consommation : l'enjeu réel, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1981/2 (Volume 7), pages 1 à 71

DELVOLVE P., Le silence en droit public, *RDP* 1er juil. 2012, n° 4, p. 1171

DEMEYRE D., Les fautes de gestion dans la responsabilité pour insuffisance d'actif des dirigeants sociaux, *Gaz. Pal.* 6 avr. 2013, *Doctr.* 13

DEMOGUE R., Des droits éventuels, des hypothèses où ils prennent naissance, nature et effets, *RTD Civ.* 1905, p. 723

DEMOGUE R., De la nature et des effets du droit éventuel, *RTD Civ.* 1906, p.231

DERBAIX Ch., Le comportement de l'acheteur : voies d'études pour les années à venir, *Recherche et Applications En Marketing (French Edition)*, 1987, 2 (2)

DEROUSSIN D., Le contrat à travers le Code civil des Français, *Histoire de la justice* 2009/I (n°19), p. 247-289

DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, *JCP G* 2018, 529

DESLANDES M., Réflexion sur le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail, *D.* 1982. *Chron.* 19

DETRAZ S., Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation, *Contrat Concurrence Consommation* n°5, Mai 2004, étude 7

DEVÈZE J., Les dirigeants-cautions, *Cah. dr. entr.* n° 3, 2001. 27.

DIDIER P., Le consentement sans l'échange : contrat de société, in FRISON-ROCHE, Marie-Anne (dir.), *L'échange des consentements*, *Revue de Jurisprudence commerciale*, n° spéciale, n° 11, 1995, p. 74-80

DIRRINGER J., L'information du consommateur : un droit chicaneur ou ingénu ?, *RLDC* 1er déc. 2014, n° 121.

DISSAUX N., L'essai en matière de franchise, *RTD Com.* 2015, p. 403

DISCOURS A., QU S. et BUHART J., Coronavirus - L'impact du covid-19 sur l'exécution des contrats Étude comparative droit chinois / droit français, *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 12, 23 Mars 2020, 329

DONEGANI J.-M., Le paternalisme, maladie sénile du libéralisme ?, *Raisons politiques*, 2011/4 n° 44, pp. 5-13

DOSTALER G., Hayek et sa reconstruction du libéralisme, *Cahiers de recherche sociologique*, 1999, n°32, p. 119-141

DOURNAUX Fr., La réforme des vices du consentement, Dr. et patr., mai 2016, Dossier, p. 59

DRAND C., L'équité en matière contractuelle selon les auteurs de droit français du XVI^e au XVIII^e siècle, RDC 2015, n°03, p. 611

DREIFUSS-NETTER F., Droit de la concurrence et droit commun des contrats, RTD Civ. 1989, p. 375

DREZE J., La prise de décision en situation d'incertitude : Les enseignements de l'analyse économique, avec quelques références aux marchés financiers, L'actualité économique, 55 (2), 129-150

DUBUISSON-QUELLIER S., De la souveraineté à la gouvernance des consommateurs : l'espace du choix dans la consommation, Économie politique, 2008/3, n°39, p.21-31

DUMOULIN L., L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte, Droit et Société, 2000, 44-45, p. 199 à 223.

DURANCE A., Location-accession à la propriété immobilière, Répertoire de droit civil, Dalloz janvier 2014 (actualisation 2016)

EDELMAN B., De la liberté et de la violence économique, D. 2001. Chron. 2315

ETIENNEY A., La durée de la prestation ou le temps dans la satisfaction du créancier, Petites affiches - n°44 - page 4

FABRE-MAGNAN M., Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économiques, Revue des contrats, 01/04/2004, n° 2, p. 573

FABRE-MAGNAN M., Le mythe de l'obligation de donner, RTD civ. 1996. 85

FABRE-MAGNAN M., Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme, JCP. 2016, 706

FABRE-MAGNAN M., Le forçage du consentement du salarié, Droit ouvrier juillet 2012, pp. 459-470.

FABRE-MAGNAN M., De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales, Recueil Dalloz 2015 p. 826.

FABRE-MAGNAN M., L'obligation de motivation en droit des contrats, in Mélanges Ghestin, L.G.D.J, 2001, p. 301 et s.

FACCHINI F., Entrepreneurs et croissance économique : développements récents, Revue d'économie industrielle, 119/3e trimestre 2007, p. 55-89

FAGES B., L'obligation précontractuelle d'information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux, in Dossier, Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats [dir. H. LE NABASQUE], Bull. Joly 2016. 529

FAGES B., Effets du droit de rétractation, RTD Civ. 2008, p. 293

FAGES B., Comportement raisonnable, in Regards croisés sur les Principes du Droit européen du contrat et sur le Droit français, C. PRIETO (dir.), Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p. 127

FAGES B., La conclusion du contrat et les vices du consentement dans la loi de ratification du 20 avril 2018, RDC 2018, n° Hors-série, p. 15

FELIZOT C., KABLA S., Les précautions à retenir en matière d'avant-contrats, Gaz. Pal. 16 déc. 2014, n° 205q9, p. 9

FERRIER D., Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants, Rec. Dalloz-Sirey, 1980, XXVI, p. 178.

FILSER M., Décision, expérience et valeur de consommation-esquisse d'un nouveau cadre théorique pour l'analyse du comportement du consommateur, Revue Sciences de gestion, Déc. 2007, Issue 64, p27-41

FONTAINE M., Rapport de synthèse, in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges, dir. M. Fontaine et J. Ghestin, L.G.D.J, 1996, p.619

de FONTMICHEL M., Les nouvelles actions interrogatoires, D. 2016, p. 1665

FORTI V., La réalisation fictive de la condition, in Le nouveau régime général des obligations, 2016, Dalloz, p. 31 s

FORTI V., La « renonciation » à la condition stipulée dans l'intérêt exclusif d'une partie (observations comparatives sous l'article 1304-4 du Code civil), RDC, 07 juil. 2017, n° 04, p. 102.

FORTI V., La dualité de l'action oblique, RTD civ. 2021. 27

FRANÇOIS C., « Présentation des articles 1113 et 1122 de la nouvelle sous-section 2 « L'offre et l'acceptation », La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stritre1/chap2/sect1/ssect2-offre-acceptation/>

FRANÇOIS J., L'acte accompli par le mandataire en dehors de ses pouvoirs et le mécanisme du contrat de mandat, D. 2018. 1215.

FRISON-ROCHE M.-A., Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, RTD Civ. 1995, p. 573

FRISON-ROCHE M.-A., Oui au principe de la volonté, Non aux consentements purs, document de travail pour une contribution aux Mélanges dédiés à Pierre Godé, 2018, accessible à <http://mafr.fr/fr/article/oui-au-principe-de-la-volonte-non-aux-consentement/>

FRISON-ROCHE M.-A., La justice comme sainte vertu cardinale, en équilibre et corrélation avec la prudence, la tempérance et la force, 2017, accessible à <https://mafr.fr/fr/article/la-justice-comme-vertu-sainte/>

FRISON-ROCHE M.-A., Arbitrage et droit de la régulation, Droit et économie de la régulation. 3 (2005), p. 223

GAMEL C., Le diplôme, un « signal » en voie de dépréciation ? : Le modèle de Spence réexaminé, Revue d'Économie Politique, Dalloz, 2000, pp. 53-84

GARELLO P., Perception et théorie de la décision, Journal des Économistes et des Études Humaines, Vol. 3, N°1, Mars 1992, p. 49-78

GARINOT J.-M., Le secret des affaires, Thèse, Dijon, 2011

GAUDU F., Fidélité et rupture, Dr. soc. 1991. 419

GENICON Th., La clause de résiliation-dédit dans le contrat à durée déterminée : une condition purement potestative nulle, Revue des contrats, 2012, n° 2, page 407

GENICON Th., Contrat entre absents : quelle efficacité, à quel instant, pour la rétractation brutale d'une offre erronée ?, RDC 2013, n° RDCO2013-2-006, p. 516

GENICON Th., « Résolution » et « résiliation » dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, JCP G 2015, 960, p. 1606

GENICON T., Articles 1115, 1118 et 1119, 1122 : à propos de la date d'effet de la rétractation et de la caducité des manifestations de volonté (offre et acceptation), RDC 2015, n° 112h0, p. 740.

GENICON Th., « Résiliation » d'une promesse à durée indéterminée, nature des promesses unilatérales croisées, sanction de la rétractation de la promesse : un triple revirement ?, RDC, 9 mars 2018, n° 01, p. 11.

GHESTIN J., La notion de contrat, Recueil Dalloz 1990, p. 147

GHESTIN J., L'utile et le juste dans les contrats, Dalloz, vol. 1, 1982, chron. 1, p. 1

GHESTIN J., Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels?, in Mél. D. Tallon, SLC 1999, p. 251

GHESTIN J., Le contrat en tant qu'échange économique, Revue d'économie industrielle, 2000, n°92, p. 81-100

GODÉ P., Protection des consommateurs – clauses abusives, RTD civ. 1978, p.438

GONIDEC P-F, L'engagement à l'essai dans la métropole et dans les territoires d'Outre-Mer, D. 1958, Chr, p.35

GOUBEAUX G., A propos de la preuve de l'existence de la personne, in Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr, Dalloz, p. 343.

GOUBEAUX G., La carence du débiteur, in *Mélanges Aubert*, Dalloz, 2005, p. 147

GRAILLOT Laurence, Émotions et comportement du consommateur, *Recherches et applications en marketing*, Vol. 13, Issue 1, 1998, pp. 5-23

GRANOTIER J., Le droit unilatéral de rompre le contrat : de la faculté de dédit à la clause de « break-up fees », *D.* 2014. 1960

GRÉMION C., Vers une nouvelle théorie de la décision ? In : *Sociologie du travail*, 11^e année n°4, Octobre-décembre 1969, *Politique urbaine*, p. 463-471

GRIDEL J-P, Le temps et le droit positif du procès civil, *Gaz. Pal.* 10 oct. 2015, n° 241a8, p. 10

GRIMALDI C., Quelle jurisprudence demain pour l'épidémie de Covid-19 en droit des contrats ?, *D.* 2020. 827

GRIMALDI C., Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon... », *D.* 2016, 1009.

GRIMALDI C., La durée de l'offre, *D.* 2013. 2871

GRIMALDI M., in *La motivation*, Travaux de l'association Henri Capitant, L.G.D.J, 2002

GRYNBAUM L., Assurance-vie : la renonciation comme sanction automatique du défaut d'information de l'assureur *RDI* 2006, p.173

GUERLIN G., Les manifestations de l'égalité en droit des contrats, in *L'égalité en droit des obligations*

GUEVEL D., Gratuité intéressée : oxymore d'avenir, *Mél. Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 229

GUICQUAUD E., Le consommateur-vendeur, *D.* 2014.559

GUIU D., Le droit de préférence dans les contrats de licence de marques ou de brevets, *Propriété Industrielle* n° 11, nov. 2016, form. 3

HAMELIN J.-F., Les devoirs de se renseigner et d'information, *blog Dalloz obligations* 2015

HANCE P. O., L'information et le droit : la question du statut juridique de l'information, *Revue Le Lamy Droit de l'immatériel*, N° 75, 1^{er} octobre 2011.

HAAS G., FALCONIERI E. et O'RORKE W., L'impact de la confidentialité et du secret sur l'innovation, *Dalloz IP/IT* 2017. 31

HASSANZADEH E., GOURC D., BOUGARET S. et MARMIER S., Incertitude : de quoi parle-t-on ? Application aux décisions dans les projets de développement pharmaceutique, *Les Cahiers de la sécurité industrielle*, 2011-06, p. 5 et s.

HAUSER J., L'apport du droit économique à la théorie générale de l'acte juridique, in Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derupé, G.L.N. Joly éd. et Litec, 1991

HEBRAUT P., Observations sur la notion de temps dans le droit civil: in Mélanges P. Kayser, t. II, 1979, p. 1 et s.

HEITZ J-M., La décision : ses fondements et ses manifestations, RIMHE, Revue Interdisciplinaire sur le Management et l'Humanisme n°5 - janvier/février 2013 – VARIA

HOUTCHIEFF D., Le temps qui passe efface les promesses (mêmes unilatérales), Gaz. Pal. 13 avril 2021, n° 14, p. 26

HUMANN C., La spécificité de la clause de dédit, RDI 1997, p. 169

ISAAC G., Après l'arrêt Tisserand : dix années de la réparation de la douleur morale par le Conseil d'État, Mél. Couzinet, PU Toulouse, 1975, p. 387

IZORCHE M.-L., Contrats conditionnels et définitifs, RTD com. 1998, p. 521

JACOB F., L'avenir des garanties autonomes en droit français, 15 ans après, in Mélanges Simler, Litec-Dalloz, 2006, p. 341

JAOUEN M., Négociations et obligations de confidentialité, AJ contrat 2016. 275

JESTAZ Ph., Libres propos sur le silence, Les Cahiers de droit, Vol. 56, n° 3-4, Sept.-Déc. 2015, p. 733 et s.

JEULAND E., Les actions interrogatoires en question, JCP E n° 26, 2016, 737

JOST D. et PEREZ J.-M., La saisie d'une créance en germe (entre botanique et photographie), Defrénois 2003, art. 37750, p. 746

JOURDAIN P., Le devoir de se renseigner, D. 1983, chron. p. 139

de JUGLART M., L'obligation de renseignements dans les contrats, RTD civ. 1945. 1

JULIEN J., in Fenouillet D. (dir.), Droit de la consommation, Droit interne et européen, n°231.111

KARILA DE VAN J., Le droit de nuire, RTD civ. 1995. 533

KAYSER P., Remarques sur l'indemnisation du dommage moral dans le droit contemporain, Mél. Macqueron, Faculté d'Aix-en-Provence, 1970, p. 411

KENFACK H., L'obligation pré-contractuelle d'information : l'espoir déçu ? in Le droit de la distribution : droit commun ou droit spécial, L.G.D.J, 2005, p. 155

KHAIRALLAH G., Le raisonnable en droit privé français. Développements récents, RTD civ. 1984, p. 439 et s

KIRRY A. et MONSALLIER-SAINT MLEUX M.-C., Dirigeant de société et prise de risque, JCP E 2009, 1123

KOCHER V., L'intervention du juge dans le contrat, RDC 2013, n° 1, p. 235

LAGARDE X., Entre contrat et procédure : les actions interrogatoires, D. 2017. 715

LAGELEE-HEYMANN M., Le raisonnable dans le nouveau droit des contrats, RDC 2018, n°03, p. 473

LAITHIER Y.-M., Comment est apprécié l'intérêt du destinataire d'une offre dont le silence peut valoir acceptation ?, RDC, 01er juil. 2011, n°3, p. 789.

de LAMBERTERIE I., La valeur juridique de la signature, perspectives de longue durée, Hypothèses 2006/I (9), p. 361 et s.

LANDIVAUX L., contrats et coronavirus : un cas de force majeure ?, D. actu. 20 mars 2020

LANOTTE H, ROSSI D., Information versus persuasion : la controverse autour de l'impact de la publicité sur les préférences des consommateurs, L'Actualité économique, Vol. 90, Issue 1, Mars 2014, p. 47-75.

LARDEUX G., Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat, in L'efficacité du contrat (dir. Lardeux G.), Dalloz, 2011, p.1 et s

LASSERRE CAPDEVILLE J., Le délai de réflexion applicable au crédit immobilier, Revue de Droit bancaire et financier n° 4, Juillet 2020, étude 10

LATREILLE A., Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat, LPA 2006, n° 156, p. 4 (1re partie), et n° 157, p. 4 (suite et fin).

LATINA M. et OUDOT P. (dir.), OVADIA, 2015, pp. 67- 93

LATINA M., abus de dépendance : premiers enseignements des juridictions du fond, D. 2020. 2180

LECLERC O., La dépendance économique en droit du travail : éclairage en droit français et en droit comparé, Revue de droit du travail, 2010, p. 83 et s.

LECOURT D., La gratuité et le droit des affaires, RTD Com., 14/11/2012, p.455

LECUYER H., « Le contrat, acte de prévision », in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François TERRE, Dalloz, Paris 1999, p. 643

Le GACH-PECH S., Rompre son contrat, RTD Civ. 2005 p. 223

LE GACH-PECH S., Le consommateur vulnérable, la nouvelle effigie du droit de la consommation, Revue Lamy Droit civil, N° 99, 1er décembre 2012

LE GACH-PECH S., Bâtir un droit des contractants vulnérables, RTD civ. 2014, p. 581 et s.

Le GACH-PECH S., Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil, LPA, 16 août 2016, n° 119, p. 7

LEGRAND V., « Consommateurs et délais de repentir : crédit à la consommation, vente à distance ou démarchage, comment s'y retrouver ? », LPA, 1er octobre 2010, n°196

LEGRAND V., Droit de la consommation/ Droit des contrats : le bilan 20 ans après, LPA, 15 avril 2015, n°75, p. 4

LEGRAND V., Le nouveau droit de la vente à distance et du démarchage, LPA 12 mars 2014, n° 51, p. 8

L'HARIDON O. Et PARASCHIV C., Choix individuel et décision fondée sur l'expérience : Une étude expérimentale, Revue économique, Vol. 60, N° 4 (Juil. 2009), p. 949-978

LEMOINE C., Décision et non-décision dans les organisations, Connexions 2014/1 (n°101), p. 19-30

LEMOINE J.-Fr., Le rôle de l'interaction " situation x émotion " dans l'étude du comportement du consommateur, 1998-05, LEG - CERMAB, CNRS UMR 5118, Université de Bourgogne

LEQUETTE S., Réflexion sur la durée du pacte de préférence, RTD Civ. 2013, p. 491

LEVENEUR L., Table ronde : faut-il avoir confiance dans la réforme ?, Revue des contrats 01 septembre 2015 n°3

LOISEAU G., Observations, LPA, 4 sept. 2015, n°177, p.51

LOIR R., L'information du franchisé sur le futur, D. 2012. Chron. 1425

LOKIEC P., La décision et le droit privé, Dalloz, 2008, p. 2293

LOKIEC P., Le droit des contrats et la protection des attentes, D. 2007. 321.

LORVELLEC L., Remarques sur le provisoire en droit privé, in Etudes dédiées à Alex Weill, Dalloz-Litec, Paris, 1983, p.385

LUCAS de LEYSSAC C., L'obligation de renseignements dans les contrats, in L'information en droit privé, L.G.D.J, 1978, p. 306.

LYON-CAEN G., Considérations intempestives sur le temps, Droit social 2000, p.236

MACKAAY E. , L'efficacité du contrat – une perspective d'analyse économique du droit, in L'efficacité du contrat (dir. G. Lardeux), Dalloz, 2011

MAINGUY D., L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, RTD Civ. 2004. 1

MALAURIE Ph., Le Code civil européen. Une question toujours ouverte, JCP, 2002, I, 110

MALINVAUD Ph., La protection du consommateur en droit français, D. 1981, 7, p. 49-56

MARTIN A.-C., Le contrat d'adhésion en droit de la consommation et de la concurrence, dossier « Le contrat d'adhésion », RDC 2019, n° 116c4, p. 128

MARTIN D., La défense du consommateur à crédit, RDC 1997, p. 635

MARTINEZ Fr., L'individu face au risque : l'apport de Kahneman et Tversky, Idées économiques et sociales, vol. 161, no. 3, 2010, pp. 15-23.

Le MASSON J.-M., Les nouvelles données de la protection de l'acquéreur immobilier, Administrer avr. 2001, p. 39, n° 76

MATHIEU M., Une vraie fausse garantie : la promesse d'affectation hypothécaire, RDBB mars-avr. 1992, p. 48

MAYER L., Défense des actions interrogatoires introduites par la réforme du droit des contrats, Gaz. Pal. 29 nov. 2016, p. 47

MAZEAUD A., Un nouveau droit de la formation du contrat de travail dans la perspective de la modernisation du marché du travail ? : Dr. soc. 2008, p. 626

MAZEAUD D., Délai raisonnable d'acceptation, RDC 2006, n°2, p. 311

MAZEAUD D., Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique, Rapport de synthèse, Defrénois - n°19 - page 1137

MAZEAUD D., L'attraction du droit de la consommation, RTD com. 1998. 104

MAZEAUD D., Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ?, in « L'avenir du droit », Mélanges en hommage à F. Terré, Dalloz, 1999, p. 604

MAZEAUD D., Sécurité juridique versus moralité contractuelle : affaire classée ?; in Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet (Collectif Paris II), Dalloz, 2012, p. 439.

MAZEAUD D., Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, in Mélanges Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 637

MAZEAU D., Révocation unilatérale du contrat, RDC 2004, n° RDCO2004-2-008, p. 270

MAZEAUD D., Exécution des contrats préparatoires, RDC 2005, p. 61

MAZEAUD D., Le contrat et le tiers : nouvelle leçon et nouvelle présentation, in Leçons de droit civil, Mélanges CHABAS, p. 605

MAZEAUD D., Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats, D. 2018. 912

MÉADEL C., L'impact de la publicité : de la manipulation à la médiation, Eric Maigret. Communication et médias, La documentation française, 2003, pp.86-90.

MEDINA A., Formalisme et consentement dans le contrat de cautionnement : évolution de la jurisprudence, D. 2002. Chron. 2787

MEKKI M., L'efficacité et le droit, essai d'une théorie générale, Revue de l'Université de Sapporo, 2009

MEKKI M., Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2de partie)* : l'efficacité des clauses contractuelles, RDC 2007, n°02, p. 239.

MEKKI M., Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information, Gazette du Palais, n°14, p.15

MEKKI M., Fiche pratique : l'exécution forcée « en nature » sauf si..., Gazette du Palais, n°25, p. 15

MEKKI M., Droit des contrats, D. 2018. 371

MEKKI M., Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? Les clauses, Rev. sociétés 2016. 563

MÉRESSE S., Le document d'information précontractuel, in C. GRIMALDI [dir.], La franchise : questions sensibles, RLDA 2012, suppl. n° 73, spéc. p. 23

MESTRE J. Des notions de consommateurs, RTD civ. 1989, p. 62 s.

MESTRE J., La période précontractuelle et la formation du contrat (le style parle de cette communication a été conservé), LPA 5 mai 2000, n° PA200009001, p. 7

MESTRE J., Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine, in Mélanges A. Breton et F. Derrida, L.G.D.J, 1991, p. 249 et s

MESTRE J., Promesses unilatérales : la rigueur très variable des délais dans la jurisprudence de la Cour de cassation, RTD Civ. 2003, p. 697

MESTRE J., Petit abécédaire de la réforme des contrats et des obligations, RLDC 2016, n° 136

MICHAUX S., La formation du contrat : pour un rapprochement entre psychologie et droit, in Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen, FONTAINE M (dir.), LGDJ 2002, p. 831

MIGNOT M., Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (II), LPA, 7 mars 2016, n°47, p.7.

MIGNOT M., JurisClasseur Civil Code, Art. 1585 à 1588, Fasc. Unique, 2016

MONGIN Ph., La théorie de la décision et la psychologie du sens commun, Cahiers de recherche de l'IHSPT, Série « Décision, Rationalité, Interaction », Cahier DRI-2011-01

MOLFESSIS N., De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant, in Mélanges Jean Hauser, LexisNexis Dalloz, 2012, p. 927 et s.

MOLFESSIS N., La formation du contrat, JCP 2015, suppl. au n°21, p. 6

MOLFESSIS N., De la prétendue rétractation du promettant dans la promesse unilatérale de vente, Recueil Dalloz 2012 p.231

MONACHON-DUCHÊNE N., La protection du délai de réflexion de l'emprunteur immobilier, JCP 2004. I. 152.

MORAND M., Les clauses de stabilité contractuelle, TPS, nov. 2001, chron. n° 25, p. 5

MORTIER R., Contre le droit de repentir dans le droit des sociétés, Rev. Sociétés 2009. 547

MOUREAU N., Authenticité et marché de l'art : une illustration de l'effet papillon, JAC 2013, n°5, p. 18

MOURY J., De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats, RTD civ. 1994. 255

MOUGEOT M., NAEGELEN F., La concurrence pour le marché, *Revue d'économie politique* 2005/6 (Vol. 115), p. 739

MOUSSERON J-M, La durée dans la formation des contrats, in *Mélanges A. Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille 1974, p. 522

MOUSSERON J-M, Rapport de synthèse, *RTD Com.* 1998, p. 559

MOUSSERON P., de la COTARDIERE A., VICTOR-MICHEL L., Les clauses de break-up fee : essai d'analyse quantitative, *Bulletin Joly Société*, Mars 2015, n° 03, p. 160.

MOUSSERON P., Le nouveau régime de la capacité des sociétés : la boussole de l'objet social, *D.* 2016. 906

MOUSSERON P., L'obligation de renseignement dans les cessions de contrôle : *JCP E* 1994, I, 362.

NAJJAR I., L'accord de principe, *Recueil Dalloz* 1991, p. 57

NAJJAR I., L'éventuel, *Recueil Dalloz* 2012, p. 758

NAJJAR I., La notion d'ensemble contractuel, in *Mélanges A. Decoq*, 2004, Litec, p. 509 s

NEWMAN R., La nature de l'équité en droit civil, *Revue internationale de droit comparé*, 1964, 16-2, p. 289-295

NICOD M., Le pacte de préférence en droit patrimonial de la famille, *Dossier spécial Dr. et patr.* 2006

NUYTTEEN B., LESAGE L., Formation des contrats : Regards sur les notions de consensualisme et de formalisme, *Defrénois*, avril 1998, n°8, page 497

NUYTTEEN B., L'avant-contrat de vente à l'épreuve de la perte ou de la détérioration de l'immeuble vendu, *RDC* 2006, n° 4, p. 1295

OLSZAK N., *Emptio ad gustum* : la vente à la dégustation de l'Antiquité à l'article 1587 du Code civil, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, *Revue d'histoire du droit* 1990

OLSZAK N., La survie de l'antique dégustation au temps des laboratoires d'œnologie, *Recueil Dalloz* 2001, p. 729

PACTEAU B., La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?, *AJDA*, 1995, p. 151

PAISANT G., Essai sur le temps dans les contrats de consommation, in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, *Dalloz*, 2006, p. 637

PATRIGEON B., La procédure de prise d'acte de la rupture du contrat de travail depuis la loi du 1er juillet 2014, *Cah. soc.* mai 2015, n° 116b2, p. 289

PEANO M.-A., L'intuitus personæ dans le contrat de travail, *Droit social*, 1995, p.129

PELLET S., L'abus de dépendance est une violence !, *LEDC* mars 2016, n°03, p. 4

PELLIER J.-D., Plaidoyer pour une généralisation de la distinction entre arrhes et acomptes, D. 2020. 1366

PERIN DUREAU A., Variations sur l'obligation de mise en garde au terme de dix ans de décisions, JCP E 2016. 1304

PERROT E., « Les récents Nobel d'économie. Ce qu'ils peuvent nous apprendre », Études, vol. tome 396, n° 3, 2002, pp. 311-321.

PERROT R., « Du provisoire au définitif », in Mélanges offerts à Pierre Draï, Dalloz, Paris, 2000, p.447s

PERROT R., Saisie-attribution : suspension de la force exécutoire du titre de créance, RTD civ. 2004. 144

PETIT F., Sur les clauses de garantie d'emploi, Dr. soc. 2000. 80

PICOD Y., La mention manuscrite à l'épreuve de la loi pour l'initiative économique, Dr. et pr. 2004. 256

PICOD Y., Le formalisme de la mention manuscrite de la caution, in Mélanges F. Chabas, Bruylant, 2011, p. 775

PICOD Y., Le balancier de l'histoire : le recul de la mention manuscrite de la caution, AJ contrat 2018. 445

PIERRON J.-Ph., Imagination et décision. L'anticipation entre la prospective et la perspective, Revue française d'éthique appliquée, 2016/2 (N°2), p. 99-108

PIETTE G., Solutions pour mettre un terme au contentieux relatif aux mentions manuscrites dans le cautionnement, D. 2017. 664

PIGNARRE G., Prêt, Répertoire de droit civil (dir. Savaux E.), Dalloz 2016 (actualisation 2017)

PIGNARRE G., L'obligation pour l'employeur de fournir un travail au salarié, D. 2001. 3547.

PIGNARRE L.-Fr., Délai de réflexion et divorce sans juge : du bon usage de la condition, Recueil Dalloz 2018 p. 32.

PINTO L., Du « pépin » au litige de consommation, une étude au sens juridique ordinaire, Actes de la recherches en sciences sociales, 1989, n°76-77, p. 65-81

PIZZIO J.-P., Un apport législatif en matière de protection du consentement. La loi du 22 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile, RTD civ. 1976, p. 66

POMART-NOMDEDEO C., Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité, RTD civ. 2010. 209

PONTON-GRILLET D., Le contrat de réservation, Recueil Dalloz, 1991, p. 26

PUIG P., Les garanties autonomes, LPA 27 août 2008, n° 63, p. 9

RAOUL-CORMER V. G., Le consommateur est-il un incapable, in 40 ans de droit de la consommation 1972-2012. Bilan et perspectives, dir. D. Mainguy et M. Depincé : éd. de la Faculté de droit et de science politique de Montpellier, 2013, p. 27

RAYMOND G., Information du consommateur, JCl. Concurrence – Consommation 2012, fasc. 966.

RAYNARD J., Le domaine des prérogatives contractuelles : variété et développement, RDC 2011, N° 2, p. 695

RBII J., L'acte unilatéral réceptice, in Métamorphose de l'acte juridique, Marc Nicod (dir.), Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ - Lextenso Editions, 2011, p. 88-126

RENET T., L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie, Revue des contrats, 01/04/2004, n° 2, p. 579

RENET Th., Les critères du contrat d'adhésion, D. 2016. 1771

RIERA A., « L'obligation d'information précontractuelle dans les contrats de distribution après la réforme du droit des contrats », AJ contrat 2017. Dossier 155

RIEG A., La punctuation, contribution à l'étude du contrat, in Mélanges A. JAUFFRET, PUAM, 1974, p. 593

RIGAULT L., « L'encadrement juridique des pourparlers », LPA 30 mai 2012. 5

RINGLER S., L'influence de la volonté individuelle sur la condition suspensive, in De la volonté individuelle, L.G.D.J, 2009, p. 263-271.

RIPERT G., Le prix de la douleur, D. 1948. Chron. 1

ROCHFELD J., Le contrat?...si je veux!, RTD civ. 2001, p.969 et s.

ROCHFELD J., Les droits potestatifs accordés par le contrat, Mélanges J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 747 et s.

RODRIGUEZ K., L'obligation de la caution par le banquier, LPA 30 avr. 2019, n° 138v3, p. 97

ROETS D., Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ?, Recueil Dalloz, 1997, Chron. 92

ROGUE F., Abus de dépendance : la « réforme de la réforme » du droit des contrats a-t-elle accouché d'une souris ?, D. 2018. 1559

RÖNNMAR M. Et MOURET J., La période d'essai (3ème et dernière partie), Revue de droit du travail 2008, p. 408

ROUAST M., Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, RTD civ. 1941.1 et s.

ROUHETTE G., Droit de la consommation et théorie générale du contrat, in Mélanges Rodière, Dalloz, 1981, p. 247

ROUVIÈRE Fr., L'analyse économique des vices du consentement : une nouvelle vision d'une théorie classique, RJJ : Cahiers de méthodologie juridique : analyse économique du droit, PUAM, 2008, p. 2485 et s.

ROUVIERE Fr., Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats, RDC 2016, n° 113m3, p. 600

ROUVIERE FR., L'obligation comme garantie RTD civ. 2011. 1

RUDDEN B., Le juste et l'inefficace pour un non-devoir de renseignements, RTD civ. 1985, I, p. 85.

le RUDULIER N., Vente immobilière : expression du consentement et transmission de la correspondance entre avocats, Dalloz actualité, 04 juin 2012

RZEPECKI N., Le renforcement de la protection pour les contrats conclus à distance et hors établissement, Gaz. Pal. 2014. 1407

SACCO R., Le contrat sans volonté : l'exemple italien, in Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Mélanges Rieg, 2000, p.724

SAFATIAN S., La rédaction du Code civil, Napoleonica, La Revue, 2013/1 (n°16), p. 49-63

SAUCIER L., Data room dans le cadre des due diligence préalables à l'acquisition des titres d'une société, LPA 30 mai 2012, n°108, p.12

SAVAÏDES S. et WALLE E., L'e-réputation sous le prisme du droit du travail, Gazette du Palais, n°288, p. 26

SAVAUX E. et SCHÜTZ R.-N., Le contrat de prêt et la restitution de la chose empruntée, in Mélanges Payet, Dalloz, 2011, p. 493

SAYAG A., Mandat social et contrat de travail : attrait, limites et fictions, Rev. sociétés 1981. 1

SCHLUMBERGER E., Quels étaient les termes de l'article 1145 du Code civil à la suite de l'ordonnance du 10 février 2016 ?, Defrénois, 20 sept. 2018, n° 37, p. 15.

SCHMID G., Saint-Thomas : l'incrédulité à l'épreuve des sens, L'Actualité Nouvelle-Aquitaine, Espace Mendès France, 2019

SCHMIDT-SZALEWSKI J., La force obligatoire à l'épreuve des avants contrats », RTD civ. 2000, p.25

SCHÜTZ R.-N., Comment sauver les promesses unilatérales de vente ?, Petites affiches, 23 avr. 1997.18.

SCHÜTZ R.-N., Crédit-bail, Répertoire de droit immobilier, Dalloz 2015 (actualisation 2016)

SECHIER-DECHEVRENS J., Vers un déséquilibre contractuel de la clause de non-concurrence, D. 2006. 1357

SERINET Y-M, La constatation de la nullité par les parties : une entorse limitée au caractère judiciaire de la nullité, in *Libres propos sur la réforme du droit des contrats, Analyse des principales innovations de l'Ordonnance du 10 février 2016*, Lexis Nexis, 2016, p. 85 et s.

SERINET Y.-M., Observations sur le projet de réforme du droit des contrats, LPA 2015, n° 177, p. 59

SERLOOTEN P., Le temps et le droit fiscal, RTD Com. 1997, p. 177

SEUBE J.-B., Le risque au cœur de l'exception d'inexécution, RDC 2016, n° 113c7, p. 249

SIEYÈS, Volonté-liberté, Présentation de Jacques Guilhaumou, *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2011, Vol.33(1), pp.163-182

SIMON Fr., L'audit juridique : une méthodologie au service d'une politique de prévention des risques, LPA 25 juin 2003, n°126, p. 4

SIZAIRE D., Nature et effet du contrat préliminaire de réservation, Nature et effet du contrat préliminaire de réservation, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n° 9, 1er Mars 1996, p. 339

SMORTO G., La justice contractuelle, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 60 N°3,2008. pp. 583-602

STEINMETZ F., L'acquéreur, le vendeur, le prêteur et la condition suspensive de l'obtention du prêt [L. 13 juill. 1979], RD imm. 1993.305

STRICKLER Y., La protection de la partie faible en droit civil, LPA, 25 oct. 2004, n° 213, p.6

STOFFEL-MUNCK Ph., Les enjeux majeurs de la réforme « Attractivité, Sécurité, Justice », in *Réforme du droit des contrats et pratique contractuelle* (dir. Ph. STOFFEL-MUNCK), Dalloz Thèmes actes et commentaires, 2015, p. 17 et s.

STOUFFLET J., La protection du consommateur faisant appel au crédit, in *Etudes E. de LAGRANGE*, 1978, 225

SUCHODOLSKI B., L'homme dans les perspectives d'une société de consommation et d'une cité éducative, *Proceedings of the XVth World Congress of Philosophy*, 1973, Vol. 1, p.233-237

TAURAN T., Clauses de dédit-formation dans la jurisprudence sociale, JCP soc., 2006. 1327, p. 14

TEMPLE H., Le droit de la consommation est-il subversif ?, *Mélanges Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 1068

TERRÉ F. (sous dir.), Le doute et le droit. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 46 N°4, Octobre-décembre 1994. pp. 1219-1220

TESTU F.-X., La confidentialité conventionnelle, Dr. et patr. 2002, n° 102, p. 84

THREARD J., Le concessionnaire doit-il solliciter la protection du législateur ? Rev. trim. dr. com., 1972, p. 537

THILL J.-C. and TIMMERMANS H., Analyse des décisions spatiales et du processus de choix des consommateurs: théorie, méthodes et exemples d'applications, L'Espace géographique, Vol. 21, No. 2 (1992), pp. 143-166

le TOURNEAU Ph., Quelques aspects de l'évolution des contrats, in Mélanges Raynaud, 1985, p. 361 et s.

le TOURNEAU Ph., Les professionnels ont-ils du cœur ? D. 1990. Chron. 21

le TOURNEAU Ph., Contrats portant sur une chose, Œuvre collective sous la direction de Philippe le Tourneau, Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats 2014

Travaux Cerjda, L'entreprise face à l'éthique du profit, L'Harmattan, 2008

TRICLIN A., La renaissance des arrhes (Analyse de l'article 3, alinéa 4, de la loi no 92-60 du 18 janv. 1992)

TRIGAUX J.-M., L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats, in Ann Dr., 1997, 235 et s.

TUAILLON Ch., La responsabilité civile face à l'aléa ou les méfaits de l'éventualités, Petites affiches, 7 janvier 2005

URBAIN NGAH NOAH M., Quelques réflexions sur le silence et le droit : essai de systématisation, Les Cahiers de droit, Vol. 56, n° 3-4, Sept.-Déc. 2015, p. 575 et s.

VALETTE D., Quelles obligations pour le banquier dans le domaine du financement professionnel ?, RDBF 2007. Dossier 29, nos 74 s

VANDENHOUTEN L., Délai de réflexion, droit de repentir, in Le processus de formation du contrat (dir. M. Fontaine), LGDJ, 2002, p. 554 et s.

VAN HOOREBEKE D., L'émotion et la prise de décision, Revue française de gestion 2008/2, n°182, pp. 33-44

VASSEUR M., Réflexions sur le régime juridique du porteur de traites non acceptées, D. 1985. Chron. 199

VATINET R., Le mutuus dissensus, RTD civ. 1987. 252

VEYRE L., L'action interrogatoire en matière de nullité : personnes intéressées, soyez vigilantes !, AJ Contrat 2017, p. 74

VIANDIER A., Les contrats conclus intuitu personæ face à la fusion des sociétés, in Mélanges C. Mouly, Litec, t.2, p. 193 et s.

VINEY Fr., L'expansion du raisonnable dans la réforme du droit des obligations : un usage déraisonnable, Recueil Dalloz, 2016, p. 1940

VIRASSAMY G., Regard sur le phénomène de la réitération en droit privé français, D. 1989, Chronique, XLIV, p. 279.

VIRASSAMY G., La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989, JCP éd. E, 1990, II, 15809.

VIRASSAMY G., Implantation commerciale et réseau de distribution, in L'implantation commerciale, Travaux du CERJDA, L'Harmattan, 2013, p. 97.

de VROEY M., La mathématisation de la théorie économique. Le point de vue de l'histoire des théories économiques, in Reflets et perspectives de la vie économique, 2000/4 (Tome XLI)

WEBER J-F., Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile, BICC n° 702, 15 mai 2009, p. 6

WELLER J.-M., Comment décrire ce qu'on ne voit pas ? Le devoir d'hésitation du juge de proximité au travail, Sociologie du travail, Vol. 53 - n° 3 | 2011, 349-368

WERTENSCHLAG B., GEIB T., Transfert d'entreprises, AJDI 2011. 777

WESTER-OUISSE v., La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer, JCP 2001. I. 290

ZOÏA M., La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique, Gaz. Pal., 17 juil. 2001, n° 198, p. 16.

▪ Notes de jurisprudence

AYNÈS L., Dans une promesse de vente, l'obligation du promettant est une obligation de faire, Recueil Dalloz 1995, p. 87

BARBIER H., Le contrat sur une chose indisponible sous condition de sa disponibilité future... éloge de l'anticipation contractuelle (CE, 7e et 2e ch. réun., 15 nov. 2017, n° 409728), RTD civ. 2018. 379

BARBIER H., L'irrévocabilité de la promesse unilatérale de vente est conforme à la Constitution !, RTD Civ. 2019, p.851

BENAC-SCHMIDT Fr., Dans une promesse de vente, l'obligation du promettant est une obligation de faire, Recueil Dalloz 1994 p.507

BERNHEIM-DESVAUX S., Contrats mixtes et point de départ du délai de rétractation, Démarchage - Contrat mixte et point de départ du délai de rétractation, Com. Sous CA Lyon,

6e ch., 18 mars 2021, n° 19/05346, Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2021, comm. 90

BETTONI L., Quand la précarité inhérente à la période d'essai chasse l'abus dans la rupture d'un contrat de franchise – Cour de cassation, com. 21 juin 2017 – AJ contrat 2017, p.394

BOSCO D., Sanction d'un abus par refus discriminatoire de contracter : la cour d'appel de Paris confirme la décision Cegedim, Contrats Concurrence Consommation n° 12, Décembre 2015, comm. 285 (CA Paris, pôle 5, ch. 5-7, 24 sept. 2015, n° 2014/17586, Cegedim SA)

BOULOC B., Démarchage à domicile – Remise d'un chèque avant l'expiration du délai de réflexion, RTD Com. 2004, p. 169. (Crim. 23 sept. 2003, Bull. crim. n° 169, D. 2003.2765, obs. E. Chevrier)

BUSSEUIL G., La quasi-gratuité de l'exercice du droit de rétractation du consommateur : l'application aux frais de livraison, Recueil Dalloz 2010, p. 2132

CHABAS C., Motivation d'une résiliation unilatérale et exercice abusif de ce droit, JCP, n° 13, II 10052

CORNU G., obs. RTD civ. 1972, p. 609

DAGORNE-LABBE Y., La Semaine Juridique Edition Générale n° 48, 25 Novembre 2004, II 10178

DELEBECQUE P., De l'effet de l'inconstance contractuelle sur le droit à rémunération de l'agent immobilier, Com. sous Cass. civ. 1ère, 17 nov. 1993, n° 91-18773, Defrénois - n°17 - page 1110

DOUVILLE Th., L'insanité d'esprit du testateur est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, commentaire Civ. 1re, 6 mars 2013, F-P+B, n° 12-17.360, Dalloz actualité, 02 avril 2013

FAGES B., commentaire Civ. 1re, 1er déc. 2010, n° 09-65.673, RTD Civ. 2011, p.346

FOREST G., Promesse de vente, indemnité d'immobilisation et clause pénale, Commentaire Civ. 3e, 24 septembre 2008, FS-P+B, n° 07-13.989, Dalloz actualité, 02/10/2008

GALLMEISTER I., Le jeu de la clause de dédit à l'épreuve de la bonne foi, LPA 4 oct. 2001, n° 198, p. 15, note sous Cass. 3e civ., 15 févr. 2000.

GENICON Th., Ce que les régimes comparés de la clause pénale et de la clause de dédit nous disent de la force obligatoire du contrat, Commentaire Cass. 3e civ., 10 mars 2015 n° 13-27942 et 13-27993, Revue des contrats, n°03, p. 449, RDC 2015, n° 112a4, p. 449

GROSS B., commentaire Cass. 1re civ., 24 mars 1998 ; SA Magnien-Laguarrigue-Cairol (MLC) c/ Époux Lucas dans La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 25, 18 Juin 1998, p. 996

GUERLAIN G., L'art des arrhes, Commentaire Civ. 1ère, 12 sept. 2018, n° 17-22263, LEDC Nov. 2018, n° 111w8, p.5

KENFACK H., La lettre et l'esprit, D. 2002. 627

LATINA M., De la distinction entre clause pénale et clause de dédit, Commentaire Cass. Com., 25 sept. 2019, n°18-14427, LEDC nov. 2019, n° 112r8, p. 3

LEVENEUR L., Offre de contracter - L'offrant s'était rétracté la veille de l'expiration du délai dont il avait assorti son offre..., Contrats Concurrence Consommation n° 8-9, Août 2008, comm. 194 (Cass. civ. 3ème, 7 mai 2008, n° 07-11.690)

MARCHAND A., L'importance des usages dans le cadre de la vente à l'agréage, Droit de la vigne et du vin - L'importance des usages dans le cadre de la vente à l'agréage, Droit rural n° 362, Avril 2008, comm. 61.

MAZEAUD D., Droits des obligations et applications de la loi nouvelle aux contrats en cours : deux leçons de la chambre sociale, D. 2017.2007

MESTRE J., Petits glossaires des promesses contentieuses, RTD Civ., 1994, p. 584

MESTRE J., La prudence est toujours de rigueur... pour la Cour de cassation dans la sanction des pactes de préférence, RTD Civ., 1998, p.98

MESTRE J., La renonciation à une loi supplétive de volonté ne saurait résulter du seul silence des parties, RTD Civ. 1999 p.377

MESTRE J. Et FAGES B., Deux accords de principe, Commentaire Com. 2 juill. 2002, n° 00-13.459, RJDA 2003, n° 52 ; Paris, 1re ch. C, 7 nov. 2002, Europe Finance et Industrie c/ SA Viel et compagnie, inédit, RTD civ. 2003. 76

MOUSSERON P., obs. sur Cass. Civ. 3ème, 10 mars 2015, in Technique contractuelle : JCP E 2015, 1296, n° 1

NAJJAR I., note sous Cass. com. 8 février 1982 : D. 1983, p. 59

PERINET-MARQUET H., Impact de la loi SRU sur la vente immobilière : JCP N 2001, n° 10, p. 533, n° 26. – CA Aix-en-Provence, 1re ch. A, 10 mai 2007 : JurisData n° 2007-338338

PICOD Y., Devoir de mise en garde de la caution et exigence de proportionnalité : le chemin sinueux de l'autonomie, AJ Contrat, 2020, p. 572

PRIGENT S., Conditions de remboursement d'une indemnité d'immobilisation, Commentaire Civ. 3e, 15 déc. 2010, FS-P+B, n°09-15.211, Dalloz actualité, 12/01/2011

SALVANDY J., Le délai de réflexion de dix jours, quarante ans après, RDI 2019. 508 (Cour de cassation, 1re civ., 20 février 2019, n° 18-12.471, JCP EA 2019. 1267, n° 18, note Y. El Hage)

SIZAIRE Ch., Le droit de rétractation peut être conféré contractuellement à un acquéreur professionnel, Construction-urbanisme, n°2, février 2020, p.27, Commentaire Cass. 3e civ., 5 déc. 2019, n° 18-24.152, FS-P+B+I, X c/ SARL Mitchun : JurisData n° 2019-021779

SIZAIRE Ch., Distinction entre indemnité d'immobilisation et clause pénale, Construction - Urbanisme n° 11, Novembre 2008, comm. 174. (Cass. 3e civ., 24 sept. 2008, n° 07-13.989, FS-P+B, Nimirf c/ Gigon : JurisData n° 2008-045080).

TOURNAFOND O., La révocation d'une promesse unilatérale de vente, obligation de faire, D. 1994.230.

de la VAISSIERE F., Nullité d'un congé pour vendre prématuré, AJDI 2006 p.641

ZINE-DANGUIR S. et CHANDON J.-L., Ensemble d'hésitation et degré d'hésitation : Un apport à la compréhension du processus du choix du consommateur ?, Acte du XXII^e Congrès AFM- 11 et 12 mai 2006

▪ **Rapports, Avis**

Amendement n° 1493 rect., 3 avr. 2015

BETOULLE J., L'aspect délictuel du dol dans la formation du contrat, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2001

GAUTIER P.-Y., L'influence de la doctrine sur la jurisprudence, Texte de conférence en la Grand'Chambre de la Cour de cassation, 16 oct. 2003.

Cour de cassation, Le risque, Rapport annuel 2014, La documentation française, 2011

Cour de cassation, La preuve, Rapport annuel 2012, La documentation française, 2012

Cour de cassation, Le temps, Rapport annuel 2014, La documentation française, 2014

Cour de cassation, L'exigence d'impartialité du juge dans le procès civil et les procédures de récusation et de renvoi pour cause de suspicion légitime, BICC, communication avril 2008

Rapport annuel de la Cour de cassation, Étude : Le droit de savoir, 2010

Question écrite avec réponse n° 95793, 17 mai 2016

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations