

CONTRAT

Le droit comparé

L'étude du droit comparé⁶⁴ – entre les États membres de l'Union européenne mais également en dehors de l'Union – montre que l'utilisation du terme « contrat », entendu comme « accord », est très fréquente et que des nuances, voire des différences, se font jour entre les différents systèmes⁶⁵. Suivant les pays, le contrat est considéré, tantôt, comme la rencontre de volontés en vue de produire des effets juridiques (I), tantôt, plus largement, comme une déclaration d'intention susceptible de produire des effets (II). Encore cette différence ne traduit-elle pas nécessairement une approche divergente de la notion même de contrat.

Les divergences sont largement accentuées, en revanche, lorsque se pose la question de savoir si des promesses peuvent engendrer des effets obligatoires sans qu'elles soient acceptées, c'est-à-dire sans rencontre de volontés (III) ou encore lorsque l'on examine la question particulière des quasi-contrats (IV).

I. LE CONTRAT COMME UN ACCORD DE VOLONTÉS EN VUE DE PRODUIRE DES EFFETS JURIDIQUES

Une partie importante des États considère qu'un contrat n'est formé que lorsqu'un accord, généralement matérialisé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation, est intervenu entre deux personnes. Toutefois, cette rencontre de volontés ne suffit pas à caractériser un contrat, encore faut-il que les « parties » aient entendu créer des effets obligatoires ou, pour utiliser une terminologie anglo-saxonne, aient entendu être liées juridiquement (A).

Toutefois, à l'image de ce qu'il a pu être observé au sein de l'acquis communautaire et international⁶⁶, la notion même d'« accord » est sujet à une acception particulière dans certains contextes, notamment dans celui du droit de la concurrence (B).

⁶⁴ Il nous faut, d'ores et déjà, préciser ici que l'acception étroite du « contrat » comme document contractuel (« *instrumentum* ») sera ici délaissée au profit d'une analyse plus large de la notion.

⁶⁵ Voir par exemple M. OUDIN qui propose une analyse qui dépasse le seul cadre du droit comparé : M. OUDIN, « Un droit européen... pour quel contrat ? », *RJDC* 2007, p. 475.

⁶⁶ V. *supra*.

A. Le contrat comme la rencontre de volontés en vue de créer des effets juridiques : variété des manifestations

Plusieurs pays ont adopté des définitions codifiées du contrat qui, toutes, mettent l'accent sur un aspect principal, celui de la rencontre des volontés des parties en vue de créer des effets juridiques. Les exemples suivants peuvent être relevés.

Les droits français, belge et luxembourgeois disposent dans l'article 1101 de leurs Codes civils respectifs que : « le contrat est une 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 ». Le contrat est compris comme un acte juridique qui nécessite l'accord de deux ou plusieurs volontés individuelles. La rencontre des volontés dans le contrat tend à faire naître délibérément une obligation. *Stricto sensu*, le contrat se distingue de la convention dont l'objet est de modifier ou d'éteindre une obligation ou de créer, transmettre ou éteindre un droit autre qu'un droit personnel.

En droit italien⁶⁷, l'article 1321 du Code civil prévoit que : « le contrat est l'accord de deux ou plusieurs parties pour constituer, régler, ou éteindre, entre elles un rapport juridique patrimonial »⁶⁸. L'article 1174 du même Code précise : « la prestation qui forme l'objet de l'obligation doit être susceptible d'une évaluation économique et doit correspondre à un intérêt, même non patrimonial, du débiteur »⁶⁹.

En droit néerlandais⁷⁰, l'article 6.213 NBW dispose que : « le contrat est un acte juridique multilatéral, par lequel une ou plusieurs parties s'obligent envers une ou plusieurs autres ».

Au Danemark, le contrat est défini comme une convention conclue entre deux ou plusieurs personnes et créatrice d'obligations (loi du 8 mai 1917).

L'article 1378 du Code civil québécois précise que : « le contrat est un accord de volonté par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation ».

⁶⁷ R. SACCO, « Interaction Between the Peel and Italian Law », in : *Principles of European Contract Law and Italian Law. A commentary*, L. ANTONIOLLI, A. VENEZIANO (eds.), Kluwer Law International 2005, p. 11.

⁶⁸ Art. 1321 : « *Nozione. Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale* ».

⁶⁹ Art. 1174 : « *Carattere patrimoniale della prestazione. La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore* ».

⁷⁰ *The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary*, D. BUSCH, E. HONDIUS, H. van KOOTEN, H. SCHELHAAS, W. SCHRAMA (eds.), Kluwer Law International 2002.

L'article 1^{er} du Code suisse des obligations prévoit que : « le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et de manière concordante, manifesté leur volonté ». Cette disposition ne donne pas de définition explicite du contrat mais elle implique que le contrat soit le produit de la rencontre des volontés des parties.

Il résulte de ces définitions qu'un contrat est un acte juridique réalisé par les déclarations de volonté concordantes et interdépendantes de deux ou plusieurs parties indépendantes. Ces déclarations sont faites en vue de produire un effet de droit au profit d'une partie et à la charge de l'autre partie, ou bien, au profit et à la charge des deux parties réciproquement.

Ces caractéristiques se retrouvent dans d'autres textes comme le Projet de PAVIE, où le contrat est défini comme « l'accord de deux ou plusieurs parties destiné à créer, régler, modifier ou éteindre un rapport juridique qui peut comporter des obligations et d'autres effets même à la charge d'une seule partie »⁷¹.

Ces définitions excluent que certains types d'accords puissent être considérés comme des contrats, c'est-à-dire comme des accords de volontés en vue de produire des effets juridiques obligatoires. Ainsi certains accords de volontés ne sont-ils pas susceptibles de créer des rapports juridiques obligatoires : actes de courtoisie, relations d'aide bénévole (transport, travail, etc.). Pourtant, parfois, la jurisprudence de certains États, comme la France, les considère comme de véritables contrats pour des raisons pragmatiques tenant à l'indemnisation de la personne qui a rendu le service bénévole en cas de préjudice subi à l'occasion de ce service. La jurisprudence anglaise est également fluctuante. Elle se fonde néanmoins, de manière récurrente, sur l'existence d'une *intention d'être lié* pour reconnaître la qualification de contrat⁷² (voir par exemple *Balfour v. Balfour*⁷³).

La jurisprudence semble, en outre, développer un système de présomptions en vertu desquelles certains accords sont réputés ne pas être assortis d'une telle intention - il en va ainsi des accords conclus dans la sphère des rapports familiaux et para-familiaux ou des dettes d'honneur⁷⁴ - et certains autres pour lesquels l'intention de créer des liens juridiques obligatoires est présumée, comme en matière commerciale, par exemple⁷⁵.

⁷¹ Sur ce texte, v. toutefois les obs. ci-après.

⁷² L'intention d'être lié n'est, néanmoins, pas le seul critère. Il faut que les parties soient parvenues à un accord, qui se matérialise par la rencontre d'une offre et d'une acceptation.

⁷³ *Balfour v. Balfour* [1919] 2 KB 571.

⁷⁴ Pour les lettres de confort, v. également *Kleinwort Benson Ltd. v. Malaysia Mining Cpn. Bhd.* [1988] 1 W.L.R. 799; [1989] 1 W.L.R. 379.

⁷⁵ *Rose and Frank v. Crompton Bros* [1925] AC 445.

La distinction se ferait alors selon la qualité des parties et non pas selon les termes de l'accord.

S'il semble donc se dégager une acception généralement admise de la notion de contrat entendue comme un accord de volontés entraînant des effets juridiques obligatoires, il demeure que la notion d'accord, *stricto sensu*, revêt un sens particulier, notamment dans le contexte du droit de la concurrence.

B. Spécificité du droit de la concurrence⁷⁶

Dans le contexte du droit de la concurrence, nous avons déjà vu que c'était le terme « accord » qui était clairement utilisé et ce suite au constat de la rencontre entre deux volontés, se matérialisant par une « invitation » et une « acceptation », que celle-ci soit implicite ou explicite. En effet, il est peu important dans cette matière que cet « accord » produise des effets de droit.

Compte tenu de la récente entrée en vigueur du règlement 1/2003⁷⁷ tendant à homogénéiser les procédures concurrentielles dans les divers droits nationaux, ainsi que de la primauté et de l'applicabilité directe de la jurisprudence de la C.J.C.E., les propos développés dans la partie « acquis communautaire et international » sont tout aussi pertinents dans ces développements. Aussi y renvoyons-nous.

Toutefois, il apparaît opportun de préciser, ici, que le mouvement qui tend à voir se rapprocher le droit des contrats et celui de la concurrence, notamment au travers de la notion d'« accord », avait été initié en France et ce dans le cadre de différentes solutions.

En effet, la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans deux arrêts⁷⁸, semble être revenue à une approche plus classique de la notion d'« accord », approche qui fut suivie par le Conseil de la concurrence qui, pour distinguer entre concertation et comportement unilatéral, relève qu'« il est de jurisprudence constante que le seul fait d'adhérer à un contrat de franchise, de distribution exclusive ou sélective ou, plus simplement, par des actes d'achat conformes à des conditions générales de vente, des distributeurs sont réputés avoir donné leur accord aux clauses

⁷⁶ V. de manière générale, M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence, op. cit.*, n°157; M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction entre la volonté et le consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995. 573; *adde.* E. CLAUDEL, « Le consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice ? », *RTD com.* 1999. 291; M. MALAURIE-VIGNAL, « Droit de la concurrence et droit des contrats », *D.* 1995, chron., p.51.

⁷⁷ Règlement (CE) n°1/2003 du Conseil du 16 déc. 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux art. 81 et 82 du Traité, *JOCE L* 1, du 4 janv. 2003, p. 1.

⁷⁸ Cass. com., 7 avr. 1998, *Bull. civ.* IV, n°127, p. 102; Cass. com., 12 janv. 1999, *inédit* *littré*.

éventuellement anticoncurrentielles que ces actes peuvent contenir. Mais le Conseil prend soin de ne pas déduire des relations contractuelles nouées entre un fournisseur et un distributeur que ce dernier adhérerait automatiquement à des pratiques anticoncurrentielles extérieures au contrat »⁷⁹.

Le droit national, tout comme le droit communautaire, semble revenir donc à une approche plus traditionnelle de la notion d'« accord », exigeant la preuve d'une « invitation » et d'une « acceptation ». Cette évolution participe, notamment, de la démonstration d'une certaine influence du droit commun sur le droit de la concurrence⁸⁰.

En Allemagne, en revanche, on assiste à un développement inverse. Jusqu'en 1999, le §1 du GWB (loi contre les restrictions de concurrence) rendait nul tout « contrat » (« *Vertrag* ») conclu par des entreprises à un but commun etc. La jurisprudence ayant déjà rapproché son interprétation de cette notion de « contrat » à la notion d'« accord »⁸¹ (« *Vereinbarung* ») au sens de l'article 81 du traité, le législateur allemand a finalement réagi en la remplaçant par cette dernière, dans le souci explicite d'inclure, en conformité avec la jurisprudence antérieure, les conventions pour lesquelles les parties ne voulaient précisément pas créer d'effets juridiques⁸².

Quoiqu'il en soit, dans d'autres pays, le contrat est davantage centré sur la déclaration d'intention et sur le comportement induit par la prise en compte d'une telle déclaration.

II. LE CONTRAT COMME UNE DÉCLARATION D'INTENTION SUSCEPTIBLE DE PRODUIRE DES EFFETS JURIDIQUES

L'élément fondamental du contrat est ici formulé différemment et il est, en apparence du moins, différent de celui qui vient d'être exposé. Si à la base du contrat, demeure la rencontre des volontés (« accord »), dans certains systèmes de droit, sa définition est plus large : le contrat réside dans l'intention de l'une des parties d'être liée et dans le comportement qui en découle de la part de l'autre partie.

⁷⁹ Rapport du Conseil pour l'année 1999, p. 46, cité par L. IDOT, *op.cit.*, p. 291.

⁸⁰ Sur cette question, v. notamment : M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Préf. J. Ghestin, Dalloz 2004 ; B. FAGES, J. MESTRE, « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », *RTD com.* 1998, 71 ; *adde.* les articles de la partie « Débats » de la *RDC* 2004, p. 861 et s., consacrés au « Droit de la concurrence et droit des contrats ».

⁸¹ BGH, 22 avr. 1980, *NJW* 1980, 2813.

⁸² V. D. ZIMMER, in : U. IMMENGA, E.-J. MESTMÄCKER, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 3^e éd., Beck 2001, § 1 n° 84.

L'importance de l'intention apparaît, par exemple, dans les droits suivants.

En droit anglais, le contrat est une promesse ou une série de promesses que la loi fera exécuter. Or, s'il est classique de voir à la base de la formation d'un contrat, en *common law*, la rencontre d'une offre et d'une acceptation, depuis le XIX^e siècle, la jurisprudence ajoute un critère supplémentaire : l'intention de créer des relations juridiques⁸³.

En droit allemand, le § 311 al. 1 du BGB dispose : « pour la création d'une obligation par un acte juridique, et pour toute modification du contenu de l'obligation, un contrat entre les parties est nécessaire, à moins qu'il en soit prévu différemment par la loi »⁸⁴. Le contrat est l'accord de deux ou plusieurs parties sur un objet d'intérêt juridique. Il n'y a pas de différence (comme elle peut résulter du droit français) entre contrat et convention. Certes, les conventions « de disposition » (ou « réelles ») ont des dénominations spécifiques dans le BGB (« *Abtretung* » pour la cession de créance, « *Einigung* » pour le transfert de propriété d'un bien meuble, et « *Auflassung* » pour le transfert de propriété d'un immeuble). Mais le régime général des « contrats » (« *Verträge* ») s'applique quant à leur conclusion et à leur validité, et ils sont donc considérés comme des contrats dans ce sens. Le contrat peut également viser à modifier ou à éteindre les obligations.

Il y a des contrats qui ne concernent pas des obligations mais la répartition des biens : la cause du contrat « réel » concernant le transfert de propriété est le contrat d'obligation qui en est la base (comme par exemple le contrat de vente). Les actes de complaisance peuvent être des « contrats », tout comme en droit français : la jurisprudence allemande estime que le critère doit être trouvé dans l'analyse de la volonté des parties, qui est souvent déterminée selon des présomptions de fait qui suivent des indices objectifs tels que les valeurs en cause et l'importance de l'affaire.

Le Code civil russe distingue les contrats et les actes unilatéraux. L'acte unilatéral est défini comme celui pour lequel l'expression de la volonté d'une seule des parties est nécessaire et suffisante (art. 154). Ils sont soumis aux mêmes règles que les contrats dans la mesure où ces règles ne contredisent ni la loi, ni le caractère, ni la nature de l'acte juridique (art. 156).

⁸³ « Although a separate requirement of intention to create legal relations did not exist until the nineteenth century, it is now established that an agreement will not constitute a binding contract unless it is one which can reasonably be regarded as having been made in contemplation of legal consequences ». J. BEATSON, *Anson's Law of Contract*, 28^e édition, OUP 2002, p. 69.

⁸⁴ « For the creation of an obligation by a juristic act, and for any alteration of the substance of an obligation, a contract between the parties is necessary, unless otherwise provided by law ».

En droit américain, le Restatement of Contracts 2nd définit le contrat comme : « a contract is a promise or a set of promise for breach of which the law gives a remedy, or performance of which the law in some way recognises as a duty »⁸⁵. Dans le Uniform Commercial Code, la section 1-201, énonce que : « the total obligation in law which results from the parties' agreement...; agreement means the bargain in fact as found in the language of the parties or in course of dealing or usage of trade or course of performance or by implication from other circumstances »⁸⁶.

Dans ces systèmes, en dépit d'une formulation différente, il semble que le contrat se caractérise par la rencontre de volontés en vue de créer des effets juridiques obligatoires, et ce que l'accent soit mis sur l'accord de volontés ou sur l'intention des parties. En revanche, les approches sont diversifiées en ce qui concerne la valeur des promesses qui ne seraient pas acceptées.

III. LE CONTRAT COMME UNE PROMESSE OBLIGATOIRE SANS ACCEPTATION

Il semble, finalement, classique de considérer que créances et dettes ne peuvent naître que de la conclusion d'un contrat. *A contrario*, on considère qu'il n'est pas possible de se rendre volontairement créancier ou surtout débiteur d'une personne. Toutefois, par exception, certaines dispositions nationales ou anationales prévoient que des « promesses » peuvent engendrer des obligations pour la partie qui les formule sans pour autant avoir été acceptées.

Le Projet de PAVIE, comme les PDEC, semblent considérer que les promesses peuvent engendrer des obligations pour la partie qui les formule sans pour autant avoir été acceptées⁸⁷.

Les PDEC n'utilisent pas, à proprement parler, le terme d'« engagement » en tant que source de l'obligation. C'est le terme de « promesse » qui est utilisé mais davantage au sens d'un « engagement unilatéral de volonté » et non au sens d'un « contrat unilatéral ». Si le juriste francophone, ne se laissera pas tromper par les deux figures, il semble, néanmoins, que l'on puisse, d'un point de vue terminologique et conceptuel,

⁸⁵ « Un contrat est une promesse ou un ensemble de promesses pour lesquelles la loi prévoit un recours en cas de violation, ou dont la loi reconnaît en quelque façon l'exécution comme un devoir ».

⁸⁶ « L'obligation totale, en droit, qui résulte de l'accord des parties...; par accord on entend le marché réel tel qu'il ressort des termes employés par les parties, du déroulement de l'affaire, des usages du commerce, de l'exécution du contrat ou de l'analyse d'autres circonstances ».

⁸⁷ V. art. 2:101 des PDEC commentaire I; article 2:107, in : *Principes du droit européen du contrat*, SLC 2003, p. 97 et 108.

s'interroger sur l'articulation entre « engagement », « promesse » et *a fortiori* « contrat unilatéral ».

À l'inverse, le Projet de PAVIE suscite davantage de réserve. En effet, la rédaction des articles 20⁸⁸ et 23⁸⁹ laisse penser que l'« engagement unilatéral », bien que non expressément mentionné est une source d'obligations à part entière⁹⁰.

Les droits nationaux sont partagés quant à la qualification de « contrat » de ces promesses. Certains y voient un engagement unilatéral, d'autres un quasi-contrat, d'autres encore, un contrat. En fait, la terminologie évolue à la lumière des conceptions de chaque pays, ce qui témoigne de la délicate articulation entre les termes de « contrat » et d'« engagement » (A) et ce indépendamment du fait que le terme « engagement » revête un sens spécifique dans le droit de la concurrence (B).

A. La délicate articulation entre « engagement » et « contrat » en tant que source d'obligations

Il convient d'appréhender distinctement les droits qui reconnaissent les engagements unilatéraux comme source d'obligation (2) et ceux qui les excluent (1).

1. La délicate articulation entre « engagement », « contrat » et « promesse » dans les droits français et anglais

En droit français⁹¹, nous avons d'ores et déjà mis en perspective que d'un point de vue terminologique, le terme « engagement » renvoie tant à la

⁸⁸ « Les déclarations et les actes unilatéraux réceptives produisent les effets qui peuvent en dériver en vertu de la loi, de la coutume et de la bonne foi, à partir du moment où ils parviennent à la connaissance de la personne à laquelle ils sont destinés et, même si leur émetteur les déclare irrévocables, ils peuvent être retirés jusqu'à ce moment ».

⁸⁹ « La promesse adressée au public, prévue à l'art.13 al. 2, lie celui qui la fait dès qu'elle est rendue publique et s'éteint à l'expiration du délai qui y est indiqué ou que l'on peut déduire de sa nature ou de son but, ou à compter d'un an après son émission si la situation qu'elle prévoit n'est pas survenue ».

⁹⁰ Dans ce sens, v. C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé. Recherches sur les sources de l'obligation*, Prét. Y. Lequette, Defrénois 2007, n°932.

⁹¹ Ph. JESTAZ, « L'engagement par volonté unilatérale », in : *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Actes des journées d'étude organisées les 11 et 12 déc. 1992 par la Faculté de droit Paris Saint-Maur et la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruylant - Dalloz 1992, p. 17; A. SERIAUX, « L'engagement unilatéral en droit positif français », in : *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (sous la direction de), Economica 1999, p.7; J.-L. AUBERT, *Enc. Dalloz, Rep. civ.*, V° « Engagement par volonté unilatérale »; J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Le régime*

source d'obligations qu'aux obligations elles-mêmes. Aussi nous intéresserons nous seulement ici au terme « engagement » entendu comme source d'obligations⁹².

Un nombre limité d'actes juridiques unilatéraux est réglementé par la loi (le testament, le congé donné par le locataire ou le bailleur...). La jurisprudence reste, par ailleurs, partagée sur la possibilité de reconnaître qu'une personne puisse, par sa seule volonté, se rendre débitrice d'une autre. Elle a ainsi hésité sur la qualification à adopter de l'annonce de récompense, la traitant parfois comme un engagement unilatéral⁹³, parfois comme un contrat⁹⁴. La jurisprudence est également fluctuante sur la qualification de l'offre de contracter et plus particulièrement sur le sort de l'offre assortie d'un délai en cas de décès ou d'incapacité du pollicitant : certaines décisions estiment que l'offre, engagement unilatéral de volonté, survit aux événements qui affectent le pollicitant⁹⁵ tandis que d'autres considèrent que l'offre devrait être frappée de caducité⁹⁶. De la même manière, la promesse d'exécuter une obligation naturelle est considérée comme une obligation civile : aucune manifestation de la part de la personne bénéficiaire n'est nécessaire⁹⁷. En somme, le droit français apparaît traditionnellement fébrile à reconnaître expressément l'engagement unilatéral de volonté en tant que source autonome d'obligations⁹⁸.

Le droit anglais ne connaît pas à proprement parler la notion d'« engagement », au sens d'engagement unilatéral de volonté. Toutefois, elle connaît la théorie des « *unilateral promise* ». Par principe, il ne peut pas y avoir de « *unilateral promise* » en l'absence de « *consideration* ». Toutefois la jurisprudence a assoupli cette vision de la « *consideration* ». Dans l'affaire *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Company*,⁹⁹ une promesse *lato sensu* de récompense donne lieu à un contrat « *unilateral* » au sens anglais

des créances et des dettes. *Traité de droit civil*, LGDJ 2005, n°103 ; *adde.* C. GRIMALDI, *op. cit.*, n°600 et s.

⁹² Sur le rapport entre « engagement » et « obligation », v. le rapport sur les termes « obligation - devoir ».

⁹³ Il semble, d'ailleurs, que la notion d'engagement ait suscité l'intérêt récent de la doctrine. V. notamment, C. GRIMALDI, *ibid.* ; J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ 2006, n°1 et s.; *adde.* du même auteur, « Validité - Cause (Art. 1124 à 1126-1) », in : *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Pierre CATALA (sous la direction de), La documentation française 2006, p. 37.

⁹⁴ Cass. civ. 1^{ère} 28 mars 1995. *Bull. civ. I*, n° 190 ; Cass. civ. 1^{ère} 11 févr. 1998, *D.* 1999, SC 109.

⁹⁵ Cass. civ. 3^{ème} 27 nov. 1990, *Bull. civ. III*, n° 255.

⁹⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 10 mai 1989, *Bull. civ. III*, n°109, p. 60 ; Cass. soc., 14 avr. 1961.

⁹⁷ Civ. 1^{ère} 10 oct. 1996, *D.* 1997, p. 158.

⁹⁸ Une étude récente a, néanmoins, démontré l'importance et l'utilité de la reconnaissance générale de la notion d'engagement en tant que source des obligations. V. de manière générale, C. GRIMALDI, *op. cit.*

⁹⁹ [1893] I *Q.B.* 256.

lorsqu'elle est acceptée par l'exécution de ce qui a été demandé (en l'espèce, utiliser la « *smoke ball* » pendant une certaine période). Cette solution ne s'applique pas si le « destinataire » ignorait la promesse : il ne pouvait pas agir en contemplation de cette promesse, il n'y a pas d'acceptation. Cette approche n'est pas si éloignée de celle de l'engagement unilatéral, pour lequel l'acceptation par le créancier n'est pas nécessaire à la création d'un droit, même si celle-ci se manifeste au travers de la mise en œuvre dudit « engagement ».

Dès lors, si l'on comprend les difficultés qui ont trait à l'articulation entre « contrat » et « engagement », l'on peut s'interroger sur l'articulation de ces deux notions avec celle de « promesse », traditionnellement entendue dans les pays de *civil law*, comme un « contrat unilatéral »¹⁰⁰. La réception de la théorie des engagements unilatéraux : les exemples belge, allemand et italien

2. La réception de la théorie des engagements unilatéraux : les exemples belge, allemand et italien

En droit belge¹⁰¹, la notion d'engagement unilatéral de volonté a été progressivement admise pour être finalement reconnue de manière générale par la jurisprudence¹⁰². En effet, par deux arrêts du 9 mai 1980¹⁰³, la Cour de cassation belge décide que : « la force obligatoire d'une offre trouve son fondement dans un engagement par volonté unilatérale ». Aussi, parmi les sources de l'obligation, figure, en Belgique, l'engagement unilatéral de volonté. Encore faut-il concéder que cette source d'obligation a un caractère subsidiaire « en ce sens qu'il n'y a lieu d'y recourir que si les autres sources d'obligation ne peuvent, sans artifice, justifier le caractère obligatoire de l'engagement vanté »¹⁰⁴.

En droit allemand, l'article 311, alinéa 1 du BGB précise que le contrat est le principe pour former un rapport d'obligation, sauf si la loi en dispose autrement. Toutefois, appliquant la théorie de l'engagement unilatéral de volonté, l'article 657 du BGB prévoit que dans l'hypothèse où un individu

¹⁰⁰ La figure du « contrat unilatéral » a d'ailleurs, récemment, été considérée comme « inutile » par un auteur qui n'y voit, à l'exception des contrats réels, qu'un engagement unilatéral de volonté. V. C. GRIMALDI, *op. cit.*, n°835-1. Ce serait donc davantage sur l'articulation entre la notion de promesse, d'engagement et de contrat unilatéral que les réflexions devraient porter.

¹⁰¹ L. SIMONT, « L'engagement unilatéral », in : *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Actes des journées d'étude organisées les 11 et 12 déc. 1992 par la Faculté de droit Paris Saint-Maur et la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruylant - Dalloz 1992, p. 17 ; *adde.* C. GRIMALDI, *op. cit.*, n°839.

¹⁰² L. SIMONT, *ibid.*

¹⁰³ *RCJB* 1986, p. 135, n°153 ; cité par C. GRIMALDI, *op. cit.*, n°842.

¹⁰⁴ L. SIMONT, *op. cit.*, p. 45.

fait savoir par annonce publique qu'il récompenserait l'accomplissement d'un fait, il est tenu de le faire alors même que celui qui a réalisé ce dernier ne l'a pas fait en considération de la promesse.

En droit italien, l'article 1324 du Code civil¹⁰⁵ prévoit que les règles applicables aux contrats sont applicables aux engagements unilatéraux.

L'engagement en tant que source des obligations apparaît dès lors controversé, alors que le contrat unilatéral semble être admis sans trop de difficulté. Le terme « engagement » devrait donc *a priori*, ne poser que peu de difficultés lorsqu'il est entendu comme source de l'obligation. Toutefois, à l'image des PDEC, on lui préfère la notion de promesse. Or, il apparaît que c'est davantage cette notion de promesse qu'il conviendrait de circonscrire afin d'éviter toute difficulté de qualification entre l'engagement unilatéral et le contrat unilatéral.

Le terme « engagement » connaît enfin une acception spécifique en droit de la concurrence qu'il convient de préciser.

B. La spécificité du terme « engagement » en droit de la concurrence

Tout comme la notion d'accord précédemment étudiée, la notion d'engagement en droit français de la concurrence renvoie aux mêmes considérations.

Néanmoins, il est intéressant de noter que l'usage nouveau de tels procédés est directement inspiré de la procédure américaine des « *consent decrees* »¹⁰⁶, expression qui semble traduire la double caractéristique de ce type de mesure : la manifestation d'une volonté dont l'effet obligatoire est conféré par un acte judiciaire.

La traduction anglaise de cette forme d'engagement n'est pas la même qu'aux États-Unis puisque le terme employé est celui de « *commitment* »¹⁰⁷.

Cette différence terminologique anglaise ne doit, néanmoins, pas occulter le fait que le terme « engagement » implique quasi-substantiellement l'idée d'unilatéralisme et de personnalité. Une personne, qu'elle s'engage moralement ou juridiquement, manifeste sa

¹⁰⁵ « Art. 1324 (Norme applicabili agli atti unilaterali) : Salvo diverse disposizioni di legge le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale ».

¹⁰⁶ R.A. EPSTEIN, *Antitrust Consent Decrees in Theory and Practice*, AEI Press 2007 ; M. MALAURIE-VIGNAL, « Engagements, droit de la concurrence et droit des contrats », *Contrats, conc. consom.*, 2007, Repère 2.

¹⁰⁷ En marge de la traduction officielle du texte en langue anglaise, v. R. WHISH, *op. cit.*, p. 256. On peut, d'ailleurs, s'interroger sur l'articulation, en anglais, des notions telles que « *commitment* », « *undertaking* » et « *promise* ».

volonté de s'impliquer, son attachement, plus ou moins important, à l'accomplissement de quelque chose.

IV. LE CONTRAT COMME UNE RELATION SPÉCIFIQUE ENTRE DEUX PERSONNES

En droit français, il semble que, de manière générale, on utilise indifféremment les expressions de « contrat » et de « relation contractuelle ». Toutefois, une analyse plus approfondie tend à mettre en perspective l'utilisation spécifique du terme « relation » quand le contrat *stricto sensu* dépasse le cadre objectif de l'exécution des prestations promises, et vise un faisceau d'éléments diffus témoignant du caractère subjectivisé du contrat : la confiance, l'attente, la dépendance... Le contrat perd de son côté froid et automatique, schématiquement matérialisé par le paiement du prix contre l'exécution de la prestation promise, pour prendre en considération la situation ou plus précisément la réalité sociale créée par le contrat.

Il est, d'ailleurs, très intéressant de noter que ce glissement de l'objectif vers le subjectif que l'on peut noter en droit français et en droit allemand, dans le passage du « contrat » à la « relation contractuelle » (A) trouve son pendant dans la théorie américaine des « contrats relationnels » (B).

A. Du contrat à la « relation » contractuelle

Si le terme « relation » n'est jamais employé comme synonyme du mot « contrat », les deux termes sont parfois joints l'un à l'autre pour décrire une variété de rapport contractuel ou un type de contrat particulier. En témoigne l'utilisation, en droit français, de l'expression de « *relation commerciale établie* »¹⁰⁸ ou encore de « *relation contractuelle de travail* »¹⁰⁹.

Issu de la loi Galland du 1er juillet 1996¹¹⁰, le nouvel article L. 442-6-I-5° du Code de commerce, tel que modifié par la loi NRE du 15 mai 2001¹¹¹, édicte une véritable obligation de loyauté dans la rupture de « relations commerciales établies »¹¹² avec un partenaire économique¹¹³.

¹⁰⁸ Article L. 442-6-I-5° du Code de commerce.

¹⁰⁹ Article L. 122-3-4 et L. 122-3-10 du Code de commerce.

¹¹⁰ Loi n°96-588 du 1^{er} juill. 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, JO 3 juill. 1996, p. 9983, RTD civ. 1996. 1009, obs. Ch. JAMIN.

¹¹¹ Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relatives aux nouvelles régulations économiques, JO 16 mai 2001, p. 7176, RTD civ. 2001. 671, obs. J. ROCHFELD.

¹¹² La « *relation commerciale établie* » s'entend de tous les types de relations commerciales entretenues entre deux professionnels à l'exclusion des relations avec les consommateurs. Ce texte

D'un point de vue terminologique, l'expression ne manque pas d'interpeller. En dépit de la circonscription du domaine aux relations « commerciales », et de l'aspect peut-être superfétatoire de l'adjectif « établies », c'est le terme « relation » qui interpelle. Or, il apparaît que la « relation » tend à mettre en perspective l'aspect personnel des rapports entre les parties au contrat ; à dépasser la seule appréciation de l'exécution des obligations réciproques des parties.

Si les arrêts rendus en application de l'article L. 442-6-I-5^o du Code de commerce ne permettent ni de dégager, à proprement parler, une définition de la « relation commerciale établie » ni de déterminer les critères de qualification de celle-ci, ils autorisent néanmoins à arrêter certains éléments participant de sa caractérisation. Dans cette perspective, Mme ROCHFELD, a dégagé, de manière pertinente, deux critères : la durée et l'intensité (collaboration et/ou investissement) de la relation¹¹⁴.

Par ailleurs, on relèvera que l'expression de « relation commerciale établie » intervient, en droit français, dans le contexte de la rupture du contrat. Ainsi, l'agent économique qui rompt brutalement une relation commerciale établie (cessation ou diminution substantielle des commandes ou des livraisons), c'est-à-dire sans respecter un délai de préavis tenant compte de la durée de la relation commerciale ou respectant la durée minimale fixée par la loi, les usages commerciaux ou encore par des accords interprofessionnels, engage sa responsabilité délictuelle¹¹⁵ et doit réparer le préjudice subi par son partenaire. Toutefois, le droit commun, sans reconnaître explicitement, la notion de relation, sanctionne la brutalité,

s'applique aussi bien à l'achat et à la vente de produits qu'aux prestations de services. En d'autres termes, il peut s'agir de tout contrat à exécution successive ou échelonnée qui organise des échanges de biens ou des prestations de services entre deux partenaires commerciaux (contrat de distribution, de fourniture, d'entretien, etc). Il peut également s'agir d'une relation « inorganisée, un "courant d'affaires" fait d'une succession de contrats (Cass. com. 28 févr. 1995, *Bull. civ. IV*, n°63) », M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence, op. cit.*, n°473.

¹¹³ Sur l'ensemble de cette question v. notamment : M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence, op. cit.*, n°472 et s. ; *addé* J. BEAUCHARD, « Stabilisation des relations commerciales : la rupture des relations commerciales continues », *LPA*, 5 janv. 1993, n°2, p. 14 ; Ch. LACHIEZE, « Quelques précisions sur la notion de rupture brutale d'une relation commerciale établie », *JCP E* 2004, p. 1477 ; *addé* du même auteur, « La rupture des relations commerciales à la croisée du droit commun et du droit de la concurrence », *JCP E* 2004, p. 1815 ; D. MAINGUY, « Les mystères de la rupture brutale de relations commerciales établies », *JCP E* 2003, p. 1792.

¹¹⁴ J. ROCHFELD, « Au croisement du droit de la concurrence et du droit civil : l'avènement de la relation contractuelle ? », *RDC* 2006, p. 1033. Dans son article, l'auteur prend l'exemple d'un arrêt récent, certes non publié, mais qui illustre cette tendance à la prise en compte de ces deux critères (Cass. com., 25 avril 2006, n°02-19577). *Addé* A. de BROSESSE, « La rupture fautive des relations commerciales continues », *Droit et patrimoine*, juin 2003, p. 50 ; A. GRIZAUD, « Rupture brutale des relations commerciales, réflexions sur les premiers cas d'application de l'article L. 442-6 », *Droit et patrimoine*, juin 2003, p. 71 ; B. MAGERAND, *Les relations d'affaires en droit des obligations*, préf. E. Loquin, PUAM 2003.

¹¹⁵ Cass. com. 6 févr. 2007, n°04-13178, à paraître.

l'abus et parfois la légitimité de la cessation des relations contractuelles. Le droit de mettre fin à une relation contractuelle reste le principe, toutefois, nul ne doit en abuser.

C'est dans cet esprit qu'il paraît opportun de conceptualiser, *lato sensu*, la notion de relation, et ce afin de fédérer ses implications : « l'admission de l'"incomplétude" de ce type de contrats et, partant, de leur nécessaire flexibilité (...) ; le déplacement des appréciations, de l'échange économique et de son exécution en termes d'obligations précises et définies, vers des jugements des comportements des parties et de leurs "devoirs" »¹¹⁶. Une telle approche paraît, en outre, être compatible avec le droit allemand.

En effet, deux institutions proches doivent ici être évoquées. Tout d'abord, la notion générale de « *Schuldverhältnis* » (rapport ou relation d'obligation), définie dans le § 241 du BGB, qui existe « autour » de toute obligation (d'origine légale ou contractuelle), et qui l'enrichit de devoirs accessoires d'information, de diligence et de respect des biens, des droits et des intérêts de l'autre partie (§ 241, al. 2 du BGB), de manière à fonder une responsabilité accrue par rapport au régime général de la responsabilité délictuelle. Ensuite, et parallèlement au concept de la « relation commerciale établie », la jurisprudence allemande reconnaît depuis le début du XX^e siècle le concept de la « *ständige Geschäftsbeziehung* » (relation commerciale permanente) qui crée également des devoirs d'information, de respect et de diligence à l'égard de l'autre partie, qui sont encore plus importantes que ceux qui existent dans le simple « rapport d'obligation »¹¹⁷. Finalement, en droit des sociétés comme en droit du travail, le lien spécifique entre les associés ou entre employeur et employé va encore plus loin quant à l'intensité des devoirs accessoires, de sorte que la jurisprudence parle souvent de « *Treueverhältnis* » (rapport ou relation de fidélité) ou de « *Treuepflichten* » (obligations de fidélité).

Ce déplacement du contrat à la relation est, depuis plus de trente ans, mis en exergue aux États-Unis par le Professeur Ian R. MACNEIL essentiellement autour de la théorie dite du contrat relationnel dont il est l'auteur.

¹¹⁶ J. ROCHFELD, « Au croisement du droit de la concurrence et du droit civil : l'avènement de la relation contractuelle ? », *op. cit.*, spéc. p. 1038 ; *addé* du même auteur, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47, spéc. n°23 et s., p. 60 et s.

¹¹⁷ V. par ex., BGH, 13 mars 1996, *NJW* 1996, 1537.

B. Les contrats relationnels en droit américain

La paternité du contrat relationnel revient à Ian R. MACNEIL¹¹⁸. Au milieu des années 1970, le professeur de la *Northwestern University School of Law* distingua en effet deux types de contrat : les contrats « discrets » (*discrete contracts*) et les contrats « relationnels » (*relational contracts*).

La première catégorie rassemble tous les contrats qui réalisent un échange ponctuel et isolé. Dans ce type contractuel, l'identité et la qualité des parties importent peu : les contractants ne se connaissent pas nécessairement avant de conclure le contrat et, en le concluant, ils « ne nouent aucun lien psychologique »¹¹⁹. Dans ces contrats « discrets », « l'objet des obligations et leurs modalités sont prévus de façon précise, afin que le contrat soit exécuté conformément à ce qui avait été (entièrement) convenu au jour de sa conclusion »¹²⁰.

La seconde catégorie regroupe, quant à elle, l'ensemble des contrats qui s'inscrivent dans la durée. Les contrats relationnels se caractérisent par l'existence d'une relation forte entre les contractants qui sont amenés « à se connaître, à s'impliquer, à collaborer »¹²¹. Par ailleurs, ces contrats ayant vocation à durer, leur contenu n'est pas définitivement fixé au jour de sa formation. Au contraire, « il a vocation à être précisé ou modifié durant la phase d'exécution, au gré des événements »¹²².

La doctrine française demeura longtemps totalement indifférente à cette théorie. Ce n'est en effet qu'à la fin des années 1990 que certains auteurs commencèrent à présenter, promouvoir ou discuter la distinction des contrats « discrets » et des contrats « relationnels »¹²³.

¹¹⁸ V. parmi les différents écrits de l'auteur : « The many futures of contracts », *Southern California Law Review*, 1974, vol. 47, p. 691 et s.; « Relational contract: What we do and do not know », *Wisconsin Law Review*, 1985, p. 483 et s.; « Reflections on Relational Contract », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1985, p. 541 et s.; *The New Social Contract: An inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press 1980.

¹¹⁹ Y.-M. LAITHIER, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, Chron., p. 1003 et s., spéc. p. 1004, 2^{ème} col. in *limine*.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Ibid.*

¹²³ V. parmi d'autres, F. OST, « Temps et contrat, critique du pacte faustien », in : *La relativité du contrat*, TAHC 2001, p. 137 et s., spéc. p. 162 et s.; H. MUIR WATT, « Du contrat "relationnel". Réponse à François Ost », in : *La relativité du contrat*, TAHC 2001, p. 169 et s.; J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47 et s., spéc. n° 23 et s.; R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », in : *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à J.-L. Aubert*, Dalloz 2005, p. 211 et s.; spéc. n°22; M. FABRE-MAGAN, *Les obligations*, PUF 2004, n° 74, pp. 179-180; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois 2005, n° 428, p. 208; Ch. JAMIN, « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », *D.* 2005, Chron., p. 2342 et s., spéc. p. 2343; C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, Préf. M. Fabre-Magnan, PUAM 2005, qui oppose les contrats « relationnels » aux contrats « impersonnels » (n° 17,

Dans sa thèse de doctorat, Mme BOISMAIN a tenté de préciser les contours de la notion et de proposer un régime propre aux « contrats relationnels » (« régime encourageant la poursuite de la relation ») : intervention accrue du juge¹²⁴, nécessité d'un équilibre contractuel¹²⁵, encadrement de la liberté de rompre le contrat¹²⁶, modulation des dommages-intérêts dus par le débiteur¹²⁷, mais encore, et peut-être surtout, ajustement des contrats en cours d'exécution¹²⁸.

Le principal défaut du « contrat relationnel » est d'être difficilement saisissable. Plusieurs critères ont été proposés en doctrine¹²⁹ : la durée plus ou moins longue du contrat¹³⁰, le caractère plus ou moins complet des stipulations¹³¹, la plus ou moins grande difficulté à trouver un partenaire équivalent¹³², etc. La relative imprécision de ces critères n'a pas permis de dresser une liste précise des contrats relationnels¹³³.

Les auteurs citent péle-mêle : la société, l'association, les contrats de réalisation de grands chantiers, le contrat de livraison d'usines « clé en

pp. 27-28); Y.-M. LAITHIER, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », art. précité.

¹²⁴ C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, thèse précitée, n° 282 et s., p. 213 et s.

¹²⁵ C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, thèse précitée, n° 316 et s., p. 235 et s.

¹²⁶ C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, thèse précitée, n° 359 et s., p. 267 et s.

¹²⁷ C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, thèse précitée, n° 425 et s., p. 305 et s.

¹²⁸ C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, thèse précitée, n° 582 et s., p. 399 et s.

¹²⁹ E. MCKENDRICK résume les critères dégagés par Ian MACNEIL de la manière suivante : « Macneil has identified a number of ingredients of a discrete transaction which, he argues, are not present in the case of a relational contract. These are: (1) a clearly defined beginning, duration and termination; (2) clear and precise definition of the subject matter of the transaction, its quantity and the price; (3) the substance of the exchange is planned at the moment of formation of the contract; (4) the benefits and burdens of the contract are clearly assigned at the moment of formation; (5) there is little emphasis upon, interdependence, future co-operation and solidarity between the parties; (6) the personal relationship created by the contract is extremely limited; and (7) the contract is created by a single exercise of bilateral power » E. MCKENDRICK, « The Regulation of Long-term Contracts in English Law », in : *Good Faith and Fault in Contract Law*, J. BEATSON, D. FRIEDMANN (eds.), Oxford University Press 1995, reprinted 2002, p. 308.

¹³⁰ V. parmi les auteurs américains : R.E. SPEIDEL, « The Characteristics and Challenges of Relational Contracts », *Northwestern Law Review* 2000, vol. 94, p. 805 et s., spéc. p. 815 et s.; parmi les auteurs français : F. OST, « Temps et contrat, critique du pacte faustien », art. précité, p. 162 et s.; J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », art. précité, n° 28.

¹³¹ V. parmi les auteurs américains : C.J. GOETZ et R.E. SCOTT, « Principles of Relational Contracts », *Virginia Law Review* 1981, p. 1089 et s., spéc. p. 1091; parmi les auteurs français : J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », art. précité, n° 28; R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », art. précité, n° 25.

¹³² C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, thèse précitée, n° 209 et s., p. 165 et s.

¹³³ « ... it is impossible to locate, in the relational-contract literature, a definition that adequately distinguishes relational from nonrelational contracts in a legally operational way — that is, in a way that carves out a set of special well-specified contracts for treatment under special well-specified rules » M.A. EISENBERG, « Relational Contracts », in : *Good Faith and Fault in Contract Law*, J. BEATSON, D. FRIEDMANN (eds.), Oxford University Press 1995, reprinted 2002, p. 291.

main », le contrat de transfert de technologie, le contrat de travail, le contrat de distribution, contrat d'approvisionnement, contrat de fourniture ou encore, plus récemment, le pacte civil de solidarité.

Certains auteurs en viennent même à se demander si tous les « contrats » ne sont pas « relationnels » en ce sens qu'ils impliquent tous un minimum de collaboration entre les parties¹³⁴. Toutefois, s'il apparaît clairement que le concept de contrat relationnel n'est pas opératoire, il aura eu le mérite de mettre en perspective la notion de « relation » de laquelle M. LAITHIER propose une lecture dualiste : dans une première hypothèse, « la relation est un lien que les parties doivent respecter et préserver parce qu'il possède une valeur en lui-même. Or, ce lien qui oblige les parties correspond également à la définition de l'obligation. On pourrait alors soutenir que le contrat faisant naître des obligations, il fait naître une relation. Tout contrat serait alors par définition un contrat relationnel » ; à l'inverse, dans une seconde hypothèse, beaucoup plus élaborée, il faudrait distinguer entre l'obligation et la relation, celle-ci « désignerait le comportement, les rapports et les pratiques adoptés par les parties, tandis que l'obligation contractuelle resterait classiquement définie comme le lien de droit destiné à procurer une satisfaction au créancier (...). La définition que donne le Code civil du contrat serait ainsi complétée : il s'agirait d'une convention donnant naissance à des obligations et à une relation. Le contrat aurait deux composantes : un contenu obligationnel et un contenu relationnel. La répartition de ces deux "masses" serait variable en fonction de l'intensité plus ou moins grande de la relation »¹³⁵.

V. LE CONTRAT ET LE QUASI-CONTRAT

La plupart des droits connaissent une catégorie « à côté » du contrat : celle du quasi-contrat, qui regroupe des institutions différentes qui ont en commun d'emprunter certains traits de leur régime au contrat. Il paraît intéressant de confronter les approches nationales de cette catégorie pour évaluer si elle est suffisamment homogène et déterminer si le quasi-contrat est à englober dans le domaine des PDEC.

¹³⁴ G. ROUHETTE, « Compte-rendu de Ian R. MacNeil », *JDI* 1983, p. 960, spec. p. 963 ; H. MUIR WATT, « Du contrat "relationnel". Réponse à François Ost », art. précité, p. 173 et s.

¹³⁵ Y.-M. LAITHIER, *op. cit.* Toutefois, l'auteur relève plus loin que la distinction n'est finalement pas opératoire : « La raison tient tout simplement à l'existence d'un phénomène d'absorption des effets normatifs de la relation par l'obligation contractuelle. De sorte que tantôt la relation digne de considération crée une obligation nouvelle, tantôt la relation digne de considération modifie l'exécution d'une obligation existante ».

L'article 1371 du Code civil français dispose que « les quasi-contrats sont des faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties. ». La volonté des parties est, dans ce cas, et contrairement au contrat, un fait matériel qui produit des effets organisés par la loi, effets qui empruntent pour partie au régime contractuel (voir par exemple le régime de la gestion d'affaires qui emprunte certains traits au régime du mandat). La volonté des parties ne joue pas le même rôle que dans la formation du contrat car elle n'est pas tendue vers la naissance d'obligations : la loi reconnaît ces dernières car cela lui paraît juste et utile.

Toutefois, certains effets s'éloignent d'un modèle contractuel défini, ce qui permet de supposer que les effets des quasi-contrats sont spécifiques. Ainsi, en matière de gestion d'affaires, il est admis que le gérant peut accomplir des actes matériels, et non seulement juridiques comme le mandataire, pour lesquels il pourra obtenir un remboursement de la part du maître d'affaires. De la même manière, l'enrichissement sans cause peut être la conséquence, d'une part, de situations non contractuelles (par exemple l'action *de in rem verso* exercée par la personne dont la paternité est remise en question contre le véritable père pour les aliments qu'il a payés à l'enfant à sa place) et, d'autre part, de situations contractuelles très diverses qui supposeraient l'emprunt à divers régimes de contrats. De même, enfin, le régime du paiement de l'indu ne se laisse pas enfermer dans celui du contrat de prêt au simple motif qu'il consiste en la remise d'un bien ou d'une somme d'argent, contrepartie de la prestation caractéristique du contrat.

La jurisprudence a tendance à apprécier de manière souple les conditions nécessaires à l'existence de quasi-contrats (voir par exemple la jurisprudence qui a considéré que les situations d'assistance bénévole relevaient de la gestion d'affaires).

Elle utilise également la notion de quasi-contrat pour obliger l'organisateur d'une loterie à verser l'intégralité de la somme promise s'il n'a pas mis en évidence l'existence d'un aléa¹³⁶.

En Angleterre et aux États-Unis, le fondement volontariste de l'enrichissement sans cause a été abandonné. Longtemps considéré comme un accord implicite (« *implied contract* »), l'enrichissement sans cause est, en effet, désormais, fondé sur les concepts d'équité et de justice naturelle selon lesquels il faut remédier au déséquilibre injustifié des patrimoines.

¹³⁶ Ch. mixte, 6 sept. 2002, *Bull. civ. Mixte.*, n°4, p. 9 ; D. 2002.2963, note D. MAZEAUD, *Defrénois* 2002.1608, obs. E. SAVAUX ; *RTD civ.* 2003.94, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP G* 2002, II. 10173, note S. REIFERGESTE ; *Contrats, conc. consom.* 2002, comm. 151, obs. G. RAYMOND. Adde. B. FAGES, « Les loteries publicitaires devant la chambre mixte : et le numéro complémentaire est... le 1371 ! », *RLDA* 2002, n°54, chron. n°3427.

Le droit américain propose une définition générale de l'enrichissement sans cause : l'article 1 du *Restatement of Restitution 1936* dispose : « une personne qui tire un profit de la violation de l'intérêt d'un tiers ou de la perte qu'a subie un autre, lui doit restitution selon les modalités et le montant nécessaire pour empêcher un enrichissement injuste »¹³⁷. Le droit anglais n'adopte pas une approche globale : il offre plusieurs actions spécifiques à chaque type d'enrichissement injuste. Certaines de ces actions dépassent, toutefois, le cadre des quasi-contrats tel qu'il est défini en France. Ainsi, l'action « *for money had and received* » (littéralement, « l'action pour argent obtenu et reçu ») s'applique dans un hypothèse particulière : le débiteur peut proposer à son créancier de le payer au moyen de sommes détenues par son propre débiteur - si ce dernier ne paie pas, le créancier peut déclencher l'action « *for money had and received* » à l'encontre du débiteur qui devait le payer. Cette action suppose un accord explicite du débiteur initial et de son propre débiteur.

Ni le droit anglais ni le droit américain ne connaissent en revanche la gestion d'affaires. Aucune action n'est accordée, en principe, en remboursement des frais supportés par celui qui est volontairement intervenu dans les affaires d'autrui¹³⁸. En droit anglais, ce qui s'approche le plus de la gestion d'affaires française est l'action en « *quantum meruit* ». Cette action autorise notamment, à certaines conditions, l'indemnisation de celui qui est intervenu en faveur d'autrui. Elle s'apparente donc à la protection du gérant d'affaire, mais s'appuie sur un fondement lié à la « *restitution* ».

En outre, la jurisprudence a progressivement accepté d'ouvrir une action fondée sur l'enrichissement sans cause dans deux cas : celui dans lequel l'immixtion survient à l'occasion d'une relation contractuelle préexistante (c'est ce que l'on appelle l'« *agency of necessity* », formule difficilement traduisible ; littéralement, la « représentation par nécessité ») et celui dans lequel l'immixtion se déroule sans s'inscrire dans le cadre d'une relation contractuelle préexistante (ce que l'on appelle la « *necessitous intervention* », littéralement l'« intervention nécessaire ou de nécessité »).

En droit allemand, la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause sont visés dans le BGB par les §§ 677 et suivants pour la gestion d'affaires et les §§ 812 et suivants pour l'enrichissement sans cause. Sans jamais les qualifier de quasi-contrats, le droit allemand voit dans la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause des sources d'obligations autonomes, exclusives

¹³⁷ « a person who receives a benefit by reason of an infringement of another person's interest or of loss suffered by the other, owes restitution to him in the manner and amount necessary to prevent unjust enrichment ».

¹³⁸ Pour l'Angleterre, *Faicke v. Scottish Imperial Insurance Co.* [1886] 34 Ch. 234 et pour les États-Unis, art.2 du *Restatement of Restitution*.

d'un accord de volontés des parties. Les §§ 683 et 684 du BGB distinguent deux types de gestion d'affaires : la gestion justifiée ou légitime, d'une part et la gestion injustifiée ou illégitime, d'autre part. La gestion est légitime si elle correspond à la volonté réelle ou, à défaut, à la volonté présumée et à l'intérêt objectif du maître. À défaut de cet élément, les droits du gérant sont limités. C'est donc la volonté ou l'intérêt du maître et non le comportement du gérant qui permet d'évaluer l'étendue de la réparation.

Le § 812 du BGB dispose que « toute personne qui acquiert quelque chose sans cause juridique par la prestation d'un autre ou d'une autre manière aux dépens de celui-ci est obligée de le restituer ». La prestation consiste en l'acte accompli par l'appauvri sur le fondement d'une relation légale ou contractuelle qui l'unit à l'enrichi. L'action peut intervenir pour imposer à l'acheteur la restitution du bien et de la propriété dans l'hypothèse où le contrat de vente est annulé - en effet, en droit allemand, le transfert de propriété est distinct de l'accord des parties à la vente. En ce qui concerne l'enrichissement injuste né d'une autre manière, il vise le plus souvent l'hypothèse d'un acte accompli sur le patrimoine d'autrui par l'enrichi, l'appauvri ou un tiers.

Finalement, le droit allemand a consacré, en 2000, une obligation légale du professionnel ayant envoyé une promesse de gain à un consommateur, de lui verser ce gain (§ 661a du BGB). La qualification de cette obligation pose beaucoup de problèmes. Si la qualification de contrat est rejetée quasiment à l'unanimité des auteurs, la plupart d'entre eux la qualifient de « *rechtsgeschäftsähnlich* », ce qui pourrait se traduire par « quasi-contractuelle » (la traduction littérale serait « assimilée à un acte juridique »). En effet, certaines des dispositions du régime général des actes juridiques s'appliquent à la promesse, par exemple les régimes de la capacité juridique, de la représentation et des vices du consentement.¹³⁹

Pour ce qui est du droit international privé, la jurisprudence allemande s'est finalement, après avoir initialement insisté sur une qualification délictuelle¹⁴⁰, conformée à la jurisprudence de la C.J.C.E.¹⁴¹ qualifiant cette obligation de contractuelle au sens des articles 5 n° 1 et 13.1 n° 3 de la convention de Bruxelles.¹⁴² Mais cette qualification en droit international privé est restée sans aucune incidence sur la qualification en droit privé interne, conformément au principe de la relativité des notions juridiques et de l'interprétation autonome du droit international.

¹³⁹ V. H. H. SEILER, in : *Münchener Kommentar zum BGB*, 4^e éd., Beck 2005, § 661a n° 4.

¹⁴⁰ BGH, 28 nov. 2002, NJW 2003, 426.

¹⁴¹ C.J.C.E., 11 juillet 2002, C-96/00, *Rudolf Gabriel*, Rec. 2002, I-6367 ; 20 janv. 2005, C-27/02, *Peira Engler c/ Janus Versand GmbH*, Rec. 2005, I-481. V. notre propos *supra*.

¹⁴² BGH, 1^{er} déc. 2005, NJW 2006, 230.