

# Consentement et capacité L'influence discrète de l'utilitarisme

Jean-Jacques Lemouland

► **To cite this version:**

Jean-Jacques Lemouland. Consentement et capacité L'influence discrète de l'utilitarisme. Quel renouveau pour le droit des contrats? Une réforme entre tradition et modernité, PUPPA, 2016. hal-01948916

**HAL Id: hal-01948916**

**<https://hal-univ-pau.archives-ouvertes.fr/hal-01948916>**

Submitted on 9 Dec 2018

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# CONSENTEMENT ET CAPACITÉ

## L'INFLUENCE DISCRÈTE DE L'UTILITARISME

JEAN-JACQUES LEMOULAND

*Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour*

S'il est bien un point sur lequel la tradition semble avoir été soigneusement préservée, c'est en ce qui concerne les conditions subjectives de la formation des contrats, celles qui tiennent aux parties. Aucun changement fondamental en apparence. Aucun dépaysement. Les articles 1128 et suivants du code civil reprennent textuellement les deux conditions classiques que l'on disait « essentielles » et que l'on dit aujourd'hui « nécessaires à la validité du contrat » (au moins, c'est clair) : le consentement et la capacité « des parties » et non plus « de la partie qui s'oblige », pour bien marquer que ces conditions s'appliquent aussi au contrat unilatéral. Le changement est ailleurs, bien évidemment, dans les conditions objectives de formation du contrat qui signent la disparition de l'objet et de la cause au profit de l'exigence d'un « contenu licite et certain ».

On pourra donc passer vite dans le cadre de cette journée dont l'objectif affiché est davantage de dégager les nouveautés.

Il est vrai, il n'est pas non plus complètement indifférent que notre droit ait choisi de préserver cette conception traditionnelle du contrat, fondée sur la volonté, alors que d'autres eussent été certainement possible et ont été âprement défendues autrefois. Mais la discussion relève davantage de la théorie générale et elle n'a donc pas davantage sa place dans une journée dont l'objectif se veut également et avant tout pratique.

Le seul changement vraiment visible se trouve dans les articles 1153 et suivants qui insèrent dans le code civil un paragraphe tout entier consacré à la représentation, consacrant ainsi l'existence juridique et l'autonomie de cette notion par rapport au mandat.

On pourrait presque s'en tenir là et se borner à signaler accessoirement quelques nouveautés secondaires, par exemple : l'assimilation à la violence de « l'état de dépendance » ; la possibilité pour le cocontractant de faire obstacle à l'action en nullité pour défaut de capacité en invoquant l'utilité de l'acte ; la préférence de l'inopposabilité par rapport à la nullité comme sanction du défaut de pouvoir du représentant.

Si ce n'est qu'à bien y réfléchir, ces quelques nouveautés mises bout à bout dessinent tout de même une évolution en demi teinte. Elles marquent un changement de perspective, par rapport à la logique volontariste classique, soucieuse avant tout de la protection du consentement et de la sanction de l'incapacité. Elles traduisent une vision plus économique de la formation du contrat. Derrière un conformisme volontariste apparent (I) transparaît donc une logique utilitariste sous-jacente (II).

## **I. UN CONFORMISME VOLONTARISTE APPARENT**

On ne sera guère surpris à la lecture des articles 1129 à 1144, d'une part, qui traitent du consentement, et des articles 1145 à 1161, d'autre part, qui traitent de la capacité et de la représentation. L'ensemble est d'un classicisme pédagogique absolu, reprenant les deux conditions subjectives traditionnelles de validité du contrat, en y ajoutant par endroits ce qui pouvait sembler faire défaut.

### ***A. Le consentement des parties***

Mieux que l'ancien code civil, le nouveau rappelle que, pour qu'un contrat soit valable, il faut d'abord que le consentement existe, ensuite qu'il ne soit pas vicié.

1/ S'agissant de l'existence du consentement, l'article 1129 renvoie simplement à l'article 414-1 qui prévoit que pour faire un acte juridique, il faut être sain d'esprit. On pourra trouver que le rappel est redondant. Mais après tout, puisque l'article 414-1 formule une règle générale qui vaut pour tous les actes juridiques et qu'il en existe une déclinaison spécifique pour les libéralités (C. civ., art. 901), le rappel qui en est fait aussi pour le contrat n'est pas complètement déplacé. Certes, le texte n'en

dit pas plus, ni sur la preuve qui doit être rapportée si l'on entend par ce biais contester la validité d'un contrat, ni sur la nature de la nullité. Mais sur le premier point, il suffit de se reporter à la jurisprudence afférente à l'article 414-1. Et sur le second point, même s'il a pu y avoir autrefois des discussions et des propositions en faveur de la nullité absolue en cas de défaut de consentement tenant à l'altération des facultés mentales, l'affaire est aujourd'hui entendue et la nullité relative semble devoir s'imposer dans tous les cas où la loi n'en dispose autrement (par ex. en matière de mariage, C. civ., art. 146). Elle est la sanction traditionnelle de la violation des règles qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts privés, ce que rappelle plus loin l'article 1179 al. 2.

2/ S'agissant des vices du consentement, rien de bien nouveau si l'on s'en tient aux grandes lignes. On est dans le domaine de la codification à droit constant et d'une codification enrichie par les apports de la jurisprudence.

Mêmes vices : l'erreur, le dol et la violence qui doivent être appréciés *in concreto*.

Même sanction clairement exprimée ici : la nullité relative (C. civ., art. 1131 al. 1)

Même condition essentielle éminemment volontariste pour que cette nullité soit susceptible d'être prononcée : il faut que le vice soit tel que sans lui la partie qui l'invoque n'aurait pas contracté ou, ajoute l'article 1130, « aurait contracté dans des conditions substantiellement différentes », ce qui, selon la jurisprudence en rupture avec la théorie du dol incident, justifiait déjà, non simplement l'octroi de dommages-intérêts, mais le prononcé de la nullité. Le point de départ du délai de prescription de l'action, qui figurait dans l'ancien article 1304, est rappelé (C. civ., art. 1144) : c'est le jour de la découverte du vice en cas d'erreur ou de dol ; c'est le jour de la cessation de la contrainte en cas de violence. Il n'y a pas de précision à ce niveau pour les délais et il faut se référer au droit commun qui prévoit un délai de 5 ans (C. civ., art. 2224), sans pouvoir excéder 20 ans à compter de la naissance du droit, sauf exceptions (C. civ., art. 2232). Et pour l'exception de nullité, on se reportera à l'article 1185.

Mais les dispositions sur chaque vice sont plus riches et plus précises.

Cinq articles sont consacrés à l'erreur en remplacement du seul article 1110 ancien du code civil. Ils actent pour l'essentiel des solutions acquises : l'erreur peut être de droit ou de fait ; elle peut porter sur la propre prestation de celui qui l'invoque ; elle doit porter sur les qualités

essentielles de la prestation, sauf acceptation d'un aléa, ou que les qualités du cocontractant si le contrat a été conclu *intuitu personae* ; elle doit être excusable, et elle l'est toujours lorsqu'elle résulte d'un dol, et ne doit pas porter sur un simple motif, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement ou qu'elle ait été provoquée par un dol.

Le dol fait également l'objet de dispositions éclairées par un certain nombre de solutions jurisprudentielles : aux manœuvres, viennent s'ajouter les mensonges et la dissimulation d'informations déterminantes dans le prolongement logique de l'obligation d'information de l'article 1112-1 ; l'exigence d'un élément intentionnel est explicitement mentionnée, au moins pour la dissimulation d'informations ; le dol du représentant, gérant d'affaire, préposé porte-fort ou, de façon plus innovante, du tiers de connivence, se trouve consacré.

Les textes relatifs à la violence sont remis au goût du jour. La définition reste la même, en référence à la crainte d'un mal considérable. La menace d'exercer une voie de droit est explicitement écartée, sauf détournement ou abus. Peu importe que la violence soit exercée par une partie ou un tiers. Mais on a voulu tenir compte de l'évolution des relations familiales : du changement des structures en visant la violence exercée sur les proches et non plus seulement sur les parents ou le conjoint ; du changement des rapports en faisant disparaître le régime particulier de la crainte révérencielle (anc. art. 1114).

### ***B. La capacité des parties***

Point davantage de révolution concernant cette autre condition traditionnelle de validité du contrat. Globalement, il s'agit de toilettage et de réagencement. Une nouveauté formelle tout de même : à côté de la capacité, tout un paragraphe est consacré à la représentation.

1/ S'agissant de la capacité,

— les textes étaient dispersés, entre les dispositions relatives aux mineurs, celles relatives aux majeurs protégés, celles qui leur sont communes pour la gestion de leurs biens sous le régime de la tutelle, les dispositions qu'on pouvait trouver au titre de l'action en nullité ou de la prescription. La loi s'est efforcée de regrouper ce qui pouvait l'être et a fait disparaître ce qui pouvait sembler désuet.

Au passage, c'est un hommage aux principes qui sont chers au droit français : l'affirmation que la capacité est la règle et que l'incapacité est

une exception dont les limites sont définies par la loi ; le rappel qu'il n'y a que deux catégories de personnes qui sont incapables de contracter, les mineurs non émancipés, les majeurs protégés au sens de l'article 425 (ce qui n'est pas tout à fait exact, puisque le majeur sous sauvegarde de justice est un majeur protégé au sens de l'article 425, mais n'est pas dans une situation d'incapacité).

Au rang des dispositions connues, on relève aussi celles sur la prescription des actions concernant les actes accomplis par un incapable ou plus précisément le point de départ de la prescription (art. 1152). C'est la reprise de l'ancien article 1304 du code civil. On trouve également une disposition générale dérogeant à l'incapacité pour les actes de la vie courante accomplis « dans des conditions normales », ce qui consacre le pouvoir d'appréciation du juge (art. 1148). La solution était admise, mais figurait dans des textes distincts pour le mineur et les majeurs protégés.

Il y a aussi des précisions. D'abord en ce qui concerne les actes de la vie courante accomplis par un mineur, pour lesquels la rescision pour lésion est prévue, alors que la question était discutée. Mais elle n'est prévue que pour les actes de la vie courante, alors que l'article 1305 ne comportait pas cette limite, et elle n'est pas prévue pour ceux accomplis par un majeur protégé, à l'égard duquel il faudra néanmoins que l'acte ait été accompli « dans des conditions normales », la possibilité de rescision pour lésion étant prévue de toute façon par l'article 465 al. 1. Précision explicite ensuite quant au caractère relatif de la nullité pour incapacité, ce qui ne soulevait plus guère d'hésitations.

Enfin, pour les actes accomplis par un majeur protégé, l'article 1150 se contente de procéder par renvoi aux articles 435 (sauvegarde de justice), 465 (curatelle ou tutelle, mais l'article 464 concernant les actes antérieurs a été oublié), 494-9 (habilitation familiale).

2/ La vraie nouveauté réside davantage dans le paragraphe consacré en suivant à la représentation.

La nouveauté, cependant, se situe davantage dans la forme, plus que dans le fond.

D'un point de vue formel, en effet, les nouvelles dispositions créent une sorte de droit commun de la représentation, dissociant enfin celle-ci du mandat auquel il fallait constamment renvoyer jusqu'ici. Ce n'était pas satisfaisant.

Sur le fond, l'innovation est moins sensible. Les textes se bornent à reprendre nombre de dispositions qu'on retrouve dans les textes relatifs

au mandat. La représentation n'est pas définie. Ce sont davantage ses effets qui sont précisés et la répartition des pouvoirs qui en résulte. Sans surprise, le représentant ne peut agir que dans la limite des pouvoirs qui lui sont conférés, et le représenté sera alors seul tenu des actes accomplis. Si le mandat est général, ces actes ne peuvent être que des actes conservatoires ou d'administration. L'article 1159 marque en outre la distinction entre représentation légale ou judiciaire et représentation conventionnelle. Dans le premier cas, le représenté est dessaisi de ses pouvoirs qui sont transférés au représentant. Dans le second cas, le représenté conserve l'exercice de ses droits. Cela répond aux questions qu'on pouvait se poser à propos du mandat de protection future quant aux pouvoirs conservés par le mandant.

Autre nouveauté bienvenue, l'article 1158 donne aux tiers la possibilité, en cas de mandat conventionnel, d'interroger par écrit le représenté pour lui confirmer que le représentant est habilité à conclure un acte. Il faudra être vigilant, parce qu'à défaut de réponse dans le délai « raisonnable » fixé par le tiers, le représentant bénéficie d'une présomption de pouvoir.

Rien de bien révolutionnaire dans tout ceci.

## II. UNE LOGIQUE UTILITARISTE SOUS JACENTE

En arrière plan, plusieurs dispositions interrogent pourtant, parce qu'elles traduisent l'immixtion de considérations utilitaristes dans la sphère de la protection du consentement ou de la sanction de l'incapacité. À vrai dire, ce n'est pas complètement nouveau. Il y a toujours eu des interférences entre les éléments subjectifs et objectifs de formation du contrat. Mais cette logique économique, même si elle était bien visible dans la jurisprudence, était moins perceptible dans les textes. À cet égard, les nouvelles dispositions non seulement confortent une tendance, mais elles l'amplifient.

### *A. Une tendance confortée*

Deux exemples, l'un en matière de vices du consentement, l'autre en matière d'incapacités.

1/ S'agissant des vices du consentement, l'erreur sur la valeur reçoit les honneurs d'un texte spécifique (art. 1136). Sur le fond, assurément, ce texte ne fait que reprendre une solution bien acquise selon laquelle

l'erreur sur la valeur consistant en une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité du contrat. Le droit positif est fixé depuis longtemps sur ce point. Pour autant, l'article 1136 reprend aussi, dans le même temps, une réserve posée par la jurisprudence, lorsque l'erreur sur la valeur se ramène à une erreur sur « les qualités essentielles de la prestation ». On sait quelle ouverture a pu y trouver la Cour de cassation pour valider l'annulation de cessions de contrats de franchise dans lesquels l'acquéreur avait commis une erreur sur la rentabilité de l'activité. Sans doute peut-on expliquer que la rentabilité participe des qualités essentielles du contrat de franchise. Il n'empêche que c'est bien en considération d'une appréciation économique que le contrat se trouve annulé.

2) En matière d'incapacités, on retrouve une dérogation au principe de représentation du mineur et des majeurs en tutelles en ce qui concerne « les actes courants » en considération de leur faible gravité et de leur absence d'impact notable sur le patrimoine de la personne protégée. L'article 473 du code civil prévoit cette dérogation pour les majeurs en tutelle à propos des actes que l'usage autorise. L'article 388-1-1 modifié par l'ordonnance du 15 octobre 2015 contient une disposition similaire dans l'administration légale des biens du mineur.

La jurisprudence a toujours considéré que les actes autorisés par l'usage étaient les actes de la vie courante et c'est cette notion que consacre l'article 1148 nouveau. Encore faut-il que l'acte ait été accompli dans « des conditions normales », ce qui dépasse sans doute la stricte appréciation économique. Encore faut-il plus précisément pour le mineur que l'acte ne soit pas lésionnaire (art. 1149), ce qui situe pour le coup l'appréciation à un niveau strictement économique. L'article 1305 ancien contenait une disposition proche qui prévoyait que la lésion donne lieu à rescision en faveur du mineur contre toute sorte de conventions. La rédaction n'était donc pas identique et la question se posait de savoir si la rescision pour lésion avait vocation à s'appliquer aux actes de la vie courante. Une partie de la doctrine était réticente, considérant que cette perspective était de nature à dissuader les tiers de conclure avec le mineur des actes de la vie courante. Elle se trouve démentie par l'article 1149.

### ***B. Une tendance amplifiée***

Il y a surtout trois dispositions nouvelles qui marquent l'immixtion de considérations utilitaristes dans les conditions subjectives de validité du contrat et leur interférence avec le consentement et la capacité.



1) La première résulte de la consécration de la violence économique comme vice du consentement. L'article 1143 prévoit en effet qu'il y a violence lorsque l'une des parties abuse de l'état de dépendance de son cocontractant pour obtenir un avantage qu'il n'aurait pas obtenu et en tire un avantage manifestement excessif. Ce faisant le texte consacre une solution admise par la Cour de cassation depuis un arrêt du 30 mai 2000 et en reprend les conditions qui ne tiennent pas seulement à l'abus de dépendance mais aussi à l'appréciation économique de l'avantage qui a été obtenu. Sur ce point la rédaction du texte a évolué. Dans une version antérieure, le rattachement de la violence économique aux vices du consentement était plus net, dans la mesure où était visé plus largement l'abus de l'état de nécessité ou de dépendance, mais où la nullité du contrat n'était pas subordonnée à l'appréciation, qui dépendra du juge, du caractère manifestement excessif de l'avantage obtenu.

2) La deuxième disposition qui relève de la même logique concerne les actes accomplis par un majeur protégé. L'article 1151 autorise le contractant capable à écarter l'action en nullité « en établissant que l'acte était utile à la personne protégée et exempt de lésion ou qu'il a profité à celle-ci ». Le souci de tempérer ainsi la sanction normale du défaut de capacité et quelque part de favoriser la confiance des tiers et donc la gestion du patrimoine des majeurs protégés n'est pas nouveau. Il s'est déjà manifesté dans la loi du 5 mars 2007 portant réforme des régimes de protection des majeurs qui a largement assoupli les sanctions applicables aux actes irréguliers accomplis par le majeur avant ou après le jugement d'ouverture de la mesure de protection. Dans les deux cas, la nullité est devenue une sanction seconde subordonnée à la preuve d'un préjudice par la personne protégée. La sanction première, c'est la réduction ou la rescision de l'acte en cas de lésion. Il reste tout de même que dans un cas, l'article 465 prévoit la nullité de plein droit, sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice : lorsqu'il s'agit d'un acte que la personne a accompli seule alors qu'elle aurait dû être représentée. Sont ainsi visés principalement les actes accomplis par un majeur en tutelle en violation de son incapacité, qu'il s'agisse d'actes d'administration ou de disposition, puisque le majeur en tutelle doit être représenté par son tuteur dans tous les actes de la vie civile. De façon subreptice, l'article 1151 nouveau évince cette nullité de plein droit en considération d'éléments économiques (utilité de l'acte, profit retiré, absence de lésion) qui étaient jusqu'ici étrangers à la logique de protection en œuvre dans la tutelle.

3) La troisième disposition du même ordre concerne la sanction du défaut de pouvoir ou du dépassement de pouvoir de la part du

représentant, prévue de façon générale dans les articles consacrés à la représentation (art. 1156). On sait que, sur ce point, ni la jurisprudence ni la doctrine n'étaient très claires. Mais la balance penchait plutôt du côté de la nullité de l'acte et du caractère relatif de cette nullité. On en trouve confirmation et application particulière dans le droit des incapacités. En cas de dépassement de pouvoir du tuteur ou du curateur, l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit besoins de justifier d'un préjudice (C. civ., art. 465, 3°). Et l'ordonnance du 15 octobre 2015 ne s'est pas embarrassée de fioritures pour transposer la même sanction dans le cadre de l'habilitation familiale, pour le cas où la personne habilitée accomplirait un acte qui n'entre pas dans le champ de l'habilitation (C. civ., art. 494-9). C'est aussi la nullité qui avait été prévue dans l'avant projet de réforme du droit des contrats. Telle n'est pourtant pas la solution qui a été retenue in fine, puisque l'article 1156 prévoit que la sanction du défaut de pouvoir ou du dépassement de pouvoir est l'inopposabilité de l'acte au représenté, sous la réserve connue en jurisprudence du mandat apparent. La nullité ne pourra être invoquée que par le tiers et par lui seul dans le cas où il aura ignoré le défaut de pouvoir du représentant (art. 1156, al. 2). Le choix a donc été fait de limiter les effets de l'acte plutôt que de l'invalider.

Pas de bouleversement assurément mais tout de même une poussée utilitariste notable dans le domaine des conditions subjectives de formation du contrat, traditionnellement inspiré par une autre philosophie. S'il en fallait une confirmation, on pourrait la trouver dans l'article 1145 al. 2 qui introduit de façon discrète une disposition relative à la capacité des personnes morales en limitant cette capacité aux actes « utiles » à la réalisation de leur objet.

