

La détermination du profit illicite en droit des contrats

Barbara FRELETEAU-CHAIBRASSOU

Maitre de conférence,
Université de Bordeaux

1. Déterminer le profit illicite en droit des contrats revient à identifier un justicier masqué. En effet, bien que cette notion n'apparaisse jamais telle qu'elle en cette matière, l'idée d'une prévention contre le profit illicite irrigue une immense part des règles contractuelles. L'étude du profit illicite à travers le prisme du contrat s'avère ainsi délicate.

2. Le profit est une notion économique, non juridique. Dans un sens commun, c'est l'« *avantage matériel ou moral – patrimonial ou extra-patrimonial – que l'on retire de quelque chose* »¹. Plus spécifiquement, en économie, le profit est le « *gain réalisé sur une opération ou dans l'exercice d'une activité* »². C'est l'enrichissement pécuniaire résultant, dans un patrimoine, soit d'une opération financièrement avantageuse, soit d'une plus-value. Le profit apparaît ainsi comme une chose positive, à laquelle l'individu cherchera à accéder. D'ailleurs ce mot vient du latin *proficere* qui signifie progresser³. Mais, parce qu'il apparaît comme une chose vers laquelle l'individu va porter tous ses efforts, le profit est également vu de manière négative : en effet, pour parvenir à cette fin qui est gagner de l'argent, le sujet est parfois prêt à nuire à autrui. D'où la nécessité que le droit encadre la recherche du profit, en tant que régulateur des rapports sociaux.

3. Précisément, tout profit n'est pas licite. Le droit condamne certains gains réalisés par l'individu, et à travers cela c'est l'activité qui y a conduit, l'attitude adoptée, qui se trouve souvent jugée. En cela, la notion de profit illicite se rapproche de celle de faute lucrative⁴. La faute, synonyme de manquement à la règle, ne doit pas permettre le lucre⁵. « *La faute, où se cache la morale, ne devrait pas rendre possible le profit* »⁶. La notion de faute lucrative désigne donc « *le comportement immoral de celui qui tire un bénéfice financier de la violation de la règle et de l'éthique* »⁷.

4. L'appréhension juridique du profit réalisé par l'individu renvoie ainsi à l'étude des liens qu'entretiennent le droit et l'économie. Or, ce lien est particulièrement fort lorsque l'on parle de droit des contrats : le contrat est l'instrument juridique des relations économiques : il est la traduction juridique des échanges opérés entre les individus⁸. Précisément, l'effet principal du contrat est de créer des obligations à la charge des parties⁹. Or,

¹ V. *Le Petit Larousse*, V° Profit, sens 1.

² V. *op. cit.*, sens 2.

³ V. *op. cit.*

⁴ V. not. MEADEL (J.), « Faut-il introduire la faute lucrative en droit français? », *LPA*, 17 avr. 2007, n°77, p. 6.

⁵ V. *art. préc.*

⁶ V. *art. préc.*

⁷ V. *art. préc.*

⁸ V. not. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, D., 11^e éd., 2013, n°17.

⁹ V. *op. cit.*

l'obligation représente une valeur, un avantage, un gain, un profit pour le créancier et un sacrifice pour le débiteur¹⁰. Ainsi, le contrat est le moyen juridique pour parvenir à faire du profit.

5. Ce profit pourra parfois être considéré comme illicite et rattrapé par certaines branches du droit, qui le sanctionneront¹¹. Mais, en dehors de l'application des lois spéciales, ce sont les limites apportées à la liberté contractuelle dans le droit commun des contrats qui permettent de déterminer ce qu'est le profit illicite en droit des contrats.

6. La détermination des limites entre profit licite et illicite en droit des contrats renvoie justement à une difficulté matricielle de la matière : comment assurer un équilibre entre liberté et justice contractuelle, entre volonté individuelle et ordre public¹² ? Précisément, il est intéressant de voir comment le nouveau droit des contrats, tel qu'issu de la réforme de 2016¹³, aborde la question de la limitation des volontés individuelles dans la recherche d'un profit : quelles sont aujourd'hui les limites posées par le droit des contrats à la recherche du profit ? Et partant, comment le droit des contrats détermine-t-il ce qu'est le profit illicite ?

7. Le principe premier, en droit des contrats, est celui de la liberté contractuelle qui veut que « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat »¹⁴. Mais cette liberté n'est pas sans limites : notamment, elle n'a cours que « dans les limites fixées par la loi » aussi ne permet-elle pas « de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public. »¹⁵. Au-delà de cette règle générale, le droit des contrats apporte des outils précis de lutte contre le profit illicite. Il est même possible d'ajouter que ces outils sont plus nombreux et variés aujourd'hui qu'ils ne l'étaient en 1804. Il convient néanmoins de rappeler que le terme de « profit illicite » n'apparaît jamais en droit des contrats. Lui sont préférés d'autres concepts tels que l'abus¹⁶, la bonne foi¹⁷, la contrepartie dérisoire¹⁸, le déséquilibre significatif¹⁹, la disproportion manifeste²⁰, etc. Autant de notions-cadre aux contours volontairement indéfinis.

8. Ce qui apparaît, de manière générale à l'observation de ces règles, c'est qu'elles tendent à prévenir le profit illicite. Celui-ci trouve alors un sens très large, qui dépasse le cadre strict de la faute lucrative – qui appartient plus exactement au domaine de la responsabilité civile. Le profit illicite en droit des contrats est le bénéfice engrangé par une partie au détriment d'autres intérêts dignes de protection : intérêt général, intérêt du cocontractant, intérêt des tiers. Il s'agit alors de se concentrer sur les principales limites apportées à la recherche du profit en matière contractuelle. Ces limites sont de deux types : elles concernent tantôt les stipulations contractuelles, le contenu du contrat proprement dit, tantôt l'attitude, le comportement adopté par les contractants.

¹⁰ V. ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, D., Paris, 1963, p. 102 : l'obligation est ce qui « peut être compté au passif du patrimoine de celui qui en est tenu »; adde DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Paris, D., 1952, p. 183.

¹¹ Par exemple, par le biais du droit fiscal, ou du droit pénal.

¹² V. not. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, préc.*, n° 18 et s. : « le contrat est en réalité dans l'étroite dépendance des idées philosophiques et économiques qui prévalent à une époque donnée ».

¹³ V. Ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Ce texte a été récemment légèrement remanié par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance.

¹⁴ V. art. 1102 C. civ.

¹⁵ V. op. cit.

¹⁶ V. not. art. 1164 et 1165 C. civ.

¹⁷ V. not. art. 1104 C. civ.

¹⁸ V. not. art. 1169 C. civ.

¹⁹ V. not. art. 1171 C. civ.

²⁰ V. not. art. 1221 C. civ.

9. Dans ces différentes hypothèses, il apparaît que la prévention du profit illicite en droit des contrats s'opère de manière plus quantitative que qualitative. En effet, si le nombre de règles visant à limiter les occasions pour un contractant de dégager un profit au détriment d'un autre intérêt est important, l'efficacité et la sécurité juridique liées à ces mécanismes sont plus douteuses. En effet, il existe un riche arsenal de lutte contre le profit illicite en droit des contrats, mais dont l'efficacité est souvent très relative en raison, soit du fort aléa dans l'interprétation et l'application concrète des règles, soit de leur champ de mise en œuvre assez restreint. Cela peut être souligné, tant à travers l'étude des dispositions visant à encadrer le contenu du contrat (I), que celles destinées à contrôler le comportement du contractant (II).

I. Le profit illicite en raison du contenu du contrat

10. Le législateur détermine, dans un premier temps, des limites au profit que le contrat peut engendrer qui intéressent le contenu même du contrat. Cela tantôt pour défendre l'intérêt général (A), tantôt l'intérêt particulier du cocontractant (B).

A. Le profit illicite né de l'atteinte à l'intérêt général

11. Tout d'abord, le Code civil tel que réformé par l'Ordonnance de 2016 évoque parmi les conditions de validité du contrat, dans son article 1128, la nécessité que celui-ci ait un contenu licite et certain²¹. Cette condition générale de licéité du contenu du contrat révèle clairement que tout profit recherché par le biais d'un contrat n'est pas nécessairement licite. A cette disposition doit être associé l'article 1162 du Code civil qui dispose que « *Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ». Ainsi exprimée, la condition de licéité posée semble viser à la fois l'objet de chaque prestation contractuelle, et l'opération contractuelle dans son ensemble : possède un contenu illicite le contrat dont l'une des clauses ou la finalité générale est contraire à un principe impératif, à l'ordre public. Concernant la licéité des obligations stipulées, l'ancien article 1128, qu'aucun texte de l'Ordonnance n'a repris, apportait davantage de précisions car il disposait qu' « *Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent faire l'objet des conventions* ». Il existe en effet des biens qu'on ne peut s'approprier parce qu'ils relèvent du domaine public ou qui font l'objet d'un monopole étatique, comme le tabac, ou encore qui sont directement contraires à la santé publique²². Egalement le corps humain et ses organes ne peuvent pas faire l'objet de contrats, tout du moins à titre onéreux²³. Pour autant, la largesse de la condition posée au nouvel article 1128 permet d'intégrer la règle de l'ancien article 1128²⁴.

12. Par ailleurs, il peut arriver que des personnes concluent un contrat ayant pour effet d'en dissimuler un autre qu'ils désirent laisser occulte. Il s'agit de la pratique de la « contre-lettre », désormais encadrée aux nouveaux

²¹ V. Art. 1128 C. civ. : « Sont nécessaires à la validité d'un contrat :

1° Le consentement des parties ;

2° Leur capacité de contracter ;

3° Un contenu licite et certain. ».

²² Par exemple la drogue, les produits périmés, etc.

²³ Le législateur a davantage consacré un principe de non-patrimonialité du corps humain qu'un principe d'indisponibilité jusque-là défendu en jurisprudence. Sur ce point, V. not. *Lamy expert, droit des personnes et de la famille*, dir. DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), avr. 2014, n° 212-27 et s.

²⁴ En ce sens V. DISSAUX (N.), JAMIN (Ch.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil, Dalloz, 2016, commentaire sous article 1128.

articles 1201²⁵ et 1202 du Code civil²⁶. Par principe, le contrat occulte est valable entre les parties tout en n'étant pas opposable aux tiers, sauf la possibilité pour eux de s'en prévaloir. Sont néanmoins prévues des limites à cette validité. En effet, en vertu de l'article 1202 du Code civil reprenant l'ancien article 1321-1 du même code récupérant lui-même la lettre de l'ancien article 1840 du Code général des impôts, est nul tout contrat ayant pour but de dissimuler une partie du prix dans deux séries de cessions distinctes : d'une part la cession d'office ministériel, d'autre part les autres cessions portant sur un immeuble, un fonds de commerce ou un bail. La contre-lettre illicite est frappée d'une nullité absolue. Mais cela ne porte pas atteinte à la validité de l'acte ostensible qui produira ses effets. Cette nullité s'inspire de raisons fiscales et s'ajoute d'ailleurs aux sanctions fiscales, bien que l'article 1202 n'exige expressément aucune intention de frauder le fisc. Pour autant, malgré ces effets rigoureux, l'action en nullité pour simulation illicite a peu de chances de succès, la pratique des dessous-de-table étant par nature discrète et assez difficile à prouver²⁷. De plus, peu d'acheteurs révèlent la pratique illicite, sans doute par crainte de la désapprobation sociale de la délation ou par peur d'une attention fiscale dans l'avenir²⁸.

13. Au regard des dispositions sus-évoquées il apparaît bien que le contrat encourt la nullité s'il a pour objet de favoriser la recherche d'un profit portant atteinte à l'intérêt général. De même, le droit commun des contrats a été complété en 2016 de dispositions nouvelles visant à contrôler les stipulations contractuelles ayant pour effet de faire naître un profit au détriment de l'intérêt du cocontractant.

B. Le profit illicite né de l'atteinte à l'intérêt du cocontractant

14. A l'occasion de l'Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, le législateur a choisi de réguler certains types de clauses pouvant être intégrées dans le contrat et ayant pour effet de créer un déséquilibre excessif dans le rapport contractuel. L'idée est donc, à travers ces règles, d'empêcher les occasions pour un contractant de faire du profit en portant préjudice au cocontractant.

15. En premier lieu, doit être relevé le nouvel article 1170 du Code civil qui dispose que « *Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ». Ce texte a vocation à s'appliquer quel que soit le type de contrat dans lequel la clause visée se trouve intégrée. Il vient consacrer les célèbres décisions Chronopost²⁹ et Faurecia II³⁰ et permet d'éviter qu'un contractant ne reprenne d'un côté, ce qu'il donnait l'impression de donner de l'autre. Par exemple, s'enrichirait d'un profit illicite l'assureur qui recevrait le versement des primes pour la période se situant entre la prise d'effet du contrat d'assurance et son expiration tout en excluant par une clause spéciale la garantie des dommages trouvant leur origine dans un fait qui s'est produit pendant cette période, à défaut de réclamation de la victime formulée au cours de la période de validité du

²⁵ V. Article 1201 C. civ. : « *Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir.* ».

²⁶ V. Article 1202 C. civ. : « *Est nulle toute contre-lettre ayant pour objet une augmentation du prix stipulé dans le traité de cession d'un office ministériel.*

Est également nul tout contrat ayant pour but de dissimuler une partie du prix, lorsqu'elle porte sur une vente d'immeubles, une cession de fonds de commerce ou de clientèle, une cession d'un droit à un bail, ou le bénéfice d'une promesse de bail portant sur tout ou partie d'un immeuble et tout ou partie de la soulte d'un échange ou d'un partage comprenant des biens immeubles, un fonds de commerce ou une clientèle. »

²⁷ V. OPHELE (C.), « Simulation », Répertoire de droit civil, avr. 2016, n°42 et s.

²⁸ V. art. préc.

²⁹ V. Cass. com., 22 oct. 1996, Bull. Civ. IV, n°261; 9 juill. 2002, Bull. civ. IV, n°121 ; Cass. Ch. Mixte, 22 avr. 2005, D. 2006, 717, obs. Chevrier.

³⁰ V. Cass. com., 29 juin 2010, n°09-11841.

contrat³¹. Une telle clause aboutit en effet à priver l'assuré du bénéfice de l'assurance en raison d'un fait qui ne lui est pas imputable et à créer un avantage illicite au profit du seul assureur qui aurait alors perçu des primes sans contrepartie. Reste que les conditions d'application de cette règle sont particulièrement vagues : qu'est-ce qu'une obligation essentielle ? Qu'est-ce que le fait de la priver de sa substance ? Ce texte apparaît potentiellement explosif, tant sa portée est à la fois grave et imprécise. Il conviendra donc d'être particulièrement attentif au contentieux qui se développera potentiellement à partir de cette disposition³².

16. En second lieu, l'une des innovations de la réforme relative au contenu du contrat est l'introduction, à l'article 1171 du Code civil, des clauses abusives³³. Celles-ci sont définies comme les clauses qui, dans un contrat d'adhésion, créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Le champ des clauses abusives est clairement circonscrit au contrat d'adhésion, c'est-à-dire celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties³⁴. Ce type de contrat est le terrain d'élection des clauses abusives car une partie qui soumet à l'autre un contrat aux contours prédéfinis aura bien souvent tendance à y glisser des conditions qui seront à son seul profit et au détriment de son partenaire. Il est prévu que ces clauses seront réputées non-écrites. C'est à dire que seule la clause sera annulée, et non le contrat en son intégralité : cela permet la poursuite de la relation contractuelle, tout en ôtant l'élément créant un déséquilibre entre les parties. Bien qu'innovante, l'insertion de cette disposition dans le droit commun fait débat³⁵. Son utilité est notamment questionnée³⁶. En effet, il existait déjà, avant la réforme, deux textes spéciaux permettant de sanctionner les clauses abusives. L'article L. 212-1 du Code de la consommation répute non écrite la clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties dans le cadre d'un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur³⁷. De plus, l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce comporte depuis 2008 un dispositif visant à sanctionner, sur le terrain de la responsabilité, les clauses créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties dans un contrat conclu entre professionnels³⁸. Or,

³¹ La jurisprudence a été assez riche sur ce point et s'est fondée, avant la réforme sur la notion de cause et l'ancien article 1131 du Code civil : Cass. civ. I, 19 déc. 1990, n° 88-12863 ; 14 mai 1991, n° 684 PRF, Consorts Ajzenberg c/ AGF ; Cass. civ. III, 3 juin 1992, n° 90-11486 ; Cass. civ. II, 2 févr. 2017, n° 16-10165 et n° 15-28011.

³² En ce sens V. not. DESHAYES (O.), « La formation des contrats », in « Réforme du droit des contrats : quelles innovations ? », *RDC*, 2016/ HS, actes du colloque du 16 févr. 2016, p. 21 et s.

³³ V. art. 1171 C. civ. (tel que résultant de l'Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. ».

Le dispositif de l'art. 1171 C. civ. est modifié par la loi portant ratification de l'Ordonnance qui est amenée à entrer en vigueur au 1^{er} octobre 2018. Il a été décidé de préciser dans cet article que la clause abusive est nécessairement « non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties ».

³⁴ V. art. 1110 C. civ. : le contrat d'adhésion « comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ».

³⁵ V. not. BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Réforme du droit des contrats - Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *JCP G*, n° 14, 4 Avril 2016, 391 ; adde BICHERON (F.), « N'abusons pas de la clause abusive : in La réforme du droit des contrats », *GP* 2015, n° 120, p. 24 ; DISSAUX (N.), « Clauses abusives : pour une extension du domaine de la lutte : in Réforme du droit des contrats, Le débat », *Dr. Et patr.* Oct. 2014, p. 53.

³⁶ V. art. préc.

³⁷ V. art. L. 212-1, al. 1 C. conso. : « 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. »

³⁸ V. art. L. 442-6 I 2° C. com. : « I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

en vertu de la règle qui veut que « *le spécial déroge au général* », il convient d'exclure l'article 1171 chaque fois que s'appliquent les articles du Code de la consommation ou du Code de commerce. Mais alors, quel est le champ d'application de l'article 1171 du Code civil ? Celui-ci s'avère en vérité très restreint³⁹. Cet article aura vocation à s'appliquer de manière résiduelle dans les rapports mettant en cause un professionnel libéral et ses partenaires – par exemple, un contrat d'adhésion entre un médecin et une clinique – dans les rapports entre un agent commercial et son mandant et dans les rapports entre particuliers, mais il ne faut pas oublier que le contrat doit être d'adhésion, or cette circonstance sera sans doute assez rare dans les faits⁴⁰.

17. Au-delà de la régulation du contenu du contrat, il peut être remarqué que des règles viennent également encadrer le comportement du contractant qui, par sa malhonnêteté, sa malice, ou son excessive intransigeance transformerait un profit *a priori* valable en profit illicite.

II. Le profit illicite déterminé par le comportement du contractant

18. Dans un second temps, le comportement adopté par une partie peut impliquer que le profit par elle recherché ne soit plus considéré comme licite et soit ainsi condamné. C'est alors la faute du contractant qui est à l'origine de la perte du profit initialement voulu. Le comportement fautif du contractant est envisagé tant au stade de la formation (A) que de l'exécution du contrat (B).

A. Le profit illicite né d'un comportement fautif lors de la formation du contrat

19. Tout d'abord, au stade de l'expression du consentement, se pose la question de la licéité du profit réalisé par un contractant qui détient une information que l'autre ignore. A cet égard, le nouvel article 1112-1 du Code civil fait une très grande place au devoir d'information. Il 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.* »⁴¹. Il s'agit d'un devoir d'ordre public car les parties ne peuvent ni le limiter, ni l'exclure⁴². Reste que l'objet de ce devoir s'avère particulièrement obscure. En effet, cet article 1112-1 précise que l'information doit avoir une importance déterminante pour le consentement de l'autre. Mais qu'est-ce que cela signifie exactement ? Le législateur indique plus loin dans l'article que l'information doit avoir un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties⁴³. Cela ne répond finalement qu'à moitié à la question car, qu'est-ce qu'un lien direct et nécessaire ? La circonscription du domaine de l'information se fait plutôt de manière négative : ce devoir ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la

[...] 2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

³⁹ V. not. BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Réforme du droit des contrats - Le déséquilibre significatif dans le Code civil », art. préc.

⁴⁰ V. art. préc.

⁴¹ Un parallèle peut ici être fait entre cette règle de droit commun et ce que prévoit le droit de la consommation depuis la loi Hamon n°2014-344 du 17 mars 2014 : Lorsque le professionnel a omis d'informer le consommateur qu'il revient à ce dernier de supporter les frais de renvoi du bien en cas de rétractation, ces coûts sont mis à la charge du professionnel. Ce transfert de coûts est particulièrement adapté à l'obligation d'information dont il assure la sanction.

⁴² V. art. 1112-1, al. 5 C. civ.

⁴³ V. art. 1112-1, al. 3 C. civ.

prestation⁴⁴. En cela cette règle semble conforme à celle de l'article 1136 du Code civil qui dit que l'erreur sur la valeur de la prestation n'est pas une cause de nullité du contrat⁴⁵. Néanmoins, l'article 1139 du même code ajoute que l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable et est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation⁴⁶. Or, la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie est un dol⁴⁷. La réticence dolosive a en effet été consacrée comme type de dol à l'article 1137, al. 2 du Code civil. L'objet de l'information dissimulée est donc plus ou moins largement pris en compte et sanctionné selon que la partie qui la connaissait avait l'intention de la dissimuler ou non. Mais comment considérer qu'une partie, sachant la valeur de la prestation de son cocontractant bien supérieure à la sienne ne dissimulerait-elle pas intentionnellement une telle information ? Finalement, l'article 1137 du Code civil semble priver de toute application, en cas de dol, l'article 1112-1 relatif à l'obligation d'information. En vérité, tout se ramènera à une question de preuve : dès lors que la démonstration de l'intention du contractant de dissimuler l'information relative à la valeur de la prestation sera apportée, le contrat sera susceptible d'être annulé pour réticence dolosive⁴⁸. La partie fautive pourra, au surplus, être condamnée à payer des dommages-intérêts puisqu'il s'agit d'un délit civil. L'avantage obtenu par le contractant ayant intentionnellement tu la véritable valeur de la prestation est donc un profit illicite, conséquemment sanctionné.

20. Ensuite, il faut évoquer les nouveaux articles 1164⁴⁹ et 1165 du Code civil⁵⁰ relatifs à la fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et les contrats de prestation de service. Ces textes prévoient que, dans ces types de contrats, le prix peut être fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge d'en motiver le montant en cas de contestation. Et en cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages-intérêts, et d'une demande en résolution du contrat⁵¹. Le contrat-cadre est la convention qui prévoit la

⁴⁴ V. art. 1112-1, al. 2 C. civ. La loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance de 2016 prévoit dans son article 5 de compléter l'actuel article 1137 par un alinéa ainsi rédigé : « Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation. ».

⁴⁵ V. art. 1136 C. civ. : « 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. ».

⁴⁶ V. art. 1139 C. civ. : « 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. ». La loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance de 2016 ne prévoit pas de réécriture de cet article qui semble alors entrer en contradiction avec le nouvel alinéa de l'article 1137 C. civ.

⁴⁷ V. art. 1137 C. civ. (en sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi ratifiant l'ordonnance) : « Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges. 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. »

⁴⁸ V. DISSAUX (N.), JAMIN (Ch.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil, op. cit.*, commentaire sous article 1137 à 1139 C. civ.

⁴⁹ V. art. 1164 C. civ. : « Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation.

En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat. ».

⁵⁰ V. art. 1165 C. civ. (tel qu'issu de l'ordonnance de 2016) : « Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts. ».

⁵¹ Désormais cette double sanction est admise pour ces deux types de contrats : V. loi n° 2018-287 du 20 avril 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, art. 7.

conclusion de contrats ultérieurs⁵². La Haute Cour avait pu décider, dans un arrêt d'Assemblée plénière de 1995, que l'indétermination du prix des contrats d'application dans le contrat-cadre n'affecte pas sa validité⁵³. L'article 1164 consacre désormais cette solution. Quant à l'article 1165, il énonce également une règle qui avait été admise par les juges, mais au sujet du contrat d'entreprise et du mandat⁵⁴. Dans ce type de contrats les parties peuvent ne pas s'être mises d'accord sur le prix avant l'exécution car c'est souvent la qualité de la prestation qui permet de déterminer le prix. Dans ces deux cas, la possibilité donnée au créancier de fixer unilatéralement le prix comporte une limite bienvenue : l'abus est sanctionné. Cela montre bien que le créancier ne peut fixer n'importe quel prix. Un prix excessif par rapport au contenu des contrats d'application ou à la qualité de la prestation accomplie serait un profit illicite. Reste que l'abus, comme la bonne foi est une notion cadre, un concept mou, un standard juridique, dont l'appréciation sera nécessairement subjective. Comme l'a justement souligné le professeur GHESTIN « Il appartiendra aux juges du fond d'apprécier si le déséquilibre entre le prix demandé et l'exécution opérée justifie la résolution du contrat, ou s'il suffit de compenser, sous forme de dommages-intérêts, le préjudice résultant de l'application d'un tarif unilatéral ayant entraîné un profit illicite »⁵⁵. Et notamment, « le juge pourra se référer au prix du marché pour apprécier si le créancier n'a pas abusé de la faculté que lui donnait ainsi le contrat pour imposer un prix lui donnant un profit illicite »⁵⁶. Et la motivation de la décision prise par les juges du fond sera soumise au contrôle de la Cour de cassation.

21. La recherche du profit est encore encadrée par le droit commun des contrats au stade de l'exécution de l'acte. Le profit illicite peut naître d'un comportement fautif adopté par une partie lors de l'exécution du contrat.

B. Le profit illicite né d'un comportement fautif lors de l'exécution du contrat

22. L'Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats a inséré dans le Code civil un article 1195 qui introduit la révision pour imprévision en droit privé français⁵⁷. Cette disposition permet de lutter contre les déséquilibres contractuels majeurs qui surviennent en cours d'exécution, conformément à l'objectif de justice contractuelle poursuivi par l'Ordonnance. La finalité de cet article est de permettre qu'en cas de changement

⁵² V. art. 1111 C. civ. : « Le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution. ».

⁵³ V. Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995, Bull. civ., n°7 (deux arrêts) ; adde GHESTIN (J.), « Les arrêts Alcatel sonnent-ils le glas de la nullité pour indétermination du prix ? », JCP G. n° 5, 1^{er} févr. 1995, II 22371.

⁵⁴ V. not. Cass. civ. I, 20 févr. 1996, Bull. Civ. I, n°91 ; Cass. Civ. III, 18 janv. 1977, Bull. civ. III, n°25 ; Cass. civ. I, 28 nov. 2000, Bull. Civ. I, n°305.

⁵⁵ V. GHESTIN (J.), « Les arrêts Alcatel sonnent-ils le glas de la nullité pour indétermination du prix ? », art. préc.

⁵⁶ V. GHESTIN (J.), « Prix déterminable dans un contrat de franchise se référant à un tarif », D. 1995 p. 582.

⁵⁷ V. art. 1195 C. civ. : « 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. »

Ce texte avait fait l'objet d'un rejet par les sénateurs lors de l'examen du projet de loi de ratification de l'ordonnance de 2016. Finalement, le juge conserve, comme le voulait l'Assemblée, le pouvoir de réviser le contrat, en plus de pouvoir y mettre fin, lorsque l'exécution devient excessivement onéreuse.

imprévisible de circonstances, l'adaptation du contrat puisse être envisagée. Ainsi, un contractant ne saurait s'enrichir aux dépens d'autrui en profitant d'une économie particulièrement ruineuse pour son partenaire. La révision est toutefois subordonnée à certaines conditions, dont les contours restent encore à clarifier⁵⁸ : Il faut un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat. Or, ces termes sont très généraux et neutres : un changement peut se faire dans la continuité, ce n'est pas forcément un bouleversement⁵⁹ ; quant aux circonstances, leur nature n'est pas spécifiée : elles peuvent être d'ordre juridique, social, économique, politique, environnemental...⁶⁰ ; également le caractère « imprévisible » pose question : doit-il être apprécié *in abstracto* ou *in concreto* ?⁶¹ De plus, le changement doit rendre l'exécution du contrat « excessivement onéreuse » pour une partie. Mais alors, faut-il tenir compte des facultés du débiteur pour apprécier l'excès ? Il faudrait préférer une analyse objective : c'est-à-dire apprécier l'existence d'une perte de marge très significative, en tenant compte du secteur économique considéré⁶². Mais, il est possible de se demander si cette donnée sera contrôlée par la Cour de cassation. Enfin, la partie ne doit pas avoir accepté de prendre en charge ce risque. L'aléa assumé chasse l'imprévision – comme la lésion. Lorsque ces conditions sont réunies, l'article 1195 rappelle que la partie pour laquelle l'exécution est devenue excessivement onéreuse a le droit de solliciter une renégociation du contrat auprès de son cocontractant. En cas de refus ou d'échec des négociations, les parties, si elles sont d'accord, 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. Ce n'est qu'à défaut d'accord, et dans un délai raisonnable, que 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. Le pouvoir de révision n'est assorti d'aucun garde-fou explicite⁶³. Tout semble donc possible. Cela pourra faire hésiter certains juges à s'engager dans cette voie et leur faire préférer la résolution du contrat⁶⁴. La révision pour imprévision apparaît donc comme étant un nouvel instrument offert au juge afin de contrôler le profit fait par une partie au détriment de l'autre dans le cadre de l'exécution du contrat, mais seul l'avenir dira si les magistrats s'empareront véritablement de cette prérogative dans les faits et dans quelle mesure.

23. Enfin, doit être souligné le fait que la mise en œuvre des sanctions en cas d'inexécution peut être l'occasion pour un contractant peu scrupuleux de chercher à faire du profit au détriment de l'autre. Deux tendances peuvent ici être remarquées.

24. Tout d'abord, l'aménagement contractuel d'une sanction peut trouver sa cause dans la volonté d'éviter que le débiteur fautif ne fasse un profit illicite. Par exemple, la question se pose de savoir si une clause pourrait écarter l'exception à l'exécution forcée prévue au nouvel article 1221 du Code civil, à savoir l'hypothèse où « *il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier* »⁶⁵. L'un des intérêts pratiques d'une telle clause serait de dissuader le débiteur calculateur de commettre une faute lucrative, laquelle consisterait à ne pas exécuter correctement son obligation tout en obtenant un profit qu'une condamnation au paiement de dommages et intérêts ne suffirait pas à

⁵⁸ V. not. STOFFEL-MUNCK (Ph.), « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », in « Réforme du droit des contrats : quelles innovations ? », RDC, 2016/ HS, actes du colloque du 16 févr. 2016, p. 30 et s.

⁵⁹ V. art. préc.

⁶⁰ V. art. préc.

⁶¹ V. art. préc.

⁶² V. art. préc.

⁶³ V. art. préc.

⁶⁴ V. art. préc.

⁶⁵ Il est précisé, à l'article 1221 du code civil, par la loi ratifiant la réforme du droit des contrats, que le débiteur doit être de bonne foi pour que l'exception de disproportion manifeste entre le coût pour le débiteur et l'intérêt pour le créancier puisse s'opposer à une demande d'exécution forcée en nature.

effacer⁶⁶. Si l'exception à l'exécution forcée prévue au nouvel article 1221 du Code civil était interprétée comme conférant au juge un pouvoir d'appréciation de l'opportunité de la sanction, elle ne serait pas d'ordre public. Les parties pourraient ainsi y déroger, en imposant au débiteur l'exécution forcée y compris si elle est particulièrement onéreuse pour lui. Cela aurait alors un effet dissuasif de la faute lucrative⁶⁷. Ici encore, il faudra donc être attentif à l'interprétation qui sera opérée par les juges de cet article.

25. Ensuite, et par ailleurs, la mise en œuvre d'une sanction peut parfois être condamnée par le juge en raison du profit illicite poursuivi par le créancier. Le législateur avait compris, dès avant la réforme, combien une clause pénale peut être un moyen pour un créancier de faire un profit au détriment du débiteur en cas d'inexécution. Aussi les anciens articles 1152 et 1231 du Code civil ont-ils été repris au nouvel article 1231-5 du Code civil qui reconnaît la possibilité pour le juge de modérer la pénalité manifestement excessive convenue par les parties dans une clause pénale⁶⁸. Au-delà de cette règle spéciale du contrôle de la clause pénale, il est également à souligner que les juges contrôlent, depuis plusieurs décennies maintenant, la mise en œuvre par le créancier de la clause résolutoire⁶⁹. En effet, les juges ont, depuis des décennies, reconnu que l'impératif de loyauté peut justifier que soit outrepassée l'interdiction faite aux juridictions d'apprécier le bien-fondé des motifs susceptibles d'être invoqués par le contractant qui rompt unilatéralement une relation contractuelle. Or, l'illégitimité de la mise en œuvre de la sanction ressortira souvent de la recherche d'un profit illicite ayant animé le congédiant⁷⁰.

26. En définitive, le constat est donc celui de l'existence d'une importante variété de mécanismes permettant de lutter, en droit des contrats, contre la tendance d'un contractant à faire du profit au préjudice d'autrui. Pour autant l'efficacité de ces mécanismes – en particulier celle des plus récents – reste encore largement subordonnée à la façon dont les tribunaux s'en empareront dans l'avenir.

⁶⁶ Cela permettrait donc de revenir à la jurisprudence antérieure à la réforme. V. par ex. Cass. civ. III, 11 mai 2005, Bull. civ. III, n° 103 : la Cour de cassation admettait le droit du créancier de demander la démolition puis la reconstruction d'une maison même si la non-conformité aux stipulations contractuelles ne rendait pas l'immeuble impropre à sa destination et ne portait pas sur les éléments déterminants du contrat.

⁶⁷ En ce sens, V. not. FORTI (V.), « Exécution forcée en nature », *Répertoire de droit civil*, oct. 2016, n° 34.

⁶⁸ V. art. 1231-5 C. civ. : « 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. »

⁶⁹ V. not. Cass. com., 7 janv. 1963, *Bailleux c. Jaretty*, Bull. civ. III n°16, p.14 : la mauvaise foi résulte de ce que, « par le fait du bailleur, les locataires n'avaient pas été mis en mesure d'accomplir pleinement leur obligation » ; Cass. civ. III, 16 oct. 1973, *Epx Rémond c. Epx Rouillard*, Bull. civ. III, n°529, p.386 ; 29 juin 1976, *Sté Sinvemi*, Bull. civ. III, n°465 ; 15 déc. 1976, *Jacquet c. Serre*, Bull. civ. III, n°465, p.354.

⁷⁰ V. par ex. Cass. com., 14 janv. 1997, n° 95-12769.



Institut
de Sciences
Criminelles
et de Justice

www.is-cj.ca